



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

PRINCIPIO DE LEGALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA*

Carlos Julio Lascano

I. Introducción

Hace casi treinta años JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ¹ expresó que se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho Penal está en “crisis”. Poco tiempo después², sostuvo que ésta derivaba de la tensión expansiva a que se halla sometido para que se encuentre supuestamente en condiciones de afrontar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad se afirma.

Mi apreciado discípulo JUAN PABLO MONTIEL³ opina que en la discusión sobre tal crisis han predominado posiciones más bien pesimistas como la del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt⁴, según la cual la ciencia del Derecho Penal se encontraría en la posmodernidad en un estado de decadencia indeseable y el principio de legalidad fue uno de más afectados por esta visión negativa: «El modo en que los poderes públicos afrontaron la delincuencia empresarial y medioambiental, al igual que los procesos de internacionalización y europeización del Derecho penal, evidenciaron un claro relajamiento de los mandatos de *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Desde la antigua perspectiva, estas derivaciones del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* se habrían flexibilizado hasta extremos intolerables» Agrega que, sin embargo, no siempre son puestos de relieve los desafíos que tiene ante sí el principio de legalidad frente a las manifestaciones del nuevo Derecho Penal, pues así como la criminalidad empresarial ha oxigenado las doctrinas clásicas de la imputación, la omisión y la participación, también la

* Exposición efectuada el día martes 4 de mayo de 2021 en la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 13 y ss.; segunda edición, BdeF, Buenos Aires – Montevideo, 2010, p. 3 y ss.

² Prólogo a *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) - Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), Editorial Comares, Granada, 2009, p. XI.

³ MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, prólogo, pp. 21-23.

⁴ Editor de *La insostenible situación del Derecho Penal*, cit.

legalidad podría verse favorecida por los problemas que asoman. Tras plantear que subyace una dicotomía entre la *decadencia* del principio de legalidad y su *evolución* ante el nuevo estado de cosas, concluye que no debe renunciarse a dicho principio, el cual resulta potenciado frente a tales retos.

Animado de esta visión optimista -aunque no ingenua-, partiré del *mandato de certeza, determinación o taxatividad* derivado del principio de legalidad, una de cuyas principales consecuencias es que el legislador debe redactar los tipos penales de modo claro y preciso, de tal manera que el contenido de ellos sea comprendido sin dificultad por sus destinatarios. Dicho corolario referido a la competencia del Poder Legislativo como autoridad legitimada para la creación de la ley penal (Código Penal y leyes complementarias) –de la cual no podré ocuparme ahora- junto con aquellos que ordenan que la ley penal debe ser escrita, previa y estricta, constituye también un límite para la actividad de los jueces⁵, quienes en la labor de interpretación de la ley penal para su aplicación al caso concreto en no pocas ocasiones deben acudir a conceptos doctrinarios que les proporciona la dogmática jurídico-penal para lograr una mayor corrección.

Este aspecto puntual será el objeto de mis reflexiones, enfocadas en la categoría de la imputación objetiva –hoy prevaeciente en la teoría del delito- en cuanto ella implica la remisión a estándares sociales de conducta correcta que se encuentran fuera de la ley penal, para evaluar la posible tensión de esa construcción de la norma jurídico-penal con el principio de legalidad, aunque no podré profundizar en esta ocasión acerca de los paradigmas para la definición de aquellos estándares⁶.

II. El mandato de certeza, determinación o taxatividad derivado del principio de legalidad

Coincido con quienes sostienen que el Derecho Penal debe ser considerado como *Derecho penal constitucional* pues es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y los derechos que se recogen en el texto de la ley fundamental. Por ello resulta necesario examinarla atentamente para extraer de su tenor literal, de su espíritu y de los principios que consagra lo que podría denominarse *programa penal de la Constitución*, el cual consiste en el conjunto de

⁵ SARRABAYROUSE, E.C., “La crisis de la legalidad. La teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración”, en MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, p.31.

⁶ Respecto de los cuales resulta muy valiosa la investigación de PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2019, pp. 87-116.



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

postulados político-criminales genéricos -no en soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo- que constituye el marco normativo dentro del cual el legislador debe tomar sus decisiones y el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar⁷.

El principio de legalidad -uno de los más relevantes del Derecho Penal constitucional- que se expresa en su aspecto formal con el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, precedente pese a su formulación latina de FEUERBACH⁸, configura la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho Penal⁹.

En 1978 BERND SCHUNEMANN publicó un opúsculo titulado “*Nulla poena sine lege?*”¹⁰ en el cual evidencia el loable intento de profundizar el modelo clásico de análisis sobre los fundamentos y las exigencias del principio de legalidad, a partir de argumentos más sofisticados que abrieron por aquel entonces nuevos frentes de debate¹¹.

Como contenido de este principio se entienden diversos postulados: la reserva absoluta de ley –monopolio del Parlamento- para definir las conductas constitutivas de delito y conminar la aplicación de penas, con exclusión de otras disposiciones de inferior rango y de la costumbre; la exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; la prohibición de la interpretación extensiva y de la analogía *in malam partem*; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo¹².

El principio de legalidad tiene un triple fundamento: a) el **democrático-representativo** según el cual la definición de lo que es delito y de las penas que le corresponden es una facultad que pertenece de manera exclusiva a la ley (no al Poder Ejecutivo ni a los jueces), por ser el Parlamento la expresión de la voluntad general y la separación de poderes consustancial al Estado de Derecho¹³; b) el

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 44 y 45.

⁸ VON FEUERBACH, A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1847, § 23.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 252.

¹⁰ SCHÜNEMANN, B., “Nulla poena sine lege?” *Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, de Gruyter, Berlín, 1978.

¹¹ MONTIEL J.P., *Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2020, p.14.

¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J., ob. cit., p. 48.

¹³ Este fundamento coincide con lo que SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 252 y 253, denomina “dimensión política” del principio de legalidad que alude a la necesaria

fundamento político-criminal que deriva del sentido material de las normas: sólo puede pretenderse razonablemente que los ciudadanos se abstengan de realizar determinada conducta o realicen alguna si previamente y con claridad suficiente les es conocido el mandato o la prohibición emanados de la ley del Parlamento, lo que constituye su derecho “político”: la seguridad jurídica¹⁴; c) la expresión política de la **garantía del individuo y de sus derechos fundamentales** frente a la privación o restricción de éstos por el Estado; por ello, no puede ser invocado para excluir intervenciones legales que favorezcan al ciudadano, como la analogía *in bonam partem* y la aplicación retroactiva de la ley más benigna¹⁵.

Respecto del fundamento democrático-representativo o dimensión política del principio de legalidad compartimos la posición de quienes entienden que la función delimitadora de dicho principio se aprecia a la hora de saber que el Parlamento es la autoridad habilitada constitucionalmente para criminalizar conductas, establecer causas de exclusión de la responsabilidad penal, asignar penas y fijar mecanismos para la individualización y ejecución de la pena pero «la cuestión más delicada es explicar de qué manera podrían en casos excepcionales participar de la tarea creadora órganos distintos de los primigeniamente habilitados; algo que la praxis y la ciencia aceptan, pero cuya fundamentación no alcanza a estar del todo clara. Ahora bien, en la determinación de esta competencia no resulta decisivo para el principio de legalidad determinar únicamente criterios de legitimidad creadora (...), sino también criterios referidos a la formulación del enunciado legal. En esta última dirección apunta justamente nuestro principio al demandar una ley y una pena determinada y clara en virtud del mandato de determinación o taxatividad»¹⁶.

El mandato de certeza derivado del principio de legalidad brinda pautas a los jueces para saber qué interpretaciones aceptar y cuáles no y, además, para determinar si judicialmente el sistema jurídico-penal de normas puede ser corregido usando la analogía ante un descuido del legislador que lo creó.

vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos y tiene por objeto fundamental el problema de la *legitimación democrática* de las disposiciones definitivas de los delitos y de las penas y de las decisiones que aplican tales normas. En ese sentido se pronuncian SCHÜNEMANN, B., *Nulla poena sine lege?*, cit., p. 9 y ss; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, traducción y notas Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, t. I, § 5, nm. 20 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, L. 4, nm. 7.

¹⁴ Es lo que SILVA SÁNCHEZ, J.M., ob. y lug. cit., llama “dimensión técnica” del principio de legalidad, que proporciona la esencial garantía de la *seguridad jurídica*: que los ciudadanos sepan qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución.

¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J., ob. cit., pp. 48 y 49.

¹⁶ MONTIEL J.P., *Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica*, p.27.



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Por ello considero necesario distinguir las implicancias del principio de legalidad en la *interpretación* y en la *integración del Derecho Penal* como dos actividades jurisdiccionales diferentes, como lo hizo LUIS ARROYO ZAPATERO¹⁷. De tal modo se debería ofrecer criterios que delimiten el ejercicio de la actividad interpretativa porque puede haber interpretaciones judiciales que no signifiquen analogía y sin embargo ser contrarias al principio de legalidad.

Una vez que son identificadas por el juzgador las fuentes que conforman la base del sistema normativo aplicable al caso concreto sometido a su decisión, deberá necesariamente interpretarlas para saber qué casos y cómo son resueltos por ese conjunto de normas. La *interpretación del Derecho* consiste en un procedimiento mediante el cual el intérprete precisa el significado de los términos empleados en el enunciado legal, en base a ciertas restricciones derivadas del mandato de determinación. El principio de legalidad podría resultar infringido no solamente cuando el juez hace uso de la analogía, sino también cuando avala una interpretación que no encuentra apoyo en las reglas del habla de una determinada comunidad. Puede suceder que al concluir la etapa interpretativa el juez se encuentre con que el legislador ha hecho una incorrecta selección de casos para asignar una determinada consecuencia jurídica. Frente a este tipo de problemas el principio de legalidad aspira a aportar criterios, no sólo para establecer si efectivamente hay una falla en la legislación que amerite una corrección judicial, sino también para escoger el método al que puede acudir el juez. Esta etapa se conoce en la teoría clásica del método jurídico como *integración del Derecho*, puesto que de lo que se trata es que el juez –usando la analogía no perjudicial al imputado- modifique la legislación para enmendar un descuido del legislador¹⁸.

No obstante, como lo señalan mi Maestro JORGE DE LA RÚA y AÍDA TARDITTI¹⁹ subsisten polémicas con respecto a la recurrencia de los usos y costumbres y de la analogía para ampliar las causales de no punibilidad en sentido amplio.

La regulación de la ley penal debe ser precisa de modo tal que en la mayor medida posible no deje librada al juez fijar su alcance como norma general de conducta, más allá de la subsunción. Las modernas tendencias analíticas (en especial en base al lenguaje) buscan relativizar este aspecto, argumentando que la

¹⁷ ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 8, 1983, p. 20 y ss.

¹⁸ MONTIEL, J.P., *Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica*, pp. 30-32.

¹⁹ DE LA RÚA, J. – TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 88.

ley no puede prever todos los aspectos del conflicto que debe resolver el juzgador, el que, en consecuencia, aplica sus propias valoraciones para resolverlo. Los tipos penales abiertos –particularmente los culposos o imprudentes- ponen en evidencia la amplitud de las potestades de los jueces²⁰.

Sin embargo, como lo destaca JOSÉ URQUIZO OLAECHEA, «el principio de *lex certa* cede a favor de reconocer que es sumamente difícil la tarea de crear normas penales cerradas con un lenguaje puramente descriptivo. El problema es complejo, pues tiene tintes políticos, técnicos, lingüísticos y otras limitaciones al momento de definir lo que se quiere proteger. Esto no significa que el mandato de determinación se entienda como una autorización de abierta flexibilización tornándolo un axioma caprichoso y acomodable. La *lex certa* es lo óptimo, pero si no se logra, queda sólo exigir un máximo de taxatividad posible²¹ con el objetivo de que se logre la mayor seguridad jurídica. Estos son los justos términos del principio de determinación que no puede ser comprendido como una exigencia de absoluta claridad y precisión en la descripción de la conducta»²².

Ello es así por cuanto el sistema de la legalidad continental europea se inspiraba en un modelo de subsunción del juez como mero ejecutor de la voluntad legislativa que con el tiempo se advirtió como impracticable. Según la expresión atribuida a MONTESQUIEU, el juez no era más que la boca por la cual se pronuncian las palabras de la ley²³. ROBESPIERRE llegó a sostener que en el nuevo régimen la jurisprudencia de los tribunales no era otra que la ley. Pero, ya FEUERBACH había advertido inconvenientes insalvables para ello y flexibilizó esa regla mediante el método dogmático.

Hoy somos más conscientes que nunca de la variedad de alternativas interpretativas que plantea la ley penal debido a la porosidad y vaguedad del lenguaje. A ello debe añadirse las posibilidades que surgen de la –cada vez más frecuente– defectuosa técnica legislativa empleada en la elaboración de las leyes. Y no faltan quienes –como JAKOBS- discuten la posibilidad misma de que la letra de la ley cumpla alguna función limitadora. De modo que, aún en los sistemas

²⁰ DE LA RÚA, J. – TARDITI, A., *Derecho Penal. Parte General*, p. 89.

²¹ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 1992, p. 256, quien expresa que “el logro de la máxima taxatividad posible y de la vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho Penal en un Estado democrático de Derecho”.

²² URQUIZO OLAECHEA, J., “Principio de determinación de la ley penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – In Memoriam*, volumen I, dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1344.

²³ SARRABAYROUSE, E. C., “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración”, p. 47.



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

continentales, se debe admitir que el Derecho Penal no se agota en la ley positiva vigente.

Eso no significa que se pueda castigar sin ley penal. Ésta sigue siendo la fuente central sin la cual no puede existir sanción penal en los países que adoptan el sistema continental europeo y de manera especial en el nuestro, a partir de la recepción del principio de legalidad como *garantía constitucional* (arts. 18 y 19 Constitución Nacional) y *convencional* (disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994). Pero lo cierto es que la ley positiva, punto de partida para cualquier castigo penal, no alcanza para definir completamente la materia sancionable. También las manifestaciones científicas de los autores, las concepciones prácticas y los desarrollos de la historia del Derecho, gravitan significativamente en las decisiones judiciales²⁴.

III. Legislación penal y Derecho correcto: el papel de la Dogmática de cara al mandato de determinación

Dado que los textos legales no proporcionan por sí mismos bases suficientes para los enunciados dogmáticos, resulta insoslayable que el jurista deba tomar las correspondientes decisiones, lo cual no significa admitir que en el ámbito de la Ciencia jurídico-penal pueda predominar un *decisionismo* de conformidad con el cual aquellas categorías podrían ser expresión arbitraria de meras opiniones²⁵.

En una de sus más recientes obras²⁶, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ afirma que las legislaciones penales que emanan de las mayorías parlamentarias en nuestro ámbito de cultura se hallan lejos del ideal del Derecho Penal correcto. Los principios, subprincipios, estándares y reglas que elabora la doctrina del Derecho Penal, ya sea como dogmática, ya sea como política criminal, no son institucionalmente vinculantes porque los profesores no ocupan ninguna posición de poder aunque sí deberían considerarse discursivamente vinculantes. En este sentido, debería ser

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición ampliada y actualizada, edit. BdeF, Montevideo, 2010, p. 287.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 110, donde cita a ARROYO ZAPATERO, L., “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 1, agosto 1987, pp. 97-110: «p. 98: La evidente relación íntima entre ciencia penal e ideología “no autoriza a tomar como punto de partida los valores que a cada cual mejor parezcan y convengan”».

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pp. 50-61.

razonable que la doctrina estudie la posibilidad de una solución legal alternativa (*de lege ferenda*) y/o de una estrategia dogmática, de modo que la ley penal vigente alcance, en su aplicación judicial *de lege lata*, un mayor grado de corrección jurídico-penal²⁷.

También explica que la dogmática *stricto sensu* se mueve en un espacio libre de Constitución en tanto y en cuanto se respete el tenor literal de un texto legal conforme con aquella y se acojan los estándares aplicativos mínimos, tanto metodológicos como valorativos. Tal dogmática *de lege lata* es responsable de que la práctica judicial del Derecho Penal disponga de un modelo racional y seguro de aplicación de las leyes penales. Como tal, debe orientarse al desarrollo de «una red dogmática sin lagunas, que establezca un estrecho control de la judicatura en términos de cientificidad jurídica –un control que entonces sería algo así como un cuarto poder en el Estado, que sólo controla, pero no ejerce dominio alguno»²⁸. En consecuencia, los conceptos dogmáticos deben estar sólo orientados a presentar el Derecho Penal correcto.

En este trabajo intentaré aproximarme a una respuesta al interrogante si es admisible constitucionalmente una dogmática penal entendida como una ciencia que sea capaz de proteger las condiciones de funcionalidad de una sociedad pluralista y de riesgos, aunque deba hacerlo en desmedro del principio de legalidad. Para ello, centraré el análisis en las premisas valorativas de construcción de la imputación objetiva, formulada para explicar el tipo de injusto, una de las categorías más relevantes en la actualidad del sistema de la teoría del delito.

IV. La imputación objetiva y su supuesta tensión con el principio de legalidad

La teoría de la imputación objetiva es uno de los temas más intensamente debatidos en las últimas décadas. Sin embargo, bajo ese rótulo aparecen nuevamente ideas que ya expusieron con anterioridad los sostenedores de sistemas muy diferentes, sin que aquellos le hayan dado esa denominación, que igualmente

²⁷ Ya en 1992, en la primera edición de su *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 111, SILVA SÁNCHEZ había señalado que la discusión sobre las premisas valorativas de construcción del sistema de la teoría del delito plantea dos problemas: por un lado, el relativo a cuál es la fuente de tales premisas y cómo se concretan posteriormente las mismas en las diversas categorías; por otro lado, el referido a cómo puede controlarse en términos de racionalidad, la opción por determinadas premisas en lugar de otras y sus sucesivas concreciones.

²⁸ SCHÜNEMANN, B., “Savignys Rechtsbegriff –von chegestern und von übermorgens”, en SCHÜNEMANN/TINNENFELD/WITTMANN, *Gerechtigkeitswissenschaft – Kolloquium aus Anlass des 70 Geburtstages von Lothar Philips*, 2005, p. 175.



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

hoy acoge en su seno interpretaciones tan variadas que en realidad podría hablarse de “teorías” de la imputación objetiva.

Si bien en los delitos de resultado el enfoque causal-mecanicista de la relación causal entre comportamiento y resultado no es aceptado en la actualidad como explicación exclusiva, no por ello ha sido dejado totalmente de lado, pues la dogmática jurídico-penal toma a la teoría de la *equivalencia de condiciones* como punto de partida para determinar la posible relación causal, que ahora se conceptúa en base a criterios normativos en las distintas versiones de la moderna teoría de la imputación objetiva, desarrollada a partir de 1970 por el prestigioso maestro alemán CLAUS ROXIN.

Este autor pretende establecer ciertos criterios valorativos que permitan, en el ámbito del Derecho Penal, esclarecer cuándo una actuación humana se puede calificar como acción típica desde el punto de vista objetivo (*imputación objetiva*).

Para dicha concepción existen dos categorías sucesivas e independientes en el tipo penal objetivo: la causalidad y la imputación. La primera es condición necesaria pero no suficiente para la tipicidad, ya que podría haber causalidad sin imputación, pero no imputación sin causalidad.

La teoría de la imputación objetiva parte de un presupuesto realista: en la vida social moderna se toleran —e incluso se alientan— ciertas conductas peligrosas dentro de un margen determinado y siempre que se desarrollen de acuerdo a normas y parámetros establecidos. Cuando estos riesgos exceden los límites tolerados, se lesionan bienes jurídicamente protegidos y es aquí cuando el Derecho Penal debe intervenir.

Siguiendo a ROXIN²⁹, afirmo que la concepción de la imputación al tipo objetivo debe ocurrir siguiendo dos principios estructurados de manera sucesiva uno tras de otro: a) solamente puede imputarse al tipo objetivo un resultado causado por el actor cuando su conducta hubiera creado para el objeto de la acción un peligro que no estuviera cubierto por un riesgo permitido y este peligro se hubiera realizado también en el resultado concreto, y b) si el resultado se manifestara como la realización de un peligro creado por el autor será por regla general imputable, de manera que se habrá cumplido con el tipo objetivo. Pero excepcionalmente podrá desaparecer la imputación cuando el alcance del tipo no abarcara la evitación de

²⁹ ROXIN, C., *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 2ª edición, Grijley, Lima, 2014, pp. 79 y 80.

tales peligros y sus consecuencias. La finalidad de protección de la norma es considerada como eje rector del análisis ya que, a los efectos de la teoría de la imputación objetiva, sólo deben tenerse en cuenta aquellos resultados que afecten el bien jurídico protegido por la norma que el autor infringió al momento de crear el riesgo penalmente relevante.

Para hacer este tema más comprensible recurriré a algunos ejemplos tomados del libro del destacado profesor de la Universidad de Buenos Aires, FERNANDO CÓRDOBA³⁰, aparecido la semana pasada, al que hice algunas variaciones.

EJEMPLO 1. Un ladrón resbala y se clava una de las puntas de lanza de la reja que estaba escalando con el fin de ingresar a una vivienda a hurtar, resultando su muerte.

Desde un punto de vista puramente causal, también el dueño de la casa ha causado la muerte del ladrón, porque si no hubiera instalado las rejas, el resultado no se habría producido. Sin embargo, la conducta de instalar las rejas no encuadra en el tipo objetivo de homicidio doloso (art. 79 C.P.), porque constituye un **riesgo permitido**, y ello no se modifica aunque el dueño reconozca que instaló esas rejas previendo ese resultado. En consecuencia, la conducta del dueño de casa –al estar jurídicamente permitida- es atípica y penalmente irrelevante.

En cambio, la situación es distinta cuando lo que fracasa es el segundo paso o nivel, es decir, la realización del riesgo.

EJEMPLO 2: A dispara contra B con dolo homicida, pero sólo lo hiere. B es llevado al hospital y allí es estabilizado. Sin embargo, poco antes que le dieran el alta, B muere como consecuencia de un incendio en el hospital provocado por C.

En este caso académico no hay duda que la acción de A fue también causa de la muerte, pues si A no le hubiera disparado, B no habría estado en el hospital en el momento del incendio. Está claro que al dispararle A creó un **riesgo no permitido** para la vida de B, con lo cual cumplió el primer paso. Pero al analizar el segundo paso hay que concluir que el resultado de muerte de B **no es la realización del riesgo creado por A** (morir a consecuencia de un disparo), sino de un segundo riesgo creado por C (morir en un incendio), que desplazó al primero. El resultado no es imputable objetivamente a la conducta de A y fracasa la tipicidad objetiva del delito de homicidio doloso consumado (art. 79 C.P.). Pero, en la medida que la

³⁰ CÓRDOBA, F.J., *Elementos de la teoría del delito*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, p. 49.



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

acción de A de disparar constituyó la creación de un riesgo no permitido y la ejecutó dolosamente, queda abierta la posibilidad de imputar a A al menos una tentativa de homicidio (arts. 42 y 79 C.P.)

En un interesante artículo VOLKER HAAS³¹ busca aclarar si la teoría de la imputación objetiva puede fundamentar con solidez la responsabilidad penal y realiza algunas de las críticas más importantes a dicha doctrina, referidas especialmente a su relación con la teoría de los imperativos y con la doctrina del bien jurídico, sobre las cuales no puedo ahondar en este momento. Sí me interesa destacar –por estar directamente vinculado al tema de este aporte– el cuestionamiento que dicho autor realiza a la teoría de la imputación objetiva en función de su incompatibilidad con el mandato de *lex certa* derivado del principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, HAAS³² realiza las siguientes objeciones: la doctrina de la imputación objetiva interpreta las normas penales de los delitos de resultado –especialmente los §§ 222 y 229 StGB que tipifican el homicidio imprudente y las lesiones imprudentes, respectivamente– como *tipos abiertos*. «La relación causal formulada por la teoría de la equivalencia se ancla solo ontológicamente y con ello se sitúa fuera del ámbito de lo normativo. Un destino parecido comparte el concepto de resultado, que, como menoscabo de un interés de integridad puramente fáctico, no presenta aún implicaciones normativas. Lo único normativo es el concepto de riesgo permitido, a rellenar valorativamente, y el de imprudencia, cuyos baremos sin embargo no se concretan en la ley. Como consecuencia, el enunciado jurídico legal-abstracto tiene únicamente el estatus de una cláusula general no fijada conceptualmente. Algo similar sucede en Derecho civil con la norma de responsabilidad del § 823 I BGB*, siendo sin embargo que solo en el Derecho penal debe observarse la vinculación al mandato de determinación *nulla poena sine lege stricta*. A la vista del indiscutido alcance de la teoría de la equivalencia como concepto básico de la doctrina de la imputación objetiva, semejante comprensión del tipo, por un lado, privaría al aplicador del Derecho de la posibilidad de informarse sobre qué ha de evitarse con un comportamiento diligente; por el otro, a la vista de los deberes de cuidado que muchas veces solo se perfilan con una ponderación de intereses en sede judicial, se le negarían al aplicador del Derecho los puntos de orientación que necesita para informarse sobre las exigencias de comportamiento

³¹ HAAS, V., “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, traducción de H. García de la Torre, publicado en *InDret* 1/2016, Barcelona, enero de 2016, pp. 1-33.

³² HAAS, V., “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, pp. 21 y 22.

adecuado al cuidado. Prescindiendo de la problemática fundamental, aquí solo mencionada, del desarrollo judicial del Derecho material [*materielle richterrechtliche Rechtsfortbildung*], la re-normativización extensiva del tipo de los delitos de resultado jurídico-penales a través de la doctrina de la imputación objetiva arroja con ello serias dudas jurídicoconstitucionales en relación con el art. 103 II GG». Dicha cláusula de la Ley Fundamental alemana establece que “*solo puede castigarse un delito si su punibilidad estaba fijada legalmente con anterioridad a que se cometiera*”. Como es habitual en los ordenamientos jurídicos de tradición continental europea, el principio de legalidad en Alemania se despliega también en las exigencias de *lex praevia*, *lex stricta*, *lex scripta* y –de particular interés aquí– *lex certa*.

Respecto de los denominados *tipos penales abiertos* adhiero a lo expresado por GABRIEL PÉREZ BARBERÁ³³ cuando explica que según una opinión bastante extendida los tipos culposos son tipos “abiertos”, en el sentido que su concreta forma de realización típica no está expresamente señalada en la ley, la cual debe ser completada por el juez según las características del caso concreto y en función de la específica norma de cuidado que lo rige. De allí que, como la acción concreta no está determinada legalmente, se sostenga que los tipos imprudentes afectarían el principio de legalidad, que exige que los tipos penales deben describir exhaustivamente la conducta prohibida de una manera clara y precisa; es decir, se requiere que los tipos sean “cerrados” (mandato de determinación). Afirma con acierto que ese punto de vista es erróneo y, de hecho, lo rechaza la doctrina, pues –como se ha advertido– los delitos culposos no son ni más ni menos “abiertos” que los dolosos. Pero ni siquiera los tipos penales –dolosos o culposos– que pueden ser calificados de “abiertos” violan –por ese solo hecho– el principio de legalidad, pues no es posible pensar en otra manera de concretar esos tipos que no sea a través de la tarea de los jueces, siendo más fácil para el ciudadano distinguir deberes de cuidado según sus propias nociones que a través del contenido de las leyes.

Los cuestionamientos de HAAS sobre la tensión con el mandato de determinación emergente del principio de legalidad producida por la remisión a valoraciones sociales externas a la ley penal para completar el contenido de la categoría del riesgo permitido que es la piedra angular de la imputación objetiva, es quizá uno de los aspectos menos estudiados por la dogmática jurídico-penal de los

³³ PÉREZ BARBERÁ, G.E., “El tipo culposo. La preterintencionalidad” en LASCANO, C.J. (director), *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, 2002, pp. 335 y 336.



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

últimos tiempos, con honrosas excepciones, entre las cuales debo destacar la excelente monografía de NURIA PASTOR MUÑOZ³⁴.

Dicha autora³⁵ explica con claridad y corrección que en ocasiones el legislador penal recurre a la *remisión expresa a otras instancias* para completar la definición de tipos penales, como sucede con la técnica legislativa de las *leyes penales en blanco* que en su momento generó una intensa discusión pero que hoy en día son aceptadas si se mantienen dentro de los límites jurídico-constitucionales (*teoría del complemento indispensable*) porque sirven para mantener una cierta estabilidad de la ley penal en el tiempo y, al mismo tiempo, para ajustarla a las exigencias de ciertas actividades específicas y fluctuantes. Agrega que otros fenómenos de remisión de la ley o de la jurisprudencia también han suscitado debates importantes como la *remisión a las reglas de la técnica* establecidas por sectores especializados que en 1987 -en su contribución al Libro Homenaje a Lackner- mereció el rechazo frontal de SCHÜNEMANN³⁶ por entender que prácticamente permitía un Derecho Penal *a la carte* en el que los destinatarios podían definir el contenido de las normas punitivas conforme a sus propios intereses. Señala la autora que en la actualidad tales cuestiones se vuelven a plantear a raíz del fenómeno de la *autorregulación* en Derecho Penal por la existencia de un programa de cumplimiento con los requisitos legales, que determina la imposibilidad de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. En realidad lo preocupante no es el mero hecho que se produzca una remisión del legislador penal a otras instancias para construir los estándares de conducta jurídico-penales, que es algo inevitable, sino el peligro de que la remisión sea *patológica*, algo que ocurre cuando las instancias a las que se remite generen sus cuerpos normativos guiándose por un *telos* distinto al de la norma penal. Por ello, es clave subrayar que *la remisión está presente en todos los estándares de conducta jurídico-penales* y está unida a la institución del *riesgo permitido* como primer eslabón en el análisis de la desaprobación jurídico-penal de la conducta.

DE LA RÚA y TARDITTI³⁷ explican que el criterio para deslindar entre *riesgos permitidos* y *no permitidos* es el filtro de mayor importancia para diferenciar entre

³⁴ *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, cit. *supra* en nota 7.

³⁵ PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad*, pp. 15-19.

³⁶ SCHÜNEMANN, B., “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, traducción de M. Cancio Meliá y M. Pérez Manzano, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 158.

³⁷ DE LA RÚA, J. – TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, pp. 305-308.

una acción dotada de capacidad causal respecto del resultado y que, por lo tanto, implica un peligro para un bien jurídico, de la acción que además de esa capacidad, presenta una característica normativa que posibilita captarla como relevante para el ámbito delimitado por el tipo. Toda conducta encuadrable dentro del riesgo permitido es necesariamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal y, en consecuencia, no puede ser nunca considerada ni siquiera objetivamente típica. Es decir, el riesgo permitido proporciona un parámetro general de exclusión del tipo objetivo.

La regulación legislativa de ciertas actividades riesgosas, como son las que recurrentemente se ejemplifican, implica que desde la perspectiva normativa configuran “riesgos permitidos” en la medida que se desarrollen dentro de las reglas. Entre las **regulaciones positivas** podemos mencionar las leyes de tránsito, las normas que regulan la elaboración y comercialización de alimentos, vinos, medicamentos, juguetes, la instalación de calefactores y otros artefactos a gas en hogares, el uso de equipos láser con fines medicinales, la tenencias de perros de razas peligrosas, y ahora también la operatoria de vehículos aéreos no tripulados, comúnmente llamados “drones” (Res. 368/15 de la Administración Nacional de Aviación Civil)³⁸.

No todas las actividades riesgosas se encuentran reglamentadas legislativamente. Existe un conjunto bastante considerable de actividades peligrosas que se desenvuelven en ámbitos en los cuales se han configurado estándares científicos o técnicos propios de ciertas profesiones (médicos, y otros profesionales de la salud, ingenieros y arquitectos) u oficios (electricistas, plomeros), para llevarlas adelante dentro de esos consensos. Se trata de las **reglas del arte (lex artis)**. Si bien estos estándares no son equivalentes a las regulaciones formales, para determinar que se ha sobrepasado el riesgo en quien no se atuvo a ellos, el que actúa de modo diferente debe haber empleado por lo menos una alternativa superior (cirujano que innova empleando una técnica quirúrgica viable científicamente y superior a la estándar) o igualmente compensadora (constructor que realiza un muro de grosor inferior pero con un material que proporciona mayor seguridad que el estándar aceptado para la profesión).

Asimismo, en muchas actividades riesgosas tampoco existen regulaciones positivas ni reglas del arte y son las que plantean más dificultades para encontrar un criterio objetivo para separar el riesgo permitido del no permitido. Estas dificultades se plantean cuando se trata de actividades que no coinciden con los

³⁸ CORDOBA, F. J., ob. cit., p. 53.



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

llamados *riesgos normales o generales de la vida* (por ejemplo, ¿a qué edad se puede enviar a un niño solo a la escuela o a comprar algo al almacén o a que juegue en la calle?)³⁹ porque éstas ni siquiera pueden considerarse que “crean” riesgos ya que son manifestaciones del ámbito de libertad en un marco de interacción social; y tampoco coinciden con los *riesgos drásticos* suficientemente expresivos de su calidad de “no permitidos” (v.gr. disparar un arma hacia donde se encuentran personas, diseminar veneno en aguas de un río).

En este ámbito donde debemos guiarnos por **normas de prudencia no escritas**, queda de manifiesto la importancia del contexto pues determinar cuál era el comportamiento esperable del hombre prudente –y también del autor- es algo que depende fundamentalmente de las circunstancias del caso concreto. En el caso de los niños, además de la edad, depende de si se trata de un pueblo o de una gran ciudad, de una zona de poco o mucho tránsito vehicular, de la distancia y las características del recorrido, si lo ha aprendido previamente acompañado de sus padres, etc.⁴⁰

Considero atinada la mayoría de las conclusiones de PASTOR MUÑOZ⁴¹, que a continuación resumo: **1)** la remisión latente en todo tipo penal es una remisión a *estándares socialmente vigentes de conducta*, los cuales son el primer elemento a considerar en el juicio específico jurídico-penal, para lo cual es necesario que exista la convicción respecto a su carácter vinculante; **2)** se trata de *estándares abstractos* sobre el modo de llevar a cabo una actividad; **3)** esta visión del alcance limitado de la ley penal determina una concepción del principio de legalidad en términos muy modestos ya que la sola ley no ofrece orientación al ciudadano sobre las normas penales, sino que es imprescindible la aportación de la dogmática; asimismo, la garantía de *lex scripta* no se extiende a toda norma penal, sino solamente a su punto de partida, la ley positiva; **4)** las remisiones legales o jurisprudenciales a cuerpos normativos privados o legales presentan algunas *patologías aparentes y otras reales*: **a)** no son admisibles las *remisiones expresas totales* porque impiden una valoración autónoma específicamente jurídico-penal de la conducta del autor y remiten a otras instancias de definición del injusto, sin reservarse una posibilidad de control del *telos* del cuerpo normativo al que se remite; **b)** tampoco lo es la *remisión a ciegas a cuerpos normativos privados* (*autorregulación* empresarial) no tanto por una posible vulneración del principio de democracia sino por la vinculación del

³⁹ CÓRDOBA, F. J., ob. cit., p. 55.

⁴⁰ CÓRDOBA, F.J., ob. cit., p.56.

⁴¹ PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad*, pp. 117-119..

Derecho Penal al producto normativo de tales grupos; **c)** cuando la ley *remite expresa y parcialmente a normas administrativas* (leyes penales en blanco constitucionalmente admisibles) surgen problemas cuando la normativa administrativa no refleja (por defecto de origen o por haber quedado obsoleta) los estándares sociales de conducta correcta; en tales caos la impunidad del autor se basa en razones de legalidad; **d)** en las *remisiones tácitas* el juez debe examinar si las regulaciones (del Derecho Administrativo o de los cuerpos normativos privados) reflejan convicciones sobre la conducta correcta en dicho sector de la sociedad.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que -como no es posible un sistema en el cual el legislador establezca normas totalmente autosuficientes, de modo tal que la conducta sometida a decisión judicial pueda encuadrarse sin mayores esfuerzos en la hipótesis de la norma- el intérprete o el juez deberán desarrollar argumentaciones para determinar el correcto alcance de la ley en relación al caso sometido a decisión, y en tal punto es natural que exista un cierto grado de apreciación personal de las valoraciones (cuál es el margen de cuidado razonable en un acto culposo no reglado, cuándo se considera que un peligro es común o no, etc.). Pero, ante todo, la dogmática exige una actitud de buena fe: el objetivo de la interpretación es determinar el alcance de una norma, y debe admitirse *ab initio* que tal determinación puede no coincidir con las valoraciones personales del intérprete. En la medida que éste se considere habilitado para incorporar valoraciones personales distintas a las de la norma, o meramente aplicarla por su propia virtualidad sin examinar que la norma pueda contener otras valoraciones, niega la dogmática⁴².

⁴² DE LA RÚA, J. – TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 89 y 90.



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA