

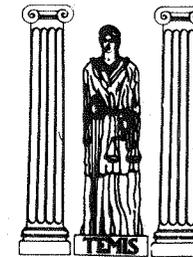
WINFRIED HASSEMER

Catedrático de derecho penal en la Universidad de Frankfurt del Main.
Magistrado del Tribunal Constitucional Federal.

PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD

BASES PARA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN
EN DERECHO PENAL

Traducción de
Francisco Muñoz Conde
y María del Mar Díaz Pita



EDITORIAL TEMIS S. A.
Santa Fe de Bogotá - Colombia
1999

CAPÍTULO VI

PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD*

A) "STATUS" DEL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN

I. *Concepto*

La teoría de la imputación en derecho penal responde, según nuestra interpretación actual, a la cuestión de cuándo y bajo qué condiciones se puede establecer una relación, penalmente relevante, entre una persona y un suceso, de manera que a esa persona se le pueda aplicar una sanción penal.

Esta simple descripción nos muestra ya la riqueza de contenido que el concepto de imputación tiene en derecho penal y la cantidad de presupuestos que requiere. Este concepto presupone problemas clásicos, difíciles y complejos de la filosofía en general y de la filosofía del derecho en particular. Así, por ejemplo, para el concepto de imputación es obvio el hecho de que puedan darse conexiones, que se ajustan a determinadas reglas, entre una acción humana y un cambio operado en el mundo exterior (problemas de causalidad) y, a su vez, parte de que el Estado y el ordenamiento jurídico ostentan sin más el derecho a castigar a una persona (teorías de la pena).

La imputación en derecho penal desde el punto de vista conceptual está a medio camino entre los principios generales (como por ejemplo la causalidad o el derecho a castigar), por una parte, y las consecuencias para grupos de casos y para casos en concreto (como por ejemplo, la determinación del círculo de personas responsables o la responsabilidad penal por determinados resultados), por otra.

II. *Metafísica, construcción social, discurso*

Solo por esta razón resultaría inadecuado e incluso exagerado atribuir a la teoría de la imputación en derecho penal el *status* de pertenencia

a la metafísica; además, sería una metafísica “secularizada” o más bien “modernizada”.

Es más, la imputación no puede basarse en lo que HANS WELZEL, en el ámbito de su concepto de acción, denominaba “estructuras lógico-objetivas”: realidades que preceden a cualquier teoría penal, en las que no siempre se puede convenir, pero que pueden ser falsificadas por esta teoría. La creencia en realidades previas inamovibles, verificables en cualquier situación, fiables y a la vez reconocibles ya no existe. La dogmática penal debe asegurarse —con la ayuda de otras ciencias— esas realidades previas; lo que no puede hacer es —como cualquier otra dogmática con contenido— limitarse simplemente a copiar un mundo empírico y normativo que le viene previamente dado y no puede esperar —tampoco en el ámbito de la imputación— deducir sus respuestas de estructuras previas lógico-objetivas (y por lo tanto vinculantes).

El lugar de una teoría sobre la imputación en derecho penal se encuentra más bien en un nivel constitucional, al modo, por ejemplo, de la “construcción social de la realidad” caracterizada y descrita por BERGER y LUCKMANN. Con esta expresión se alude a dos cosas:

En primer lugar, hay una realidad —reconocible en cualquier caso— que precede a nuestras acciones y que les sirve de medida. Las certezas basadas en leyes naturales como fundamento y medida del actuar correcto pasan así a ser incuestionables.

Por otra parte, no se puede afirmar que seamos capaces de construir o convenir nuestra realidad de forma nueva, espontánea e individualizada de un día para otro. Al contrario, las construcciones sobre las que se basa la construcción social de la realidad, son relativamente estables y duraderas; nos hemos acostumbrado a ellas, nos hemos organizado según las mismas, contamos con ellas y las respetamos, porque, de otra manera, no podríamos desenvolvemos en nuestro mundo: estas construcciones son nuestro mundo. Tienen una cualidad cognitiva, emotiva e incluso normativa y determinan la racionalidad de nuestros argumentos y la plausibilidad de nuestra percepción de la realidad, de su corrección y valor, con una perspectiva de perdurabilidad.

A ese mundo de construcciones relativamente estables pertenecen también conceptos básicos de nuestro sistema jurídico, como por ejemplo, la imputación. Estos conceptos contienen numerosos presupuestos, caracterizan nuestra cultura jurídica, responden a una evolución histórica y encuentran su reflejo en conceptos similares procedentes de otras cultu-

ción puede presentar otros caracteres totalmente distintos a los de nuestro concepto y que hay fundamentos razonables que muestran por qué la imputación es como es, cómo no debería ser nunca y cómo podría ser quizás bajo condiciones mejores.

Teniendo en cuenta toda esta batería conceptual llegamos a la conclusión de que el *status* de una teoría sobre la imputación es el “discurso”. Con ello se afirma que las personas pueden acordar qué entienden por imputación y si, en qué forma y bajo qué condiciones quieren construirla. Esto no supone que para ese acuerdo sean necesarias decisiones previas, vinculantes antes y para ese acuerdo, condiciones que obligatoriamente se tengan que respetar para conseguirlo. Con ello se expresa a la vez que todo lo que se refiere al concepto de imputación está siempre sometido a una renovación pero que el acuerdo al que se llegue siempre será estable en relación a las experiencias cotidianas: la imputación es una parte de nuestra cultura y de nuestra cultura jurídica; por lo tanto permanece y cambia en atención a la estabilidad de esa cultura.

III. *Lo empírico y lo normativo*

Por último, el *status* de la imputación se caracteriza a partes iguales por elementos empíricos y normativos. Sobre ello, la teoría de la imputación ha trabajado suficientemente.

En lo que se refiere a la parte normativa, esta afirmación es casi trivial: la tarea de una teoría de la imputación en derecho penal consiste en responder a la cuestión de cuándo se puede imponer una sanción penal a una persona. Esta respuesta no puede deducirse exclusivamente de ideas o razonamientos empíricos, sino que presupone indefectiblemente un sistema normativo según el cual se puede poner en conexión a una persona con un suceso del mundo exterior de manera que se derive el derecho a infligirle un mal, en atención a lo sucedido en el mundo exterior y según las reglas del sistema; es decir, someterla al poder estatal y a la coerción jurídica.

Menos trivial resulta la afirmación de que hay que manejar a la vez una parte empírica y otra normativa si damos un paso más y reflexionamos sobre la imputación abandonando la perspectiva penal y sociológica.

Así, a partir de la teoría de la atribución nos encontramos con el dato empírico sobre cómo actúa de hecho la imputación en la realidad cotidiana: cuándo un comportamiento lesivo se considera justificado o disculpa-

sanción, etc. Con todo lo importante que puedan ser estas consideraciones, son solo una parte —precisamente la parte empírica— de una teoría sobre la imputación. En cualquier caso, cualquier aplicación de una teoría así en derecho penal debe adoptar la forma de la atribución cotidiana pero a través del tamiz de una crítica normativa; una teoría así debe responder, por ejemplo, a las siguientes preguntas: si la relación entre la acción de la persona y la lesión queda establecida con fiabilidad, si la sanción impuesta al autor en relación a la lesión causada a la víctima es proporcionada, etc.

Al contrario, no resulta en absoluto trivial la exigencia de fundamentar una teoría penal de imputación sobre elementos empíricos. Siempre que, como aquí se hace, se afirma que una teoría penal de la imputación no se basa en el derecho natural o en la metafísica sino en una construcción social, necesariamente deberán pertenecer a la misma, como partes fundamentales, elementos de carácter empírico. A partir de aquí, lo que se entienda por imputación no es ya el resultado de imitar una realidad irreal y modélica o de la deducción que resulta de estructuras lógico-objetivas de carácter supranormativo. La imputación ya no es entonces, siempre y por encima de todo, “correcta” sino ajustada a procesos culturales y juridicoculturales, es decir, a sucesos empíricos.

Si esto es correcto, entonces una teoría sobre la imputación debe observar lo que, cotidianamente, se entiende en la sociedad por imputación. Pero incluso, esta realidad cotidiana, como hemos demostrado, no se convierte en una realidad vinculante. Sin embargo, una teoría penal de la imputación no puede distanciarse tanto de los procesos habituales de imputación que se dan en la sociedad hasta el punto de que su relación con los mismos, desde el punto de vista estructural y conceptual, se rompa por completo. Incluso cuando alguno de estos procesos —lo cual sucede a menudo— no resistan una crítica normativa a fondo o parezcan irracionales, una concepción racional de la imputación no debe desechar (y con ello obviar) *a limine* estas irracionalidades, sino antes bien, observarlas, trabajar sobre ellas con un método científico e incorporarlas a la teoría.

Con ello se muestra que la imputación en derecho penal es parte integrante de cualquier cultura y, por ende, de cualquier cultura jurídica. Por ello, no puede abandonar este ámbito. La teoría de la imputación y su política a largo plazo solo pueden cambiar este ámbito y su contenido con mucho cuidado y paso a paso, orientándose en la dirección que se considere la correcta.

B) ORIGEN

I. Presupuestos

La posibilidad y la justificación de la imputación de un resultado a una persona presentan dos presupuestos centrales, que se caracterizan de forma particularmente clara en la cultura occidental moderna. (Ello no significa que no exista una idea de imputación fuera de esta tradición; solo significa que en el ámbito de esta tradición es donde más claro y fructífero resulta el fenómeno de dos presupuestos que aparecen interrelacionados).

El primero de los presupuestos de la imputación es la asunción de que el mundo está dominado básicamente por personas. Sin esta asunción no resultaría plausible responsabilizar a una persona por un suceso producido en el mundo exterior que ella ha causado. El segundo de los presupuestos reside en una determinada concepción de la persona y de la responsabilidad. Sin esta concepción, el reproche que supone la imposición de una sanción al causante de un suceso en el mundo exterior, no resultaría plausible; y tampoco lo sería la imposición misma de determinadas consecuencias jurídicas o cualquier otro ataque en función de su comportamiento lesivo.

Dominio humano del mundo y responsabilidad de las personas por las consecuencias de sus acciones son, pues, los principios básicos de cualquier idea sobre la imputación. Y a la vez son también los principios básicos de cualquier forma de interacción entre personas, cuya necesidad va más allá del mero hecho de una relación puntual. Visto así, la posibilidad de una imputación es una condición trascendental de las relaciones interpersonales en reconocimiento recíproco. Su amplio significado y su posición central en un sistema penal se debe precisamente a este origen.

II. Alternativas

Estas ideas pertenecen de forma tan obvia y central a nuestra cotidianidad que resulta difícil imaginarse una vida social cuya organización responda a principios distintos de aquellos que rigen la imputación de determinados sucesos a personas tal y como nosotros los entendemos.

1. *Maldiciones y represiones.* Sin embargo, estas organizaciones distintas han existido y siguen existiendo. Naturalmente, no se puede afirmar sin más que en algún momento no se vayan a reproducir —al menos en parte— entre nosotros; a favor de esta posibilidad se puede argumentar

que la imputación es un fenómeno cultural cambiante (sobre la evolución de nuestra praxis actual vid. *infra* C. VI, VII, VIII).

Estas posiciones distintas de las personas en relación con su mundo se pueden caracterizar, por ejemplo, teniendo en cuenta que las modificaciones constatables del mundo exterior, sean estas “lesiones”, “accidentes” o “maldiciones”, no se resuelven buscando una persona culpable, sino excluyendo la posibilidad de que sean producto de una fuerza sobrehumana. Estas conexiones se pueden calificar como “mágicas” o “animistas” y al mismo tiempo sostener que con su ayuda, el problema de la constatación, valoración, prevención y reparación de la lesión se puede solventar de forma “racional” evidentemente, cuando se den los presupuestos necesarios, como sería la creencia firme en la existencia de seres sobrenaturales capaces de causar estos fenómenos (vid. *infra* C. I y C. II).

Como alternativa a nuestra concepción de la imputación, también sería posible que la constatación y resolución de las lesiones, daños y perjuicios quedaran fuera del ámbito de competencia del Estado o de la propia sociedad. La opción sería obviar, olvidar e incluso reprimir estas situaciones, partiendo, por ejemplo, de que, en cualquier caso, no se está en posición de dominarlas en un futuro; se puede hacer el esfuerzo de intentar impedir las, pero a la vez aceptar, de forma fatalista, que de todas maneras van a suceder.

Esto es menos exótico de lo que parece: el hecho de que en algunos ámbitos marginales de comportamientos punibles, como el consumo de drogas, la sustracción de bicicletas o los hurtos en grandes almacenes la cifra oscura alcanza casi el cien por cien, puede ser una muestra de que nuestra concepción de la imputación en derecho penal no está en absoluto libre de estas formas “alternativas” de organización sobre todo cuando, detrás de una teoría equilibrada y fundamentada sobre la imputación, se echa un vistazo a la persecución selectiva y natural que se da en la práctica, o sea, a aquellos ámbitos donde la imputación se materializa: para la víctima que sufre el robo de su bicicleta, este hecho le supone lo mismo que una maldición y los funcionarios encargados de su persecución lo meterán en sus archivos.

2. *Responsabilidad y funcionalidad.* Igualmente, los esquemas normativos de nuestra cultura en general y de nuestra cultura jurídica en particular, se basan, desde hace mucho tiempo, en la asunción de la necesidad y corrección de dos diferenciaciones básicas: por un lado, la distinción entre responsabilidad y ausencia de responsabilidad de las personas por hechos que se producen en el mundo exterior; por otro, la diferenciación entre distintos grados de responsabilidad.

La primera de las diferenciaciones nos posibilita fundamentar de forma crítica la imputación de un determinado hecho a una persona y su ejecución en la práctica. La segunda de las diferenciaciones nos permite adaptar la intensidad de la respuesta penal en relación al grado de responsabilidad. De este modo, la diferenciación entre autoría y participación así como la diferenciación entre dolo e imprudencia sirven, al mismo tiempo, de fundamento y principio de ajuste para la proporcionalidad de la sanción penal.

Bien entendido, este origen debería servir como punto de partida para una concepción de la imputación orientada a un punto de vista personal y no funcional. Dominación del mundo por parte de personas y responsabilidad de las mismas por las consecuencias de sus actos son presupuestos que no encajan bien con una concepción que defienda una perspectiva funcionalista sobre la sanción penal: la posibilidad de tener en cuenta la intimidación (prevención general) o la idea de la resocialización individual —por supuesto a través de la amenaza de pena— no puede justificar la existencia de la imputación ni tampoco de la intensidad de la respuesta penal.

La cuestión fundamental a resolver por un concepto penal de imputación no es “¿qué podemos hacer racionalmente con una persona?” sino si realmente esa persona era o no responsable. La responsabilidad de una persona por las lesiones que ha producido es el fundamento y la medida de la imputación y no las posibilidades y riesgos de una actuación penal sobre la misma. La cuestión aquí es la responsabilidad, no los objetivos político-criminales; se trata del pasado, no del futuro.

C) CLASES DE IMPUTACIÓN

De la mano de las distintas clases de imputación podemos estudiar la dimensión de este fenómeno más allá de un concepto meramente abstracto. Del mismo modo, podemos constatar que la imputación depende de los presupuestos de cada cultura jurídica y explicar por qué esto es así (vid. *supra* A). Por último podemos valorar si la teoría y la práctica de nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece indicios de posibles cambios en el concepto de imputación (al respecto más concretamente, vid. *infra* C. VI-VIII).

Con las distintas clases de imputación que vamos a exponer a continuación, podremos alcanzar los objetivos que acabamos de proponer, pero nada más; y ello porque los ejemplos que vamos a presentar no son completos, no responden a un orden histórico ni representan ningún avance especial en la construcción y depuración del fenómeno de la imputación.

I. Sacrificios humanos en la construcción de diques¹.

El hecho de que, en tiempos pasados, determinadas personas se consideraran autorizadas para emparedar a otras, con la finalidad de que el dique desarrollara mejor su función puede ser un caso extremo de imputación. De hecho aquí se da un nexo de unión entre una persona y un suceso del mundo exterior, a ese comportamiento se le atribuye un carácter causal y ese carácter se refiere tanto a los sucesos negativos como a los positivos que puedan venir en el futuro: el destino de la víctima emparedada se determina de forma mágica y se fundamenta a través de la asunción de que la víctima, como así lo demuestra la experiencia, evitará la catástrofe en el futuro. Las modernas teorías sobre la prevención intimidatoria se diferencian de esta forma de pensamiento solo en el contenido, pero no en la asunción del hecho de que repercutirán en el mundo exterior. Estas teorías se asientan en la idea de que, a través de la imposición de una sanción a quien infringe el ordenamiento jurídico, se influirá de forma positiva en muchas otras personas que simpatizan con el delincuente.

Sin embargo, este ejemplo resulta más adecuado para delimitar el fenómeno de la imputación que para completar sus variantes o para dibujarlas con más claridad. Esta constelación de casos contiene la necesaria relación entre una persona y el suceso lesivo del mundo exterior; pero le falta el carácter individualizado de esta relación. Incluso en aquellos casos en los que el conjuro de que se trate exige una determinada persona (un niño o un inválido) y no cualquiera, la elección de la víctima seguirá siendo producto de la casualidad. La víctima sacrificada no se elige como persona sino como instrumento para evitar el daño, como portador de una función; en este caso, solo se puede hablar de responsabilidad de forma metafórica. La víctima sacrificada no lo es en función de su individualidad.

Pero también desde el punto de vista de la lesión (en torno a la cual gira toda esta construcción), este ejemplo queda excluido de lo que podemos entender por imputación. En efecto, el hecho de que la lesión, de cuya imputación a una persona se trata, se espera ya que suceda en el momento de la imputación, revela desde un principio la incapacidad de este concepto de imputación en cuanto a la decisión misma sobre la responsabilidad y su graduación (*supra* B). La previsibilidad futura del suceso, que, según el concepto de imputación, deberá estar en conexión con

¹ N. de la trad. En el Norte de Alemania, en la Edad Media, existía la creencia de que si se emparedaba en un dique de contención del mar a una persona, preferentemente un niño, el dique soportaría mejor los embates del mar y protegería más eficazmente a la población de posible inundaciones.

un comportamiento humano, impide la individualización de esa relación; o, lo que es lo mismo, la responsabilidad de una persona.

II. Ordalías ("juicios de Dios")

Un sistema penal que, para responder a la cuestión de si una persona ha causado un suceso lesivo, recurre al juicio de Dios y, por ejemplo, enfrenta a la víctima y al acusado en una lucha, utiliza una forma bastante avanzada de imputación. La cuestión a resolver en estos casos es la posibilidad de establecer una conexión entre una persona y un suceso del mundo exterior; y esta es, precisamente, la clásica cuestión que el concepto de imputación debe resolver.

El que para nosotros esta forma de imputación esté ya superada no radica en la forma misma de la imputación o en sus particularidades sino en los presupuestos de su contenido. Los presupuestos de esta forma de imputación son, para nuestra cultura, excesivamente fuertes y demasiado poco fiables. Su fundamento se encuentra en una certeza cotidiana y también procesal, de que existe un ser divino de naturaleza inmanente que se inmiscuye en los problemas humanos; esta intromisión se lleva a cabo de forma comprensible para los hombres: el resultado o el desarrollo de un determinado proceso indica de forma fiable la respuesta correcta sobre la cuestión de la posibilidad de imputación de un hecho.

En la actualidad ya no se comparte la creencia en este presupuesto de la imputación de un hecho; nuestro proceso probatorio está organizado según las premisas de las ciencias de la naturaleza, es decir, según el método de la observación. Sin embargo, ello no nos autoriza a calificar los juicios de Dios como irracionales. Estos son el producto de la sintonía con una época de viva creencia en la existencia de un Dios inmanente (y sin esta sintonía no hubieran durado mucho). Por último, tampoco tenemos ninguna razón para dudar de que, con este procedimiento, se construyó una estructura de imputación.

III. Procesos a través de fiadores

La historia del derecho penal nos enseña que los antecesores de nuestro actual sistema resolvían la cuestión de la imputación a través de testigos o de cualquier otra persona que prestaban juramento a favor del acusado y cuya declaración se consideraba suficiente para determinar si se podía declarar al acusado culpable y tratarlo como tal. Si la declaración o el comportamiento de estos "fiadores" exoneraba al acusado, este quedaba libre de toda consecuencia penal.

La lógica de esta constelación de casos no es fácil de determinar ni tampoco es enjuiciada con unanimidad por los historiadores del derecho penal. Si la explicamos de otra manera, esta lógica podría representar una variante bastante instructiva de la teoría de la imputación:

Estos procesos basados en declaraciones o juramentos nos resultan hoy difíciles de entender no por los presupuestos (como ocurría con los juicios de Dios, vid. *supra* C. II), sino por la propia formulación de la cuestión de la imputación. Esta formulación se puede entender de dos posibles maneras:

En primer lugar, el objeto de la cuestión podría ser establecer una conexión entre el acusado y el resultado lesivo en el sentido de determinar si este es o no el causante del mismo. La pregunta a formular al testigo sería la siguiente: “¿fue el acusado el autor de los hechos?”. Una formulación como esta solo encajaría con nuestra concepción de lo racional si la aptitud del testigo como prueba en el proceso dependiera de si se encontraba o no en el momento y en el lugar de los hechos. Puesto que la racionalidad de nuestro proceso penal está basada en el método de la observación, sería irrenunciable para aceptar este presupuesto como racional que el testigo hubiera visto lo que ocurrió, y se limitara a contarlos. Si no partimos de este presupuesto nuestra forma de imputación sería la misma que esta, cuyo fundamento en cuanto al contenido resulta para nosotros inaceptable: los que prestan declaración no pueden desempeñar esta función si no han sido testigos presenciales de los hechos.

La segunda posibilidad de interpretar esta forma de imputación, que no tiene por qué descartarse en estos procesos, seguiría una línea basada no solo en las leyes naturales sino también en cuestiones sociológicas. Se puede plantear la pregunta al testigo de la siguiente manera: ¿queremos que el acusado siga viviendo entre nosotros? A esta pregunta pueden contestar los testigos válidamente incluso según nuestros criterios de racionalidad —se trataría entonces de contar con el testimonio, a favor del acusado, de muchos conciudadanos o de algunos de peso en la comunidad. En este caso, el rol social del acusado sería el vehículo para la imputación y los testigos serían los que pondrían en marcha este vehículo. Esto es también menos exótico de lo que parece a primera vista. Los intentos emprendidos para suspender la pena privativa de libertad (§ 56 *StGB*) o para decretar la libertad condicional (§ 57 *StGB*) a través de una especie de tutela social de otros miembros de la comunidad sobre el afectado, responden a la misma lógica.

Al final, de forma parecida a como ocurre con la costumbre de emparedar personas (*supra* C. I), debemos poner en duda si esta segunda

lectura tiene algo que ver con la imputación, tal y como nosotros la entendemos. Esta interpretación de la cuestión de la imputación no se referiría a la determinación de un nexo de unión entre una persona y un suceso, sino (además o de alguna manera) a la posición social de una persona; es más, la aplicación de una consecuencia penal negativa por la causación de un hecho, podría quedar excluida siempre y cuando el sujeto ocupara una determinada posición en la sociedad que viene a ser refrendada por otro miembro de la misma. Además esta interpretación se orienta al futuro (a lo que puede resultar de ese trabajo en común) y ello no encaja bien con la interpretación, orientada al pasado, de la teoría de la imputación.

Esta construcción de la imputación representaría más bien una alternativa que supondría el olvido, la represión o el simple desprecio por el origen de la lesión —una alternativa que aquí se rechaza— (*supra* B. II. 1).

V. *Labelling approach*

Las teorías del *labelling approach* afirman, en sus distintas versiones, que la cuestión de si una persona puede sustraerse o no a una sanción penal encuentra su respuesta simplemente en la capacidad de esa persona para librarse de la justicia penal. La responsabilidad penal no se demuestra, sino que se atribuye y los criterios para esta atribución no se encuentran en el derecho penal sino en la realidad exterior, donde, por ejemplo, lo que importa es la posición de esa persona en la estructura de poder social. Las personas que padecen la aplicación de una sanción penal, según esta teoría, no son merecedoras de ella sino más bien —por razones externas— sus víctimas.

Es obvio que estas teorías merecen una atención especial desde la perspectiva de una concepción penal de la imputación. Según estas teorías, los procesos de imputación que se justifican a través de procesos basados en preceptos legales y en conceptos teóricos, o bien son un capricho de los penalistas, o bien solo expresión de su cinismo.

Las teorías del *labelling approach* ayudan a un mejor entendimiento del concepto de imputación en dos niveles.

En primer lugar, se puede detectar sin dificultades que tanto los defensores del *labelling*, como los penalistas, conciben la estructura de la imputación como una relación normativa entre una persona y un suceso lesivo del mundo exterior que, en la práctica, acarrea numerosas consecuencias. Pero los defensores del *labelling* sostienen que esta relación se asienta sobre criterios que nada tienen que ver con el hecho en sí, con la responsabilidad de esa persona y que, por lo tanto, son injustos. Estos

criterios no son otros que las posibilidades sociales que cada individuo tiene a su disposición. Estos instrumentos sociales permiten a quienes cuentan con ellos, sustraerse de hecho a la justicia penal.

Esta concepción de la imputación se parece mucho a la concepción mantenida en los procesos con fiadores (vid. *supra* C. III): nos encontramos, desde la perspectiva de su estructura, ante procesos de imputación en los que se aplican criterios de imputación que resultan injustos, irracionales y desde luego ajenos a la realidad.

El segundo nivel pone de relieve que las tesis del *labelling approach* vienen a confirmar la racionalidad del concepto penal de imputación puesto que necesitan urgentemente de esta racionalidad para poder justificar sus críticas sobre una imputación errónea o fracasada.

En cuanto a su crítica frente al sistema penal de justicia, las teorías del *labelling approach* sostienen un modelo de imputación basado en los hechos y ajeno a los indicadores del poder social: un sistema que se basa en las premisas de la causalidad y de la responsabilidad de la persona. Desde el punto de vista normativo, el *labelling approach* no acepta los resultados que ofrece, desde el punto de vista empírico, la realidad de la imputación y construye su crítica a partir justamente de esos resultados y de la visión de la imputación tal y como la defiende la dogmática penal. Las zonas oscuras y las zonas visibles no son el resultado, para el *labelling* (igual que para los penalistas) de una imputación acertada, sino situaciones fácticas que se valoran de forma variable y que necesitan esa variación.

Por consiguiente, en el trasfondo de la crítica que el principio de la estigmatización dirige a la justicia penal encontramos una imagen de la imputación "real" y "correcta" —es decir, una imputación organizada en torno a conceptos y procesos de forma igualitaria y justa. La diferencia entre una imputación fáctica y una imputación correcta es la base de la crítica al sistema penal; en este punto no se diferencian, sin embargo, los defensores del *labelling* de los penalistas. La diferencia entre ambos radica más bien en la valoración de esa distinción, bien como un fenómeno estructural o bien solo como un fenómeno accidental.

V. Formalización

La imagen de la imputación correcta, que el derecho procesal penal nos ofrece en la actualidad, es la imputación individual (una vez se consigue y otras —cada vez con más frecuencia— no). Esta imputación individual se justifica y se consigue atendiendo a conceptos determinados

y llenos de contenido en un proceso que viene previamente dado. El fundamento empírico de esa imputación es la observación metódica y cierta de la relación entre la acción de una persona y la modificación lesiva del mundo exterior. El fundamento normativo es la responsabilidad de la persona por las consecuencias de su acción. El derecho penal material y el derecho procesal aseguran que los conceptos contenidos en el ordenamiento jurídico se materializan de forma transparente y se pueden revisar.

En el derecho penal material se contienen, en el tipo objetivo, los conceptos de producción causal, de acción humana (como primer paso para la imputación al dominio humano del mundo exterior), la teoría de los fines de la norma, de la adecuación social o del riesgo permitido, todos los cuales pretenden asegurar, a través de su conjunción, que no se deslicen atribuciones injustificadas en la relación entre el suceso objetivo y el comportamiento individual. En el tipo subjetivo se resuelve la cuestión de si a la persona, de cuya culpabilidad se trata, se le puede hacer responsable de los hechos lesivos del mundo exterior que, desde el punto de vista objetivo, se le imputan. Aquí se trata de los criterios y formas de la responsabilidad. La clásica discusión entre los penalistas sobre el contenido de las condiciones objetivas de la penalidad o sobre la reprochabilidad de las lesiones cometidas con imprudencia inconsciente sirven de ejemplo de este nivel de imputación y demuestran a la vez sus límites. Estos límites se encuentran en el punto en el que el mundo exterior escapa ya al dominio de una persona.

En cuanto al ámbito del derecho procesal, aquí encontramos sobre todo las reglas para llevar a cabo la prueba. Estas reglas pretenden asegurar que la materialización de la relación entre la persona y el mundo exterior se determine siguiendo estrictamente los criterios de racionalidad vigentes en ese momento. La regulación legal de la libre valoración de la prueba y las limitaciones objetivas introducidas por la dogmática procesal, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, establecen un proceso según el cual se puede afirmar con rigor que una persona ha llevado a cabo un determinado hecho. Preceptos como el § 338 *StPO*, que contiene las causas absolutas de casación de una sentencia, definen los límites normativos a partir de los cuales el resultado de una prueba es inadmisibile. El proceso de determinación de los hechos, si no se atendiera a estas particularidades, presentaría un grave problema: tener que contar con todo lo que se ha descubierto.

Estas son las líneas básicas de nuestro derecho penal para determinar un concepto válido de imputación. Por supuesto hay tendencias y modelos que se apartan de estas líneas y que pueden mostrar las amplias no-

sibilidades en cuanto a una definición y a un proceso de imputación en el derecho penal actual y las distintas opiniones al respecto.

VI. Acuerdos entre las partes del proceso

El contenido del término “acuerdo” en el proceso penal es bastante amplio. Este abarca desde las comunicaciones informales entre las partes, que se dan cada día y que, desde el punto de vista práctico son necesarias y están permitidas por la ley (como por ejemplo, las comunicaciones de mera cortesía o la concertación de una cita), hasta las fuertes presiones que puede recibir el acusado con el objetivo de que se allane a las pretensiones de la otra parte.

Pero para establecer una relación entre el concepto de imputación en derecho penal y el acuerdo en el proceso no nos sirve para esta clase de contactos informales dentro y fuera del proceso penal; estos contactos no tienen nada que ver con la imputación. Para alcanzar este objetivo, debemos atender a otra clase de acuerdos que sí tienen consecuencias para el proceso de imputación. Dentro de estos podemos señalar, por lo menos, aquellos acuerdos que se dirigen a una modificación del proceso de imputación (*supra* C. V.) respecto de lo que señala la legislación procesal: terminación del proceso antes de que se haya probado, conforme a la ley, la imputación contenida en la denuncia; aplazamiento, total o parcial, de la práctica de la prueba (por ejemplo, la confesión del acusado) acordado en una reunión no contemplada en la normativa procesal (por ejemplo, entre el abogado defensor y el fiscal).

Un proceso de imputación de este tipo no tiene nada que ver con una imputación *lege artis*. Un proceso así rompe la dinámica de una imputación formalizada, antes incluso de que se haya podido alcanzar el objetivo que no solo está previsto en la legislación procesal sino que, además, se corresponde con los criterios de una racionalidad extrajurídica: una racionalidad que exige que el reproche dirigido a una persona alcance un nivel de prueba suficiente antes de que se retire de forma definitiva. Además, una forma de imputación como esta convierte indicadores aislados, que pertenecen al “mosaico” completo (como partes de un rompecabezas), en las columnas sobre las que se asienta la imputación global, falseando así la base de una valoración equilibrada y completa.

Este tipo de acuerdos se podría ver también como una regulación ejemplificadora de un proceso excesivamente formalizado y burocratizado de imputación —por ejemplo, que el acusado lleve su propia defensa, de forma autónoma, voluntaria y con conocimiento suficiente; si el acusa-

do está de acuerdo con este tipo de proceso y con sus resultados, entonces podríamos basar la legitimidad del proceso y de las consecuencias penales en ese consentimiento. Nos podríamos remitir al proceso penal americano (*guilty plea*), en el cual, hasta cierto grado, esta autonomía del acusado es una realidad.

Hasta que estos argumentos sean aceptables, se necesita todavía un esfuerzo de traslación y de armonización. Un paralelismo precipitado entre nuestra tradición procesal y otras distintas es pueril y peligroso, tanto como admitir que el acusado dispone sin más de la competencia suficiente sobre valoraciones y acciones hasta el punto de poder basar las desventajas jurídicas que el proceso acarrea en su consentimiento “voluntario”. Así, por ejemplo, según nuestra tradición racional, la confesión del acusado es un indicador suficiente para la imputación: cuando es fiable —y, de todas maneras—, se exigen más indicadores que la sola confesión. Siempre hay que contar con la posibilidad —nada descabellada en la práctica— de que la confesión sea el resultado de la situación de presión que produce el proceso penal. En ese caso, la confesión no puede ser la base de una imputación.

VII. Imputación colectiva

Por imputación colectiva entiendo la imputación de un resultado a un grupo de personas, sin que sea posible establecer una diferenciación entre los distintos grados de participación de cada una (coautor, inductor, cómplice y figuras afines). La necesidad de tal forma de imputación se ha desarrollado de forma paralela al crecimiento del “moderno derecho penal”. En los ámbitos del derecho penal del medio ambiente y del derecho penal económico, uno se enfrenta a formas complejas de decisión y a responsabilidades colectivas respecto de las cuales, las diferenciaciones que presupone la clásica imputación “individual” no funcionan: que cada uno reciba lo que merece, según el valor de sus actos.

Los procesos de imputación colectiva pueden estar altamente formalizados y presentar numerosas exigencias. Igual que ocurría en los procesos formalizados (vid. *supra* C. V), la imputación colectiva puede reunir los requisitos empíricos y normativos que, desde nuestros criterios de racionalidad y justicia, son los presupuestos de una imputación correcta. Esta podría ser la respuesta necesaria y correcta del sistema jurídico a los cambios sociales.

La diferencia entre la imputación colectiva y la individual reside en la incapacidad *lege artis* de distinguir entre las personas individualmente

consideradas. La imputación colectiva lanza una única red sobre muchas personas y bajo esa red es imposible diferenciar variantes de participación de cada individuo.

Naturalmente, esto da lugar a la cuestión de si una forma así de proceder puede servir de base a una "imputación" en sentido penal. Sobre esta cuestión se discute actualmente en la doctrina penal. La respuesta más aceptable para esta cuestión depende de la forma en que se establezca la relación entre el derecho penal y la persona. En cualquier caso, en tanto el derecho penal dirija su ataque a la persona de forma individualizada, no se debería extender el concepto de imputación a los casos de responsabilidad colectiva. Un ataque a la persona física, tal y como lo concebimos en derecho penal y en derecho procesal, supone indefectiblemente un ataque a su cuerpo, bien en la forma de pena privativa de libertad, bien en la forma de prisión preventiva. Además este ataque lo consideramos correcto. Una imputación que pretende justificarse como justa y adecuada, referida a un grupo de personas, pero en la que no se diferencia entre los individuos que componen el grupo, constituye una justificación demasiado débil de las consecuencias penales que afectan a la persona en particular.

Para poder tratar estas nuevas formas de delitos se debería construir un sistema jurídico en el que, desde luego, se contengan elementos punitivos diseñados de forma estrictamente preventiva y que, en cualquier caso, renunciara a un reproche personal y a la pena privativa de libertad. Una forma así de derecho de intervención podría integrar tipos de imputación colectiva.

VIII. Análisis económico del derecho penal

Lo que significa el análisis económico del derecho se sabe más o menos con seguridad; lo que podría significar el análisis económico del derecho penal no se sabe realmente. Una concepción así presenta caracteres abiertos y vagos. De todos modos, aquí vamos a esbozarla brevemente y con todas las reservas porque en este modelo encontramos un ejemplo puro de una clase de derecho penal basado en constelaciones de imputación, que nos puede servir de referencia.

Si se quiere construir un derecho penal con las leyes del análisis económico, es decir, con los valores de los instrumentos y consecuencias jurídicas siguiendo criterios de costes y ventajas, el comportamiento formalizado implícito en una imputación penal, apenas servirá de algo. Para un modelo así, los costes de transacción que una imputación formalizada

exige, son demasiado altos. Los procesos son demasiado largos y caros no solo para la justicia penal, sino también para el acusado desde luego cuando se determinan sus intereses con criterios económicos.

Un derecho penal y un derecho procesal penal construidos con criterios económicos, deberían seguir otra línea que condujera a reformas racionales. Por ejemplo, podríamos hablar de procesos de conciliación, que utilizan con éxito los acuerdos y que, en gran medida, consisten en procesos rápidos que, si no hay contradicción por parte del afectado, suponen un abaratamiento notable de la justicia penal y podrían obviar la necesidad de tener en cuenta, desde un punto de vista económico, formalizaciones sin sentido que obstaculizan la búsqueda de la verdad de forma rápida y pacífica.

No se puede afirmar sin más que estos procesos sean injustos. Una valoración así depende, esencialmente, de cómo diseñemos un proceso racional y en consonancia con la concepción de justicia de nuestra cultura jurídica (cfr. A. III). El estado actual del derecho penal no permite seguir las directrices de un análisis económico; ello supondría la necesidad de reflexionar sobre los cambios dentro del sistema penal, en especial sobre una reforma de las consecuencias penales: en este ámbito, habría que plantearse la reducción de las garantías formalizadas que revisten estas consecuencias, en el sentido de que adoptaran una forma menos intervencionista.

Un derecho penal construido sobre los criterios del análisis económico se ocuparía más de los procesos de imputación en sí que de la justicia del derecho penal y del derecho procesal. Se trataría de aseguramiento en vez de venganza y se abandonarían todo lo que tradicionalmente una teoría de la imputación en derecho penal significa y exige (*supra* B).

Si se observa, como aquí se hace el intento de analizar el derecho penal con criterios económicos, se demuestra que el fenómeno normativo de este ámbito jurídico no se puede regir por criterios económicos sin más. La reparación de la víctima, sobre la que se discute últimamente en el sentido de equiparar delincuente y víctima, no es solo un fenómeno económico, sino también un fenómeno normativo y este último aspecto no queda absorbido del todo por el primero. También el pensamiento del reforzamiento de la norma, redescubierto en las nuevas teorías de la prevención general positiva, se remite a procesos normativos y simbólicos que no admiten una interpretación exclusivamente económica.

D) JUSTIFICACIÓN

La principal tarea de una teoría del derecho penal y de la pena no consiste en justificar la imputación penal como tal. El hecho de que nues-

tro sistema penal se asienta sobre la imputación es algo que no se cuestiona. Desde hace tiempo, la cuestión de la imputación no se refiere al hecho de si, en un sistema penal como el nuestro, se puede o no imputar un hecho a una persona, sino qué procesos de imputación pueden ser racionales y justos. La justificación de la imputación penal ha perdido, pues, importancia; se dirige no al si, sino al cómo. Y la experiencia cotidiana es la base sobre la que el discurso sobre la justificación de la imputación se puede asentar.

I. Imputación en la vida cotidiana

En la medida que podemos evaluar el futuro, por una parte, y en atención a lo que la historia nos enseña, por otra, no podemos contar con que, en un período previsible, dentro del ámbito de los comportamientos desviados (y por ello en el ámbito de la criminalidad) vaya a desaparecer lo que aquí se ha caracterizado como "imputación" (sobre todo, *supra* B). Nuestra vida cotidiana está llena de reproches, justificaciones, disculpas, sanciones y también de atribuciones de comportamientos desviados y lesivos. La organización de nuestro acuerdo sobre las normas y su infracción no se limita solo al derecho penal sino que se extiende a otros ámbitos de nuestra vida en sociedad sobre las ideas de causación y responsabilidad. Estos procesos de atribución tienen orígenes diferentes en lo que a presupuestos internos y formas de aparición se refiere y por eso son diferentes en cuanto a su peligrosidad y su potencial lesivo. Si se los compara con el derecho penal, estos procesos se rigen en menor medida por reglas, son menos susceptibles de control y presentan menos posibilidades de corrección. Se da por cierto sin más que alguien es el causante de una lesión y se aplican sanciones de forma espontánea que no guardan relación con su comportamiento. El derecho a enfrentarse a estos reproches o a recibir ayuda no queda garantizado en estos procesos de imputación cotidiana y no están repartidos por igual.

II. Imputación en derecho penal

En este punto ya tiene sentido plantearse la cuestión de la justificación de la imputación en derecho penal. Esta cuestión no se dirige a la justificación de la imputación en sí, sino a los esfuerzos específicos del sistema penal respecto de los procesos de tratamiento cotidiano de los comportamientos desviados como trasfondo; esfuerzos que hacen aceptable los procesos de imputación y sanción porque pueden asegurar una protección jurídica a la persona afectada, cosa que no se da o se da solo parcialmente en los procesos de imputación cotidiana.

En estos procesos de formalización reside, desde mi punto de vista, la justificación de los procesos de imputación en derecho penal. La formalización de los controles sociales y de atribución cotidianos significa, por una parte, una ordenación sistemática y una precisión de los procesos de imputación, lo cual posibilita la observación, la valoración, el control y la revisión de los resultados de estos procesos. Por otra parte, la formalización significa que los procesos de imputación penal —al contrario de lo que sucede en la imputación cotidiana— se rigen por principios, como por ejemplo, la garantía de una defensa llevada a cabo por un profesional, la posibilidad de recursos, la participación activa en el proceso, la reacción proporcionada, etc. Es decir, se trata de claridad, previsibilidad y posibilidad de corrección, y se trata del respeto a determinados principios en interés del afectado.

Estos procesos formalizados quedan reservados en general para el control de la desviación en el ámbito más peligroso de los comportamientos desviados. Este es el ámbito del derecho penal. Los bienes jurídicos penalmente protegidos, cuya lesión exige procesos penales y sanciones, representan las necesidades más fundamentales de las personas en un mundo socializado. Los comportamientos criminales lesionan los intereses humanos de la forma más intensa, y las reacciones a esos comportamientos criminales amenazan los intereses de todos los implicados en el conflicto de forma especialmente duradera. Por ello precisan una protección formalizada especialmente enérgica.

Los procesos de imputación penal se desarrollan en la teoría (*supra* C. V) de tal forma que la cuestión empírica de la causación y la cuestión normativa de la responsabilidad se traslada a un discurso institucional, en el cual los implicados tienen gran influencia.

El proceso, en el que se discute sobre la adecuación de la imputación, debe estar ordenado según criterios jurídicos. El objetivo de este proceso no es la construcción de un consenso, sino más bien la transformación ordenada de un conflicto —una transformación que se puede determinar de forma consensuada: la procesalización propuesta e impuesta por el derecho penal no pretende ofrecer a los implicados una vía de acuerdo sobre la imputación (esto sería no solo pueril sino al final un objetivo terrorífico); la procesalización se limita más a la construcción de un marco (y a la ordenación de sus particularidades) dentro del cual se puede discutir de forma reglada sobre el conflicto y sus consecuencias. La discusión reglamentada —esa es la esperanza del derecho penal— no es solo una condición necesaria sino, en el caso concreto, suficiente para poder asegurar, a través del proceso y de sus resultados, los derechos del impli-

cado a participar activamente en el mismo, así como a la transparencia, posibilidad de control y de revisión de ese proceso.

La imputación penal formalizada encuentra su justificación no solo en los intereses de aquellos que forman parte inmediata en el proceso de lesión de la norma, sanción e imputación. La imputación también tiene su reflejo en los intereses de todos nosotros, intereses que, más allá de la participación inmediata en conflictos de desviación, se refieren a la efectividad de las formas de protección cuando se amenaza e infringe la norma. En este punto, un proceso de imputación ordenado y bien justificado puede amortiguar y neutralizar los procesos espontáneos, irracionales o dirigidos a imponer intereses particulares.

Desde una perspectiva sustancial, la institución de la imputación penal formula criterios que aclaran y fundamentan la imputación; desde el punto de vista procedimental se puede organizar la discusión en torno a presupuestos normativos y empíricos de una imputación correcta, de tal modo que los implicados, en cualquier caso, tengan una oportunidad de participación en pie de igualdad y con garantías de éxito.