



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Quintero Olivares, Gonzalo

La derrota de la política criminal y del derecho penal de nuestro tiempo

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 19, 2007, pp. 46-72

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

LA DERROTA DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y DEL DERECHO PENAL DE NUESTRO TIEMPO

Gonzalo Quintero Olivares*

SUMARIO

- I. POLÍTICA CRIMINAL
 - I.I. IDEAS VAGAS Y POLÍTICA CRIMINAL CONCRETA
 - I.II. LOS BUENOS PRINCIPIOS TEÓRICOS Y EL CRECIMIENTO DEL DERECHO PENAL
 - I.III. LA POSIBLE DIVERSIFICACIÓN DE LAS RESPUESTAS PENALES
 - I.IV. LA IRRUPCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA FORMULACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL
- II. DERECHO PENAL
 - II.I. LA PERMEABILIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO
 - II.II. ¿DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD?
 - II.III. NECESIDAD Y LIMITACIONES DE LA DOGMÁTICA: DOLO E IMPUTACIÓN OBJETIVA
 - II.IV. PARA EL CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DOLO
 - II.V. SITUACIONES "INEXPLICABLES"
 - II.VI. VENTAJAS: CONTRIBUCIÓN DE LA VÍCTIMA

RESUMEN

El autor ha elegido el término derrota para significar el curso que está siguiendo el derecho penal moderno y asumir que los principios que garantizan un adecuado proceso con los que se ha querido rodearlo, saltan hechos añicos en cuanto chocan con lo que se denomina el "problema penal de nuestro tiempo", vaga etiqueta que acoge a los más variados fenómenos —crimi-

ABSTRACT

The author has chosen the I finish defeat to mean the course that is following the modern Criminal law and to assume that the principles that guarantee an appropriate process with those that one has wanted to surround it, made bits jump as soon as they collide with what is denominated the "penal problem of our time", he wanders it labels that it welcomes to the most

* Catedrático de derecho penal, Universidad de Tarragona, España.

nalidad organizada, miedo urbano o inseguridad, movimientos migratorios imparables, desarrollo tecnológico, aumento del riesgo, etc.— que tienen en común algo de la mayor importancia: que frente a esas realidades el discurso del jurista respetuoso con los postulados del estado de derecho social y democrático es tomado como un mero arte cultural que no puede pretender ser una “herramienta” útil en la lucha contra el crimen.

varied phenomena —organized crime rate, urban fear or insecurity, unstoppable migratory movements, I develop technological, I increase of the risk, etc— that have something of the biggest importance in common: that in front of those realities the respectful jurist’s speech with the postulates of the State of social and democratic Right is taken as a mere cultural art that cannot seek to be a “tool” useful in the fight against the crime.

I. POLÍTICA CRIMINAL

I.1. IDEAS VAGAS Y POLÍTICA CRIMINAL CONCRETA

No es la primera época en que la política y la ideología penal se han confrontado y confundido a la vez. Seguramente es un síntoma de crisis social general, eso que se llama a veces crisis de ideas o de valores. A la vez que se registra en Europa un visible desapego por la cosa pública, se reclama más y más seguridad al precio que sea, sin reparar casi nunca en los precios de pérdida de patrimonio político ciudadano que eso puede comportar.

Una política criminal se debe suponer coherente con una ideología, pero lo cierto es que tanto los gobiernos de derechas como los de izquierdas comparten postulados que otrora eran signo distintivo de los partidarios del uso máximo del derecho penal. Así las cosas es difícil *identificar ideologías por la política criminal*. Pensemos, y es sólo un ejemplo, en el tema de las penas. Según un supuesto pensamiento penal progresista habría que tomar el camino de la progresiva renuncia a la pena privativa de libertad, cuya aparición histórica es tan comprensible como su crisis, sin que por ello se atisbe la menor intención de seguir recurriendo a ella cuanto más mejor; el miedo a que los ciudadanos nieguen su voto al gobernante que reduzca el recurso a la prisión basta y sobra para empujar hacia no ya una “huida al derecho penal”, como tantas veces se ha dicho, sino a una “huida hacia la cárcel” sin más.

Ya sé que con la etiqueta de idea de “política criminal” algunos sólo

acogen la primigenia versión de Von Liszt¹ (crítica del derecho positivo y proposiciones de reforma), mientras que otros aluden solamente a lo que –personalmente, muchas veces– les parece que debiera hacerse. También hay quien la concentra en una sola cuestión; otros la utilizan para identificar el mayor o menor recurso a la pena prisión, como si sólo cupieran dos políticas, la carcelera y la no carcelera. Pero creo que lo correcto es aceptar que la política criminal es ante todo la parte de la política que acoge las orientaciones y decisiones penales y no penales, jurídicas y sociales, con las que el Estado afronta la lucha contra el delito, sin perjuicio de que ese pretendido ideario pueda ser recordado por el jurista cuando se aproxima a la ley para interpretarla y aplicarla.

Cuando se habla de política criminal del Estado se repite con frecuencia que los estados actuales tienen condicionada su política criminal y legislativa por los muchos convenios y tratados que firman y se comprometen a cumplir. Pero eso es una verdad parcial y basta pensar, por ejemplo, en cuántos estados han asumido teóricamente las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre tratamiento a presos sin que en sus regímenes penitenciarios eso se note en lo más mínimo. España, en teoría, tiene marcadas bastantes veredas legislativas por su pertenencia a la Unión Europea, pero ni en España ni en algunos otros estados de la UE parece tenerse siempre una clara conciencia de que los compromisos han de cumplirse² y que eso debe hacerse en un tiempo razonablemente breve, sin tampoco olvidar que los estados de la UE preservan y conservan una buena parte de independencia legislativa³ a la que no están dispuestos a renunciar, y normalmente eso no es por razones dignas de ser expuestas públicamente.

Es verdad que cada Estado tiene sus propios problemas, y no pueden compararse las sociedades sólo porque pertenezcan a organizaciones supranacionales comunes por muy regionales que sean, y basta comparar los

¹ También sobre la obra de Von Liszt abundan lugares comunes que conviene revisar. De ello me ocupé en G. Quintero Olivares, “Franz von Liszt y la ciencia penal española”, en *El nuevo Código Penal, presupuestos y fundamentos*, libro homenaje a Angel Torío López, Comares, Granada, 1999.

² Ciertamente no puede decirse que la pertenencia de España a la UE obligue a suscribir todos y cada uno de los delitos del CP, porque eso no es verdad. Los compromisos supranacionales obligan a una muy amplia relación de normas penales y procesales, y por supuesto determinan la configuración o la obligación de inclusión de un cierto número de delitos, en todo caso muy importantes, por supuesto. Pero no son “todos los delitos”. Cosa diferente es que muchos de los que *deberían estar* no estén.

³ Cualquier Estado de la UE conserva libertad legisladora para decisiones de gran importancia, como aumentar o reducir el recurso al derecho penal, entendiendo que ese recurso se traduce en el número total de conductas que se califican como delictivas, o potenciar la vía de otros derechos, especialmente el administrativo sancionador. Lo mismo podría decirse del recurso a la prisión preventiva, y de la implantación de penas diferentes de las privativas de libertad.

problemas de la cuenca mediterránea con los de los países escandinavos pertenecientes unos y otros a la UE. No es razonable pensar que pueden ejecutar políticas criminales comunes en su totalidad, además de que en todos los estados democráticos es obligatoria la periódica celebración de elecciones, y eso, que es una conquista irrenunciable, parece agarrar la capacidad de decisión de los gobernantes, y de ese modo las ideas de “conveniencia coyuntural” se imponen sobre cualquiera otra, y así no es posible la *proyección a medio plazo de una política criminal*.

I.II. LOS BUENOS PRINCIPIOS TEÓRICOS Y EL CRECIMIENTO DEL DERECHO PENAL

La ciencia penal se siente confortada cuando cree, ingenuamente, que algunos principios están decididamente consolidados y asumidos, como pueden ser la proscripción del derecho penal de autor, de la culpabilidad por el carácter o de la represión sin finalidad, como pueda ser la pena de muerte o la cadena perpetua. Cree también el penalista que ideas como la caracterización jurídica del derecho penal como derecho penal *del hecho y de la culpabilidad* están tan enraizados como las bases históricas y religiosas de la cultura occidental y son tan intangibles como el sufragio universal. La explicación es sencilla y es también justa, pues hay una convicción amplia apoyada en la experiencia según la cual esos principios no son fruto del capricho, sino conquistas equiparables a los derechos del hombre, y un sistema penal que no los respete estará inexorablemente pervertido. Y con parecido énfasis al que se pone en la defensa de los principios *caracterizadores*, otro tanto se hace con los *limitadores o racionalizadores*, de la índole de la claridad y taxatividad de las leyes, de no abusar del derecho penal, y que la certeza o seguridad jurídica dominen en la interpretación y aplicación de las leyes, pues sólo lo predecible —aunque no sólo por eso— puede alcanzar la condición de justo.⁴

Pero el crecimiento constante del derecho penal en nuestro tiempo no es sólo *cuantitativo*, sino también *cualitativo*, de modo tal que tenemos mayor cantidad de derecho penal y además un derecho penal diferente y que pugna por alejarse de aquellos cuasi sagrados principios. El Código Penal español de 1995 ha sido modificado 17 veces, sin incluir la reforma que actualmente se encuentra en sede parlamentaria. Si interpretamos la catarata de leyes como demostración de la inseguridad y defectos del

⁴Sobre el significado de la “justicia” escribí en “El ideal de justicia en las sociedades democráticas”, en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

sistema, la impresión es realmente muy negativa. Pero conviene enfriar el ánimo y ver las cosas de otro modo, y convenir en que *hay al menos algunas causas razonables del aumento* del derecho penal de nuestros días, sin que con ello demos por sentado que todo lo que se incorpora al sistema penal, es imprescindible.

En primer lugar simplemente el cumplimiento de todas las obligaciones comunitarias en materia penal, suscritas por España, explica un buen número de las incorporaciones de figuras delictivas. Muchas ya han sido incorporadas, pero muchas son también las que esperan entrar.⁵ Por otra parte, las necesidades de modificar el Código Penal no sólo proceden de los convenios, decisiones-marco y directivas de la UE, pues a ellos deben añadirse otras fuentes de generación de obligaciones igualmente importantes, como es la implantación y aplicación de la orden europea de detención y entrega, que se reguló para el derecho español, en la Ley 3/2003 de 14 de marzo, la cual fue a su vez consecuencia de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre estados miembros. La viabilidad de la orden pasa entre otras cosas por la esencial similitud de significados a dar a la relación de delitos que se ha dado en denominar “eurodelitos”,⁶ exentos de verificación de la doble incriminación pero con la mutua confianza de los estados en que se tratará de conductas muy parecidas, lo cual no es sencillo de conseguir. Por otra parte, no hay que olvidar que con otros estados no existe ese régimen especial sino el tradicional de extradición, y por lo tanto también ahí es preciso facilitar la verificación de la doble incriminación. Por último, aunque no es de importancia, se han de incluir los compromisos nacidos en otros foros, como por ejemplo son los derivados de la pertenencia a la OCDE, que producen obligaciones específicas en materia de lucha contra la corrupción, o las recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera), organización intergubernamental a la que España pertenece y que dicta orientaciones a seguir en materia de lucha contra la corrupción.

Tenemos, pues, un dato que merece ser respetado: las leyes penales no cambian solamente cuando lo decide el Parlamento español, sino en esas

⁵ En relación a las pendientes, Cfr. L. Villameriel, “Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura”, *La Ley*, nº4, 2005.

⁶ Sobre este tema, Cfr. G. Quintero, “El euroarresto en la perspectiva europeísta de unificación de la justicia penal”, en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. G. Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

ocasiones y también en aquellas en las que simplemente se da cumplimiento a decisiones supranacionales.

Cierto que tal vez eso no explica por sí solo el vertiginoso crecimiento del derecho penal en los últimos años, pero si se repara en dos hechos concretos se comprenderá que tampoco eso es casual:

Ha sido precisamente en los últimos años, y a partir concretamente del Tratado de Ámsterdam de 1997 y del subsiguiente acuerdo de Tampere de 15 de octubre de 1999, cuando ha crecido la importancia del llamado Tercer Pilar que exige potenciar efectivamente la cooperación policial y judicial en materia penal, lo cual impone necesariamente la armonización o aproximación de las leyes estatales en materia penal,⁷ y ésta es la causa del nacimiento de diferentes decisiones-marco sobre un amplio elenco de problemas penales, decisiones que empujan a la vez a legislar, si no hay ley, y a armonizar, si la ley española es excesivamente distinta de las de los otros estados.

Un hecho concreto, el atentado de las torres gemelas, seguido de los no menos horripilantes de Madrid y de Londres, ha llevado a que se hable, por ejemplo, A. Beristáin, de la “universalidad e inhumanidad de este crimen, y la necesidad lógica de crear sanciones nuevas, universales y humanitarias. Consecuentemente, desde la política criminal modernizada, debemos ‘inventar’ claves –hasta ahora inexistentes– que descifren y resuelvan el actual y futuro fenómeno criminal internacional...”⁸ Y efectivamente, a raíz de esos brutales ataques se han producido reformas legislativas que no se han limitado a la definición de las formas de terrorismo, sino a temas colaterales, como son las intervenciones penales referentes a la financiación (transferencias, apertura incontrolada de cuentas a no residentes, control sobre uso de tarjetas, etc.).

Adelanto que con esa reflexión última sobre los movimientos de personas, no pretendo cargar al inmigrante la culpa de la visible escalada de ciertos delitos, ni tampoco sostener que las medidas a tomar frente a colectivos de difícil o imposible integración tengan que ser necesariamente penales. Seguramente, antes de la justicia penal se ha de colocar la aplicación eficaz de controles sobre entrada y permanencia en España y los correspondientes procedimientos de expulsión, para evitar que sea el sistema penal el regulador final de la inmigración. Pero lo cierto es que la respuesta acaba siendo la expulsión como remedio válido para todas

⁷ De ello me ocupé en su momento en G. Quintero, “La unificación de la justicia penal en Europa”, *Revista Penal*, Especial, 1998.

⁸ A. Beristáin, “Una nueva justicia mundial”, en revista *El Escéptico Digital*, nº 37, año 2001.

las formas de delincuencia “menor”, lo cual con el paso del tiempo se ha mostrado como un *remedio mucho peor que la enfermedad*.

Pero el fruto peor de toda la evolución de las nuevas formas de criminalidad no es ése sino la enorme tarea que tiene el jurista para defender que es posible una política criminal eficaz acorde con el respeto a los derechos, principios y garantías propios de la cultura penal occidental. Política criminal eficaz y preservación de nuestra cultura jurídica: eficacia *versus* dogma del hecho.

Los problemas de respuesta a la criminalidad “masiva” se plantean en cuanto se discute sobre la viabilidad de defender en todo caso el derecho penal garantista, sin dejarse presionar por los muchos partidarios del regreso a sistemas de peligrosidad incluso sin delito; y, en segundo lugar, la determinación de la pena adecuada no al hecho concreto (por ejemplo, un robo), sino a una personalidad criminal insoportable. Cuando se entra en ese terreno sin duda que quien peor parada sale es la idea de “proporcionalidad”.

Se dice que la pena ha de ser proporcional al hecho, pero el hecho *no es la infracción concreta, sino la dedicación habitual al delito como forma de vida*. Las reacciones punitivas han de contemplar esa dimensión total del problema, que se compone de hecho, habitualidad del infractor, efecto “llamada” de cualquier clase de “benignidad”, y exigencia de las víctimas potenciales de que se cree un clima de seguridad. En suma: todas las repercusiones que tiene el hecho delictivo en los sujetos directamente afectados, así como en el conjunto de la sociedad en la que se produce, ha de plasmarse en la especie y cantidad de respuesta penal.

Fácil es de ver que en nuestros tiempos se ciernen graves peligros sobre el *dogma del hecho*,⁹ pues como vengo diciendo ha sido una especie de lugar común de concordia en la ciencia penal y en la jurisprudencia española el decir que nuestro derecho es un derecho penal del hecho y de la culpabilidad, y que eso es lo único que admite un estado social y democrático de derecho. Falta por ver si se podrán resistir mucho tiempo las presiones en contra, porque por una parte se dice que cualquier actuación que quiera partir no sólo del hecho, sino del conjunto de las actividades

⁹ Como sabemos, con esa expresión se quiere decir, en sencillas palabras, que nadie puede ser juzgado y condenado más que por la comisión de un hecho concreto y situado en el tiempo, y que sólo se le puede reprochar ese hecho y ninguna otra dimensión de su vida, pues eso sería contrario al respeto a la dignidad humana y a la seguridad jurídica. A ese carácter del derecho penal democrático se añade que la pena ha de ser proporcional al hecho.

de un individuo y lo que otros muchos como él generan en la sociedad, ha de ser incompatible con las ideas intocables; pero a la vez se exigen respuestas contundentes que no se paren en barras de garantías.

El respeto al principio de responsabilidad por el hecho ha sido lo bastante fuerte como para que en su nombre se haya puesto en tela de juicio la existencia misma de la agravante de reincidencia y por supuesto cualquier mención a la habitualidad, que tiene resonancias de “positivismo naturalista”, porque en la valoración del hecho delictivo concreto toman en cuenta elementos externos al mismo, como son los antecedentes del sujeto. Esa *crítica*, que se resume en una misma objeción: que a los reincidentes y a los habituales se les castiga por algo más que la comisión de un hecho concreto, ha sido ya rebatida con unos argumentos que intentan compatibilizar ciertas respuestas penales a la “personalidad” con el contenido y límites del principio de responsabilidad por el hecho.

El principio de proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho se considera respetado en la medida en que la reincidencia no comporta la modificación del marco penal, es decir, del límite mínimo y máximo establecido para cada tipo de delito dentro del cual se fija la pena en función de las peculiaridades del hecho concretamente cometido. Por lo que se refiere a la habitualidad, el debate ha girado en torno a si lo que se sancionaba era la reiteración de conductas delictivas, y por lo tanto hechos, o de lo contrario se perseguía un modo de vida criminal más propio del derecho penal de autor.

En la actualidad ha perdido vigencia la discusión acerca de si el fundamento de una sanción puede situarse en un rasgo caracterológico o en el modo de vida, pues en principio eso se descarta de raíz.¹⁰ De todos modos y sin ánimo de reabrir la antigua polémica, no podemos ignorar que la realidad criminológica que está en la base de la delincuencia insidiosa y masiva es constituida por lo general, o como mínimo en los casos más preocupantes, *por profesionales del delito que se caracterizan no sólo por vivir del mismo, es decir por obtener los recursos vitales del objeto del delito, sino por organizar su existencia en función del mismo.*

En otras palabras, el problema actual no radica sólo en que existen sujetos que cometen delitos para enriquecerse con el fruto de los mismos,

¹⁰ Decimos teóricamente, pues el propio CP (art. 66-1º, p.e.) alude a las “circunstancias personales” como criterio a tener en cuenta en la determinación de la pena, y en el art. 90 se refiere a la prognosis de reincidencia social. De ello, y del régimen general de las medidas de seguridad, se deriva que no es posible sostener que la personalidad de cada sujeto carezca de trascendencia para su tratamiento penal.

sino en que éstos para sobrevivir además contribuyen a la existencia de bolsas de marginalidad en las que quienes allí crecen o viven obtienen del grupo prácticamente todo lo que necesitan, desde ayuda para encontrar una vivienda a pesar de no tener ingresos justificables, hasta instrumentos y técnicas para la comisión del delito del que subsistirá toda la familia –y en especial los delitos contra el patrimonio y el tráfico de drogas– así como la colaboración para evitar la justicia, que puede ir del encubrimiento hasta ayuda legal en caso de inicio de proceso judicial. Todo ello da una imagen de la actual criminalidad “urbana” que se caracteriza por la dedicación profesional a la comisión, colaboración o encubrimiento del crimen como medio de vida de algunos individuos o de una comunidad entera. En otras palabras, lo que actualmente ha de preocupar no es el delito ocasional de quien por las circunstancias que sean comete un delito esporádico, sino la existencia de profesionales del crimen que se sirven de la colaboración de las bandas –que ofrecen recursos humanos, instrumentos o técnicas– para cometerlo o conseguir su impunidad.

Por ello, si bien no tiene sentido volver a la discusión acerca de la existencia y necesidad de represión de personalidades criminales, los problemas que se plantean en la actualidad justifican una reflexión acerca de la posibilidad de *persecución del profesional del crimen, no por la personalidad que desarrolla en su medio social, sino por la comisión de los hechos delictivos a los que dedica su vida y que el derecho penal del hecho permite considerar como un todo susceptible de valoración unitaria.*

El principio de responsabilidad por el hecho cometido y en la medida de la gravedad del mismo, permite tomar en consideración todos los extremos del fenómeno que nos ocupa: la habitualidad o profesionalidad y hasta especialización en la comisión del delito, puesto que hasta aquí sólo hablamos de hechos, que sumados resultan especialmente graves. Otra cosa es la medida de la sanción que se proponga.

Descartada, pues, esta posibilidad de elevar la pena por el concreto hecho cometido más allá del límite máximo previsto de modo genérico para cada clase de delito, queda por considerar la pena aplicable a una serie de delitos, es decir ante la existencia de la habitualidad, cuya presencia no ha de depender de los muchos delitos cometidos por un mismo sujeto se juzguen en el mismo diferente proceso. Lo único que creo que debe descartarse de raíz es la posibilidad de actuar penalmente sobre sujetos que *viven en situación peligrosa pero no han sido detenidos por razón de delito.*

Queda otro aspecto importante en este tema: una característica de esta

criminalidad es la frecuente integración en grupos que trabajan de modo conjunto, con reparto de tareas. Los trabajos de otear posibles víctimas y avisar, la acción de apoderamiento, el pase del objeto a otro para que huya con lo robado, etc., expresan un mínimo de organización, sin entrar en la posible continuidad con la venta posterior de lo robado o su transformación (p.e., la falsificación de tarjetas de crédito).¹¹ En las situaciones que estudiamos la respuesta penal no puede discurrir por la asociación ilícita, por razones de “naturaleza constitucional” de esta figura, y tampoco sería buena la vía de la conspiración, pues ésta sólo es punible en los casos en los que la ley lo diga expresamente, y eso lo hace el art. 269 del Código Penal, pero únicamente en relación con la conspiración para cometer robos. Eso supone que la prueba de las finalidades delictivas de un grupo, lo cual ya es de por sí difícil, se hacen aún más complejas cuando además se trata de un delito o delitos específicos, como es el robo. No es un camino imposible, por lo tanto, pero sí encierra dificultades graves, y su eficacia sería hartamente discutible.

Posiblemente, por ello, será también preciso describir *delitos situacionales*, usando la vieja terminología de Manzini, y ahí entrarán las pertenencias a bandas objetivamente *preparadas para delinquir*. Pero el paso más duro se dará si se extiende la represión penal a los grupos *subjetivamente preparados para delinquir*, vía por la que podría entrar, incluso, la pertenencia a las llamadas bandas o tribus urbanas por una simple prognosis, apoyada en la experiencia, de tendencia a la comisión de delitos. En suma: *estamos rondando terrenos muy resbaladizos y la consecuencia será siempre en contra del derecho penal garantista.*

I.III. LA POSIBLE DIVERSIFICACIÓN DE LAS RESPUESTAS PENALES

Cierto que aún no hemos llegado a recuperar la represión penal sobre la pura peligrosidad sin delito o sin delito concretamente vinculable a la reacción represiva, pero creo que es cuestión de tiempo que eso suceda si persisten los problemas atribuidos a esa clase de bandas y organizaciones, al igual que a la masa de sujetos sin medios conocidos de vida, y de los cuales la ciudadanía da por supuesto que viven del pequeño o gran delito

¹¹ Hubo un tiempo en el que en el derecho penal español se consideró asociación ilícita la asociación transitoria para cometer el delito de robo. Esa posibilidad legal se suprimió hace años, en el entendimiento de que no tenía razón de ser político-criminal la agravación de la pena por el sólo hecho de actuar en grupo, y que además eso solamente tuviera trascendencia en el robo y no en otros delitos.

(y seguramente es verdad). La reacción será inevitable, y basta con oír las cosas que se dicen en foros ciudadanos teóricamente espontáneos y no manipulados. *Un siglo después de que desapareciera su prioridad ideológica parece regresar triunfante el más rancio positivismo naturalista*, aunque hoy no se reviste de esa pretendida fundamentación “científica”, sino encuentra sustento en ideologías edificadas para explicar jurídicamente lo lógico que es vaciar de contenido garantista al derecho penal para así acercarse a la realidad social.

Se insertaría aquí el espinoso debate sobre la existencia o conveniencia de un derecho penal “de doble vía”. Como es sabido, algunos opinan que la diversidad de los conflictos, problemas o agresiones que debe sofocar o resolver el derecho penal no pueden ser afrontados con un sistema idéntico para todos los casos. La idea de que la pena, su fundamento y función y su ejecución, juegan del mismo modo para cualquier clase de delitos, habrá de descartarse, según ese modo de pensar. Lo cierto es que ese discurso, *en cuanto a que es forzoso diferenciar la respuesta penal de acuerdo con la naturaleza del delito cometido* es admisible, pero *no descubre nada que no se haya dicho antes*. Nadie defenderá que constituyen el mismo problema penal el atracador profesional, el violador contumaz, el traficante de seres humanos, el delincuente financiero o el conductor temerario que causa muertes. Que el derecho penal del futuro habrá de procurar *descripciones típicas y respuestas punitivas en función de cada grupo de delitos* es algo fácil de comprender, y no es sino una consecuencia de que no existe una sola política criminal, sino una para cada grupo de problemas.

Pero eso no es lo mismo que defender la conveniencia de *diferentes derechos penales, diferentes en sus fundamentos y en el modelo de proceso penal*, rebajando garantías materiales y procesales, no sólo según cuál haya sido el delito cometido, sino también en función de la clase de delincuente.

I.IV. LA IRRUPCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA FORMULACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

No es imaginable hoy una evolución del derecho penal olvidando a las víctimas (como tampoco puede evolucionar la victimología despreciando al sistema punitivo, como a veces parecen pretender ciertos “victimólogos”). La atención a la víctima puede afectar a la pena en dos modos contradictorios entre sí: rechazándola a favor de otras respuestas que contemplen más

el interés de la víctima, o, al contrario, exigiendo su imposición aunque pueda ser cuestionada desde la óptica de la necesidad político-criminal.

Para explicar las razones que han llevado a relativizar la inexorabilidad de la respuesta punitiva y a defender la conveniencia de que entren en juego otras soluciones, se ha dicho que es obligado asumir la aparición en el equilibrio social de un sujeto (el agresor) al que se le puede castigar, pero sin olvidar que la experiencia del fracaso de la prisión empuja a buscar la posible eficacia de otras respuestas. En esa situación emergen una o más personas (las víctimas) que han sufrido un perjuicio en sus intereses o derechos y que esperan respuesta del Estado; esas personas no se sienten compensadas por la imposición de la pena pública, que por su propio sentido es incapaz de neutralizar el daño producido por el delito, y que además está abocada al fracaso, de acuerdo con la experiencia.

Se añade a renglón seguido que el deber del Estado de responder penalmente ante los delitos, para así dotar de eficacia al sistema creado en previsión o en intento de evitar esos delitos, es un deber que se une al de dar protección y ayuda a los perjudicados, y no sólo por la vía de la reparación del mal, sino atrayendo su presencia a la definición misma de la política criminal y a la construcción del sistema.

En esa tensión ha de revisarse la fuerza o mejor *la significación actual* del principio *nullum crime sine poena*. El Estado, si no es posible satisfacer a la vez todos los intereses en juego, deberá optar entre el castigo del delito en nombre del interés de todos, o la preferente atención a lo que más convenga a la víctima de ese delito, que puede ser otra cosa, que vaya desde el fomento de la reparación como vía de renuncia a la pena hasta condicionar la propia sentencia penal y su ejecución a la posición de la víctima sobre ella.

II. EL DERECHO PENAL

II.1. LA PERMEABILIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO

Califico de permeable a la teoría del delito porque parece que lo puede absorber todo en su seno, incluyendo las ideas que más se alejan precisamente del garantismo que alumbró en su tiempo la formulación de esa misma teoría.

Tiempo hubo en los que la teoría del delito se componía de elementos fijos cuyo contenido era casi inmutable. Por eso en su momento pareció “revolucionaria” la reformulación de la teoría del delito a partir del finalismo, que por supuesto no era solamente una doctrina *sobre el sistema*,

sino un cambio de sistema generado por un cambio de punto de partida metodológico: el delito como *acción*, antes que como *hecho*, la intangibilidad de la supuesta naturaleza de las cosas, etcétera, etc.

Pero no voy a entrar ahora en exponer la evolución de la doctrina finalista desde Welzel hasta hoy, las críticas que en su momento recibió e incluso la virtualidad que tiene esa idea de “respeto a la naturaleza de las cosas” para que se pueda construir desde ella una propuesta penal tan extremadamente reaccionaria como la de Jakobs —discípulo de Welzel— sin entrar en la pobreza intelectual de su discurso. Prefiero centrarme en la teoría del delito y en su evolución, que ha llevado a una situación en la que los elementos mencionados al principio se mantengan sólo aproximadamente; hay quien no reconoce el elemento “culpabilidad” y prefiere hablar sólo de imputación subjetiva, pero lo más relevante es que el *contenido o significado de cada elemento recibe una muy diversa explicación*. En resumen: la definición técnica del delito es más o menos constante en las *etiquetas*, pero no en lo que cada una de ellas significa.

Es por eso por lo que resulta absurdo hablar de la teoría del delito como si estuviéramos ante una institución del derecho *completa y acabada*, como pudiera ser la teoría del negocio jurídico,¹² sino, y a pesar de los buenos deseos de sus precursores, sólo ante un modo de entender cómo debe configurarse la infracción penal si se quiere ser *coherente con el estado de derecho y su promesa de igualdad*. Si se abandona esa pretensión todo puede desmoronarse, y eso es lo que sucede cuando se acepta la procedencia de diferentes subsistemas técnico-jurídicos dependiendo de la clase de criminalidad de que se trate (terrorismo, narcotráfico, habitual o profesional sexual, familiar, económico, etc.). Criterios jurídicos diferentes no consienten la pretensión de una sola teoría del delito.

La doctrina penal, pese a eso, sigue luchando, reclamando que se respeten principios que son realmente imprescindibles, como el de ofensividad o lesividad, entendido como verificación de la presencia real y efectiva de antijuricidad material en el hecho sin que eso se pueda suplir por presunciones. Pero basta con acercarse a muchas reformas legales, en especial las que promueven la creación de delitos de peligro, para comprobar que la importancia del principio de ofensividad no es compartida ni por legisladores ni por juzgadores.

¹² Cuando digo “acabada” no quiero decir “petrificada”. En la concepción de lo que es el negocio jurídico también hay corrientes de pensamiento (voluntarismo, objetivismo), pero eso no afecta a que su función central en el pensamiento iusprivatista esté fuera de duda.

II.II. ¿DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD?

Los avatares de la teoría del delito no se limitan a eso. Si se piensa en que el nuestro pretende ser considerado como *derecho penal de la culpabilidad y del hecho*, lógico será que se suponga que la institución de la culpabilidad ha de tener un papel central.

Pero sería negar la evidencia sostener que en la mayor parte de los sistemas penales europeos occidentales la institución de la culpabilidad ha ido perdiendo contenido propio, reduciéndola a una presunción de libre elección del delito que se supone alcanza a todo aquel que no padezca una alteración intelectual concreta y precisa. En modo alguno la culpabilidad es objeto del debate procesal, y conste que no pretendo sostener el absurdo de que lo justo sería no darla por supuesta y tener que demostrarla en cada caso y para cada sujeto. Nada más lejos de mi opinión y de la de cualquiera, pues eso, que podría ser hermoso en el plano de los juicios morales, conduciría al derecho penal a la inoperancia más absoluta.

Admitido que respecto del *no imputable se ha de operar con la idea de partida de que se trata de un sujeto culpable*, habría que evitar llegar al extremo de que se afirmara como verdad indubitada la culpabilidad de todo aquel que no sea un enfermo mental o haya actuado en estado de plena pérdida de la conciencia; y ése es el modo en que todas las direcciones autoritarias quisieran zanjar el tema de la culpabilidad.¹³

Pero lo cierto es que debemos continuar exigiendo que la valoración de la culpabilidad sea el espacio adecuado para confrontar el derecho y la realidad circunstancial y humana del hombre a quien se juzga, sea para absolverlo o sea para medir y decidir la clase de reacción penal que puede ser razonable, aunque eso (la decisión punitiva) haya de ser también una decisión inspirada en criterios político-criminales.

Hay otra visión más pesimista, y sin duda que sobrada de razón: la culpabilidad es también una institución integrada en el poder de castigar del Estado. Así se entiende que en nombre de la culpabilidad (desde la primera concepción “normativa”)¹⁴ se imponen ideas que sin duda responden a una

¹³ Sobre ello, Cfr. Guillermo Portilla, “El derecho penal y procesal del ‘enemigo’...”

¹⁴ En relación con este tema se ha puesto de manifiesto que la progresiva ampliación del derecho penal fue en buena parte la que obligó a abandonar la vieja concepción psicológica de la culpabilidad, que, dejando de lado otros aspectos dogmáticos, sólo podía satisfacer las exigencias de un derecho penal mucho más restringido. La concepción normativa sirvió así para proporcionar una cobertura personalizada a un derecho penal en continua expansión. Sobre este tema son de sumo interés los estudios de M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, y del mismo autor

voluntad de homogeneizar al cuerpo social. El respeto por las diferencias, las subculturas, las discrepancias, es meramente retórico, pues por la vía del “mínimo criterio comparativo” se establece por el derecho una forzada concordia o consenso sobre ideas y valores que, en opinión de los críticos más agudos, son sólo las ideas y los valores de las mayorías. Es sin duda difícil asumir que la institución de la culpabilidad, lejos de su teórica función, sirve ante todo para imponer una artificiosa igualdad de condiciones y de posiciones ante el derecho. Eso no es *en sí mismo* ni bueno ni malo, pues el derecho penal a la postre no deja de ser una proposición de reglas mínimas iguales que se espera cumplan individuos que por su propia naturaleza son diferentes entre sí pero deben convivir. El problema comienza de verdad cuando el sistema no permite conceder relevancia alguna a esa diferencia y, por el contrario, conduce a imponer siempre, y a todos, la misma reacción punitiva sea cual sea la situación personal. Por eso mismo, incluso en la dominante concepción normativa de la culpabilidad, es imprescindible la valoración de lo que ha sido la vida del individuo al que se juzga, para comprender sus capacidades y limitaciones. La circunstancia eximente de alteración de la percepción y falta de conciencia de la realidad, y es un ejemplo, no es comprensible sin contemplar la vida entera de aquella persona, y como esa circunstancia cualquiera otra norma o espacio legal que exija una indagación en la personalidad del sujeto.

Es una obviedad, aunque no se explicita, que en la configuración jurídica de la culpabilidad *en realidad no hay espacio alguno para la discrepancia y la diferencia.* No entender o incluso despreciar las leyes, no sentirse motivado por ellas, carece de significación pues concedérsela equivaldría a poner en cuestión la función del sistema penal, que si es aplicado democráticamente goza de plena legitimidad. Si, por lo tanto, no puede servir de nada la *diferencia por discrepancia* no hace falta alguna afirmar que gracias a la culpabilidad se valoraran las circunstancias personales de cada sujeto; es más, ni siquiera es posible sostener que se contempla igual a todos los individuos que se sientan ante los tribunales penales, y cada vez influyen con más fuerza las imágenes de habitualidad y profesionalidad en el delito.

Pero de la culpabilidad deduciremos en todo caso una misión positiva e irremplazable: *la necesidad de cerrar el paso a la responsabilidad objetiva y al uso y abuso del recurso a presunciones para poder establecer la*

también “Il principio di colpevolezza”, en AAVV, *Introduzione al sistema penale*, editado por Insolera, Mazzacava, Pavarini, Zanotti, vol. 1, 2ª ed., Giappichelli, Bologna, 2000, pp. 200ss.

imputación de los hechos delictivos. Eso se ha de plasmar en otras zonas de la teoría del delito, por supuesto, pero encuentra su razón absoluta de ser en esa garantía de culpabilidad.

II.III. NECESIDAD Y LIMITACIONES DE LA DOGMÁTICA: DOLO E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Nadie puede poner en duda que los hipercultivadores de la dogmática jurídico-penal desean sinceramente encontrar la mejor manera de aplicar el derecho positivo y con ello, también, alcanzar la interpretación más justa de cada norma. Pero aun concediendo esa presunción de buena voluntad a esos juristas, hay algunos aspectos de su tarea que deben ser tenidos en cuenta, por lo que se inician en el estudio profundo del derecho penal:

a) La construcción dogmática sólo es aceptable mientras no se aleje de la norma sobre la que pretende construirse. En ocasiones ciertas afirmaciones dogmáticas tienen el aroma de puro iusnaturalismo que se quiere embutir en alguna fase de la interpretación *porque así lo desea el intérprete*.

b) Lo que se diga de la dogmática puede afirmarse también de la jurisprudencia, con el problema añadido de que ésta intenta y con frecuencia consigue transformarse en norma, aunque sea en detrimento de la norma misma.

La interpretación dogmática no es una *norma*. Por lo tanto, si la conclusión correcta dogmáticamente nos parece que lleva a una conclusión injusta, deberemos recuperar el discurso desde su inicio y analizar si el principio de legalidad nos permite otra interpretación. En temas como, por ejemplo, la inminencia de la agresión en la legítima defensa (el asaltante armado estaba ante la puerta de la casa) o la atribución de la muerte de una persona a la actuación de otra (robó el hígado que urgentemente se llevaba para un trasplante) las afirmaciones que pueden hacerse *dogmáticamente* serán diferentes y se alejarán tal vez de la percepción ciudadana sobre la respuesta justa. Si de verdad se considera que es *aún más justo lo que es dogmáticamente correcto*, bueno será explicarlo de modo convincente.

Tengamos pues, una *actitud prudente ante la dogmática*, método sin duda imprescindible en nuestra cultura jurídica. Y digo en nuestra cultura porque la actitud del dogmático germano, italiano o español es *incomprensible* tanto para el pragmatismo anglosajón o el racionalismo francés. Ni unos ni otros de estos últimos, pueden concebir o aceptar construcciones como la omisión impropia o la autoría mediata, y no por ello hemos de

suponer que los demás son buenos o malos salvajes aún no visitados por el misionero dogmático.

Muchos son los temas de la llamada dogmática que merecen la atención de los que se inician en los temas penales a fin de no caer ni en magnificaciones ni en prefiguraciones de los problemas que luego no hayan de soportar el choque con la realidad. Cuando hablo de esa atención o de interés no quiero sugerir un desprecio para la dogmática penal, que en todo caso es un *instrumento imprescindible para el conocimiento técnico del derecho positivo*, sino tan sólo recordar dos ideas centrales: que la dogmática penal no es *el derecho penal*, y que las “soluciones” dogmáticas no son *dogmas de fe*, pero no porque haya que despreciarlas a favor de “soluciones justas” aunque dobleguen la legalidad, sino porque las soluciones dogmáticas no son tampoco *únicas e indiscutibles*. La tesis que dogmáticamente se crea acertada ha de ser sometida al control de contraste con las consecuencias, y sólo entonces se podrá constatar si supone un real perfeccionamiento del derecho.

La relación de temas que han ocupado el centro de interés es muy amplia; pero para ceñirnos sólo a los que en su momento dominaron el panorama en España, podríamos citar la irrupción del sistema finalista en los años sesenta, con viso de revolución completa, o, yendo a instituciones concretas, la omisión impropia o la imputación objetiva o la determinación de la autoría por el dominio del hecho. Han pasado casi cuarenta años y del sistema finalista queda como aportación otra manera de formular la teoría del delito e incluso un cierto lenguaje (injusto, personal, desvalor de acción o de resultado, dolo neutro, etc.) por demás prescindible, pero relegando al carácter de opinión “sectorial” y no dominante su muro de carga central (la acción finalista y la concepción del delito *como acción*), sin perjuicio de que algún penalista de filiación originariamente finalista haya degenerado a apóstol de las ideas más reaccionarias, y encima encuentre nutridos grupos de seguidores.

La atención prestada al tema de la omisión impropia es comprensible si se atiende a la dificultad misma del tema y a la novedosidad de su presencia en el Código Penal español desde 1995 (prescindiendo de que la fórmula sea desafortunada), pero resulta claramente desproporcionada si se recuerda el limitado número de delitos en que se plantea tradicionalmente (homicidio o lesiones, aunque en tiempos recientes se busca en ella una solución para los problemas de las decisiones en órganos colectivos de empresas). La omisión impropia ha llenado miles de páginas, mientras que

el número de casos vistos ante los tribunales en los que se ha planteado un problema de esa clase es muy reducido, sin entrar en las razones para que sea así, pues a veces tipificaciones expresas del legislador, como por ejemplo las de prevaricación urbanística que alcanza a los concejales que *no hubieran impedido con su voto* la concesión de una licencia injusta, o porque una gran cantidad de casos se desplazan a la negligencia punible a causa de las dificultades de prueba de los componentes subjetivos de las conductas.

Por esa razón no puede extrañarnos que fuera de los muros universitarios a veces se contemple con escepticismo nuestro trabajo, pues obligado es reconocer que en relación con los temas dogmáticos hay una gran diferencia entre el volumen de atención que suscita entre los estudiosos de un tema y *el impacto práctico que el tema tiene*.

Desde ese modo de pensar, y sin demérito del interés del tema, se ha de comprender la elección del tema de la imputación objetiva. Es sin duda alguna un tema penal que en las últimas décadas ha ocupado muchas páginas entre los más interesados por la dogmática penal. Imputación objetiva, subjetiva, moral, causal, colectiva, son conceptos que se suceden o reúnen en todas las aproximaciones al derecho penal de nuestro tiempo, y la importancia que se les otorga se explica esencialmente por la convicción, casi nunca expresada, de que el derecho penal en su consideración tradicional, por más que éste se esfuerce por adaptarse a los cambios, es incapaz de adaptarse a realidades sociales y humanas que demandan intervención sancionadora, pero que no pueden encajarse en los severos parámetros del principio de legalidad.

Estamos al principio de los años setenta del pasado siglo, y estamos en el ámbito de la dogmática de signo germánico, sin duda la más importante para muchos. La teoría de la imputación objetiva, auspiciada en esos momentos por Roxin, se presenta como una de las grandes vías de salto desde el positivismo formal a un derecho penal más acorde con la idea de que lo regulado son *comportamientos humanos en toda su riqueza*, y por lo tanto tan estrecho resulta tratar a las acciones humanas como motores causales, cuanto dar por sentado que son actos necesariamente orientados a un fin. Por la vía del estrecho *causalismo* es difícil no imputar a una persona los resultados causados aunque sean *imprevisibles*. Desde el finalismo (iusnaturalista en su origen) lo importante será la meta perseguida, quedando en un segundo plano el significado objetivo de la acción misma, y por eso para un finalista “puro” ha de ser igualmente tratada la tentativa idónea

y la inidónea y, casi, la tentativa y el delito consumado, pues, a la postre, desde el punto de vista de la acción injusta lo intentado y lo consumado son una misma cosa.

La entrada en la ciencia penal moderna del concepto de imputación objetiva no es tan antigua, pero en España ha alcanzado con facilidad la categoría de *concepto indiscutible*. En su momento la imputación objetiva significaba no una “evolución” en la teoría de la causalidad, como lo fue la entrada del concepto de causalidad *adecuada*, que a la postre era una solución mixta, sino el paso completo a los *conceptos normativos en la fundamentación de la responsabilidad*, superando el rígido marco de lo físico-causal. En su lugar lo que se sitúa es la acción humana que es capaz *en sí misma* de generar de acuerdo con la experiencia un peligro injusto para el bien jurídico tutelado. Por esa vía se dio un impulso muy importante a la dogmática del delito imprudente (ya no volvería a decir que la única diferencia con el delito doloso reside en lo subjetivo).

Los orígenes de esta pequeña historia han de situarse en la insatisfacción que producían en la ciencia penal alemana las explicaciones que se daban tanto desde el casualismo como del finalismo para excluir de la responsabilidad penal por los resultados imprevisibles. Se recuperaba entonces una antigua tesis de Radbruch que enlazaba con la tradición civilista de la fuerza mayor, de acuerdo con lo cual lo imprevisible no podía soportar las calificaciones de justo o de injusto, porque no eran expresión de una *conducta humana* que era lo único merecedor de valoración. Aunque pudiera parecer que se trataba de actos típicos esa clase de sucesos no podían ser, para la filosofía jurídica valorativa, ni típicos ni antijurídicos, pues el legislador no había querido castigar procesos causales sino expresiones de la voluntad del hombre.

En la misma línea se fueron desarrollando ideas que diferían del concepto finalista de acción, colocando en su lugar un concepto que tuviera precisamente esa condición de conducta humana cargada exteriormente de un sentido malo o bueno para los demás ciudadanos, y así se desarrollaría el concepto *social de acción*, en el que podía tener fácil acogida la idea antes indicada, que sería definitivamente desarrollada por Roxin,¹⁵ a través de cuya obra se difundiría la doctrina de la imputación objetiva.

Es patente pues, que en un principio sólo se pretendía ofrecer una ex-

¹⁵ Una primera exposición la hace Roxin en su artículo “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, *Festschrift für R. Honig*, Göttingen, 1970, en el que precisamente atribuye al autor homenajeado (Honig) la paternidad de la teoría.

plicación sólida para rechazar la imputación de resultados causalmente generados pero no previsibles. Para Roxin, el impulsor de la teoría, el resultado sería penalmente atribuible a una persona si ésta con su acción había creado un riesgo penalmente relevante, por injusto o no permitido, si luego ese peligro había cristalizado precisamente en aquella clase y forma de resultado y, por último, eso era de capital importancia para la teoría del delito imprudente, el resultado era de aquellos que de acuerdo con su “finalidad” quería evitar la norma transgredida.

A poco que se repare en la formulación expuesta se notará con facilidad que la teoría de la imputación objetiva resultaba de gran utilidad para la configuración de una sólida dogmática del delito imprudente. Pero pronto aparecieron en España los que se mostraban escépticos acerca de sus virtudes para el delito *doloso*. Se decía, en síntesis, que poco o nada era lo que aportaba la teoría al delito doloso, pues en éste lo único determinante es lo que el autor haya podido prever y querer como elementos del dolo. Mas esa opinión olvida que gracias a ella se avanzó hacia la hoy dominante teoría de la probabilidad en el dolo eventual, gracias a la cual el que el sujeto “consienta o no consienta” en la producción de un resultado representable como *consecuencia normal de su acción* constituye un aspecto subjetivo *indiferente para el derecho*, siempre y cuando no se llegue al absurdo de que esa definición de dolo eventual ha de ser válida para todas las modalidades de dolo, minusvalorando el elemento volitivo, y la necesidad de que en el proceso penal se discuta sobre lo que el acusado *quería*.

Otro aspecto del tema que merece atención es la importancia que gracias a su impulso se habría de dar a la *contribución de la víctima* a la producción del resultado. Lo realizado por el autor puede ser insuficiente para imputarle la totalidad de lo sucedido. Pensemos, y es un ejemplo, en lo que eso significa en delitos como el de estafa: la insólita e incomprensible credulidad o la codicia irreflexiva de la víctima pueden explicar el resultado en mayor medida que la contribución del autor, al cual no se lo podrá *imputar como previsible*. Sobre ello volveré.

A fin de serenar el pretendido carácter revolucionario de la teoría, también puede entenderse que las antiguas teorías sobre la relación de causalidad fueron relativamente abandonadas a partir de la extensión del criterio de la causalidad *adecuada*, que como todos saben ya no era un criterio causal puro, sino causal-normativo. La teoría de la imputación objetiva será la continuación de las de la adecuación, en cuanto que se trata ya de un criterio plenamente *normativo*, en el que lo físico-causal

ocupa un lugar subordinado y no determinante. Las ideas de creación de un riesgo no permitido o, en su avance, producción de un resultado que sea la plasmación del riesgo creado, son indudablemente útiles para evitar la impunidad de gravísimas conductas *dolosas y culposas* que eludían el castigo refugiándose en la selva de los cursos causales complejos. Aunque sólo fuera por eso, considerando el significado que tiene para un entendimiento humanístico¹⁶ de lo que han de ser las conductas que merecen la calificación de criminales, el criterio de imputación objetiva merece aplauso; mas no dejemos que se saquen las cosas de quicio.

Bien es cierto que el tema de la imputación objetiva preocupa sobremedida en Alemania, algo menos en España y muy poco en Italia.¹⁷ Tal vez sea porque para muchos no es más que una manera de sustituir el principio de adecuación social, de estirpe finalista.¹⁸ También es cierto que el desarrollo del estudio de esta cuestión ha aportado muy desiguales frutos según se trate del delito culposo o del delito doloso, y en este punto son muchos los que estiman que la trascendencia del concepto de imputación objetiva es reducible a unos muy pocos casos.¹⁹ Pero lo que ahora importa no es saber si es un concepto útil y necesario *en la explicación de lo que o ha de ser una conducta punible*, sino si su trascendencia es tal que merece ser llevado a la clave de bóveda de la construcción del derecho penal, siempre, por supuesto, celebrando que un *sano normativismo* lleve a limitar la trascendencia de lo *causal* y de lo *final*. El derecho penal pretende incidir en la realidad de la conducta humana que es acto de uno o muchos individuos con un determinado sentido para los demás ciudadanos.

El problema del derecho penal es siempre otro: razonar quién ha de responder por los hechos injustos sin olvidar que la acusación no puede violar las garantías que asisten a todo ciudadano, destacando el derecho a la certeza o seguridad jurídica y la promesa de respeto a la *personalidad de la responsabilidad* (nadie responderá por actos de otros). Mas con eso no se dice nada que no sea casi un lugar común. El problema no se agota ahí, pues eso sólo contempla el conflicto desde la posición del que puede

¹⁶ Sobre esta dimensión de la cuestión, Cfr. Hassemer, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Valencia, 1999.

¹⁷ Para una visión global de los problemas que en la actual doctrina italiana suscitan mayor interés, Cfr. "La riforma della Parte Generale del Codice Penale", VVAA, a.c.d. Alfonso M. Stile, Napoli, Jovene Ed., 2003.

¹⁸ Sobre ello, Gracia Martín, Luis, en "Prólogo" a *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, de Rueda Martín, M. A., Bosch, Barcelona, 2001.

¹⁹ Sobre esa crítica y otras, y en general sobre el estado del debate sobre la imputación objetiva, Cfr. Frisch, *Op. cit.*, p. 59ss.

ser acusado. Mas la *sociedad que contempla* se pregunta –con todos los ingredientes de irracionalidad que se quieran añadir– por la ausencia o imposibilidad de imputar responsabilidad penal alguna al que ha provocado graves daños con actos que difícilmente entrarían en una tipicidad interpretada desde la ortodoxia de la imputación objetiva.

La importancia, pues, que se dio en su momento al principio de imputación objetiva es comprensible en el marco de una *evolución cultural penal*, que es sin duda enriquecedora. Las viejas teorías de la causalidad adecuada no eran suficientes para colorear la complejidad de los procesos decisorios que acaban en daños y perjuicios para individuos o grupos. Tal vez al pensamiento penal le costó aceptar que el primer escalón supuestamente obligatorio (la convicción de que la causalidad es una exigencia consustancial al principio de legalidad) no debiera de serlo tanto, y asumir que por mucho que el estudio de la causalidad sea un objetivo natural en las ciencias exactas *no tiene por qué serlo también en las relaciones humanas*, sin perjuicio de reconocer a la causalidad la categoría de gran problema del pensamiento especulativo.²⁰

Hoy no hay nadie que ose poner en duda no ya la importancia sino el carácter *nuclear* de todo lo que concierne a la imputación objetiva, a pesar de que algunos de sus principales apóstoles lamentan que voces escépticas se atrevan a decir que es una teoría cuya utilidad práctica no se corresponde con la inflación de estudios y posiciones sobre la misma.²¹ Tal parece que el concepto de “imputación objetiva” ha sido la savia vivificadora de un árbol (la teoría del delito) que estaba irremisiblemente muerto. A la postre estamos, para unos, ante una reconsideración del “significado objetivo de la tipicidad”, abandonando el exceso de formalismo, y para otros en presencia de una necesaria reinterpretación de los tipos a la luz de una selección de conductas injustas que deben ser en ellos incluidas, que sea acorde con la función del derecho penal entendida como “prevención frente a conductas humanas”, y no, o no sólo, “prevención frente a resultados lesivos”. A todo esto debe añadirse que la imputación objetiva despliega su primordial interés en relación con los delitos de resultado, lo cual reduce notablemente su pretendido impacto general en el sistema.

La afirmación de que la existencia de un delito exige, y con eso basta, un

²⁰ Cfr. I. Reguera, “Teorías actuales de la causalidad en filosofía de la ciencia”, en *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Universidad Complutense, Madrid, 1980.

²¹ Sobre este lamento Cfr. Frisch, Wolfgang, “*Tipo penal e imputación objetiva*”, trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, Colex, Madrid, 1995.

comportamiento humano en el que se reúnan las condiciones de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, *ya no es posible*: se necesita *algo más*, llámese *imputación objetiva del hecho*, o, para otros, ausencia de adecuación social²² de la conducta. Las viejas ideas sobre acción, resultado y relación de causalidad entre ambos no se consideran criterio válido o suficiente para establecer la acusación de autoría de un hecho. Es fácil comprobar en la literatura penal actual que ningún autor osa desprestigiar ese elemento nuevo o, por lo menos, configurador final del sentido de lo injusto.

En algo parece haber concordia, y es en la convicción de que la acumulación técnica (jurídica) de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad no parece suficiente como para decidir la imposición de un castigo, o, lo que es lo mismo, que conductas humanas que podrían cumplir con esos elementos no pueden ser razonablemente castigadas,²³ pues les falta algo más: ser objetivamente imputables o no ser socialmente adecuadas (depende de la dirección ideológica). Indudablemente, así vista la cuestión, la posibilidad de imputación objetiva del resultado porque la acción del autor entrañaba en sí misma y objetivamente una potencialidad de peligro de producción de esos resultados enriquece el concepto jurídico de delito, y sobre todo, ofrece un criterio apto para dar justa respuesta penal en situaciones de pluralidad de resultados fruto de procesos causales no equiparables, que gracias al principio de imputación objetiva pueden ser reconducidos y atribuidos a personas que han llevado a cabo acciones en sí mismas cargadas del peligro generador de esa clase de consecuencias.²⁴

Situados pues ante un avance que se comprende sin demérito, antes bien como salto propiciado por el principio de adecuación causal, podemos preguntarnos otra vez si está justificado el desproporcionado despliegue de literatura penal contemporánea que el tema ha provocado,²⁵ y la respuesta ha de ser, por lo menos, escéptica. Veamos algunos de los obstáculos.

²² Para los finalistas, el concepto de adecuación social, acuñado por Welzel, es casi equivalente al de imputación objetiva, pues en la tipicidad no puede tener cabida una conducta socialmente correcta. Esa respetable opinión no puede ser aceptada sin más, entre otras cosas porque existen muchas conductas socialmente adecuadas que entrañan riesgos inadmisibles.

²³ En el mismo sentido, Gracia Martín, *Loc. cit.*

²⁴ Cfr. sobre ello el excelente trabajo de Gómez Benítez, José Manuel, "La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales", en *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin, Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

²⁵ Nunca la literatura jurídica ha de tenerse por excesiva, pues cada cual es dueño de escribir sobre lo que le venga en gana. Pero nos encontramos con una doctrina penal (la española) que no ha estudiado ni se ha pronunciado apenas sobre una enorme cantidad de problemas jurídicos y político-criminales de nuestro tiempo. La "desproporción" es lo que resulta decepcionante.

II.IV. PARA EL CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DOLO

El desarrollo del principio de imputación objetiva, en la medida en que muchos lo quieren situar en el *epicentro de lo injusto*, puede indirectamente propiciar el vaciamiento del concepto de dolo al que antes me he referido. La hipertrofia de la importancia de la imputación objetiva puede llevar al *dolus in re ipsa*, que no es sino una renuncia a indagar sobre el dolo, sobre lo que el autor quería conseguir, cuestión que se integra en el debate forense. En su momento y como ya advirtió previsoramente Bricola,²⁶ hay que tener en cuenta esa función del proceso sin dejar de denunciar el grave error de método que supone entender el dolo tomando como definición su modalidad secundaria, que es precisamente el *dolo eventual* —en el que se ofrecen las más claras debilidades del componente volitivo— para desde ella despreciar la necesidad de ese componente.

La razón se entiende fácilmente: a fuerza de concentrar la atención (y el fundamento del castigo) en la relación entre el autor y la acción, dejando en un plano secundario la volición del resultado, puede propiciarse el entendimiento de que para la apreciación de dolo es suficiente esa reducción de objetivo, con lo cual un principio que seguramente nació para reforzar la imagen del delito como *acción humana* —del mismo modo que lo haría el principio de adecuación social acuñado desde el finalismo—²⁷ puede acabar sirviendo para una objetivización de la responsabilidad penal, por muy lejos que esa idea esté de sus defensores, o, por lo menos, para crear una adicional dificultad a la distinción entre conductas dolosas y conductas imprudentes.

²⁶ También señalaba Bricola que las exigencias de la prueba en el proceso penal imponen que el derecho penal material (los tipos de delito) sean a la vez respetuosos con la taxatividad, la ofensividad y la claridad, para que todo sea empíricamente verificable, sin perjuicio de que siempre haya de subsistir algún componente valorativo (Bricola, “Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale”, en *Política Criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 263 y 264).

²⁷ Aunque no voy a extenderme en ello, sí quiero destacar —aunque no sea un descubrimiento— que esa especial colocación del punto de choque entre el individuo y el derecho en la acción, es algo en lo que externamente parecen cumplirse postulados del finalismo. Pero no es así, a la luz del origen iusfilosófico de este último. Para el finalismo la “acción” cumple una función central en la determinación de lo injusto, y ha de ser así porque así lo exige el sentido ético del derecho y su propia concepción de lo que es la acción humana. Para las doctrinas de la imputación objetiva es claro que esa significación ex ante de la conducta produce una reformulación del contenido objetivo de la tipicidad, por supuesto que siempre entendiendo a ésta como cristalización de una idea previa sobre lo que ha de ser objeto de (des)calificación jurídica. Pero eso no quiere ni puede propiciar que se entienda que el delito es casi únicamente “una acción”. De la hipertrofia de la importancia de la acción en la configuración del delito se ocuparon en su momento y extensamente Roxin en Alemania (Cfr. *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón, Reus, Madrid, 1976) y Marinucci (Cfr. *Il reato come azione: critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971) en Italia, y a ellos me remito.

II.V. SITUACIONES “INEXPLICABLES”

El de imputación objetiva apareció como un concepto “normativo” y desligado de ontologismo y explicaciones pre-penales, y ése era su gran mérito: el derecho penal construye sus propias categorías, etcétera, etc.

Pero lo anterior no evita que se puedan producir consecuencias no deseables. En primer lugar, si se acatan los postulados de la imputación objetiva será obligado apreciar la atipicidad de conductas que han interferido en procesos causales que han ido a parar a daños graves. Por ejemplo: el robo de un órgano destinado a un urgente trasplante, circunstancia conocida por el autor, que propicia la muerte del enfermo; o bien robo de bolsas de un banco de sangre para especular con el precio, paralizando operaciones inaplazables; o bien querrela sin fundamento contra un empresario para requerirle a que entregue sus libros de comercio, con el sólo objeto de hacerse con los nombres de sus clientes y proveedores. En todos esos casos está fuera de duda que las acciones no pueden entrar en el tipo de homicidio o de lesiones o de descubrimiento de secretos de empresa. Habría pues que declararlas “atípicas” y limitarse a valorar los posibles delitos de hurto o robo, en su caso, o la improbable y nunca perseguida acusación falsa.

Por supuesto que no pretendo sostener que lo ideal sería un retorno a las versiones más arcaicas de la equivalencia de condiciones. En manera alguna ésa sería una solución practicable. Lo que sucede es que la declaración de atipicidad que impondría un seguimiento puntual de los elementos del principio de imputación sería desdeñable, salvo que, en los ejemplos propuestos, *se dote a las consecuencias indirectamente ligadas a la acción del carácter de fin perseguido por el autor*. Aun así, seguiremos sin poder afirmar la *idoneidad objetiva de la acción*, y habrá que acudir a la tesis del control potencial sobre el resultado ulterior.

Hay que referirse también a los casos absurdos, como el de los escaladores, sugerido por el propio Roxin, de acuerdo con el cual si dos escaladores contratan a dos guías diferentes y ninguno de los dos advierte de la necesidad de colocarse un cinturón de seguridad. Un escalador muere, y su guía es condenado por no haber exigido que se enganchara al cinturón de seguridad, pero el otro guía también es condenado, porque si hubiera exigido a su cliente que se pusiera el cinturón *el ejemplo habría influido en el otro guía y habría hecho lo mismo*, y esa condena es posible porque le puede ser imputado objetivamente el resultado *por haber incrementado el riesgo con su pasividad*.

II.VI. VENTAJAS: CONTRIBUCIÓN DE LA VÍCTIMA

La teoría de la imputación objetiva ha desplegado, según opinión muy extendida, una gran eficacia en orden a ofrecer un espacio para valorar la *contribución de la víctima al resultado*. De acuerdo con ello no es posible imputar al autor el resultado como *fruto previsible de su acción*.

En el campo de los delitos patrimoniales como el de estafa, en el que además es preciso encontrar un criterio diferenciador entre los conflictos correspondientes al derecho privado y el ámbito de lo delictivo, la cuestión no es tan simple, pues si como veremos es preciso que el estafador se comporte respecto del hecho *en el sentido de su imputación objetiva* (conducta objetivamente imputable como de estafa), también será preciso poder concretar *a priori* unos criterios mínimos sobre lo que puede merecer esa consideración, y no dejarlo enteramente al albur de las condiciones específicas de cada víctima. La víctima, o mejor, el engañado, pues pueden no ser la misma persona, aporta un componente imprescindible que debe ser considerado por el legislador y por el juzgador en la configuración de los elementos del delito, pero nunca hasta el extremo de posibilitar que lo delictivo y lo no delictivo sea imposible de determinar con abstracción de un caso concreto, y ciertamente si hay una figura de delito en donde esa tensión entre objetivación y personalización se presenta con toda intensidad es precisamente en la de estafa.

Una segunda preocupación es de otra índole: la necesidad de mantener un criterio *único* en relación con las condiciones precisas para estimar que hay razones de *imputación objetiva* para decidir que el tipo ha sido realizado. Adelantando ya una idea central puede decirse que, a mi juicio, no es posible sostener que la tipicidad de la estafa *requiere idoneidad del engaño si se trata de delito consumado y que se puede prescindir de ese requisito si se trata de delito intentado*. Por otra parte se ha de recordar que todos los casos en los que el perjudicado potencial descubre a tiempo el engaño y se libra de sus consecuencias pueden ser conducidos al campo de inidoneidad o insuficiencia de ese mismo engaño para determinar una decisión del sujeto pasivo, con lo cual no se trataría de tentativas sino de casos de *ausencia de fundamento suficiente para apreciar una acción punible en términos de imputación objetiva*.

Si ahora recordamos que la estafa en multitud de ocasiones no es viable sin una contribución decisiva de la víctima, habrá que concluir que todos esos casos son *atípicos*, pero las consecuencias ciudadanas pueden ser muy

preocupantes. Se debe buscar pues, un equilibrio entre engaño adecuado y *credibilidad razonable por parte de la víctima*. Para ello habrá que acudir, por lo menos, a configurar grupos de víctimas, pues ni hay un modelo único de estafador ni puede haber un estándar de “incauto” que explique la tipicidad de la estafa.²⁸ De ese modo habrá habido contribución, mas no por ello se podrá decir que el hecho no es objetivamente imputable.

En conclusión, como todas las ideas que se van sucediendo en el tiempo, la doctrina de la imputación objetiva recupera adecuadamente la importancia de conducta humana, la propia significación social que ésta ha de tener para poder ser tenida como merecedora de alabanza o de castigo. Pero esas ideas de peligro, incremento del riesgo, significación, etc., no pueden ser tan absolutas como para por sí solas sustituir y resolver todas las categorías y elementos de la teoría del delito.

[Volver al Índice >>](#)