

DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Revista Internacional

22 MAR 2005

10

Enero - Marzo 2005

ISSN 1692-1682

Bogotá, Colombia

Bogotá - México D.F. - Buenos Aires - Caracas - Lima - Santiago

LEGIS
INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Cyber Crime and Intellectual Property Section, United States Department of Justice. *Searching and seizing computers and obtaining electronic evidence in criminal investigations*. En URL: www.cybercrime.gov

Feldman, Joan y Kohn, Rodger L. *Top Ten Things to do when Collecting Electronic Evidence*. En URL: <http://library.jp.findlaw.com/scripts/getfile.pl?file=/legpub/glass/glass000013.html>

International Organization of Computer Evidence. *Guidelines for best practice in the forensic examination of digital technology*. En URL: http://www.ioce.org/2002/ioce_bp_exam_digit_tech.html

Kornblum, Jesse. United States Air Force Office of Special Investigations. *Preservation of Fragile Digital Evidence by First Responders*. En URL: www.dfrws.org/dfrws2002/papers/Papers/Jesse_Kornblum.pdf

Pérez, María Verónica y Leroux, Olivier. Research Center for Computing and Law. *Collecting and Producing Electronic Evidence in Cybercrime Cases*. En URL: www.ctose.org/info/NamurDoesLeroux.ppt

Scientific Work Group on Digital Evidence. *Digital Evidence: Standards and Principles*. En URL: www.fbi.gov/programs/lab/fsc/backissu/april2000/swgde.htm

The National Center for Forensic Science. *Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Preparing Digital Evidence for Courtroom Presentation*. En URL: www.ncfs.org/DE_courtroomdraft.pdf

Witter, Franklin. SANS Institute. *Legal Aspects of Collecting and Preserving Computer Forensic Evidence*. En URL: www.giac.org/practical/gsec/Franklin_Witter_GSEC.pdf

¿Crisis del lado subjetivo del hecho? (*)

Manuel Cancio Meliá
Universidad Autónoma de Madrid
(España)

Sumario

La doctrina dominante de la imputación objetiva ha generado un desarrollo dogmático importante que ha olvidado o —al menos— desplazado el lado subjetivo del hecho que comprende la llamada imputación subjetiva. En el presente trabajo, el autor desarrolla el tema no desde la perspectiva dogmática sino de por qué esta existe como elemento de la imputación jurídico-penal.

La técnica de resolución de supuestos de hecho no se agota en elementos objetivos sino que comprende los subjetivos y es uno de los puntos de partida para la aprehensión teórica del tema.

Temas relacionados

Imputación objetiva; imputación subjetiva; concepto de delito; culpabilidad; dolo; imprudencia; normativismo; dogmática.

* La presente contribución fue elaborada durante una estancia de investigación en las universidades de Bonn y Múnchen, realizada con ayuda de una beca de la Fundación Alexander von Humboldt.

1. Introducción

Quizás resulte útil, para una mejor comprensión de lo que aquí ha de exponerse, subrayar desde un principio que las consideraciones a llevar a cabo en las presentes reflexiones constituyen una tentativa de descripción y no de valoración. Además, debe indicarse con carácter previo que la presente exposición, en amplios sectores, no hace justicia a la exigencia elemental a plantear, frente a un texto científico, de que su autor domine de modo suficiente la materia tratada. Dicho de otro modo, aquí —en parte— se hará diletantismo. En este contexto quizás pueda resultar tranquilizador el hecho de que hay suficientes ejemplos de que una aproximación diletante puede aportar beneficios relevantes para la disciplina correspondiente; posiblemente las excusiones a otras áreas a efectuar aquí, breves y sin pretensiones, puedan también resultar útiles⁽¹⁾.

Por otro lado, también parece conveniente aclarar algunas cuestiones terminológicas que pueden contribuir a facilitar la comprensión de las presentes consideraciones: “objetivo” y “subjetivo” significan, de acuerdo con el entendimiento tradicional, respectivamente, “acontecimientos externos” y “elementos internos del agente”; la “imputación objetiva” se refiere, de modo igualmente tradicional, a la teoría que bajo esa denominación pretende sistematizar los contenidos del tipo objetivo; la “imputación subjetiva” engloba —en la forma ahora practicada dentro del sistema europeo continental— dolo e imprudencia; “culpabilidad” se refiere, como es habitual, al juicio personal de reproche. Solo en el desarrollo de la exposición podrá apreciarse que desde la perspectiva aquí adoptada, esta terminología no siempre implica una adecuada comprensión de lo que se designa con ella.

2. El problema

Resulta sorprendente que la “pregunta radical”⁽²⁾ —es decir, la pregunta que comienza en las raíces— acerca del sentido o de la función de la imputación subjetiva en general es planteada en muy raras ocasiones⁽³⁾. De acuerdo con el título de la presente contribución, es esta pregunta la que también aquí ha de formularse para poder determinar si esta categoría —el lado subjetivo del hecho delictivo— goza de buena salud o, por el contrario, se encuentra en crisis. Sin embargo, como deriva del desarrollo posterior de este texto, esto no es del todo correcto —o al menos ha de precisarse—: pues no se pretende abordar el conjunto del “lado subjetivo del hecho”, sino solo la “dirección de la conducta” —“evitabilidad”, en lo que sigue: imputación subjetiva; la “culpabilidad” quedará excluida, como se expondrá más adelante— y, además, ni siquiera se pretende tratar la imputación subjetiva en sí misma —la configuración dogmática de sus contenidos—, sino la cuestión previa de por qué esta existe como elemento de la imputación jurídico-penal.

La subdivisión del concepto de delito en elementos objetivos y subjetivos constituye uno de los puntos de partida más relevantes y con mayor tradición para la aprehensión teórica —y también a efectos de establecer una técnica de resolución de supuestos— del delito⁽⁴⁾. Desde la perspectiva de los principios jurídicos, el principio de culpabilidad⁽⁵⁾, de acuerdo con el cual —formulándolo de modo aproximativo— la concurrencia de determinadas circunstancias en la

(1) Cfr. Solo, *así correspondientes como imputaciones —y causas— de Meier en su famosa consideración previa a sus Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, tomo I, 4^{ta} Ed., 1947, pp. 12 y ss.

(2) Jakobs, G. *ZStW* 101 (1989), p. 518; Jakobs, G. *Estudios de derecho penal*, 1987, pp. 127 y ss.

(3) Así, Jakobs, G. *ZStW* 101 (1989), p. 518, nota 3, la misma constatación respecto del fin específico de la pena por delito doloso es hecha por Schönemann, en: *Wiegand et al. (ed.)*, *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, 1999, p. 371 con nota 28.

(4) A esto hay que añadir que probablemente —debido a estructuras de evolución histórica entrecruzadas antes de movimiento de codificación— se trata de la subdivisión de concepto de delito más extendida en diversos ordenamientos jurídicos, con representación también en los ordenamientos de orientación francesa —*délémité légal - élément moral*— o alemana —*actus reus - mens rea*—, a los que en gran medida se alinea la elaboración de un sistema teórico del delito. Respecto de la relevancia de la cuestión en el contexto del proceso de armonización europea del derecho penal, véase, *infra* 3.2.

(5) Cfr. Solo, *BaCrim*, 6. *Principios de derecho penal. Parte general*, 5^a Ed., 1998, pp. 108 y ss., o Jakobs, G. *Das Schuldprinzip*, 1993; Jakobs, G. *Estudios de derecho penal*, 1997, pp. 365 y ss., pp. 8 y ss., *passim*.

persona del autor en el momento de la comisión del hecho es presupuesto de cualquier pena, y parece gozar de una vigencia incontestada. También en lo que se refiere a la exigencia concreta de una determinada imputación subjetiva parece tratarse de terreno seguro: "No hay pena sin dolo o imprudencia" (C.P., art. 5° español), eso parece estar claro.

En lo que sigue, en primer lugar se aludirá brevemente a algunas cuestiones —muy distintas entre sí— que quizás puedan poner en duda en alguna medida las certezas aparentes antes mencionadas.

Se trata de cuestiones que incluso tienen que parecer paradójicas ante el trasfondo de nuestro entendimiento de la imputación subjetiva: algunas inseguridades —respecto de las cuales puede afirmarse que superan la medida "normal"— en la dogmática del delito europeo-continental de derecho alemán; algunas constataciones de derecho comparado que igualmente son susceptibles de generar alguna inseguridad; ciertas características de fenómenos modernos de criminalización que pueden estimarse relevantes para el presente tema y, finalmente, algunas acotaciones breves respecto de algunos fenómenos históricos sorprendentes desde la perspectiva actual.

En segundo lugar, se intentará esbozar una determinada aproximación a la función social de la imputación subjetiva, para concluir con algunas hipótesis preliminares en torno a las consecuencias dogmáticas de esa función social.

3. Cuatro paradojas como indicios de crisis

El nexo de unión entre los sectores problemáticos que se abordan muy brevemente a continuación está en que todos ellos presentan dificultades estructurales en cuanto se rasca un poco el barniz de la aparente vigencia incontestada y firmemente asentada de un principio de responsabilidad subjetiva.

Pues las reflexiones que se ofrecen a continuación acerca de determinadas estructuras dogmáticas, las

relativas a algunas constataciones de derecho comparado, a determinadas características que aparecen en algunos nuevos ámbitos de criminalización y a la historia evolutiva de los sistemas de imputación, pueden mostrar que las estructuras conceptuales tradicionales de la dogmática jurídico-penal ya no son capaces de explicar —por completo— el modo de funcionamiento real del escalón de imputación "imputación subjetiva", de manera que ha de parecer adecuado intentar un nuevo desarrollo cuestionando esta categoría como tal.

3.1. Paradojas: la "crisis" del lado subjetivo del hecho en la dogmática —de orientación alemana—

Puede afirmarse que en los tiempos más recientes cabe apreciar la existencia de una confusión y desorientación crecientes de la doctrina científica —con las correspondientes repercusiones sobre la praxis— en relación con la importancia, el significado y la ubicación de los elementos subjetivos del hecho —imputación subjetiva y culpabilidad— en el concepto de delito⁽⁶⁾. Intentaré explicar muy brevemente esta afirmación respecto de tres sectores principales:

a) Dolo e imprudencia como conceptos dogmáticos

La discusión en torno a dolo e imprudencia a lo largo de los últimos cien años puede ser sintetizada —como es natural, simplificando mucho— con ayuda de las siguientes dos líneas básicas:

Por un lado —en el plano teórico-dogmático⁽⁷⁾, se trataba sobre todo de superar una concepción —"causalismo"— de acuerdo con la cual estos elementos expresaban, en cuanto partes integrantes de

(6) Es significativo el título de un congreso germano-hispano-taiwanés: Die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven — ein juristischer Knoten in der Strafrechtsdogmatik. En: *Chirurgia Law Review* 50, 1994.

(7) Cfr. respecto de lo que sigue solo las exposiciones, de orientación clara, de Jakobs, G.: Der strafbegriffliche Handlungsbegriff, 1992; Jessen, Jakobs, G.: *Estudios de derecho penal*, 1997, pp. 101 y ss., y Mir Puig, ADPCP 1998, pp. 561 y ss. Igual en Donzeliet al., ed., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 253 y ss.

la culpabilidad, puras relaciones psicológicas hacia un injusto definido en términos objetivos; en este sentido, se pretendía, por el contrario, alcanzar un anclaje de estos elementos subjetivos —y sobre todo del dolo— como partes de igual relevancia en el plano del injusto —“finalismo”—.

El resultado de esta evolución es que el dolo ya no es un hecho psíquico secundario, susceptible de comprobación, en el lado puramente subjetivo, sino que se considera una modalidad de dirección de la conducta que penetra en el núcleo del concepto de injusto y que incluso —en cuanto elemento central de la estructura lógico-material del concepto de acción— aspira a ocupar una posición de primera línea dentro de la estructura del delito. Esta evolución ha encontrado su punto culminante provisional en diversos intentos —que, como es sabido, hasta hoy no han logrado generar mayorías doctrinales— de identificar también respecto de la imprudencia elementos individuales ya en el injusto⁽⁸⁾.

De manera paralela, por otro lado, en el plano legislativo, se produjo una evolución que tuvo como tema la caza y captura de relictos de *versari in re illicita*, es decir, de residuos de responsabilidad objetiva en derecho penal. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la situación en España, puede decirse que en el contexto del cambio de régimen político después de 1975-1977, este proceso fue concluido en lo esencial en la reforma de 1983, habiendo llegado el Código Penal de 1995 a redondear esta transformación con la desaparición de los delitos cualificados por el resultado⁽⁹⁾.

Por lo tanto, parece que el principio de responsabilidad subjetiva —positivado en derecho español en el Código Penal artículos 5º y 10— se encuentra fundamentado tanto teóricamente como trasladado a la realidad legislativa. Parece que el lado subjetivo del hecho está firmemente establecido como elemento integrante del injusto.

Sin embargo, este estado de cosas no es seguro: tanto en el plano teórico como en el ámbito de la aplicación de las normas penales —así como en los procesos de creación de nuevas normas; cfr. *infra* 3.2— ha de constataarse que esta situación, aparentemente afianzada, se halla —de modo prácticamente subterráneo— en un proceso de lenta transformación.

En este sentido, lo cierto es que un examen algo más detenido de la doctrina de la imputación objetiva puede resultar sorprendente.

Por un lado es claro que el tema de recientes estudios —de nuevo: simplificando mucho— respecto del concepto de dolo es el de la “normativización”, es decir, el abandono de la idea de la constatación de elementos subjetivo-individuales —especialmente, el llamado elemento “volitivo” del dolo— y la aproximación a una concepción de la imprudencia y también, del dolo, como formas de imputación en las que se atribuye externamente una determinada actitud al agente⁽¹⁰⁾.

El camino recorrido en esta dirección es el siguiente: primero se elimina la voluntad del concepto tradicional de dolo —en palabras de Schönemann: la “objetivación limitada”—, de modo que el único

(8) Aquí han de mencionarse, por un lado, los representantes del llamado concepto individual de imprudencia, principalmente Stratenwerth y Jakobs y en España Zugaldía Espinar —cfr. solo las consideraciones críticas de Roxin, G. Stratenwerth, *Algemeines Teil, Band I: Die Grundsätze. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ª ed., 1997, 244ff. y ss., por traducción española de la segunda edición: *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997, y de 6ª ed. por: *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2002, 1173ff. y ss., por otro lado, los intentos desarrollados por Stüwe en orden a una “objetivación” de la imprudencia —cfr. solo Stüwe, GA, 1997, pp. 97 y ss. [en el CPC 1991, pp. 443 y ss.; ídem, JZ 1987, pp. 53 y ss. igual; ADP-CP 1987, pp. 423 y ss.; en la doctrina española, Quiroga Canteras, *Culpabilidad e imprudencia*, 1990, pp. 180 y ss.; Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente*, 1991, pp. 88 y ss., 109, 110 y ss., 118 y ss.

(9) Sobre esto, por todos, véase: Rodríguez Mourullo. En: ídem *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, 1997, pp. 38 y ss., 53 y ss.

(10) Fundamental Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1993, *passim*, y al respecto solo Küper, GA 1997, pp. 413 y ss., fundamental también Frisch, en: Grosse *et al.* (ed.), *Stratenswerth im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kluttmann*, 1985, pp. 191 y ss., en otra dirección —y, en parte, yendo más allá del derecho positivo— Jakobs, G. ZStW 101, 1989, pp. 516 y ss.; respecto de la crítica, véase: solo Schönemann, *Chancengleich Law Review* 50, 1994, pp. 266 y ss.; en la doctrina española, véase: solo Feijóo Sánchez, CPE 65 1998, pp. 269 y ss., y Raqué y Vallés, *El dolo y su guerra en el proceso penal*, 1999, *passim*, en lo que se refiere al concepto de dolo, pp. 25 y ss., véase también próximamente las reflexiones de Missig, *Mord und Totschlag - Verbrechen gegen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsrechts*. Escrito de habilitación —manuscrito—, Universidad de Bonn, 2001, pp. 168 y ss., 171 y ss.

referente debe estar en los conocimientos, en la representación; el siguiente paso es el entender también la constatación de esa representación como proceso de atribución —de nuevo en palabras de Schünemann, dirigidas sobre todo contra Jakobs: la “objetivación postmoderna total”—⁽¹¹⁾.

Por otro lado, cabe constatar que esta línea de evolución ha generado alguna repercusión también en la praxis. A modo de ejemplo, basta citar en la jurisprudencia española la sentencia relativa al llamado caso de la colza, en el que el Tribunal Supremo afirmó la concurrencia de dolo en un caso en el que, de haberse partido de una base teórica más tradicional, se hubiera asumido la concurrencia de imprudencia⁽¹²⁾.

b) La normativización del tipo objetivo, la teoría de la imputación objetiva y el lado subjetivo del hecho

Quizás la evolución más exitosa en la teoría general del delito de los últimos veinte años sea la teoría de la imputación objetiva⁽¹³⁾. De acuerdo con esta —que, partiendo en lo fundamental de Alemania, ha entrado en funcionamiento en la doctrina y jurisprudencia españolas y ha encontrado interés en diversos países de América Latina, Portugal e Italia⁽¹⁴⁾—, ya para la concurrencia del tipo objetivo es insuficiente una mera conducta externo-causal.

Por el contrario, ha de existir objetivamente un comportamiento al que se le asigna de modo normativo-general un significado delictivo —de realización del tipo—, en el caso de los delitos de resultado, añadiendo el requisito de que el resultado

(11) FS Hirsch, p. 365.

(12) Sentencia del Tribunal Supremo, 23/4/1992; véase la síntesis de los contenidos de la nueva línea jurisprudencial en Santiago, E. PG, pp. 225 y ss.

(13) Schünemann la equipara en relevancia a la discusión entre causalismo y finalismo: GA 1998, p. 267.

(14) Fundamentalschrift: Tabbe/Stratmann/Venturi und Zurechnung des Erfolgs, 1998, *passim*; cit. también Roxin, C. AT I, § 1139 y ss.; Jakobs, G. Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Schuldregeln und die Zurechnungslehre, 2ª ed. 1991, § 14 y ss. igual. *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación* Madrid, 1995, ídem. *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996, *passim*. Santiago, E. PG, pp. 189 y ss.; cit. también García Meia, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 2ª ed. 2001, pp. 35 y ss., 378 y ss.; ídem. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 2001, *passim*, con las correspondientes referencias.

quede abarcado por el significado objetivo de la conducta —en la terminología habitual: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y —en el caso de los delitos de resultado— realización de ese riesgo en el resultado producido—.

De esta fórmula general han surgido múltiples nuevas propuestas de solución para diversas constataciones de casos —que han elevado de manera muy notable el número de los estudios monográficos dedicados a la tipicidad— y, como se ha dicho, la teoría de la imputación objetiva ha alcanzado tanto en Alemania como en España un rápido y generalizado reconocimiento, hasta el punto de que en la actualidad puede pensarse que ha llegado al cómodo *status* de “doctrina dominante”.

Las aproximaciones más relevantes presentes en las voces críticas frente a esta teoría de la imputación objetiva —sobre todo, de orientación finalista— siempre se han referido precisamente a esa idiosincrasia de la teoría como “objetiva”, como punto débil⁽¹⁵⁾, es decir, han afirmado que esta doctrina pretende flagrantemente elementos pertenecientes al lado subjetivo del hecho.

En este sentido, lo cierto es que un examen algo más detenido de la doctrina de la imputación objetiva puede resultar sorprendente. Los elementos de la teoría de la imputación objetiva —por ejemplo, “creación de riesgo”, “alcance del tipo” o “creación desaprobada del riesgo”, “riesgo permitido”, “ámbito de responsabilidad de la víctima”, etc.— en realidad son una generalización de los contenidos del tipo. Como se ha dicho, se pretende que estos contenidos son de carácter “objetivo”. Pero, ¿cuál es la perspectiva desde la cual se valoran esos contenidos?

(15) En la bibliografía no tan reciente hay que acudir a los correspondientes trabajos de Karmann, A. Hirsch, Stüben y Köpper, así como a diversas contribuciones de Marcello Scatelliti y recientemente a la amplia monografía de Rueda Martín. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito coloso de acción*, 2001, cit. respecto de esta discusión sobre Roxin, C. GS Armin Kaufmann, 1989, pp. 237 y ss.; Frisch, *Typus penal e imputación objetiva*, 1995, pp. 53 y ss.; Jakobs, G. GS Armin Kaufmann, op. cit. 271 y ss.; ídem. FS Hirsch, 1992, pp. 55 y ss. En igual sentido, P. 56 (1993), pp. 119 y ss. y Leisch, Der Wahrheitsgehalt Schuldregeln einer funktionalen Revision, 1995, pp. 259 y ss.; recientemente cit. la síntesis de Frisch. En: *Actuando et al.* (ed.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 213 y ss., 219 y ss.; García Meia, M. *Líneas básicas* Nota 14, pp. 52 y ss., 58 y ss., con las correspondientes referencias.

La respuesta es que la perspectiva respecto de la conducta —por ejemplo: riesgo permitido o no— es *ex ante*⁽¹⁶⁾, mientras que en la constatación de la tipicidad del resultado, sería *ex post*.

¿Y cómo se formula esa perspectiva *ex ante*? Es aquí donde comienzan los problemas: de acuerdo con la posición mayoritaria, este juicio se hace desde la perspectiva de un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el que actúa el mismo. Es decir, por ejemplo, en el ámbito de la imprudencia: ante el estado de la calzada, teniendo en cuenta la iluminación, las características del vehículo, etc. ¿qué valoración —riesgo permitido— riesgo no permitido— hubiera hecho un "conductor racional"?⁽¹⁷⁾

Sin embargo, como inmediatamente se pensará, en muchas ocasiones el autor concreto no se corresponde con ese sujeto ideal. En lo que aquí interesa, puede divergir en dos direcciones: puede que sepa más, con un ejemplo de dolo: el sujeto "ideal" desconoce que la persona a la que va a dar un puñetazo es hemofílica, el sujeto concreto lo sabe. Puede que tenga mayores facultades: el conductor profesional puede frenar allí donde el "conductor ideal" colisiona irremediablemente. Puede que sepa menos: el conductor inexperto —por ejemplo, es extranjero, del Caribe— no sabe cómo debe comportarse en caso de hielo en la calzada: el "conductor ideal" en el ámbito de relación sabe que no debe pisarse el freno para evitar un deslizamiento del vehículo.

¿Cómo resuelve este la doctrina mayoritaria? Dicho en palabras de Roxin, hay que "generalizar hacia abajo, [e] individualizar hacia arriba"⁽¹⁸⁾, es decir, los conocimientos y facultades inferiores a la

media no se tienen en cuenta⁽¹⁹⁾ —la conducta es típica—, los conocimientos y las facultades superiores a la media sí se tienen en cuenta —la conducta es igualmente típica—⁽²⁰⁾.

Tomando el ejemplo de los "conocimientos especiales" —es decir, mayores a los del sujeto ideal—, en materia de infracción dolosa, que un dato perteneciente a la mente del autor —por ejemplo, el conocimiento de que en el avión al que manda a su rí o hay un artefacto explosivo— decida acerca de la determinación "objetiva" de la existencia de un riesgo típico de homicidio parece indicar que la crítica planteada por algunos autores y señaladamente por Armin Kaufmann es correcta. ¿Qué imputación "objetiva" es esta?

También en la otra dirección —capacidades o conocimientos inferiores a los del observador ideal— vienen planteándose críticas a la posición de la doctrina dominante. En efecto —aparte de las críticas formuladas por Struensee y otros representantes del finalismo, que convergen aquí en el resultado con otras aproximaciones— recientemente se ha argumentado en contra de este procedimiento, fundamentalmente, que es completamente contrario a la economía conceptual⁽²¹⁾. ¿qué sentido puede tener fundamentar un juicio "objetivo" para afirmar la tipicidad de la

(16) Puesto que este juicio discurre la perspectiva *ex ante* se hace en la *praxis* procesal, como es evidente en un momento posterior —el momento de enjuiciamiento del hecho— se denomina, técnicamente, "pronóstico objetivo posterior", véase por ejemplo, C. AT 13/1145, acerca de que esta denominación es incorrecta, confrontar con Jakobs, G. AT 7/32, nota 52, pues en un juicio *debi* —es indiferente cuando se haga— y, como se verá a continuación, precisándose no es "objetivo".

(17) Véase por todos Roxin, G. AT 13/2432 y ss.

(18) AT 13/2451, véase también NK-Ruppe, n.m. 145, previo al § 13. M. Pung. En: *idem*, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 234 y ss., con útiles referencias.

(19) Conforme a la doctrina dominante, la infracción imprudente carece de tipo subjetivo, de modo que esos elementos individuales deberían tenerse en cuenta a efectos exoneratorios en la culpabilidad, confrontar por todos: Jassack/Menged. *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, § 60, 1996, § 34.

(20) Tan sólo se ha apartado de este consenso —al menos respecto de infracciones dolosas— Jakobs, G. SS Armin Kaufmann, pp. 237 y ss. En igual sentido: Jakobs, G. *Estudios de derecho penal*, 1997, pp. 223 y ss. e *idem*, AT 7/49 y ss.; de acuerdo con su posición, sólo deben incluirse en la base de enjuiciamiento aquellos conocimientos que forman parte del rol social en el que actúa el sujeto, ya que fuera de este no existe la obligación de adquiridos, de modo que no habría sentido establecer el deber de adquirirlos una vez adquiridos.

(21) En esta argumentación han coincidido —partiendo de perspectivas distintas— justamente Buxbaum, En: Wollner/Freund, *Strafart. Strafgesetzbuch und Strafprozess* im gesamten Strafrechtssystem, 1996, pp. 103 y ss., 109 y ss.; Jakobs, G. adelantando al menos parcial mente de su anterior posición. En: AT 7/47 y ss., 73; Hirsin, pp. 55 y ss., 57, 58 y ss., 62 y ss., sobre esto, próximamente Cancho Melia, M. En: *Montesquieu-Lyrieu*, E. *Libro de homenaje al profesor Günter Jakobs*, en prensa para la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, también Schumann, GA 1998, p. 217, reformulando su propia posición, véase también, nota 42. En contra de esta crítica a la sistematización de la opinión mayoritaria, véase sólo la réplica de Frisch. En: Wollner/Freund, *Strafart.*, p. 194, véase también, Cancho Melia, M. *Lineas básicas*, Nota 14, pp. 68 y ss., 70 y ss., y anteriormente las consideraciones respecto de este problema en Wollner, En: *Gimbernat/Schubert, Wollner, internat. onale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsgehalte*, 1995. En igual sentido Gimbernat/Schubert/Wollner, *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, 1994, pp. 61 y ss., p. 3. Roxin, G. SS Armin Kaufmann, pp. 250 y ss. En igual sentido: CFC 1990, pp. 131 y ss.; *idem*, *Chengchi Law Review* 50, 1994, p. 247.

conducta si en caso de resultar inevitable individualmente su realización no podrá haber responsabilidad penal?

Con esta crítica —que introduce en el contexto de la teoría de la imputación objetiva la ya antigua discusión entre determinación objetiva o individual del injusto de la imprudencia⁽²²⁾—, como es evidente, se alcanza a la misma esencia de la imputación objetiva.

A los efectos que aquí se persiguen, cabe constatar ya con este breve esbozo fragmentario que en este sector especialmente desarrollado —y con especial éxito internacional— de la teoría del delito, existe una falta de claridad sorprendente en torno a la definición fundamental de los correspondientes instrumentos dogmáticos como “objetivos” o “subjetivos”.

c) La funcionalización del concepto de culpabilidad

Finalmente, como ulterior piedra de toque respecto de la evolución de elementos de contenido “subjetivo” en el concepto de delito, hay que enunciar, como es natural —aunque sea a modo de excurso—, la situación respecto del concepto de culpabilidad.

Como es sabido, la principal evolución en este contexto, ya antes de la segunda guerra mundial, fue el triunfo del “concepto normativo de culpabilidad”, que sustituyó un entendimiento de los elementos de la culpabilidad de orientación psíquica. En los últimos años, sin embargo, se ha iniciado una nueva línea de acuerdo con la cual no solo la culpabilidad no debe determinarse con parámetros exclusivamente psi-

El proceso de armonización de los ordenamientos penales europeos puede verse, especialmente desde la perspectiva del sistema dogmático de imputación de influencia alemana.

(22) Véase solo Roxin, C. AT 11, 24/46 y ss.; Strehenweh, Strehenweh, Allgemeines Teil I, Die Straftat, 4ª ed., 2000, 15/11 y ss.; Mir Puig, PG 11/40 y ss.; con ulteriores referencias; la discusión versa acerca de si la evitabilidad individual debe variarse ya en el marco de la tipicidad o, como propone la opinión dominante, en la culpabilidad.

quicos, sino que no puede siquiera aprehenderse sin referencia a una teoría de la pena⁽²³⁾.

La aproximación más radical en esta dirección ha sido presentada por Jakobs: si se identifican determinados efectos socio-comunicacionales —prevención general positiva: la pena como confirmación de la vigencia de la norma y, con ello, de la identidad de la sociedad— como fin de la pena, el concepto rector del sistema del delito —la culpabilidad— no puede definirse sin referencia a ese fin de la pena. En consecuencia, la culpabilidad es determinada de modo puramente normativo, sin conexión con un poder actuar de otro modo fáctico⁽²⁴⁾.

Que este último paso ha provocado una discusión interminable con frentes aparentemente irreconciliables es un hecho conocido que no necesita ser esbozado aquí⁽²⁵⁾. A los efectos del tema que aquí interesa, en todo caso, puede decirse que esta controversia ya significa —puesto que se refiere al concepto fundamental del sistema jurídico-penal— una confirmación del diagnóstico propuesto al principio: acerca de la cuestión de cuáles elementos subjetivos deben introducirse y en qué ubicación sistemática en el concepto de delito existe una enorme confusión.

A pesar de ello —o precisamente por ello—, los contenidos que suelen asignarse habitualmente a la culpabilidad han de quedar excluidos de las consideraciones a efectuar aquí: en nuestra tradición —y de modo especialmente radical en el entendimiento antes aludido de prevención general positiva⁽²⁶⁾— se encuentran tan íntimamente vinculados a la cuestión

(23) Cfr. solo Roxin, C. AT 11, 19/1 y ss.; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2ª ed., 1976; Schünemann, GA 1986, pp. 293 y ss.

(24) Cfr. solo Jakobs, G. Schulte und Pavenhagen, 1976, en: Ingeborg Schünemann, Jakobs, G., *Studien zum deutschen Strafrecht*, 1997, pp. 73 y ss.; idem, Das Schuldprinzip, passim; Baquiluna, E. PG, pp. 15 y ss.; véase también las referencias a la recepción de estas construcciones en Penaranda Ramos/Suárez González/Cano Méila, *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 1995, passim.

(25) Cfr. respecto de la crítica, por todos, Schünemann, *Chengchi Law Review* 50, 1994, pp. 273 y ss.

(26) Cfr. la interpretación de la aproximación de Jakobs. En: Cano Méila, M. Fr. Jakobs, G./Cano Méila, M., *Conferencias sobre temas penales. Obligación jurídica, inferencia Dominio del hecho, Dogmática y política criminal*, 2000, pp. 121 y ss., 139 y ss.

del fin de la pena que desde el punto de vista expolitivo desenfocarían demasiado la perspectiva de las presentes consideraciones.

d) Conclusión provisional

Parece que, de modo general, se presupone una determinada estructura conceptual de los contenidos dogmáticos —lo objetivo como acontecer perceptible por los sentidos que se desarrolla en el mundo exterior— fuera de la conciencia humana—, lo subjetivo como situaciones y procesos psíquicos— que no debe aprehender de modo suficiente la imputación practicada en la aplicación efectiva de las normas; de lo contrario no podría comprenderse la dimensión, y el carácter fundamental de las discusiones que se están produciendo respecto de categorías dogmáticas básicas.

3.2. Paradojas: evoluciones recientes en la legislación penal

a) La actividad legislativa en los países de nuestro entorno ha colocado en los últimos años un verdadero “anillo” de tipos penales alrededor del derecho penal nuclear, que ahora aparece como sector “clásico” del ordenamiento⁽²⁷⁾. Son varias las construcciones político-criminales sectoriales que se han elaborado para aprehender este fenómeno: derecho penal simbólico, punitivismo, derecho penal del enemigo⁽²⁸⁾.

b) Respecto del lado subjetivo del hecho solo se mencionará, en relación con ese anillo de infracciones de nuevo cuño, la siguiente situación —generalmente conocida—: la clara relación de escalonamiento

existente en los delitos “tradicionales” entre las modalidades de imputación dolo e imprudencia no se da del mismo modo en los nuevos sectores. En su lugar, por un lado, respecto de determinados ámbitos de regulación aparece en algunos casos una escala continua —el marco penal previsto para la comisión imprudente comienza directamente por debajo del establecido para la infracción dolosa— o incluso una equiparación entre ambas modalidades de dirección de la conducta.

Así, por ejemplo, en el Código Penal español la pena máxima correspondiente a un delito imprudente contra el medio ambiente (C.P., art. 331) puede coincidir con la pena mínima para esa misma infracción en su modalidad dolosa, mientras que en el caso del homicidio, entre la pena máxima para el homicidio imprudente y la pena mínima para el homicidio doloso hay un hiato de seis años de pena privativa de libertad (C.P., arts. 138 y 142). Por otra parte, en otros delitos “novedosos”, especialmente en el ámbito del llamado “derecho penal” del enemigo⁽²⁹⁾, cabe constatar una verdadera hipertrofia de lo subjetivo: ciertas actitudes internas forman parte consustancial del núcleo de esos delitos; así, por ejemplo, cuando el artículo 510 del Código Penal habla de “motivos racistas”.

c) Estas modificaciones frente a la situación existente en el derecho penal nuclear provocan también la misma pregunta: ¿por qué se lleva a cabo la imputación subjetiva? ¿Cuál es su sentido, si resulta que es posible que difiera tanto dentro de un mismo ordenamiento en función de los ámbitos de regulación? En todo caso, también aquí —como sucede en diversos ámbitos dogmáticos— podría ser cierto que puede ser aconsejable para la teoría jurídico-penal desligarse hasta cierto punto de la sangre —esto es,

(27) Misig, *Desmoralización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, 2001, p. 11.

(28) Cf. solo los trabajos recogidos en: Institut für Kriminawissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Vom unvollkommen Zustand des Strafrechts*, 1995. En igual sentido, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000; Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, *passim*; artículos recientes en García Meliá, M. En Jakobs/Candau Meliá, *Conferencias*, Nota 26, pp. 121 y ss.; sobre las nuevas formas de criminalización, cf., por ejemplo, Jakobs, *S. ZStW* 97, 1985, pp. 751 y ss. En igual sentido, Jakobs, C. *Estratos de derecho penal*, 1997, pp. 298 y ss.; Kirchhausel, *Verdrängung als Straftat. Rechtsprechungs- und wissenschaftliche Dogmatik des australischen Kriminalrechts*, 1999, *passim*; en la bibliografía española véase Mendiola Bueño, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001.

(29) Una cuestión distinta es la de la legitimidad de estas normas, o que desde el punto de vista infraestructural pueda explicarse como verdadera derecho penal, lo cierto es que —precisamente, aunque no solo— cabe la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva como base de la pena por buenas razones que hablan a favor de considerar el llamado “derecho penal” del enemigo como derecho penal en sentido estricto: manteniendo la atribución del status de “enemigo” —en lugar del de “delincuente”—, a través del tratamiento especial, se reconoce la magnitud del —contra—orden normativo del autor como elemento relevante, recordando la pena debe desautorizarse! Cf., al respecto, al respecto en García Meliá, *Id.*, 2002, pp. 19 y ss., y la exposición, de orientación algo distinta, de Silva Sánchez, *La expansión*, Nota 26, pp. 153 y ss.

de los delitos de lesión tradicionales— para poder ver el conjunto del sistema del derecho penal con ojos más despiertos⁽³⁰⁾. También aquí, sin embargo, en todo caso parece evidente que no está claro qué es lo que es “la” imputación subjetiva.

3.3. Paradojas: derecho comparado.

Algunos fenómenos notables en otros ámbitos jurídicos occidentales y la armonización de los ordenamientos penales en la Unión Europea

a) Que la problemática acabada de esbozar —las inseguridades de delimitación entre lo subjetivo y lo objetivo— es y ha sido de máxima trascendencia no solo en el ámbito de discusión dogmática liderado por la ciencia del derecho penal alemana —en el que deben incluirse, en diferente grado, España, Italia, Portugal, y en América latina sobre todo Argentina, Chile, Colombia, México y Perú⁽³¹⁾— sino también fuera de él, en realidad no necesita de mayor explicación. En este sentido, la problemática esbozada no es un problema que se presente de modo aislado en un determinado ordenamiento, sino que constituye un problema común.

b) Lo que sí es nuevo es que cuestiones fundamentales de este calibre adquieran en el momento actual relevancia también en el contexto del proceso de unificación europea, el cual también está en marcha *nolens volens* respecto del derecho penal.

El proceso de armonización de los ordenamientos penales europeos puede verse, especialmente desde la perspectiva del sistema dogmático de imputación de influencia alemana, con mayor o menor optimis-

(30) Esta reflexión tiene su origen en una intervención de Silva Sánchez en la Universidad Pompeu Fabra, marzo de 2001.

(31) En lo que se refiere a la introducción científica, en el plano legislativo ha de recordarse —lo que relativamente parece no ser de común conocimiento entre los penalistas alemanes— que por ejemplo la Fg de los códigos de Bolivia y Paraguay es debida —como muestra la titulación de soluciones particular-finalistas en la quinción de la tentativa o en el tratamiento del error— a autores alemanes —respectivamente, Stratenwerth y Schönke—.

mo⁽³²⁾ o pesimismo⁽³³⁾ en cuanto al carácter más o menos represivo o garantista del ordenamiento común que resultará de esta evolución. De lo que nadie duda es de que tal proceso es inevitable⁽³⁴⁾.

También existe consenso acerca de que la parte general deberá ser incluida en la armonización⁽³⁵⁾; incluso se afirma que es precisamente la parte general el sector en el que con mayor facilidad se podrá ir elaborando reglas comunes europeas, al ser esta “de modo muy especial una herencia común europea”⁽³⁶⁾, más alejada de las particularidades nacionales, que se expresan de modo preferente en la configuración de los diversos tipos de la parte especial.

Ahora bien, generalmente es conocido que la comunicación entre los diversos ordenamientos jurídicos europeos y las correspondientes ciencias del derecho es muy difícil y precisamente el significado del lado subjetivo del hecho constituye un tema de máxima relevancia, teniendo en cuenta la existencia de evoluciones y situaciones *lege lata* diametralmente opuestas en los distintos ámbitos jurídicos implicados.

(32) Puede citarse como representantes de tal actitud, por todos, a Heide mann. En: *Esse et al.*, (ed.), *Festschrift für Theodor Leinhardt*, 1998, pp. 433 y ss., especialmente sintomático de esta orientación es el título por sí mismo para sus consideraciones en GA 1998, pp. 107 y ss.: “La re-europeización del derecho penal, frente al nacionalismo de la teoría alemana—del derecho penal”, véase también Sieber, JZ 1997, pp. 369 y ss., 378 y ss.; Bacigalupo, E. *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, N.º 1, 1999, pp. 9 y ss., 22 y ss.

(33) En esta línea, por ejemplo, Silva Sánchez, *La expansión*, Nota 28, pp. 81 y ss., 84 y ss., especialmente significativas son las manifestaciones de Weigand recogidas en Zischano, ZStW 110, 1998, pp. 524 y ss. Véase también en una línea muy escéptica la aportación de Köhler en Bernmann/Schindliss, *Starrrecht - Freirecht - Rechtsstaat*, Festschrift für G.-A. Menges, 1999, pp. 751 y ss., desde otra perspectiva, también esa, En: FS Kaiser 1998, pp. 1525 y ss.; cit. también Canó Meliá, M., RCDP 3, 2000, pp. 37 y ss. e idem, En: Heide mann (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der europäischen Union*, Rechtsdogmatisch - Rechtsvergleich - Rechtspolitik — Freiburg-Symposium — 2002, pp. 169 y ss., 183.

(34) Por todos en este sentido, Sieber, En: *Corpus Iuris de stratrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, p. 3; Silva Sánchez, *La expansión*, Nota 28, pp. 81 y ss.

(35) También de acuerdo Silva Sánchez, *La expansión*, Nota 28, pp. 88 y ss.

(36) Heide mann, *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, 1998, p. 20; idem, En: Arroyo Zapatero/Heide mann, *Estudios de derecho penal económico*, 1994, p. 243; ya idem, En: Vogel, *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschke*, 1986, tomo 2, pp. 141 y ss.; véase también Vogel, JZ 1995, pp. 333 y ss., más allá de la conveniencia, afirma la necesidad de la armonización en sus tesis Heide mann, ZStW 110, 1998, pp. 525 y ss.; cit. el análisis de las coincidencias materiales en cuestiones de parte general en los ordenamientos europeos hecho por Bacigalupo, E. *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, N.º 1, 1999, pp. 9 y ss., 13 y ss., véase también Muñoz Conde, F. *Revista Penal*, 5, 2000, pp. 44 y ss.; también subraya la necesidad de armonización precisamente en el ámbito de las reglas generales de imputación —si bien desde una perspectiva crítica— Esler, FS Kaiser, p. 1525.

La ciencia del derecho penal de orientación dogmática haría bien en contribuir a aclarar al menos el estado de la discusión en una cuestión tan central, para así poder enfrentarse al escepticismo con el que se topará en un contexto común europeo, en el que la reflexión filosófica-sistemática altamente abstracta de tradición alemana se encontrará con objeciones especialmente intensas desde las filas de los representantes de ordenamientos jurídicos de orientación "pragmática".

c) Así las cosas, no parece adecuado abordar el proceso de armonización desde la perspectiva de una determinada metodología científica —nacional—, tampoco entenderla de modo mecanicista como el bricolaje de denominadores mínimos comunes sobre la base del derecho positivo de los diversos ordenamientos estatales, sino intentar entenderla partiendo de convicciones comunes, de principios jurídicos comunes⁽³⁷⁾.

La construcción de conceptos dogmáticos es impensable sin una operacionalización para su aplicación.

De hecho, en el ámbito que aquí interesa sí parece existir tal principio jurídico común: el presupuesto de la imputabilidad subjetiva pertenece de modo evidente al "ámbito nuclear de la tradición jurídico-penal europea moderna"⁽³⁸⁾. Sin embargo, esto no es más que una mera apariencia. Ya en el hecho de que pareciera necesario fijar⁽³⁹⁾ una reglamentación exhaustiva de los contenidos subjetivos del hecho en los preceptos correspondientes a la parte general dentro de un proyecto de embrión de posible Código Penal europeo presentado por un grupo de penalistas europeos —fundamentalmente continentales— coordinado por Tiedemann —haciendo además como

primer paso de esas disposiciones un verdadero exorcismo de la responsabilidad objetiva— muestra que la concreta potencia de ese principio pan europeo no es demasiado elevada⁽⁴⁰⁾.

En este contexto, ha de pensarse en varias instituciones pertenecientes a otras tradiciones jurídicas. En primer lugar, ha de enunciarse la figura francesa de la *responsabilité matérielle*⁽⁴¹⁾, que conoce —aunque de modo limitado— al ámbito perteneciente al derecho penal —de las faltas, en el que no se imponen penas privativas de libertad— supuestos de responsabilidad jurídico-penal en los que no existe ningún presupuesto en materia de dirección de la conducta. Además, como es natural, pertenecen a este ámbito la *absolute liability* y la *strict liability* del derecho penal inglés: delitos en los que no es necesario que se produzca prueba del impulso voluntario —*voluntariness*— en el caso de la *absolute liability*, aunque es muy poco frecuente, o del lado subjetivo del hecho delictivo —*mens rea*— en el ámbito de la *strict liability*⁽⁴²⁾.

Finalmente, también ha de pensarse en la institución estadounidense de la *wifful ignorance*, que en determinados casos hace posible la sustitución de *knowledge* en cuanto elemento del delicto por esa "ignorancia voluntaria"⁽⁴³⁾.

Parece claro que la existencia de tales fenómenos divergentes en países política y culturalmente tan próximos indica la necesidad de reflexión. No solo desde un punto de vista pragmático, orientado a las implicaciones de esta situación respecto del proceso de armonización penal europeo, sino también en el

(37) Véase Canalis Meliá, M. En: Freiburg-Symposium, Nota 33, pp. 172 y ss. con ulteriores referencias.

(38) Vogel. En: Freiburg-Symposium, Nota 33, p. 125.

(39) En contraposición con lo que es la solución preponderante en el ámbito europeo continental —cf. solo a simposis de Vogel, op. cit., pp. 122 y ss.— y también de la reforma alemana del derecho penal, que a pesar de las correspondientes definiciones iguales en los textos prelegislativos armonizadamente —Art. NK-Fuppe, § 15, N.º 15 y ss.— ha renunciado a tal determinación legal.

(40) Véase: Freiburg-Symposium, Nota 33, pp. 455 y ss.

(41) Cf. solo Meliá Meliá, I., *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7ª ed., 1997, pp. 744 y ss.

(42) Respecto de la delimitación de ambas figuras véase, por ejemplo, Smith/Hogben, *Criminal Law*, 9ª ed., 1989, pp. 97 y ss., 112 y ss.; Allen, *Criminal Law*, 5ª ed., 1959, pp. 95 y ss.; respecto de la *strict liability*, cf. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 3ª ed., 1999, pp. 161 y ss.; con base en *leading cases* véase la exposición de Dine/Schuldt, *Cases and materials on criminal law*, 3ª ed., 2000, pp. 194 y ss.; cf. también Pina Nibbelin, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del common law*, 2002, pp. 12 y ss.

(43) Cf., el tratamiento exhaustivo de esta figura en Chantew, 70 *Tex. L. Rev.* 1992, pp. 135 y ss.

plano de los fundamentos que aquí interesa: ¿cómo es posible que en tradiciones jurídicas pertenecientes a nuestro entorno más próximo se haya desarrollado una concepción tan divergente del principio de responsabilidad subjetiva? La aproximación a esta cuestión también debería contribuir a una reflexión acerca de la construcción de la imputación subjetiva dentro de la tradición europea continental.

En este contexto, tampoco parece posible rebajar la relevancia de las diferencias existentes en esos fenómenos presentes en otros ordenamientos. Son dos las aproximaciones que inmediatamente surgen en esta dirección: por un lado, la idea de que las figuras penales implicadas no constituyen verdaderas infracciones criminales, tratándose en realidad, desde el punto de vista material, de supuestos próximos a nuestras infracciones administrativas o, en todo caso, de delitos de peligro abstracto de menor cuantía⁽⁴⁴⁾.

Esto puede ser correcto en parte respecto de la *responsabilité matérielle* francesa; pero también aquí se plantea la cuestión de si no debe considerarse que responsabilidad "penal" es sencillamente aquella que se exige ante tribunales penales, con las consiguientes implicaciones sociales de una "pena". Aun sin mucho entusiasmo positivista, el recurso a la diferenciación entre mala *prohibita* y mala *per se* tiene que parecer obsoleto y un argumento *ad hoc* para salir del paso.

Mucho menos puede resultar convincente esta argumentación respecto de las dos instituciones anglosajonas mencionadas.

Si el *House of Lords* inglés, estando ya en este milenio, ha tenido que decidir acerca de si en los abusos sexuales cometidos contra menores ha de probarse el conocimiento de la edad típicamente relevante por parte del autor, o de si, por el contrario, se trata de un supuesto de *strict liability*, de modo

que no es necesaria esa prueba⁽⁴⁵⁾, si en los Estados Unidos la doctrina de la *wifful ignorance* afecta a infracciones como el contrabando de estupefacientes⁽⁴⁶⁾ y en Inglaterra se supone que —aparte de las infracciones de *common law*, el parlamento no siempre es muy preciso en la caracterización legislativa de los delitos de *strict liability* como tales⁽⁴⁷⁾— del total de 7.200 infracciones individuales existentes en derecho penal inglés más de la mitad son delitos de *strict liability*⁽⁴⁸⁾, parece claro que no se trata de un fenómeno que afecte solo a supuestos de bagatela.

Por otro lado, puede intentarse desmenuzar la sorpresa —continental— ante esta situación como mero espejismo, afirmando que las instituciones jurídicas mencionadas no suponen casos materiales de responsabilidad objetiva, sino que se refieren a meras reglas de carga de la prueba y de configuración de esta⁽⁴⁹⁾. Como es natural, aquí no puede entrarse en la delimitación de derecho penal material y derecho de prueba. Pero si la idea directriz de la monografía de Ragués —la determinación del dolo se halla indisolublemente unida a las correspondientes reglas de prueba— ha demostrado algo en este contexto, es que la construcción de conceptos dogmáticos es impensable sin una operacionalización para su aplicación⁽⁵⁰⁾.

d) Cabe constatar también aquí que aunque quepa relativizar hasta cierto punto las diferencias en la resolución de casos equivalentes, sí existen divergencias notables entre ordenamientos, cuya existencia

(44) Cf., por ejemplo Merle/Viel, *Traité de Droit criminel*, tome I, Note 41, p. 747, les incriminations conventionnelles sont toujours établies dans une perspective de police, au sens administratif du terme. Spencer, en: Freiburg-Symposium, Note 33, p. 437: "The classic area in which strict liability is imposed is what are often referred to as public welfare offences or regulatory offences... or in other words, where it is matter of malum prohibitum rather than malum in se".

(45) Cf. B. —A Minor— *Appellant v. Director of Public Prosecutions* Respondent, 2000 2 A.C. 428. —Se trata de un caso en el que el condenado, un chico de quince años de edad, había solicitado a la víctima, una chica de trece años, —la edad decisiva está en catorce años— en un autobús, en varias ocasiones, que le practicara una relación. Aquí concurre el supuesto de hecho: no sucedió nada más; el derecho penal inglés difícilmente puede ser superado en casos exóticos —y R. v. K. 2002Jr. Cr. App. R. 13.

(46) Cf. el exhaustivo análisis de un caso en Charlton, 70 Tex. L. Rev. 1992, pp. 1418 y ss. (47) Sobre estas dificultades a la hora de averiguar si una determinada infracción es de *strict liability*, Pina Rocheland, *La estructura*, Note 42, pp. 75 y ss.

(48) Allen, *Elliot and Wood's Cases and Materials on Criminal Law* 2001, p. 184.

(49) Véase la argumentación de Spencer, en: Freiburg-Symposium, Note 33, p. 439.

(50) Cf. Ragués i Vallés, *El dolo*, Note 10, pp. 18 y 357 y ss.; en sentido próximo respecto del tema aquí tratado Merle/Viel, *Traité de droit criminel*, tome I, Note 41, pp. 746 y ss.

de nuevo provoca la cuestión de cuál es la función de "la" imputación subjetiva.

3.4. Paradojas: algunos fenómenos en la evolución de los sistemas de imputación

a) A la hora de tomar en consideración hechos sociales fundamentales, intuitivamente se tiende a percibirlos como pertenecientes a cualquier forma de sociedad humana, como "constante antropológica". La existencia de un escalón de imputación subjetiva, el criterio de la llamada —en la terminología habitual— "evitabilidad" en cuanto estructura social decisiva es un hecho social de estas características, profundamente enraizado en la vida diaria de las formas sociales de la actualidad⁽⁵¹⁾.

b) Sin embargo, es de conocimiento general que la existencia de una imputación subjetiva en el sentido actual no es, en absoluto, una constante histórica. Por el contrario, en el plano empírico se han documentado otras formas de imputación completamente distintas⁽⁵²⁾. En primer lugar, puede tratarse de una mera asociación de un suceso a imputar a una determinada persona con base en criterios que desde la perspectiva de nuestro modelo de imputación han de parecer absurdos; así, por ejemplo, en el caso de ciertos aborígenes en Australia: la primera persona con la que se encuentran los encargados de la imputación en la misma dirección en la que ha atravesado la primera hormiga la tumba reciente de la víctima de un homicidio es la que debe perder su vida por el homicidio⁽⁵³⁾; el caso del dios del trueno Chono, perteneciente al mundo religioso de los guayaquíes en

el este del Paraguay, mata a un niño pequeño del grupo con un rayo; el tío del niño lo vengará matando otro niño del grupo, que se identifica por el propio matador con base en un procedimiento muy complejo que depende de las relaciones de parentesco: sin reproche alguno, esto es asumido pasivamente por todos, incluyendo a los padres de la nueva víctima, solo puede ocurrir que el "tío" totémico del segundo niño mate, deba matar a continuación a un nuevo niño; en todos los casos, puede suceder perfectamente que la víctima seleccionada sea un niño por el que el matador siente un especial afecto⁽⁵⁴⁾.

En segundo lugar, también puede suceder que se haga responsable de una lesión a alguna de las personas que han intervenido en su causación, aun tratándose de modo evidente de un supuesto de inevitabilidad completa —responsabilidad por el resultado—: en este ámbito, la mitología de la antigüedad o la vida cotidiana —es decir, las formas de imputación extrajurídica— ofrecen numerosos ejemplos, piénsese en Edipo rey⁽⁵⁵⁾ o en las "disculpas" que se piden todos los días por hechos inevitables y en una constelación algo menos cotidiana, en el argumento del *homo faber* de Max Frisch⁽⁵⁶⁾.

En tercer lugar, incluso llega a suceder que se imputa "penalmente" a determinados elementos naturales —como sucedía hasta tiempos más recientes con algunos animales—: piénsese en los latigazos que el rey persa Jerjes hizo dar al mar en el Bósforo después de que un gran oleaje impidiera el paso de su ejército por el estrecho, de camino hacia la batalla de las Termópilas. Se trata en todos estos casos de atribuciones en las que no se lleva a cabo una imputación subjetiva en el sentido jurídico-penal actual.

(51) Cfr. solo Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, pp. 212 y ss., 217 y ss., con ulteriori referencias; Jakobs, G., *Ein. Witten, Der psychologische Sachverhaltsbezug im Strafrecht*, 1987, pp. 271 y ss., 273. En igual sentido, ADP-Pp 1989, pp. 633 y ss.

(52) Cfr. la clasificación reproducida por Hassemer, *Einführung*, Nota 51, p. 217.

(53) Ejemplo extraído del conocido estudio de Faucounet, *Warum es die Institution "Verantwortlichkeit" gibt* —extracto de: *La responsabilité*, 1920 —, versión alemana en: *Luderssen/Sack, Sommer, Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 1, 375, pp. 293 y ss., 302, al respecto, véase por todos: Mühlhölzer, *Tückelt die Interaktionsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, pp. 170 y ss.

(54) Cfr., el estudio de Clastres, *Crónica de los indios guayaquíes*, 1998, pp. 175 y ss. En igual sentido: *Chronique des indiens guayaquíes*, 1972.

(55) Por ejemplo, Jakobs, G., *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik* —manuscrito—, II, D. 2. A), *in fine*.

(56) El protagonista Walter Faber se enamora de su propia hija —de cuya existencia nada sabe—, mantiene relaciones sexuales con ella y asiste a su muerte por una picadura de serpiente todo inevitable, Faber, a pesar de ello, como se comprenderá fácilmente, se siente culpable.

c) ¿Qué puede significar esto para el tema de las presentes consideraciones? Quizás un beneficio de conocimiento mediante comparación: un intento de reconstrucción de las razones de estas evoluciones hasta la situación en sistemas jurídico-penales modernos podría aportar ciertas conclusiones respecto del actual entendimiento de la imputación subjetiva. En particular, tal indagación podría complementar el punto de vista habitual en torno al surgimiento de la necesidad de imputación subjetiva: que esta es consecuencia de un proceso de reivindicación de determinadas posiciones jurídicas del individuo frente al Estado y su *ius puniendi*.

Esta línea de reflexión, sin embargo, tiene como presupuesto que todas estas modalidades de imputación para nosotros exóticas se encuentren en un mismo contexto, es decir, que cumplan o cumplieran una función al menos parcialmente coincidente. Con ello se introduce la discusión en torno al carácter universal de la pena, una discusión que aún en la actualidad es fuente de intensas controversias⁽⁵⁷⁾. El interés de conocimiento en esa discusión es distinto al de las presentes consideraciones: se trata de determinar si existen sociedades humanas sin pena, una pregunta cuya respuesta se considera importante para la posibilidad de una abolición del derecho penal.

Por supuesto que aquí no se intentará reproducir esta discusión, pero puede decirse que por un lado —también por parte de la tradicional bibliografía jurídico-penal⁽⁵⁸⁾— se parte, sin mayor reflexión, de que la pena es una verdadera constante antropológica, mientras que en el otro lado —más bien por parte de criminólogos—, haciendo referencia sobre todo a sociedades organizadas de modo no estatal, se afirma lo contrario, es decir, que la convivencia humana sin pena es posible⁽⁵⁹⁾.

Sin pretender dar respuesta a esta cuestión, quizás pueda aventurarse la siguiente hipótesis: parece correcto —en esta medida— colocar la pregunta en un alto nivel de abstracción: es decir, la limitación de la cuestión a la forma social “sociedades con organización estatal” no hace justicia al carácter fundamental del problema⁽⁶⁰⁾. Pero precisamente desde esta perspectiva, la pregunta relativa al carácter universal o no de la pena debe contestarse afirmativamente, como habrá de exponerse a continuación.

La imputación subjetiva no deriva de elementos condicionantes previos al sistema del derecho penal.

Con ello, adquiere sentido la siguiente cuestión, que quizás pueda aportar algo al objeto de reflexión que aquí interesa: ¿por qué la modalidad de “imputación subjetiva”, tal y como la conocemos, no es universal?

La respuesta tiene como presupuesto la siguiente consideración: desde el punto de vista histórico, el proceso que conduce a esta situación tiene lugar mediante el “desencantamiento” o la “desmitificación del mundo”⁽⁶¹⁾, es decir, por la pérdida de sentido del mundo, que después es mera existencia y, con ello, materia maleable por el ser humano.

En contrario Kelsen⁽⁶²⁾, esto puede formularse también afirmando que de manera especialmente drástica, son precisamente aquellos fenómenos de imputación que nos parecen especialmente exóticos —los de mera “asociación” de suceso y reacción—

(57) Cfr., sólo recientemente la discusión entre Hefte —quien no sólo defiende la tesis de la universalidad, sino la facultad de un derecho penal mundial universal e intercultural— y Schaefer —en la línea abolicionista clásica—, ambos En: Essi/Hässner/Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der demokratienemden Rückbesinnung und Ausdehnung, respectivamente, pp. 307 y ss. y 345 y ss.

(58) Por ejemplo: Staltemweh, A. 1, 1/3.

(59) Cfr., sólo Schaefer, op. cit., pp. 345 y ss., 347 y ss., con las correspondientes referencias; son clásicos los trabajos de Meilnowski —*Crime and Custom in Savage Society*, 1926— o Christie, *Conflicts as property*, BritJCrim 17, 1977, pp. 1 y ss.

(60) En esta medida, el planteamiento de Schaefer, op. cit., pp. 347 y ss., parece adecuado, otra cuestión es que precisamente en el contexto de “los objetivos paraguas” por este sector doctrinal tenga mucho sentido mencionar alternativas de desarrollo para las sociedades actuales en estados de evolución preestadales, y si no puede ser que estas propuestas imitan una privatización en la que la violencia —hasta esa perspectiva— como instrumento de dominación, Schaefer, op. cit., p. 349— no es eliminado o reducido, sino sólo desmoralizado —cfr. la toma de posición crítica desde la perspectiva de la figura de la víctima en Canio Meila, *La Construcción de la víctima*, Nota 14, pp. 229 y ss. con varias referencias—.

(61) Cfr. Jaspers, G., *Schuldprinzip*, Nota 5, pp. 10 y ss.; ídem, En: Neumann/Schulz (ed.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, p. 67; Assen, JA 1994, p. 597.

(62) Pues de acuerdo con Kelsen, H. precisamente está la concepción “primaria de la naturaleza” la naturaleza es parte de la sociedad” cfr. *Vergeltung und Kausalität* (1941), reimpression 1982, título del § 16, cit. pp. 26 y ss., 46 y ss. con numerosos ejemplos.

los que pueden presentarse desde esta perspectiva como genuinos fenómenos de imputación si se percibe que la pérdida de sentido constituye una exclusión del medio ambiente de la esfera social: el "descenctamiento del mundo" es una "desocialización" del mismo.

Si se considera el mundo desde la perspectiva de la distinción sociológica entre expectativas cognitivas y normativas⁽⁶³⁾, la desmitificación supone un desplazamiento del límite entre estas expectativas; los sucesos naturales —incluyendo los hechos humanos inevitables— ya no se viven como fenómenos comprensibles mediante expectativas normativas, sino como susceptibles de modificación por actos humanos, como mundo cognitivo⁽⁶⁴⁾.

Es por esto que —como antes se anunciaba—, siempre que se parta de un concepto de "pena" lo suficientemente formalizado, la tesis de la universalidad parece correcta, también respecto de sociedades que no están organizadas en un Estado. Pues precisamente el fenómeno antes aludido del desplazamiento —desde nuestra perspectiva actual— de la delimitación entre expectativas cognitivas y normativas —la mayoría de las expectativas son de carácter normativo, la naturaleza tiene sentido en muchas vertientes— muestra que siempre ha habido reacciones frente a casos de infracción de una norma impuestas a costa del responsable.

La conclusión provisional, por lo tanto, es la siguiente: la forma de imputación conocida como "imputación subjetiva", deriva de la vivencia del mundo como algo que solo es, que es susceptible de modificación por medio de un comportamiento humano de planificación. La ausencia del esquema de interpretación "planificabilidad" es la que explica cómo pudieron existir con pleno sentido social la

imputación mediante asociación, la responsabilidad por el resultado o la imputación a elementos naturales.

Con ello, puede pensarse que se ha dado un paso en dirección a mostrar que la pregunta por la función del lado subjetivo está justificada: la imputación subjetiva no es una constante antropológica, sino que ha sido generada en un proceso histórico; quizás las razones de esta evolución permitan comprender determinadas características de la función actual. Solo muy brevemente ha de acotarse que este diagnóstico específicamente penal coincide con determinadas construcciones extrajurídicas en las ciencias sociales desde George Herbert Mead: "individualidad" o "individualización" como proceso social⁽⁶⁵⁾.

4. Primeros puntos de partida para una reconstrucción de las bases de una dogmática de la imputación subjetiva, como organización descentralizada

A continuación se intentará obtener quizás alguna constatación útil para los fundamentos de la dogmática de la imputación subjetiva en relación con los fenómenos mencionados hasta ahora, que pueden resultar paradójicos desde la perspectiva de una fundamentación segura de un escalón de imputación subjetiva. Para ello, se intentará examinar la función de la imputación subjetiva desde el punto de vista de su génesis —antes aludida *supra* 3.4— en la evolución de los sistemas sociales; con ello, se abre la vía para varias hipótesis iniciales en torno a la concepción de la imputación subjetiva.

La imputación subjetiva surge —como antes se ha expuesto— porque la imagen del mundo en las sociedades modernas se transforma. Visto desde esta perspectiva, por tanto, es un fenómeno objetivo, histórico y social el que genera la aparición de esta

(63) Cf. solo Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1987, pp. 40 y ss.; ídem, *Das Recht der Gesellschaft*, 1988, pp. 131 y ss.

(64) Sobre el hecho de que esa frontera no es "natural", véase solo Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 133 y ss.; Jandels, G., Art. 1, nota 6; Müller-Tückhoff, *Integrationspraxien*, Nota 35, pp. 36 y ss.

(65) Cf. *Aspecto de la filosofía social* solo Habermas, En ídem, *Nachdenkliches Denken. Philosophische Aufsätze* 1982, pp. 187 y ss., en las aproximaciones de misioneros, véase por ejemplo, van Duijn, En ídem, *Entstehung des Ich. Die Geschichte der Individualisierung vom Mittelalter bis Gegenwart*, 2001, p. 1.

estructura de imputación. Desde este punto de vista, la imagen interna de la relación entre norma y autor, la imagen de un imperativo, no cuadra desde un principio para explicar algo previo: el porqué de la necesidad de imputación subjetiva. De hecho, aquí se pretende seguir una aproximación distinta, que se ubica precisamente en el lado opuesto y que sobre todo ha sido desarrollada por Jakobs: los hechos psíquicos *per se* no significan nada en absoluto, pues el requisito de la imputación subjetiva ha de poder explicarse de modo immanente al sistema jurídico-penal en cuanto estructura de imputación⁽⁶⁶⁾.

Ante este trasfondo, la tesis principal a la que se puede arribar es la siguiente: la imputación subjetiva es una "autoadministración"⁽⁶⁷⁾ adscrita, una modalidad de "organización descentralizada"⁽⁶⁸⁾, una estructura objetiva de imputación, una atribución⁽⁶⁹⁾.

A la hora de abordar la cuestión de la función del lado subjetivo del delito —siguiendo también en esto a Jakobs⁷⁰— quizás pueda comenzarse del modo más llamativo en la transición de la forma de imputación "responsabilidad por el resultado" a la estructura de imputación de la actualidad. Jakobs expone que tampoco la responsabilidad por el resultado constituye una mera responsabilidad por la causación, puesto que no todos los causantes son considerados competentes, sino que precisamente se trata de aislar como decisiva una de las acciones con efectos causales⁽⁷¹⁾.

Sin embargo, según Jakobs, tal modelo de imputación —causal desde nuestra perspectiva actual— no es un instrumento adecuado para que funcione con

el una sociedad de cuya identidad no forma parte la fe en un orden divino o mítico-natural, sino en la cual los seres humanos se hallan recíprocamente imbricados en régimen de reparto de tareas, siendo por ello necesario que se reconozcan por parte de los intervinientes determinados límites a la capacidad de control de los demás⁽⁷²⁾. Esta es la consecuencia que deriva del proceso antes esbozado de desmitificación del mundo.

Pero, ¿por qué en el mundo moderno no sucede lo contrario, es decir, por qué a la fijación por las consecuencias del comportamiento y solo por las consecuencias del comportamiento que es propia de la responsabilidad por el resultado no le sigue la consideración exclusiva de determinados estándares de comportamiento a establecer con base en cierto rol social sectorial? Según Jakobs, tal estandarización radical sería impracticable porque conduciría de modo coherente a una responsabilidad a determinar también de modo "objetivo" —aunque en otro sentido—, es decir, conforme a determinados criterios pertenecientes a un rol individual, que limitaría también el contenido expresivo de la pena exclusivamente a aquel rol en el que la infracción de la norma se haya producido.

Y parece claro que —en el derecho penal de la actualidad— "es precisamente cometido de esta imputación hacer posible un distanciamiento del autor lo más completo posible"⁽⁷³⁾. En consecuencia, desde esta perspectiva la existencia de la imputación subjetiva, el criterio de la eviabilidad, se explica de modo interno al derecho penal por la necesidad existente en el proceso de imputación de pasar por encima de diversos roles parciales, pues "concurriendo la responsabilidad subjetiva, el fallo no solo encuentra fundamento en los elementos de identidad del portador de un rol, sino que afecta también a aquella parte del sujeto que en varios roles genera la

(66) Cfr., respecto de lo que sigue Jakobs, G. *Verantwortung in Recht und Moral*, Nota 61, pp. 57 y ss., 68 y ss.; cfr. también —en parte, poniendo el acento en otros elementos distintos— Müssig, *Mord und Totschlag*, Nota 10, pp. 171 y ss.

(67) Jakobs, G. *Verantwortung in Recht und Moral*, Nota 61, p. 68.

(68) Müssig, *Mord und Totschlag*, Nota 10, p. 171.

(69) Cfr. solo Hruschka, *FS Kleinkehr*, pp. 191 y ss., 194 y ss.

(70) Cfr. la exposición detallada En: *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht* (Nota 51), pp. 271 y ss., 272 y ss.; vid. también *idem*, *ATz*, 6/24 e *idem*, *Schuldprinzip* (Nota 5), pp. 7 y ss.

(71) En: *Der psychiatrische Sachverständige*, Nota 51, pp. 272 y ss.; *idem*, *Schuldprinzip*, Nota 5, pp. 11 y ss.; de modo paralelo cabe decir que tampoco las normas de imputación por medio de asociación son mera responsabilidad fortuita en sentido estricto: también en este ámbito existen reglas, que incluso pueden ser muy complejas.

(72) Cfr. Jakobs, G. *Der psychiatrische Sachverständige*, Nota 51, pp. 272 y ss.; *idem*, *Schuldprinzip*, Nota 5, pp. 11 y ss.

(73) Jakobs, G. *Der psychiatrische Sachverständige*, Nota 51, pp. 274 y ss., 284.

unidad del autor, es decir, los elementos de identidad independientes de un rol⁽⁷⁴⁾.

Llegados a este punto, podría pensarse que en este paso de argumentación por fin ha aparecido una especie de núcleo último del individuo, precisamente ese sujeto que da a todas las máscaras sociales parciales, a los roles, una especie de sustrato fático común. Sin embargo, como es natural, este entendimiento no cuadraría con el conjunto de la aproximación expuesta. Los "elementos de identidad independientes de los roles" que generan la unidad del sujeto suponen a su vez, como no podía ser de otro modo, un rol social —o: sin referencia al autor en la formulación: una estructura de imputación—, el rol del sujeto que planifica como elemento del injusto, referido a los contenidos del injusto objetivo determinados por las normas, cuya evitación debe producirse⁽⁷⁵⁾.

De acuerdo con los últimos aportes de Jakobs, esto pertenece al contexto general, determinado normativamente, del conjunto del lado subjetivo del hecho: también aquí —y no solo en el ámbito de la culpabilidad— se trataría de determinados hechos psíquicos en cuanto "indicadores de la concurrencia [del]... déficit de una fidelidad insuficiente al ordenamiento jurídico"⁽⁷⁶⁾. Por esta razón, Jakobs ahora usa el término "personalización" en lugar del de "subjetivización"⁽⁷⁷⁾.

Esta reflexión quizás también pueda contribuir a explicar por qué razón la forma actualmente existente de estandarización —aunque no tan radical⁽⁷⁸⁾—, es decir, los delitos de peligro abstracto, no sustituye

(74) JAKOBS, G. AT, 6/24; *cf.* también *idem*, *Der psychologische Sachverstandige*, Nota 51, pp. 274 y ss., 294.

(75) Como es sabido, la variación de la no evitación en el campo de la dirección de la motivación es distinta; *cf.* solo JAKOBS, *Schuldprinzip* (nota 5), pp. 12 y ss.

(76) Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik —manuscrito—, II, B., 2º párrafo *in fine*.

(77) Jakobs, G. *Verantwortung in Recht und Moral*, Nota 61, p. 67.

(78) Pues en este ámbito la estandarización consiste en la fijación de un determinado comportamiento como estándar, sin que el actor deba establecer la conexión con las consecuencias, sigue manteniéndose, sin embargo, un lado subjetivo del delito —si bien recordado, referido solo a la desviación del estándar fijado por la norma— y una pena no —completamente— sectorial.

por completo a la alternativa de imputación de plena descentralización: en una sociedad que no está anoni-mizada por completo —que cuenta con espacios libres necesarios para la configuración de contactos sociales— la normación jurídico-penal no puede tener lugar exclusivamente a través del establecimiento de estándares de conducta.

Desde esta perspectiva, por tanto, la imputación subjetiva no deriva de elementos condicionantes previos al sistema del derecho penal, sino que es —como antes se anunciaba— una cuestión interna de imputación.

De la constatación del carácter de la imputación subjetiva como estructura de imputación cabe extraer en forma de hipótesis algunas primeras repercusiones de carácter general en materia de configuración dogmática de los contenidos correspondientes:

a) La imprudencia y el dolo, en cuanto estructuras de imputación, conceptualmente no se hallan vinculados a datos psíquicos. Por tal razón, existe la posibilidad de llevar a cabo una "normativización" —con independencia de como deba hacerse—, y esta ha de regirse por la función de la estructura de imputación. Esto puede parecer una ligereza teniendo en cuenta la situación de derecho positivo, por ejemplo, en el Código Penal Alemán § 16 StGB o en el artículo 14.1 C.Pesp; pero considerando la diferencia existente en los estándares en materia de mandato de determinación y de prohibición de analogía entre la parte general y la parte especial, esta objeción no parece tener tanto peso —¿qué es lo que significan los términos "conocer" o "error" de modo desvinculado del contexto de regulación?— y ello con total independencia de que la praxis cotidiana de los tribunales materialmente no está vinculada a las doctrinas dominantes en esta materia⁽⁷⁹⁾.

(79) Ello con independencia de cómo es que deba funcionar la imputación: el hecho de que deba enmarcarse la imputación subjetiva como estructura objetiva no significa, claro está, que pueda hacerse cualquier cosa; o, dicho en otros términos de FRIEDRICH ALBERT, que el dolo —o: la imputación subjetiva— sea una atribución, consista en un proceso de imputación, no significa que se trate de un juicio arbitrario —FS Kleinmichel, p. 201—.

b) Sin embargo, partiendo de lo anterior, un “desvío por el derecho de prueba”, como lo ha propuesto últimamente Ragués i Vallès, es innecesario por ser muy poco radical: ha de tratarse de las mismas estructuras en el derecho material y en el de prueba⁽⁸⁰⁾.

c) Entonces, también el discurso reciente de Jakobs en el sentido de que los elementos de la imputación subjetiva serían “indicadores de la concurrencia [del]... déficit de una fidelidad insuficiente al ordenamiento jurídico”⁽⁸¹⁾ es al menos ambiguo terminológicamente: lo que se supone que “indica” —los hechos como tales— que está fuera de la estructura de imputación.

d) Finalmente, si se constata —dentro de diversos sectores normativos de un mismo ordenamiento, o en un análisis comparado de ordenamientos jurídicos próximos— que bajo la apariencia de una vigencia incontestada del principio de responsabilidad subjetiva existen modos divergentes de funcionamiento de esas categorías —es indicio de tal situación también la falta de claridad extraordinaria que cabe apreciar en determinados campos de la dogmática—, ello significa que en realidad conviven bajo una misma denominación estructuras materialmente distintas, que responderán a funciones también diversas. La dogmática entonces —como paso previo a cualquier aproximación crítica— deberá comenzar por apprehender esta realidad mediante un esfuerzo de diferenciación.

Derecho alternativo *

José de Oliveira Ascensão

Universidad de Lisboa
(Portugal)

Sumario

El esquema tradicional del derecho ha demostrado ineffectividad para resolver los casos concretos. Esta teoría pretende encontrar otras formas de derecho que den soluciones por fuera de la estricta legalidad apuntando a decisiones justas antes que jurídicas.

Se busca en consecuencia explorar el contenido de la norma antes que los meros aspectos formales para dar solución a los casos concretos.

Temas relacionados

Abolicionismo; uso alternativo del derecho; justicia; interpretación de la ley; legalidad; contra legem.

(80) Esta reflexión deriva de una contribución de seminario de Jakobs. Bonn mayo del 2002.

(81) Cfr. Jakobs, G. ZStW 114, 2002, pp. 584 y ss., 586 y ss.

* Traducción de Alexandra Morroy Sarmiento