

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho penal.
Universidad Autónoma de Madrid

FRISCH, W./ROBLES PLANAS, R.: *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Edit. Atelier, Barcelona, 2004 (111 páginas).

El presente libro, además de un interesantísimo Prólogo de SILVA SÁNCHEZ, consta básicamente de dos trabajos. Uno que se corresponde con la contribución de WOLFGANG FRISCH al libro homenaje a ROXIN bajo el título «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático» y otro que representa un diálogo científico de RICARDO ROBLES con un autor como FRISCH que ha venido teniendo una influencia claramente visible en su obra científica.

La publicación de esta obra coincide en el tiempo con la publicación de la traducción de la monografía esencial de FRISCH sobre la imputación objetiva «Comportamiento típico e imputación del resultado» y que junto a dos obras publicadas anteriormente sobre la misma materia en castellano (Tipo penal e imputación objetiva, Madrid, 1995 y La imputación objetiva: estado de la cuestión, en VARIOS AUTORES, Sobre el estado de la teoría del delito, Madrid, 2000) y la traducción de un libro-homenaje a FRISCH bajo el título «El sistema integral del Derecho penal» (Madrid, 2004) en el que el propio autor expone los elementos básicos de su concepción del Derecho Penal, nos permiten disponer en nuestra lengua de las aportaciones esenciales de un autor básico en la materia como FRISCH.

Como señala SILVA SÁNCHEZ (p. 11) al principio del Prólogo del libro, «se advierten en el horizonte las nubes de una parcial deconstrucción de la doctrina de la imputación objetiva». Una vez que la doctrina dominante ha llegado a la conclusión de que a través de las aportaciones de la imputación objetiva se pueden resolver de forma más razonable que otras propuestas anteriores (basadas, por ejemplo, en criterios causales o en el dolo) ciertas cuestiones relativas a la tipicidad, ha llegado el momento de afrontar teóricamente la cuestión de qué encierra dentro de sí la teoría de la imputación objetiva y cuál es el significado dogmático de las soluciones que propone.

Simplificando en exceso habría que decir que dentro de la teoría de la imputación objetiva existen dos grandes corrientes: una defendida por autores que consideran que la función esencial del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos o la seguridad de bienes y que es la mantenida por autores pioneros en esta materia como GIMBERNAT, RUDOLPHI o ROXIN y otra defendida por autores que consideran que la función esencial de la pena es la estabilización normativa o la seguridad de normas y que es mantenida por autores que le han otorgado una nueva dimensión a la teoría como JAKOBS o FRISCH. Este segundo, protagonista de la obra que es recensionada, se aleja de la posición de JAKOBS al entender —creo que con buen criterio— que la función de estabilización normativa no está desligada de la de protección de bienes, y que, por tanto, la seguridad de bienes que aporta el Derecho Penal se encuentra vinculada a la estabilización del orden normativo. ROBLES PLANAS viene siguiendo en este punto a FRISCH desde su tesis doctoral donde se pueden encontrar asertos como que «puede afirmarse que el Derecho penal tan sólo protege indirectamente los bienes jurídicos. La función directa del Derecho penal es el aseguramiento de un determinado orden jurídico» (Participación, p. 191). Ello le permite a FRISCH y a ROBLES PLANAS tener una visión distinta de la teoría de la imputación objetiva a la de los «padres de la criatura», pero sin llegar a desligarse totalmente de la concepción del injusto penal de la doctrina dominante como le sucede a JAKOBS. FRISCH en concreto representa un puente entre concepciones que a veces parece que es imposible que puedan comunicarse o establecer diálogos y puentes para llevar a cabo conjuntamente aportaciones fructíferas.

El trabajo de FRISCH, al tratarse de una contribución a un libro homenaje a ROXIN, empieza con un análisis profundo de la relevancia que ha tenido para la moderna teoría de la tipicidad tanto el conocidísimo trabajo pionero de ROXIN en el libro-homenaje a HONIG (pp. 21-29) como sus desarrollos posteriores que, en palabras del propio autor, ha provocado que se haya acabado convirtiendo la teoría de la

imputación del resultado en uno de los temas centrales de la teoría del delito y que haya sido objeto durante los últimos 35 años de una viva discusión científica.

El apartado segundo (pp. 31-39) se dedica al reconocimiento y crítica de la teoría de la imputación objetiva a lo largo de los años setenta y ochenta, dedicándole, como viene siendo tradicional en sus estudios sobre la materia, un espacio especial a las críticas provenientes del finalismo, especialmente a las referentes a la imposibilidad de un juicio puramente objetivo de la creación desaprobada del riesgo en el ámbito de la tipicidad y la innecesariedad de una teoría de la imputación objetiva en el ámbito del delito imprudente donde el instrumental clásico sería suficiente para llegar a soluciones satisfactorias (pp. 34-37). Sobre esta última objeción señala con razón FRISCH como en realidad en el ámbito del delito imprudente se está reconociendo la corrección material de la teoría de la imputación objetiva, agotándose las diferencias de posición «en la diversa denominación de los requisitos materiales, así como en su distinta procedencia» (p. 38). Sobre la primera señala como algunos autores como FRISCH no prescinden absolutamente de un filtro objetivo o de añadir ciertos requisitos a la causalidad de la acción que poseen siempre un núcleo objetivo. FRISCH llega a la conclusión en esta parte de que los conceptos normativos en el ámbito de la tipicidad son irrenunciables por razones materiales, en la medida en la que «pueden existir casos en los que el autor se haya representado lo que la teoría de la imputación objetiva intenta filtrar mediante sus presupuestos materiales» (p. 51). Estas ideas son desarrolladas en los dos apartados siguientes.

El apartado tercero está dedicado a la corrección de los presupuestos materiales de la teoría de la imputación objetiva (pp. 41 a 47). En esta parte FRISCH señala ya su idea esencial y sobradamente conocida de que conducta típica sólo puede ser aquélla que sea susceptible de ser definida como idónea, necesaria y adecuada para impedir determinadas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de acuerdo con un juicio intersubjetivo que depende de los principios jurídicos vigentes y en el que —en una línea habermassiana— se tengan en cuenta los intereses de todos los potenciales autores y afectados. De acuerdo con esta idea no se podrá limitar la libertad de actuación por la mera posibilidad de la producción de un resultado, es decir, no podrá existir una conducta típica:

a) cuando aún se pueda, conforme a la experiencia, reaccionar con posterioridad evitando la producción de la consecuencia;

b) cuando se trata de cursos causales altamente improbables (riesgos generales de la vida);

c) cuando la producción de una determinada consecuencia depende de la conducta delictiva de terceros autorresponsables o de la propia víctima autorresponsable.

Según FRISCH la creación de un riesgo desaprobado es un requisito básico de todo injusto de resultado: «tan sólo pueden desaprobarse jurídicamente aquellas conductas que comporten riesgos especiales de producción de lesiones típicas. Estos riesgos especiales no se determinan atendiendo a grados de probabilidad, sino, sobre todo, a la concurrencia de circunstancias en torno a la posibilidad de producción del daño (por ejemplo: la imposibilidad de considerar posteriormente determinados cursos causales; los indicios concretos sobre la existencia de determinadas circunstancias que incrementan el riesgo; la independencia de la realización del riesgo del actuar de ulteriores personas racionales; etc.)» (p. 43). Pero como señala el penalista alemán «también parece irrenunciable el segundo requisito material de la teoría de la imputación objetiva: la específica relación (de realización) entre la conducta desaprobada del autor y el resultado producido. Los menoscabos de bienes exigidos en los delitos de resultado no interesan simplemente como dato naturalístico, sino como expresión del injusto...es necesario que el resultado se muestre como una discrepancia de la situación jurídicamente garantizada» (pp. 45 ss.).

En el apartado cuarto FRISCH, después de asumir la corrección de los presupuestos materiales básicos de la teoría de la imputación objetiva, retoma el rechazo a las críticas finalistas planteadas en el apartado segundo (pp. 49 a 58). Como señala este autor, asumiendo ciertas argumentaciones anteriores de ROXIN, en realidad los finalistas «trabajan también con requisitos objetivos. Lo único que sucede es que discuten los requisitos objetivos una vez que el análisis ha llegado al nivel de discusión de lo subjetivo» (p. 53). La parte final de este capítulo está dedicada a la inevitable cuestión de los conocimientos especiales (pp. 55 a 58), cuestión en la que el propio autor ha realizado aportaciones esenciales. En este punto reitera argumentos ya conocidos.

El apartado quinto está dedicado a lo cuestionable de la teoría de la imputación objetiva (pp. 59 a 67). FRISCH recoge aquí su conocidísima y acertada crítica a la concepción de la imputación objetiva de ROXIN de «que determinados presupuestos manejados por la teoría de la imputación no son presupuestos de la imputación, sino que afectan a un círculo de problemas anteriores a ella y de los que también depende la imputación del resultado» (p. 59); es decir, que muchas cuestiones que se tratan como problemas de imputación del resulta-

do en realidad son cuestiones que deben resolverse previamente ya que son supuestos en los que no existe un riesgo típico o una conducta típica (no hay tentativa). FRISCH siempre ha partido en su concepción de la imputación objetiva de que algunos criterios de imputación de resultados son construcciones defectuosas que deben en exclusiva su origen a un trazado insuficiente de la conducta típica. La idea esencial del catedrático de Friburgo es que «parece plausible limitar la imputación del resultado a aquello que realmente es un problema de imputación. Por este mismo motivo parece plausible limitar la imputación del resultado a aquello que realmente es un problema de imputación, es decir, a la pregunta que surge una vez se ha determinado la acción imputable y su desaprobación (a consecuencia de la importancia del riesgo) y que se refiere a si el resultado producido es la consecuencia específica de ese actuar desaprobado e imputable a la persona, y a ella puede imputarse como expresión de la conducta injusta al igual que la propia conducta desaprobada» (p. 67). En este último apartado del trabajo de FRISCH aparece la parte más interesante de su contribución para un moderno desarrollo de la teoría de la imputación objetiva en la medida que pretende rebatir la objeción que le hace ROXIN en el manual de que lo que se trata «en el fondo, es siempre de la imputación o no imputación de un resultado»: el resultado «no se imputa cuando (el causante) se ha comportado desde el principio de forma adecuada y tampoco cuando el curso causal era especialmente extraordinario» y de que «el desvalor de la acción y el desvalor del resultado están indisolublemente ligados el uno al otro»: «sin un resultado de muerte y su imputación no existe ninguna acción de matar y ninguna «conducta típica»» (pp. 61 s.). Surge de esta manera uno de los diálogos científicos más interesante que se pueden encontrar en la actualidad sobre cómo configurar la teoría de la imputación objetiva.

FRISCH replica a estas objeciones de ROXIN (pp. 62 a 64) que

1. si la pena cumple una función de prevención general positiva, «para el ciudadano es importante saber si ha obrado de forma jurídicamente irreprochable o bien si ello no es así y simplemente no se le carga como obra suya el resultado acaecido, a pesar de su conducta errónea»; añade FRISCH que en un caso la conducta puede seguir siendo relevante para el Derecho Penal como una tentativa y en el otro caso no.

2. La concepción de ROXIN «conduce a que se deba negar la existencia de una conducta típica no sólo en los casos de ausencia de una creación relevante de riesgos, sino también en caso de ausencia de realización de ese riesgo en el resultado...el concepto global (unita-

rio) de conducta típica de ROXIN no es idóneo para el mantenimiento del «gran» campo de aplicación de la teoría de la imputación objetiva, sino que comporta su sustitución por una teoría global de la acción típica (que incluiría la imputación del resultado)».

Gracias a esta parte final del trabajo las diversas posiciones de estos dos grandes teóricos de la teoría de la imputación objetiva han quedado clarificadas y quedan establecidas las diferencias. Cualquiera que quiera hacer una reflexión sobre estos temas debe tomar una decisión de qué perspectiva seguir o, en todo caso, plantear las alternativas a dichas posiciones. El otro autor de este libro, RICARDO ROBLES, asume sin lugar a dudas como más adecuada la perspectiva de FRISCH y, a partir de ahí, desarrolla sus reflexiones.

El trabajo de FRISCH sobre la imputación objetiva motiva que ROBLES PLANAS en la segunda parte del libro aborde una serie de reflexiones al hilo de la aportación de FRISCH a la teoría del tipo que se dividen en tres grandes apartados:

1. El triunfo de la teoría de la imputación y algunas de sus debilidades (pp. 71 a 78), entre las que este autor destaca la carencia de una fundamentación sólida del tipo y del injusto.

2. La relevancia de la aportación de FRISCH (pp. 79 a 89). ROBLES considera que FRISCH ha venido a superar esas carencias, reproduciendo el profesor de la Pompeu Fabra los argumentos esgrimidos anteriormente por el autor alemán. El autor español señala en las líneas esenciales de esta parte como «la pretensión de FRISCH es la de situar la idea de «juridicidad» (o la propia idea del Derecho) en primera fila, destacando que una conducta injusta es ante todo una conducta que lesiona el Derecho, en el sentido de que va más allá de los límites recíprocamente constituidos (y jurídicamente garantizados) de la libertad de actuación. Por este motivo, reprocha a JAKOBS y a todos aquellos que ven la esencia del delito en un problema de imputación su olvido del significado de lo justo y lo injusto. ¿Qué queda entonces para la imputación del resultado? Poco. Una vez que se ha determinado que una conducta está típicamente prohibida, sólo se plantea como una cuestión de imputación el constatar que el resultado finalmente producido se halle en la relación necesaria con el peligro que implicaba la conducta, esto es, que el resultado sea expresión de aquel peligro y no de un riesgo general de la vida o de otro riesgo distinto del desaprobado»

3. La aportación de una perspectiva propia del autor (pp. 91 a 111), en la cual el autor desarrolla algunas consideraciones que ya había llevado a cabo anteriormente en su monografía «La partici-

pación en el delito: fundamento y límites» (pp. 181 ss. —Capítulo VI—). En el apartado 3.2 (pp. 98 ss.) es la parte del libro donde cobra pleno sentido el título del libro: Desvalorar e imputar. ROBLES parte de que resulta «absolutamente convincente el planteamiento de FRISCH según el cual el juicio que se lleva a cabo sobre la tipicidad objetiva de una conducta no es, primariamente, un juicio de imputación, sino de desaprobación». Con base en esta idea analiza las reflexiones teóricas sobre la imputación objetiva de un autor español con muchos parentescos con FRISCH como MIR PUIG (pp. 102 a 106). Finalmente (pp. 106) ss. parece defender una distinción entre norma de conducta y reglas de imputación en el sentido de HRUSCHKA (sobre ello el propio FRISCH en la misma obra, pp. 64 ss.) o KINDHÄUSER (*Herausforderung an das Recht, Alte Antworten auf neue Fragen?*, pp. 79 ss., influenciado por HRUSCHKA y HART), que tiene gran predicamento entre los miembros de la escuela de SILVA SÁNCHEZ. A partir de esta idea se aleja ROBLES PLANAS completamente de las consideraciones y posiciones de FRISCH (a pesar de lo que sostiene el propio autor). La idea esencial de ROBLES es que «el juicio de incorrección de la conducta tradicionalmente identificado de modo pleno con la categoría del injusto, cobra sentido como parte del concepto de injusto merecedor de pena en tanto expresa uno de sus dos elementos constitutivos: el juicio de desvaloración («conducta típica no justificada»). La imputación individual, tradicionalmente identificada con la categoría de la culpabilidad, constituye el segundo presupuesto necesario para poder afirmar la presencia de una conducta injusta merecedora de pena (injusto penal personal)» (p. 110). Llama la atención que ROBLES no aclara el papel del resultado típico y de su imputación dentro de su concepción, cuestión sobre la que gira gran parte de la discusión entre FRISCH y ROXIN en relación a su distinta concepción de la imputación objetiva. Está claro que para FRISCH el resultado típico no forma parte de la norma de conducta sino que es un elemento de la norma de sanción, pero... ¿Qué es lo que opina ROBLES PLANAS? Esa es una cuestión que en un trabajo de estas características hubiera merecido un tratamiento exhaustivo. También se echa de menos que el propio autor vinculara los asertos que hace en este libro con las conclusiones de su monografía anterior sobre la participación donde este autor señalaba correctamente a mi entender como en la teoría de la participación se trata de analizar qué conductas relacionadas de alguna manera con el hecho delictivo «no contribuyen a la explicación social-comunicativa del hecho delictivo» (*La participación en el delito*, p. 48) y como «se trata de establecer la relación de sentido necesaria, en el plano normativo, para imputar al partícipe la ejecución del hecho» (p. 179).

El principal objetivo de ROBLES PLANAS en este libro, que consiste en la distinción entre desvalor e imputación como elemento esencial de su posición, no queda nada clara ni desde una perspectiva conceptual ni en cuanto a sus consecuencias prácticas. Desde la perspectiva de la teorización de la imputación objetiva ROBLES PLANAS quiere dejar clara una idea que creo que ya no es novedosa en la doctrina española: que la tipicidad no es sólo una cuestión de imputación de resultados y que existen una serie de problemas previos. Sin embargo, sin dejar de compartir esa idea, creo que la distinción entre desvalor e imputación, no clarifica la cuestión sino que más bien la oscurece. A ello contribuye que a lo largo de su exposición ROBLES PLANAS utiliza el término imputación con un doble sentido: como imputación de resultados a conductas típicas (con base en la diferenciación de FRISCH entre conducta típica e imputación objetiva) y como imputación de la infracción de la norma de conducta a una persona, y en ese caso su teoría ya discurre por otros derroteros distintos a los que en principio parecía ser el objetivo del libro: una reflexión sobre la imputación objetiva.

En mi opinión, este trabajo de ROBLES PLANAS tiene un gran interés en la medida en la que representa una determinada situación de un sector de la doctrina española. Existen una serie de autores en nuestra doctrina como el propio autor, su maestro SILVA SÁNCHEZ o ALCACER GUIRAO que sin abandonar el suelo dogmático de la teoría de la motivación desarrollada por sus maestros pretenden llevar a cabo un mayor proceso de normativización de la dogmática del Derecho Penal. Mi visión absolutamente personal de estos intentos loables y brillantes es que no acaban de encontrar su sitio. El que se quiere sentar entre dos sillas puede acabar no sentado en ninguna. La segunda parte de esta recensión se dedica básicamente a analizar esta compleja cuestión.

II

Llama la atención que FRISCH, partiendo de la distinción de origen finalista entre desvalor de la acción y desvalor del resultado, lo que queda muy obvio en el planteamiento de sus diferencias con ROXIN, reduzca la teoría de la imputación objetiva a una teoría de la imputación del resultado. Llama también la atención que en su aportación ROBLES PLANAS, al referirse a las debilidades de la teoría de la imputación objetiva, resalte su debilidad por tratarse exclusivamente de una teoría de la imputación de resultados. Creo que a lo largo de los años noventa esta concepción ha sido enriquecida tanto en Alemania como en España por concepciones más globales de la teoría de la imputación objetiva como teoría completa de la tipicidad. Por eso no es

cierto que «la teoría de la imputación objetiva no aspira ni puede aspirar a ser una teoría del injusto típico». Hace tiempo que varios autores aspiramos a ello. Puede que estemos equivocados, pero esa aspiración existe desde los años noventa. Por sólo citar un ejemplo obvio, la teoría de JAKOBS de la imputación objetiva como quebrantamiento de un rol, no se puede definir adecuadamente como una mera teoría de imputación de resultados.

Ello no significa que, como ya he ido mostrando en trabajos anteriores, los puntos de contacto con la posición de FRISCH sean abundantes (también lo son en la posición que mantiene ROBLES con respecto a los límites objetivos o normativos de la participación criminal). Sin embargo, a pesar de esos puntos de contacto y las amplias coincidencias en muchas conclusiones, ya he señalado en trabajos anteriores algunos problemas que creo que plantea la teoría de la imputación objetiva de FRISCH:

a) En su teoría no acaba de tener una explicación satisfactoria la naturaleza dogmática del resultado típico como elemento de la norma de sanción y, por tanto, el fundamento teórico de la imputación de resultados (FEIJOO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención*, p. 109). Llama, por ejemplo, poderosamente la atención la idea de que la imputación de resultados se encuentre absolutamente desprovista de juicios de valoración, limitándose a una constatación fáctica, ya que previamente ya se han llevado a cabo en sede de la conducta típica todas las valoraciones relevantes. Ello no siempre es así. Así, por ejemplo, decidir si la omisión de un garante posterior a la creación de un riesgo típico (p. ej. un médico o el padre de un menor herido por un delito) o el retraso en el tratamiento sanitario adecuado afecta a la imputación del resultado que sea realización de dicho riesgo (FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pp. 134 ss.) es una cuestión profundamente valorativa. O, por ejemplo, siendo evidente que el comportamiento de la víctima en algunos casos provoca que la conducta de un tercero carezca absolutamente de relevancia penal, no se puede olvidar que en otros supuestos afecta sólo a la imputación del resultado (y en ese campo problemático hay que valorar qué pasa con las actuaciones de autores imputables o semiimputables o en qué casos la víctima carece de capacidad para tomar decisiones, o si son igual de relevantes las decisiones de la víctima herida cuando tiene ocho años que cuando tiene diecisiete años; en definitiva: cuestiones puramente valorativas que, desde luego, FRISCH no desconoce y ha tratado profundamente).

b) En la teoría de FRISCH no se distingue de forma clara entre las ponderaciones y valoraciones previas a la existencia de la norma

que le competen al legislador penal y la labor hermenéutica de las normas penales que deben realizar el dogmático y los órganos judiciales. Relacionado con ello el alcance de la conducta queda delimitado con conceptos vagos, abiertos, indeterminados, indefinidos y porosos que no aportan criterios claros y que sólo justifican la legitimidad de las soluciones previamente acordadas: la conducta es típica cuando crea un riesgo que es necesario, apropiado e idóneo prohibir en relación a la protección de bienes y contra esa creación del riesgo es preciso utilizar la pena como medio de lucha necesario, idóneo y adecuado en beneficio de la protección de bienes (FEIJO SANCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes, p. 71 y Resultado lesivo e imprudencia, pp. 234 s.). El mejor ejemplo de ello es que el doble juicio sobre 1) si es legítimo (idóneo, necesario, etc.) limitar la libertad de actuación y 2) si es legítimo (apropiado, necesario, etc.) intervenir con el Derecho Penal es algo que se puede predicar de todas las instituciones de la teoría jurídica del delito.

Me gustaría señalar aquí que FRISCH ha desarrollado un interesantísimo modelo político-criminal basado en estas ideas que, llamativamente, ha tenido escaso eco en nuestra doctrina, donde la escuela de Frankfurt parece monopolizar la influencia alemana en la discusión sobre cuestiones de política criminal, a pesar de existir teorías fascinantes como la de FRISCH (Stree/Wessels-FS, pp. 69 ss., especialmente 76 ss., Von totalitären zu rechtstaatlichem Strafrecht, pp. 205 s., 211 ss., El sistema integral del Derecho Penal, pp. 194 ss. y Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, pp. 215 ss.). Este autor ha buscado diseñar un modelo político-criminal orientado a la prevención general positiva alternativo al basado en la teoría del bien jurídico (por tanto, alternativo al de autores como ROXIN o HASSEMER). FRISCH utiliza como criterio rector el de adecuación de la pena y ha señalado como paradójicamente el debate sobre los límites del Derecho Penal se ha desarrollado sin una reflexión suficiente sobre aquéllo que se quiere limitar: la pena. Este autor, ante las limitaciones de la teoría del bien jurídico para desarrollar una teoría material del delito, busca una fundamentación material con referencia a hechos merecedores y necesitados de pena, en la medida que ésta es la reacción estatal más grave a la que, por ello, se encuentra vinculado un juicio de reproche ético-social. Sobre la importancia de la obra de FRISCH y su concepto material de hecho punible en la doctrina penal alemana actual vid. el libro-homenaje Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem (en español El sistema integral del Derecho penal), con contribuciones de WOLTER, FREUND, KUHLEN, BURKHARDT y el propio FRISCH. Cabe destacar la contribución de

KUHLEN (pp. 77 ss.) por sus críticas al proyecto político-criminal de FRISCH, críticas que son rebatidas por el propio FRISCH en la misma obra (traducción en *El sistema integral del Derecho Penal*, pp. 196 ss.). La idea esencial de la teoría político-criminal de FRISCH es que «ha resultado ser un fraude la esperanza cultivada en los últimos decenios referente a que el delito se podía caracterizar con mucha precisión a través del concepto de bien jurídico. Dado que tan sólo la lesión o amenaza de bienes jurídicos podía caracterizarse como delito, este concepto permitía a la vez otorgar contenido material a los mencionados contornos. Y ello no sólo porque el incontestable bien jurídico genere preguntas que no pueden ser respondidas únicamente mediante el concepto de bien jurídico (p. ej., ¿qué afectaciones o amenazas deben castigarse? ¿Y bajo qué —otras— condiciones? Ante todo es evidente que la noción de bien jurídico permite construir cualquier cosa, de manera que la adopción de este concepto no ofrece al Derecho penal ningún contorno preciso ni puede protegerlo frente a una ampliación (quizás) desmesurada. En el fondo, la respuesta a la pregunta de qué convierte realmente un hecho en delito se agota en lo que ha sido respondido desde hace ya unos doscientos años, a saber, debe ser siempre un injusto merecedor y necesitado de pena» (*El sistema integral*, p. 195). Siendo adecuado este tipo de planteamientos para desarrollar una teoría político-criminal, no creo, a diferencia de lo que sostiene FRISCH, que este tipo de valoraciones y ponderaciones sirvan directamente para resolver todos los problemas relacionados con la tipicidad (posiciones de garantía, delimitación entre comisión por omisión y omisión simple, límites de la participación criminal, determinación del riesgo permitido y del nivel de confianza permitido en una determinada sociedad, etc.).

En esta recensión no quiero volver, sin embargo, sobre críticas que ya han sido profusamente expuesta en otros lugares, sino analizar críticamente la dicotomía radical que se plantea en el libro entre desvalorar e imputar. Ello es así ya que, a diferencia de lo que sostienen los autores de este libro, pudiera ser que la mejor alternativa dogmática fuera en una línea más normativizadora asumir radicalmente la idea de que la teoría jurídica del delito más que una teoría de la acción como sustrato de la imputación es una teoría de la imputación; es decir, una teoría de cómo la sociedad imputa delitos a personas, por lo que todos los elementos del delito (tipo objetivo, tipo subjetivo, injusto, culpabilidad) son elementos que se imputan y, en un ordenamiento que impone penas, ello lleva siempre implícito un desvalor. Utilizando la nomenclatura de FRISCH, se trataría de que la conducta típica o la creación de un riesgo típico se imputa a una per-

sona al igual que se imputa el resultado. A partir de esta idea habría que entender que las acciones delictivas no serían algo que se produce en un contexto social sino sólo artificios o artefactos atributivos o de imputación que produce el orden social. La perspectiva relevante pasa a ser así la del macrosujeto que imputa hechos delictivos e impone las penas correspondientes, ya que no importa el sentido que el hecho tenga para el que lo ha cometido sino su significado para la sociedad (para el ordenamiento jurídico). Evidentemente este concepto de imputación ya no tiene nada que ver con la teoría tradicional de la imputación de la filosofía moral desde ARISTOTELES con su distinción para fundamentar la responsabilidad entre acciones voluntarias e involuntarias. El punto de vista de la teoría del delito, por la evidente influencia de las teorías funcionales, ha ido girando hacia el que imputa, es decir, la sociedad, por lo que la discusión sobre el concepto de acción ha perdido su relevancia (representativos BACIGALUPO ZAPATER, CPC 2003, p. 7; KINDHÄUSER, op. cit., pp. 77 ss., especialmente 93 ss.; MIR PUIG, Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la criminología*, p. 394) siendo lo decisivo conocer cuáles son las reglas de imputación conforme a las cuáles la acción cobra relevancia comunicativa para el sistema jurídico. Todo ello representa mucho más que un mero cambio terminológico — aunque en algunos autores la utilización del termino imputación no sea más que eso—, de tal manera que, en mi opinión, la teoría jurídica del delito se puede diferenciar radicalmente entre las tradicionales teorías de la acción y las modernas teorías de la imputación. La evolución actual de la teoría jurídica del delito viene marcada por esa distinción, siendo un giro dogmático que inició ROXIN en los años sesenta y que todavía se encuentra en fase de desarrollo.

SILVA SÁNCHEZ (*Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la criminología*, pp. 571 ss.) se refiere en este sentido a la teoría del delito bien como teoría de una infracción o bien como teoría de la imputación, buscando una concepción integradora o solución ecléctica que, como ya he señalado al referirme a las tesis de su discípulo ROBLES, no acaba de presentar contornos claros. Sobre todo cuando el propio autor ha señalado lo difícil que resulta encontrar elementos comunes entre ambos modelos dogmáticos: «La diferencia existente entre uno y otro planteamiento puede ser sustancial. Pues mientras que el uno toma como núcleo la dimensión prospectiva (o de futuro), el otro, en cambio, se centra en la dimensión retrospectiva propia de la asignación de pena. Mientras que para uno la relación entre norma y destinatario adquiere un papel fundamental, para el otro su significado se relativiza, considerándolo-

se sólo desde el punto de vista rector de la teoría de la imputación de responsabilidad y de la imposición de pena: desde la perspectiva de las expectativas sociales proyectadas sobre el individuo que lo configuran como «persona construida» (centro de imputación de derechos y deberes) y de la defraudación de dichas expectativas.

Ello conlleva posibles diferencias adicionales de no poca trascendencia. Así, las teorías del delito que se construyen como teorías de la antinormatividad pueden verse, de entrada, más limitadas por datos ontológicos (en sentido amplio: psicológicos, empíricos, metafísicos) o de lógica de las normas; ello es así, porque el delito se expresa sobre todo como una relación individual sujeto-norma, por más que, en el marco de aquélla, se produzcan concreciones valorativas de base social, y que luego tenga lugar un juicio social de atribución de responsabilidad por la infracción personal de la norma. En cambio, las teorías del delito que se construyen como teorías de la imputación son susceptibles de producir una normativización extrema. En segundo lugar, también podría apreciarse que las teorías del delito como infracción de un imperativo tienden a ser más subjetivistas que las teorías del delito como sistema de imputación a un sujeto de responsabilidad por la vulneración de una norma que surge de una expectativa social (rol)...En cuarto lugar, las sistemáticas que se construyen atendiendo sobre todo a la antinormatividad producen una pérdida de protagonismo de los elementos analíticamente posteriores a la constatación de la misma, mientras que las que atienden básicamente a consideraciones de imputación desplazan el centro de gravedad de la teoría del delito al momento analíticamente posterior a la constatación de la producción de un hecho antinormativo».

Creo que con la misma intención que SILVA SÁNCHEZ queda más claro el modelo de síntesis que propone ALCACER GUIRAO (¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, p. 124): «Con la pena-especialmente con la concreta imposición de la pena-, se persigue reinstaurar la vigencia de la norma, pero ello tanto en su faceta de restablecimiento de confianza de los ciudadanos en el respeto de las mismas, como en su faceta de refuerzo del poder valorativo y coactivo (a través de la amenaza de pena) de la norma de conducta, la cual sirve directamente a la prevención de conductas lesivas para los bienes jurídicos. Así, es esencialmente la pena impuesta la que ejercita ese refuerzo en la confianza en las expectativas sociales de conducta, operando en cambio, tanto la imposición de la pena como la norma de conducta (unida a la amenaza de pena) en aras del fin primordial de protección de bienes jurídicos. En cualquier caso, no sería del todo errado distribuir el peso de ambos cometidos del Derecho penal. Así, podría afir-

marse que la protección de bienes jurídicos se realizaría especialmente por la norma de conducta (más amenaza de pena), en cuanto es en ésta donde radica el componente esencialmente preventivo (orientado al futuro) de evitación de conductas potencialmente lesivas para los bienes jurídicos; mientras que el restablecimiento de la vigencia del ordenamiento vendría especialmente satisfecho por la norma de sanción, caracterizada por el componente reactivo (orientado al pasado). Expresado en otros términos: mientras la norma de conducta serviría al fin de dirección de conductas, la pena impuesta operaría esencialmente en el restablecimiento de expectativas...a partir de esa oposición, podemos trazar una ulterior, vinculando a la norma de conducta, y a su misión inmediatamente protectora de los bienes jurídicos, la noción de merecimiento de pena, y situando en la norma de sanción, y a su fin inmediatamente dirigido al restablecimiento de la vigencia (en sentido genérico) de las normas, lo relativo a la decisión sobre la necesidad de pena».

No es ninguna casualidad que SILVA SÁNCHEZ y ALCACER GUIRAO sean dos destacados discípulos de dos «motivacionistas» como MIR PUIG y GIMBERNAT ORDEIG respectivamente. Las aportaciones de estos dos autores demuestran que la doctrina española más puntera está intentando introducir nuevas perspectivas en la teoría del Derecho Penal, pero sin dejar de pisar el terreno dogmático que conquistaron sus maestros. Existe una corriente moderna en la doctrina española que intenta que en la teorización del Derecho Penal convivan dos mundos distintos vinculados a fines distintos de la pena y a concepciones materiales diversas del delito.

La distinción entre las tradicionales teorías de la acción y las modernas teorías de la imputación se corresponde en mi opinión con lo que ROBLES PLANAS (op. cit., pp. 144 ss.) denomina en el ámbito de la teoría de la autoría y participación como «sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma» (teoría de la acción) y «sistema de responsabilidad por la intervención en el hecho» (teoría de la imputación). Como señala este autor, «en realidad, la diferencia entre ambos sistemas reside en que en el primero no se produce la objetivación del hecho, de manera que no cabe entender que se interviene en algo. En cambio, en un sistema de intervención, el hecho queda relativamente distanciado de las aportaciones particulares de cada sujeto. En un sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma el punto de mira no es el «hecho típico», sino las infracciones individuales de las normas, de manera que cada sujeto sólo puede ser «autor» de su propia infracción. En este modelo teórico se está afirmando que cada infracción de la norma constituye un «hecho» ya relevante para el Derecho penal. Pero esto supone re-

nunciar a la perspectiva del tipo para decidir acerca de la relevancia penal de los «actos». Esto es, se está adoptando una perspectiva pre-típica para definir la materia de prohibición penal...en un sistema de responsabilidad por la intervención, al otorgar al hecho relevancia como suceso con unidad de significado, cabe tomar parte en el mismo: cada sujeto responde por el hecho, si bien de manera distinta».

El avance imparable de la teoría de la imputación objetiva no es más que una concreción de esta idea o evolución global en el ámbito de la tipicidad. De acuerdo con este cambio de paradigma una acción equivalente desde un punto de vista naturalístico puede tener un tratamiento diverso en función de las características de cada sociedad y la determinación de la responsabilidad jurídico-penal no puede hacerse corriendo un velo de ignorancia hacia dichas características. Lo que es delito no depende sin más del contenido de la acción, sino de sus consecuencias comunicativas para el sistema social o del sentido comunicativo que la sociedad le otorgue. Por ejemplo, lo que puede ser excepcional e incorrecto en una sociedad industrializada puede ser cotidiano y socialmente adecuado en otra rural y viceversa. O, por citar otro ejemplo, los niveles de riesgo permitido en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo dependen de las características de una sociedad (más o menos liberal, más o menos necesitada de promover el desarrollo industrial, etc.).

En lo que estoy de acuerdo con FRISCH es que la concepción del injusto propia de los pioneros de la teoría de la imputación objetiva como ROXIN pone demasiado énfasis en la afectación de bienes dejando de lado la necesaria referencia a la juridicidad (FRISCH, Müller-Dietz-FS, pp. 253 s., con ulteriores referencias; El sistema integral del Derecho Penal, pp. 204 ss., 232; 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Tomo IV (Strafrecht, Strafprozessrecht), p. 278; sobre la relevancia de esta cuestión para la teoría de la determinación de la pena vid. FRISCH, Tatproportionalität, pp. 15 ss.). Lo decisivo para la existencia de un injusto penal y el único elemento común denominador de todos los injustos es la lesión de la juridicidad en el plano comunicativo de la intersubjetividad. Las normas son esquemas de coordinación entre ámbitos de organización. La pena protege normas y éstas protegen ámbitos de organización. No se debe olvidar que no sólo el reconocimiento, sino también la protección de ámbitos de organización es una función básica del Derecho para el Estado o el sistema social; es más, el reconocimiento sin protección es un reconocimiento puramente formal pero no una realidad social. A partir de ese reconocimiento y esa protección de los diversos ámbitos de organización se derivan determinados deberes organizativos que configuran la juridicidad o antijuridicidad de las

conductas. Esta idea pretende ser esbozada en las páginas siguientes aunque con la debida brevedad.

Los ámbitos de organización que protegen las normas penales no tienen un perfil fijo, sino que son determinados por las normas, que van construyendo ámbitos individuales o supraindividuales (estatales, colectivos, etc.) de organización. La existencia y alcance de dichos ámbitos dependen de las circunstancias y necesidades de una determinada sociedad y carecen de un contenido fijo ajeno a las normas de ese sistema social.

La idea de que las normas son esquemas de coordinación también tiene relevancia para determinar a quién se le imputa un comportamiento contrario a Derecho. Hay que tener en cuenta que el Derecho y, en concreto, el Derecho Penal de un sistema de libertades no es sólo un sistema de protección de bienes sino más bien un sistema maximizador de libertad. Por ello lo decisivo no es lo que se protege sino la lesión de las relaciones jurídicas de reconocimiento. El injusto supone el uso ilegítimo de la libertad reconocida por el sistema jurídico y, por tanto, una relación social incorrecta. La relevancia típica de una conducta no depende de las características intrínsecas de una acción (causales, finales, etc.) sino de la relevancia que las normas le otorguen.

De acuerdo con esta idea los injustos se construyen sobre un hecho que adquiere intersubjetivamente relevancia comunicativa como menosprecio de un ámbito de organización reconocido por el Derecho que disfruta de protección jurídica. Los delitos de lesión tienen su fundamento en la tipificación de arrogaciones de ámbitos o espacios de organización ajenos protegidos por las normas. El injusto de lesión es siempre la arrogación de un ámbito de organización ajeno (que lesiona bienes; sin embargo, no toda lesión de un bien equivale a un injusto). Los delitos de peligro son supuestos en los que no se tipifica la arrogación sino sólo la desprotección ilegítima de otro ámbito de organización (delitos de peligro concreto; en profundidad, FEIJO SÁNCHEZ, *La Ley 99*, pp. 1880 ss.) o la incorrecta organización del propio ámbito de organización (delitos de peligro abstracto; en profundidad, FEIJO SÁNCHEZ, *Libro-Homenaje a Rodríguez Mourullo*).

Desde la perspectiva que se ha diseñado aquí la progresiva normativización de la tipicidad que está capitaneando la teoría de la imputación objetiva no es más que una línea coherente con respecto a la que aquí sólo cabe esbozar algunos aspectos muy generales.

Es evidente que aquí se entiende la imputación objetiva como una teoría global del injusto, es decir, como una teoría normativa del

tipo y del injusto que incide en los aspectos comunicativos del delito por encima de los fácticos (causalidad, lesión de bienes, etc.). Creo, por ello, más acertado hablar de una teoría de la imputación normativa, aunque el aspecto terminológico sea lo de menos. En realidad, lo que está pendiente de desarrollo es una teoría del delito como imputación normativa que encerraría en su seno una teoría normativa de la tipicidad (curiosamente no muy alejado ROXIN, ZStW 116, pp. 931 ss.). Si bien JAKOBS tiene el mérito de haber abierto esta perspectiva con su teoría funcional del delito, creo que en dicha teoría funcional presenta demasiados problemas su equiparación entre imputación objetiva y quebrantamiento o infracción de un rol que peca de rigidez. No tiene suficientemente en cuenta que el significado objetivo de una conducta como lesión o como participación en un injusto sólo se puede tener en cuenta como proceso de interacción.

Por esa razón en el ámbito de la tipicidad he renunciado a una fundamentación de la prohibición de regreso en la línea de JAKOBS y creo que el significado delictivo de una conducta de participación no es ajeno a la configuración del hecho principal. De esta manera en casos en los que alguien no quebranta el rol es posible hablar de participación criminal (a esta conclusión también llega JAKOBS, pero traicionando su fundamentación al recurrir a la modificación de sentido en caso de determinados contextos delictivos). ROBLES PLANAS ha mantenido unas ideas muy parecidas en lo esencial salvo algunos matices (op. cit., pp. 303 ss., criticando también a JAKOBS por razones similares en pp. 308 ss.). También he criticado a JAKOBS por su rigidez de la idea de riesgo permitido que es demasiado dependiente de la normativa extrapenal. Da la impresión de que su insistencia en los últimos trabajos de que el Derecho es básicamente relación entre personas y el delito ruptura de las relaciones interpersonales (Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, pp. 12, 59 ss.) parece superar la rigidez del concepto de rol social y se acercaría a las ideas que se están exponiendo aquí. Sin embargo se trata de un concepto que, como todos los conceptos del sistema de JAKOBS en los últimos tiempos, se queda en un nivel de abstracción que precisa desarrollo dogmático de acuerdo con el contexto normativo vigente.

Es evidente, pues, que no se trata de entender la imputación objetiva como una selección de los procesos causales relevantes para el tipo ni de reducirla a una teoría sobre la imputación de resultados.

En este sentido se desarrolló inicialmente la teoría de la imputación objetiva tanto en Alemania (ROXIN) como en España (GIMBERNAT ORDEIG). Vid. recientemente las últimas reflexiones de ROXIN, ZStW

116, pp. 930 ss., sobre la teoría de la imputación objetiva. La teoría de la imputación objetiva fue entendida básicamente como una limitación de la causalidad entendida ésta como elemento central de la imputación. Dentro de esta concepción original la imputación objetiva es entendida como un conjunto de límites teleológicos o ¿político-criminales? de la causalidad adecuada (que presupone la equivalencia de todas las condiciones que sólo pueden ser diferenciadas en su relevancia mediante consideraciones jurídicas). Este punto de partida hace que en aspectos concretos estos autores hayan venido defendiendo consecuencias dogmáticas a las que yo me he venido oponiendo en otros lugares: defensa de la teoría del incremento del riesgo, utilidad de la diferenciación entre autolesiones y heterolesiones consentidas a efectos de imputación, etc. En el caso de GIMBERNAT, padre de esta criatura que es la teoría de la imputación objetiva, el que él entienda la causalidad como base o espina medular de la teoría mientras aquí se entiende la causalidad en el contexto normativo de una coordinación defectuosa de ámbitos de organización, provoca que en muchos temas puntuales existan divergencias que tienen que ver con este punto de partida (imputación objetiva en el seno de organizaciones empresariales y de decisiones colectivas de órganos, relevancia del comportamiento de la persona lesionada, comprensión normativa de los cursos causales salvadores, etc.).

La causalidad no es más que un indicio de una arrogación incorrecta de otro ámbito de organización. Si se asume que lo decisivo es esa coordinación defectuosa de un ámbito de organización con otros la concepción de la teoría de la imputación objetiva como una teoría global del tipo y no sólo de imputación de resultados cae por su propio peso. Se trata, pues, de una teoría sobre cómo el sistema jurídico imputa a una persona un hecho definido como injusto (sea ese hecho un delito de resultado o de mera actividad, de lesión o de peligro, de autoría o de participación, etc.). La imputación de resultados no es más que una parte de la teoría normativa de imputación de hechos típicos, es decir, es un apartado de la teoría de la imputación objetiva y, por tanto, ésta no se reduce a ser una teoría sobre la imputación de resultados típicos. La conocida fórmula de que se puede imputar un resultado cuando se ha creado un riesgo (jurídicamente desaprobado, con relevancia típica, no permitido, etc.) que se realiza o concreta en el resultado es una concreción de esta idea general que no hace más que desvelar la estructura interna de los delitos de resultado, especialmente de los delitos puros de resultado que sólo describen una conducta en relación a sus consecuencias. Dicho de otra manera, cuando a una persona se le puede imputar un riesgo con relevancia típica que es el que efectivamente

en el caso concreto permite explicar el resultado queda definido objetivamente su comportamiento como arrogación de un ámbito de organización ajeno. La teoría de la imputación objetiva es una teoría sobre la dimensión objetiva del hecho desde una perspectiva comunicativa y con base en la idea de que objetivamente los hechos descritos en los tipos penales son organizaciones defectuosas de un ámbito de organización.

No es esta recensión el lugar adecuado para profundizar en estas ideas. Simplemente he intentado dejar en evidencia ciertas cuestiones que el libro recensionado nos obliga a afrontar y cómo no nos queda más remedio que discutir, bien en sentido favorable bien en sentido crítico como aquí se ha hecho, sobre esa dicotomía radical que se plantea entre desvalorar e imputar y que da título a la obra.

Al igual que he hecho con las críticas, tampoco quiero volver en esta recensión a señalar los abundantes puntos de contacto con la teoría de la imputación de FRISCH (y en sus correctos razonamientos contra los autores finalistas) que ya he manifestado anteriormente en otros trabajos. Quiero finalizar simplemente con dos ejemplos que demuestran la coincidencia en muchos puntos entre la posición mantenida en el libro sobre la imputación objetiva y lo que he afirmado anteriormente en la medida en que el libro es una prueba de que existe un acuerdo amplio —y eso es lo importante— en que no queda otro camino en el ámbito de la tipicidad que su normativización y la utilización de criterios normativos. El primero: A le da una mala noticia a B sabiendo que éste tiene problemas cardíacos. Un sector de la doctrina que defiende una teoría subjetivista diría que en este caso lo decisivo es que A conoce (conocimientos especiales) los problemas cardíacos de B. Sin embargo, esa no es la cuestión esencial. La cuestión esencial es si dar una mala noticia es una arrogación incorrecta de un ámbito de organización propio o si la forma de superar la desgracia o el infortunio es competencia de cada uno. Sólo si se opta por la primera opción pasa a ser decisivo el deber de evitar y, por tanto, los conocimientos del que objetivamente ha realizado un contacto social incorrecto. Los conocimientos no convierten en una arrogación de un ámbito de organización ajeno lo que no lo es. El segundo: A le proporciona a B de 17 años grandes dosis de alcohol con la intención de que en estado etílico realice algo peligroso para él o para terceras personas o se lesione o lesione a alguien, hecho que efectivamente sucede según lo planeado. De nuevo el dato decisivo no es la intención de A, sino si, de acuerdo con criterios de autorresponsabilidad, lo que ha sucedido es competencia de A o de B. Sólo en el primer caso se podrá imputar a A la autolesión o la lesión de un tercero como un injusto doloso.

Espero que de esta recensión el lector haya sacado la evidente conclusión de que la obra « Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal » es un trabajo de lectura obligada para toda persona interesada en la teoría de la imputación objetiva y en el fundamento del injusto penal. Si he conseguido interesar a alguien para que empiece a leer este libro que una vez que se comienza se devora de un tirón habré conseguido mi objetivo. Se trata de una obra imprescindible en la que un gran maestro de la dogmática moderna como FRISCH muestra el estado de la cuestión en la doctrina alemana y un joven, destacado y muy prometedor profesor español como ROBLES plasma un cierto clima existente en la doctrina española más moderna, planteando ambos algunas cuestiones teóricas que tendremos que seguir discutiendo en los próximos años si queremos que la dogmática siga cumpliendo la tarea social que le corresponde.