

**Subjetivismo
e imputación objetiva
en derecho penal**

MARCELO A. SANCINETTI

PROFESOR DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PROFESOR DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA (BUENOS AIRES)

PROFESOR DE TEORÍA DEL DELITO Y SISTEMA DE LA PENA DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DE LA PATAGONIA (TRELEW, ARGENTINA)

EX - BECARIO DEL INSTITUTO DE COOPERACIÓN IBEROAMERICANA
(MADRID, 1985-86)

EX - BECARIO DE LA FUNDACIÓN ALEXANDER VON HUMBOLDT
(BONN, 1991-93)

Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

ISBN 958-616-290-7

© **MARCELO A. SANCINETTI, 1996**

© **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 12 n.º 1-17 Este Bogotá - Colombia, Fax 342 4948

[www.librosuexternado.com]

Primera edición: septiembre de 1996

Ilustración de portada: *Los sindicatos de los pañeros*, Rembrandt, 191 x 279 cm.

Composición: Departamento de Publicaciones

Impresión y encuadernación: Editorial Cordillera S. A. C.,

con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Perú

Printed in Perú

Universidad Externado de Colombia

Rector

Fernando Hinestrosa

Secretario General

Hernando Parra Nieto

COLECCION DE ESTUDIOS N.º 8

serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

director del

Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

A los estimados colegas:

Günther Jakobs (Bonn)

Wolfgang Schöne (Göttingen)

Eberhard Struensee (Münster)

Eduardo Montealegre Lynett (Bogotá)

Yesid Reyes Alvarado (Bogotá)

Enrique Bacigalupo Zapater (Madrid)

Enrique Gimbernat Ordeig (Madrid)

CONTENIDO

INTROITO

CAPITULO I

FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS DE UNA CONCEPCION SUBJETIVA DEL ILICITO

§ 1. LAS TESIS FUNDAMENTALES	19
I. Causalismo versus finalismo	19
II. El quid de la divergencia	23
§ 2. SOBRE EL PUNTO DE PARTIDA	26
I. ¿Lo decide el derecho positivo?	26
II. ¿Lo deciden las teorías de la pena?	30
III. ¿Lo decide la teoría de las normas?	35
IV. ¿“Falacia naturalista” en la teoría de los imperativos?	47
V. Lo decide el principio de culpabilidad	55
§ 3. CONSECUENCIAS DE UNA TEORÍA SUBJETIVA DEL ILÍCITO	59
I. El resultado como “garantía liberal”: “mito primario” y “mito secundario”	60
II. La dogmática de la tentativa	64
a) Dolo y riesgo	64
b) Tentativa inacabada y acabada	67

c) La tentativa objetivamente no peligrosa	68
III. La exclusión del ilícito: la justificación	72
IV. La teoría de la participación	74
§ 4. CONCLUSIONES	76

CAPITULO II

LA CONCEPCION SUBJETIVA DEL ILICITO EN SU RELACION CON LA TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

§ 1. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UNA ÓPTICA SUBJETIVISTA	79
I. Introducción: del resplandor de la teoría	79
II. El tipo objetivo como objeto del tipo subjetivo	83
III. La necesidad de criterios objetivos de imputación	89
IV. Creación de un riesgo no permitido versus realización del riesgo en el resultado	93
V. La necesidad de concretar la formulación de la norma	98
VI. ¿Compatibilidad de la teoría de la imputación objetiva con su ingrediente “realización del riesgo en el resultado”?	107
a) La consideración ex ante como base de la medida del riesgo reprobado	107
b) La solución anti-resultatista a partir de JAKOBS	112
§ 2. LA “DOBLE” FUNCIÓN DEL TIPO OBJETIVO	115
§ 3. “SENTIDO OBJETIVO” VERSUS “REPRESENTACIÓN DEL AUTOR”	117
I. ¿Rol sin individualidad?	118
II. ¿Expectativas de conducta definidas de modo objetivo?	121
III. Representación del autor y competencia de la víctima	123
IV. La cuestión en el delito imprudente	125
§ 4. LA FUNCIÓN DEL RESULTADO EN EL DELITO IMPRUDENTE: ¿HACIA LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA IMPRUDENTE?	135

CAPITULO III

¿HACIA UNA FUNDAMENTACION SUBJETIVA DEL ILICITO A PARTIR DE LA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS?

§ 1. EL PROBLEMA	148
§ 2. LA DOGMÁTICA DE LA TENTATIVA EN JAKOBS	154
I. El ilícito en la tentativa no peligrosa	154
II. ¿“Normativización” del concepto de dolo?	159
III. ¿Tentativa acabada e inacabada como ilícitos idénticos?	162
§ 3. HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN SUBJETIVA DEL ILÍCITO A PARTIR DE LA DOGMÁTICA DEL DESISTIMIENTO	165
I. El giro subjetivista	165
II. Dominabilidad del hecho y posibilidad de desistimiento	166
III. ¿Posibilidad de desistimiento en la tentativa acabada?	168
IV. El desistimiento como reverso de un ilícito subjetivo	170
a) El adiós al momento casual del desistimiento	171
<i>El éxito del desistimiento no es suficiente</i>	171
<i>El éxito del desistimiento no es necesario</i>	176
b) El resultado como elemento posterior al hecho	179
§ 4. CONCLUSIONES	182

APENDICE

MODELO DE LEGISLACION PENAL DE ORIENTACION SUBJETIVISTA	183
--	-----

INTROITO

Damas y caballeros, señores colegas, señor rector:

Agradezco a las autoridades de la Universidad Externado de Colombia, en particular, a su rector, profesor D. *Fernando Hinestrosa*, por esta honrosa invitación que me da la oportunidad de discutir con colegas y amigos de este país mis puntos de vista fundamentales sobre la teoría de la imputación. Tal como he dicho ya en el epílogo de un reciente libro publicado en esta tierra colombiana, el tiempo de investigación que gracias a la generosidad de la *Fundación Alexander von Humboldt* pasé entre 1991 y 1993 en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, que dirige uno de los colegas que nos acompañan en este encuentro, el profesor *Günther Jakobs*, me ha permitido vivir los momentos seguramente más agradables de vida académica y personal. Al haber sido padre por vez primera en el barrio en que vivió *Graf zu Dohna* se unió en aquel tiempo la fructífera asistencia a los seminarios del Instituto que en otra época dirigieron *Hans Welzel* y *Armin Kaufmann* y el conocer amigos y compañeros de trabajo que no voy a olvidar, como *Yesid Reyes Alvarado* y *Eduardo Montealegre Lynett*, para mencionar ahora solamente a quienes más me ayudaron, sin olvidar al amigo *Manuel Cancio Meliá*. En aquella época, mi esposa, *Patricia Ziffer*, asistió además, como postgraduada, a las lecciones de Parte General del otro colega alemán que nos acompaña en este simposio: *Urs Kindhäuser*. De manera

que este marco y este lugar constituyen para mí, por sí solos, una buena razón para evocar unos días que de todos modos siempre tengo presente. Espero que esto pueda ser comprendido en todo su significado.

Acaso sea sabido que en los últimos años he publicado dos investigaciones de cierta extensión que abogan por una teoría del ilícito y de la imputación de corte *subjetivista*. La expresión “subjetivista” es por cierto equívoca, puede dar lugar a malentendidos. Cuando yo denominé al segundo de estos trabajos míos, en su título original como tesis doctoral ante la Universidad Complutense de Madrid, y bajo signos de interrogación: *¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs?*, el amigo *Montealegre* se sorprendía de algunas afirmaciones mías que podrían calificarse de *objetivistas* y bromeaba entonces con la idea de publicar él un contrapunto que se llamara, bajo los mismos signos: *¿Fundamentación subjetiva del ilícito en Sancinetti?* Espero que en el curso de las conferencias que están a mi cargo en este encuentro pueda quedar en claro en qué sentido debo ser considerado extremadamente subjetivista; bajo alguna otra perspectiva, posiblemente no sea una denominación adecuada.

En la primera conferencia trataré de exponer una síntesis de mi posición en torno a una teoría del ilícito ceñida al disvalor de acción y cerrada al disvalor de resultado, tratando de ofrecer los *fundamentos* de esta teoría y de exponer sus *consecuencias dogmáticas*. De allí el nombre de esta primera exposición: *Fundamentos y consecuencias de una concepción subjetiva del ilícito*. En gran parte he de seguir a este respecto el hilo de mi primera tesis doctoral ante la Universidad de Buenos Aires, publicada en esa ciudad en 1991, bajo el título: *Teoría del delito y disvalor de acción*. En la segunda disertación habré de complementar la fundamentación, intentando demostrar que esta posición no es en absoluto incompatible con el desarrollo de la actual teoría de

la imputación objetiva. Su título lo resume bajo el lema: *La concepción subjetiva del ilícito en su relación con la teoría de la imputación objetiva*. En la tercera conferencia –extrayendo gran parte del discurso directamente de mi segunda tesis doctoral, publicada en Bogotá, en 1995: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*– trataré de demostrar que la propia obra de *Jakobs* ofrece un riquísimo material en apoyo de una teoría subjetiva del ilícito penal tal como yo la entiendo y en contra del carácter constitutivo del disvalor de resultado; por ello su nombre ¿*Hacia una fundamentación subjetiva del ilícito a partir de la obra de Günther Jakobs?* Esta última es una adaptación de una conferencia dictada el año anterior como profesor invitado de la Universidad de Münster, en el Coloquio de Profesores de Derecho Penal, gracias al favor de mi colega y amigo *Eberhard Struensee*; poco después repetí su lectura por generosidad del profesor *Jakobs*, en su propio Instituto.

Para la publicación del texto de estas exposiciones he incorporado las notas de pie de página, acaso algo excesivas, a fin de documentar las fuentes bibliográficas y de complementar la discusión, en la medida de lo posible, en razón de que el discurso hablado impone dejar fuera de consideración aspectos de cualquier modo relevantes. Asimismo, he incluido un “Apéndice” en el que presento por primera vez el proyecto de un conjunto de disposiciones legales que consagrarían las consecuencias prácticas que derivan de la posición dogmática que aquí someto a discusión. Puesto todo esto en un orden de conjunto para su publicación, recibe el título de *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*. Es de esperar que estos diversos epígrafes sugieran ya la orientación y parte del contenido de las disertaciones. Soy consciente de que no tendré adeptos inmediatos en el recinto, pero abrigo la esperanza de una fructífera discusión posterior que al menos siembre la duda para futuras adhesiones.

CAPITULO I

FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS DE UNA CONCEPCION SUBJETIVA DEL ILICITO*

§ 1. LAS TESIS FUNDAMENTALES

I. Causalismo versus finalismo

Cuando comencé a estudiar Derecho Penal en la década de los años 70 estaba de moda en Buenos Aires la discusión ya algo pasada de época en Alemania –de donde ella provenía–, acerca de si el dolo de cometer el hecho integraba el tipo penal en la estructura de la teoría del delito o si era un elemento de la culpabilidad. Esta era la cuestión que reflejaba una disputa entre lo que se llamaba *doctrina causal de la acción y teoría finalista*.

Así planteada la discusión era en verdad poco importante. El dolo está, como dato psíquico, sólo en la cabeza del autor. Como elemento de análisis de la imputación, puede estar

* Conferencia pronunciada el 26/9/1996 en el Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia.