

IMPUTACIÓN OBJETIVA: LOS STATUS DEÓNTICOS EXTRAPENALES DE LA CONDUCTA PENALMENTE RELEVANTE

Andrés SALAMONE*

Fecha de recepción: 2 de junio de 2026

Fecha de aceptación: 10 de agosto de 2026

Resumen

En este trabajo, se propone identificar el concepto de riesgo permitido con los status deónticos del sistema extrapenal “obligatorio” y “permitido en sentido fuerte”. En consecuencia, se propicia que solo sean relevantes penalmente los status deónticos extrapenales “prohibido” y “permitido en sentido débil”. Luego, se brindan los fundamentos que pueden brindar amparo a esa propuesta y las consecuencias que aquella traería aparejada.

Palabras clave: imputación objetiva – lógica deóntica – riesgo permitido – conductas neutrales – costumbre – abuso del derecho

Title: *Objective attribution: the extra-penal deontic statuses of criminally relevant conduct*

Abstract

This paper proposes identifying the concept of permissible risk with the deontic statuses of the extra-penal system as “obligatory” and “strongly permitted”. Consequently, it argues that only the extra-penal deontic statuses of “prohibited” and “weakly permitted” should be relevant from a criminal perspective. Then, it presents the arguments that may support this proposal and the consequences it would entail.

Keywords: objective imputation – deontic logic – permissible risk – neutral behaviors – legal custom – abuse of rights

* Abogado (UCA). Especialista en Derecho Penal (UTDT). Magíster en Derecho Penal (UTDT). Docente (UBA). Contacto: salamoneandres@gmail.com. El presente trabajo es el resultado de la tesis presentada y aprobada en el marco de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella.

Sumario: I. Introducción; II. La conducta penalmente prohibida en un abordaje integral del derecho positivo; III. Pormenores de la inserción de la teoría en el campo de la dogmática penal; IV. Balance final; V. Bibliografía

I. Introducción

Las características del vínculo que debe existir entre acción y resultado para una correcta configuración del tipo objetivo, aun con distintas formulaciones, constituyen una cuestión que de larga data ha ocupado los textos de los juristas.¹ En ese sentido, es posible identificar el nexo de referencia, simplemente, con la causación del resultado por parte de la acción. Sin embargo, existen supuestos en los que esa tesis redundaría en la necesidad de otorgarles relevancia penal a conductas que, de manera evidente, resultan inadecuadas para revestir ese atributo. En efecto, una tesis conforme a la cual sea siempre achacable el resultado a un comportamiento cuando este se constituya como *conditio sine qua non* de aquel —cuando de suprimir mentalmente el primero desaparecería, asimismo, el segundo—, conduciría a que, por ejemplo, corresponda imputarles incluso a los progenitores del autor la parte objetiva del tipo.

Ante ello, y parcialmente inspirada en ideas que ya habían tenido cierto desarrollo con anterioridad,² la actual teoría de la imputación objetiva propuso que, luego de la constatación del nexo de causalidad, se exigieran, además, ciertos requisitos de tipo normativo; entonces, detectado el resultado como producto de la acción, sería necesario que esta última hubiese creado, a su vez, un *riesgo desaprobado* que, como colofón, se haya visto reflejado en el resultado. De ese modo, solo una vez comprobadas las exigencias de mención (causalidad, riesgo prohibido y realización de este en el resultado, así como otros eventuales elementos objetivos) habría de proseguirse al examen de los elementos subjetivos típicos.

¹ Cfr. SCHROEDER, *El rayo como instrumento de asesinato* (Traducción a cargo de Marcelo Alberto Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2020 [2009], p. 17 y ss.

² “[L]o que hoy llamamos «teoría de la imputación objetiva» tiene su verdadero germen en la discusión producida en el sur de Europa, especialmente a partir del siglo XIII, en torno al problema del «*versari in re illicita*» [...] las Decretales parecían decantarse por exigir siempre y en todo caso la culpa para atribuir responsabilidad, pero, a su vez, abrían la puerta a considerar que bastaba para fundamentar esa culpa una actuación ilícita precedente cualquiera. Este es, precisamente, el problema teórico al que se enfrentaron los juristas teólogos de la Escuela de Salamanca en la segunda mitad del siglo XVI [...] rechazaron el «*versari in re illicita*» como criterio de imputación de responsabilidad. Exigieron la necesidad de constatar ciertos vínculos (hoy diríamos «normativos») entre la primera actuación y los resultados producidos, no bastando la mera causalidad ni la ilicitud inicial” (ROBLES PLANAS, “Estudio preliminar: la ‘teoría de la imputación objetiva’: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro”, en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (Traducción a cargo de Ivó Coca Vila), Barcelona, Atelier, 2015, pp. 21-24).

Por otro lado, en el seno de esa teoría un sector de la doctrina terminó por enfatizar el estudio, ya no solo del correcto mecanismo de atribución de un resultado a una conducta, sino directamente del sistema de imputación de un comportamiento típico a su autor; vale decir, se procedió al análisis acerca de cuáles son las acciones que pueden ser relevantes para el derecho penal y, para ello, se valió de categorías tales como la del ya mencionado riesgo permitido.³ Sobre el típico, uno de los principales protagonistas de este avance explica:

“En realidad, la teoría de la imputación objetiva dirime una multitud de cuestiones como si de problemas de imputación del resultado se trataran, que, en puridad, no afecta a dicha cuestión, sino que guardan relación ya con la pregunta de si concurre una *acción* prohibida típica [...] En el fondo, todas estas disputas acerca de la creación desaprobada de un riesgo no suponen un problema de imputación del resultado, sino que afectan a la cuestión previa de si quien actuó lo hizo o no de la manera reprobada por el tipo penal [...] cuando el autor no ha actuado ni siquiera de manera típica no se le puede imputar a él —¡evidentemente!— la producción del resultado acaecido”.⁴

En ese marco, algunos autores esgrimieron un entendimiento de la imputación objetiva en tanto “...teoría de la conducta típica según la cual se define lo ilícito según juicios normativos que imponen los rasgos constitutivos de la sociedad en la que se lleva a cabo la imputación...”.⁵ En efecto, se propugnó que el significado de la acción debía derivar de ciertas normas sociales; en concreto, de aquellas que se encargan de reglar el riesgo prohibido.⁶ Por lo demás, cabe destacar ya

³ “Mucho de aquellos que (todavía) hoy es tratado en el marco de la imputación objetiva del resultado no afecta primeramente a la imputación del resultado, sino que concierne ya a la cuestión de si el autor ha actuado típicamente, esto es, si se ha realizado el injusto de la acción típico. Esta cuestión se discute en el ámbito de la «imputación objetiva» sencillamente porque así es como se ha generalizado su tratamiento [...] En la exposición de las así llamadas teorías de la imputación objetiva queda patente precisamente esto último, es decir, que se trata en realidad de una cuestión del actuar típico o desaprobado” (FRISCH, *supra* nota 2, pp. 15-16).

⁴ *Ibid.*, p. 109.

⁵ FERRANTE, en CANCIO MELIÀ, FERRANTE y SANCINETTI, *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 20 —el énfasis me corresponde—.

⁶ “[L]a teoría de la imputación objetiva es objetiva solo en el sentido de que, con arreglo a ella, el significado social de una conducta se establece de acuerdo con un esquema de interpretación válido en general” (CÓRDOBA, “Imputación objetiva y teoría de la acción”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 46).

en este punto que es dicha concepción de la imputación objetiva la que habrá de seguirse a lo largo de este trabajo.

Con ese norte, se ha dicho que las conductas descriptas en los tipos penales no tienen como fin mantener impolutos los estados de cosas considerados valiosos por el legislador; esto es, existen determinadas acciones que estaríamos dispuestos a permitir con el objetivo de proteger la interacción comunitaria, incluso cuando puedan reputarse lesivas de bienes jurídicamente valiosos.⁷ Ahora bien, sentado ello, se presentan serias dificultades al momento de definir concretamente cuándo una conducta es socialmente adecuada o, de algún modo, se halla incurso dentro de un riesgo no reprobado o permitido. Así, por ejemplo, se enseña:

“...riesgo permitido significa que al autor le está permitido actuar a pesar del riesgo —y en algunos casos, hasta la certeza— de que se produzca el resultado lesivo. Y esta permisión deriva de reglas sociales que, como es sabido, pueden presentarse bajo la forma de regulaciones positivas (por ejemplo, reglas de tránsito), como reglas del arte, normas técnicas, pero también, *fundamentalmente, como reglas de prudencia no escritas*”.⁸

Empero, se advierte que definir cuándo una persona actúa dentro de ese riesgo permitido resulta ser algo esencial, mas también sumamente complejo. Es que para conocer si una conducta es relevante penalmente o si debe ser tolerada debemos determinar, primeramente, cuáles eran las reglas a cargo del autor y qué estándares normativos debía satisfacer en virtud de su rol social; a lo que debe adunarse que esas pautas serían, en muchas oportunidades, *reglas de cuidado no escritas*.⁹

⁷ “Las garantías normativas que el derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles [...] sino que adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción —y no todas las personas—, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación en atención a patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa” (JAKOBS, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 96).

⁸ CORDOBA, *supra* nota 6, p. 46 —el énfasis me corresponde—.

⁹ “Conducir en estado de embriaguez, efectuar un adelantamiento indebido, conducir un vehículo con exceso de carga, etc. son, casi sin excepción, formas de comportamiento que exceden el riesgo permitido. Junto a tales determinaciones legales del límite entre la conducta permitida y la que no lo está, entran en juego reglas técnicas reconocidas de ciertos sectores profesionales, en especial de los médicos [...] Todo esto describe el estado debido de las condiciones en que se ha de hallarse el marco de la interacción social y, donde estas descripciones faltan, hay que atender al comportamiento del administrador diligente o del cuidadoso padre de familia” (JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-

Con relación a la utilización de normas no positivas para definir el riesgo permitido o los derechos y deberes a cargo de determinado rol social, estimo conveniente destacar que, si bien el acto de conceptualizar qué es un comportamiento prudente puede presentarse en algunos casos en forma obvia, por lo general, la respuesta a si una conducta es diligente o cuidadosa habrá de variar según a quién se le pregunte.¹⁰ Por ejemplo, cierto es que, aun de no existir normas de tráfico, no dudaríamos en afirmar que un individuo que manejaba a 140 km/h en una carretera urbana era imprudente en relación con la integridad física de sus conciudadanos; no obstante, si a 70 km/h su conducta seguía conteniendo idéntico vicio, resulta algo ya más difícil de precisar.

Desde tal perspectiva, se advierte, por un lado, que la fijación de los estándares de conducta debidos mediante normas legales se presenta como algo por demás conveniente y, por el otro, que esa determinación no puede dejarse librada sin más a quien decide. A la par, cabe preguntarse, en primer lugar, cuán admisible es que el juzgador, sin acudir a reglas escritas, defina qué es lo adecuado o lo prudente en una determinada comunidad y, en segundo lugar, si dicha indagación sociológica es estrictamente necesaria. Porque si bien a simple vista podría parecer que a la hora de definir cuál es el riesgo permitido el ordenamiento jurídico habrá de ser manifiestamente insuficiente, como se verá a lo largo del trabajo, ello no es así en absoluto y, en todo caso, ante los posibles déficits, será al legislador a quien le corresponda subsanar la omisión normativa.

Al respecto, con el fin de no exorbitar el objeto de esta breve introducción, solo habré de destacar aquí que la idea que propondré partirá de una premisa optimista acerca del derecho positivo; esto es, que las descripciones legales en torno a las posibles interacciones sociales son mucho más extensas de lo que suele considerarse a primera vista. O sea, la ley no expresa todo, pero expresa mucho. Solo a modo de ejemplo, pensemos en los tradicionales digestos de derecho civil. Tales compilaciones intentan reglar todas las posibles interacciones humanas de una determinada comunidad, desde el nacimiento de la persona hasta su muerte. Por supuesto que sus previsiones serán incompletas y que no habremos de encontrar jamás un ordenamiento al que no se le escape ninguna de las posibilidades en las relaciones interpersonales —por la humana condición,

penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 213) —el énfasis me corresponde—.

¹⁰ En este punto, advierto pertinentes las reflexiones de NINO acerca del concepto de derecho: “Aunque haya principios morales o de justicia de índole objetiva, es un hecho obvio que la gente difiere en la práctica acerca de cuáles son esos principios. Por lo tanto, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, si para identificar un orden jurídico hubiera que determinar su conformidad con aquellos principios morales y de justicia, la gente diferiría grandemente en su identificación de los sistemas jurídicos. Esto traería graves problemas para la comunicación, principalmente entre los juristas” (*Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2001 [1980], p. 41).

a pesar de nuestros esfuerzos, eso será siempre así—, pero, al menos, debemos reconocer que obras de semejante magnitud cierran mucho el espacio a la necesidad de acudir a la reflexión personal del juzgador acerca de lo que *es* o *debe ser* en determinada sociedad. A lo que cabe adunar que existen decenas de otras ramas jurídicas con objetivos similares: regular los posibles estados de cosas de una determinada área. A mayor abundamiento, esas mismas normas escritas prevén “potestades legislativas limitadas” para los ciudadanos (p. ej., los contratos privados).¹¹ Pues, en los términos de HART, este tipo de figuras jurídicas terminan de especificar las “reglas primarias” y funcionan como un “remedio” para el defecto de la “falta de certeza” normativa.¹²

Luego, teniendo en consideración cuán fuertemente reglada se halla la vida en sociedad, en este trabajo se buscará sacar provecho de ello y así obtener un método objetivo de atribución de significado social para que la imputación de la conducta típica pueda realizarse a partir de las normas de derecho positivo escritas de una comunidad, de modo que no sea necesario recurrir a reglas de contenido valorativo no escritas que el decisor deba inferir por sí mismo mediante una observación sociológica. Vale decir, se tratará de explicar desde una perspectiva objetiva qué acciones humanas no deben ser consideradas de modo penal y cuáles sí serán relevantes en ese campo legal.

Es que, si uno de los fines de la imputación objetiva es ser “una teoría de la imputación de sentido conforme a un esquema de interpretación objetivo”,¹³ para que dicha atribución no radique solo en la subjetividad de quien decide y que con ello se desvanezca el sentido de la teoría, mínimamente debe ap provisionarse a este de normas escritas y pautas exegéticas claras; esto último es, en definitiva, lo que intentará hacerse a continuación.

II. La conducta penalmente prohibida en un abordaje integral del derecho positivo

¹¹ “[T]al como lo ha mostrado una teoría tan reciente como la de Kelsen, muchas de las características que nos desconciertan en las instituciones del contrato o de la propiedad resultan clarificadas concibiendo los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad, como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas” (HART, *El Concepto de Derecho* (Traducción a cargo de Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961], p. 118).

¹² “Si bien los remedios consisten en la introducción de reglas primarias que complementan, ellas tienen importantes características en común y están conectadas de diversas maneras. Se puede decir que ellas se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son acerca de estas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible”. (Ibid., p. 117).

¹³ CÓRDOBA, *supra* nota 6, p. 47.

II.A. El sistema jurídico extrapenal y los status deónticos de p

En tanto fenómeno social, la existencia de una conducta prohibida típicamente solo puede predicarse luego de un análisis de la totalidad de los derechos y deberes de un individuo; lo que impone, a su vez, la necesidad de indagar qué reglan otras ramas jurídicas respecto de la acción que estamos estudiando. Así las cosas, resulta que *el derecho penal no es un ordenamiento jurídico independiente*; pues, para que las conductas humanas puedan ser consideradas dentro de esa área legal, debe examinarse previamente el resto del espectro normativo, ya que de allí surgirá el estándar de relevancia de su acción. Por ejemplo, en un accidente de tránsito en el cual un automovilista arrolla a un peatón y este último fallece, bien podría uno preguntarse si existió dolo de embestir por parte del conductor; sin embargo, de determinarse que el automovilista cumplió con todos los reglamentos extrapenales a su cargo, su comportamiento no le será imputable desde una perspectiva penal.

A efectos metodológicos, imaginémosnos que todo el espectro jurídico no penal conformase un sistema normativo, llámese β . De seguido, adviértase que podemos esperar que en β la conducta p se encuentre regulada o no regulada. Luego, en un sentido descriptivo, en el primer caso, resultan posibles tres status normativos extrapenales en relación con p : *prohibida* (Php); *obligatoria* (Op); *permitida en sentido fuerte* (Psp) —o sea, existe una norma en β que permite p —. ¹⁴ Por otro lado, en el caso en que β no se refiere a p , podríamos predicar que p se encuentra allí *permitida* mas, en la especie, en un *sentido débil* (Pwp). ¹⁵ Así, se explica: “Un estado de cosas p está permitido en el sentido débil en α si, y solo si, p no está prohibido en α , es decir, si no existe en α una norma que prohíba p ”. ¹⁶ Asimismo, repárese que, del hecho de que en un determinado sistema exista una norma que permita la conducta p (Psp), no se sigue necesariamente que $\sim p$ se halle también permitida. Por el contrario, puede suceder, por ejemplo, que el ordenamiento no regule nada en relación con $\sim p$, caso en el que p contendrá entonces un permiso fuerte y $\sim p$ uno

¹⁴ “Un estado de cosas p está permitido en el sentido fuerte en α si, y solo si, una norma que permite p pertenece a las consecuencias de α ...” (ALCHOURRÓN y BULYGIN, “Permisos y Normas Permisivas”, en *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 219).

¹⁵ “[E]s muy frecuente calificar de permitida una conducta por el solo hecho de que esa conducta no está prohibida en un sistema normativo. Pero es evidente que el término ‘permitido’ tiene aquí un significado diferente. Para caracterizarlo introduciremos la noción de *permiso débil*”. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 176).

¹⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *supra* nota 14, p. 219.

débil (ello es, como se vio, derivado de una mera falta de prohibición).¹⁷ Del mismo modo, no cabe colegir que siempre que $P \sim p$ en forma fuerte luego también Pp en ese sentido.

II.B. Los status deónticos extrapenales relevantes en el derecho penal

Sentado cuanto precede, cabe preguntarse cuáles de esos estados normativos de p (Op , Php , Psp , Pwp) que fueron arrojados por el sistema β pueden interesarle al derecho penal. Vale decir, como ya vimos, la conducta prohibida penalmente debe surgir de un análisis de la totalidad de los derechos y deberes del rol social de un individuo, los cuales se encontrarán —al menos una parte considerable de ellos— en el ordenamiento positivo extrapenal (β), el que, por su parte, les asigna un status normativo a las acciones que regula. En definitiva, ello nos invita a cuestionarnos si, por ejemplo, conductas expresamente *permitidas* por β pueden ingresarse al ámbito de la tipicidad.

En ese sentido, y en primer lugar, repárese en que es posible caracterizar al derecho penal como inevitablemente redundante;¹⁸ pues, lejos de intervenir en forma supletoria, a menudo prohíbe las mismas conductas que el ordenamiento extrapenal. Así sucede, por ejemplo, con aquellas lesiones físicas que dan lugar a indemnizaciones en el derecho civil y que, asimismo, pueden ser perseguidas penalmente. Se advierte entonces que las conductas extrapenalmente *prohibidas* son, efectivamente, relevantes para el derecho penal.

En segundo lugar, mucho se ha dicho en dogmática acerca del denominado “riesgo permitido” y, a su vez, pretendo volver sobre esa figura más adelante. Por ello, en este punto, me limitaré a compartir la postura de JAKOBS respecto a que uno de los presupuestos básicos de la imputación objetiva es que la conducta en trato redunde en una “infracción al deber de cuidado” correspondiente;¹⁹ lo que, *a contrario sensu*, nos permite colegir que las acciones en cumplimiento de aquellos deberes no serán penalmente imputables a sus autores. Más aún, se advertirá que el término “riesgo permitido”, en la práctica, engloba no solo las acciones estrictamente *permitidas* (en sentido fuerte), sino también las *obligatorias* (lo cual es posible predicar a su vez desde una determinada perspectiva lógica, en tanto siempre que Op también Pp ²⁰). De seguido, cabe adelantar que los comportamientos permitidos en sentido débil en β no forman parte del riesgo permitido.

¹⁷ De ese modo, se explica que la “...conclusión de que si p está permitido en el sentido fuerte también debe estarlo $\sim p$ es un non-sequitur. El hecho de que p esté permitido en el sentido fuerte es compatible con la no regulación de $\sim p$ [...] el permiso fuerte no necesita ser bilateral...” (Ibid., p. 230).

¹⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *supra* nota 15, pp. 41-42.

¹⁹ JAKOBS, *supra* nota 9, p. 213.

²⁰ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *supra* nota 15, p. 171 y ss.

De todos modos, solo me interesa quedarme aquí con la lección de que, si extrapenalmente Op o Psp , la acción p no será desaprobada a nivel penal.

En tercer lugar, como se dijo, al *ius puniendi* sí le interesarán las conductas *permitidas en sentido débil* (Pwp) en β . Ello resulta con claridad de un simple ejemplo: el individuo C le solicita a su amigo D que le haga el favor de trasladarlo a una cierta ubicación para aprovisionarse allí de los estupefacientes que de modo posterior venderá. Luego, puede suceder que ese “favor” de parte de D no se encuentre expresamente prohibido por fuera del derecho penal; por lo que, en β debería ser considerado como *permitido en forma débil*. Ahora bien, justamente por la *debilidad* de ese permiso, esto es, por carecer de un cierto contenido valorativo relevante, esas conductas serán pasibles de ser introducidas al tipo penal.

En cuarto lugar, cabe efectuar una importante precisión: el planteamiento del sistema β tiene un objetivo puramente metodológico; pues el fin del presente trabajo no es la construcción de diferentes sistemas normativos y la comparación de los distintos status deónticos que cada uno de ellos arroja con relación a p , sino dotar al riesgo permitido de un contenido normativo específico. Así las cosas, no habrá de proponerse la construcción de un sistema extrapenal (β) y uno penal o uno integral —que abarque todas las normas vigentes—. Por el contrario, el estudio del status deóntico de p en el sistema β tiene como fin excluir del tipo penal aquellas acciones que conllevan una cierta carga valorativa expresamente positiva (Psp y Op). Luego, cada vez que β arroje un permiso expreso o un mandato en torno a p , sencillamente, por no existir una infracción de deber, no nos hallaremos en presencia de una conducta típicamente prohibida. Por el contrario, siempre que β arroje los resultados Php o Pwp sí habremos de proceder al estudio típico de p , por cuanto la acción carece de la carga valorativa extrapenal de referencia.

Finalmente, debe destacarse que lo que se señala en este trabajo no obsta a que existan distintos estándares de riesgo entre las normas extrapenales y las penales. Es que estas últimas poseen un umbral mucho más elevado que las primeras. De ese modo, si una acción supera el estándar de riesgo fijado, por ejemplo, por el derecho civil, la conducta adquirirá relevancia penal; mas no por ello devendrá típica inmediatamente, sino que luego deberá ser examinada de cara al muy superior límite que fija el derecho penal.

II.C. Fundamentos de una discriminación con base en el status normativo extrapenal de la acción

Se advierte entonces que la descripción que antecede no es sino un método simple para colegir del espectro normativo extrapenal los deberes de cuidado que interesan en la imputación objetiva; en otras palabras, se esbozó una propuesta de sistema para que la pregunta acerca de qué acciones deben ser toleradas —incluso cuando resulten lesivas de ciertos bienes jurídicos— pueda contestarse acudiendo a un examen meramente de derecho positivo y con prescindencia de ciertas indagaciones sociológicas por parte del juez acerca de lo que es o debe ser en una determinada comunidad. Con relación a ello, argüí que al derecho penal solo le interesan las acciones que el resto del ordenamiento jurídico no haya regulado expresamente (Pwp) e, incluso, las que por aquel ya fueron prohibidas (Php); por otro lado, propugué que es dable identificar el riesgo permitido con los status deónticos extrapenales *Op* y *Psp*. Así las cosas, corresponde ahora brindar algunas de las razones que pueden justificar un método como el descripto.

En primer lugar, cabe reconocer que es cierto que los derechos y deberes que aquí importan —aquellos definitorios de las reglas de actuación que corresponden a un determinado rol— exorbitan al derecho penal y se rigen por máximas distintas y menos inflexibles. Es que el riguroso principio de legalidad que gobierna al *ius puniendi* no se extiende con la misma fuerza sobre las normas de conducta extrapenales. Ahora bien, sin perjuicio de ello, en virtud del axioma “[n]ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”,²¹ puede afirmarse que se hallan deslegitimados los intentos de oponer a los individuos mandatos de conducta no legislados.²²

En segundo lugar, como mínimo, aparece como desaconsejable acudir a reglas no escritas para definir el espectro del riesgo permitido y, por el contrario, comienza a presentarse de manera promisorio la idea de establecer en las normas positivas que anteceden al derecho penal los deberes de cuidado cuya infracción redundará en la calificación de la conducta como prohibida penalmente. Es que, aun admitiendo que, “...salvo en los ámbitos penal y sancionador (y quizá en algún otro ámbito más como puede ser el tributario), en las materias reservadas a la ley se reconoce un margen de actuación a la potestad reglamentaria que va más allá del complemento indispensable de la ley”,²³

²¹ Art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina.

²² Así, por ejemplo, se explica: “La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6/86, 9 de mayo de 1986).

²³ MELERO ALONSO, “La flexibilización de la reserva de ley”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 10, 2004, p. 128.

el mandato de conducta debe estar expresamente previsto, aunque sea, por una autoridad administrativa.

En tercer lugar, y tal como se abordará oportunamente, cierto es que en materia extrapenal suele considerarse a la costumbre como una fuente de derecho válida. Acerca de la cuestión, es posible adelantar ya en este punto que, siempre que ello haya sido expresamente admitido por el legislador,²⁴ la excepcional determinación del status deóntico de una acción valiéndose de la costumbre no resulta atentatoria del lacónico principio de legalidad exigible en el campo extrapenal y, en consecuencia, en el marco del establecimiento del riesgo permitido.²⁵

Entonces, resulta claro que en este trabajo no se sostiene que los deberes de los ciudadanos no pueden surgir sino de una ley en sentido formal; por el contrario, se acepta que en oportunidades aquellos provengan de normas dictadas por cierto tipo de órganos administrativos. Por otro lado, tampoco se veda aquí la posibilidad del juez de valerse de la costumbre como fuente de derecho extrapenal en situaciones excepcionales y cuando ello fue de modo expreso reglado por el legislador. Ahora bien, si se estima que resulta difícilmente conciliable con un Estado de Derecho torcer aún más el límite y aceptar incluso que el juez pueda, de ordinario, alegar infracciones a mandatos sociales no previstos de modo formal en lugar alguno; ello más aún cuando pretende admitirse tal proceder ya no en el campo extrapenal sino directamente en el marco del derecho penal que, sin lugar a dudas, se encuentra protegido por un requisito de legalidad mucho más estricto.²⁶

En cuarto lugar, tal como se vio, debe ponerse de resalto que el método que aquí se ventila coadyuva a obtener el significado de la conducta prohibida penalmente en armonía con el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico. En síntesis, se excluyen aquellas conductas obligatorias o expresamente permitidas en el sistema extrapenal (β) del análisis típico. Así las cosas, dicho abordaje garantiza la falta de contradicción y la coherencia entre las normas no penales y las penales en punto a una acción p . Es que, siempre que β arroje que Psp u Op , luego no podrá esgrimirse que el ordenamiento penal propugne con relación a p el status Php . En efecto, resulta ser

²⁴ Así, por ejemplo, el art. 1.º del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁵ ROXIN, *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997 [1968], pp. 156-157.

²⁶ *Ibid.*, p. 134.

conditio sine qua non de la conducta penalmente prohibida la existencia de un status deóntico extrapenal equivalente a *Pwp* o *Php*.

Tal propuesta parte de la premisa de que la acción penal no puede ser entendida de modo meramente mecanicista o causal, sino que debe interpretarse en relación con las demás normas que reglan ese comportamiento. Es decir, *p* se halla inserta en un contexto normativo y este precisa de un examen integral; es que, de lo contrario, sus prescripciones redundarían en inadmisibles incongruencias. Así, explica LARENZ:

“...las normas jurídicas, contenidas en una ley, no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y solo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El orden jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones [...] La división usual de las leyes en párrafos, separados externamente entre sí, o artículos no debería hacer olvidar que en ellos solo se trata de partes de un más amplio conjunto de normas, que únicamente en su conexión con otras normas que estén en la ley con frecuencia en un lugar muy alejado, pueden ser plenamente entendidas”.²⁷ “El sentido de la norma jurídica en particular solo se infiere, la más de las veces, cuando se la considera parte de la regulación a la que pertenece [...] Entre varias interpretaciones posibles según el sentido literal, obtiene por ello preferencia aquella que posibilita la percepción de concordancia objetiva con otra disposición”.²⁸

El rendimiento de la exégesis sistemática que propongo puede ilustrarse con un simple ejemplo: un policía en recto ejercicio de sus funciones detiene a un narcotraficante, le secuestra sus estupefacientes y, en cumplimiento de los reglamentos a su cargo, traslada la droga al depósito gubernamental correspondiente. Así las cosas, todos los mandatos de la profesión cumplidos, hacen que, sencillamente, sea erróneo concebir que aquel miembro de las fuerzas de seguridad haya realizado la conducta penalmente prohibida del “transporte de estupefacientes” al trasladarlos desde el lugar de secuestro hasta el lugar de almacenamiento. Ello aun cuando física y causalmente pueda

²⁷ LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho* (Traducción a cargo de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Editorial Ariel, 1980 [1960], pp. 257-259.

²⁸ *Ibid.*, p. 321.

haber existido, en efecto, un “transporte de estupefacientes”.²⁹ Más aún, adviértase que mal puede hablarse aquí de un conflicto de deberes (lo cual sí puede suceder dentro del sistema extrapenal); pues, al menos desde la propuesta que aquí se esgrime, los mandatos penales presuponen que la conducta de la que se trate no contenga en sí misma ningún permiso expreso ni sea obligatoria en el sistema extrapenal, lo que no sucede en el ejemplo proporcionado. En ese sentido, por cuanto la actividad del funcionario no solo se encontraba de modo genérico dentro del riesgo permitido, sino que en particular resultaba un mandato para él, no puede aquí hablarse de la existencia de una conducta penalmente prohibida.

En quinto lugar, adviértase que el derecho penal, en general, se vale de las sanciones más fuertes del ordenamiento jurídico: las exigencias que impone son los estándares de actuación mínimos en una sociedad (p. ej., no matar) y, por ello, ante la desobediencia de reglas de conductas tan poco demandantes, son esperables las más duras de las retribuciones previstas en un Estado de Derecho. En otros términos, hay una regla de proporcionalidad involucrada; pues, mientras mayor sea la exigencia que se le impone al ciudadano, menor será la gravedad de la pena que es dable imponerle, y viceversa.³⁰

A su vez, cuando un ciudadano cumple con las reglas más exigentes que impone el Estado — las que resultan del ordenamiento extrapenal— no es coherente esperar que ello pueda redundar en la violación de alguna de esas exigencias mínimas que fija el derecho penal. En otras palabras, la actuación del *ius puniendi* presupone la lesión al ordenamiento jurídico extrapenal o, mínimamente, la falta de un amparo expreso de aquel. Luego, no es admisible concebir que un sujeto que se haya conducido en cumplimiento de los estándares más complejos que impone un Estado pueda, por ello, ser penalmente imputable por el desacato a las exigencias mínimas. Es que, producto de su carácter fragmentario, ante una regulación permisiva emanada del sistema extrapenal, el *ius puniendi* queda desplazado; pues nada tiene que reforzar si la conducta se encontraba de modo previo permitida o, incluso, ordenada.³¹

²⁹ A mayor abundamiento, ver el considerando 1.º del voto del Sr. Juez de Cámara, Dr. Guillermo J. YACOBUCCI, *in re* “Sanhueza, Claudio s/ recurso de casación”, rta. 8/7/2020, reg. n.º 731/20, causa n.º FGR 62006184/2013/TO1/CFC1; Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

³⁰ Con relación a ello, STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (Traducción a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2000], p. 72.

³¹ ROXIN, *supra* nota 25, p. 65.

Así, imaginemos el caso en que un individuo conduce un vehículo en estricto apego a las exigentes normas que reglan el tráfico vial y, en esa oportunidad, se atraviesa en la ruta un niño que se soltó de la mano de sus padres y, por ello, se produce un accidente fatal en el cual el menor fallece. Dado que el automovilista se hizo cargo de los mandatos más meticulosos del ordenamiento jurídico —los cuales le permitían expresamente actuar como lo hizo— corresponde reputar tal acontecer como un mero infortunio.³² En efecto, resultaría contradictorio que ese comportamiento, ajustado a las rigurosas normas de tránsito, pueda serle penalmente imputado al conductor en tanto infracción a una norma mucho más elemental. Más aún, en la especie, el derecho penal ya no podría presentarse en su carácter de ordenamiento que refuerza mandatos preexistentes en el sistema extrapenal.³³

En sexto y último lugar, es dable poner de resalto que, en mi opinión, el problema de la difícil conceptualización del término “riesgo permitido” puede morigerarse al reconducirlo por fuera del campo de la hermenéutica hacia una cuestión eminentemente normativa; esto es, la conducta *p* será socialmente adecuada siempre que extrapenalmente *Op* o *Psp*. Sin embargo, en este punto cabe hacer énfasis también en que lo dicho no significa que ese ordenamiento jurídico extrapenal al que debemos remitirnos para determinar si una conducta redundó en una infracción de deber vaya a ser unívoco y dar solución a todos los casos que puedan presentarse.³⁴ Ahora bien, sí considero que la utilización de las normas extrapenales como fuente y contenido de la imputación objetiva nos permitirá que tenga una mayor apoyatura legal la decisión relativa a si la acción fue ajustada al rol del individuo. Con ese norte, repárese que mi propuesta intenta lograr disminuir la discrecionalidad en la fijación de los estándares de conducta; pues estimo que valiéndonos, por ejemplo, de las previsiones del derecho civil, la definición del riesgo permitido habrá de enriquecerse y, principalmente, ganar en predictibilidad y determinación.

En efecto, ciertamente en el ámbito extrapenal encontraremos determinadas normas de conducta no regladas y estándares de actuación no previstos de modo expreso. Sin embargo, la exhaustividad con la que el sistema β regula a las conductas humanas importa que los deberes que conforman la esfera del riesgo permitido en torno a una acción *p* resulten allí con más claridad y en forma más detallada que si desde el derecho penal se intenta definirlo de manera directa y sin otra

³² JAKOBS, *supra* nota 9, p. 212.

³³ Ello, claro está, siempre que tal acción (*p*) no deba ser calificada como un supuesto de abuso de derecho (instituto del derecho positivo que también habrá de tratarse oportunamente); pues el ejercicio abusivo de los derechos impone un status deóntico extrapenal relevante desde una perspectiva penal (i.e., *Php*).

³⁴ NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989 [1984], pp. 22-23.

apoyatura más que la regla penal. Adviértase que los tipos penales precisan para su infracción que el autor haya incumplido las obligaciones a su cargo (Php) o, mínimamente, que no haya actuado al amparo de un permiso expreso (Pwp); y, es en ese sentido, donde la letra de la ley penal no resulta satisfactoria en sí misma para delimitar los derechos y los deberes que en forma previa tenía el autor y donde el sistema legal β puede cubrir ese espacio de modo tal que no deba ser el único recurso del decisor volcarse de modo inmediato a la indagación acerca de cuáles son las prácticas culturalmente admitidas en una sociedad.

III. Pormenores de la inserción de la teoría en el campo de la dogmática penal

III.A. Aspectos ontológicos y normativos del tipo objetivo

Cabe destacar que, al limitarse a las normas positivas, la esfera del riesgo permitido tenderá a reducirse. Es que para poder alegar una actuación bajo su amparo deberá encontrarse en el ordenamiento extrapenal una regla que así expresamente la permita u ordene. Ello amerita efectuar una precisión en el ámbito de la tipicidad objetiva; pues estimo dable quedar a resguardo de las vicisitudes que la disminución de referencia podría ocasionar mediante una clara diferenciación entre el presupuesto ontológico de la imputación y los criterios normativos propios de la imputación objetiva. Es que de nada vale el análisis normativo aquí efectuado si primeramente no se logra acreditar un nexo de determinación entre la acción reprochada y el resultado en cuestión; esto es, de no mediar un cierto vínculo natural entre ambos, deberá concluirse en la atipicidad de la conducta sin que cobre relevancia el estudio del status deóntico extrapenal.

Así las cosas, supongamos que un individuo *A* le indica a otro sujeto *B* que se pare debajo de un edificio en una acera pública con la esperanza de que de alguno de los balcones caiga un elemento contundente que lo golpee en forma fatal, lo cual azarosamente así ocurre. Desde la perspectiva que aquí se propone, la acción del primer sujeto podría no encontrarse regulada por normativa extrapenal alguna, de modo que debería reputarse que contiene solo un permiso débil y, en consecuencia, sería relevante desde una perspectiva penal. Ahora bien, en este punto cabe preguntarse si verdaderamente la conducta de *A* contiene el presupuesto ontológico necesario con relación a la muerte de *B*. Con relación a ello, se explica: “...la formulación adecuada del principio causal debe presentar la forma siguiente: ‘*Si ocurre C, entonces (y solo entonces) E es siempre producido por él*’”.³⁵ Ello nos impide considerar a la acción bajo examen como vinculada causalmente a la

³⁵ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, Resultado y Determinación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 63.

defunción de *B*, en tanto no es el curso ordinario de las cosas que al pararse un sujeto debajo de un edificio termine por ser herido en forma letal. No obstante, también se enseña: “...todo está *determinado* por algo, pero no todo está *causado* por algo. La causalidad constituye solo una de las categorías posibles de la determinación en general [...] Además de la determinación causal puede mencionarse la determinación estadística o probabilística...”³⁶ y, a su vez, se precisa: “Obviamente que, en un proceso penal, deberá estar claro que la conclusión acerca de la existencia de relevancia estadística es ‘segura’, pues de lo contrario —por imperio del *in dubio pro reo*— no será idónea como determinante de la existencia de un nexo ontológico de determinación”.³⁷ Luego, tampoco desde esta segunda especie del presupuesto ontológico de la imputación es posible evitar la atipicidad de la conducta de *A*. Es que la posibilidad de que la muerte de *B* ocurriese era en verdad remota y, por consiguiente, el caso no precisa de un estudio normativo del estilo propuesto en este trabajo en virtud de su previa atipicidad.

En definitiva, lo importante de destacar en este apartado es que el examen de los status deónticos extrapenales con el fin de determinar la relevancia de la acción en términos penales pertenece al análisis normativo de la imputación, lo que no obsta a que la conducta pudiera ser previamente irrelevante por carecer del presupuesto ontológico fundamental que requiere el tipo objetivo. Por ello, en mi opinión, una clara escisión entre los requisitos ontológicos y normativos de la imputación, adunada a un entendimiento de los primeros como el citado en el párrafo anterior, permite morigerar los efectos contraintuitivos que una reducción en la esfera del riesgo permitido pudiese ocasionar.

III.B. Causas de justificación e imputación objetiva

Hemos visto que únicamente las acciones que exceden la esfera del riesgo permitido pueden reputarse relevantes en materia penal. En efecto, las figuras típicas presuponen una cierta inadecuación social que no es posible atribuirle a aquel que haya actuado de conformidad con las reglas que rigen la actividad que se examine. Con ese norte, he identificado el ámbito del riesgo desaprobado con los status deónticos extrapenales *Php* y *Pwp*. Ahora bien, en este punto debe destacarse que aquellos resultan ser requisitos previos al estudio de las causas de justificación. Así, la falta de defraudación de expectativas característica de un sujeto que actúa en cumplimiento de permisos o, incluso, obligaciones extrapenales impide que la parte objetiva del tipo pueda serle

³⁶ Ibid., p. 72.

³⁷ Ibid., pp. 80-81.

atribuida y, en consecuencia, redundante en la necesidad de prescindir de estudios relativos a los aspectos subjetivos del tipo y, asimismo, de ulteriores justificaciones.

Sobre el punto, explica JAKOBS:

“Sobrepasar el riesgo permitido es requisito positivo del injusto, no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación. Ser causante de un resultado, por ejemplo de una muerte, no es, como tal, socialmente anómalo. Ejemplo: Todo fabricante de vehículos automóviles (aunque lo haga correctamente) es causante, por la fabricación, de todos los accidentes en que intervenga un vehículo suyo, sin que la fabricación se convierta por ello en un suceso que sea tolerable solo en relación con un contexto justificante. Únicamente al exceder el riesgo (p. ej., fabricando vehículos cuyos frenos tienen una insuficiente disminución mínima de la marcha) llegan a ser relevantes las cuestiones del dolo, de la imprudencia y, en su caso, de un contexto justificante”.³⁸

Luego, respecto al método para diferenciar conductas que se mueven dentro del riesgo permitido de aquellas que siendo típicas se hallan justificadas, el autor de referencia explica:

“Aquellos comportamientos que generan riesgos permitidos no tienen por qué estar inscritos en un contexto especial para ser tolerados socialmente, sino que son tolerados de modo general [...] La situación es distinta en el ámbito de la justificación; aquí es el contexto especial lo que permite que se toleren comportamientos que per se son perturbadores”.³⁹

Entonces, la actuación conforme a las normas que rigen el rol impone siempre la atipicidad. Solo cuando extrapenalmente *Pwp* o *Php* la acción adquirirá relevancia penal y podrá pasarse al examen de las causales de justificación previstas en el Código Penal. Así, en caso de que una ambulancia conduzca en una emergencia a 5 km/h sobre la velocidad máxima ordinaria, pero ello

³⁸ JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991], p. 245.

³⁹ JAKOBS, *supra* nota 7, p. 50.

le sea permitido extrapenalmente por las reglas que regulan su específica actividad, seguirá dentro del riesgo permitido. Ahora bien, si iba a una velocidad mayor a la que se le permite reglamentariamente incluso en casos de emergencia, su comportamiento adquirirá relevancia desde una perspectiva penal. Ciertamente, luego podría ampararse dentro de una causal de justificación si, por ejemplo, se explicara que incluso a la velocidad especial permitida no se llegaría a destino a tiempo para salvarle la vida al paciente. De ese modo, su conducta era prohibida desde las reglas que regulan su rol, pero se presentó un supuesto habilitante previsto en el Código Penal que la eximirá de responsabilidad, mas no de la imputación objetiva.

En definitiva, la distinción fundamental radica entonces en que las justificaciones presuponen una conducta típica que, como tal, precisa de una falta de permiso expreso o mandato extrapenal. De ese modo, solo una vez que aquella haya cobrado relevancia típica desde la perspectiva aquí explicada, serán las reglas penales las que deberán ser examinadas con el fin de verificar si la acción en trato se encontraba justificada y, por último, la procedencia de tal justificación dependerá del escenario fáctico concreto (p. ej., que haya existido efectivamente un verdadero estado de necesidad).

III.C. Los status deónticos extrapenales y las denominadas «conductas neutrales»

Adviértase que para presentar la propuesta del trabajo y sus fundamentos se han ventilado principalmente ejemplos de autoría; no obstante, cabe preguntarse, asimismo, cuáles serían sus consecuencias en el campo de la participación. Es decir, cómo repercutiría en esa área del derecho penal una tesis que dote al riesgo permitido de un contenido normativo específico. Al respecto, deseo abordar aquí únicamente uno de los productos de la aplicación de la imputación objetiva en el ámbito de la participación: las denominadas “conductas neutrales”. Sobre el tópico, se explica:

“...auxiliar es facilitar, posibilitar, intensificar o asegurar [...] quien realiza cualesquiera de estas conductas crea un riesgo para un bien jurídico. Mas si, por otra parte, todo auxilio resulta ser una creación de riesgo, concluimos en que no todo riesgo creado es un riesgo prohibido. La teoría de la imputación objetiva nos proveerá criterios para determinar cuándo un riesgo es o no prohibido, con esto se evidencia el muy superior alcance de esta respecto de la teoría específica de la complicidad, lo que nos permite lidiar con todos los problemas ya resueltos por ella, como así también hacerlo con

varios otros, como el de la complicidad a través de acciones neutrales...”.⁴⁰

En términos generales, se define a estas conductas como comportamientos realizados de modo adecuado a un rol o estereotipo, mas también con el conocimiento de su potencialidad para favorecer un resultado delictivo.⁴¹ La problemática radicaría, entonces, acerca de cuándo —si es que alguna vez— estas deberían ser castigadas a título de complicidad. De seguido, repárese que, en virtud de las consideraciones efectuadas en los apartados que anteceden, resulta evidente que, desde una perspectiva deóntica, no es dable predicar la existencia de aquellas. En efecto, ya sea tomando en consideración el sistema β o el ordenamiento jurídico en forma integral, una conducta p será siempre prohibida, obligatoria, permitida en sentido fuerte o en sentido débil. Así las cosas, la clave para descifrar la relevancia penal de la acción —incluso en el campo de la participación— no puede sino radicar en un aspecto objetivo (normativo); esto es, verificar si la “adecuación” a la que hace referencia la definición de conductas neutrales esbozada al comienzo de este párrafo encuentra amparo en el sistema legal β .

Sin perjuicio de ello, primeramente, deseo traer a colación algunos de los supuestos tradicionales que se ventilan en este campo; pues allí se verificará la importancia del control del status deóntico extrapenal de la conducta de la que se trate. Así, por ejemplo, se relatan los casos del panadero que vendió una pieza de pan a un tercero aun sabiendo que este último iba a utilizarla para envenenar a alguien y del conductor del taxi que llevó a una persona a un destino a pesar de que conocía que allí aquella iba a cometer un asesinato.⁴² Al respecto, explica JAKOBS que los comportamientos mencionados resultan ser estereotipados e, incluso, inocuos; esto es, no se despegan en ningún momento del rol que ocupa el agente, por lo que no pueden serles imputados a título de complicidad. Es que la sociedad necesita de tales prestaciones estereotipadas para mantener vigente su complejo universo de relaciones sociales y, más aún, una solución contraria socavaría la libertad de perseguir fines lícitos propios.

Frente a ello, apunta GRECO que el concepto de “rol”, en primer orden, resulta ser un término ambiguo, pues no se sabe si se utiliza en sentido sociológico o en sentido jurídico-normativo; luego,

⁴⁰ GRECO, *Complicidad a través de Acciones Neutrales: La Imputación Objetiva en la Participación* (Traducción a cargo de Carlos Julio Lascano y Diego A. Peretti Ávila), Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2004], p. 38. Véase, asimismo, el capítulo III, “La imputación objetiva en la participación: accesoriedad y prohibición de regreso”, en JAKOBS, *supra* nota 7.

⁴¹ ROBLES PLANAS, *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 33.

⁴² JAKOBS, *supra* nota 7, p. 32.

en segundo lugar, afirma que, de cualquier modo, en ambos casos, deriva en soluciones que deben ser descalificadas. Así, expone:

“Si solo se admitiese la violación del tipo cuando hubiese violación de un rol, tal vez, se podría llegar al absurdo de afirmar que —teniendo en cuenta que quien mata representa el rol de homicida— ¡Nunca se podría aplicar tipo penal alguno! O sea: no es posible subordinar la realización del tipo objetivo a la violación de un rol en sentido sociológico. Por otra parte, si el rol fuera comprendido en sentido normativo, jurídico, la idea se vaciaría; porque si, en sentido normativo, el rol representa un haz de normas, con lo que la pregunta acerca de si alguien violó un rol se confundiría con la pregunta relativa a si alguien ha violado alguna norma [...] En síntesis: el rol es un concepto que debe ser rechazado, porque su versión sociológica resulta errónea, mientras que su versión jurídica deviene vacía”.⁴³

Asimismo, idéntica apreciación ventila ese autor respecto al concepto de “adecuación social”:

“...nadie sabe con certeza lo que resulta socialmente adecuado o inadecuado. A mi modo de ver, el error fundamental de esta teoría reside en no dejar claro si ella se trata de una descripción o de una prescripción, en otras palabras, si ella debe ser comprendida en sentido sociológico-descriptivo (identificando con socialmente adecuado aquellos que efectivamente se hace en una sociedad determinada) o en un sentido ético-normativo (refiriéndose como socialmente adecuado con respecto a aquello que, en una sociedad determinada, se considera correcto hacer). La teoría no puede ser comprendida en el primer sentido; porque, de ser así, se vería obligada a declarar ciertas prácticas habituales que resultan absolutamente inaceptables [...] algo permitido o atípico. Mas, si la comprendiésemos en el segundo sentido normativo, nos encontraríamos con que ella se torna vacía, porque sería necesario

⁴³ GRECO, *supra* nota 40, pp. 65-66.

descubrir un parámetro que es considerado correcto en determinada sociedad”.⁴⁴

Ahora bien, en sentido jurídico, se ha propuesto a lo largo de este trabajo que aquello que en imputación objetiva debe ser reputado como adecuado socialmente o inmerso en un determinado “riesgo permitido” son los status deónticos extrapenales *Psp* y *Op*. Entonces, y aceptando la crítica reseñada en el párrafo que antecede, los roles sociales no pueden sino referir a un contenido normativo específico: es el sistema β el que deberá ser examinado a tal fin. Tal proposición no significa que corresponda verificarse, entonces, si alguien ha violado alguna norma para la determinación de la imputación objetiva; sino, antes bien, definir qué cualidad normativa extrapenal reviste el comportamiento en examen, pues este servirá a los efectos de filtro de relevancia penal.

En consecuencia, *a priori* resulta que ni al taxista ni al panadero pueden reprochárseles las acciones endilgadas, mas esto no por revestir una determinada característica de neutralidad o por no contar con un determinado elemento subjetivo, sino porque, directamente, sus comportamientos se hallaban permitidos en forma expresa (*Psp*). A los efectos de un mayor desarrollo, supongamos que el panadero no fuese el dueño del local, sino un empleado contratado para efectuar las ventas al público; pues, en tal caso, incluso podría afirmarse que aquel se encontraba extrapenalmente obligado (*Op*) a realizar esa transacción. No obstante, cabe preguntarse qué sucedería si, por ejemplo, el taxista hubiese recibido previamente un llamado del autor del delito en el cual le explicara que el servicio de transporte era requerido con el fin de llevarlo a un destino donde se cometería un asesinato y que por ello le pagaría un monto mayor al habitual por el servicio. Estimo que, en ese supuesto, la solución podría diferir en tanto se logre acreditar que el objeto del contrato era ilícito desde el derecho privado. Así, en la especie, se encontrará a cargo del acusador, a la luz de las leyes civiles y comerciales, deslegitimar la validez del acuerdo de referencia y, en general, demostrar que la conducta —de apariencia neutral— ha excedido de algún modo las reglas extrapenales que impone la actividad de la que se trate.

Por otro lado, también podría arribarse a un resultado distinto si en la regulación correspondiente —incluso de índole administrativa— se estableciera un determinado deber de control con relación a un comportamiento que, en principio, se presenta como socialmente estereotipado. Es que un incumplimiento de aquel mandato legal importaría un cambio en el status deóntico de la acción y, en consecuencia, terminaría por tornarla relevante en materia penal. Así,

⁴⁴ Ibid., p. 47

hipotéticamente, podemos imaginarnos un caso en el que el legislador le imponga a quien se encarga de la venta de alimentos al consumidor la obligación de velar por que estos contengan un rotulado nutricional que refleje los verdaderos valores del producto. Luego, el dueño de un supermercado debería arbitrar todos los medios conducentes a fin de que los alimentos que él provee contengan no solo el tradicional detalle, sino que esa descripción sea correcta. Una norma como la señalada, si bien excedería lo que de ordinario esperamos de ese actor social, provocaría que una conducta verdaderamente cotidiana —tal como lo es vender en un establecimiento habilitado productos de empresas que han debido hacer los estudios correspondientes, efectuar el etiquetado en el envase y tuvieron previa aprobación de la entidad estatal correspondiente— pueda adquirir relevancia penal.

Va de suyo que la aplicación de la propuesta aquí ventilada precisará, en primer lugar, de un legislador proactivo y, en segundo lugar, de un juez en materia penal con conocimientos de las demás ramas jurídicas vigentes. En efecto, si lo deseable es disuadir que determinadas actividades regulares puedan terminar por favorecer el ilícito de un tercero y si, a su vez, corresponde que las obligaciones que se les imponen a los sujetos provengan de las normas y no de las consideraciones personales del decisor —tal como ya se ha propugnado en este trabajo—, deberá procederse a la regulación de dichas conductas estandarizadas o negocios de la vida cotidiana para que deban realizarse siguiendo determinados lineamientos que disminuyan su potencialidad para beneficiar ciertas acciones ilícitas. Tal fue el caso, por ejemplo, de la imposición extrapenal que se regló al obligar a múltiples organismos a efectuar reportes de actividades sospechosas en materia de lavado de activos.⁴⁵ Por otro lado, puesto que, a los fines de la imputación objetiva, he reputado que las conductas socialmente adecuadas deben ser aquellas que se han efectuado en cumplimiento de las reglas que el individuo tenía a su cargo en función de la actividad que desempeñaba, naturalmente, corresponderá que frente a cada caso concreto se proceda al análisis de los derechos y deberes del sujeto que actúa, los cuales exceden de manera amplia las previsiones del derecho penal y, por consiguiente, redundan en la necesidad de que el juzgador conozca en profundidad las previsiones que el aquí denominado sistema β prevé.⁴⁶

III.D. La relevancia de figuras del derecho privado en el campo de la dogmática penal

Si asumimos que los estándares de conducta que tornan relevante una acción en términos penales se hallan fijados en el resto del ordenamiento normativo, de inmediato se advertirá que esas

⁴⁵ Cfr. ley 25.246, capítulo III, y sus normas reglamentarias.

⁴⁶ Véase LARENZ, *supra* nota 27, pp. 257-259

reglas no punitivas adquirirán una especial gravitación en la dogmática penal. Pero, más aún, encontraremos legitimados ciertos institutos propios de la imputación objetiva que han sido en su mayoría desarrollados doctrinariamente. En ese sentido, ya el art. 1.º del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que para resolver los casos debe tenerse en especial consideración el fin de la norma aplicable. De lo que resulta que tal examen teleológico, en extremo investigado y discutido por la dogmática,⁴⁷ podría encontrar expreso amparo en el derecho positivo cuando se trate de interpretar normas extrapenales. Sin perjuicio de ello, deseo en este punto concentrarme en algunas de tantas figuras legales que, en principio, resultarían ajenas a la teoría de la imputación objetiva y que, a partir de las reflexiones efectuadas a lo largo de este trabajo, cobrarán importancia a la hora de definir el status deóntico extrapenal de la acción; es decir, al momento de decidir si una conducta se presenta o no dotada del sentido social que se precisa para poder satisfacer el elemento objetivo del tipo.

Al respecto, ya he manifestado que la utilización de la *costumbre* a efectos de delimitar si una acción se encontraba amparada bajo determinado riesgo permitido, cuando aquella figura apareciese receptada por el legislador, no resultaría atentatoria del principio de legalidad exigible en materia extrapenal. Ahora bien, dicho esto, cabe aclarar que para que exista una verdadera costumbre — en sentido de fuente de derecho — es preciso que, como mínimo, se encuentren reunidos dos requisitos elementales. En primer orden, es necesario que la práctica en trato se vea reiterada en forma constante y uniforme y que, asimismo, sea actuada de ese modo por la generalidad de los individuos y no por unos pocos de ellos (aspecto objetivo). En segundo lugar, que los agentes obren en la convicción de que la acción que realizan es adecuada jurídicamente y no un simple uso social (aspecto subjetivo).⁴⁸ Así las cosas, se advierte que lejos se encuentra este instituto de determinar el status deóntico de una conducta mediante la mera indagación sociológica acerca de cuáles suelen ser los comportamientos de los individuos en determinada sociedad o atendiendo a las reglas de prudencia comúnmente respetadas.⁴⁹

⁴⁷ Así, por ejemplo, Gimbernat ORDEIG, “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 61, Fasc/mes 1, 2008, pp. 5-30.

⁴⁸ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1984, pp. 74-75.

⁴⁹ En sentido coincidente, se explica: “...tampoco se considera adecuado atribuir relevancia a las meras prácticas consolidadas en una sociedad, pues la sola práctica si no va acompañada de la convicción sobre su carácter vinculante, no tiene la condición de estándar de diligencia vigente para los sujetos que operan en dicho ámbito. Así pues, la mera habitualidad de una conducta no expresa, todavía ninguna valoración social; la mera realidad social [...] no es más que un precursor de las relaciones jurídicas...” (PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad: la remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Barcelona, Atelier, 2019, p. 89).

Con independencia de estos reparos, no deja de resultar entonces el instituto en cuestión una interesante herramienta a la hora de decidir si en un caso nos encontramos o no frente a una acción penal en sentido relevante; vale decir, a efectos de conocer su status deóntico extrapenal. Pues, sea esta *secundum legem* (expresamente prevista por una norma particular a fines de servir de reglamentación y definición de la forma en que ella habrá de aplicarse) o *preter legem* (prevista genéricamente por el ordenamiento para resolver distintas situaciones no regladas);⁵⁰ a través de la costumbre una conducta que *prima facie* se presenta como solo permitida en sentido débil o incluso prohibida, por ejemplo, puede variar tal condición en caso de verse admitida por aquella en los términos en que el derecho positivo la regula. En ese sentido, cabe poner de resalto que el Código Civil y Comercial de la Nación veda el reconocimiento de la costumbre *contra legem*. Así, su artículo 1.º refiere: “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, *siempre que no sean contrarios a derecho*”.⁵¹ De lo que no se sigue que, si en un futuro o en ordenamientos jurídicos distintos al de la República Argentina se la admitiera, no podría servir como válida fuente de derecho y ser utilizada para definir la relevancia de una determinada conducta a nivel penal.

Por otro lado, es posible traer a colación la figura del *abuso del derecho*; pues, de acuerdo con la inteligencia aquí ventilada, aun cuando *prima facie* no se infrinja la literalidad de la norma, existirán supuestos en que la acción deberá calificarse como prohibida de cara al sistema β y, en consecuencia, estimarse relevante en materia penal. En efecto, “...es legítimo *usar* de los derechos que la ley concede, no lo es *abusar* de ellos”.⁵² Al respecto, cabe destacar que, desde un enfoque finalista o funcional, existe un uso abusivo de un derecho cuando este se ha ejercido en contra de los fines que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó y sin interés alguno más que el propósito de perjudicar a un tercero. Se advierte entonces que para efectuar la variación en el status deóntico de la acción —es que, *a priori* podría aparecer como permitida en sentido fuerte—,⁵³ resultará necesario demostrar que el ejercicio de esta importó un uso anormal e irregular del derecho que la amparaba.

En lo atinente a esta cuestión, la doctrina en materia civil narra un caso ventilado ante tribunales franceses en el que un vecino del dueño de un hangar y campo de aterrizaje levantó sobre su terreno

⁵⁰ ALTERINI, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 7.

⁵¹ El énfasis me corresponde.

⁵² BORDA, *supra* nota 48, p. 41.

⁵³ Así se explica que “...el acto que termina siendo abusivo fue inicialmente lícito, pero se convirtió luego en ilícito por su ejercicio desviado” (ALTERINI, *supra* nota 50, p. 90).

dos armazones de madera de 15 metros de altura, sin ninguna otra utilidad que perturbar el descenso de las aeronaves. En adición a lo anterior, se explica que, llevado el caso a la justicia, se vislumbró que el vecino lo había hecho para obligar al propietario del hangar a que le comprara su propiedad. Así las cosas, la judicatura francesa reputó el hecho como ilícito con independencia de que la regulación positiva le hubiera permitido en forma indeterminada la construcción de edificaciones sobre su terreno.⁵⁴ De seguido, en la inteligencia sostenida a lo largo de este trabajo, no puede sino reflexionarse qué hubiese sucedido si alguna de las aeronaves hubiera sufrido un accidente como consecuencia de las construcciones efectuadas por aquel vecino. Es que aparece evidente que tal conducta debería reputarse penalmente relevante, aunque en principio haya aparecido amparada de manera extrapenal (Psp). Pues en virtud de que importó un ejercicio abusivo de los derechos subjetivos que el ordenamiento le reconocía al individuo será, por lo tanto, un hecho ilícito a la luz del sistema β (Php). Entonces, esa conducta p que aparece —en principio— apegada al ordenamiento extrapenal (Psp) termina por resultar ante aquel como prohibida y, por consiguiente, capaz de configurar el elemento objetivo del tipo.

No resulta ocioso reiterar en este punto que todas las consideraciones aquí efectuadas —si bien sirven para determinar si una acción puede considerarse capaz de infringir un tipo objetivo— atañen a normas extrapenales. Luego, la propuesta consistente en definir el riesgo permitido a partir de las reglas previstas en el sistema extrapenal tiene, por supuesto, consecuencias penales; mas no por ello aquellas normas pasan a pertenecer al *ius puniendi*. Se trata, en definitiva, de conocer cuáles son los deberes que en el sistema β tenía a su cargo el imputado y, a partir de allí, determinar si aquel actuó o no conforme a ellos. De ese modo, a efectos ilustrativos, para conocer si en un caso existió una infracción a las reglas de la conducción vial en un accidente de tránsito corresponderá indagar cuáles eran las normas de tal práctica y estas, lógicamente, excederán las disposiciones de un código penal; sin embargo, no es plausible esperar que las reglas de tránsito posean tal carácter, a pesar de que —a todas luces— tienen un rol fundamental en la determinación de la relevancia penal de la acción por las lesiones o muertes que puedan resultar de un siniestro vial. En consecuencia, se advierte que los institutos analizados en este apartado no recaen directamente sobre el tipo penal, sino sobre normas no penales que, como tales, no se rigen por el riguroso principio de legalidad que pesa sobre el derecho penal.⁵⁵ Así las cosas, puede diferenciarse la propuesta aquí efectuada con

⁵⁴ BORDA, *supra* nota 48, p. 45.

⁵⁵ En sentido similar, explica ROXIN acerca de la prohibición de analogía: “... en los casos en que el Derecho penal se adhiere a los conceptos formados en otros campos del Derecho —p. ej., las cosas ‘ajenas’ [...] son cosas que se encuentran bajo la ‘propiedad’ de otro—, se comporta de modo totalmente accesorio; y por tanto protegerá también v. gr. la propiedad de garantía, desarrollada *praeter legem*” y, asimismo: “... la situación es distinta en las causas de justificación. En efecto, las mismas

otras que intentan aplicar directamente sobre el tipo penal reglas de un tenor similar a las existentes en punto a la figura del abuso del derecho en el derecho extrapenal.⁵⁶

Por último, deseo traer de nuevo a colación la figura de los *contratos* que, brevemente, fueran mencionados *supra*, apartado I. Es que, como se dijo en su oportunidad, las propias normas escritas (p. ej. los códigos de derecho privado) prevén —en los términos de HART— “potestades legislativas limitadas” para los ciudadanos.⁵⁷ Pues, tal vez paradójicamente, los mismos particulares tienen la facultad de crear y/o modificar derechos y obligaciones que, a la luz de la teoría aquí sostenida, habrán de integrar el derecho extrapenal y, en definitiva, ser de suma importancia en la determinación acerca de si una acción es o no relevante para el derecho penal. Es decir, en cierta forma, el legislador autoriza a los individuos a confeccionar sus propias reglas y estas —siempre que superen un estándar de licitud que, por supuesto, es fijado en forma previa por la norma que los autoriza— pasarán a integrar de modo válido el ordenamiento jurídico y a definir el status deóntico de las acciones que allí se prevén.

En ese sentido, se explica: “El contrato es una ley individual, esto es, fuente de Derecho objetivo. El contrato contiene normas jurídicas individuales que, sobre determinados supuestos de hecho, prevén determinadas consecuencias jurídicas”.⁵⁸ Luego, si el contrato es ley para las partes, mal puede denegársele el status deóntico de permitida en sentido fuerte e, incluso, obligatoria, a una acción realizada en cumplimiento de aquel. De lo que se verifica la gravitación de la figura bajo análisis respecto de la imputación objetiva; pues, una conducta que estudiada directamente sobre el tipo penal en términos naturalísticos cumplimentaría el examen de subsunción, al verificarse previamente su adecuación a las pautas del instituto jurídico en trato, terminaría por presentarse como irrelevante de cara al sistema penal. Así, en el tradicional caso de estudio del camarero que sirvió un plato con un moho venenoso que en forma previa había advertido que podría causarle la

no son una materia específica del Derecho penal, sino que proceden de todos los campos del Derecho; y en consecuencia, en esos campos también son objeto de ulterior ampliación por la vía del desarrollo judicial del Derecho, y a menudo son restringidas con independencia de su tenor literal externo, conforme a los principios ordenadores legales en que se basan. Por eso el Derecho penal ha de seguir esta orientación en aras de la unidad del ordenamiento jurídico: pues no es posible que una misma causa de justificación tenga presupuestos diferentes en un sitio y en otro, con la consecuencia de que una conducta que p. ej. en Derecho civil se considere como un injusto generador de la obligación de indemnizar, en cambio en Derecho penal se califique de lícita y obtenga la aprobación de todo el ordenamiento jurídico” (ROXIN, *supra* nota 25, pp. 156-157).

⁵⁶ Sobre el punto: RIGGI, *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

⁵⁷ HART, *supra* nota 11, p. 118.

⁵⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavallía Ed., 2006, p. 23.

muerte al comensal,⁵⁹ en tanto su actividad haya sido ajustada a los mandatos de su contrato laboral, no podrá ser inquirido en cuanto a los conocimientos especiales que poseía en punto al hecho en cuestión. En todo caso, su intervención en la potencial muerte del cliente deberá reputarse meramente causal respecto de la acción u omisión de los encargados de velar por el correcto estado de las comidas del restaurante que, en principio, no resultan ser los camareros. Distinta sería la solución si se confeccionara un contrato laboral de mayor exigencia; por ejemplo, si fuese un establecimiento de comida exótica que contrata específicamente a personas con conocimiento de biología para que se cercioren que se les sirve a los clientes y les informen a estos del contenido y riesgos de los platos.

De lo que no se sigue, sin embargo, que los contratos puedan ser, entonces, un fácil instrumento de impunidad. Es que la ley fija múltiples requisitos para su validez; y, entre ellos, que su objeto no resida en hechos ilícitos, contrarios a la moral o a las buenas costumbres.⁶⁰ Veamos.

Por un lado, resultan nulos aquellos que hayan sido celebrados en violación a las prohibiciones fijadas en las restantes normas del sistema; así, a título ilustrativo, la doctrina menciona el caso de la “...celebración de un contrato de servicios profesionales con un sujeto que carece de título habilitante”,⁶¹ de modo que, por ejemplo, un individuo que hubiese pactado asesorar a un tercero en materia contable, en caso de que este último se haya valido de ese servicio para evadir el pago de impuestos, no podrá invocar que su acción resultaba permitida en sentido fuerte por haber sido en cumplimiento de un mandato contractual si carecía de la habilitación necesaria.⁶² De modo contrario a esa exégesis, parte de la jurisprudencia argentina ha concluido la participación penalmente responsable de una contadora pública en una asociación ilícita tributaria por cuanto:

“...las reglas vinculadas al principio de confianza, a la prohibición de regreso y a las conductas neutrales, no resultan aplicables a la actividad que llevó a cabo la nombrada, en la medida en que [...]

⁵⁹ Ver JAKOBS, *supra* nota 38, pp. 250-253.

⁶⁰ Ver, a modo de ejemplo de regulación, los arts. 279 y 1004 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶¹ LORENZETTI, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo II*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 92.

⁶² En similar sentido, se ha dicho que, en tanto sus aportes fueron efectuados desde un cargo gerencial obtenido informalmente y de los cuales se valió un empleado que también se encontraba prestando tareas en ese carácter, el partícipe no podía escudarse en la supuesta adecuación normativa de su conducta. (Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 2 de San Martín *in re* “Escobar, Fernando Pablo y otra s/ infracción art. 145 bis, CP”, causa n.º FSM 133955/2017/TO1; rta. 5/4/2021).

aquella conocía perfectamente el aporte que con su actuación realizaba en favor de la organización”.⁶³

Sin embargo, independientemente de las particularidades fácticas de tal caso, a la luz de la tesis aquí ventilada, el *conocimiento* acerca del favorecimiento del ilícito de terceros no resulta ser el elemento determinante de la relevancia de una conducta en términos penales; por el contrario, ello depende de la adecuación o no a las reglas que rigen la profesión de la que se trate. En ese sentido, la celebración de un contrato de servicios profesionales válido y una actuación del profesional conforme a las normas de su labor, extraen a sus acciones de la esfera penal.

Por otro lado, en punto al significado de “moral y buenas costumbres”, mucho se ha dicho en la jurisprudencia al respecto y, a su vez, considerable ha sido la evolución de esos términos y su modificación a través del paso de los años; por consiguiente, excede a las posibilidades de este trabajo el efectuar una correcta precisión de tales conceptos. Sin perjuicio de ello, mínimamente es dable traer a colación que, respecto al objeto de los actos jurídicos, lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“...rige el principio de autonomía de la voluntad en tanto las partes pueden crear la entidad material o inmaterial sobre la que recae el negocio que queda así jurídicamente tutelado. El límite impuesto a aquellas es, entonces, el respeto de la moral y las buenas costumbres; límite de por sí impreciso y variable, pues se nutre en otras áreas de la realidad según esta evoluciona. ‘La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu remanente de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera’ pues el control judicial no puede desatenderse de las transformaciones históricas y sociales (cfr. Fallos 211:162 y 308:2268). De tal modo, debe tenerse en cuenta que *las pautas que fija el Código Civil se refieren siempre a la moral ‘pública’, entendida como parte de la moral que regula las acciones referentes al orden de la comunidad, pues si fuese posible anular cualquier acto que el*

⁶³ Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal *in re* “Samid, José Alberto y otros s/ recurso de casación”, causa n.º CPE 990000411/2006/TO1/29/1/CFC10; reg. n.º 2404/19; rta. 27/11/2019.

individuo califique de inmoral según sus propias e individuales pautas, los jueces estarían imponiendo una moral determinada, y podrían revisar así la actividad de todos los habitantes, sea esta pública o privada...”.⁶⁴

Luego, ciertamente existirá en este punto un espacio de indagación sociológica por parte del juzgador con el fin de detectar la compatibilidad del contrato que se analice con las pautas que se desprendan de la ética en sentido intersubjetivo; mas, en favor de la inteligencia sostenida a lo largo de este trabajo, tal proceder queda entonces reducido a la resolución de los embates contra la validez del objeto de un acto jurídico de carácter extrapenal y ya no como un mecanismo general de determinación de la adecuación social de una conducta en materia penal mediante el examen de reglas de conductas no escritas.

Sobre el tema en cuestión, PASTOR MUÑOZ postula con claridad lo siguiente:

“...el reconocimiento de los cuerpos normativos fruto de la autorregulación implicaría que, dado que el legislador delega la (o parte de la) definición del injusto penal en el destinatario de la norma, existe (de nuevo) el peligro de que las empresas o sectores que se autorregulan (¡los destinatarios!) generen normas rigiéndose por su interés privado. Obviamente, ello implica un peligro de perversión de la ley penal, de que esta se transforme en un instrumento al servicio de intereses particulares”.⁶⁵ Asimismo, la autora de referencia explica: “...la verdadera patología de la remisión a cuerpos normativos privados no es de carácter formal [...] sino material. En efecto, si el Derecho penal pierde control sobre el contenido de la norma privada y, no obstante, se vincula a ella, se produce una pérdida de autonomía del juicio jurídico-penal sobre la conducta. Pues bien, dicha pérdida de autonomía o control se materializa en el caso de que las remisiones a cuerpos normativos privados sean remisiones «a ciegas», es decir, sin posibilidad o

⁶⁴ “Botana, Helvio Ildefonso y otros c/ CADEPSA. y otros s/ nulidad de actos jurídicos”, 6 de marzo de 1990, (Fallos 313:173) —el énfasis me corresponde—.

⁶⁵ PASTOR MUÑOZ, *supra* nota 49, p. 16.

voluntad de control de los contenidos de dichos cuerpos normativos por parte del Derecho penal”.⁶⁶

Y por ello, propone: “...el juez deberá examinar si dichas regulaciones reflejan convicciones sobre la conducta correcta en dicho sector de actividad”.⁶⁷ Al respecto, estimo que es el propio ordenamiento civil el que brinda el marco legal para el control del contenido contractual. Luego, toda vez que se adecúen a las reglas de su sistema, tales convenciones resultarán válidos instrumentos para la fijación de status deónticos. Pues, como se vio párrafos atrás, el derecho privado establece determinadas pautas, tanto de forma como de fondo, para que los contratos puedan ser considerados válidos. En ese sentido, aquel da un espacio suficiente para excluir los efectos de los que fueran celebrados en contradicción con la específica concepción de “moral y buenas costumbres” reseñada *ut supra*. Entonces, superado tal estándar, no resultará admisible que el juez sea quien determine cuál era la conducta verdaderamente correcta para el caso que se trate. Así las cosas, si bien la actividad jurisdiccional conserva cierta capacidad de control sobre el contenido de tales cuerpos normativos, a la vez tiene límites determinados en su actuación. Lo que no significa dar rienda suelta al acuerdo entre privados para la lesión de valores comunitarios superiores; por el contrario, en tanto se ajusten a las reglas de referencia, es posible concebir un ejercicio de la autonomía de la voluntad socialmente ajustado. En esos términos:

“...puede hablarse de ‘soberanía’ del contrato, entendida esta en el sentido del logro de un equilibrio entre la idea individual y la social. La fuerza obligatoria del contrato no declina, como algunos pretenden, sino que asume un carácter más en armonía con el principio de que los derechos subjetivos y las prerrogativas jurídicas deben ejercerse en función social: el antifuncionalismo, la conducta abusiva y dañosa a la sociedad no puede cobijarse en el concepto de convención-ley”.⁶⁸

IV. Balance final

⁶⁶ Ibid., p. 64.

⁶⁷ Ibid., p. 118.

⁶⁸ SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil: contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pp. 32-33.

Sentado cuanto precede, es posible realizar una breve recapitulación de los puntos salientes de la propuesta efectuada.

1. En el intento de forjar una teoría de la conducta típica que logre excluir del campo del derecho penal aquellas acciones que se presenten adecuadas a lo que socialmente era esperable de su autor, resulta imprescindible determinar cuáles eran los estándares normativos que debía satisfacer ese sujeto. Al respecto, es posible hallar valiosos aportes doctrinarios que conciben que tales reglas de conducta se encuentran mayormente a extramuros del derecho positivo y que, en consecuencia, es el juez quien, a la luz de normas de prudencia no escritas, debe determinar el significado social de esa acción. Ahora bien, en contrapartida, en este trabajo se propone definir cuáles serían los deberes que tenía a su cargo el autor a través de las normas escritas de la comunidad y, por consiguiente, excluir aquellas reglas que, indagación sociológica mediante, pudiera inferir el juzgador.

2. Para poder afirmar la existencia de una conducta penalmente relevante es preciso, primeramente, examinar el espectro normativo extrapenal (sistema β); pues a partir del análisis de este será posible descifrar si el autor actuó de conformidad con los deberes que tenía a su cargo. En ese sentido, a través de la aplicación de las reglas propias de la lógica deóntica, es posible prever que en β una acción (p) puede encontrarse prohibida (Php), permitida en sentido débil (Pwp), permitida en sentido fuerte (Psp), o ser obligatoria (Op). Luego, en este trabajo se propugna que al derecho penal solo le interesará la acción p cuando Pwp o Php . Por el contrario, siempre que Psp u Op , la conducta carecerá de relevancia penal. De ese modo, es posible otorgarle al concepto de “riesgo permitido” un contenido normativo específico.

3. En primer lugar, la fórmula esbozada permite compatibilizar el mecanismo de la imputación objetiva con las tradicionales máximas constitucionales que impiden que se impongan a los individuos mandatos de conducta no legislados y que prevén que los sujetos deben poder conocer los deberes que se les imponen; en efecto, las reglas de conducta habrán de obtenerse eminentemente del derecho positivo. En segundo lugar, maximiza la coherencia entre las distintas previsiones del ordenamiento jurídico; pues, siempre que el espectro normativo extrapenal arroje un permiso expreso o, incluso, la obligación de efectuar una determinada acción, luego no podrá argüirse que el derecho penal sienta para la misma una prohibición. En tercer lugar, estimo que, en tanto se esgrime la utilización de las normas extrapenales como fuente y contenido del riesgo permitido, importa que la imputación objetiva logre una mayor apoyatura legal, se gane en

predictibilidad y determinación, así como también se disminuya la discrecionalidad en la fijación de los estándares de conducta.

4. Al identificar la esfera del riesgo permitido con aquellas conductas que estén permitidas en forma expresa u obligadas extrapenalmente, esta tenderá a reducirse. Sin embargo, una clara diferenciación entre el presupuesto ontológico de la imputación y los criterios normativos propios de la imputación objetiva puede subsanar ese déficit. Es que, de no estar el resultado aunque sea determinado estadística o probabilísticamente por la acción, deberá concluirse su atipicidad; mas ya no por el examen propiciado en este trabajo, sino por la ausencia del presupuesto ontológico fundamental.

5. Exceder la esfera del riesgo permitido es un requisito previo al estudio de las causas de justificación. Las conductas que en el campo extrapenal posean un permiso expreso o se hallen directamente ordenadas serán atípicas y solo aquellas prohibidas o permitidas en sentido débil resultarán significativas de cara al derecho penal y, en consecuencia, será a su respecto relevante el análisis de posibles justificaciones.

6. Desde una perspectiva deóntica, no es posible predicar la existencia de “conductas neutrales”; pues, cualquiera sea el sistema en que se analice una acción, esta resultará siempre prohibida, obligatoria, permitida expresamente o permitida en sentido débil. Los tradicionales casos que se ventilan en el marco del estudio de la participación penal que usualmente se catalogan como inocuos o estereotipados y, en consecuencia, no relevantes en materia penal, suelen encontrarse permitidos en sentido fuerte o, incluso, ordenados extrapenalmente. Así las cosas, se advierte que en el estudio de la complicidad también resulta fundamental el acto de definir qué cualidad normativa extrapenal reviste el comportamiento que se analice.

7. Al recabarse en el ordenamiento extrapenal los estándares de conducta que interesan en la imputación objetiva, resultará que esas reglas no punitivas adquirirán especial relevancia en el campo de la dogmática penal. Entre ellas, por ejemplo, a través de la costumbre que se regla en el derecho privado, una conducta que *a priori* se presenta como permitida solo en sentido débil puede variar tal estado y resultar inmersa en un determinado riesgo permitido. Además, en virtud de la figura del abuso del derecho, aun cuando *prima facie* no se infrinja la literalidad de la norma, una conducta permitida en sentido fuerte podrá calificarse como prohibida extrapenalmente y, en consecuencia, devenir relevante en materia penal. Finalmente, en tanto ley para las partes, los

contratos resultarán instrumentos aptos para otorgarle a las conductas ciertos status deónticos que, en definitiva, habilitarán o vedarán la intervención del derecho penal.

V. Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

—, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALTERINI, Jorge Horacio, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2015.

BORDA, Guillermo Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1984.

CANCIO MELIÁ, Manuel, Marcelo FERRANTE y Marcelo A. SANCINETTI, *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

CÓRDOBA, Fernando, “Imputación Objetiva y Teoría de la Acción”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (Traducción a cargo de Ivó Coca Vila), Barcelona, Atelier, 2015.

GRECO, Luís, *Complicidad a través de Acciones Neutrales: La Imputación Objetiva en la Participación* (Traducción a cargo de Carlos Julio Lascano y Diego A. Peretti Ávila), Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2004].

HART, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho* (Traducción a cargo de Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961].

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

—, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

SALAMONE (2025), “Imputación objetiva: los status deónticos extrapenales”, pp. 113-147.

—, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho* (Traducción a cargo de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Editorial Ariel, 1980 [1960].

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavallía Ed., 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo II*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

MELERO ALONSO, Eduardo, “La flexibilización de la reserva de ley”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, n.º 10, 2004.

NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989 [1984].

—, *Fundamentos de derecho penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2008.

—, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2001 [1980].

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 61, Fasc/mes 1, 2008, pp. 5-30.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Riesgo permitido y principio de legalidad: la remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Barcelona, Atelier, 2019.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, Resultado y Determinación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

RIGGI, Eduardo Javier, *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año XI, número 21 (2025), pp. 113-147.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997 [1968].

SCHROEDER, Friedrich-Christian, *El rayo como instrumento de asesinato* (traducción a cargo de Marcelo Alberto Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2020 [2009].

SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil: contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1974.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (Traducción a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2000].

WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general* (Traducción a cargo de Carlos Fontán Balestra), Buenos Aires, Roque Depalma, 1956 [1940].