

DESVALORAR E IMPUTAR
Sobre la imputación objetiva
en Derecho penal

CONSEJO EDITORIAL

MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de Publicaciones

DESVALORAR E IMPUTAR
Sobre la imputación objetiva
en Derecho penal

Wolfgang Frisch

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Freiburg (Alemania)

Ricardo Robles Planas

Profesor de Derecho penal.
Investigador Ramon y Cajal
Universidad Pompeu Fabra

Colección: Justicia Penal

Director: Ricardo Robles Planas
Profesor de Derecho Penal.
Universitat Pompeu Fabra.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2004 Wolfgang Frisch y Ricardo Robles Planas

© 2004 Atelier.

Via Laietana, 12. 08003 Barcelona

Tel. 93 295 45 60

www.atelierlibros.es

atelier@atelierlibros.es

I.S.B.N.: 84-96354-38-5

Depósito legal:

Fotocomposición: Grafime. Mallorca, 1. 08014 Barcelona

Impresión: Publidisa

SUMARIO

ABREVIATURAS	9
PRÓLOGO, por <i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	11
LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO: LO FASCINANTE, LO ACERTADO Y LO PROBLEMÁTICO, por <i>Wolfgang Frisch</i>	19
1. Sobre la especial fuerza impactante de la nueva teoría de la imputación del resultado: lo fascinante	23
2. Reconocimiento y crítica de la teoría de la imputación objetiva	31
3. Sobre la fundamentación de los presupuestos materiales de la imputación objetiva: lo correcto	41
4. Consecuencias: la insostenibilidad de la crítica finalista.	49
5. Lo cuestionable en la teoría de la imputación objetiva	59
CONDUCTA TÍPICA, IMPUTACIÓN OBJETIVA E INJUSTO PENAL. REFLEXIONES AL HILO DE LA APORTACIÓN DE FRISCH A LA TEORÍA DEL TIPO, por <i>Ricardo Robles Planas</i>	69
1. Introducción: el triunfo de la teoría de la imputación objetiva y algunas de sus debilidades	71

2. La relevancia de la aportación de FRISCH	79
2.1. La <i>necesidad</i> del juicio <i>normativo</i> de desaprobación <i>objetiva</i> de la conducta	79
2.2 Imputación objetiva del resultado y conducta típica	83
3. Balance y perspectiva propia	91
3.1 Objetividad, normatividad, tipicidad	92
3.2 Injusto penal, desvaloración e imputación	98

ABREVIATURAS

A.	Aranzadi
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AT	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte General)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania)
Cfr.	Comparar
Coord., coords.	Coordinador, coordinadores
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dir.	Director
ed.	Edición, editor
EPC	Estudios de Política Criminal
GA	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
<i>Infra</i>	Más abajo
JuS	<i>Juristische Schulung</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
LK	<i>Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
Marg.	Marginal
n.	Nota
N. del T.	Nota del traductor
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NK	<i>Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>

OLG	<i>Oberlandesgericht</i> (Tribunal Superior de un Estado federado de la República Federal de Alemania)
<i>p., pp.</i>	Página, páginas
<i>Passim</i>	En todo el trabajo
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RPJ	Revista del Poder Judicial
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SK	<i>Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
s., ss.	Siguiente, siguientes
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>supra</i>	Más arriba
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
§, §§	Parágrafo, párrafos

PRÓLOGO

Se advierten en el horizonte las nubes de una parcial deconstrucción de la doctrina de la imputación objetiva. A ese horizonte pertenece, desde luego, el texto de WOLFGANG FRISCH contenido en esta obra y dedicado a efectuar un balance histórico y analítico de la capacidad de rendimiento de aquella “teoría”. Pero también, y en mayor medida, el comentario de RICARDO ROBLES, que dialoga sobre aquel tema con su maestro alemán a la vez que expone las líneas generales de lo que es su propia visión de la teoría del injusto penal, en particular, y del delito, en general. Estas breves páginas no pretenden, desde luego, terciar en el debate. Tan sólo abrigan la intención de presentarlo mediante una modesta contribución a la descripción del marco en que tiene lugar.

Como es sabido, la doctrina de la imputación objetiva fue producto –en sus inicios– de los intentos de corregir una concepción causalista-naturalista del tipo mediante su reconfiguración como causalista-normativa (así, en las denominadas teorías de la adecuación o de la relevancia). Sin embargo, paradójicamente, aquella doctrina adquirió su mayor difusión cuando, de la mano de los finalistas, ya había irrumpido en la teoría del tipo una concepción dualista, en la que, junto al “desvalor del resultado”, se integraba el denominado “desvalor de acción”, concebido en términos subjetivos. A partir de ahí, la fractura –todavía hoy visible, como se admite en los textos que integran esta obra– era seguramente inevitable. Por un lado, los finalistas contemplaron y siguen con-

templando las doctrinas de la imputación objetiva como “cosa de causalistas”, aunque algunos de éstos hubieran admitido la ubicación del (o parte del) dolo y la imprudencia en el tipo de injusto (la gran aportación finalista al sistema del delito). Por otro lado, los partidarios de las doctrinas de la imputación objetiva dejaron de ver en éstas meros correctivos de la concepción causalista del tipo de los delitos de resultado para atribuirles la función –quizá un tanto “imperialista”– de reconstrucción del contenido de todos los tipos sobre la base de criterios objetivo-sociales de sentido, que se calificaban como “criterios de imputación”.

Las diferencias se hicieron llamativas en el ámbito del desvalor de la acción (o injusto de la conducta). Para los partidarios de las doctrinas de la imputación objetiva, el contenido de dicho concepto venía dado ante todo por su condición de “primer momento” del juicio de imputación objetiva (o juicio de creación del riesgo relevante). Frente a ello, los finalistas mantuvieron firmes la concepción de un injusto de la conducta asentado de modo autónomo sobre el dolo y el dominio del hecho (o sobre la imprudencia personal). Era probablemente necesario que un autor inserto en las dos tradiciones de pensamiento –por un lado, en la doctrina del injusto personal; y, por el otro, en la visión normativizada del tipo propia de las doctrinas correctoras del naturalismo– efectuara una revisión de la algo atormentada evolución de las doctrinas de la imputación objetiva y de las coetáneas críticas. Como es sabido, éste ha sido el caso de FRISCH. A partir de su obra –como subraya ROBLES en el fructífero diálogo que tiene lugar entre ambos– está clara una propuesta en el sentido de que la teoría del tipo no se puede construir exclusivamente sobre la base de criterios, aunque sean normativos, de imputación de resultados. Cualquiera que pretenda asignar al injusto de la conducta un papel central –si no exclusivo– en la teoría del injusto típico habrá de reconocer, por el contrario, que las teorías de la imputación objetiva no lo pueden explicar de modo coherente y acabado.

Por formularlo en términos prácticos, el que la conducta a la que se impute, en su caso, el resultado haya de contener un riesgo no sólo idóneo *ex ante* –en términos cuantitativos– para la producción de dicho resultado, sino además, y sobre todo, un

riesgo jurídicamente desaprobado, no se deriva *per se* de la lógica de una teoría de la imputación del resultado. Para ésta bastaría con que el resultado fuera desvalorado y el riesgo contenido en la conducta, por su parte, meramente adecuado para la producción de aquél. Que el riesgo típico haya de ser jurídicamente desaprobado y, por otro lado, puedan existir riesgos permitidos en sentido estricto o, en todo caso, riesgos jurídicamente no desaprobados, es algo que no se explica meramente en términos de imputación objetiva (nexo entre conducta y resultado), sino que requiere la adopción de una perspectiva distinta, precisamente centrada en la conducta en sí.

La conocida propuesta de FRISCH, expresada de modo prácticamente acabado ya en su magna obra sobre “*Comportamiento típico e imputación del resultado*,”¹ es que conviene distinguir entre el juicio objetivo y normativo de desaprobación de la conducta, por un lado, y la imputación del resultado a la conducta desaprobada, por el otro. Sólo en este segundo ámbito podría hablarse en sentido estricto de imputación objetiva. La teoría de la conducta típica, como conducta desaprobada por desbordar el espacio de libertad jurídicamente garantizada, aparecería, en cambio, como una construcción separada de cualesquiera consideraciones de “imputación objetiva.”² A su esfera de influencia pertenecerían conceptos como la adecuación social³ y el riesgo permitido, en

1. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004 (trad. a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo).

2. En dicho sentido apunta también la idea de MAIWALD, “Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, pp. 465 y ss., para quien el concepto de imputación objetiva debe ceñirse –en la línea de Larenz y Honig– a la decisión de si un resultado penalmente relevante debe ser visto como “obra” (*Werk*) del agente, sin integrar los casos de exclusión de la sanción por valoraciones jurídicas (riesgo permitido o disminución del riesgo). El ámbito de la imputación objetiva sería, pues, el de la exclusión de los resultados fortuitos así como, sobre todo, la delimitación de esferas de responsabilidad en casos de producción de resultados con intervención de varias personas. En esto último, la propuesta de MAIWALD difiere de la de FRISCH.

3. Cfr. WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts”, ZStW 58 (1938), pp. 491 y ss., p. 518, quien entiende que “*quedan fuera del concepto de injusto*

los que se manifiesta precisamente la valoración de la conducta a partir de las reglas que determinan los límites de la libertad de acción.⁴ Con este enfoque, por lo demás, se pondría en evidencia el fracaso de cualquier intento de enjuiciar la “conducta típica” desde perspectivas meramente cuantitativas (probabilidad de producción del resultado). La cuestión no es, en definitiva, si hay peligro o no, sino más bien que, partiendo de que haya peligro (la ausencia de peligro es un fenómeno marginal en la sociedad), deberá decidirse cuál es la frontera del carácter no desaprobado del riesgo: con lo que en puridad todos los tipos (y no sólo aquéllos que contienen elementos “normativos” de carácter clásico) se convierten en tipos estrictamente normativos. Precisamente, la necesaria incidencia en todo caso de esta dimensión cualitativa o estrictamente valorativa pone de relieve cómo el juicio de tipicidad de la conducta se vincula con la idea de constitución social, esto es, con el modo en que una determinada sociedad resuelve el conflicto entre sujetos activos creadores de riesgo y sujetos pasivos de dicho riesgo. Una cuestión con importantes connotaciones de filosofía política,⁵ que, según creo, todavía no se ha investigado con la profundidad necesaria.⁶

todas aquellas acciones que se mueven en términos funcionales en el marco del orden históricamente realizado de la vida comunitaria de un pueblo.

4. Entre otros, como los derivados del principio de autorresponsabilidad. Cfr. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 4; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988, pp. 65-66: «Así pues, también en el ámbito de la denominada discusión sobre el fin de protección no se trata de nada más que de la precisa comprensión de las dimensiones de riesgo bajo las cuales un determinado comportamiento es desvalorado».

5. La asociación de la idea de riesgo permitido con un consenso social presidido por un “velo de ignorancia” en el sentido de la teoría de la justicia de Rawls la pone de relieve con claridad KINDHÄUSER, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit», *GA* 1994, pp. 197 y ss., 218: El riesgo permitido surge de una aceptación social de interacciones peligrosas (en abstracto) en determinados ámbitos de la vida, y, en concreto, de interacciones a propósito de las cuales los futuros autor y víctima se hallan cubiertos por un velo de ignorancia.

6. Aunque ya contamos con importantes aproximaciones a la noción de un “concepto material de injusto”.

A partir de estas consideraciones de FRISCH, ROBLES profundiza en la naturaleza y contenido del juicio sobre la conducta, aportando consideraciones que no deberían pasar inadvertidas. En concreto, muestra ROBLES cómo, a partir de la concepción de dicho juicio como expresión de una estandarización de los espacios de libertad, que permite filtrar la mayoría de los casos, no cabe excluir sin embargo la existencia excepcional de un cierto número de supuestos en los que el conocimiento individual del agente sea el factor determinante de la última decisión sobre la desaprobación de su conducta. La conclusión es, entonces, que probablemente no convenga mantener la distinción entre tipo objetivo y subjetivo en sentido fuerte, aunque sí desde luego en el sentido débil reseñado.

Con todo, ni FRISCH ni ROBLES les dan la razón a los finalistas en su crítica a la doctrina de la imputación objetiva. En dicha crítica, en efecto, se argumenta que una teoría de la imputación sólo puede tener como fin la determinación de lo que es obra del hombre, distinguiéndolo del acaso; y se añade que eso (qué sea obra del hombre) no se puede dilucidar objetivamente, sino que debe asentarse necesariamente sobre la finalidad del sujeto. Como puede advertirse, con ello la perspectiva finalista no sólo se enfrentaría a las doctrinas *standard* de la imputación objetiva, sino también a la teoría del comportamiento típico de FRISCH, que concibe el juicio sobre éste de modo objetivo y normativo.⁷

A mi entender, en tal planteamiento finalista existe un juicio equivocado acerca de las pretensiones de cualquier teoría de la imputación objetiva, error que, sin duda, es debido a la propia polisemia del término imputación. *Imputación* significa, por un lado, efectivamente, atribución de un hecho al hombre y no a causas externas al mismo. En otras palabras, atribución a la libertad y no a la mera causalidad. Así era entendido el término *Zurechnung* (o *Imputation*) en autores como KANT, FEUERBACH O BERNER, por no ir más atrás. La pregunta de la imputación sería,

7. Aunque, ciertamente, como subraya ROBLES, el objeto de la desvaloración penal no puede constituirse independientemente del sujeto.

pues, la de si el proceso externo tiene algún sentido (sólo el actuar libre lo tiene). Pero en el último siglo el término “*imputación*” se ha utilizado mucho más –precisamente en el marco de la doctrina de la imputación objetiva– para aludir a la pregunta sobre el contenido de sentido concreto que tiene aquello que previamente se ha imputado, al menos en cierta medida, a la libertad. Expresado de otro modo, la teoría de la imputación objetiva no pretendió, ni pretende, establecer las condiciones de atribución del hecho a un sujeto como su obra, cuanto establecer las reglas de atribución de un sentido concreto al referido hecho. Que estas reglas de atribución de un sentido concreto al hecho de un sujeto puedan derivarse tan sólo de la finalidad del agente es algo que ni siquiera los finalistas han admitido de modo general, de modo que las propuestas que FRISCH y ROBLES hacen al respecto (sobre el entrecruzamiento de lo objetivo y lo subjetivo) tienen una amplia capacidad de suscitar consenso.

Queda entonces la cuestión del juicio de imputación como atribución del hecho a un sujeto como obra suya. Para los pocos defensores actuales del referido concepto clásico de imputación –muy especialmente HRUSCHKA–,⁸ no sólo la teoría del comportamiento típico sino también la doctrina sobre el nexo entre conducta y resultado deben excluirse del ámbito propio de las reglas de imputación. Una y otra pertenecen a lo que se denomina *applicatio legis ad factum*, ámbito propio de las reglas de conducta. De ahí que sorprenda la cita que FRISCH hace de aquel autor (*vid. infra* notas 103-105), cuando, según creo, sus construcciones parten de perspectivas radicalmente diferentes; en concreto, no parece que FRISCH quiera renunciar a calificar el nexo entre conducta típica y resultado como cuestión de imputación objetiva. En cambio, ROBLES sí parece sugerir, aunque se muestre algo dubitativo y lo deje entre interrogantes al analizar el planteamiento de SCHÜNEMANN, que también el juicio sobre el nexo entre conducta y resultado debe reputarse ajeno a las reglas de imputación. En

8. Cfr. HRUSCHKA, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación» (trad. a cargo de Baldó Lavilla), en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (COORDS.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, pp. 171 y ss.

este sentido, si lo entiendo correctamente, su planteamiento sería más próximo al de HRUSCHKA.

Ahora bien, el juicio de imputación, incluso desvinculado de cualquier juicio de valoración sobre el hecho y ceñido a la atribución de éste a un sujeto como obra suya, tampoco puede contemplarse sólo en términos de finalidad. Más bien, dicho juicio precisa de la concurrencia de un conjunto de condiciones cognitivas y volitivas en el sujeto que sólo pueden designarse mediante la idea de libertad. Como he indicado en otro lugar, «*el concepto de injusto penalmente relevante, como presupuesto específico de la imposición de la consecuencia jurídica pena, ha de tener (...) un carácter más personal*» que el que le atribuye la teoría que los finalistas denominan “del injusto personal”. A lo que he añadido que «*en particular, debe incorporar la exigencia de una libertad (externa e interna) mínima del sujeto, sin la cual carece de sentido afirmar que éste ha infringido un imperativo de conducta*».⁹

Para ROBLES, el injusto penal (personal) depende, efectivamente, no sólo de la *desvaloración* de la conducta, sino también de la posibilidad de imputar esa conducta bajo unas determinadas condiciones (cualificadas) a una persona, como ejercicio de libertad (imputación individual). Lo que ocurre es que, a su entender, ello debe conducir a que el contenido tradicional de la culpabilidad quede diluido entre los presupuestos del injusto penal personal entendido como quebrantamiento del Derecho que bajo determinadas circunstancias es merecedor de pena. Así, en su modelo, algunos de los factores de exclusión de la responsabilidad contenidos actualmente en la categoría de la culpabilidad pasarían a integrar el *momento de imputación individual* de la conducta desvalorada y los otros, en cambio, se incorporarían al juicio de desvalor efectuado sobre esa conducta, dándole a dicho juicio una *especificidad jurídico-penal*. El esbozo de teoría del injusto merecedor de pena que propone ROBLES se asienta, enton-

9. SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, 2003, pp. 135-136.

ces, sobre tres juicios que entrañan consecuencias diversas: un juicio de desvaloración de la conducta; un juicio de imputación individual de la conducta; y un juicio sobre el específico desvalor jurídico-penal de la conducta.

Un modelo más que sugerente, bien enraizado en la evolución del pensamiento jurídico-penal más moderno, que dará que hablar.

Yo, sin embargo, no iría seguramente tan lejos. En concreto, pese a acoger el criterio de que un juicio de imputación individual más rico en contenido que el que proponen los finalistas es presupuesto de la infracción de la norma de conducta, no creo que ello prive absolutamente de contenido a un juicio normativo de culpabilidad o responsabilidad integrado en el ámbito de alcance de la norma de sanción. Tampoco me atrevería a afirmar –como sin embargo hace ROBLES– que los elementos determinantes de la necesidad de pena, en cuanto que no eliminan la existencia del delito en sentido estricto –injusto merecedor de pena–, tienen una relevancia categorial muy limitada.¹⁰

Pero, como indicaba al inicio, en estas páginas no pretendía terciar en el debate, sino sólo presentar esta obra. Una obra que, además de difundir las últimas aportaciones de WOLFGANG FRISCH en el terreno que, seguramente, le ha dado mayor prestigio entre nosotros, nos muestra a un penalista español en plena madurez intelectual: mi querido discípulo RICARDO ROBLES.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Sant Cugat del Vallès, 8 de marzo de 2005

10. De hecho, últimamente he tratado de subrayar la gran relevancia de todas estas instituciones, cuya sistematización es una de las tareas más urgentes de la dogmática del hecho punible: cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, 2004, pp. 15 y ss., 19 y ss; también, SILVA SÁNCHEZ, «Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?», *GA* 2004, pp. 679 y ss., 686 y ss.