

RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, 479 pp.

I. El libro a recensionar, cuyo contenido constituyó sustancialmente la tesis doctoral de su autora, María Ángeles Rueda, hoy Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, tiene por objeto el análisis de la doctrina de la imputación objetiva del resultado, que, como bien es sabido, considera que en los delitos activos de resultado el tipo objetivo no puede reducirse a la relación de causalidad y que, aunque se diseñó teniendo en el punto de mira los delitos imprudentes, ha acabado por trasladarse, en gran medida, a los dolosos. En éstos, se entiende que no basta relación de causalidad y dolo para afirmar que la conducta realiza el tipo doloso consumado, sino que es necesario algo más, localizándose ese algo más en el tipo objetivo y pudiéndose definir, en principio, de la misma manera que en los delitos imprudentes: el resultado ha de ser la realización del riesgo no permitido creado, en este caso dolosamente, por la conducta a enjuiciar.

Como igualmente es sabido, no sólo por los postulados defendidos, sino también por la metodología proclamada, entre la teoría de la imputación objetiva y el finalismo se ha entablado una relación de confrontación que a veces alcanza el belicismo. María Ángeles Rueda, discípula de Luis Gracia Martín —quien halagadora y extensamente prologa su libro—, pertenece a la escuela finalista, cuyos principios comparte y que defenderá con ahínco a lo largo del presente trabajo, por lo que su acercamiento a la teoría de la imputación objetiva no sólo va a ser crítico, sino en gran medida de frontal rechazo. Por el contrario, quien tiene por encargo y por honor recensionar este libro precisamente ha intentado coadyuvar a definir los contornos de la teoría de la imputación objetiva y a precisar su contenido. Por ello, aún abandonando el terreno de la confrontación y situándome en el infinitamente más fértil terreno del diálogo, se comprenderá que no pueda compartir algunas de las tesis del presente libro. Ello no impide —y quisiera que esto quedara claro para el lector y sobre todo para la auto-

ra— que esta recesión esté presidida por el más absoluto respeto hacia las tesis que se comentan, lo cual no es fruto de una obligada cortesía, sino muestra de un sincero reconocimiento hacia el esfuerzo y exhaustivo trabajo que encarna la presente monografía.

**II.** Después de un clarificador resumen del estado actual de la teoría de la imputación objetiva, arranca el presente libro con una sugerente pregunta: ¿la moderna teoría de la imputación objetiva es, en realidad, una verdadera teoría de la imputación? Tras un análisis semántico del término imputación y un detenido recorrido histórico por la utilización del mismo que pasa por Aristóteles, Puffendorf, Hegel, el clasicismo y neoclasicismo en el Derecho penal, Larenz y Honig y, por supuesto, Welzel, concluye la autora que «la moderna teoría de la imputación objetiva no es una verdadera teoría de la imputación porque no cumple correctamente el cometido de determinar si un suceso pertenece a una persona determinada al prescindir de las estructuras jurídicas materiales de la imputación que hemos visto», y que según la autora no pueden tener un carácter normativo, sino tan sólo ontológico. «En su lugar —continúa— se utilizan una serie de criterios normativos que tienen la función de delimitar los hechos jurídico-penalmente relevantes de los que no lo son, atribuyéndoles además un sentido social típico, cuestión ésta de carácter axiológico que queda excluida de la función asignada históricamente al concepto tradicional de la imputación» (p. 96).

Entiende María Ángeles Rueda que una verdadera teoría de la imputación no puede configurarse a partir de consideraciones valorativas, sino tan sólo a partir de realidades ontológicas previas al Derecho penal, con lo que la autora también plantea la tradicional confrontación metodológica entre los finalistas y todos aquellos que tratan de explicar los requisitos de la responsabilidad penal y su sistematización a partir de consideraciones normativas. Evidentemente no es éste el lugar adecuado para entablar luchas por el botín de la corrección semántica, ni tampoco reproducir una discusión metodológica ya de sobra conocida. Tan sólo puntualizar que, aún admitiendo que los representantes de la teoría de la imputación objetiva quizá en ocasiones hayamos utilizado el vocablo imputación sin las necesarias aclaraciones terminológicas previas, cuando en el contexto de la teoría jurídica del delito se habla de imputación objetiva —esté dicho término bien o mal utilizado— nos situamos sistemáticamente en la tipicidad. En esta sede se trata de dilucidar la relevancia jurídico-penal de determinados acontecimientos, por lo que estamos hablando, pues, no de imputación de resultados según las leyes de la física, ni de imputación moral, ni tratando de elaborar doctrinas filosóficas, sino que hablamos

de imputación jurídico-penal. Nunca he alcanzado a comprender cómo podemos determinar qué elementos de un acontecer son decisivos en la atribución penal si no es a través de una valoración, ni tampoco he entendido por qué en ese juicio de relevancia penal no pueden ser tan decisivos elementos ontológicos —como pretendidamente sería la finalidad de la acción humana—, como elementos producto de un juicio cognoscitivo —como la peligrosidad de la conducta— o elementos claramente normativos —por ejemplo la existencia de riesgos permitidos—. Lo ontológico constituirá un límite a la dogmática en el sentido que ésta no podrá contradecirlo, pero ello no implica, ni puede implicar, que tales realidades ontológicas determinen y agoten su contenido. Además, por otra parte, ¿es en realidad tan incorrecto semánticamente decir que no puedo imputar penalmente un resultado a un sujeto porque no era previsible su producción o porque ha sido consecuencia de un riesgo permitido?

**III.** En el segundo capítulo entra ya de lleno la autora en el contenido de la teoría de la imputación objetiva, enfrentándose con el requisito de la peligrosidad de la conducta. Pero antes de exponer las principales consideraciones de María Ángeles Rueda al respecto, ha de reconocerse una gran dificultad con la que se ha tenido que enfrentar en esta investigación: la ausencia de una teoría única y uniforme de la imputación objetiva. Aunque puede hablarse de un cierto consenso sobre las tesis básicas, las discrepancias dentro de sus seguidores se producen no sólo a la hora de concretar los diferentes criterios de imputación y resolver supuestos problemáticos, sino que se extienden al alcance de la propia teoría, afectando incluso a la fundamentación de la objetivación y normativización del tipo; baste, por ejemplificar, señalar la diferencia entre la fundamentación político-criminal de Roxin, frente a un sistema inspirado por la prevención general positiva de Jakobs. Dichas discrepancias aumentan y se acentúan precisamente en el ámbito de los delitos dolosos, objeto del presente libro. Esta dificultad, nada desdeñable, ha sido sorteada con gran maestría por la autora, que, sin dejar de analizar tesis particulares, lejos de perderse en la diversidad, ha sabido extraer de las múltiples tendencias y opiniones los comunes denominadores, que disecciona en profundidad.

La idea que en este capítulo se analiza es la siguiente: para afirmar el desvalor de la conducta en los delitos dolosos de acción no basta con que un sujeto ponga en marcha un curso causal con intención de causar un resultado lesivo, sino que sería necesario, además, que dicho curso causal fuera peligroso, es decir, que fueran reconocibles ex ante las posibilidades de causación de un resultado, lo que se determinaría mediante el empleo del juicio de adecuación. Nótese que con esta tesis

la teoría de la imputación objetiva estaría en gran medida —la medida depende de los autores concretos— enmendando la plana al finalismo en el ámbito que, reconocidas las dificultades encontradas en la comisión por omisión y en la imprudencia, siempre ha constituido su feudo, su flanco fuerte: los delitos dolosos.

En el enjuiciamiento del requisito de peligrosidad *ex ante* la autora dedica una especial atención al conocido caso Thyren, que si bien evidentemente no representa ningún grupo de casos frecuente en la praxis forense, sí es un magnífico ejemplo para plantear un problema dogmático de primer orden: el de la configuración y esencia del injusto de los delitos dolosos. En su tratamiento puede apreciarse, por otra parte, la falta de una respuesta única dentro de los defensores de la teoría de la imputación objetiva, analizándose en el libro la postura y argumentos tanto de los que niegan la imputación por falta de peligrosidad de la conducta como la de aquellos que afirman ambos extremos, pese a negarlos en el también archiconocido caso de la tormenta. Respecto a estos últimos constata María Ángeles Rueda las dificultades con las que tropiezan a la hora de fundamentar el diferente tratamiento de ambos supuestos, debiendo recurrir, a su juicio, de forma más o menos solapada a la existencia o no de dolo, lo que supondría una incoherencia intrasistemática y convertiría el calificativo de «objetiva» de esta teoría en una pretensión (pp. 139 y ss).

¿Cómo resuelve la autora el problema planteado? María Ángeles Rueda afirma, a mi juicio correctamente, que la conducta del famoso tirador inexperto no merece ser calificada de peligrosa, pues como tal no puede ser entendida la peligrosidad abstracta de que en el transcurso de un acontecer sobrevenga un factor imprevisible que provoque el resultado, criticando, con razón, a quienes incluso llegan a afirmar que conductas como las de coger un avión son conductas peligrosas. El concepto de peligro habrá de estar vinculado «a las circunstancias concretas que rodean la ejecución de la acción». «El concepto de peligro en virtud del cual una acción es calificada como peligrosa debe ser elaborado en función de las circunstancias fácticas del caso concreto que sean conocidas o cognoscibles en general y de su confrontación con la experiencia acerca de cómo se desenvuelven los acontecimientos» (pp. 146-147). Con arreglo a este concepto de peligro habría que negar, según la autora, la peligrosidad en el caso Thyren. No obstante la declarada ausencia de peligrosidad de la conducta, la autora mantiene la responsabilidad penal en este supuesto, aunque la negará en el caso de la tormenta, aún adoptando como hipótesis de trabajo que las remotísimas posibilidades, reales y conocidas por el autor, de causación de un resultado son idénticas en ambos ejemplos. La razón del diverso tra-

tamiento se hallaría en la presencia de dolo en el caso del tirador y la ausencia del mismo en el caso de la tormenta, donde existiría un simple deseo pero no un dolo capaz de fundamentar el injusto personal<sup>1</sup>.

En su día tuve ocasión de oponerme a esta tesis, entonces mantenida y hoy abandonada por el Profesor Cerezo Mir, por considerarla contradictoria. Si el elemento volitivo del dolo finalista —negado por Cerezo en el caso de la tormenta— requiere la existencia real de un grado relevante de posibilidades de influir en el resultado, entonces habrá que rechazar la presencia de dolo tanto en el caso de la tormenta como en el caso Thyren, pues en éste también negaba Cerezo, como lo hace María Ángeles Rueda, la peligrosidad de la conducta. Si, por el contrario, basta para afirmar el dolo con que el sujeto esté convencido de sus posibilidades de influir en el resultado aunque su conducta sea objetivamente inocua, además de las dificultades para explicar la impunidad de la tentativa supersticiosa, tampoco se entiende por qué dolo sí en un caso y en el otro no.

Según María Ángeles Rueda mis críticas no serían acertadas por estar basadas en una incorrecta comprensión del concepto de dolo propio del finalismo, que pasa a exponer en las páginas 150 y ss. Según la autora, el concepto finalista de dolo, tal y como fue planteado por Welzel, «no es ni uno objetivo ni uno puramente subjetivo, sino un concepto objetivo-subjetivo». En primer lugar «Welzel une la voluntad de realización a la posibilidad de influir sobre el acontecer real porque el dolo es voluntad de realización no sólo en el sentido de la voluntad dirigida a la realización, sino también en el sentido de la voluntad *capaz* de realización» (p. 150). «La mera voluntad no puede decidir por sí sola si hay dolo o no, ya que esto se decide no sólo con base en la voluntad del autor sino también con base en las posibilidades *objetivas* de realización de esa voluntad desde el punto de vista del conocimiento nomológico» (p. 151), con lo que parece indicarse que no basta con que el sujeto se atribuya erróneamente una capacidad de influencia en el curso causal, es decir, que no bastaría la intención, sino que es necesario que objetivamente existan posibilidades de causación del resultado típico, requisito éste que curiosamente se localiza en el elemento

---

<sup>1</sup> Este último supuesto puede ser enfocado desde el punto de vista de la autopuesta en peligro consciente por parte de la víctima, pero no es esta perspectiva la que aquí nos interesa, pudiendo resultar distorsionante para la cuestión que se aborda, ni tampoco es, al menos explícitamente, un dato determinante de la solución propuesta por los finalistas. A los efectos de determinar la peligrosidad de la conducta daría igual si la víctima es convencida o, por el contrario, obligada a pasear bajo la tormenta.

volitivo. «Este elemento volitivo —continúa la autora— se caracteriza por contener un momento objetivo que se refiere a la posibilidad de influir sobre el acontecer en tanto en cuanto pone a su disposición una relación de causalidad tendente, según el conocimiento nomológico disponible, a la producción de un resultado. Así se puede concluir que el elemento volitivo del dolo es un elemento imprescindible para imprimir un sentido social a los tipos» (p. 152).

Sin embargo, a estas afirmaciones le siguen otras que parecen desmentir la primera interpretación que concluía la necesidad de una peligrosidad real de la conducta: «Por lo tanto en el caso Thyren sí que hay dolo porque la acción de disparar un arma de fuego contra otra persona, es una acción a la que cabe atribuirle desde la perspectiva (general) del conocimiento nomológico disponible el sentido social del tipo del homicidio. En el caso Thyren sí que existe voluntad de realización, esto es, dolo de consumir el delito y ello porque a estos actos externos, *a pesar de no ser peligrosos, se les puede atribuir el sentido social típico de matar*. ¿Por qué se le puede atribuir a la acción el sentido social típico de matar, aunque sea una acción no peligrosa? En este supuesto desde el punto de vista del conocimiento nomológico el autor sabe que, según las leyes causales, disparar un proyectil contra una persona es una acción a la que es posible atribuirle el sentido social de matar *al existir una ley causal conocida que explica que esa clase de acciones pueden ser idóneas para matar*, por lo que el acto realizado por el autor es un acto ejecutivo y debería responder por un delito consumado si al realizarlo previó que el resultado se produciría como consecuencia de su acción y se atribuyó una influencia en su producción» (énfasis añadido) (pp. 152-153). Si he entendido bien, las afirmaciones ahora transcritas desmienten la impresión inicial de que para la presencia de dolo en sentido finalista sería necesario, además de la finalidad, la peligrosidad real de la conducta. Bastaría, por el contrario, que el sujeto, aún erróneamente, se atribuyera una influencia en la producción del resultado, lo que podría concurrir en supuestos de imposibilidad objetiva, siempre y cuando, además, se trate de conductas a las que se les pueda atribuir el «sentido social típico de matar», criterio que ahora utiliza para solventar el caso Thyren y que después concretará para discernir entre tentativa inidónea y tentativa irreal. Este «sentido social típico de matar» parece hacerlo depender la autora de lo que ella denomina «juicio de peligro concebido como un *sustantivo*, esto es, como una situación objetiva y abstracta de peligro que va asociada normalmente a la realización de una determinada clase de acciones, y en virtud de la que el legislador castiga de modo general esa clase de conductas porque, regularmente, llevan consigo el peligro de un bien jurídico» (p. 136). Según María Ángeles Rueda «es eviden-

te que el legislador cuando tipifica una conducta como delictiva, parte de conductas que son, con carácter general, idóneas para lesionar o poner en peligro un bien jurídico conforme las leyes científicas y experimentales conocidas, ya que esas conductas generalmente albergan el peligro de lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. Esta situación objetiva y abstracta de peligro es completamente independiente de las circunstancias concretas en las que se haya desenvuelto la conducta» (pp. 136-137).

De acuerdo con lo expuesto, y si he interpretado correctamente la tesis de la autora, en el supuesto Thyren concurriría dolo en sentido finalista porque el sujeto, además de querer el resultado, realiza una acción —la de disparar— a la que, con independencia de las circunstancias concretas del caso, según las leyes causales, se le podría atribuir el sentido social de matar. En el caso de la tormenta —a pesar de partir de la hipótesis de que el riesgo real de producción del resultado es idéntico al del caso Thyren— no estaríamos ante un dolo finalista porque la acción —someter a alguien a los efectos de una tormenta— no puede decirse que sea idónea para matar y, por lo tanto, carece de tal sentido social. Aplicando esta teoría al caso del que manda u obliga a otro a montar en avión queriendo causarle la muerte, parece ser que tampoco la acción podría ser calificada de dolosa porque la utilización de este medio de transporte no poseería el sentido social de matar.

Discrepo respetuosamente de la tesis expuesta, entre otras razones porque el conocimiento nomológico nos dice que puede ser causa de la muerte tanto un disparo como un rayo, y, como aclara Feijóo Sánchez en su libro «Teoría de la imputación objetiva», «el dominio sobre un hecho puede consistir no sólo en dominar el curso lesivo natural y conducirlo hasta donde uno quiere, sino también en conducir a una persona hacia ese curso lesivo natural. Piénsese en el siguiente ejemplo: alguien es secuestrado y llevado a la fuerza a un lugar donde es conocido que se va a producir un terremoto o una erupción volcánica. Evidentemente, el autor de este hecho no puede dominar el terremoto o la erupción volcánica, pero el autor domina el riesgo ya que ha colocado a la víctima en esa situación de peligro» (p. 64). En la hipótesis manejada de igual número de posibilidades de producción del resultado en el caso de la tormenta y en el caso Thyren, los argumentos de la autora a mi juicio no consiguen convencer de por qué injusto penal en un caso sí y en el otro no.

Respecto al concepto de dolo propuesto, llama poderosamente la atención que se haga depender su afirmación en el caso concreto de algo tan valorativo y tan poco ontológico, al menos aparentemente,

como es «el sentido social típico»; «sentido social típico» que —recordemos— se predicará no ya de la concreta acción verificada, sino de una clase general y abstracta de acciones. Y llama la atención este concepto de dolo porque dificulta comprender la crítica que la autora posteriormente dirigirá a la teoría de la imputación objetiva en el sentido de que el juicio sobre la peligrosidad objetiva de la conducta, por ser un juicio valorativo, no sólo no puede formar parte del juicio de imputación, sino tampoco puede pertenecer a la categoría del injusto penal. Por otra parte, se supone que a la hora de determinar ese sentido social típico ha de atenderse a un dato objetivo: el poder causal atribuido a «ese tipo» de conductas y no al poder causal que el sujeto le atribuya. Con ello la afirmación o negación del dolo se hace depender de un elemento objetivo: la idoneidad causal, con lo que esta teoría se haría acreedora de una de las críticas que con mayor intensidad los finalistas dirigen a la teoría de la imputación objetiva: la mezcla de elementos objetivos y subjetivos, si bien la autora admite expresamente que el dolo sería una conjunción de elementos objetivos y subjetivos.

Otro aspecto de la tesis expuesta que me resulta dudoso es el relativo a cómo se habrán de generalizar las conductas para la emisión de un juicio sobre su sentido social: ¿cuál es el grado de abstracción que ha de alcanzarse?, ¿qué características de la conducta habrá que incluir en dicho juicio?, ¿disparar un arma de fuego?, ¿disparar un arma de fuego a una diana en un campo de tiro? ¿disparar a una persona?, ¿disparar a una persona a dos metros?, ¿disparar a una persona a una distancia que es prácticamente imposible acertar?, ¿disparar a una persona a una distancia a la que es absolutamente imposible alcanzarla? En el caso de someter a alguien a una tormenta, ¿qué elementos han de ser tenidos en cuenta al examinar su sentido social? Evidentemente no es lo mismo si envío a alguien al bosque en medio de la lluvia o de una tormenta torrencial, o si le envío a una zona de barrancos con conocido peligro de desprendimientos durante las tormentas. En el caso de viajar en avión desde luego no es lo mismo —confío— el riesgo que sufre el que viaja en línea regular con Iberia que quien se sube a un avión Yakolev 42 de las Aerolíneas Mediterráneas Ucranianas, avión en el que se aprecian paneles sueltos, ruedas desgastadas, que pierde aceite, y que probablemente no ha pasado una revisión en regla desde hacía mucho tiempo. Ni, por supuesto, es comparable al riesgo que corre quien viaja en un avión en cuya bodega un terrorista ha colocado un paquete con explosivos. Si el autor en este último caso conocía la circunstancia de los explosivos, no creo que nadie niegue su responsabilidad dolosa, a pesar de que «viajar en avión» no sea una conducta con un «sentido social de matar». Si, por el contrario, introducimos en el juicio la circunstancia de los explosivos en realidad es

sobre la conducta concreta que tuvo lugar sobre la que afirmamos ese sentido social de matar o, lo que sería lo mismo, su peligrosidad. Por otra parte, con dicho criterio se podría correr el riesgo de beneficiar al delincuente inteligente que, de entre todos los medios que le ofrecen las mismas posibilidades para la consecución de su objetivo, escoge, para no llamar la atención, aquél tan sólo aparentemente más inofensivo y que no refleja con claridad sus verdaderas intenciones. Esta última consideración sugiere el tema de los conocimientos especiales del autor, cuestión que María Ángeles Rueda aborda con profundidad en este segundo capítulo y cuya tesis expongo a continuación.

**IV.** Uno de los problemas con los que se enfrenta la teoría de la imputación objetiva es el de la determinación de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta en la prognosis de peligro. Mayoritariamente se entiende que no sólo las reconocibles por un observador objetivo en el momento de la acción, sino también aquellas conocidas por el autor, como, por ejemplo, que en el avión había sido colocada una bomba, o que en la parte del bosque donde se había obligado a la víctima a pasear se producían inundaciones y desprendimientos a consecuencia de las tormentas. La crítica a esta inclusión de los conocimientos especiales del autor constituye un lugar común de los detractores de la teoría de la imputación objetiva, que le achacan no ser realmente tan objetiva al introducir en el juicio de previsibilidad un elemento de naturaleza subjetiva. Tal cuestión es abordada con extensión y profundidad por María Ángeles Rueda en este segundo capítulo, llegando a la conclusión de que los seguidores de la teoría de la imputación objetiva no puede emitir un juicio de peligrosidad si no es atendiendo a la finalidad del autor, es decir, adelantando el estudio del dolo al tipo objetivo (pp. 154-196).

Ha de admitirse que la crítica relativa a la mezcla de elementos objetivos y subjetivos ha supuesto verdaderos quebraderos de cabeza para los defensores de la teoría de la imputación objetiva y que hay quien se ha empeñado en demostrar su incorrección, argumentando, por ejemplo Frisch, que lo que se integra en el juicio son realmente circunstancias objetivas, aunque sólo conocidas por el autor. Por mi parte no tengo especiales reparos en reconocer que en la determinación de la peligrosidad de la conducta hemos de acudir a elementos subjetivos, si por éstos entendemos aquellos que sólo se descubren mirando en el interior del autor. Por otra parte, es cierto, y en ello tiene razón la autora, que algún defensor de la teoría de la imputación objetiva, como por ejemplo Mir Puig, en supuestos límites como es el caso Thyren, hace depender en último extremo la imputación del resultado no tanto de la peligrosidad ex ante de la conducta como del dolo, lo cual

a mi juicio, como intenté demostrar en su momento, resulta erróneo. Ahora bien, la crítica que realiza la autora basada en el papel del dolo en la determinación de la peligrosidad quizá sea válida para la postura de Santiago Mir, pero ni es cierto que la finalidad juegue en todos los casos semejante papel, ni tampoco que sea una crítica aplicable a la tesis que yo y otros representantes de la teoría de la imputación objetiva mantenemos.

«La voluntad de la acción —escribe María Ángeles Rueda— es, pues decisiva para formular el juicio de previsibilidad objetiva al ser la pregunta que está en la base de este juicio, una relativa a los resultados cuya producción puede prever un espectador objetivo a partir del modo de realización y los medios empleados para la ejecución de una *clase* de acciones finalistas. El juicio de previsibilidad objetiva tiene, por lo tanto, también en su base una acción finalista de modo que si queremos determinar si una acción es peligrosa y en qué medida lo es, no es posible abstraer la parte subjetiva de la acción. No es posible, por ello, evaluar la peligrosidad de la acción sin tener en cuenta la finalidad del autor de modo que mediante la inclusión de la finalidad de la acción en el juicio de previsibilidad objetiva, la imputación objetiva se hace depender ya de este principio ontológico y no se produce ninguna escisión en la estructura material de la imputación (*imputativitas*)» (pp. 184-185).

Evidentemente no puedo compartir esta crítica frontal a la idea de peligrosidad. Veamos un ejemplo: A envía a B a montar en un avión, que sólo él sabe, presenta un importante problema mecánico, circunstancia ésta no reconocible objetivamente. Desconozco si esta conducta posee o no el «sentido social de matar» según la tesis defendida por la autora. Desde luego para la teoría de la imputación objetiva es una conducta peligrosa y lo es —y en idéntica medida— con independencia de que la finalidad del autor sea que el avión se estrelle y mueran todos los pasajeros —en cuyo caso estaríamos ante un homicidio doloso— o, por el contrario, el sujeto confíe en que, dadas las características del defecto, el avión pueda realizar sin percances el viaje planeado —homicidio imprudente—. La peligrosidad *ex ante* de la conducta no depende, pues, de la finalidad del sujeto (si por ella entendemos intención), si bien admito que en dicho juicio sí son relevantes los conocimientos que tuviera el autor. Por supuesto que realizar una conducta con determinados conocimientos —por ejemplo la enfermera que inyecta al paciente una ampolla sabiendo que alguien ha cambiado su contenido por una sustancia letal— conlleva necesariamente la existencia de intención de matar, pero, como creo que acabamos de ver, la peligrosidad derivada de los conocimientos especia-

les no va unida necesariamente con la finalidad típica y, en segundo lugar, cuando así sucede, como en el caso de la enfermera, lo que determina la peligrosidad no es en primer término la intención, sino lo que el autor sabe sobre la potencialidad causal de su conducta. Evidentemente, y esto no se puede negar, la teoría de la imputación objetiva está siendo acompañada por una objetivación del dolo, para cuya afirmación es básico y esencial el conocimiento del riesgo típico por parte del autor, conocimiento que cuando se debe a circunstancias sólo por él conocidas se incluye ya en el juicio de adecuación.

Por último, volviendo a la utilización en el juicio acerca de la peligrosidad de la conducta de elementos de diferente naturaleza, si bien se cohonestaba mal con la calificación de la imputación como «objetiva», no creo que ello constituya una cuasiherejía sistemática, sobre todo desde la perspectiva de un sistema teleológico funcional como el que ha dado lugar a dicha teoría. Desde esta perspectiva lo importante a la hora de configurar un juicio o el sistema propiamente dicho, no será la supuesta naturaleza de sus elementos, sino para qué han de servir. Y partiendo del Derecho penal como un instrumento para la protección preventiva de bienes jurídicos, resulta comprensible que se configure la peligrosidad reconocible *ex ante* de la conducta como un elemento esencial del desvalor de la acción. Lógicamente habrá de considerarse relevante para dicho juicio no sólo las circunstancias reconocibles para un observador, sino también las circunstancias conocidas por el autor, que es precisamente frente a quien se pretende que el mandato penal sea eficaz.

V. Conocida es la importancia que tuvo la figura de la tentativa, y más aún de la tentativa inidónea, para el triunfo del finalismo, pues justificar la punición de tales formas imperfectas de ejecución resultaba difícil desde la concepción exclusivamente objetiva de la antijuridicidad propia del causalismo. Este problema de justificación lo solventó el finalismo al convertir la voluntad en esencia del injusto penal, pero al mismo tiempo se enfrenta con la cuestión de cómo fundamentar la impunidad de la tentativa irreal. No concluye María Ángeles Rueda este capítulo sin abordar tales cuestiones, lo que constituye una prueba más del profundo calado dogmático de este trabajo y de la formación de su autora. Aplicando las tesis diseñadas a lo largo del capítulo que comentamos se concluye que «en la tentativa inidónea se puede afirmar la existencia de dolo porque, a mi juicio, los actos que realiza el sujeto, por mucho que sean inidóneos (no peligrosos), constituyen la ejecución de una decisión de un plan a los que se puede atribuir objetivamente el sentido social típico de la acción» (p. 200), mientras dicho «sentido social típico» faltaría, y por tanto habría que negar

el dolo, en la tentativa irreal. Y para diferenciar entre tentativa inidónea —punible— y tentativa irreal —impune— asume la autora la tesis de su maestro, Gracia Martín, según la cual en la tentativa inidónea «la representación del autor es sólo errónea en cuanto al conocimiento ontológico del caso concreto porque supone erróneamente la concurrencia de circunstancias de hecho pertenecientes al tipo de lo injusto, pero es *objetivamente* correcta en cuanto al conocimiento nomológico. Si las circunstancias del hecho que el autor supone concurrentes existieran en la realidad su acción sería idónea» (p. 200). Es una lástima que, como pone de manifiesto la autora en la introducción, por encontrarse el libro ya en prensa, no pudo ser tenida en cuenta la tesis de Alcácer Guirao titulada: «La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto». En este magnífico trabajo el autor, aparte de abordar otros mucho aspectos objeto de la investigación de María Ángeles Rueda, somete a una contundente crítica el criterio de diferenciación entre tentativa idónea y tentativa irreal propuesto, poniendo en duda la posibilidad teórica y la viabilidad práctica de la diferenciación entre errores nomológicos y ontológicos, así como la corrección político-criminal de sus resultados. Quizá María Ángeles Rueda tenga ocasión en un futuro de, con la inteligencia e ingenio que ha demostrado a lo largo de este trabajo, tratar de desarmar los argumentos que sustentan esta crítica, que resultaría demasiado largo exponer.

Intentando resumir brevemente la esencia de este capítulo, puede señalarse que para la autora la esencia del injusto de los delitos dolosos de acción, de acuerdo con los postulados finalistas, reside en el dolo. Un dolo que no significa exclusivamente intención, sino que en su afirmación juega un papel fundamental el «sentido social típico de la acción». Con ello creo que estamos asistiendo a la «desobjetivación» del dolo —lo cual no sólo es reconocido por la autora, sino presentado como una de las conclusiones centrales de la tesis— y que, más que alejar, debería servir para hallar puntos de encuentro con la teoría de la imputación objetiva, en cuyo contenido, y en esto tiene razón la autora, hay que reconocer una cierta «desobjetivación». Pero también observamos en la concepción de la autora una importante «desontologización» del dolo, apreciación crítica ésta probablemente de mayor calado que la anterior teniendo en cuenta los postulados metodológicos del finalismo. ¿No sería más sencillo admitir que no basta el dolo para afirmar el desvalor de la acción?

**VI.** Hago una pausa, releo lo escrito, y siento desazón. Por dos razones. En primer lugar porque me temo que estas páginas hace tiempo que se convirtieron en una especie de réplica y dejaron de ser una

recensión. Y es que hubo un momento en que, estimulada por el interés de las tesis mantenidas y la agudeza de los argumentos empleados, había olvidado que mi cometido era, fundamentalmente, darlos a conocer al lector. La segunda razón del desasosiego se debe a la imposibilidad de seguir comentando el resto del libro con el mismo detenimiento, so pena de que esta recensión, además de en otros muchos defectos, incurra en el de la excesiva extensión. Por ello, muy a mi pesar, me limitaré a mencionar muy brevemente su contenido, no sin hacer hincapié en que el interés y la calidad lo presiden hasta el final.

**VII.** En el tercer capítulo, dedicado a la adecuación social y al riesgo permitido en el delito doloso, la autora comienza por trazar los perfiles de la doctrina dominante en relación con el instituto del riesgo permitido, contraponiéndolo a la concepción originaria de Welzel acerca de la adecuación social, basada en una interpretación restrictiva de los tipos legales en virtud de la necesidad de excluir del ámbito de lo injusto conductas acordes a la vida social (p. 235). Recuperando esta tesis —donde no pocos autores, incluida María Ángeles Rueda, han encontrado reminiscencias originarias de la actual teoría de la imputación objetiva—, asume la autora que la adecuación social se fundamenta en una «interpretación teleológica restrictiva de los tipos» (p. 237), basada en la atención ponderada de la ética social, los límites entre las necesidades de prohibición y la libertad de acción, etc., y concretada en la idea rectora —también tomada del primer Welzel— del bien jurídico como una entidad funcional y dinámica dentro de la vida social, y traza la diferenciación existente, a su juicio, con el riesgo permitido. Mientras en la adecuación social se excluye ya todo desvalor de resultado por cuanto la afección al bien jurídico que se produce con la acción se mantiene dentro de los límites de lesión o de riesgo reconocidos como consustanciales al ordenado funcionamiento de la vida social, en tanto dicha lesión pueda ser funcional para el mantenimiento de otros bienes superiores (ponderación de intereses) (p. 246 ss.), el riesgo permitido se circunscribe a los supuestos en los que, aun produciéndose un resultado desvalorado, no hay injusto por no existir dolo ni imprudencia, casos en los cuales la autora, en realidad, negará la propia existencia de un desvalor de resultado, pero por la razón de que no hay desvalor de acción. Ello se debe a que parte de una welzeliana «relación dialéctica» entre ambos estratos de injusto, entendiéndolo que la ausencia de dolo o imprudencia vendrá a negar el propio desvalor de resultado, toda vez que requisito previo para esa desvaloración es una acción finalmente dirigida hacia el mismo que pueda ya calificarse de contraria a derecho (pp. 274-275, 277-278).

Así, el riesgo y lesiones provenientes de la actividad médico-quirúrgica será un caso de adecuación social cuando el resultado de lesión esté funcionalmente orientado a un interés superior consistente en la curación y ésta haya tenido lugar, mientras que existirá un riesgo permitido cuando, en aras de esa curación, se produzca no obstante un resultado de lesiones o muerte imprevisible (pp. 256-259): «los supuestos de esta naturaleza ya no están cubiertos por el instituto de la adecuación porque la afección al bien jurídico no ha sido instrumental para producir el resultado de curación o de mejora de la salud».

Para concretar los límites de cada institución recurre la autora a intentar, con dichas premisas conceptuales, resolver supuestos tradicionales, tales como privación de libertad por uso de transportes públicos, lesiones deportivas, industrias peligrosas para la salud o, tal como hemos visto, intervenciones médicoquirúrgicas, en las cuales primaría el instituto de la adecuación social como criterio de atipicidad; distinguiendo estos casos de aquéllos en los cuales se duda incluso de si puede hablarse de una verdadera afección al bien jurídico protegido, que vienen presididos por el principio de insignificancia: corte de cabellos, conductas meramente indecorosas en relación con la libertad sexual, pequeños regalos en navidad a funcionarios y, en general, casos de bagatela. Por último, introduce una última clasificación de supuestos, que vendrían presididos por el riesgo permitido en sentido estricto (si bien considera que dicha denominación genérica nada aporta y es, por ello, prescindible — p. 283—): conductas que implican lesiones de bienes jurídicos imprevisibles ex ante realizadas en un contexto socialmente no adecuado. Como se afirmó, es en estos supuestos en los que la autora recurre a esa «relación dialéctica» entre desvalor de acción y desvalor de resultado para negar la presencia de éste en virtud de la previa inexistencia de aquél. Aunque esa postura pueda sorprender, no es sino la asunción de dos presupuestos finalistas clásicos: en primer lugar un dolo penalmente relevante exige una cierta capacidad de dominio causal, de influir en el resultado y, segundo, la acción final debe entenderse como una unidad subjetivo-objetiva que incorpora el mismo resultado como dirección a que se dirige la voluntad. Así estos supuestos se resuelven de igual manera que el del sobrino o el del tío rico, cuya solución ya ha sido comentada: «en estos casos la mera representación del resultado con base en el conocimiento de estadísticas no es un elemento suficiente para definir un dolo y... no existe una posibilidad de influencia en la producción del resultado por lo que no concurre el dolo» (p. 227).

**VIII.** Una vez delimitado el ámbito de la adecuación social —de modo inverso a la doctrina dominante: lo que para ésta es el riesgo permitido para la autora es la adecuación social (expresamente en la p. 295, nota 217), pero no hay diferencias ni en su fundamentación ni en

sus consecuencias—, entra en la discusión relativa a los intereses que han de conformar el binomio de la ponderación así como los criterios que deben fundamentar la medida de lo tolerable. La autora comienza por criticar el criterio, que considera mayoritario, empleado para dicha ponderación: el basado en la relación coste/beneficio, para postular una más amplia perspectiva de análisis que incorpore todos los elementos que han sido tenidos en cuenta por el legislador para la tipificación de las conductas, así como la evolución histórica que los intereses han venido sufriendo en la sociedad. Después, se plantea el interrogante relativo a si los intereses que conforman la libertad de acción implicada en la adecuación social de la conducta son igualmente aplicables en el delito doloso y en el imprudente. Concluye —junto con un amplio sector doctrinal— que en los delitos dolosos no pueden ser tenidos en cuenta determinados intereses maximizadores de la libertad de acción para dejar impunes conductas en las que no concurren los presupuestos que justifican dicha ponderación: «en un delito doloso no se puede hacer valer esta ponderación porque, en estos casos, el sujeto emprende una acción dirigida por la voluntad a la lesión desvalorada de un bien jurídico, y en la ponderación de intereses que es necesaria para excluir el tipo se parte de una acción dirigida por la voluntad del sujeto a afectar a un bien jurídico de una forma consustancial a un orden condicionado socialmente y que va a reportar una determinada utilidad social» (p. 303).

Por otra parte, frente a un sector de la moderna teoría de la imputación objetiva, entiende la autora que, en los delitos dolosos, no juega ningún papel la referencia al deber objetivo de cuidado para evitar la lesión de los bienes jurídicos, porque en estos casos la acción va dirigida por voluntad del autor a producir esa lesión, y porque el substrato ontológico de la conformación de las normas de cuidado se basa en una conducta que no incluye una voluntad de lesión del bien jurídico, sino una voluntad con contenido distinto. Así pues, María Ángeles Rueda llega a la conclusión de que no pueden realizarse acciones objetivamente correctas con dolo. A ésta le acompañan dos conclusiones más, de índole eminentemente metodológica: 1. El tipo subjetivo es estructuralmente prioritario ante el objetivo. 2. El análisis de la relevancia penal de la conducta típica no puede pertenecer a una teoría de la imputación objetiva, sino, en la línea de Frisch, a una teoría de la conducta típica que es previa a aquélla. La razón de fondo parte de la diferencia entre valoración e imputación: «Para criticar la inclusión de los dos ámbitos mencionados —la atribución de un sentido social típico y la imputación del resultado— en la categoría genérica de la imputación objetiva, hay que partir de que el tipo es una categoría *valorativa* del concepto del delito en el que se recogen todos los presupuestos de la perjudicialidad social que atribuyen un

determinado sentido social a la acción, y esto nada tiene que ver con la imputación del resultado que tiene como objeto comprobar si un hecho es atribuible a una persona como su propia obra y que depende de un principio *ontológico*» (p. 353).

Al ámbito de la imputación objetiva pertenecen, entonces, la creación de un riesgo *ex ante* y la materialización del mismo en el resultado. Lo que se plantea a continuación la autora es la relevancia de la categoría del fin de protección de la norma, en su relación con estos elementos citados, y, más en general, en su necesidad para resolver problemas que, desde su punto de vista, podrían ser resueltos desde el tipo subjetivo. Los casos a resolver por ese topos son del tenor siguiente: caso del incendio en el hospital muriendo por ello el tipo que había sido acuchillado por A..., así como, en general, las llamadas desviaciones del curso causal (*aberratio ictus, dolus generalis, errores in objecto*, etc.). Nuevamente llega la autora a la conclusión de que este tipo de casos han de ser resueltos por vía del dolo, porque antes que la valoración de la conducta debe fijarse el substrato material a valorar, y éste ha de partir de la esfera ontológica que aporta la voluntad final que dota del carácter de acción y donde ha de resolverse ya la cuestión de si hay imputación o no. Para ello, el dolo se concibe como un «concepto objetivo/subjetivo y no basta con que el sujeto se asigne un fin y realice actos en el mundo exterior. Es preciso que estos actos se basen en un saber causal objetivamente fundamentado». ¿Por qué ha de ser el dolo la sede para solucionar esto, por qué esa esfera ontológica viene dada por la acción final? Afirma en este sentido que la idea de fin de protección de la norma se acomoda mejor a las tesis finalistas porque la idea de imputación es la asignación de pertenencia de un hecho a su autor, y sólo con la finalidad, el dominio del hecho final real, puede determinarse cuándo un resultado es producto de la voluntad humana y cuándo es parte casual de la naturaleza. Por ello, para determinar la acción ha que tener en cuenta también el resultado, y la vinculación entre la acción y el resultado se encuentra en el nexo final. «Entonces, la estructura ontológica final de la acción humana se destaca como esencial y vinculante para esta regulación jurídica, de modo que al fin de protección de la norma sólo puede pertenecer una clase de resultados de lesión o peligro de los bienes jurídicos que se producen como consecuencia del ejercicio de acciones finales. Por el contrario si la lesión de la norma de valoración se produce sólo de una forma causal, el resultado real producido quedará situado fuera de los límites de la norma de valoración acotados por la norma de determinación y no existirá entre la infracción de ésta y la lesión de aquélla la necesaria congruencia. La consecuencia de este planteamiento es que si se quiere negar que un resultado esté comprendido en el fin de protección de una norma es imprescindible atender al examen del tipo subjetivo, es decir, de la voluntad

individual considerando a la acción como una unidad final-causal de sentido» (p. 371).

Con relación a otro tipo de casos incluidos bajo la órbita del fin de protección de la norma de cuidado (concretamente configurada), casos como el del conductor que, circulando por la izquierda atropella a un niño que surge inopinadamente por ese lado, o el del suicida que se lanza a las ruedas del coche, considera María Ángeles Rueda que en el ámbito de los delitos imprudentes ese criterio parte de una argumentación circular porque se basa en el conjunto de peligros/resultados previsibles *ex ante* que vienen a conformar el marco de la norma de cuidado, por lo que dicho criterio obliga siempre a volver al mismo origen de la norma de cuidado. Y en el ámbito de los dolosos es inaplicable porque cuando surge una voluntad final de lesionar el bien jurídico (por ejemplo, la vida del niño) ya no tiene sentido dirigirle una norma de cuidado de prohibición de circular por la izquierda, siendo entonces la norma de determinación la de evitar un resultado plenamente previsible cual es el abarcado por su voluntad final, por su dolo. Por último, la autora se ocupa de los resultados sobrevenidos a largo plazo, concluyendo que, por razones materiales y procesales, la solución es la siguiente: si la muerte se produce antes del juicio condena por homicidio consumado pero atenuando la pena con base en la menor gravedad del lo injusto que conlleva el transcurso del tiempo. Si se juzga cuando aún no se ha producido la muerte se condena por homicidio en tentativa y con la misma atenuación, en concurso ideal con lesiones consumadas (pp. 389 y ss.).

**IX.** La obra concluye con un epígrafe titulado «la acción como expresión de sentido», en el que, recapitulando la evolución histórica con la que comienza el libro, se reitera una idea que, expresada en distintos términos, ha presidido la argumentación global de la obra: el juicio de imputación va dirigido a establecer la pertenencia de un hecho a su autor y conforma, entonces, la acción, siendo sus criterios esenciales la finalidad y el dominio del hecho (sobre la producción del resultado a que se dirige aquélla), juicio que considera ontológico; dicho juicio no debe confundirse con el juicio posterior de valoración que se efectúa sobre un hecho que ya ha sido calificado como acción. Es el juicio de valoración el que determina la idea de «acción como expresión de sentido», que, según la autora, en el sistema finalista, a partir esencialmente de la adecuación social, encontraría un mejor acomodo que en la teoría de la imputación objetiva.

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid