

SOBRE LA IMPORTANCIA DE LOS CONOCIMIENTOS DEL AUTOR RESPECTO DEL JUICIO DE RIESGO DENTRO DEL MARCO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA*

MATÍAS PEDULLA**

Resumen: La agregación de conocimientos subjetivos en el juicio de riesgo al momento de imputar el hecho al autor no es un tema pacífico en la doctrina. Desde la introducción del juicio de riesgo, con la teoría de la adecuación, hasta la actual teoría de la imputación objetiva, el hecho de si corresponde dotar a un juez hipotético de los conocimientos básicos de un hombre razonable, agregando también los conocimientos especiales que tuviere el autor, es un tema muy debatido entre dos principales posturas. La posición mayoritaria –subjetivista– admite su agregación, mientras que la minoritaria –objetivista– la niega y opta por una teoría socio-jurídica. Mientras que ambas podrían conducir a razonamientos errados, una tercera postura, negando conocimientos y roles por igual, ofrece un juicio de peligro más cercano a la objetividad, desde el punto de vista de un observador omnisciente.

Palabras clave: conocimientos básicos – conocimientos especiales – teoría de la adecuación – juicio de riesgo – teoría de la imputación objetiva – teoría de los roles – postura subjetivista – postura objetivista – observador omnisciente

Abstract: The aggregation of subjective knowledge in the judgment of risk when charging the author with the event is not a peaceful topic in doctrine. Since the introduction of the judgment of risk, with the adequacy theory, until the objective imputation theory currently present, the fact of whether to provide to a hypothetical judge with the basic knowledge of a reasonable man, also adding the special knowledge that the author might have is a much debated topic be-

* Recepción del original: 19/02/2018. Aceptación: 07/03/2018. Este trabajo fue realizado en el marco del Seminario de Investigación “Causalidad e imputación objetiva”, dictado por el Prof. Dr. Dr. h. c. Marcelo A. Sancinetti durante el segundo cuatrimestre de 2016.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

tween two main positions. The majority one –subjectivist– supports its aggregation, while the minority position –objectivist– denies it and opts for a sociolegal theory. While both of them may lead to flawed reasoning, a third position, denying knowledge and roles alike, offers a judgment of risk closer to objectiveness, from the point of view of an omniscient observer.

Keywords: basic knowledge – special knowledge – adequacy theory – judgment of risk – objective imputation theory – role theory – subjectivist posture – objectivist posture – omniscient observer

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata sobre el juicio de riesgo a realizar dentro de la teoría de la imputación objetiva, haciendo foco en la discusión acerca de si deben agregarse conocimientos especiales al momento de determinar si el sujeto cuya conducta es analizada ha creado un riesgo jurídicamente relevante y este se ha realizado en el resultado dado.

Para situarnos en el contexto de la temática, analizaremos brevemente el ámbito en el que se enmarca el problema, comenzando por un repaso de las teorías de la causalidad y de la imputación (teoría de la equivalencia de las condiciones, sus falencias, teoría de la causalidad adecuada y teoría de la imputación objetiva, heredera del esquema de juicio posterior-objetivo de la adecuación).

Analizaremos las dos principales posturas que se enfrentan respecto a los conocimientos con que dotamos al observador objetivo en el momento de realizar el juicio de riesgo: una postura *subjetivista* y otra postura *objetivista*.¹ Mencionaremos las principales objeciones que plantean los defensores de una u otra doctrina. Finalmente abordaremos una tercera postura propuesta, entre otros, por Frister.²

1. Tales las denominaciones dadas en LAPORTA, H. M., “¿Imputación estrictamente objetiva o inter-subjetiva? Un análisis del fundamento iusfilosófico y su coherencia pragmática (el caso de las conductas neutrales)”, en *El Derecho Penal*, 2003, consultado en [www.elderecho.com.ar/index.php], bajo la ubicación: 09/2003-17, el 30/10/2015.

2. FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1° ed., 2011, p. 216; también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto en el juicio objetivo de peligro”, en MAIER, J. B. J., SANCINETTI, M. A. y SCHÖNE, W. (dirs.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*:

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

II.A. De la causalidad a la imputación objetiva

La *teoría de la equivalencia de condiciones* postula que para encontrar el nexo de causalidad entre una acción y un resultado se debe realizar un ejercicio mental, conocido como “fórmula de la *conditio sine qua non*”, que fuera propuesto por el procesalista austríaco Julius Glaser y luego desarrollado por Maximilian v. Buri, miembro del Tribunal del *Reich*, en su trabajo *De la teoría de la participación*;³ ambos fuertemente influenciados por la filosofía empirista de John Stuart Mill: Si al eliminar mentalmente la acción que se estudia no es posible que se mantenga el resultado dado, entonces esta acción será *conditio sine qua non* para la producción de aquel (o, lo que es lo mismo, aquella acción será causal del resultado observado).⁴

Se le critica a esta teoría que, no obstante señalar con éxito las condiciones necesarias para un resultado dado, es incapaz de imputar la creación de un riesgo prohibido, entendiéndolo, junto a Haas, a la imputación como “la actividad del operador jurídico a través de la cual se hace responsable a un determinado sujeto jurídico por un determinado suceso”.⁵ Como indica Roxin, la teoría de la equivalencia de condiciones “no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una

libro en homenaje a Eberhard Struensee, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1° ed., 2011, p. 642 y ss.

3. Título original: *Zur Lehre von der Teilnahm*e (conf. NÚÑEZ, R. C., *Manual de derecho penal. Parte general*, Córdoba, Marcos Lerner, 4° ed. actualizada, 1999, p. 126). Sobre la influencia del pensamiento de MILL, dice NÚÑEZ, misma página: “La teoría se conecta con la idea propia de la ‘dirección naturalista de pensamiento que caracteriza al siglo XIX, y que halla su expresión más consecuente en la filosofía empírica del pensador inglés John Stuart Mill’, de que la causa de un resultado es igual a la totalidad de las condiciones que la hicieron posible...”. Sobre los orígenes de la teoría de la equivalencia en los trabajos de GLASER y BURI, ver JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2° ed., corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 227; JESCHECK, H. H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Granada, 5° ed. renovada y ampliada, Comares, 2000, p. 299; ZAFFARONI, E. R., SLOKAR, A. y ALAGIA, A., *Manual de Derecho Penal: parte general*, 2° ed., 7° reimp., Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 362.

4. FRISTER, H., ob. cit., p. 179; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 148.

5. HAAS, V., “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental.” en *In-Dret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, enero de 2016, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/1202.pdf>], en fecha 08/03/2016.

respuesta a la pregunta de qué circunstancias son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente”.⁶

Se la tacha de engañosa, siguiendo a Frister, “por pasar por alto que la causalidad no se puede establecer conceptualmente, sino solo aplicando reglas generales de la experiencia”.⁷ Este obstáculo que trae aparejada la teoría de la equivalencia dio paso a numerosos intentos de limitarla y complementarla.

Surge, así, la *teoría de la adecuación*, la cual ya no un esquema de comprobación de la causalidad, sino una verdadera teoría de imputación. Esta nace a instancias del fisiólogo friburgués, Johannes v. Kries, y es receptada con éxito por la jurisprudencia civil.⁸ La teoría de la adecuación distingue que “una condición es adecuada (o sea, adaptada al resultado) si esta ha aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante, si no es sencillamente inverosímil que la conducta dé lugar a un resultado así”.⁹ El juez debe tomar el lugar de un observador imparcial que, desde una perspectiva *ex-ante*, juzgue el actuar del autor para determinar su adecuación en la producción del resultado. Para ello, el observador imparcial estará dotado de los conocimientos propios de un hombre razonable, sumándole los conocimientos especiales de que dispusiere el autor al momento de actuar.¹⁰

Podemos encontrar una crítica a esta teoría en Stratenwerth, quien, al hacer referencia al “hipotético «observador entendido»”,¹¹ señala que el hecho de que se le agreguen los conocimientos especiales del autor configura una “base muy insegura: no se puede establecer con precisión cuál será la *medida* de los conocimientos de que disponga el observador imaginado”.¹²

Frister también critica esta teoría, al decir que “para establecer si una acción ha causado el resultado típico no solo hay que disponer del conocimiento empírico necesario, sino también saber qué se debe entender por

6. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 360, n.m. 33.

7. FRISTER, H., ob. cit., p. 179, con referencias a JAKOBS y ROXIN; misma crítica, en relación a casos de causalidad hipotética y causalidad alternativa, en ROXIN, ob. cit., p. 350.

8. ROXIN, C., ob. cit., p. 259; NÚÑEZ, R. C., ob. cit., p. 128.

9. ROXIN, C., ob. cit., p. 360.

10. *Ibid.*, p. 360.

11. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 151.

12. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 151.

causa”.¹³ Roxin, por su parte, también critica la falla de esta teoría cuando es puesta a prueba en casos límites, pero seguidamente afirma que “el principio de adecuación solo es un elemento estructural –aunque ciertamente importante– dentro de una teoría general de la imputación; forma parte de la misma y ya no necesita un tratamiento separado en el marco de una teoría independiente”.¹⁴

El marco al que se refiere Roxin se lo daría la *teoría de la imputación objetiva*, elaborada originalmente por Larenz.¹⁵ Esta teoría se vale de las teorías de la equivalencia y de la adecuación,¹⁶ y postula que “un resultado causado es objetivamente imputable cuando, primero, fue creado por la acción un riesgo jurídicamente reprobado de que se causase un resultado típico, y, segundo, ese riesgo jurídicamente reprobado se ha realizado en el resultado producido”.¹⁷

Si bien es ampliamente predominante, la teoría de la imputación objetiva no está exenta de críticas. Así, Haas afirma:

“[...] a la vista de la vaguedad de su fórmula, se vuelve contra él su propia crítica a la teoría de la adecuación de no poder indicar hasta qué grado de probabilidad hay que valorar un suceso como circunstancia generalmente favorecedora de un resultado, y de tener que contentarse con apelar al mero sentido de justicia. Ello es válido tanto más cuanto con arreglo a la postura de Larenz la imputación objetiva no implica una valoración del hecho; solo facilita el sustrato pre-normativo para los juicios de valor”.¹⁸

Dicho esto, queda pendiente determinar si en el primer momento, correspondiente al juicio de creación de riesgo que se realiza desde una perspectiva *ex-ante*, el observador imparcial debe estar dotado solo de los conocimientos propios de un hombre razonable o si se le deben agregar los conocimientos especiales con los que pudiera contar el autor al momento de realizar el hecho. Como dijimos *supra*, de esta discusión surgen dos posturas contradictorias, que pasamos a analizar ahora.

13. FRISTER, H., ob. cit., p. 180.

14. ROXIN, C., ob. cit., p. 361.

15. HAAS, V., ob. cit., punto 2.1.

16. FRISTER, H., ob. cit., p. 200. “Ante todo, falta un riesgo jurídicamente reprobado en todos aquellos casos en los cuales la acción puede conducir a un resultado típico solo en virtud de un curso causal inadecuado”. Expresamente en ROXIN, C., ob. cit., p. 367.

17. *Ibid.*, p. 200.

18. HAAS, V., ob. cit., punto 2.1.

II.B. Juicio de riesgo

II.B.1. Postura subjetivista

Se ha dicho que quienes defienden esta doctrina “hacen depender la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado del lado subjetivo del interviniente”;¹⁹ esto, como bien señala Laporta, solo puede fundamentarse desde la perspectiva de que “el derecho penal sirve a la prevención de lesiones de bienes jurídicos”.²⁰ La posición actualmente dominante²¹ es la propuesta por Roxin. Respecto de la valoración del riesgo creado en ocasión de la imputación objetiva, afirma dicho autor en su tratado:

“[...] en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo-posterior (nm. 32) en la forma en que se ha impuesto en la teoría de la adecuación; es decir: todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex-ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro. Y para ello hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto (cfr. nm. 32)”.²²

Dentro de este esquema resulta central la figura del juez objetivo u observador imparcial, perspectiva desde la cual, como ya se afirmó, se situará el juez del caso para realizar el juicio de riesgo *ex-ante*. Roxin afirma que la perspectiva del observador objetivo en el juicio de riesgo dentro de la imputación objetiva es la misma que describía la teoría de la adecuación, conforme la cual “el juez debe colocarse posteriormente (entiéndase, en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y, además, del saber especial del autor”.²³ Este observador ficticio estará dotado, entonces, de todos los conocimientos que podríamos denominar *básicos* o propios de un hombre *razonable*, sumándole también los conocimientos especiales con que cuente el autor al momento de realización del hecho. Es interesante lo que al respecto aporta Serrano González de Murillo al afirmar que “en realidad, la figura

19. LAPORTA, H. M., ob. cit., punto II. a).

20. *Ibid.*, punto II. a).

21. FRISTER, H., ob. cit., p. 21.

22. ROXIN, C., ob. cit., p. 367.

23. ROXIN, C., ob. cit., p. 360, n.m. 32. El resaltado es nuestro.

del observador objetivo personifica a la comunidad, expresa el juicio ideal de la sociedad sobre la peligrosidad de la conducta, si bien quien en efecto formula el juicio de relevancia típica del peligro es el propio juzgador”.²⁴

Coincidiendo con la postura de Roxin tenemos a Maurach y Zipf, quienes al analizar la teoría de la adecuación afirman que “el conocimiento a atribuir al observador imparcial *ex-ante* no se extiende solo a los datos disponibles según *su* experiencia –este es solo el mínimo de las exigencias–, sino *también* al conocimiento fáctico que el autor tenía al momento de ocurrir el hecho”.²⁵ Posteriormente admiten la relevancia de la teoría de la adecuación para la imputación objetiva.²⁶

Zaffaroni, por otro lado, opta por dotar al observador ideal de un “*standard mínimo* de previsibilidad, compartido por casi todos los integrantes de una cultura”,²⁷ que considera verificable, por oposición a un “*standard medio*” que rechaza “pues es inconcebible un imaginario *ser humano prudente* que sea profesional de todas las artes y las ciencias, conocedor de todos los mecanismos y practicante de todos los deportes. Se trata de una figura de imaginación manipulable a voluntad del intérprete y, por ende, sin capacidad para proveer límites ciertos a la tipicidad”.²⁸

Otra de las críticas que más abundan entre los autores que no adhieren a la postura subjetivista –e incluso entre aquellos que sí comulgan con la posición de Roxin, como veremos luego– es aquella que sostiene que considerar elementos subjetivos (como lo son los conocimientos especiales –o, para el caso, todo conocimiento–) en la imputación al tipo objetivo resulta asistemático.²⁹ Entre los autores que plantean esta observación se encuentra Frister, quien afirma que “de lo que se trata en el tipo objetivo es de la valoración del acontecer objetivo; y este no puede depender de lo que el autor sepa del acontecer”.³⁰

24. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto en el juicio objetivo de peligro”, en MAIER, J. B. J.; SANCINETTI, M. A. y SCHÖNE, W. (dirs.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, p. 630.

25. MAURACH, R. y ZIPF, H., *Derecho penal, parte general 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 316.

26. *Ibid.*, p. 323.

27. ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A. y ALAGIA, A., ob. cit., p. 433.

28. *Ibid.*

29. FRISTER, H., ob. cit., p. 215.

30. *Ibid.*, p. 215 y ss. El resaltado es nuestro.

En la misma línea señala Struensee:

“[...] no solo el antes tan tozudamente defendido ilícito objetivo no ha podido mantenerse, ahora también hasta la última categoría del delito para lo objetivo, el tipo objetivo –irónicamente bajo el seudónimo de imputación objetiva– se ve infiltrado por lo subjetivo.

Un concepto de esta clase del tipo objetivo tiene, sin embargo, consecuencias para el dolo, que todavía no son en absoluto percibidas: si la imputación al tipo objetivo depende de factores subjetivos, y el dolo solo tiene por objeto sucesos semejantes, que son imputables al tipo objetivo, entonces él debería forzosamente extenderse a los ‘conocimientos especiales’ pertenecientes al tipo objetivo: quien actúa con dolo sabe, que él sabe, y quiere, que él sabe. Ello plantea automáticamente nuevas preguntas: ¿cuándo actúa un autor semejante con error de tipo? [...]”³¹

Stratenwerth, no obstante plantear –como ya se dijo– sus objeciones a la fragilidad que presenta la figura del observador imparcial, coincide finalmente en valorar “*todas* las circunstancias del caso concreto que han influido en el grado de probabilidad de producción del resultado”.³² Pareciera, entonces, que, si bien formula una reserva sobre la fragilidad que ofrece la evaluación *ex-ante* desde el punto de vista de un observador ficticio dotado de conocimientos imprecisos, finalmente adhiere a la postura que opta por valorar el riesgo creado desde esta perspectiva.

También adhiere Laporta a la idea de que es correcto agregar los conocimientos especiales del autor en el juicio *ex-ante*, dado que dichos conocimientos influyen “radicalmente en la determinación del riesgo permitido”.³³ No obstante, al igual que en el caso de Stratenwerth, plantea una crítica a tener en cuenta, respecto de la intromisión de posiciones subjetivas en el ámbito de la imputación objetiva, haciendo hincapié en la penetración que, de esta manera, se realiza del derecho penal en el fuero interno del sujeto, sin estar completa previamente la imputación al tipo objetivo. Sostiene, así, Laporta:

“[...] las posturas subjetivistas fundamentan el castigo de las conductas neutrales exclusivamente en los conocimientos del sujeto, lo cual im-

31. STRUENSEE, E., “Acerca de la legitimación de la ‘imputación objetiva’ como categoría complementaria del tipo objetivo”, en MAIER, J. B. J. y BINDER, A. M. (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 269.

32. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 157.

33. LAPORTA, H. M., ob. cit., punto IV.

portaría una abierta contravención al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, conforme el cual, queda proscrito el castigo de los procesos internos que se dan en la mente del sujeto en la medida que estos no se traduzcan en un comportamiento externamente apreciable y objetivamente desaprobado.

[...] las posiciones subjetivas confunden los ámbitos internos y externos cuando señalan que un actuar, aun neutral, deja de serlo y adquiere relevancia penal cuando el sujeto actúa sabiendo. ...el análisis de lo subjetivo solo resulta válido en caso de que exista un juicio objetivo previo a partir del cual se concluya la creación de un peligro y con ello la desaprobación del riesgo”.³⁴

Una opinión en contra la podemos deducir de Sancinetti, quien considera que una interpretación del “ámbito privado” como aquello que ocurre “dentro de la cabeza” del sujeto “es una comprensión tosca del principio de reserva”.³⁵

¿Es posible que la comprobación de la creación de un riesgo jurídicamente prohibido, desde la perspectiva de un juez objetivo que tome en consideración los conocimientos subjetivos, se traduzca en una violación al fuero interno del individuo, protegido por el principio de reserva,

34. *Ibid.*, punto III, a), a.1. Se apoya, así mismo, en la crítica propuesta al respecto en ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2003, pp. 65-68.

35. SANCINETTI, M. A., *Casos de Derecho penal*, 3° ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. I, p. 63 y ss.: “Que algo produzca un daño externo puede deberse a las más variadas razones, no determinantes. Lo determinante es que alguien haya motivado su comportamiento de modo incorrecto, que haya actuado como no debía. Esto lo explica del mejor modo otro aforismo, que también se halla en el Digesto, debido a un rescripto del emperador Adriano: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (en las malas acciones lo que decide es la voluntad, no el resultado). Ambos aforismos [en referencia al aforismo de Ulpiano que transcribimos *supra*, dentro de la cita de LAPORTA] serían incompatibles si fueran interpretados en forma ‘naturalista’, es decir –en lo que hace al primero– atribuyéndole los efectos constitutivos a signos del mundo externo: ‘prohibido reaccionar contra lo que no aparezca visible en el mundo exterior’ (lo que es poco adecuado a la idea de que lo determinante es la ‘voluntad’); pero esos principios son compatibles en una interpretación *normativa* de su función: ya en cuanto el sujeto toma una *decisión personal definitiva (irrevocable) de afectar derechos legítimos de terceros* –p. ej., acciona el gatillo de un arma de cuyo normal funcionamiento no tiene ninguna razón para dudar, apuntando al cuerpo de otro (tentativa acabada)– asume una *decisión posiblemente irrevocable de matar a otro*, algo contra lo que es legítimo reaccionar penalmente [...]”

contemplado, en nuestro ámbito, en el art. 19 C.N.? Creemos, siguiendo a Sancinetti, que –en principio– la crítica no es válida. No obstante, el tema amerita un desarrollo argumentativo que excede a este trabajo.

II.B.2. Postura objetivista

Esta postura, adoptada por Jakobs,³⁶ sostiene que es un error plantear el juicio de riesgo desde una perspectiva que tome en cuenta elementos subjetivos como los conocimientos especiales del autor.³⁷ En su lugar, propone una solución introduciendo su teoría de los roles,³⁸ fundando, así, una posición que algunos han dado en llamar “socio-jurídica”.³⁹ Jakobs propone identificar el rol que el autor está desempeñando en el momento de la realización del hecho. Dicho rol determina la medida de las expectativas que la sociedad hace pesar sobre su persona.⁴⁰ En la medida en que el autor se mantenga dentro de estas expectativas –es decir, dentro de su rol–, entonces no corresponderá imputarle la creación de peligro alguno.⁴¹

Para poner a prueba su teoría, Jakobs elabora dos casos de estudio, ya emblemáticos en el tema que nos compete: El caso del camarero, en el cual un joven estudiante de biología trabaja por las tardes como mozo. Una tarde se le ordena servir una ensalada que él advierte venenosa –gracias a sus conocimientos de biología–. No obstante, sirve la ensalada y el comensal muere por su ingestión. El segundo caso es el del ingeniero automotriz que, lejos de sus funciones como experto, conduciendo un automóvil alquilado, advierte –merced a sus conocimientos en la materia– que los frenos del mismo están próximos a fallar. De todas formas, él devuelve el auto a la agencia sin dar ningún aviso y la siguiente persona en utilizarlo sufre un accidente al fallar los frenos.⁴² Jakobs soluciona estos casos de la siguiente forma:

“Si partimos, como se ha propuesto más arriba, de que las expectativas relativas a un comportamiento que también un lego puede desarrollar

36. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 250 y ss.; JAKOBS, G., *La imputación objetiva en el derecho penal*, 1° ed., 4° reimp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 62 y ss.

37. JAKOBS, G., *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 59.

38. *Ibid.*, p. 59 y ss.

39. Así, LAPORTA, H. R., ob. cit.

40. JAKOBS, G., *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 61.

41. *Ibid.*, p. 63.

42. *Ibid.*

de modo socialmente adecuado se determinan con base en el arsenal de las capacidades propias de dicho lego, en ambos ejemplos ha de excluirse la responsabilidad, ya que nadie espera de quien alquila un automóvil que tenga especiales conocimientos en materias técnicas, como del mismo modo nadie cuenta con que un camarero tenga profundos conocimientos de biología. Por tanto, ninguno de los dos ha quebrantado el rol en el que se mueve y, en consecuencia, sus respectivos comportamientos no han sobrepasado el nivel de riesgo permitido. Desde luego que una cuestión totalmente distinta es que el comportamiento en cuestión sea tan extremadamente insolidario que se deba responder por omisión de socorro".⁴³

La diferencia entre esta posición y la argumentación y resolución a la que llegaría la postura subjetivista de Roxin es notable. En el caso del camarero, Roxin lo resolvería, entendemos, agregando los conocimientos especiales de biología –que le permitieron al mozo distinguir el veneno– al observador ideal y, por tanto, imputándole objetivamente la causación de la muerte del comensal. En el caso del ingeniero, Roxin sí tendría en cuenta los conocimientos especiales que el autor, como ingeniero, poseía. Advirtiéndolo él, entonces, la falla en los frenos, le imputaría el accidente por omitir dar aviso del desperfecto.

El ya citado Laporta plantea serias críticas a la teoría de los roles de Jakobs. En primer lugar, considera, junto con Silva Sánchez, que Jakobs reduce al individuo a la figura de una *persona construida*⁴⁴ y objeta:

“Esta concepción del individuo aparece injustificada ya que no puede dejarse al arbitrio, en definitiva, del creador de la norma, el componente más significativo dentro de cualquier sistema socio-jurídico. La noción de individuo no puede fundirse en un sistema dogmático y pasar a depender de ello, relativizarse, sino que atento a su naturaleza trascendente, viene establecido *metajurídicamente*”.⁴⁵

Atacando, ahora directamente, al concepto de rol, el mismo autor afirma:

“El rol, además de no determinar en absoluto una posición concreta, mayores problemas causa cuando se plantea el intérprete sobre la dinamización del concepto de expectativa.

43. *Ibid.*

44. LAPORTA, H. M., ob. cit., toma esta concepción, como dijimos, de SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas” en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nro. 3, 2002, p. 393.

45. LAPORTA, H. M., ob. cit., punto III, b), b.1.

En efecto, podría preguntarse si el hecho puramente objetivo de que el sujeto posee ciertos conocimientos no redefine el rol o modifica la expectativa en tanto sea conocido por quien con él interactúa. O, más sencillamente, cuál es la expectativa en cada caso concreto. En suma, el rol es un concepto demasiado indefinido para fundamentar *per se* la adecuación social de una conducta y unilateralmente definido para asegurar la expectativa".⁴⁶

Plantea, como vemos, una fuerte argumentación en contra de la concepción del rol como elemento definitorio de las expectativas que la sociedad pueda hacer pesar sobre la persona. Entiende, de esta manera, que el rol no da un sustento firme, resultando, en todo caso, demasiado frágil para determinar el marco de responsabilidad objetiva en la que deba insertarse al autor a la hora de evaluar si con su actuar creó un riesgo jurídicamente reprobado.

III. UNA TERCERA POSICIÓN. NUESTRA OPINIÓN

Pasamos ahora a analizar la contribución de Frister a la discusión. En su manual, este autor realiza una muy breve exposición de su parecer respecto del juicio de riesgo y de la consideración de los conocimientos especiales.⁴⁷ Lo novedoso del aporte de Frister radica en que plantea una nueva óptica desde la cual realizar el juicio de riesgo: lejos de la discusión sobre la agregación o no agregación de los conocimientos especiales al juez objetivo, Frister propone prescindir completamente de este observador imparcial. Al respecto, afirma:

“Una imputación objetiva [...] tiene que poner en la base del enjuiciamiento del riesgo toda la situación de hecho objetiva existente *al momento de la acción* y preguntarse con qué probabilidad era de esperar, a causa de esa situación de hecho, la producción del resultado, según *reglas generales de experiencia*. Conforme a ello, un conductor que sobrepasa a un ciclista ebrio guardando una distancia lateral que, debido a la ebriedad, es demasiado estrecha en el caso concreto, siempre crea, para la vida del ciclista, un riesgo muy alto y, por ello, no permitido. Solo que él no podrá –en tanto

46. LAPORTA, H. M., ob. cit.

47. FRISTER, H., ob. cit., pp. 215-217.

no sepa nada de la ebriedad— reconocer ese riesgo y, por ello, no actuará ni dolosa, ni imprudentemente".⁴⁸

Sobre el momento en que deben tratarse los conocimientos, el mismo autor aclara:

"[...] en el tipo objetivo se establece, únicamente, que el acontecer objetivo está jurídico-penalmente reprobado y que, por ello, habría debido ser evitado por el actuante, en caso de que *hubiera conocido todas las circunstancias*. La cuestión de si el actuante conocía las circunstancias y, por ello, efectivamente habría debido evitar lo que aconteció, es objeto del análisis del tipo subjetivo".⁴⁹

Pareciera que la imputación al tipo objetivo se realiza, ahora, verdaderamente —y valga la redundancia— de forma objetiva, relegando los tan problemáticos conocimientos subjetivos al plano del tipo subjetivo. De otra manera, se estaría incurriendo en una doble constatación de elementos subjetivos (primero en la imputación objetiva, luego al realizar la comprobación subjetiva).⁵⁰

En similar postura se enrola Serrano González de Murillo, quien afirma: "Si el ordenamiento jurídico quiere evitar planificadamente las lesiones de bienes jurídicos, y si quiere garantizar al mismo tiempo el mayor nivel posible de libertad de acción, en el caso de los riesgos en principio insignificantes solo puede tenerse en cuenta para dirimir el carácter objetivamente prohibido el grado efectivo de riesgo, y deja para el tipo subjetivo la consideración de hasta dónde llegó el conocimiento o la voluntad (si es que puede distinguirse de aquel) del sujeto. Que este tuviera mayor o menor conocimiento del riesgo no puede convertirlo de insignificante en relevante".⁵¹

Consideramos correcto el planteo expuesto por estos dos autores. Es un error creer que el riesgo en el tipo objetivo debe valorarse desde el punto de vista de un juez imparcial, que cuente con todos los conocimientos de un hombre razonable y agregándose, también, los conocimientos especiales del autor que se juzga. Partamos de la base de que tal juez imparcial es una ficción creada para dar un punto de referencia desde el cual realizar el juicio del riesgo.⁵² No obstante, creemos que, desde el momento en que

48. *Ibid.*, p. 216.

49. *Ibid.*, p. 216.

50. Ya hicimos mención a esta crítica en STRUENSEE, ob. cit., p. 269.

51. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., ob. cit., p. 640.

52. Criticado ya en nuestra doctrina por ZAFFARONI, E. R., SLOKAR, A., ALAGIA, A., ob. cit., p. 433.

buscamos analizar el hecho desde la valoración de una entidad que en realidad no existe, dotada, por defecto, de una sumatoria de conocimientos que el autor bien podría no haber tenido, estamos cayendo en un grave error, puesto que, como ya se dijo, necesariamente estos conocimientos transforman la valoración de un hecho objetivo en un depender del sujeto y sus características. Ya Serrano González de Murillo plantea una reserva a esta figura que pretende ser objetiva, al afirmar que el juicio de riesgo que pueda elaborarse desde la perspectiva de dicho juez ficticio "no será verdaderamente objetivo, sino ideal; porque de las condiciones del resultado selecciona solo aquellas que el modelo ideal habría conocido, en lugar de tener en cuenta las objetivamente concurrentes".⁵³

Creemos que el error en que incurren los pensamientos subjetivista y objetivista es que no analizan realmente el hecho en sí.⁵⁴ Roxin lo encara desde la perspectiva que podría tener el autor del hecho mismo en función de lo que él mismo conoce, pero poniendo como piso mínimo los conocimientos básicos de un hombre razonable.⁵⁵ ¿Cómo podría sostenerse entonces la imputación en el caso de una persona que no posea, ni siquiera, este piso de conocimientos? Si planteáramos el caso de un aborigen oriundo de lo profundo de la selva amazónica, que jamás tuvo contacto con europeo alguno, ni con su cultura y, que por el devenir de los acontecimientos va a parar a Alemania, donde lesiona a un ciudadano alemán por sentirse amenazado; ¿cómo se justificaría que un juez alemán le impute objetivamente el hecho cuando nuestro sujeto no posee ni siquiera los conocimientos ordinarios de un ciudadano alemán razonable? Encontramos una crítica a este punto, también, en Serrano González de Murillo, al afirmar: "No es que el observador deba incorporar los conocimientos con los que el sujeto actuante cuenta específicamente (pues no se entendería por qué sí debe incorporar los conocimientos especiales, pero no la ignorancia especial con respecto a dicho observador ideal) sino que debe conocer todos los factores de riesgo realmente concurrentes".⁵⁶

La perspectiva de Jakobs no resulta, tampoco, muy prometedora. Las críticas que ya vimos dejan en evidencia la falla en la que cae un concepto tan rígido como el que él propone de los roles frente a la dinámica de la

53. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., ob. cit., p. 647.

54. *Ibid.*

55. ROXIN, C., ob. cit., p. 367.

56. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, ob. cit., p. 643 (Con ref. a MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 2002, conf. prólogo, p. 24 y p. 249).

vida y las actividades. Cuestionamos su visión de que la totalidad de las expectativas de la sociedad se limiten al rol que cada sujeto esté cumpliendo. En todo caso, no creemos posible negar que la sociedad, más allá de esperar de cada quien que cumpla su rol, hace pesar sobre todos sus integrantes una mínima obligación de respeto por la norma y de solidaridad mutua, cercana al concepto desarrollado por Pawlik –discípulo de aquel– en su teoría *neo-retribucionista*.⁵⁷

De una u otra manera, estas dos posturas no nos convencen. Se debe determinar, lisa y llanamente –¡objetivamente!–, si el hecho acaecido constituye un riesgo jurídicamente reprobado, y si dicho riesgo se concretó en el resultado. No puede aceptarse que una conducta se considere riesgosa si el autor conoce determinados datos, para que luego la misma conducta no se considere como tal si el autor no los conoce, puesto que “en términos puramente objetivos el grado de peligro es exactamente el mismo, lo conozca o no en sus factores esenciales el sujeto que lo genera”.⁵⁸ De la misma manera se puede criticar la postura de Jakobs: que la sociedad tenga tal o cual expectativa sobre una persona en función de su rol no hace que su conducta sea más o menos riesgosa solo por el hecho de que el rol cambie.

Encontramos, nuevamente, en la exposición de Serrano González de Murillo, el *quid* en torno al cual gira nuestra postura:

“Conceptualmente, lo objetivo es lo dado realmente en el mundo exterior, con independencia por tanto de lo que en cada caso sobre ello conozca o ignore el sujeto actuante. De lo contrario, ¡curioso observador objetivo aquel que solo sabe que hay bomba a bordo si lo sabe el autor y

57. Desarrollo del neo-retribucionismo en PAWLIK, M., “La pena retributiva y el concepto de delito”, en PAWLIK, M., *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010. Respecto al tema de este trabajo, destacamos lo siguiente (p. 85 y s.): “Un estado (estadio) jurídico no es un orden abstracto de normas, sino que se caracteriza porque en él el ciudadano individual tiene –en gran medida– asegurada su posición jurídica frente a los restantes ciudadanos. Este *estado de juridicidad concreta y real* se diferencia de la suma de experiencias de reconocimiento del Derecho individuales, sobre todo, por su estabilidad y duración. En cierto modo el *cantus firmus* de la filosofía política de la modernidad plantea el convencimiento de que se necesita al Estado para el levantamiento de dicho estadio de juridicidad de las instituciones. Sin embargo, una sociedad no puede apoyarse únicamente en el poder de las instituciones y ello, porque su capacidad de actuación es muy limitada. Por ello, la responsabilidad del mantenimiento de un determinado estadio de juridicidad afecta directamente a cada ciudadano individual”.

58. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., ob. cit., p. 642.

lo desconoce si este lo desconoce! Si hay bomba a bordo, y lo desconocen tanto el observador objetivo como el autor, no por ello deja este de realizar el tipo objetivo; lo que faltará a pesar de su deseo de librarse de la víctima será el aspecto subjetivo, al ignorar el factor decisivo de riesgo, y sufre por tanto error sobre el tipo".⁵⁹

La confusión que genera introducir elementos subjetivos lleva a autores como Bacigalupo a plantear que "[...] una bofetada sería causalmente adecuada para producir la muerte si el autor sabe que el agredido es hemofílico".⁶⁰ Siguiendo este razonamiento podemos inferir que la víctima preferiría ser abofeteada por un sujeto que desconozca su condición de hemofílico, dado que así disminuiría el riesgo de muerte. Pareciera que Bacigalupo hace referencia, en realidad, a la adecuación de la acción del autor para producir el resultado dado, más que a un objetivo juicio de riesgo.

Rúa también cae en esta curiosa línea de pensamiento, al afirmar que "cuando el autor tenga conocimientos especiales o bien, 'buenas razones' para suponer que hay una bomba en el avión, habrá creación de un riesgo jurídicamente desaprobado".⁶¹ Por ende, ¡el riesgo de que la bomba haga explosión decae más cuantas menos personas sepan de su existencia! El mismo autor también concluye en que el riesgo de que caiga un rayo sobre una persona que es enviada al bosque está dado porque quien lo envía tenía conocimiento de que el rayo iba a caer, y no por el hecho de la caída del rayo en sí.

¿Y qué sucede en los casos ideados por Jakobs desde el punto de vista de la postura subjetivista? ¿El veneno en la ensalada desaparece o se torna menos mortífero si quien la sirve desconoce su existencia? ¿Los frenos no fallarán en la medida que los conductores no identifiquen su desgaste? Estas soluciones no pueden ser correctas; creemos que el riesgo es un hecho objetivo, pertenece a la realidad, y existe independientemente de que sea advertido. En el caso del hemofílico planteado por Bacigalupo, el riesgo que pesa sobre la víctima de morir por una bofetada no varía si el sujeto que se la propina conoce su condición o no. Tampoco deja de crear un riesgo quien envía a otro a viajar en un avión que va a explotar, por el solo hecho de desconocer

59. *Ibid.*, pp. 643-644.

60. BACIGALUPO, E., *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 98.

61. RÚA, G. S., "Los conocimientos especiales del autor dentro del marco de la imputación objetiva", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 5, Nro. 9A, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 611; siguiendo a SANCINETTI en cuanto a la argumentación relativa a las "buenas razones".

la existencia de la bomba. De la misma manera, no desaparece el riesgo de ser impactado por un rayo si quien nos envía al bosque desconoce que esto va a suceder. Creemos que lo correcto aquí es preguntarnos: ¿constituye la creación de un riesgo jurídicamente relevante dar una bofetada a un hemofílico, o enviar a una persona en un vuelo con una bomba a bordo, o enviarlo al sitio donde va a caer el rayo? La respuesta en estos casos es afirmativa y, si había –o no– conocimiento de estas condiciones, es algo que debemos preguntarnos al momento de analizar el tipo subjetivo. Si analizamos los casos propuestos por Jakobs, vemos que también sería ridículo afirmar que el riesgo del comensal de morir envenenado desaparece si este desconoce que la ensalada es tóxica. Cabe preguntarse aquí, ¿es un riesgo jurídicamente reprobado el servir una comida ponzoñosa? Ante la respuesta afirmativa y, comprobando que el riesgo se realizó en este resultado, se analizará en el tipo subjetivo si el camarero tenía conocimiento del veneno. Lo mismo en el caso del ingeniero, donde podemos afirmar que la conducta de entregar un automóvil defectuoso para ser usado es efectivamente un riesgo desalentado.

IV. CONCLUSIONES

1. La fórmula de la *conditio sine qua non* resulta eficaz para identificar las causas de un hecho pero no logra limitar el nexo de causalidad.
2. La imputación objetiva hereda el aporte de la teoría de la adecuación y consigue alzarse –aunque no exenta de críticas– como un modelo eficiente para imputar objetivamente a un sujeto la producción un resultado.
3. Construir un juez objetivo al que dotar de conocimientos subjetivos produce una confusión entre la valoración de un riesgo en la realidad y la previsibilidad que del mismo pudiera tener el autor.
4. Determinar la imputación a través de roles es frágil y sujeto al relativismo propio de la teoría iusfilosófica de la pena desde la que se apoya el autor, por lo que no es confiable.
5. La comprobación de la creación de un riesgo reprobado debe realizarse analizando el hecho en cuestión con todos sus componentes objetivos, dejando de lado las expectativas que se piense puedan pesar sobre el autor y relegando el análisis de sus conocimientos al tipo subjetivo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- HAAS, Volker, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, en *Indret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, enero de 2016, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/1202.pdf>], en fecha 08/03/2016.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2° ed., corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- , *La imputación objetiva en el derecho penal*, 1° ed., 4° reimp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- JESCHECK, Hans H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5° ed. renovada y ampliada, Granada, Comares, 2002.
- LAPORTA, Hernán M., “¿Imputación estrictamente objetiva o inter-subjetiva? Un análisis del fundamento iusfilosófico y su coherencia pragmática (el caso de las conductas neutrales)”, en *El Derecho Penal*, 2003, consultado en [www.elderecho.com.ar/index.php], bajo la ubicación: 09/2003-17, el 30/10/2015.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal, parte general I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Buenos Aires, Astrea, 1994.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*, 4° ed. actualizada, Córdoba, Marcos Lerner, 1999.
- PAWLIK, Michael, “La pena retributiva y el concepto de delito”, en PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Civitas, 1997.
- RÚA, Gonzalo S., “Los conocimientos especiales del autor dentro del marco de la imputación objetiva”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 5, Nro. 9A, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Casos de Derecho penal*, 3° ed., t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José L., “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto en el juicio objetivo de peligro”,

- en MAIER, Julio B. J., SANCINETTI, Marcelo A. y SCHÖNE, Wolfgang (dirs.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011.
- STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- STRUENSEE, Eberhard, "Acerca de la legitimación de la 'imputación objetiva' como categoría complementaria del tipo objetivo", en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto M. (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Manual de Derecho Penal: parte general*, 2° ed., 7° reimp., Buenos Aires, Ediar, 2012.