

Normatividad e imputación
objetiva: respuesta a la recensión
de Feijóo Sánchez a Frisch/Robles
Planas, *Desvalorar e imputar* (2005)

Ricardo Robles Planas

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

361

Abstract*

Este trabajo constituye la réplica del autor a la recensión de Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ al libro publicado en 2005 por Wolfgang FRISCH y Ricardo ROBLES PLANAS (Atelier, colección Justicia Penal, nº 6) titulado "Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal".

I

Poco después de publicarse "*Desvalorar e imputar*" ha aparecido una recensión de FEIJÓO SÁNCHEZ que viene a enriquecer la discusión dogmática de manera extraordinaria¹. Este acontecimiento no sólo debe celebrarse por las importantes reflexiones, en ocasiones críticas, que FEIJÓO SÁNCHEZ vierte sobre parte de los planteamientos allí esbozados por FRISCH y por quien escribe estas líneas. Es sobre todo un gran estímulo para la continuidad en nuestra comunidad científica del debate sobre aspectos fundamentales de la teoría del delito. Animado por ambas razones, en las siguientes páginas me dispongo a responder a las observaciones de FEIJÓO SÁNCHEZ, especialmente a las vertidas contra algunos de los planteamientos apuntados en el trabajo que constituye mi aportación al mencionado libro titulado "*Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*". Ello, de nuevo, con la pretensión de seguir contribuyendo a la reflexión doctrinal, tratando de ahondar en ciertas cuestiones allí sólo marginalmente esbozadas, deshacer ciertos malentendidos y, en fin, establecer algunos vínculos con otras aportaciones doctrinales en aras a clarificar posturas. En el presente texto se ha procurado mantener el estilo dinámico propio del debate, iniciado por FEIJÓO en su recensión, por lo que el lector sabrá disculpar las omisiones, la práctica ausencia de referencias bibliográficas e incluso la presuposición de buena parte de la discusión y del texto de referencia (¡y de tantos otros!) que la motiva(n). De la gran cantidad de puntos tratados en la recensión de FEIJÓO aquí sólo me ocuparé de los que me han parecido más críticos y esenciales para la discusión, cosa que no debe ocultar el alto grado de acuerdo existente en muchos otros aspectos que ahora quedan al margen².

II

FEIJÓO SÁNCHEZ comienza la parte más constructiva de su crítica desde una defensa acérrima de la teoría de la imputación objetiva como revulsivo de la dogmática penal de las últimas décadas y estandarte de la penetración del normativismo en la construcción del concepto de delito. Desde esta posición, le sorprende poderosamente que alguien pueda negar la idoneidad de la teoría de la imputación objetiva para acoger una auténtica teoría del injusto típico.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Plan Nacional I+D+I) titulado "Diez años del nuevo Derecho penal de la criminalidad en la empresa: la intención del legislador y la actuación del sistema judicial", cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez (Referencia: SEJ2005-03425/JURI).

¹ Recensión publicada en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 17 (2006), pp. 417-436.

² Si no se indica lo contrario, las frases entre corchetes corresponden a citas literales de la recensión de FEIJÓO SÁNCHEZ.

Esta apreciación de FEIJÓO SÁNCHEZ podría venir motivada por ciertos equívocos. Cuando he afirmado que la teoría de la imputación objetiva no puede aspirar a ser un *teoría del injusto típico*, lo he hecho en referencia a que la “teoría de la imputación objetiva”, tal y como se ha venido concibiendo desde HONIG, no tiene (ni puede tener) por misión aprehender el *comportamiento jurídicamente incorrecto* en Derecho penal, sino que, a lo sumo, lo presupone. Por su parte, lo que, sobre todo –según se colige a lo largo de la recensión–, quiere expresar FEIJÓO SÁNCHEZ es la necesidad de normativizar el concepto de injusto. En este sentido, no cabe negar que la corriente dogmática denominada “normativismo”, que especialmente desde la década de los 90 procede reconstruyendo los diversos institutos de la teoría del delito prescindiendo de elementos ontológicos, utiliza masivamente la denominación “teoría de la imputación objetiva” para referirse a ese momento fundamentador del injusto normativizado (y que a su vez constituiría el signo que la distinguiría de corrientes doctrinales anteriores). A este respecto debe precisarse lo siguiente: no se trata de poner en duda las premisas del normativismo (en el sentido defendido por FEIJÓO SÁNCHEZ), sino de averiguar lo que de acertado y erróneo se esconde tras el eslogan de la “imputación objetiva”. Así, lo que aquí se sostiene es que no parece apropiado aproximarse al momento en el que el Derecho penal desaprueba la conducta como punto de partida de todo injusto (normativamente comprendido) sobre la base de “la imputación objetiva” (ya sea del resultado y/o de la conducta). Si FEIJÓO SÁNCHEZ estuviera dispuesto a admitir que la aludida normativización puede y debe mantenerse al margen del instrumental de la imputación (en sentido estricto) de algo (conducta y/o resultado) para la afirmación de la tipicidad objetiva de la conducta, siendo tal imputación sólo un reflejo (no siempre nítido) de una operación previa que es la que fundamenta realmente la desaprobación de la conducta del agente (su injusto), entonces habrían terminado las discusiones. Si, por el contrario y como es de temer, FEIJÓO SÁNCHEZ siguiera sosteniendo que el comportamiento injusto en Derecho penal es aquel al que objetivamente se le puede imputar un resultado y/o una conducta, entonces deberá prolongarse el debate teniendo en cuenta, por lo menos, los extremos a los que me refiero a continuación.

En primer lugar, afirmar que un comportamiento es injusto cuando se le puede imputar un determinado resultado equivale a afirmar que el injusto del sujeto viene conformado primariamente por el injusto del resultado y se constata mediante determinadas reglas de imputación. Desde este punto de vista, digámoslo abiertamente, la conducta del sujeto no interesa más que como *acción* (sustrato) a la que poder imputar el injusto del resultado. Con esta manera de proceder, no sólo la tentativa queda huérfana de explicación, sino que además (o precisamente por ello) se abandona la perspectiva de las normas de conducta vinculadas al tipo penal. Si acaso habría una única (y omnipresente) norma de conducta que rezaría: “no te comportes de manera tal que se te pueda imputar objetivamente un resultado” o “compórtate de forma tal que no se te pueda imputar objetivamente un resultado”. Esta forma de entender la “normatividad” en Derecho penal poco tiene que ver con las comprensiones más profundas y arraigadas de la dogmática jurídico penal. De hecho, la propia concepción del delito como *quebrantamiento del Derecho* y la pena como su respuesta restabilizadora (una concepción a la que FEIJÓO se adscribe abiertamente) no se compadece con una construcción dogmática del injusto que prescinda de normas de conducta. Expresado de otro modo: en una teoría del injusto construida sobre la base del pensamiento de la imputación (objetiva de resultados) las *propiedades*

de la conducta en cuanto a su corrección o incorrección desde el punto de vista del Derecho son irrelevantes. El desplazamiento de las normas de conducta como eje sobre el que debe gravitar la determinación del injusto, no sólo convierte la atribución de responsabilidad en menos distintiva y precisa, sino, especialmente, en menos garantista³.

Sin embargo, paradójicamente, FEIJÓO aplaude y defiende aquellas posturas, como la de FRISCH, en las que no se deja de lado la noción de juridicidad. Creo que sólo una construcción del injusto penal que coloque en su centro el concepto de desvaloración (en la correspondiente categoría de la conducta típica), apartándose del pensamiento de la imputación (objetiva del resultado), puede estar en condiciones de mostrarse respetuosa con la aludida e ineludible referencia a la "juridicidad": lo que sea jurídico o anti-jurídico no lo puede decidir la imputación de un resultado a una conducta, sino, precisamente la comparación de la propia conducta con las exigencias del Derecho expresadas en normas de conducta. Como ha afirmado FRISCH, sistemáticamente puede primero decidirse acerca de si una conducta se imputa a un sujeto como acción, pero no puede imputarse un resultado (lesivo) a una conducta y entonces predicar su incorrección sin antes haber definido la propia conducta como conducta típicamente incorrecta. Cuando se opera así, esto es, se parte del resultado y se imputa éste a una conducta de acuerdo con un conjunto de reglas (de imputación), difícilmente se puede seguir afirmando que el único elemento común denominador de todos los injustos es la «lesión de la juridicidad».

Por otro lado, resulta extraño afirmar que "un sujeto lleva a cabo un comportamiento injusto cuando se le puede imputar objetivamente un comportamiento injusto". No obstante, esta idea de la "imputación objetiva de la conducta" está relativamente extendida en la doctrina. Nuevamente en este punto parece estar haciéndose alusión no tanto a la "imputación" de una conducta a un sujeto, sino a su consideración como conducta penalmente injusta. Pero si la conducta es injusta es porque infringe, rebasa, quebranta, etc. los límites preestablecidos de la libertad de actuación. El que se pueda imputar o no a un sujeto una determinada conducta no afirma nada de la licitud o ilicitud de su conducta. En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ es víctima de su propio lenguaje cuando, por ejemplo, afirma que «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*» o cuando sostiene que la imputación objetiva es «una teoría sobre cómo el sistema jurídico imputa a una persona un *hecho definido como injusto*» (las cursivas son mías). En ambos lugares, FEIJÓO SÁNCHEZ está presuponiendo la incorrección de la conducta a imputar objetivamente. Lo que aquí se sostiene es, precisamente, que la determinación de la incorrección de la conducta es ya el elemento central de la teoría del injusto y, además, su constatación convierte en superfluas muchas de las cuestiones de imputación a las que alude FEIJÓO SÁNCHEZ (y otros autores), a la vez que opera con los criterios adecuados a los fines de toda teoría del injusto: deslindar el ámbito de lo (anti-)jurídico. En la medida en que la teoría de la imputación objetiva, o mejor: la comprensión del injusto principalmente como problema de imputación objetiva, olvida abordar la cuestión principal y, además, opera con unos criterios totalmente

³ Al respecto, véanse las indicaciones de, SILVA SÁNCHEZ (2003), *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 15 y ss.

distintos a los que sirven para afirmar la incorrección jurídica de una conducta, debe abandonarse su uso y reconducir la cuestión a la teoría de la conducta típica⁴.

III

FEIJÓO SÁNCHEZ también ataca mi crítica (y la de FRISCH) relativa a que la teoría actual de la imputación objetiva es una mera teoría de imputación de resultados. Sostiene el autor de la recensión que la parte del juicio de imputación del resultado no sólo es una cuestión fáctica (ya decidida en un nivel previo del comportamiento típico), sino una cuestión valorativa con significado propio. No puede negarse, en efecto, que en ciertos grupos de casos la decisión sobre si el autor debe responder por el delito de resultado consumado o sólo por una tentativa (de concurrir el dolo) es una decisión altamente compleja. Indudablemente aparecen múltiples aspectos valorativos que deben ser tenidos en cuenta. Ahora bien, la cuestión reside en si tales aspectos valorativos no se tienen en cuenta ya en el propio nivel de la conducta típica. De ser así, la imputación del resultado no sería más que la conexión de éste con la conducta prohibida. En este sentido, no sería correcto imputar un resultado que no fuera manifestación de una conducta que se prohíbe precisamente por su vinculación con el resultado que se quiere evitar. Toda responsabilidad por el resultado que no pueda reconducirse al quebrantamiento de una norma de conducta previamente dispuesta a tal fin y cuya infracción convierte a la conducta del sujeto en injusta es una atribución de responsabilidad inadmisibile. Y aún puede llegarse más lejos: es un error lógico partir del resultado (e imputarlo a una conducta) antes de examinar si concurre una conducta típica, pues los tipos de resultado requieren para generar responsabilidad por el delito consumado la presencia de un *resultado típico*⁵. Un resultado X sólo es típico si es la consecuencia específica de una *conducta típica*⁶. Veamos algunos ejemplos:

a) En los casos de errores médicos posteriores a la creación de un riesgo típico no estamos, contrariamente a lo que la gran mayoría de la doctrina parece sostener, ante problemas de imputación del resultado. En estos supuestos, lo decisivo será si la conducta inicial estaba ya prohibida teniendo en cuenta todas sus dimensiones de riesgo. Así, por ejemplo, si el primer sujeto ha creado un riesgo de lesiones y el error médico determina la muerte de la víctima, el

⁴ Cfr, también, SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch, Barcelona, p. 387; VIVES ANTÓN (1996), *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 309: "todos los aspectos de la imputación objetiva son reconducibles a la conducta típica".

⁵ Así también, FREUND (2003), *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, previo al § 13, núm. marg. 327.

⁶ FEIJÓO echa de menos en mis planteamientos un pronunciamiento personal sobre la posición del resultado en la teoría del delito. Según creo, la respuesta a esta cuestión no afecta a las pretensiones básicas contenidas en "Desvalorar e imputar". No obstante, y pese a que no es posible efectuar ahora un desarrollo adecuado del problema, a los efectos del presente contexto conviene insistir en que no toda modificación del mundo exterior interesa para el injusto, sino sólo aquellas que son la consecuencia específica del quebrantamiento de una norma de conducta. De esta manera, sólo una vez afirmada la desvaloración normativa de la conducta, las consecuencias de esa conducta se convierten en injustas y pueden así ser tenidas en cuenta para la graduación (y relevancia penal en los delitos imprudentes) del injusto. Y ello porque en el injusto importan todos los aspectos de la negación de la relación jurídica del autor con los demás, pero sólo en tanto constituyen expresiones de la conducta desvalorada por la norma.

primero no responderá por un homicidio, pues su conducta no estaba prohibida por la posterior consecuencia de muerte debida al tratamiento médico defectuoso. El dar lugar a una operación no implica crear un riesgo desaprobado por el peligro de error médico⁷. Otra cosa cabe decidir allí donde el error médico implica la no evitación de la consecuencia respecto de la cual ya existía un peligro claro a consecuencia de la conducta del autor (p. ej. un disparo letal seguido de un tratamiento médico imprudente). En estos casos, la conducta seguirá estando prohibida por el riesgo de producción del resultado aún cuando se produzcan errores (omisivos o activos) en el tratamiento médico *tendente a evitar la consecuencia*⁸. Sólo si el error médico desplaza, anula o se anticipa al riesgo inicial, de manera que el riesgo generado por el médico y que se materializa no es entonces parte del riesgo específico creado por el autor (su conducta no estaba prohibida en esa dirección), puede excluirse la responsabilidad de éste por el delito consumado⁹.

b) En los casos frecuentemente discutidos bajo el *topos* del comportamiento alternativo ajustado a Derecho tampoco reside el principal problema en la cuestión de la imputación del resultado a la conducta. Así, por ejemplo, el conductor de un ciclomotor que lleva en él a otro pasajero, infringiendo la prohibición de transportar pasajeros en estos vehículos, muriendo este último arrollado por un camión de mercancías, no crea un riesgo típicamente desaprobado de homicidio. El resultado de muerte producido no es, en realidad, un resultado derivado de la conducta ilícita del conductor del ciclomotor. La en sí concurrente ilicitud de la conducta (la razón de la prohibición: evitación de accidentes por las dificultades de conducción que el transporte de la persona adicional origina en el ciclomotor) ha quedado, desde el punto de vista normativo, sin consecuencia específica¹⁰.

c) En los supuestos de producción de consecuencias lesivas derivadas de las conductas de salvamento frente a un peligro iniciado por otro la pregunta fundamental reside en si la conducta

⁷ Exceptuando los casos, poco frecuentes, en los que el autor expone a la víctima a un tratamiento en el que, por las concretas circunstancias, existe un peligro manifiesto de error médico.

⁸ El resultado final será expresión entonces tanto del riesgo creado por la conducta del autor como del creado por el médico imprudente, lo que conducirá a un castigo de ambos como autores paralelos (o mejor: secuenciales). Sorprendentemente este extremo se olvida con frecuencia en la discusión.

⁹ Ello sucederá por ejemplo, cuando el cirujano, en el transcurso de una operación efectúe un corte incorrecto, que determina la muerte por hemorragia; cuando se prescriben medicamentos contraindicados que producen la muerte; cuando por fallo en la anestesia se producen paradas cardíacas, etc. (véase, FRISCH (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 437 [= *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 462 (trad. a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo)]. FEIJÓO SÁNCHEZ (1999), *Homicidio y lesiones imprudentes*, Edijus, Madrid, p. 140, llega a conclusiones similares con una argumentación no muy distante a las consideraciones efectuadas en el texto (si bien pone la frontera, a mi juicio con excesiva rigidez, en la antijuricidad de la conducta del médico): “no se le pueden imputar a nadie resultados fruto de cursos lesivos que quedan fuera del alcance del tipo (...). Teniendo en cuenta la dimensión típica del primer riesgo, el resultado final no se produce como consecuencia de la conducta típica”. Véase, sobre estos casos, también, BOLEA BARDON (1994), «Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros», ADPCP, pp. 375 y ss.

¹⁰ Véase, sobre este ejemplo, PEÑARANDA RAMOS en BAJO FERNÁNDEZ (dir.) (2003), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 99, quien argumenta para solucionar el caso con el *topos* del “fin de protección de la norma”, lo que, en realidad, implica ubicar el problema en el ámbito de la desaprobación de la conducta: no se trata aquí de que no se pueda imputar el resultado a la conducta, sino de que no hay una conducta desaprobada de homicidio.

peligrosa inicial (por ejemplo, incendiar una vivienda) muestra otra dimensión de comportamiento típico (por ejemplo, la muerte o las lesiones del salvador). Para responderla, ciertamente, es necesario introducir consideraciones valorativas y normativas como la de que la conducta salvadora es, en muchos supuestos, una conducta jurídicamente obligada. Así, puede afirmarse que una conducta no sólo está desaprobada por generar un peligro inmediato para bienes o intereses ajenos, sino que abarca también los cursos salvadores jurídicamente exigidos para conjurar el peligro inicial. De este modo, las consecuencias lesivas producidas en la salvación son también típicas en el sentido de los correspondientes delitos. Incluso aquellos resultados lesivos producidos por parte del salvador sobre terceros ajenos al conflicto en estado de necesidad agresivo justificante forman parte de la dimensión típica del peligro original. Por ejemplo: si el salvador tiene que romper un escaparate para llegar a un extintor que salvará la vida del niño envuelto en llamas, los daños de la tienda, normativamente, pertenecen a la clase de daños por los que se desapruéba la conducta.

IV

FEIJÓO también critica a FRISCH la vaguedad de sus criterios de definición de lo típico y, sobre todo, que no distingue entre las ponderaciones legales y la labor hermenéutica de las normas penales que deben realizar el dogmático y los órganos judiciales. Así, afirma FEIJÓO que «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». Al respecto, debe aclararse que, efectivamente, los criterios de valoración y ponderaciones a los que FRISCH alude como fundamento de la desaprobación de conductas rigen tanto para el legislador penal como frente al juez o al dogmático. Ello no supone defecto alguno, sino todo lo contrario. Esta es, en efecto, una cuestión fundamental en un planteamiento *puramente* normativista como el de FRISCH. El aplicador del Derecho en tanto que debe decidir en el marco (y en la medida en) que el legislador ha programado que lo haga no puede prescindir de las valoraciones y ponderaciones de las que éste partía (o debía partir) a la hora dictar las leyes. Con todo, ciertamente, no se trata de una apelación a planteamientos formalistas, sino de, allí donde el legislador deja en manos del juez la misión de articular la “responsabilidad”, hacerlo conforme a los principios que están detrás y conforme a lo que entendemos razonablemente por restricción legítima de la libertad de actuación a favor de la protección de determinados bienes o intereses, aspectos normalmente también expresamente positivizados y concretados en lugares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico¹¹.

¹¹ En este sentido, sin embargo, no me mostraría crítico como FRISCH (1988), *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 80 y ss. [= *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 94 y ss. (trad. a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo)] con respecto a la utilidad y adecuación del pensamiento del fin de protección de la norma.

V

Lo acabado de expresar nos aproxima en gran medida al auténtico núcleo de la discrepancia. En los últimos años se ha extendido una concepción del delito y de sus categorías que reduce todo a un problema de imputación. La imputación se ha elevado, así a categoría central del sistema de atribución de responsabilidad penal. En muchas construcciones doctrinales ello no sólo es una inocua cuestión nominal (donde el término “imputación” se estaría usando en sentido débil y pasaría a ser sinónimo de “responsabilidad penal”), sino que implica la adopción de una perspectiva metodológica radicalmente distinta y con importantes repercusiones. Las siguientes afirmaciones de FEIJÓO constituyen una clara expresión del aludido fenómeno:

“(…) 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”.

“(…) se trataría de que la conducta típica o la creación de un riesgo típico se imputa a una persona 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 se produce en 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)”.

“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”.

En efecto, FEIJÓO se sitúa en la línea de los planteamientos hipernormativizadores que, desde una perspectiva funcionalista, contemplan al individuo como el destinatario de la imputación que lleva a cabo la sociedad. Esta forma de entender la imputación (objetiva) como operación del sistema social parece, ciertamente, no necesitar una teoría de la desaprobación jurídica de las conductas (en sentido fuerte, como aquí se defiende), sino simplemente requerir una descripción de cómo la sociedad atribuye determinado sentido a las acciones y, por consiguiente, cómo determina la responsabilidad por la producción de ciertos daños a los demás. En este sentido, la imputación objetiva sería una parte de la operación más amplia de la imputación de responsabilidad penal y consistiría en la determinación del sentido social objetivo de la acción.

Con todo, no estoy seguro de que ciertas afirmaciones de FEIJÓO puedan integrarse sin problemas en el enfoque metodológico indicado. En particular, FEIJÓO escribe que «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». Al respecto, no alcanzo a comprender cómo encaja la hipernormativización funcionalista a la que alude FEIJÓO como base metodológica de su construcción –y como plataforma también desde la que lanza las acusaciones de “eclecticismo”– con la fundamentación de un injusto como “lesión de relaciones jurídicas de reconocimiento” (entre individuos), como “uso ilegítimo de la libertad” y, en fin, con una concepción del Derecho penal como sistema “maximizador de la libertad” (individual). O expresado como duda que me asalta: quizás FEIJÓO

no sea tan funcionalista como parece, en la medida en que introduce elementos de legitimación material y éstos tienen su anclaje en la propia libertad individual.

VI

El entendimiento del delito como fenómeno global de imputación y la conversión de la tipicidad (objetiva) en un instrumento de interpretación del sentido sociocomunicativo de las acciones es un modelo teórico posible para la explicación de responsabilidad penal. Los interrogantes aparecen, sin embargo, no sólo a la hora de su articulación operativa en un sistema de alta precisión como es la teoría del delito y, en particular, en lo relativo al significado y configuración del juicio de tipicidad como categoría del sistema. Ante todo, cabe preguntarse si en modelos como éste se renuncia a aspectos esenciales de la legitimación material del delito y de la imposición de pena.

De entrada, parece que en modelos como el referido la categoría de la tipicidad podría correr el peligro de perder su conexión con la noción de juridicidad. La pretensión de la teoría de la conducta típica y de las tesis básicas contenidas en "*Desvalorar e imputar*" es, precisamente, la de poner en primer plano la operación de recortar y concretar los contenidos de las normas de conducta que subyacen a las formulaciones legales, de manera que sólo puedan llegar a ser típicas aquellas conductas que, cumpliendo con los requisitos establecidos por el legislador, representan un auténtico quebrantamiento del Derecho. Esta operación implica la articulación de un meta-discurso en cuyo seno se dilucida si la limitación de la libertad del afectado por la prohibición está justificada porque de la ponderación de los bienes e intereses en conflicto resulta que debe retroceder la libertad de actuación a favor de las necesidades de protección. La norma aparece así como el resultado de una solución universalizada de un conflicto de libertades según parámetros jurídicos¹². De esta manera, la limitación de la libertad individual puede legitimarse racionalmente frente al propio individuo, integrando el ámbito recíprocamente reconocido (y por ello estable) de protección de intereses individuales o colectivos. Si ello es así (ya hemos visto como el propio FEIJÓO se refiere a las «relaciones jurídicas de reconocimiento») entonces no se alcanza a comprender por qué razón se insiste en definir la operación dogmática en virtud de la cual se afirma el carácter injusto de una conducta como "imputación", en vez de desvaloración jurídico penal, en el sentido de ingreso en el programa normativo de protección jurídico-penal. Y si «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», entonces nada obstará para entender que, en realidad, en tal teoría se está aludiendo a los presupuestos de la prohibibilidad penal de las conductas. La elaboración y sistematización de tales criterios pertenece a la teoría del injusto y en ningún caso se trata primariamente de "imputación de resultados". El resultado, insistiendo una vez más, interesa en tanto expresión de una conducta injusta e injusta es una conducta si y sólo si supone un quebrantamiento de la libertad jurídico-penalmente garantizada. Desde esta perspectiva en la teoría de la conducta típica *no* «se trata, pues, de una teoría sobre cómo el sistema jurídico imputa a una persona un hecho definido como injusto», sino de si la persona ha llevado a cabo una conducta incorrecta, lo

¹² En sentido similar, KINDHÄUSER (1989), *Gefährdung als Straftat*, p. 150.

que implicará definir y concretar las reglas y principios jurídicos que legitiman la restricción de la libertad individual.

La importancia de la distinción entre desvalorar e imputar como operaciones del sistema jurídico penal radica en su diferente fundamento y presupuestos. Mientras que la desvaloración o desaprobación de conductas requiere la determinación y legitimación de la extensión y los límites de la libertad jurídicamente reconocida, pues sólo así es posible proceder –ahora en terminología de HRUSCHKA– a la “crítica de la acción”, la imputación es ajena al sistema de reglas de desvaloración de las acciones y opera atribuyendo la infracción de la norma al sujeto si concurren determinados presupuestos. Tales presupuestos (condiciones de la imputación) no tienen que ver con la corrección o incorrección de la conducta en cuestión, sino con la posibilidad de predicar la concurrencia en el sujeto de ciertas propiedades que permiten identificarlo como *causa libera* de la infracción de la norma. Cuando, por el contrario, se identifica la propia pregunta por el quebrantamiento del Derecho con una cuestión a resolver mediante las reglas de imputación, de manera que el resultado, la acción, el hecho, el conflicto, etc. se atribuye a un sujeto si concurren en él unas determinadas capacidades de evitación de aquellas realidades o consecuencias, no se afirma nada sobre si acaso el sujeto tenía el deber (típicamente respaldado) de evitación correspondiente. De ahí que autores como JAKOBS, partiendo de la noción de evitabilidad, la hayan restringido acudiendo a criterios como el del rol para precisar cuándo existe el *deber* de evitar el daño. No obstante la plasticidad y el valor auxiliar de estas construcciones, quedan sin afrontar las cuestiones auténticamente decisivas: si y hasta qué punto la prohibición típica alcanza a la clase de conducta en cuestión. El propio JAKOBS ha reconocido últimamente que «la diferenciación entre “riesgos desaprobados/no desaprobados” puede presentarse como la diferenciación entre “contenido de la norma/no contenido de la norma”»¹³, esto es, que, en realidad, en la imputación objetiva se trata de la interpretación (restrictiva) de las normas¹⁴. Más aún: en otro lugar, JAKOBS sitúa la expresión “imputación objetiva” entre comillas y propone un cambio de denominación: “teoría del significado del comportamiento”¹⁵. Estas últimas afirmaciones de JAKOBS llevan, según creo, la discusión con FEIJÓO al punto decisivo.

Si una conducta tiene o no un concreto significado, es algo que no puede responderse sin acudir a un conjunto determinado de reglas de interpretación¹⁶. Así, tanto toda conducta que se produce en sociedad como los propios términos de la ley son objeto de adscripción de sentido, de forma independiente entre sí, conforme a reglas sociales, lingüísticas, etc. Pero ello no constituye la valoración jurídico penal de la conducta. Ésta sólo se produce desde su confrontación con las exigencias del Derecho penal. Como afirma MIR PUIG, “ni hay una esencia del “matar” cuyos límites deba descubrir la dogmática jurídico penal, ni tampoco es vinculante para ésta el sentido

¹³ JAKOBS (1999), Observaciones sobre la imputación objetiva, *RPJ* 56, p. 141 (trad. de Fakhouri Gómez).

¹⁴ Así, expresamente, JAKOBS (1999), Observaciones sobre la imputación objetiva, *RPJ* 56, pp. 136-137 (trad. de Fakhouri Gómez), con una significativa referencia a WELZEL.

¹⁵ JAKOBS (2005), La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, Comares, Granada, p. 187 (trad. a cargo de Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Gómez-Jara Díez).

¹⁶ Fundamental al respecto, VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal* (1996), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 205 y ss.

o sentidos sociales ordinarios de dicho término”, de manera que la cuestión se debe decidir según las necesidades y objetivos del Derecho penal¹⁷. En la adecuación de una conducta a un tipo delictivo determinado no interesa *descubrir* su sentido en si, su sentido para el autor o su sentido para la sociedad, sino si desde el plano normativo concurren las razones que legitiman la prohibición penal de tales acciones en atención a su carácter lesivo. Ello, en muchas ocasiones no resultará en absoluto problemático, pero en otras la desvaloración de la conducta requerirá efectuar consideraciones materiales sobre el alcance de la prohibición teniendo en cuenta la correspondiente restricción de la libertad individual que implica y su acomodo a otros principios jurídicos. Es cierto que la atribución de sentido a las conductas resultante de las reglas sociales puede afectar en alguna medida a la valoración que se efectúa desde el plano normativo, pero en ningún caso la predetermina ni la sustituye. La desvaloración típica supone, pues, la decisión específicamente normativa de que una conducta (con su significado) está abarcada por el tipo que se interpreta. Y esta decisión es por completo ajena a la lógica de la imputación o adscripción de sentido.

Sólo después y si se quiere mantener el lenguaje de la imputación (aunque a mi entender implica violentar innecesariamente las palabras) puede afirmarse que se “imputa” a una conducta el carácter de típicamente prohibida. De nuevo: de manera análoga a lo que ocurre con el resultado respecto de la conducta, la “imputación del carácter típico a la acción” es, en realidad, el efecto de una operación previa y diferente, su fundamentación como conducta típicamente prohibida¹⁸.

Las consideraciones precedentes deberían haber puesto de manifiesto dos cosas. En primer lugar, que constituiría un retroceso dogmático abandonar la distinción analítica entre reglas de conducta y reglas de imputación en el proceso de construcción de la responsabilidad penal¹⁹.

¹⁷ MIR PUIG (2003), Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, *RECPC*, 05-05, p. 6

¹⁸ En este punto conviene detenerse para deshacer un malentendido en relación con la distinción en la teoría de la autoría y la participación entre “sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma” y el “sistema de responsabilidad por la intervención en el hecho” que expuse en mi libro *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 144 y ss., y a la que FEIJÓO ahora vincula los planteamientos relacionados en “*Desvalorar e imputar*”, de manera que identifica el primer sistema con la teoría de la acción y el segundo sistema con la teoría de la imputación. Esta conexión no es de recibo, al menos, yo no pretendo realizarla. Si en la teoría de la autoría y la participación se pueden identificar dos grandes sistemas de construcción de la responsabilidad de los diversos sujetos implicados es porque existen dos grandes maneras de concebir la estructura de la participación: en uno el interviniente responde por su relación con un hecho (que se desprende y se objetiviza con respecto a cada sujeto particular), en el otro sistema, en cambio, se construye la responsabilidad con independencia del concreto hecho lesivo. En este último caso, lo lesivo es sólo la propia infracción del deber, por lo que cada interviniente es “autor” de su propio hecho. Tanto en un sistema de intervención como en un sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma cabe entender que la fundamentación del injusto típico del partícipe no es tampoco una cuestión relativa a la imputación objetiva (en el sentido estricto al que críticamente me estoy siempre refiriendo a esta teoría), sino que de lo que se trata es de si la prohibición de la conducta debe predicarse por razón de una determinada conexión que el interviniente establece con el hecho (no siendo éste entonces patrimonio exclusivo del autor), o bien si debe prohibirse con independencia de esa conexión, esto es, a partir del mero deber de no favorecer hechos delictivos ajenos.

¹⁹ Sobre ello, especialmente, HRUSCHKA (1994), Reglas de comportamiento y reglas de imputación, *ADPCP*, 1994, pp. 343 y ss. (trad. de Baldó Lavilla); en el ámbito anglosajón, sobre todo, ROBINSON (1997), *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 125 y ss.

Mientras las primeras definen estándares de conducta jurídicamente correcta, las segundas se refieren a la capacidad de cumplimiento del sujeto de la exigencia de conducta en cuestión. Por ello, las normas de conducta tienen prioridad lógica sobre las reglas de imputación. En “*Desvalorar e imputar*” se trata de mostrar que el problema hasta ahora abordado bajo el eslogan de la “imputación objetiva” no es en realidad un auténtico problema de imputación, sino que afecta ya a la propia definición de la conducta prohibida y, por consiguiente, precede a las consideraciones de imputación. Esta reubicación no sólo tiene valor analítico (resultando por ello clarificadora, pese a que FEIJÓO le imputa el efecto contrario). Ante todo debe realizarse porque las condiciones de legitimación de las normas de conducta y de las reglas de imputación son distintas. Así, la afirmación sobre la incorrección de una conducta requiere la presencia de una norma de conducta legítima que prohíba su realización. La realización de la conducta prohibida por una norma así legitimada es elemento necesario de todo injusto penal, convirtiendo la lesión o menoscabo que ocasiona en responsabilidad material o sustantiva²⁰ del agente. Por otro lado, reservar el término imputación para el establecimiento de las condiciones bajo las cuales alguien puede ser hecho responsable de una conducta incorrecta no tiene mayores implicaciones ontológicas ni supone renuncia alguna al normativismo, como parece insinuar FEIJÓO. Puede estarse de acuerdo con MIR PUIG cuando afirma que “la misión de la doctrina y jurisprudencia penales es *imputar* al verbo matar el sentido preferible para los fines del Derecho penal”²¹. Ahora bien, esta atribución de sentido a los términos legales es un proceso de reconstrucción normativa que se efectúa desde parámetros de racionalidad intersubjetiva mediante principios y valoraciones compartidas específicamente jurídicas(-penales). Sólo así adquiere la legitimidad necesaria para derivar de ahí la imposición de una sanción penal y no cualquier otra consecuencia. Por el contrario, es más que discutible la legitimidad jurídico-material de la atribución de responsabilidad penal a una persona que *ex ante* no puede ni tiene por qué prever las necesidades funcionales o sistémicas de una sociedad, pese a lo cual *ex post* es gravado con ella por el “macrosujeto” en virtud ciertas razones de conservación, autoafirmación u otros logros instrumentales que afectan a este último²². Naturalmente no se está afirmando que el juez deba realizar complejas operaciones de filosofía política o moral, sino que afiance todo lo que pueda sus propias decisiones en principios jurídicos o reglas jurídicas de segundo, tercer, etc. nivel que el individuo pueda reconocer como *proprios*. También el juez, pues, debe realizar valoraciones y ponderaciones para fundamentar, jurídicamente, la legitimidad de la prohibición de la conducta en cuestión. De hecho, y por insistir una vez más, la afirmación de un injusto penal implica precisamente el hallazgo de una prohibición legítima a la conducta en cuestión. Legitimidad significa: diálogo con el afectado de la prohibición, reconociendo el valor de libertad que necesariamente encierra toda conducta, con la consiguiente pretensión de corrección que hay que esforzarse por desvirtuar.

²⁰ Véase, por ejemplo, distinguiendo claramente entre responsabilidad sustantiva y responsabilidad como atribuibilidad, SCANLON (2003), *Lo que nos debemos unos a otros*, Paidós, Buenos Aires - Barcelona - México, pp. 315 y ss.

²¹ MIR PUIG (2003), Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, *RECPC*, 05-05, p. 6.

²² Cfr. en sentido similar, GÜNTHER, KLAUS, Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 1994, p. 153-154.

VII

La construcción sistemática del concepto de delito no puede prescindir de las nociones de desvaloración e imputación, pero debe procederse a su correcta articulación en las categorías dogmáticas. Creo que asiste la razón a MIR PUIG cuando viene afirmando, recientemente, que la relación existente entre hecho típico y norma es una relación caracterizada por una *valoración negativa*, que no desaparece con la presencia de una causa de justificación, aunque en ese caso se excluya la presencia de un injusto por merecer el hecho una valoración global positiva²³. Por mi parte, añadiría que la misión de la teoría de la conducta típica es justamente la de precisar las conductas que merecen la aludida *desvaloración básica*. Por mucha influencia que haya podido ejercer el “imperativismo” sobre la propia manera de concebir el injusto, es evidente que la concepción que aquí se sigue está muy lejos de entenderlo primaria y exclusivamente como infracción de un *imperativo* de conducta. Cuestión distinta es que se siga considerando correcto que para la afirmación de la imputación personal se requiera que la conducta esté bajo el control del agente de forma que exprese sus actitudes sensibles al juicio, que se realice en condiciones que expresen una indiferencia o falta de previsión respecto de su antijuricidad y que concurren determinadas capacidades en el sujeto para acceder a la norma y las correspondientes posibilidades de conducción de la propia conducta. A mi modo de ver, tan es así que ello ya condiciona la propia presencia de un *injusto penal personal*²⁴. En este *otro* sentido, como se apuntó en “*Desvalorar e imputar*”, el injusto penal bebe también de la noción de imputación²⁵. El que esto último constituya una manifestación de eclecticismo doctrinal o bien sea una consecuencia coherente con el entendimiento del principio jurídico-penal de culpabilidad ya no puede ser objeto de análisis de este trabajo.

²³ MIR PUIG (2006), *Über die Normen in Roxins Konzeption des Verbrechens*, GA , pp. 336-337.

²⁴ La “personalización” del injusto indicada no tendría que ver con el modo de proceder finalista, sino con la perspectiva de la imputación a la libertad del agente, tal y como ha puesto de relieve SILVA SÁNCHEZ (*Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 135-136). Por lo demás, una vez se constata la presencia de una libertad mínima del sujeto, la medida del reproche por el hecho cometido con mayor o menor grado de libertad coincide con la mayor o menor gravedad del injusto penal personal.

²⁵ En una reciente conversación el Prof. MIR PUIG me ha sugerido que puede afirmarse que, en cierto modo, a la imputación también subyacen consideraciones valorativas. Al respecto, debe precisarse que no pretende negarse aquí que la exigencia de determinados presupuestos de la imputación (que afectan a la libertad del sujeto) es, en última instancia y en sentido amplio, una cuestión axiológica, en la medida en que pueden dar lugar a una imputación más o menos justa. Ello, en todo caso confirma la preeminencia de lo valorativo. Asimismo, la contraposición cobra pleno sentido en lo que afecta al juicio de (des-)valoración propio de la tipicidad (y de la antijuricidad), al tomar este por objeto las conductas y no, en cambio, la selección de presupuestos de imputación de la infracción al sujeto.