

CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE SU UBICACIÓN Y RELEVANCIA EN EL DERECHO PENAL*

Juan Ignacio Piña Rochefort

Profesor de Derecho Penal. Universidad de los Andes

I. IMPUTACIÓN Y CAUSALIDAD

a. Generalidades

Desde hace bastante tiempo al concepto de causalidad como elemento relevante del tipo objetivo han salido piedras en el camino. De hecho, el propio concepto de “causalidad” –no ya su relevancia– ha sufrido directa y violentamente los embates del concepto de “imputación” como un serio aspirante a su reemplazo¹.

En el ámbito del Derecho penal esto resulta especialmente visible, ya que todas las categorías de la teoría del delito ajenas al tipo pueden entenderse como correctivos normativos de la causalidad. Así, el juicio de justificación (la concurrencia de una causa de justificación) no es sino una declaración de irrelevancia de la causalidad. Si alguien ha matado en legítima defensa, el sistema con la absolución declara que no le resulta relevante que con su conducta el agente “haya causado la muerte”. Otro tanto puede decirse del juicio de culpabilidad. Si quien ha matado lo ha hecho inculpablemente declaramos que, a efectos de imputación de responsabilidad penal, no es relevante que “haya causado” ese resultado de muerte.

* Principales abreviaturas empleadas: *AFD*: Anuario de Filosofía del Derecho, *ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, *DOXA*: DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, *DP*: Derecho Penal, *FS*: Festschrift (Libro homenaje), *GA*: Goldammers Archiv für Strafrecht, *JRR*: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, *JZ*: Juristenzeitung, *NHPh*: Neue Hefte für Philosophie, *PG*: Parte General, *RA*: Repertorio Aranzadi (Jurisprudencia española), *RDPC*: Revista de Derecho Penal y Criminología, *Rechtstheorie*: Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, *SW*: Soziale Welt, *ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

¹ El origen del término “imputación” no es un asunto que haya preocupado mucho a los penalistas. Excepciones pueden encontrarse en HRUSCHKA, *Imputation*, en Eser/Fletcher (eds.), “Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven II”, Friburgo 1988, pp. 122 y ss. y BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal* (5ª ed.), Akal, Madrid 1998, pp. 129-131; vid., además, la sucinta exposición de RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *La imputación de resultados en el Derecho penal contemporáneo: análisis de los modelos y criterios de imputación. Estudio de la relación entre comportamiento y resultado*, Tesis doctoral inédita, Pamplona 2002, §104. Acerca del uso moderno del término imputación, generalmente atribuido a PUFENDORF, vid. MIR PUIG, *La imputación en el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho desarrollado*, en “Estudios en memoria del Prof. Casabó Ruiz” (II), p. 382; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva de resultado*, Madrid 2002, pp. 24-25, nota 86; HRUSCHKA, *Imputation*, p. 127; EL MISMO, *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias* (trad. Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en RDPC 2000 (5), pp. 191-194; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. Manzanares Samaniego), Comares, Granada 1993, p. 181; SCHÜNEMANN, *Consideraciones sobre la imputación objetiva* (trad. Sacher de Köster), en “Teorías actuales en el Derecho penal”, Ad Hoc, Buenos Aires 1998, p. 221. Otras opiniones atribuyen el moderno uso del concepto a HEGEL, como REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (2ª ed.), Temis, Bogotá 1996; BERNER, como BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, p. 129; o THOMASIIUS, como CARPINTERO BENÍTEZ, *¿Hay que admitir la “falacia naturalista”?*, en “Persona y Derecho” 29 (1993), pp. 110-111; EL MISMO, *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la “persona jurídica”*, AFD IV (1987), p. 484.

Desde esta perspectiva, la propia relación entre causalidad e imputación es conflictiva y no necesariamente coincidente. Y ni siquiera es necesario salir de la esfera del tipo para seguir poniéndole problemas a la causalidad. De hecho, el discurrir de las teorías de la causalidad desde la *condictio sine qua non*² hasta las teorías de la adecuación (*Adäquanztheorie*)³ no ha sido sino un esfuerzo denodado por diferenciar criterios normativos que pudieran corregir las afirmaciones de cadenas causales desmesuradas. Esta necesidad ha terminado por encarnarse en la llamada “teoría de la imputación objetiva de resultado” como último eslabón en la cadena evolutiva de las teorías de la causalidad⁴.

De cualquier modo –y en primer término– es necesario tener presente que la decisión acerca de la incorporación de la causalidad como una categoría relevante del tipo objetivo es una opción (entre otras posibles) del sistema jurídico-penal⁵. Esto resulta evidente si se considera que la propia incorporación del resultado como categoría relevante es una opción del legislador de acuerdo a las necesidades preventivas del sistema social⁶. En palabras simples, tal como es una decisión del legislador incorporar el resultado dentro del tipo objetivo de un delito, también lo es aceptar la causalidad como medio de atribuir ese resultado a la conducta del agente.

Por lo demás, y esto puede verse de un modo patente en el sistema jurídico-penal, una vez incorporada la causalidad como un elemento relevante del tipo objetivo, el sistema también ha optado (postergando otras opciones) por establecer una serie de criterios normativos capaces de corregir los excesos de la causalidad descarnada y cruel. La pregunta de fondo –y sobre la que gira todo el problema– es si esos criterios normativo-correctivos no han terminado por reemplazar a la causalidad como un elemento relevante en el tipo objetivo. O, en términos simples, la pregunta puede formularse del siguiente modo: ¿queda algo de la causalidad luego de la incorporación de estos correctivos normativos?

Sobre estas interrogantes versan las siguientes consideraciones, y si bien un análisis exhaustivo de la distinción y relevancia estructural de la causalidad y la imputación dentro de la teoría del delito es aquí imposible, en lo que sigue intentaremos aportar algunas luces (o tal vez, mayores sombras) acerca de ellas.

b) Imputación y causalidad

Resulta evidente que existe una serie de operaciones del sistema jurídico-penal en que, habiendo resultado (e imputación de este), no existe una relación de causalidad entre este último y la conducta desplegada por el agente. Esto puede apreciarse claramente en el ámbito de las omisiones impropias o comisión por omisión. En estos casos, la posición de garante que ostenta el omitente permite que se le impute el resultado aun cuando no lo ha causado. De este modo, el funcionario que permite que un tercero se apropie de fondos fiscales no “ha causado” la defraudación. Tampoco el padre que no asiste a su hijo que mientras juega en el balcón sufre una caída, queda colgado de un brazo y posteriormente cae. El padre tampoco ha “causado” las lesiones. Sin embargo, en ambos casos, si bien no hay causalidad, sí hay imputación.

² Desarrollada inicialmente por GLASER, *Abhandlungen aus dem Osterreichischen Strafrecht*, 1858 y VON BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, 1873; EL MISMO, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885. Respecto de las críticas vid., por todos, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2ª ed.), 7/8 y ss. [Hay versión en español: JAKOBS, *Derecho penal. PG. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid 1995]. Respecto del ámbito anglosajón, en que se conoce como la *but-for test*, vid. PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, Granada 2002.

³ Cuyas primeras raíces pueden encontrarse en VON BAR, *Die Lehre von Kausalzusammenhang in Rechte, besonders im Strafrecht*, 1871; EL MISMO, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, T. II, 1907, p. 178. De cualquier modo, su formulación como una teoría propiamente tal se encuentra en VON KRIES, *Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, pp. 175 y ss.

⁴ O más propiamente “involuntiva” si se piensa que lo que queda de causalidad después de ella es bastante modesto.

⁵ En el mismo sentido SALVADOR CODERCH, *Causalidad y responsabilidad*, www.indret.com, julio 2002, p. 1.

⁶ Vid., al respecto, solamente JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 6/169.

Por otra parte –y precisamente a la inversa– no siempre que se causa un resultado lesivo ha de responderse por el daño causado. En esta línea discurren desde las hipótesis de hechos típicos justificados (“causar la muerte” en legítima defensa) hasta aquellos en que se niega la tipicidad por falta de imputación objetiva (no se imputa el resultado causado porque no se ha superado el riesgo permitido, o porque se está amparado por el principio de confianza, etc.).

Ya con estos ejemplos podemos vislumbrar que la imputación de resultado y la causalidad no necesariamente coinciden. De cualquier modo, y como punto de partida, podemos afirmar que tanto la causalidad como la imputación son “modos de observación”. Sin embargo, estos modos de observación (o tipos de observación) se dan en esferas diferentes. Esta distinción (causalidad e imputación como diferentes *perspectivas de observación*) no es un logro nuevo, si bien en la historia de la dogmática jurídico-penal no ha tenido el reconocimiento adecuado. PUFENDORF ya la había puesto de manifiesto en la segunda mitad del s. XVII⁷, distinguiendo entre los *entia physica* (las cosas físicas) y los *entia Moralia* (cosas morales)⁸. La observación de aquellas cosas físicas, en cuanto que son físicas, es la observación de relaciones causales; por el contrario, cuando lo que se observa involucra un movimiento humano y no se ve en ella una mera causa física sino un evento no necesario (contingente), en que la participación humana no ha sido determinada por causas anteriores, la observación se da en la esfera de la imputación. A esto se referían los autores del s. XVIII cuando hablaban de *actiones liberae*⁹. Respecto de las cosas físicas, lo que se observa son movimientos físicos necesarios, inescindibles de la cadena causal en que se hallan insertos. Por el contrario, en las *actio liberae*, se trata de movimientos que podrían “no haber estado allí”, de modo que su concurrencia no pende de causas anteriores, sino de aquel mismo que ha realizado el movimiento¹⁰.

Según esto, un mismo movimiento puede entenderse “causado”¹¹ por factores distintos dependiendo del tipo de observación del que se trate. En otros términos un determinado suceso puede ser considerado como *ens physicum*, como un eslabón más de la cadena causal, o puede considerarse como *ens non necessarium*, como un nuevo comienzo, como el primer eslabón de una nueva cadena causal. A esto último es a lo que históricamente se ha hecho referencia al hablar de “imputación a la libertad”¹². En este tipo de observación es posible enjuiciar el movimiento mismo, en el primero siempre hay que referirse a la causa anterior¹³.

⁷ PUFENDORF, *De Jura naturae et Gentium*, 1672, Lib. I, Cap. I. Cfr. HRUSCHKA, *Prohibición de regreso y concepto de inducción*, p. 191 n. 3, citando especialmente las explicaciones de WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, de Gruyter, Berlín 1958.

⁸ En el sentido empleado por PUFENDORF, las “cosas morales”, no han de contraponerse a las inmorales, como se hace hoy en día, sino a aquella realidad física, “extra-moral”, en que no juega ningún papel lo espiritual. Cfr. HEGEL, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriß*, 1830, § 503, nota. Cit. por HRUSCHKA, *ibidem*.

⁹ Cfr. HRUSCHKA, *Prohibición de regreso y concepto de inducción*, p. 192.

¹⁰ Johan Christian Gottlieb SCHAUMANN, *Wissenschaftliches Naturrecht*, La Haya, §106, escribía en 1792 que “Todo objeto que se presenta ante nosotros como determinable, determinado o determinante, pertenece necesariamente bien al mundo de la naturaleza física, bien al de la libertad; si tal objeto pertenece al mundo de lo natural, se llama ‘físico’ y, si por el contrario permanece en la esfera de la libertad, entonces debe ser entendido como ‘moral’”.

¹¹ Y usamos “causar” en el sentido más amplio posible.

¹² “La libertad es un modo de causalidad independiente de la naturaleza (*eine von der Natur unabhängige Kausalität*), que comprende bajo sí lo que no es determinado naturalmente, es decir, causalmente” diría SCHAUMANN, *Wissenschaftliches Naturrecht*, §106. CARPINTERO BENÍTEZ, *La independencia y autonomía del individuo*, p. 499 reconoce en esta afirmación la primera declaración formulada en un tratado de Derecho natural en la que se delimitan excluyentemente dos mundos: el de la causalidad-necesidad, ámbito que los kantianos denominaron *Natur* (el mundo físico) y el mundo propio del hombre, que no consiste sino en la libertad.

¹³ En este sentido afirmaría SCHAUMANN, *Wissenschaftliches Naturrecht*, §118 –y aquí es preciso destacar que cuatro años antes de la *Rechtslehre* de KANT– que “es libre una acción cuando *la primera causa de ella se encuentra en la autodeterminación del sujeto*” (cursivas añadidas). En la misma línea, y más de 50 años antes de que KANT escribiera que “persona es aquel sujeto cuya acción es susceptible de imputación” (“*Person ist dasjenige Subjekt dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind*”, vid. KANT, *Metafísica de las Costumbres* (Trad. Cortina Orts/Conill Sancho), Altaya, Barcelona 1993, p. 30), Nicholaus Ieronimus GUNDLING, *Erläuterung über Samuelis Pufendorf De officio hominis et civis*, Hamburgo 1744, Libro I, Cap. I, §18 escribiría que “[una acción libre es imputable] porque la voluntad es *el fundamento de todas las acciones no necesarias*, y la mayor potencia o facultad del hombre, a través de la cual todas las demás facultades del alma deben guiarse” (cursivas añadidas).

Pongamos un ejemplo: un sujeto envía una remesa explosiva por correo expreso (como las del artículo 403 bis del CP). El paquete es despachado por el cartero como una más de las decenas de encomiendas que entrega cada día. En razón de este envío el destinatario queda gravemente lesionado al explotar el paquete. La observación causal pasa necesariamente por la contribución del cartero. La observación de imputación prescinde de ella por completo.

Esto no implica que en aquellos sistemas cuyas operaciones consisten en "imputar" la observación de la causalidad no cumpla ninguna función. Por el contrario, puede tener una importancia radical, pero la causalidad se utilizará como *un criterio más* que intervenga en la imputación, y requerirá una revalidación (ser incorporada como un elemento relevante en su estructura) por parte del sistema jurídico para encontrar su ubicación operativa dentro de este.

Sin embargo, estos dos modos diferentes de observación comparten una característica indiscutible y propia de toda observación: *el límite de la atención del sistema que observa*. Así, cada vez que se verifica la existencia de una relación de causalidad o se imputa, hay una limitación en la observación que hace que el sistema solo atienda determinadas causas y no se remita a otras. Esta limitación, que es especialmente patente en la imputación (en que se toma la prestación como el primer eslabón de una nueva cadena causal: "un nuevo comienzo")¹⁴, también tiene lugar en la observación causal. Esto explica que los intentos de observación omnicompreensiva de la causalidad (como la "teoría de la equivalencia" o *condictio sine qua non*) requieran de una serie de limitaciones que orienten la observación para no afirmar cadenas causales inoperantemente extensas.

También es posible recurrir aquí a algunos ejemplos. En la verificación de cursos causales naturales por lo que se afirma que "el agua ha hervido porque ha estado sobre el fuego mucho tiempo", existe un corte de la cadena causal por medio del cual se desechan una serie de "otras causas" que han de concurrir para que el agua hierva. Sea que el proceso se realice en un laboratorio o en una cocina, generalmente concurren una serie de causas coadyuvantes, como la existencia de una fuente de calor que ha de ser encendida, de un recipiente que contenga el agua, de alguien que ponga ambos elementos a una distancia que permita que el agua se caliente, etc. Yendo aún más allá, es necesaria una fuente de agua, cañerías, bombas de extracción e impulsión, etc. Sin embargo, para la formulación del juicio "el agua ha hervido" la mayoría de dichas causas se desconsideran¹⁵. Por lo demás, con esto también se reafirma que la causalidad es un problema de observación pues, al buscar la causa del evento, distintos observadores podrán apreciar distintas causas ("porque X la ha puesto sobre las llamas", "porque el recipiente no era lo suficientemente grueso para aislar el calor", "porque se alcanzaron los 100° C al nivel del mar", etc.).

Lo mismo ocurre en la imputación jurídico-penal, en que habitualmente se "corta" la cadena causal excluyendo una serie de causas que han debido concurrir para que se pueda decir que alguien ha cometido un delito. Un ejemplo de esto es la prohibición de regreso [*Regreßverbot*] (no imputamos al fabricante de vehículos por los accidentes de tránsito). Del mismo modo se impide seguir imputando una serie de otros efectos también emanados de la conducta del agente, como por ejemplo la prohibición del *versari in re illicita* (no imputamos

¹⁴ Cfr. HRUSCHKA, *Prohibición de regreso y concepto de inducción*, p. 195.

¹⁵ Naturalmente, en una teoría epistemológica como la de Humberto MATURANA, que niega toda objetividad, una afirmación de esta naturaleza resulta imposible. Si en ella se afirma que la objetividad no es un postulado constitutivo de la ciencia, y que esta en lugar de explicar la realidad debe explicar las "condiciones de la experiencia", en lugar de poder decir "el agua hierve a los cien grados", habría que decir "siendo las x horas, en el laboratorio x, yo (x), he aproximado una fuente de calor x, al recipiente x que contenía agua extraída de x...". Respecto de todo esto vid. MATURANA/VARELA, *El árbol del conocimiento*, Editorial Universitaria, Santiago 1984, pp. 14-15; MATURANA, *La ciencia y la vida cotidiana: la ontología de las explicaciones científicas*, en Watzlawick/Krieg (Comps.), "El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo" [Watzlawick / Krieg (eds.), *Das Auge des Beobachters - Beiträge zum Konstruktivismus. FS für Heinz von Foerster*, 1991], pp. 166 y ss.; EL MISMO, *Biología del fenómeno social*, Santiago, 1985 (cit. por RODRÍGUEZ/ARNOLD, *Sociedad y teoría de sistemas*, Editorial Universitaria, 1991, p. 54). Cfr., con ulteriores referencias, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación, Una aproximación al Derecho penal a la luz de la Teoría de Sistemas*. Bosch, Barcelona (en prensa), p. 55.

todas las consecuencias emanadas de una acción sino solo aquellas que tienen un asidero en la disposición subjetiva del autor).

c) *Los fundamentos constructivistas de estos postulados*

En el momento en que otorga relevancia al sistema que observa¹⁶ se produce un giro gnoseológico de grandes dimensiones. Entramos de lleno –y aquí se hace una opción metodológica– en la corriente epistemológica del constructivismo operativo¹⁷. La explicación es muy simple, la observación es una operación del sistema que observa, pero es una operación que tiene lugar mediante las estructuras del sistema y que está orientada por la función que ese sistema ha de desempeñar: cada sistema observa según sus posibilidades y según las necesidades que debe satisfacer¹⁸.

Esto cobra especial relevancia cuando se toma en cuenta la diferenciación social moderna no es sino una diferenciación funcional, es decir, una diferenciación en que los (sub) sistemas sociales se diferencian para satisfacer una necesidad (tienen una función que cumplir)¹⁹. Solo una vez que se reconoce una necesidad, se reconoce una función a cumplir, y una vez que ello

¹⁶ No es casualidad que el libro más citado de Heinz VON FOERSTER, uno de los padres de la cibernética de segundo orden y del constructivismo moderno lleve el título *Observing Systems* (“Sistemas que observan”), Seaside, 1981.

¹⁷ Tanto la expresión “constructivismo operativo” como su formulación metodológica se la debemos a LUHMANN. Vid., sobre ella, LUHMANN, *Erkenntnis als Konstruktion*, 1988, *passim*; EL MISMO, *Soziologische Aufklärung V. Konstruktivistische Perspektiven*, 1990; EL MISMO, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990 [hay una traducción al español: LUHMANN, *La ciencia de la sociedad*, (trad. Pappé/Erker/Segura bajo la dirección de Torres Nafarrate), 1996]; LUHMANN, *Wie lassen sich sich latente Strukturen beobachten?*, en: Watzlawick / Krieg (eds.), *Das Auge des Beobachters – Beiträge zum Konstruktivismus. FS für Heinz von Foerster*, 1991, pp. 61 ss [hay trad. al español: LUHMANN, *¿Cómo se pueden observar estructuras latentes?* (trad. Piechocki), en: Watzlawick / Krieg (comps), “El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo” (4ª reimpr.), 2000]. Respecto de las diferencias con el paradigma del constructivismo radical vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal. Breves apuntes sobre la teoría de la reflexión del Derecho*, Ponencia en la Universidad Pompeu Fabra, febrero 2003, pp. 5 y ss, con ulteriores referencias. Sólo para efectos de claridad, entendemos aquí por “constructivismo radical” (y la mención no es ociosa si se tiene en cuenta que el constructivismo es una doctrina cada vez menos homogénea), aquella línea de pensamiento cuya matriz se encuentra sintetizada en la obra de WATZLAWICK, *Wie wirklich ist die Wirklichkeit? Wahn, Täuschung, Verstehen*, Múnich-Zúrich 1976, que en su p. 7 declara que “este libro trata acerca de (...) que la así llamada realidad, es producto de la comunicación”; a ello VON GLASERSFELD, *Radikaler Konstruktivismus - Ideen, Ergebnisse, Probleme*, Frankfurt, 1996, p. 96, agregaría los cuatro enunciados fundamentales del constructivismo radical: (1) El conocimiento no es recibido pasivamente, ni mediante los órganos sensoriales ni mediante la comunicación; (2) El conocimiento es activamente construido por el sujeto pensante; (3) La función de la cognición es un modo adaptativo, por cierto en el sentido biológico de la expresión, y apunta a la adaptación (*Passung*) y a la viabilidad; (4) La cognición sirve para la organización del mundo de la experiencia del sujeto y no para el “conocimiento” de una realidad objetiva, ontológica. Acerca del constructivismo radical como una “doctrina no homogénea”, vid. STRAUCH, *Wie wirklich sehen wir die Wirklichkeit?*, en *JZ* 21 (2000), p. 1020; además, ahí mismo, pp. 1023 y ss., pueden encontrarse abundantes referencias acerca de los principios científicos y raíces filosóficas del constructivismo radical (desde los escépticos, sofistas y la tan conocida frase del Protágoras: “el hombre es la medida de todas las cosas” hasta las actuales teorías neurobiológicas).

¹⁸ En este sentido, se afirma que el sistema solo ve lo que ve, y ni siquiera ve que no ve lo que no ve. Vid., fundamental en este sentido, V. FOERSTER, *Cybernetics of Cybernetics*, en Krippendorff (ed.), “Communication and Control in Society”, Nueva York 1979, pp. 5-8. De acuerdo con esto, el sistema jurídico no ve la mayoría de las comunicaciones sociales y, por ende, no les aplica su código. Un ejemplo útil puede ser el *cogitationis poenam nemo patitur* en el ámbito del Derecho penal, en cuya virtud no se declara “jurídico” el pensamiento, sino simplemente dicho pensamiento *no se ve*. Contra esto podría argumentarse que un pensamiento nunca forma parte del sistema social. Sin embargo, incluso si se manifestara socialmente mediante una comunicación (como en caso que el acusado lo confesare durante el proceso) y aunque recibiera algún tipo de *sanción social*, el sistema jurídico-penal no podrá verlo.

¹⁹ En el ámbito propio de los sistemas sociales LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1997, pp. 707 y ss. y 749 y ss. A mayor abundamiento LUHMANN, voz *Funktion* (IV), en Ritter *et al.* (eds.), “Historisches Wörterbuch der Philosophie” Tomo II, Schwabe & Co., Basel/Stuttgart, 1972, respecto de los sistemas sociales, ya definía las *funciones* como “prestaciones desde el punto de vista de su aportación al mantenimiento del sistema social”. Referencias generales acerca de la definición de Función en SCHELSKY, *Systemfunktionaler, Anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, en Lautmann/Maihofer/Schelsky (eds.), “Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, *JRR*” 1, 1970, pp. 43-51.

ocurra (en cuanto no haya otros *equivalentes funcionales*²⁰) se diferenciará un sistema-función²¹.

En términos simples, un sistema solo ve lo que puede ver y tal como lo puede ver. Lo demás simplemente no lo ve. Es por eso que cada sistema social utiliza su propio código de modo de distinguir aquello que le compete (aquello a lo que puede prestar atención). En el caso del Derecho, dicho código (el único que el sistema conoce), es el código binario jurídico/antijurídico (*Recht/Unrecht*)²². El sistema orienta todas sus operaciones según cuál sea la función que debe cumplir, y para ello utiliza su código propio y así orienta toda su operación conforme a *sentido (Sinn)*²³. Por esto puede hablarse de sistemas sociales clausurados operativamente²⁴ y, en definitiva, *autopoieticos*²⁵.

Luego, todas las observaciones del sistema jurídico están orientadas al cumplimiento de su función, de modo que todo lo ve a través del código binario que le es propio. Esto implica que incluso la observación de la causalidad por parte del sistema ya es una observación jurídica (una autoobservación²⁶, pues el derecho solo opera jurídicamente), de modo que la causalidad para el derecho ya no es la misma. En este sentido se puede decir que el sistema construye su propia realidad a partir de su código. Solo ve lo que puede ver, y aquello que puede ver (y tal y como lo puede ver), es la realidad para él²⁷. Complementaremos esto con el apartado siguiente al tratar de una de las más distintivas características de toda observación: los límites de la atención.

d) Los límites de la atención

Siempre que se realiza una observación hay cosas que quedan fuera de ella. En nuestra experiencia humana el *Panoptikon* no existe, de modo que toda observación implica una no observación (un dejar de ver). En este sentido, puede afirmarse que observar es hacer una distinción: distinguir aquello que se ve de aquello que no se ve²⁸. Respecto de la imputación esta regla permanece inalterada. Imputar es atribuir (a algo) y ello implica también dejar de atribuir (a otro algo). Esta imputación implica ver algunas cosas como antecedentes de otras y, en consecuencia, dejar de ver otras cosas como ese antecedente. Dicha operación consiste

²⁰ Sobre esto, con abundantes referencias, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, § 17 y ss.

²¹ Vid., ilustradoramente, PEÑARANDA RAMOS, *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistema en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, en *DOXA* 23 (2000), p. 315 y ss.

²² Vid., por todos, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 165 y ss.; EL MISMO, *Die Codierung des Rechtssystems*, en *Rechtstheorie* 17 (1986).

²³ Respecto del concepto de sentido vid. LUHMANN, *Sinn als Grundbegriff der Soziologie*, en LUHMANN/HABERMAS, "Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie". Suhrkamp, Frankfurt 1982, p. 36; CORSI/ESPOSITO/BARALDI, *Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme [GLU]*, Suhrkamp, Frankfurt 1998. [Hay trad. al español: CORSI/ESPOSITO/BARALDI, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann [GLU]* (trad. Romero Villalobos; coord. Torres Nafarrate), México 1996] y PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, § 36 y ss.

²⁴ Respecto del concepto de clausura operativa (*operative Geschlossenheit*) del sistema jurídico vid. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 38 y ss. Vid., además, EL MISMO, *Probleme mit operativer Schliessung*, en "Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch", 1995, pp. 12 ss.

²⁵ Sobre esto cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *passim*; Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1988, *passim*; EL MISMO, *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*, en *Law & Society Review* 23 (1989), pp. 727 ss [hay versión en español: TEUBNER, *El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho* (trad. Gómez-Jara Díez) en: *DOXA* 25 (2002)]; PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, § 26 y ss.

²⁶ Sobre esto, esclarecedoramente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal*, pp. 13 y ss.

²⁷ Si bien es necesario matizar (¡y fuertemente!) esto puede entenderse como una "herida de muerte" de "la objetividad, especialmente si se recuerda que para esta línea de pensamiento –en una frase de VON FOERSTER ampliamente citada– la objetividad no es sino "la ilusión de que las observaciones pueden hacerse sin un observador". Vid. VON GLASERSFELD, *Konstruktion der Wirklichkeit und des Begriffs der Objektivität*, en von Foerster [et al.], "Einführung in den Konstruktivismus", Munich-Zurich 1992, pp. 9 y ss.; EL MISMO, *Despedida de la objetividad*, en WATZLAWICK/KRIEG (comps.), "El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo", Barcelona 2000, p. 19.

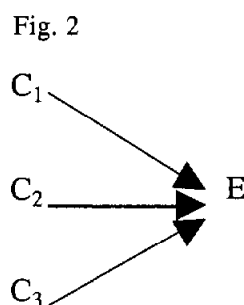
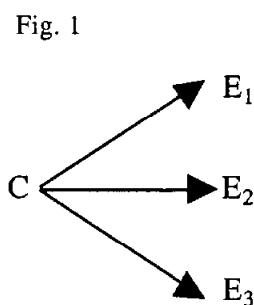
²⁸ Fundamental (¡!), SPENCER BROWN, *Laws of form*, Nueva York, 1979, p. 1 y ss. Además, EL MISMO, *Observing Systems*, Seaside 1981; GLANVILLE, *An observing Science*, en "Foundations of Science" 6 (2001), pp. 45 y ss.

en asignar un elemento a una prestación. A modo de ejemplo, en la operación del sistema jurídico-penal, se toma una prestación como efecto (matar, lesionar, no auxiliar, afirmar, etc.) y se le asigna un valor como causa. Dicho valor, en virtud de la clausura operativa del sistema, se asigna según la propia operación de este y ello conduce a que la imputación de distintos sistemas, tomando como efecto la misma prestación, pueda ser completamente diferente²⁹. A modo de ejemplo, tomando como valor "continuas defraudaciones a Hacienda", el sistema jurídico puede asignar el valor "x" (sujetos defraudadores), el sistema político el valor "y" (responsables del control fiscal) y el sistema económico el valor "z" (política impositiva del Fisco).

Aquí tal vez sea necesario insertar algunas consideraciones funcionales acerca de la imputación. En términos funcionales, la imputación es un proceso de asignación de valor. Si en otro lugar hemos afirmado que una relación funcional es una relación entre variables, entre casilleros vacíos, la imputación consiste en llenar uno de esos casilleros vacíos con un valor³⁰. Como en toda relación funcional, dicho valor se asigna en consideración al valor al que se encuentra acoplado. Desde esta perspectiva, imputar consiste en tomar una prestación (como consecuencia) y asignarle un elemento (como antecedente).

Es evidente que una asignación de valor de este tipo pende de la observación o, más precisamente, del sistema que observa. En otros términos, *la imputación es una observación del sistema, verificada según sus propias estructuras*. Es el propio sistema que imputa el que determina de qué modo se llenará el casillero vacío, hasta dónde se indagarán las condiciones concurrentes y hasta dónde se considerará que las consecuencias forman parte de dicha relación funcional. De hecho, un sistema de imputación, sea cual sea la naturaleza de esta (imputación moral, imputación jurídica, etc.) al considerar una prestación como consecuencia, "corta" la cadena "causal" en un determinado momento, olvidándose de las "otras consecuencias". Del mismo modo, también corta la cadena "hacia atrás": prohíbe "volver" a otros antecedentes³¹.

Los límites de la atención del sistema que imputa fuerzan a que la relación funcional se funde en un número limitado de causas o en un número limitado de efectos. Fijado un extremo (sea este el casillero de la causa o del efecto³²), es posible llenar el otro con distintas variables que operan como equivalentes funcionales. Esquemáticamente:



²⁹ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 176-177. Vid., además, TOUMELA, *Human action and its explanation. A study on the philosophical foundations of psychology*, Reidel Publishing, Dordrecht-Boston 1977, pp. 206-208.

³⁰ Sobre ello, abundantemente, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, § 17 y ss. y *passim*.

³¹ Vid. sobre esto LUHMANN, *Der Funktionsbegriff in der Verwaltungswissenschaft*, en "Verwaltungsarchiv" 49 (1958), quien explica el espíritu funcional diciendo que "la X de la función 'X es azul,' puede ser ocupada por el cielo, el mar, la violeta, etc. sin alterar el valor de verdad de la función (...) desde el punto de vista "es azul", el cielo, el mar o la violeta son funcionalmente equivalentes". Cfr., además, NAVAS, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, Eunsa, Pamplona 1989, p. 50 quien critica el ejemplo por confundir función y predicación. Formulaciónes más acabadas al respecto pueden encontrarse en LUHMANN, *Funktion und Kausalität y Funktionale Methode und Systemtheorie*, en "Soziologische Aufklärung 1. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme" (4ª ed.), Opladen, 1974, pp. 9-53. Ilustrador puede resultar también el análisis semántico de función que hace MERTON, *Teoría y estructura sociales* (trad. Torner), Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 29-35.

³² Para efectos de estos ejemplos tomaremos solo una causa o solo un efecto, pero es necesario tener presente que pueden ser más, siempre que se trate de un número limitado de ellos.

Fijando una causa se pueden encontrar diferentes efectos producidos (Fig. 1) y fijando un efecto se pueden encontrar una serie de causas que lo producen (Fig. 2). Es la propia operación del sistema la que determina cuál(es) es(son) la(s) relación(es) relevante(s) para él. Esta determinación es una selección de entre las diferentes causas o efectos para verificar la imputación.

Así (Fig. 3), para el sistema 1 (S_1), el efecto relevante de la causa (C), será E_1 ; para S_2 , E_2 y para S_3 , E_3 . En un ejemplo, fijando la causa "desastre natural" es posible identificar (E_1): carencia de alimentos; (E_2) Carencia de asistencia sanitaria; (E_3) destrucción del patrimonio arquitectónico. Para el sistema de asistencia social (S_1) el efecto será E_1 ; para el sistema de asistencia sanitaria (S_2) el efecto será E_2 y para la institución encargada de la reconstrucción (S_3) el efecto será E_3 .

Desde la perspectiva inversa, esto es, fijando un efecto (Fig. 4), para S_1 el efecto será causado por C_1 , para S_2 por C_2 y para S_3 por C_3 . En un ejemplo, fijando el efecto "carencia de alimentos en una zona rural", para S_1 la causa será la Sequía (C_1); para S_2 la causa será la mala distribución de la asistencia estatal (C_2); y para S_3 la causa será el desplazamiento de la mano de obra rural a los centro urbanos (C_3).

La determinación de cuál es la causa o efecto relevante para verificar la imputación, como puede verse, se realiza según las propias estructuras del sistema que imputa (clausura operativa).

Fig. 3

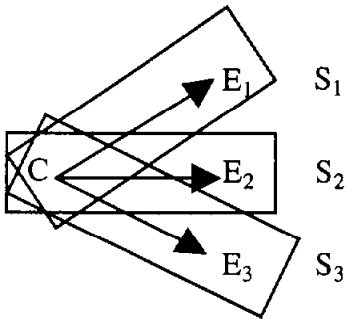
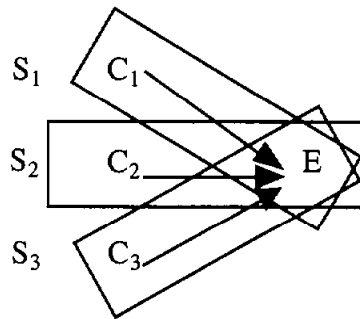


Fig. 4



Esta misma observación también puede tomar la siguiente forma:

Fig. 5

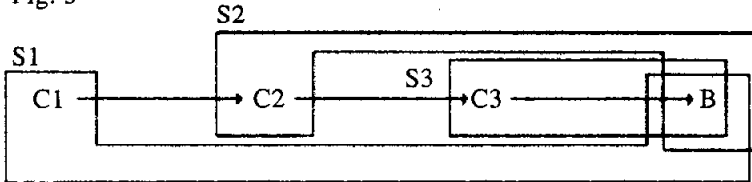
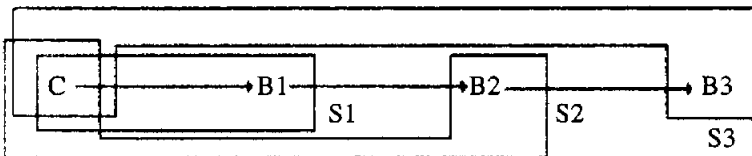


Fig. 6



En este caso se trata de que las causas, a su vez, se causan entre sí, produciendo luego el efecto que se fija (Fig. 5) de modo que C_1 es causa de C_2 , C_2 es causa de C_3 y C_3 causa el efecto que se fija. Sin embargo, para S_1 , C_1 causa E, para S_2 , C_2 causa el efecto y para S_3 , C_3 causa el efecto. En un ejemplo, pensemos que una crisis económica (C_1) causa la paralización de algunas fuentes productivas (C_2); esta paralización causa una subsiguiente cesantía (C_3) y esta incrementa los índices de delincuencia (E). Para S_1 la crisis económica incrementará la delincuencia, para S_2 lo hará la paralización de fuentes de trabajo y para S_3 será efecto de la cesantía.

A la inversa, una causa fija puede a su vez producir una cadena de efectos atribuidos después, por la observación, a dicha causa (Fig. 6). Así C, causa E_1 , E_1 causa E_2 y E_2 causa E_3 . Sin embargo, para S_1 , C causa E_1 , para S_2 causa E_2 y para S_3 causará E_3 . Con un ejemplo: pensemos en un desastre natural (C) que causa una severa carencia de alimentos (E_1), ello a su vez produce saqueos (E_2) y esto por último produce la dictación de un Decreto que declara el lugar bajo estado de emergencia. Para S_1 el desastre natural causará la falta de alimentos, para S_2 los continuos saqueos y para S_3 la declaración del estado de emergencia.

Los ejemplos de estas observaciones no solo son sencillos, sino que ponen de manifiesto con toda claridad que la determinación de qué es una causa y qué es un efecto depende por completo del sistema que observa. Por otro lado, estos ejemplos tienen especial relevancia – para el sistema jurídico-penal– en el ámbito de la participación. Solo un ejemplo: por deseo de su vecino (C_1), C_2 lleva a cabo una perforación con un taladro en casa de este y en el lugar exacto indicado por él, destruyendo una conducción eléctrica³³. Aunque siempre dependerá del sistema que observe, el sistema de imputación jurídica imputará el efecto a C_1 sin pasar por C_2 . Del mismo modo, dicha observación prescinde del cartero que entrega la carta injuriosa, del repartidor de leche defectuosa, etc.

e) *Imputación y sentido*

La imputación, como todas las operaciones del sistema, *se verifica conforme a sentido*³⁴. Esto quiere decir que no es un proceso natural que simplemente haya de constatarse, sino que es un proceso eminentemente sistémico, coherente con el resto de sus operaciones y verificado según las propias estructuras que el sistema ha diferenciado al efecto. Desde la perspectiva jurídico-penal, la imputación es una herramienta para que el sistema jurídico-penal cumpla su función en la sociedad³⁵. Los hechos que la operación del sistema utiliza como efectos generan un conflicto, de modo que la imputación a la causa intenta procesarlo. Esto explica que no pueda haber imputación sin consideración de la función que corresponde a dicho sistema en la sociedad³⁶. Del mismo modo, ya que es el sentido el que orienta las selecciones que conducen a la imputación, cada sistema imputa de manera diferente. La imputación jurídica, así, es diferente de la imputación moral o de la imputación de responsabilidades políticas³⁷. Su configuración actual (al igual que la de estos otros sistemas) es un logro evolutivo que no debe conducir al error de creer que todas se rigen por las mismas reglas, ni tampoco que su actual formulación se corresponde con algún imperativo externo al sistema. Por otra parte, en los casos en que distintos tipos de imputación comparten estructuras, es decir cuando se sirven de una misma estructura para verificar la imputación, es necesaria una revalidación por

³³ Tomado de JAKOBS, *La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación*, p. 621.

³⁴ Vid. *supra*, nota 23.

³⁵ Cfr. RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en Schünemann (ed.), "El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales" (trad. Silva Sánchez), Tecnos, Madrid 1991, pp. 82-86.

³⁶ Esta no es una característica propia del sistema jurídico-penal, ni siquiera del sistema jurídico. Por el contrario, todo sistema social que contenga operaciones de imputación, solo imputa en consideración a su función.

³⁷ Esto no quiere decir –como apunta LUHMANN– que una "correlación" (*Durchgriff*) de las evaluaciones jurídicas con las otras evaluaciones sociales ya no sea posible. Pero esta correlación tendrá que ser "legitimada dentro del sistema, vinculada al sistema, aplicada autopoiéticamente". Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 185.

medio de la cual el sistema reconoce la estructura como “propia”, asignándole una ubicación operativa³⁸. En un ejemplo, que tanto en la imputación jurídica como en la imputación moral deba concurrir una “acción” o “la posibilidad de obrar de otro modo”, no significa que ello deba necesariamente ser así; por el contrario, es un logro evolutivo del sistema (y no solo del jurídico³⁹). No hay que indagar ni retroceder mucho en la historia del derecho para encontrar, v. gr., imputación sin acción⁴⁰. O en otro ejemplo, que un homicidio injustificado pueda declararse tanto antijurídico como inmoral, no implica que ambos sistemas (el sistema del Derecho y el sistema de la Moral) hayan llegado a la misma conclusión por la misma vía.

Luego, si la imputación se verifica conforme a sentido, quiere decir que implica una diferenciación. La primera diferencia es la que guarda relación con la imputabilidad relevante o no del valor que se toma como efecto. Es decir, si se toma como efecto un determinado daño, el sistema primero ha de determinar si dicho daño puede ser acoplado a un valor (como causa) relevante para las estructuras de imputación del respectivo sistema. Así, si el sentido es, en última instancia, el que determina qué forma parte del sistema y qué queda en el entorno, mediante esta primera diferencia se determina si existen valores disponibles que formen parte del sistema. En un ejemplo: tomando como valor los “daños producidos por un incendio” lo primero es determinar si a ese valor, según las estructuras del sistema, se puede asignar un valor como causa, para formar así el *binomio de atribución*. Así, el valor asignado queda en el entorno del sistema de imputación (fuera del ámbito del sistema jurídico-penal) cuando el incendio es producto de la caída de un rayo. Por el contrario, el valor forma parte del sistema mismo (queda dentro del ámbito del sistema jurídico-penal) si es provocado intencionalmente por alguien.

Con esta primera diferencia se reafirman las fronteras del sistema respecto del entorno. Se trata de una aplicación del código propio del sistema (jurídico/antijurídico) en cuya virtud se determina si la comunicación recibida puede encontrar una ubicación operativa dentro del sistema jurídico o no. Luego, el primer paso es determinar si dicho valor puede ser objeto de imputación (entrando en el sistema) o simplemente de explicación (permaneciendo en el entorno).

f) *Explicación e imputación*

En el actual grado de desarrollo del sistema jurídico, la imputación concurre cuando, según las estructuras del sistema, es posible una atribución del valor a un determinado sujeto. Por el contrario, puede hablarse de mera explicación cuando se procesa el evento sin partici-

³⁸ Aunque aún utilizando un lenguaje ceñido a la causalidad esto ya lo destacaba MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT (4ª ed.), p. 193 al afirmar que “el concepto causal jurídico-penal ni es aquel de la filosofía general, ni es aquel de las ciencias naturales”. Vid., además, OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgsszurechnung im Strafrecht*, en *FS für Maurach*, Karlsruhe 1972, pp. 91 y ss. [existe versión en español: *Diagnosis causal e imputación de resultados en Derecho penal* (trad. Sancinetti), en Naucke, Otto, Jakobs, Roxin, “La prohibición de regreso en Derecho penal”, Bogotá 1998, pp. 65 y ss.].

³⁹ En esta línea también es posible encontrar imputación por el resultado en algunos sistemas morales o religiosos (aunque sea justo afirmar que no es clara la diferenciación de ellos respecto del sistema jurídico). De hecho, mientras escribo estas líneas se difunde en el mundo el caso de una mujer nigeriana sentenciada a ser lapidada por un tribunal de la ley islámica sharia, bajo el cargo de haber quedado embarazada fuera del matrimonio (adulterio) —en rigor, estaba divorciada, de haber sido soltera se le habría condenado simplemente a cien latigazos en un lugar público—. La concepción se verificó producto de una violación.

⁴⁰ Cfr., en este sentido, JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*, p. 104: “El que en una sociedad impere uno u otro de estos modelos, es decir, que se requiera o no la concurrencia de una acción para poder someter a alguien a una pena, depende del estadio de desarrollo de esa sociedad y no de una pretendida configuración inmutable de la naturaleza o del ser humano”. De hecho, para encontrar ejemplos de que la incorporación de “la acción” al sistema de imputación no es en caso alguno necesaria, ni siquiera es preciso recurrir a la historia del derecho. En el *Common Law* existe lo que se conoce como *situational liability* (responsabilidad por la situación), en cuyo caso no es necesaria la existencia de una conducta (ni comisiva ni omisiva) por parte del sujeto para declarar su “responsabilidad” por un determinado “estado de cosas” (*state of affairs*). El caso paradigmático de este tipo de responsabilidad es *Larsonneur* [1933] Cr App Rep, p. 74 CCRa, aunque es justo hacer notar que la propia doctrina anglosajona ha criticado la sentencia. Vid., respecto de este tipo de responsabilidad, el tratamiento que le hemos dado en PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, pp. 42-48.

pación del sistema de imputación (i. e., cuando la comunicación sobre el evento no es capaz de irritar las estructuras del sistema y detonar sus operaciones de enlace; v. gr., como en caso de estar frente a un suceso de carácter meramente natural). Esta distinción, que en definitiva consiste en determinar qué forma parte del sistema y qué queda en el entorno, se realiza conforme a sentido actualizando las fronteras del sistema.

Sin embargo, es preciso tener presente que, desde el punto de vista social, *la imputación es también un tipo de explicación*. Por ello es posible afirmar que “cuando se produce la lesión de un bien, resulta necesario explicar el suceso para volver a hallar acomodo en un mundo perturbado por el curso lesivo”⁴¹. En otras palabras, un suceso dañoso que no puede ser explicado, generalmente produce una perturbación muy difícil de procesar en sociedades que no creen en los meros designios del destino⁴². *Uno de esos medios de explicación social es la imputación*.

Desde esta perspectiva, al menos lógicamente, es posible generar una combinatoria respecto de explicación e imputación. Se puede (1) explicar sin imputar (la muerte se debió a un caso fortuito: terremoto); (2) explicar imputando (la muerte ocurrió por el descuido de un conductor); (3) imputar sin explicar (la muerte ocurrió por la ira de los dioses)⁴³. Hemos dicho que estas son las combinaciones lógicamente posibles, puesto que esta última opción no tiene cabida en una sociedad desmitificada. Luego desde el punto de vista social, *la imputación es también un medio de explicación*⁴⁴.

Por otro lado, desde la perspectiva de las expectativas sociales, el proceso puede describirse en idénticos términos. Ante una defraudación, se produce una desorientación de los partícipes de la vida social⁴⁵, por cuanto se les priva de la certeza acerca de la vigencia de una o más normas sociales. Las comunicaciones que se pueden enlazar a la defraudación de las expectativas sociales son de dos tipos: (mera) explicación de la defraudación o imputación⁴⁶. Mediante ambas se enlazan comunicaciones a la defraudación que se refieren a la vigencia de la norma. Dichas comunicaciones (así como la eventual ausencia de ellas) determinan si la norma sigue vigente o no. En el caso de las *expectativas cognitivas*, las expectativas se ven afectadas de tal modo que deben ser reformuladas. En el caso de las *expectativas normativas* se requiere de una reestabilización contrafáctica⁴⁷. Ambos recursos, tanto la reformulación de las expectativas como su reestabilización contrafáctica son mecanismos para que los partícipes de la vida social (o habitantes del mundo natural, según sea la expectativa de que se trate) puedan estructurar sus movimientos sin excesivos riesgos de defraudación. Específicamente en el sistema social, por lo tanto, puede decirse que producida una defraudación de expectativas, es preciso reorientar al partícipe en las normas del sistema⁴⁸.

⁴¹ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 174.

⁴² Ejemplos de estos hay muchos, desde la muerte súbita infantil, en que ya abundan los carteles que recomiendan enfáticamente hacer dormir a los niños “boca arriba” (pues aunque no hay ninguna explicación al respecto estadísticamente se ha demostrado –o querido demostrar– que la mayoría de los casos se produce cuando los niños se encuentran durmiendo “boca abajo”). Otro tanto puede decirse de las primeras informaciones acerca del SIDA a finales de los setenta y principios de los ochenta (en que se caracterizó la enfermedad como un “mal de homosexuales”). La carencia de explicaciones, además de producir feroces perturbaciones en la comunidad gay, llevó a algunos incluso a volver a la idea del “castigo divino a Sodomitas y Gomorranos”.

⁴³ De otra opinión RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *La imputación de resultados en el Derecho penal contemporáneo*, §230, para quien es posible distinguir además entre “explicar imputando” e “imputar explicando”.

⁴⁴ Esto queda palmariamente reflejado en (3), en que ya con la imputación se está explicando: A murió porque se desató la ira de los dioses. Desde esta perspectiva (es decir, al afirmar que la imputación es un medio de explicación) nunca puede haber imputación sin explicación.

⁴⁵ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 173-186.

⁴⁶ Insertamos la expresión “(mera) explicación de la defraudación”, para mantener a la vista que la imputación es también un medio de explicación. Por lo demás, es preciso tener presente que, cuando en el plano social opera una “mera explicación” quiere decir que la norma no ha sido perturbada. Este es el caso de la defraudación de expectativas por parte de un inimputable, cuya conducta en el plano social (¡del sistema jurídico-penal!) no resulta relevante.

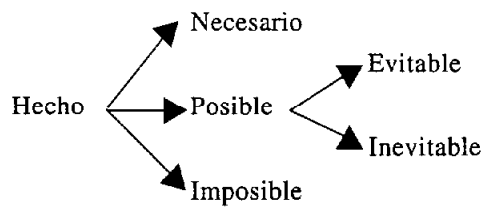
⁴⁷ Sobre esto vid. solo LUHMANN, *Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt 1984, p. 397; EL MISMO, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt 1995, pp. 133-134; vid. además, sucintamente, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, § 93.

⁴⁸ Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, p. 13; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 174.

Esto puede apreciarse mejor con un ejemplo: con la expectativa de no sufrir daños en la calle, un transeúnte circula tranquilamente: (posibilidad 1) de pronto aparece X, reconocido enemigo, y lo golpea con un palo; (posibilidad 2) un gato callejero lo araña profusamente en el rostro. En ambos casos la expectativa (no ser lesionado) sobre la que se había estructurado la conducta (dar un paseo) se ha visto defraudada. Sin embargo, solo en el primer caso el sistema penal imputa, atribuye responsabilidad de un modo jurídico-penalmente relevante más allá de la mera causación del daño. De este modo, mediante la imputación (y sanción subsecuente) se reestabiliza la norma defraudada. Por el contrario, en la (posibilidad 2), a pesar de que la expectativa se ha visto defraudada, el Derecho penal no reacciona⁴⁹. Lo mismo sucede si (posibilidad 3) en el hecho aparece Y, un enfermo con un cuadro esquizo-típico severo y lo golpea. En tal caso la expectativa del transeúnte se ha visto igualmente defraudada, pero la norma *se estima permanecer incólume*, puesto que a efectos de ella la conducta del inimputable no es capaz de afectar su vigencia⁵⁰. Esto confirma que en la práctica, la distinción entre expectativas cognitivas y normativas, puede llegar a ser extremadamente difícil⁵¹.

g) *Imputación: contingencia y evitabilidad*

En cuanto a la específica operación del sistema jurídico-penal, ante una determinada prestación (un hecho), las primeras preguntas encaminadas a la imputación guardan relación con su contingencia⁵²:



En otros términos, esto se corresponde con la formulación *impossibilia et necessaria, nulla est imputatio*⁵³. Luego, solo es imputable aquello que no es ni imposible ni necesario: solo lo contingente es imputable. Respecto de su evitabilidad⁵⁴, sin embargo, es necesario hacer una precisión. No se trata aquí de evitabilidad en sentido ontológico, pues en tal caso un hecho

⁴⁹ Aunque esto quepa matizarlo posteriormente, pues no hemos dicho nada acerca de la existencia de un deber de custodia (del gato).

⁵⁰ Es preciso apartarse aquí de las afirmaciones de que la conducta del inimputable equivale a un mero movimiento de la naturaleza. Esto no puede entenderse sin tratar conjuntamente el problema de las estructuras de legitimidad, lo que aquí se hace imposible (respecto de ello, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, § 155 y ss.). Baste hacer presente que el sistema jurídico-penal no solo estabiliza expectativas mediante la pena, sino también mediante la no pena (~ pena). De este modo, resulta extraño que se haga equivalente dicho comportamiento a la "pura naturaleza", sin considerar que el Derecho opera sobre las comunicaciones emanadas de dicha conducta. Es por eso que al inimputable se le exculpa, mientras que al perro que muerde (lo que nada dice de quien tenga el deber de cuidarlo) ni siquiera se le tematiza.

⁵¹ Cfr. LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 438.

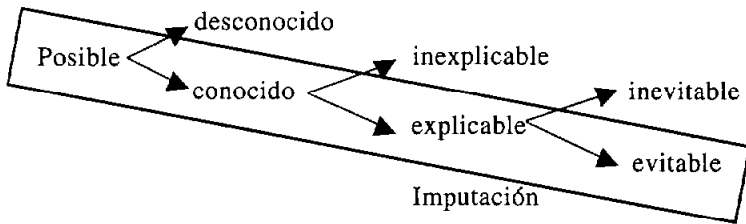
⁵² Respecto del concepto de "contingencia" (*Kontingenz*) vid. LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 152. En *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, Hamburgo 1972, p. 31 lo pondrá claramente: "Por complejidad queremos entender que existen más posibilidades que las que pueden ser actualizadas. Por contingencia queremos entender que las posibilidades (...) pueden suceder de un modo diverso del que se esperaba". Cfr., además, LUHMANN, *Normen in soziologischer Perspektive*, en *SW* 20, 1969, p. 30. Resulta natural entonces, la importancia del concepto de contingencia para el derecho y sus implicaciones filosóficas, al respecto cfr. SCHILD, *Kontingenz des Rechts und im Recht*, en *NHPh*, 24/25, Göttingen 1985, pp. 44-58 e INCIARTE, *Kontingenz und Willensfreiheit*, en *idem.*, pp. 106-145.

⁵³ Vid. HRUSCHKA, *Prohibición de regreso y concepto de inducción*, p. 209.

⁵⁴ Respecto de la evitabilidad vid. JAKOBS, *Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), en "Estudios de Derecho penal", p. 159, para quien "en principio, no es más que el presupuesto para que pueda haber culpabilidad".

inevitable no podría distinguirse de un hecho necesario. En efecto, un hecho ontológicamente inevitable es un hecho necesario (luego se tratará de un hecho no contingente y la imputación no pasará del primer juicio). Por el contrario, se trata aquí de una evitabilidad en sentido normativo (existencia del “deber de evitar”). En un ejemplo, no se trata de si era efectiva y realmente evitable la producción de la muerte, sino si alguien tenía el deber de evitarla.

Sin embargo, parece evidente que esta formulación aún no es suficiente⁵⁵ y que han de concurrir nuevos criterios –o, en rigor, condiciones– entre uno y otro para afinar sus resultados. El primero guarda relación con el “conocimiento” del hecho y el segundo con su “explicabilidad” según las “leyes conocidas”⁵⁶. En rigor, entonces, las diferencias son:



Si se trata de hechos desconocidos, inexplicables o inevitables no hay imputación (imputación). Ejemplos; hecho *desconocido*: (a) A, un explorador extranjero que no ha dado noticias de su paradero durante meses es asesinado en medio del desierto de Atacama por una banda de saqueadores y su cadáver nunca es encontrado (~ imputación). (b) Durante una excavación se encuentran osamentas humanas de un sujeto que ha muerto envenenado doscientos años antes (~ imputación)⁵⁷. Hecho conocido e *inexplicable*⁵⁸: (a) Un conjunto de

⁵⁵ Aunque en ella ya se distinguen los dos planos involucrados, el plano de los hechos brutos y el plano de los hechos institucionales (ser y deber). Sobre esto, fundacionalmente, SEARLE, *How to derive 'Ought' from 'Is'*, en Foot (ed.), “Theories of Ethics”, Oxford University Press 1967, p. 111 y *passim*; EL MISMO, *¿Qué es un acto de habla?* (trad. Valdés Villanueva), Valencia 1977, *passim*; EL MISMO, *La construcción de la realidad social* (trad. Domènech), Paidós, Barcelona 1997, *passim*.

⁵⁶ Podría retrocederse incluso a un tercer nivel, el de la *cognoscibilidad*. Así, antes de determinarse si un hecho es conocido o no, cabe la posibilidad teórica de distinguir si el hecho es cognoscible o no lo es. No nos detendremos en esta diferencia reafirmando que un hecho no cognoscible no tiene jamás relevancia en el ámbito social.

⁵⁷ Muchas hipótesis como estas se encuentran en el límite entre el desconocimiento y la no cognoscibilidad. Así, si la muerte de Nabucodonosor fue a causa de un envenenamiento, además de ser un hecho desconocido, puede declararse sin grandes dificultades que nunca podrá saberse.

⁵⁸ Esta “explicabilidad” no guarda relación con la verificabilidad del curso causal. De hecho, es preciso tener presente que todas estas categorías son propias del sistema que imputa, es decir, es el propio sistema el que declara si un evento es explicable o inexplicable, aun cuando sea imposible determinar conforme a otros (v. gr. el sistema de la ciencia) si efectivamente es posible explicar o no. En otros términos, fue posible declarar “explicable” la muerte de Sócrates aun cuando en Grecia no se supiera cómo actuaba la cicuta en el organismo. Lo mismo puede decirse de todas aquellas lesiones que se sirvieron de la fuerza de gravedad antes de las formulaciones de Newton. Especialmente gráficas las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, en “Ensayos penales”, Tecnos, Madrid 1999, pp. 331-333, “de seguirse la tesis que aquí se combate [s.c. de que solo sobre la base de leyes fenoménicas causales científicamente válidas puede afirmarse legítimamente probada la existencia de una relación de causalidad] hasta el siglo XVII no se habría podido condenar por asesinato a quien arrojaba desde una ventana una piedra de doce kilos para matar a su enemigo, consiguiendo su propósito al destrozarle el cráneo, ni tampoco por lesiones al autor despedido que desfiguraba el rostro de su antigua amante vertiendo desde el balcón el agua hirviendo contenida en una olla, pues con anterioridad a aquel momento histórico lo único que se conocía era la “ley general de la causalidad” de que si alguien soltaba un objeto este se caía, pero *por qué se caía, cuál era el mecanismo causal que hacía que ni la piedra ni el agua hirviendo se mantuvieran en el aire, en suspensión, ello es algo que, como ley científico-natural concreta, no se establece hasta que, en 1687, Newton descubre la ley de la gravitación: una buena noticia para la física, pero indiferente para el Derecho penal, donde nunca se ha dudado –aunque no se supiera la razón de ello– que el causante de que a alguien lo mataran, hundiéndole la cabeza, era justamente quien le había tirado la losa de doce kilos encima*” (cursivas en el original). En el mismo sentido RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *La imputación de resultados en el Derecho penal contemporáneo*, §§ 216 *in fine*, pp. 181-192. Consagraciones judiciales expresas de esta construcción del sistema jurídico-penal puede encontrarse en algunas sentencias del Tribunal Supremo español como la de 12 de mayo de 1986 (pte. Montero Fernández-Cid, RA 2452.): “demostración o acreditamiento no puede muchas veces ofrecer la certeza

universitarios desarrolla un cáncer linfático luego de una excursión de verano (~ imputación). (b) Un niño de cuatro meses muere por el conocido como síndrome de la muerte súbita (~ imputación)⁵⁹. Hecho cognoscible, explicable e *inevitable*: (a) C muere por la caída de un rayo (~ imputación). (b) D muere luego de comer determinados mariscos que presentan una fuerte concentración de yodo; nadie sabía que era alérgico (~ imputación).

Sin embargo, la declaración de que para que haya imputación debe existir un hecho conocido, explicable y evitable debe analizarse con mayor cautela. Ya hemos adelantado que, en estos términos, *la evitabilidad debe entenderse como "deber de evitar"*⁶⁰. Esto significa que en este nivel de imputación no se trata solo de extraer el hecho de la *esfera de la naturaleza* (cosa que también se realiza), sino de determinar también si alguien tenía el "deber de evitarlo". Estos dos juicios se realizan en el mismo nivel porque un hecho respecto del que nadie tenía el "deber de evitar" es –para todos los efectos del sistema que imputa el hecho– "pura naturaleza".

A modo de síntesis, no ha de entenderse la evitabilidad en sentido ontológico. El juicio acerca de la evitabilidad contiene un correctivo normativo que es la indagación acerca del deber. En otros términos, entender el nivel de la evitabilidad desde la perspectiva ontológica (determinar solo si el hecho era real y efectivamente evitable) implicaría luego tener que determinar si existía o no el deber de evitación. Ejemplo: puede declararse evitable que una persona muera de cáncer si esta se somete a agotadores y costosos exámenes de resonancia todos los meses; también es evitable la muerte por la reacción alérgica al yodo, si se supiera el carácter alérgico del individuo; también es evitable la muerte por un rayo si hubiera estado instalado un sistema de pararrayos en las proximidades de donde ocurrió el hecho; etc. Declarada esta evitabilidad meramente causal luego habría de indagarse si alguien *debía* hacer(se) los agotadores y costosos exámenes; si alguien *debía* saber que el individuo era alérgico; si alguien *debía* instalar un pararrayos en las proximidades, etc. Sin embargo, declarar la evitabilidad para luego afirmar que nadie tenía el deber de evitarlo, es en términos prácticos, declararlo inevitable. Así lo considerará el sistema: *si nadie tenía la obligación de evitarlo, el hecho no difiere en nada de un mero movimiento de la naturaleza*.

Con esto ya puede diferenciarse una primera pauta para la imputación que descansa en el eje contingencia/evitabilidad. Con ello se vuelve a marcar distancia con la causalidad, a la que ambos conceptos (contingencia y evitabilidad) son del todo ajenos. También hay causalidad en los hechos necesarios (no contingentes) y no hay imputación. Lo mismo ocurre con los hechos respecto de los que no hay un "deber de evitar" (la causalidad permanece incólume y no hay imputación)⁶¹. Cualquier otra posibilidad no tiene cabida en una sociedad desmitificada, en la que los fenómenos no se explican por fuerzas misteriosas e incalculables.

predicable y exigible en el campo científico-natural, pues la prueba decisiva para el enjuiciamiento penal se obtiene cuando el juzgador (...) está realmente convencido de la existencia de los hechos precisados de prueba de acuerdo con las exigencias racionales y lógicas de las ciencias del espíritu (...); lo que determina que la demostración propia del Derecho sea distinta a la demostración científico-natural, en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva". En sentido análogo la SSTS de 7 de junio de 1983 (pte. Gómez de Liaño y Cobaleda, RA 3091), 14 de septiembre de 1990 (pte. Puerta Luis, RA 7320) y 8 de abril de 1992 (pte. Montero Fernández-Cid, RA 2877). Recopilación extraída de RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *ibid.*, § 102.

⁵⁹ La afirmación de que "el deceso se ha producido por el síndrome de la muerte súbita" no indica, como sucede generalmente con este tipo de juicios, que con esto se explique el hecho. Por el contrario, bajo dicha afirmación se han aglutinado una serie de hechos inexplicables en los que, desde luego, ni siquiera puede afirmarse que las muertes se hayan verificado por la misma causa.

⁶⁰ Sobre esto ya OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, pp. 100 y 101.

⁶¹ Otro tanto puede decirse de la necesidad de que el hecho sea conocido, explicable y evitable, pues ello es ajeno a cualquier consideración causal.

II. IMPUTACIÓN Y FUNCIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO-PENAL

a) *Ubicación de la imputación: la evitabilidad*

Hablaremos de estructuras de imputación del sistema jurídico-penal para referirnos a aquellas estructuras de sentido que orientan las selecciones conducentes a la imputación. Dichas estructuras, como es obvio, se encuentran estrechamente vinculadas a la función estabilizadora que cumple el (sub)sistema jurídico-penal dentro del sistema social. *No es posible imputación alguna, por parte del sistema jurídico-penal, sin considerar la función que debe cumplir*⁶².

Luego, si la función del Derecho penal consiste en la estabilización de las expectativas que permiten el normal desarrollo de la interacción social, dicha función es el norte de orientación de toda la imputación penal. *Todas las estructuras del sistema forman parte del entramado por medio del cual dicha función se cumple.*

Si bien resulta imposible abordar el tema en profundidad, para entender la ubicación de la imputación es preciso hacer una opción previa: *en cuanto expectativas institucionalizadas, las normas tienen una doble dimensión.* Por una parte, consisten en *normas de conducta*, estructuras de expectativas que orientan las selecciones del destinatario, y por medio de las cuales este sabe qué se espera de él. La segunda dimensión es la de *ser baremo del juicio al comportamiento del destinatario.* Mediante esta segunda dimensión, es posible afirmar si el comportamiento del destinatario se ha ajustado a las expectativas que contiene la norma o si se ha desviado de ellas. Esta distinción podría expresarse con mayor propiedad en términos de funciones. Toda norma tiene incorporadas dos funciones: una en la prospectiva (que son los mandatos o prohibiciones dirigidos al destinatario de la norma y que tienen una función configuradora u orientadora de su conducta) y otra en la retrospectiva (en la que opera como baremo de evaluación de la conducta desplegada por el agente)⁶³. Cualquier intento de escisión de estas dos funciones conduce al absurdo⁶⁴.

Estas dos dimensiones, que son dos caras de una misma moneda, tienen entre ellas un obstáculo que sortear. *Dicho obstáculo es la imputación.* Un sistema normativo, es decir, un sistema que contiene normas por medio de las cuales se orienta la conducta de los partícipes y, además, por medio de las que posteriormente se juzgará si su conducta se ha conformado o no con dichas orientaciones, requiere además de otro tipo de operaciones por medio de las cuales se determinará si la conducta es atribuible o no al destinatario de la norma. En otras palabras, requiere de un conjunto de operaciones previas a cualquier juicio de la conducta y por medio de las que se determina a quién se dirigirá el juicio de medición. De esta manera, la imputación sucede a la función prospectiva de la norma y precede a la función retrospectiva. Solo previa imputación, es posible decir que una conducta "pertenece a alguien", y solo una vez que ello puede afirmarse, cobra sentido juzgar si ese "alguien" se ha conducido de conformidad o en contravención a la norma⁶⁵. Luego, esta función retrospectiva se cumple

⁶² Esta decisión trasciende cualquier decisión acerca de cuál es esa función. Bien se estime que la función del Derecho penal es la protección de ciertos bienes jurídicos valiosos, bien se estime que es la reestabilización contrafáctica de la norma (o cualquier otra), el proceso de imputación siempre debe considerar esa función.

⁶³ Las raíces de esta distinción pueden encontrarse, con referencias, en HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, pp. 171-186; quien las sitúa, principalmente, en las obras de Joachim Georg DARIUS, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis* (1740) y *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium* (1754). Ulteriores referencias en EL MISMO, *Imputation*, pp. 123-126.

⁶⁴ Cfr. HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, pp. 173-174. Esta afirmación, a decir verdad, resulta evidente. Si la norma solo presentara una dimensión orientadora (o configuradora) de la conducta, se podría decir al destinatario de la norma qué es lo que debe o no debe hacer, pero posteriormente (luego de "haberlo hecho") no podríamos determinar si su conducta ha sido ajustada o no a la norma. Por el contrario, si solo tuvieran una función de medición de conductas, y no configuradora de ella, podríamos decirle al destinatario si se ha comportado conforme o no con ella, pero no sería posible haberle dado noticia con anterioridad (y con ello, oportunamente) de lo que debía o no debía hacer.

⁶⁵ A esta imputación HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, pp. 174 y ss. llama imputación de primer nivel y la define como "la imputación de un proceso como ejecución de una acción o inactividad como omisión de una acción. (...) La declaración de que el sujeto en cuestión es 'causa moralis' del hecho comisivo u omisivo del que se da cuenta" [La terminología tradicionalmente denominada "kantiana" (vid. *supra* I, b) y sus referencias) es evidente].

mediante el juicio de evitabilidad. En él se determina tanto si la conducta “pertenece” a alguien, como si ese alguien tenía el deber de evitarla.

En otras palabras, esta imputación (o este nivel de imputación) *declara la evitabilidad del acontecimiento indagando acerca de la existencia o no de un deber de evitación*. El juicio de evitabilidad consiste tanto en determinar si ha existido la alternativa de omitir el hecho cometido (o ejecutar el hecho omitido), como de determinar si quien podía omitir (o ejecutar), debía omitir (o ejecutar)⁶⁶.

Estas consideraciones dan luz acerca de la distinción entre lo que jurídico-penalmente se denomina imputación objetiva y la imputación a la que aquí nos hemos referido. No es posible desvincular una de otra (ambas se dan en lo que hemos denominado *juicio de evitabilidad*), pero no pueden identificarse sin más. Si la primera consiste en determinar el significado, desde el punto de vista social, de una determinada conducta⁶⁷ (nos situamos en el ámbito del “deber”), se requiere de un paso previo y de carácter mucho más general: el intento de “delimitar el hecho propio [de alguien] del acontecer fortuito”⁶⁸. Este último concepto de imputación aún no hace referencia alguna al significado social de la conducta, sino simplemente atribuye la prestación a “alguien”⁶⁹, y sobre él se indagará acerca de la existencia de deberes. Es por ello que, con razón, HRUSCHKA denomina a esta, imputación de primer nivel⁷⁰, y sobre ella deberá llevarse a cabo la indagación acerca del deber.

b) *Imputación objetiva (normativa) de comportamiento como determinación del deber*

Como es obvio, el mero “atribuir algo a alguien”, o lo que es lo mismo, “sacarlo de la esfera de la naturaleza” es insuficiente⁷¹. Para que el sistema de imputación opere, es necesario poner en funcionamiento otras estructuras normativas, por medio de las cuales se indaga acerca del “sentido” de la prestación atribuida. En otras palabras, antes de llegar a la imputación jurídico-penal es necesario poner en marcha una serie de estructuras que enlacen sucesivas comunicaciones a aquellas que versan sobre la mera causalidad evitable⁷². Se trata de estructuras normativas porque versan sobre la existencia de “deberes” que atañen al comportamiento atribuido⁷³.

⁶⁶ Como hemos visto, estas dos fases de la evitabilidad (evitabilidad ontológica y existencia del deber), se encuentran a tal punto entrelazados, que la distinción entre ellos es mucho más teórica que operativa.

⁶⁷ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Civitas, Madrid 1996, p. 11.

⁶⁸ LARENZ, *Hegels Zurechnung Lehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kristischen Idealismus und zur Lehre von der “juristischen Kausalität”*, Leipzig 1927 (cit. según reimpr. Aalen 1970), p. 61.

⁶⁹ En los términos que aquí hemos empleado, la imputación objetiva es la que indaga, con los presupuesto de cognoscibilidad, explicabilidad y evitabilidad, acerca de la existencia del “deber”.

⁷⁰ Como en nota ¡Error! Argumento de modificador desconocido..

⁷¹ En el mismo sentido MIR PUIG, *La imputación en el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho desarrollado*, p. 384: “es evidente que, en el actual grado de desarrollo de la teoría del delito, no basta concebir la imputación en el sentido global de atribución del delito como obra del sujeto” (cursivas en el original).

⁷² Cfr. JAKOBS, *La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*, en “Estudios de Derecho Penal”, p. 241.

⁷³ Desde esta perspectiva, es posible hablar de *imputación normativa de comportamiento* en lugar de la difundida expresión “imputación objetiva de comportamiento”. Naturalmente dando al asunto un tratamiento y soluciones diferentes, se vuelve con esto sobre una pregunta clásica formulada desde el finalismo (vid., por todos, STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, GA 1987, p. 91): *Was ist das objektive bei der objektiven Zurechnung?* Esta crítica pregunta es extremadamente aguda pues lo que se entiende aquí por “objetivo” difiere de lo que tradicionalmente se ha entendido por *ob-iecto*. Vid., además, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona 1998, pp. 68 y ss. En una teoría como esta —que no es sino una teoría de la observación— ha de reconocerse que se trata de lo “objetivo para el sistema”. Él determina qué es lo objetivo según sus propias estructuras (la propia existencia de una institución como la “cosa juzgada” entrega luces acerca de las consecuencias de esto). Sin embargo, reconocido este punto, es preciso tener a la vista que denominarla “imputación normativa” no incorpora más que un perogrullo, puesto que no existe una “imputación no normativa”: siempre que se imputa en el sistema jurídico-penal se presupone una norma con sus dos funciones (prospectiva y retrospectiva).

Por ser estructuras normativas, es decir, por articular normas diferenciadas por el sistema, la discusión acerca de estos deberes solo puede darse dentro del sistema. Esto quiere decir que no existe imputación de comportamiento fuera del sistema que imputa y por ende sin consideración de su grado de evolución⁷⁴.

En esta segunda etapa de la imputación, ya no se trata de atribuir “algo a alguien”, sino de determinar quién es ese “alguien” al que ya se ha atribuido la prestación. Pero esta determinación no se realiza en atención al individuo como tal, sino en cuanto poseedor de una ubicación en el contexto social o, lo que es lo mismo, en cuanto portador de un rol⁷⁵. Esta opción por el rol y no por el individuo, como es evidente, es un logro evolutivo del sistema social y no tiene carácter necesario.

Es preciso, entonces, seguir avanzando luego de haber determinado que el hecho podía evitarse.

Como ya hemos dicho, al hablar de que el hecho podía evitarse, no se hace referencia a un “poder” –por ejemplo– “si alguien hubiera estado ahí” en circunstancias de que “no había nadie”. Este tipo de hechos quedan descartados ya en el plano de la evitabilidad ontológica (no son contingentes), en otras palabras son incapaces de pasar la primera estructura de imputación.

En un ejemplo: ante la muerte de un adulto que, encontrándose solo, cae accidentalmente en el baño desangrándose luego de una larga agonía, el sistema podría declarar el hecho como evitable. Pero dicha “evitabilidad”, que depende de que “alguien hubiera estado ahí”, es irrelevante para el sistema. En cualquier caso, *la respuesta a esta pregunta casi nunca se da de modo exclusivo en este nivel, puesto que es preciso recurrir a estructuras posteriores que aclaren si alguien “debtá estar ahí”, es decir, a las “estructuras que indagan acerca del deber”*. Desde esta perspectiva (nuevamente), un hecho ontológicamente evitable es, para el sistema, inevitable.

Luego, este segundo paso consiste en indagar acerca del sentido social del comportamiento⁷⁶. Esta averiguación, si el sentido es una construcción propia del sistema⁷⁷, se verifica preguntando por otras normas diferenciadas por el propio sistema. Esto implica la búsqueda de deberes o, lo que es lo mismo, la indagación acerca del rol de aquel al que el hecho ha podido imputarse en el primer nivel. En términos simples, se indaga acerca de si aquel que ha cometido el hecho (o lo ha omitido) tenía el deber de omitirlo (o ejecutarlo).

Resulta evidente que la pregunta guarda la más estrecha relación con las expectativas dirigidas a un determinado sujeto social: se pregunta, en definitiva, por las normas sociales. La vinculación de esta pregunta con el concepto del rol social se hace, en este punto, evidente⁷⁸. PLESSNER, describía el rol social como aquella “articulación mediante la que un individuo ejecuta movimientos socialmente relevantes”⁷⁹. Esto quiere decir que cualquier juicio acerca de la conducta del individuo ha de verse, desde el punto de vista del sistema social, mediado por el rol. Las dos dimensiones que hemos reconocido en las normas de conducta, orientación y medición, por el carácter reflejo de rol y norma, pueden también describirse como funciones del rol. El rol orienta la conducta del destinatario y al mismo tiempo sirve de baremo de medición de la conducta. Ninguna conducta puede juzgarse, o lo que es lo mismo, no existe ningún deber, más allá de las prescripciones del rol. El rol determina el respectivo “ámbito de competencia” de manera que solo puede ser exigible aquello que caiga dentro de dicho ámbito⁸⁰. La opción

⁷⁴ Cfr. JAKOBS, *Fundamentos de la imputación objetiva de comportamiento*, en “La imputación objetiva en Derecho penal” (trad. Cancio Meliá), Civitas, Madrid 1996, pp. 93-94.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 96-97. Sobre todo esto, abundantemente, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, *passim*.

⁷⁶ REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, en ADPCP (1992), p. 964, dirá que la imputación objetiva “[es la] teoría que permite establecer lo que para el Derecho es una conducta lesiva de los intereses sociales”.

⁷⁷ Y que, paradójicamente, construye a su vez el sistema al actualizar su diferencia con el entorno. Sobre ello, abundantemente, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, § 36 y ss.

⁷⁸ *Rol social, expectativa y norma* se hacen así conceptos reflejos o de recíproca implicación. *Ibidem*, § 94 y ss..

⁷⁹ Vid. PLESSNER, *Soziale Rolle und menschliche Natur*, en Drbolav/Nikolin (eds.), “Erkenntnis und Verantwortung, FS für Theodor Litt”, Düsseldorf 1960, p. 105.

contraria entrañaría una contradicción social. La sociedad diferencia roles de modo de poder estructurarse (permitir que los partícipes del sistema social puedan estructurar su propia conducta de acuerdo a lo que se “espera del otro”); si el sistema jurídico-penal tiene como función la estabilización de expectativas, dichas expectativas a estabilizar no pueden ser diferentes (ni por exceso ni por defecto) de las expectativas que el sistema ha diferenciado. La falta de concordancia entre unas y otras implica una ruptura de sentido⁸¹.

Desde esta perspectiva, los límites de los roles operan como límites de la responsabilidad. “Quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo aun en el caso en que bien pudiese perfectamente evitarlo”⁸². Aquí probablemente se encuentra la máxima inflexión entre causalidad e imputación. La imputación conforme al rol se transforma en un requisito previo a cualquier pregunta acerca de la causalidad. De hecho, antes siquiera de vislumbrar la pregunta por la causalidad es preciso indagar si ha habido una defraudación relevante de las expectativas del rol. Si no existe tal defraudación, la causalidad no dice nada. Pongamos un ejemplo: el médico que opera conforme a la *lex artis* o el conductor que participa en un accidente sin haber quebrantado las normas del tránsito *no puede ser imputado de los daños subsecuentes aun cuando los haya causado*. En la terminología propia de la teoría de la imputación objetiva a quien no haya traspasado el umbral del riesgo permitido *no se pueden imputar los resultados aun cuando su conducta los haya causado*.

Es por esto por lo que la llamada teoría de la imputación objetiva opera como un gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad. La pregunta por aquello que es “objetivamente imputable” es la pregunta acerca de un patrón de conducta esperado, acerca de una referencia “objetiva” de qué significa un determinado comportamiento, o lo que es lo mismo, si en él se entraña una infracción a la norma o si es un hecho *socialmente inocuo*⁸³.

Sin embargo, hay que tener presente que aquí los problemas recién comienzan. No es difícil constatar que existen al menos dos tipos diferentes de imputación⁸⁴ (o dos momentos de la imputación) y que aquí solo hemos tratado parcialmente de la primera. Esto porque no es lo mismo *imputar el hecho que imputar responsabilidad por el hecho*. Para esta segunda etapa de imputación ya es necesario incorporar el juicio de culpabilidad, que hasta este punto no ha desempeñado ningún papel. En otros términos, antes de llegar a la imputación de responsabilidad operan una serie de estructuras de imputación (lo que podría entenderse como otros tipos de imputación). Sin embargo, la imputación del hecho es un paso previo a la imputación de responsabilidad. Este doble nivel de imputación también puede describirse distinguiendo entre la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*. La primera es la atribución del hecho y la segunda es la atribución de la responsabilidad por ese hecho⁸⁵. El sistema del

⁸⁰ Respecto de la relevancia de estos ámbitos de competencia vid. JAKOBS, *Representación del autor e imputación objetiva* (trad. Suárez González) en “Estudios de Derecho Penal”, Civitas, Madrid 1997, pp. 229 y ss.; EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, 7/4a, 7/28. Vid., además, REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, pp. 949, 951.

⁸¹ A estas rupturas de sentido puede denominarse *crisis*. Toda crisis es siempre un quebrantamiento del sentido conforme al cual el sistema realiza sus selecciones. Si no es el sentido el que se compromete en una contradicción solo estamos frente a una *disfunción*.

⁸² Cfr. JAKOBS, *Fundamentos de la imputación objetiva de comportamiento* (trad. Cancio Meliá) en “La imputación objetiva en Derecho penal”, Madrid 1996, p. 102.

⁸³ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal* (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Madrid 1996, p. 53. Incorporo el carácter social de la inocuidad (a diferencia del texto de JAKOBS), puesto que evidentemente la declaración de inocuidad es una declaración del sistema social, que no implica que el suceso haya sido inocuo en términos causales. Lo contrario equivale a afirmar que quien es agredido por un inimputable no sufre dolor.

⁸⁴ Vid. MIR PUIG, *La imputación en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho desarrollado*, pp. 381-391; HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, pp. 171-186; RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en Schünemann (ed.), “El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales” (trad. Silva Sánchez), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 81-93.

⁸⁵ Respecto de esta distinción cfr. HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, pp. 174 y ss., especialmente respecto de la distinción entre ella y la diferenciación anglosajona *causation in fact* y *causation in law*. Al respecto vid., además, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *La imputación de resultados en el Derecho penal contemporáneo*, p. 151.

Derecho penal, aunque incorpora estructuras que verifican ambos tipos de imputación, trata eminentemente de la segunda (y la causalidad solo podría referirse a una dimensión de la primera). La primera imputación opera como un presupuesto de la segunda –y aquí podría haber una modesta participación a la causalidad–, pero no hay que perder de vista que el proceso descansa en constructos propios del sistema que imputa. Es el propio sistema el que determina si los hechos son fácticamente imputables⁸⁶ sin ninguna necesidad de considerar para ello determinados datos naturalísticos (como la causalidad).

⁸⁶ Tan claro resulta que el Derecho se ocupa principalmente de este segundo tipo de imputación que declara que determinadas personas son “inimputables”, pero no refiriéndose a una incapacidad de imputación fáctica, sino haciendo clara referencia a la existencia o inexistencia de “deberes”.