

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal.

Universidad de Valladolid.

Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma.

I.— La fluidez con que el pensamiento germánico se difunde en nuestro contexto ha favorecido en los últimos años la diseminación creciente de la llamada *nueva teoría de la imputación objetiva*, frente a la que sólo algunos escritores han expresado reservas (1) o destacado planos que apenas habían sido entrevistados en el país de origen (2). En un trabajo precedente he tratado de mostrar que la *nueva teoría de la imputación objetiva* es menos una construcción *nueva* que la manifestación de un método menos nuevo, es decir, del método teleológico valorativo en el campo particular de los delitos de resultado. De esta forma no tratábamos de impugnar la nueva dirección, sino de dotarla de mayor significado y amplitud, es decir, de impulsar su constitución como fundamento metódico de la reelaboración teórica del sistema penal (3).

La llamada imputación objetiva presenta, en principio, una cierta fascinación lingüística. A nuestro modo de ver, no es, sin embargo, nada distinto de la tipicidad entendida en sentido técnico, orientada en

(1) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, 3^a ed., 1985, p. 321.

(2) Mir Puig, S., *Derecho penal*, P. gen., 2^a ed., pp. 189 y ss.

(3) Toño López, A., *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en *Anuario*, 1986, pp. 33 y ss.

sentido teleológico y valorativo. La tipicidad no se agota en la concordancia lógico formal (subsunción) del hecho en el tipo. La acción descrita típicamente ha de ser generalmente peligrosa para un bien jurídico. La consideración lógico formal ha de ser integrada con la perspectiva material. Tal acción peligrosa, jurídicamente prohibida, se erige así en momento fundamental del sistema, del que sólo algunos fenómenos irregulares, como los llamados delitos de peligro abstracto, presentan una desviación o excepcionalidad.

Esta posición, como decimos nada *nueva*, origina una amplificación del pensamiento de la imputación objetiva. No se limita ésta a los delitos materiales o de resultado. Por el contrario, se extiende también a los de simple actividad. Pero todavía va más allá. Se propaga también a la teoría de la codeinfluencia, donde hace posible una distinción razonable entre coautoría y complicidad, o entre cooperación necesaria y complicidad. Es también el criterio para la reconstrucción en sentido objetivo de la teoría de la tentativa, frente a las orientaciones subjetivas, y para diferenciar la tentativa propia, en que la idea de peligro proporciona su *ratio essendi*, de la tentativa imposible, en que el coeficiente objetivo no viene dado por el peligro, sino por un elemento extrínseco, como la alarma o la impresión de la acción de tentativa en la colectividad.

El núcleo de la imputación objetiva, es decir, su estructura interna o material, es también menos nuevo de lo que sugieren sus patrocinadores. Referencias a ella existen desde siempre. Es un criterio de imputación objetiva, por ejemplo, el propuesto por Hipólito de Marsilio en el campo de las falsedades, cuando advierte que la falsedad que no perjudica a nadie no es

merecedora de pena (*falsitas quae nemini nocet non punitur*). También el llamado principio de insignificancia puede ser perseguido entre los escritores. La doctrina italiana, que los alemanes desconocen fundamentalmente, ha afirmado siempre que no sólo falta el injusto cuando el hecho es inocuo, sino cuando implica un daño que la comunidad social estima insignificante o desdeñable (4).

Lo que es verdaderamente nuevo en la teoría de la imputación objetiva es la pretensión de elevar, mediante un proceso inductivo, ciertos principios particulares a criterio dogmático general. Ha podido así afirmarse que sólo es objetivamente imputable un resultado cuando la acción peligrosa, jurídicamente prohibida, se ha materializado realmente en tal resultado típico. Este procedimiento lógico, que de lo particular va a lo general, debe ser completado, como en un movimiento de ida y vuelta, dirigiendo la mirada a los presupuestos metódicos más generales de dicha concepción.

II.— La historia del método jurídico pone de relieve que toda posición metódica reposa en una decisión jurídica originaria, es decir, en un valor del Derecho. Esta decisión prefigura la orientación del sistema como conjunto y el destino final de los problemas e interrogantes particulares que suscita. La asunción como dato radical de la *seguridad jurídica* conducirá a un sistema lógico formal cuyo instrumento operativo será ante todo la *subsunción* del hecho en la forma o fórmula legislativa. La tipicidad de la acción se decidirá en ese plano lógico formal, con orientación fuertemente descriptiva y con exclusión paralela de los

(4) Antolisei, F., *Manuale di diritto penale*, P. sp., 4^a ed., I, p. 190; II, pp. 481 y ss.

momentos teleológicos o normativos, es decir, valorativos. La orientación del sistema experimentará una mutación si se considera que es la *adecuación a fin u oportunidad* el principio orientador del tratamiento de los problemas que el Derecho plantea. En tal caso el concepto no deberá ser elaborado solamente en sentido lógico, sino teleológico. El marco de la norma experimentará entonces una delimitación con arreglo a la idea de fin. Típica es únicamente la acción concebible como medio para la producción de un peligro o lesión de un bien jurídico.

Es conocida la crisis del método teleológico valorativo durante el período de predominio del derecho penal de la voluntad, y ulteriormente, durante el apogeo del nuevo sistema del derecho penal. Ha sido en las décadas recientes cuando la exigencia de un momento objetivo final —no subjetivo final— como núcleo de lo injusto puede considerarse generalmente aceptada por los escritores. El dolo, definido antes como la espina dorsal de lo injusto, retrocederá dentro del tipo, ocupando un puesto ulterior a la acción peligrosa jurídicamente prohibida. Es lógico que la teoría de la imputación objetiva encuentre entre los escritores alineados en el finalismo una decidida oposición. En tanto el dolo era el núcleo del llamado injusto personal, lo que la teoría de la imputación objetiva señala es que lo injusto ha de entenderse acuñado impersonalmente, o al menos, que el factor configurador de lo injusto es prioritariamente impersonal. Radica en la acción peligrosa comprendida en el ámbito de prohibición de la norma jurídico penal concreta (5).

(5) Kaufmann, A., *¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?* (trad. J. Cuello Contreras), en *Anuario*, 1985, pp. 807 y ss.

Esta orientación teleológica del sistema es visible en sus más diversos espacios. La crítica de los delitos de peligro abstracto, la afirmación creciente de los delitos de peligro posible, o de peligro hipotético, la misma teoría de la imputación objetiva son manifestaciones de una misma idea originaria y fundamental.

III.— La descripción precedente deja en la sombra, sin embargo, un matiz al que ha de prestarse atención. El instrumento conceptual de la construcción teleológica son los juicios de pronóstico. Estos parten de la observación analítica de las propiedades de la acción, del contexto en que se realiza, del conocimiento de las variables relevantes, etc., para formular después el juicio de que la realización de la acción permite pronosticar la producción del resultado. La subsunción lógico formal en el concepto, o en el tipo, es pues, insuficiente. Típica es únicamente la acción peligrosa para el bien jurídico. Este tipo de operación teleológica se hace permanentemente por los juristas. Lo que sucede es que cuando la cuestión del enlace objetivo-final entre acción y resultado es obvia, como, por ej., ocurre cuando alguien dispara a corta distancia sobre la víctima, el interrogante teleológico no se plantea expresamente. Mas bien se da, como problema evidente, por solucionado.

Otra cosa ocurre cuando la cuestión no pertenece a la zona central sino al ámbito marginal de los tipos. Estos tienen un radio de acción. El tipo del homicidio no comprende toda causación del resultado. No comprende la procreación del asesino por sus progenitores. De acuerdo con el sentido del tipo hay que afirmar que tal acción biológica es típicamente inadecuada e irrelevante. Es también típicamente irrelevante la acción de inducir a otro a pasear por el bosque en la

tarde tormentosa, con la finalidad de que sea alcanzado por una descarga eléctrica. Otras acciones son más controvertibles. Dar una noticia luctuosa, la muerte de un hijo, a la madre cardíaca es problemático que esté comprendido en el tipo del homicidio, ante todo si la madre padece una cardiopatía ligera, e incluso cuando su trastorno cardíaco presenta una severidad considerable. ¿Cuál es el criterio con el que hay que decidir tales supuestos? ¿Un criterio eminentemente teleológico? En la última hipótesis, esto supondría conocer todas las variables significativas y, sobre todo, si el autor se comportó imprudente o dolosamente. En el supuesto de que el sujeto activo pretendiera matar a la madre muchos juristas afirmarían que la muerte es imputable objetivamente a la acción —es, pues, una muerte comprendida en el ámbito de prohibición de la norma del homicidio—. En el caso opuesto de que se tratase de una comunicación imprudente del fallecimiento del hijo, quizás la valoración jurídica penal fuese diferente.

Esto pone de relieve diversos aspectos de la noción examinada. Plantea en primer lugar el importante problema de si la imputación objetiva no es objetiva, es decir, de si es función también de datos subjetivos, o sea del factor configurador de lo injusto que, según la doctrina dominante, es el dolo del tipo. Está aquí presente una dificultad que hasta el presente la teoría de la imputación objetiva no ha logrado solucionar de forma satisfactoria. La valoración jurídica no puede recaer sobre elementos parciales sino sobre la materia de la prohibición, es decir, sobre el tipo como totalidad. Cabe preguntar entonces cómo lo que es fundamentalmente causal, es decir, el proceso causal desatado por la acción peligrosa, cuyo peligro transitivamente se ha materializado en el resultado típico, pue-

de autoconstituirse, separadamente del dolo, en objeto de un juicio de valor. En esta contradictoria situación, a cuya existencia no ha dejado de aludir Mir Puig, se encuentra comprometido el destino teórico de la doctrina de la imputación objetiva (6).

En segundo lugar, lo expuesto obliga a recordar que si el núcleo del método teleológico lo constituye el juicio de pronóstico, tal tipo de juicios se caracterizan por su fluidez, es decir, por su elasticidad. ¿Qué grado de probabilidad ha de implicar la comunicación de la noticia a la madre para que el resultado mortal sea imputable a la acción? Observemos que el tipo del homicidio no contiene indicaciones concretas al respecto. No exige, por ej., un 50% de probabilidad ni por supuesto ningún porcentaje determinado.

La realidad es que el derecho no opera únicamente con juicios de pronóstico. Es cierto que hace de los juicios de pronóstico, del momento objetivo final, o teleológico, un factor configurador de la responsabilidad. Sobre todo excluye del concepto, del tipo, lo que carece de peligrosidad o no implica riesgo alguno, o implica un riesgo insignificante. Pero la realidad es que el jurista termina por operar con juicios de valor. Cuando todo parece concluido, cuando ya la subsunción ha sido conseguida y se ha determinado que la acción implicaba un peligro que efectivamente ha cuajado en el resultado producido, queda todavía pendiente la valoración definitiva del comportamiento, del hecho, como jurídicamente prohibido, como discrepante de la norma, es decir, como acción comprendida en el ámbito de prohibición normativa. Esto es claramente visible en el riesgo permitido.

En todo concepto jurídico están presentes tales

(6) *Loc. cit.*, p. 192.

planos (lógico, teleológico, axiológico). Lo que corresponde a la reflexión dogmática es establecer cual es la vertiente decisiva del concepto de que se trate, en la tensión dialéctica existente entre los planos mencionados. Pensamos que puede poseer algún interés reconducir a este planteamiento los principios comúnmente admitidos como concreciones de la categoría general de la imputación objetiva.

IV.— La naturaleza teleológica del *principio de inexistencia de riesgo* es claramente visible. El tratamiento de casos conforme a este criterio evidencia que según un juicio de pronóstico la acción emprendida no podía racional o calculablemente llevar a la producción del resultado típico. La pretensión intencional del sujeto podría ser caracterizada como ilusoria, es decir, asimilarse a la tentativa irreal. En ella faltaba la dominabilidad objetiva del acontecimiento, al intentar sobredeterminar el autor un curso causal que se encontraba más allá de sus posibilidades reales. Es este el caso, tantas veces citado, del sobrino que induce al tío a pasear por el bosque en la tarde tormentosa con la esperanza, más que con la finalidad, de que sea alcanzado por una descarga eléctrica, hecho que sucede contra todo pronóstico. Existente la conexión causal, físico natural, falta en tal hipótesis el nexo objetivo final, es decir, la consideración de la acción como medio potencial que racional, objetivamente, no ilusoria ni imaginariamente, podría condicionar el resultado.

El principio de ausencia de riesgo, como ha sido antes indicado, no es ningún descubrimiento reciente, sino una verdad conocida desde antiguo por los juristas. Únicamente cuando predomina una jurisprudencia formalista o conceptual puede oscurecerse la idea

de que el hecho inocuo no debe considerarse merecedor de pena. De este modo se desborda, de acuerdo con criterios sociales, una visión autoritaria de los tipos penales. La coordinación entre dimensión lógico formal y finalista, teleológica, de los tipos permite entenderlos como unidades dotadas de sentido social y como medios para la protección de bienes jurídicos.

V.— Es también finalista la naturaleza del *principio de disminución de riesgo*. De acuerdo con él, una acción formalmente coincidente con el tipo, no es sin embargo objetivamente imputable cuando el resultado por ella causado neutraliza la producción de un resultado de mayor gravedad.

Es claro que tampoco nos encontramos aquí ante ninguna verdadera innovación. Las hipótesis reconducibles al principio de disminución de riesgo pueden ser dominadas con normas y criterios teóricos preexistentes. Entre estos puede mencionarse la idea de Sauer en orden a la fundamentación material de la antijuricidad. No debe estimarse antijurídica la acción que en la situación concreta produce menor perjuicio que beneficio (7). La ponderación del balance final del conflicto de intereses lleva, en sentido utilitario, a afirmar la inexistencia de antijuricidad.

No parece cuestionable que el principio de disminución de riesgo es una concreción del estado de necesidad. Roxin admite que las hipótesis cubiertas por ese principio podrían efectivamente solucionarse con la fórmula del estado de necesidad, pero pone de relieve que se está aquí ante un problema previo, es decir, ante la procedencia de delimitar la responsabi-

(7) Sauer, W., *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955, p. 56.

lidad por la causación del resultado dentro del ámbito del tipo. Quien consigue desviar el arma, evitando que ésta cause la muerte de la víctima, pero condicionando con su acción un resultado de lesiones, no responde por este resultado, pues al haber disminuido el riesgo no es objetivamente imputable.

En relación con esta construcción debería meditar-se si no se produce de esta forma un vaciamiento de las causas de justificación. El sistema positivo exige distinguir entre tipo y causas de justificación, tanto en una visión bipartita, en que las causas de justificación operan como elementos negativos del tipo, como en una concepción tripartita, en que la tipicidad y la antijuricidad son elementos claramente diferenciados en la estructura del delito. Puesto que el estado de necesidad anula ya la imputación objetiva, podría afirmarse lo mismo de la legítima defensa. En las hipótesis de causación de un resultado para neutralizar racionalmente una agresión ilegítima anterior, faltaría lógicamente la tipicidad, puesto que la acción causal de ese resultado —por ej., homicidio del agresor— no es objetivamente imputable, dado que disminuye el riesgo para el interés del agredido. El tipo de lo injusto comprendería entonces todos los elementos fundamentadores, pero también los excluyentes, de la antijuricidad. Es claro que esto representa una revisión del estado actual de la teoría del delito, revisión que difícilmente puede ser realizada a la luz de un principio particular, como el de disminución de riesgo.

Por otra parte, si este principio es coincidente materialmente con el estado de necesidad no podría éste ser estimado como un elemento negativo del tipo, al haberse tenido ya presente para excluir la imputación objetiva. La teoría de los elementos negati-

vos del tipo había sido admitida, sin embargo, por Roxin en precedentes contribuciones (8).

Finalmente, la aplicabilidad del estado de necesidad, a diferencia de lo que ocurre con el principio de disminución de riesgo, no sólo está condicionada por la liquidación de una situación de conflicto entre bienes o intereses de diferente valor, es decir, por el sacrificio del interés de menor valor para la protección del interés de mayor significación, sino por notas adicionales que circunscriben su funcionamiento. En el sistema penal vigente la eximente séptima del art. 8 c.p. toma en cuenta diversos requisitos. La tradición jurídica y la ciencia fijan también en otros sistemas límites severos a la aplicación del estado de necesidad, evitando su disolución, que dejaría inermes a los bienes jurídicos. El principio de disminución de riesgo, por el contrario, parece funcionar sin limitación alguna. La desconexión sustancial entre este *topos* y el estado de necesidad debería ser reexaminada y precisada.

VI.— Los diversos principios integrantes de la doctrina de la imputación objetiva pueden ser clasificados, como ha quedado dicho, según que prepondere en ellos el aspecto teleológico o normativo. Del mismo modo que los principios de ausencia de riesgo y de disminución de riesgo, se orienta también en sentido teleológico la *teoría del fin de protección de la norma* (Schutzzweck der Norm). Las hipótesis reconducibles a ella se conocían anteriormente como casos de interrupción del nexo causal. Pero como ha sido señalado un curso causal existe o no existe, pero

(8) Roxin, C., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959, pp. 173 y ss.

no se interrumpe (9). También media conexión causal entre el acto originario del homicida y el fallecimiento de la víctima si éste se produce a consecuencia de un shock anafiláctico, es decir, de la sensibilidad del sujeto pasivo a un antibiótico empleado en la posterior intervención quirúrgica. El resultado final es dudoso, sin embargo, que esté comprendido en el fin de la norma prohibitiva del homicidio (o del asesinato, según quienes lo consideran como *delictum sui generis*). Como cabría decir parafraseando a algunos autores, la norma no pretende evitar muertes por shock anafiláctico, procedentes de una diversa fuente de riesgo. En el resultado final, se podría todavía precisar, no se ha materializado el riesgo dimanante de la acción originaria, sino el riesgo procedente de una diversa fuente de peligro, aquí la sensibilidad de la víctima al antibiótico empleado, combinado en su caso con una posible acción profesional contraria a la *lex artis* (emplear un antibiótico desaconsejable en la situación concreta). Tampoco estaría comprendida en el fin de la norma la muerte por infarto de miocardio del agente de la autoridad que perseguía al ladrón nocturno, ni correlativamente la muerte de un obrero a consecuencia de un fallo cardíaco cuando en el contexto de una huelga reivindicativa era perseguido por un agente de la autoridad.

La fundamentación teórica de la exclusión de la imputación objetiva en este tipo de supuestos es, sin embargo, menos clara de lo que algunas brillantes exposiciones dan, en principio, a entender.

Jescheck afirma que la imputación objetiva puede faltar cuando el resultado queda fuera del ámbito de

(9) Gimbernat Ordög, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 89 y ss.

protección de la norma que ha vulnerado el autor mediante su acción, pues en tal caso no se realiza en el resultado el riesgo jurídicamente desaprobado que ha creado el sujeto, sino otra clase de riesgo... Después presenta algunos casos particulares, como el del herido inmovilizado en el lugar del hecho que es alcanzado por un rayo o que fallece a consecuencia de un error médico, o las hipótesis de autolesiones de personas que actúan libremente y con plena responsabilidad... Se consideran también los resultados procedentes de acciones de salvamento —muerte, por ej., de quien emprende una acción de salvamento de una persona previamente herida—, pero no se procede en medida más precisa a determinar el contenido, alcance y naturaleza del criterio del fin de protección de la norma (10).

Schönke/Schröder/Lenckner se refieren, bajo la denominación de inexistencia de la conexión de riesgo (*fehlendem Risikozusammenhang*) a casos en que el autor ha establecido realmente, de modo contrario a la prohibición, un determinado peligro, pero en los que no se ha realizado, sin embargo, tal peligro prohibido, sino un riesgo diverso que se halla fuera del ámbito de protección de la norma. Ello obliga a preguntar siempre acerca de si el curso causal concreto conducente al resultado típico pertenece todavía a aquellos resultados para cuya evitación la norma jurídica prohíbe el establecimiento del peligro. Destacan los autores citados que en el célebre caso del herido trasladado al hospital cuya muerte se produce en función de un posterior accidente de tráfico, la teoría tradicional veía una hipótesis de desviación o interrupción del curso causal, en tanto que hoy se estima ausente

(10) Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho penal*, F. gen., (trad. Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.), vol. I, 1981, p. 390.

la imputación objetiva, no cumpliendo el comportamiento típico con las exigencias propias del delito consumado. En el hecho final no se ha materializado el riesgo originario, procedente, por ej., de la agresión con arma blanca, sino el riesgo socialmente adecuado de la circulación automovilística (11).

Roxin se refiere al posible caso de un accidente automovilístico, en el que un peatón pierde la vida. La madre del fallecido sufre un shock nervioso susceptible de tipificarse como lesión punible en el sistema penal alemán. Una consecuencia de este carácter debería estimarse secundaria, es decir, no directamente lesiva. Lo correcto, afirma, sería en tales casos la limitación de la esfera de protección de la norma a los daños directos. En este sentido se ha manifestado también la literatura penal española (12).

La caracterización precedente presenta, sin embargo, alguna equivocidad o ambigüedad. Pocos términos son tan ambiguos como directo e indirecto, o principal y secundario. La definición como secundaria de una consecuencia o resultado abandona toda expectativa de precisión. Lo que parece advertirse cuando

(11) *Strafgesetzbuch, (Kommentar)*, 22. Aufl., 1985, p. 139.

(12) Roxin, C., *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. D.M. Luzón Peña), 1976, p. 137 ("... lo único que importa para la solución es decidir si se quiere limitar el fin protector de los correspondientes preceptos a impedir las consecuencias directamente lesivas de los bienes jurídicos o si se lo quiere extender también a evitar daños secundarios..."; y después "... para el derecho penal me parece que lo correcto políticocriminalmente es la limitación de la esfera de protección de la norma a los daños directos..."). En la literatura española han de tenerse muy presentes las importantes contribuciones de Luzón Peña, D.M., *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente. Valoración de las aportaciones causales* (Comentario a la S.T.S. 27.I.84), en *Rev. Der. Circ.*, 1984, pp. 275 y ss.; Silva Sánchez, J.M., *Límites de la responsabilidad por imprudencia*, en *La Ley*, nº 1049, (18.X.1984).

se afirma que un resultado no está comprendido en el fin de protección de la norma es que ese resultado no se considera objetiva, general o humanamente previsible, es decir, que cuando según un juicio de pronóstico no cabe calcular que la acción producirá el resultado hay que negar, pese a la presencia del nexo causal, la imputación objetiva. Esto supone negar la responsabilidad por la producción de resultados no intencionables, es decir, de consecuencias cuya producción no puede ser seriamente planificada, dirigida, por el sujeto. Este difícilmente puede querer que su acción homicida determine un shock anafiláctico del agredido, sensible a un particular antibiótico, empleado en la posterior intervención quirúrgica. El agresor puede *desear*, pero no verdaderamente *querer*, el fallecimiento del agredido previa mediación del accidente de tráfico o del incendio del hospital, pues estos son acontecimientos que no puede sobredeterminar. La selección de semejantes cursos causales para lograr un homicidio constituiría una tentativa irreal, es decir, una hipótesis de inexistencia de tentativa propia. La ausencia de peligrosidad originaria no puede ser retrospectivamente compensada por el hecho de que haya causado por azar, aleatoriamente, el resultado típico. La responsabilidad ha de circunscribirse, según un juicio de pronóstico, a las acciones que contienen, como una semilla, cierto grado de tendencia para originar el resultado típico.

La teoría del fin de protección de la norma es, pues, una concepción teleológica. No creemos que sea una orientación valorativa, en la que sobrepasado el momento teleológico, depende la imputación objetiva, o la tipicidad, de una definitiva valoración jurídica.

VII.— Mientras que los criterios estudiados se man-

tienen en el plano teleológico, ocurre lo contrario con el *riesgo permitido*. Como dato originario se toma en cuenta en el riesgo permitido que la acción emprendida no está exenta intrínsecamente de peligrosidad, es decir, contiene una posibilidad no desdeñable de que determine la lesión de bienes jurídicos. La conducción de automóviles, la explotación de minas, la construcción de obras hidráulicas —como Hälschner ha dicho— llevan consigo, según la experiencia de la realidad, resultados desfavorables para la vida, salud, etc. Es previsible que la conducción de automóviles originará en días determinados un número considerable de víctimas. En un ejemplo más concreto, perteneciente al área del dolo, se revela con nitidez el sentido profundo del riesgo permitido. El profesional del boxeo que repetidamente golpea, tomando a su cargo todo resultado, al adversario, sin violar las reglas propias de ese deporte, realiza formalmente el tipo del homicidio. Sin duda no está ausente en tal hipótesis el enlace teleológico, la relación objetiva de medio a fin entre los golpes violentos y la muerte del sujeto pasivo. De acuerdo con un juicio de pronóstico podía ser *ex ante* pronosticable el resultado típico. Puesto que el plano lógico formal y el teleológico deben ser afirmados, queda únicamente por decidir si el acontecimiento se halla comprendido en el *ámbito de prohibición de la norma*. Todo gira aquí en torno a una definitiva valoración jurídica. No es discutible que la acción peligrosa, transitivamente, se ha materializado en el resultado típico. Existe, pues, la conexión de riesgo a cuyo través la acción peligrosa inicial transmite progresivamente el peligro al resultado. Esta conexión, sin embargo, no fundamenta la imputación objetiva. Los ejemplos propuestos evidencian la posibilidad de una distorsión, de un funcionamiento relativamente autónomo entre los aspectos teleológico y

normativo del tipo. En ellos está ausente la antinormatividad del hecho. El orden jurídico no podría autorizar y simultáneamente prohibir el deporte mencionado. La actividad, en tanto no sobrepase la medida de riesgo autorizado —por ej., mediante golpes antireglamentarios— es lícita *ab initio*.

En el riesgo permitido nos hallamos, pues, ante una cuestión de naturaleza puramente normativa a decidir mediante valoración. En él se manifiesta con claridad aquella escisión entre dato teleológico y dato valorativo que hace inteligible la verdadera naturaleza de la imputación objetiva.

VIII.— La idea final a que se orientan las reflexiones precedentes es que la imputación objetiva está en función de una apreciación estimativa, normativa o valorativa. La decisión de si un acontecimiento es imputable a lo injusto depende de la acción peligrosa básica, pero esto no es suficiente. El juicio de peligrosidad puede dejar todavía en suspenso el problema de la imputación objetiva. En ocasiones la decisión de la cuestión planteada no se encuentra en el plano teleológico, sino en un nivel más alto, es decir, en el plano de los valores. Del campo propio de la jurisprudencia de intereses, con la que el método teleológico guarda tan conocida relación, se discurre al de la jurisprudencia de la valoración.

La existencia de genuinos, puros, elementos de valoración en el sistema ha sido evidenciada por la teoría de los tipos abiertos. Los escritores que admiten esta concepción destacan que en ocasiones la existencia de la antijuricidad depende de un juicio valorativo independiente. En el delito de coacción no toda violencia dirigida a que el ofendido haga, tolere o no haga algo fundamenta la antijuricidad, sino solamente

el hecho de que en atención al medio y fin perseguido la acción se presente como jurídicamente reprochable. En el sistema penal español constituye un elemento valorativo puro la cláusula de ilegitimidad incorporada a la definición legislativa del ejercicio de un derecho, oficio o cargo, del núm. 11, del art. 8. La apreciación de tal causa de justificación depende en último término de que el acto sea *legítimo*. Ahora bien, el juicio de legitimidad es un genuino juicio de valor. Presupone una exacta caracterización de la materia de valoración —por ej., que en el uso de las armas por la Autoridad para practicar una detención, se tratase de un delito de considerable gravedad, que el autor se supusiera armado, que precedieran las advertencias racionalmente exigibles, que los disparos se dirigiesen a zonas no vitales, dada la vinculatoriedad del derecho a la vida reconocido en el art. 15 de la Constitución, etc.—. Una vez definidos con precisión y exactitud los datos relevantes, lo decisivo es si el hecho como totalidad ha de considerarse o no legítimo. Este juicio de legitimidad es un juicio puro de valor. Es imposible desenvolver ahora esta idea con la amplitud que sería necesaria. Baste con indicar que constituye un principio regulativo, formal, vacío, que ha de llenar de contenido concreto la actividad del jurista, quizás en el sentido de la teoría del fin, es decir, en el sentido de que sólo puede estimarse legítima la acción si constituye un medio justo para un fin justo.

La teoría de la imputación objetiva está, enlazada también con puntos de vista valorativos. Es en el fondo una teoría de la antinormatividad de la acción —en conexión, en su caso, con el resultado—. En tal sentido debería ser identificada como una *teoría del ámbito de prohibición de la norma*. Esta expresión sugiere que las normas jurídicas no tienen un radio de ac-

ción ilimitado, sino un ámbito preciso, que circunscribe su vinculatoriedad. Las acciones que sobrepasan tal radio de acción no pueden entenderse antinormativas. Es cierto que debería en lo posible el legislador, mediante descripciones precisas de la conducta típica, obstaculizar la penetración de la valoración judicial en la decisión de casos. Pero la realidad es que este factor valorativo último es inherente a la existencia del Derecho. La única compensación a la innegable presencia de este momento axiológico en el sistema penal es que no puede determinar una intensificación arbitraria de la punición. El trabajo judicial, teleológico y valorativo, ha de realizarse siempre dentro de los marcos lógicos formales legislativamente establecidos, es decir, de los tipos penales. La penetración del método teleológico y, ulteriormente, valorativo, en la práctica del Derecho contribuye únicamente, a una jurisprudencia menos formalista, mas atenta a la realidad, y en último término, más en conexión con los valores del Derecho.

OBRAS JURIDICAS

En la Colección

MONOGRAFIAS DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO:

2. LANDROVE, G.: Los juegos ilícitos, 1971.
7. IGLESIA, A.: Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla, 1971.
34. FERNANDEZ, M^a. D.: El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas, 1976.
80. FERNANDEZ ALBOR, A. y MARTINEZ PEREZ, C.: Delincuencia y economía, 1983.

En la Colección

CURSOS Y CONGRESOS DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO:

2. FERNANDEZ ALBOR, A., y otros: Temas penales, 1973.
3. FERNANDEZ ALBOR, A., y otros: Delincuencia juvenil, 1973.
4. FERNANDEZ ALBOR, A., y otros: Ensayos penales, 1974.
5. BERISTAIN, A., y otros: III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, 1975.
9. BAJO, M., y otros: Estudios Penales I, 1977.
12. ALARCON, J., y otros: Estudios Penales II. La Reforma penitenciaria, 1978.
14. BARBERO SANTOS, y otros: Estudios Penales y Criminológicos III, 1979.
16. Reunión de Profesores de Derecho Penal. La reforma penal y penitenciaria, 1980.
18. CORDOBA RODA, J., y otros: Estudios Penales y Criminológicos IV, 1981.
22. BUSTOS Y HERMOZABAL, y otros: Estudios Penales y Criminológicos V, 1982.
26. CÔBO DEL ROSAL, y otros: Estudios Penales y Criminológicos VI, 1983.
32. ALVIRA MARTIN, y otros: Estudios Penales y Criminológicos VII, 1984.
33. JESCHECK y otros: Estudios Penales y Criminológicos VIII, 1985.
40. BARBERO SANTOS, y otros: Estudios Penales y Criminológicos IX, 1986.