

Cuadernos CIVITAS

Directores: Manuel Alonso Olea, Rafael Calvo Ortega, Luis Diez-Picazo, Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, Aurelio Menéndez, Juan Montero Aroca, Gonzalo Rodríguez Mourullo, Rodrigo Uria y Gustavo Villapalos.

SHC. RI

4-367263

BUNJ

2

Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Bonn

Günther Jakobs

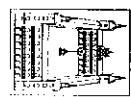
La imputación objetiva en Derecho penal

Estudio preliminar de
Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ
y Manuel CANCIO MELIÁ
Universidad Autónoma de Madrid

Traducción de
Manuel CANCIO MELIÁ



EDITORIAL CIVITAS, S. A.



PROLOGO..... 11

NOTA DEL TRADUCTOR..... 15

ABREVIATURAS..... 17

ESTUDIO PRELIMINAR, por Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá..... 21

Capítulo I

FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO..... 89

I. *El pecado original*..... 89

II. *Fundamentos teóricos*..... 91

III. *Instituciones dogmáticas*..... 101

IV. *De nuevo: el pecado original*..... 113

V. *Observaciones acerca de la bibliografía*..... 114

Capítulo II

EL RIESGO PERMITIDO..... 117

I. *Concepto*..... 117

A) El carácter ubicuo de los riesgos permitidos. 117

7

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © by Günther Jakobs
 Copyright © 1996, de la traducción al castellano,
 Manuel Cancio Meliá
 Copyright © 1996, del Estudio preliminar, Carlos Suárez González
 y Manuel Cancio Meliá
 Editorial Civitas, S. A.
 Ignacio Ellacuría, 3, 28017 Madrid (España)
 ISBN: 84-470-0658-1
 Depósito legal: M. 641-1996
 Compuesto en Gráficas Ferven
 Printed in Spain. Impreso en España
 por Closas-Orcoven, S. L.
 Paracuellos de Jarama (Madrid)

B)	¿Cálculo de costes y beneficios?	119	I	<i>La realización entre concurrencia de riesgos e imputación objetiva</i>	173
C)	La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido	121	II	<i>La explicación a través de tipos de riesgo</i>	174
D)	Exclusión de la tipicidad, y no justificación	123	III	<i>La explicación como orientación social</i>	178
II	<i>Concreción</i>	124	A)	Causalidad	178
A)	Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma	124	B)	Planificabilidad	180
B)	Compensaciones	128	C)	Atrogación de organización versus riesgo vital	182
C)	Permisiones	130	D)	Irrelevancia del comportamiento alternativo conforme a Derecho	184
III	<i>El traslado de las reglas al comportamiento</i>	131	E)	Conclusiones	185
A)	El problema	131	IV	<i>Questiones particulares</i>	186
B)	El carácter relativo del rol correspondiente	133	A)	Daños derivados (daños secundarios)	186
C)	Excursos	135	B)	Comportamientos sin procedimientos de seguridad	189
D)	Conocimientos especiales	136	V	<i>¿El incremento del riesgo como causa de responsabilidad?</i>	192
1.	El principio	136	A)	El problema	192
2.	Combinación de conocimientos y rol	138	B)	<i>In dubio pro reo</i>	195
IV	<i>Resumen</i>	141	VI	<i>Resumen</i>	197
V	<i>Observaciones acerca de la bibliografía</i>	142	VII	<i>Observaciones acerca de la bibliografía</i>	198
Capítulo III	LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN ACCESORIEDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESO	145			
I	<i>Roles especiales y roles comunes</i>	145			
II	<i>Comportamiento de organización</i>	148			
A)	Lo propio en el reparto de trabajo	148			
B)	Accesoriedad cuantitativa	154			
C)	El sentido del comportamiento	155			
D)	En especial la accesoriedad en caso de ausencia de dolo	164			
III	<i>Conclusiones</i>	169			
IV	<i>Observaciones acerca de la bibliografía</i>	170			
Capítulo IV	REALIZACIÓN DEL RIESGO EN CASO DE CONCURRENCIA DE RIESGOS	173			

PROLOGO

Lo que caracteriza al comportamiento humano jurídicamente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos —esto también sucede por catástrofes naturales, animales, etc.—, sino su significado: contiene el esbozo de un mundo. Este significado ha de averiguarse a través de una interpretación que parta de la comprensión general y proceda, en este sentido, de modo objetivo; pues sólo entonces las conclusiones alcanzadas resultarán comprensibles en la vida social y serán algo más que una peculiaridad individual. Los fundamentos de esta interpretación, es decir, averiguar y establecer lo que significa un determinado comportamiento desde el punto de vista social, constituyen el objeto de la teoría de la imputación objetiva.

El principio fundamental de esta teoría es el siguiente: el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto. Por tanto, el hecho

de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, per se nada significa, pues puede que en el contexto el suceso competa a otra persona. En este sentido, y a modo de ejemplo, también la producción masiva de automoviles causa accidentes de tráfico y es causa de casos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y esto, además, de modo perfectamente previsible, sin que por ello respondan sin más los productores. Los tres capítulos sobre los fundamentos, sobre el riesgo permitido y sobre la accesoriidad y la prohibición de regreso tratan de esta problemática. Simplificando, se trata de delimitar comportamiento socialmente adecuado y comportamiento socialmente inadecuado.

Una vez realizada esta delimitación, queda determinado cuál es el comportamiento que se exige de una persona en cada contexto. Si la persona no cumple con esa exigencia, su comportamiento tiene un significado delictivo. Esto no supone, sin embargo, que todo resultado producido causalmente pueda ser explicado a través del significado delictivo del comportamiento, ya que el resultado podría haberse producido con ocasión de dicho comportamiento, pero de modo fortuito. El último apartado, dedicado a la concurrencia de riesgos, se ocupa de esta problemática.

Las tesis que aquí se exponen son conocidas en España —como también en Alemania—, si bien no aceptadas únicamente; no he podido tratar todas las controversias esenciales, pues de lo contrario la exposición de la teoría habría quedado deslabazada. Hasta la fecha, el ámbito en el que goza de menor reconocimiento la teoría de la imputación objetiva es el de la participación; en este campo, la doctrina que sigue siendo ampliamente dominante cree poder operar con subjetivismos («decisión común de realizar el hecho»). Sin embargo, aplicando consecuentemente la teoría de la

imputación objetiva, también aquí los frutos ya maduros caen del árbol prácticamente por su propio peso.

Los presentes trabajos fueron redactados para unas jornadas de la Universidad Externado de Colombia que se celebraron en agosto de 1994. Le agradezco a esta Universidad y a mi colega el profesor Eduardo Montealegre su autorización para publicar el texto en España. También agradezco a mis colegas Prof. Dr. Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá el inteligente estudio preliminar que han elaborado; a Manuel Cancio Meliá, además, le expreso mi gratitud por la traducción del texto al castellano.

Bonn, octubre de 1995.

JAKOBS

NOTA DEL TRADUCTOR

El presente estudio reproduce el texto de cuatro ponencias presentadas por el profesor Jakobs en el verano de 1994 para las XVI Jornadas de Derecho penal organizadas por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá. La importancia de la materia abordada en estos trabajos ha llevado a considerar la conveniencia de su publicación en nuestro país. Por ello, tras haber obtenido la amable autorización de la Universidad Externado de Colombia, a la que le expreso mi gratitud, se publica ahora una versión revisada del texto. También se incorpora un estudio preliminar, que intenta situar el ensayo del profesor Jakobs tanto en el contexto del conjunto de su sistema dogmático como en el marco de la discusión actual sobre la imputación objetiva. En este estudio introductorio he tenido ocasión de trabajar con el profesor Carlos Suárez González.

Manuel CANCIO MELIÁ

ABREVIATURAS

- ADPCP Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AT Allgemeiner Teil.
BGHS: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales (colección oficial).
CPC Cuadernos de Política Criminal.
FS Festschrift.
GA Goldammer's Archiv für Strafrecht.
GS Gedächtnisschrift.
JA Juristische Arbeitsblätter.
Jus Juristische Schulung.
JZ Juristenzeitung.
KJ Kritische Justiz.
KrimJ Kriminologisches Journal.
LK Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch.
NJW Neue Juristische Wochenschrift.
n.m. Número marginal, números marginales.
NSZ Neue Zeitschrift für Strafrecht.
PG Parte General.
RD/Cir Revista de Derecho de la Circulación.

La imputación objetiva en Derecho penal

- RGSt Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Sentencias del Tribunal Supremo del Reich alemán en asuntos penales (colección oficial).
- SK Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.
S/S Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar.
StGB Strafgesetzbuch, Código penal alemán.
- STS, SSTS Sentencias del Tribunal Supremo, Sentencias del Tribunal Supremo.
- wistra Zeitschrift für Steuer, Wirtschaft und Strafrecht.
ZStW Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

ESTUDIO PRELIMINAR
LA REFORMULACION DE LA TIPICIDAD
A TRAVES DE LA TEORIA
DE LA IMPUTACION OBJETIVA

En la dogmática jurídico-penal de los últimos años han sido planteadas, cada vez con mayor éxito, propuestas que bajo el rótulo de «imputación objetiva» pretenden introducir nuevas soluciones para ciertos problemas ubicados en el marco de la tipicidad. Estas propuestas, sin embargo, proceden de muy distintos orígenes sistemáticos y ni siquiera coinciden siempre en sus resultados, de modo que no puede hablarse aún de que exista *una* teoría de la imputación objetiva. En lo que sigue se intentará, en primer lugar, ofrecer una panorámica sintética de las distintas construcciones doctrinales que se han desarrollado con el nombre de «imputación objetiva», insistiendo en las diferencias que las separan y con atención prioritaria a la doctrina española. En este sentido, se abordan las primeras aproximaciones al problema (I), considerablemente alejadas de la discusión actual —aunque ello no se suela reconocer—, se intentan exponer las líneas directrices de lo que hoy puede considerarse doctrina dominan-

te (II), es decir, entender la imputación objetiva prioritariamente como relativa a la imputación de resultados, y se sintetizan otras aportaciones doctrinales (III) que entienden la imputación objetiva como una teoría llamada a reformular la teoría del tipo. En segundo lugar, se exponen algunas consideraciones acerca de la obra de JAKOBS sobre la imputación objetiva a la que acompañan las presentes páginas (IV) y se intenta relacionarla con el conjunto del sistema dogmático propuesto por el autor (V). Todo ello en el marco de unas reflexiones que no pretenden superar el ámbito de un estudio de carácter introductorio.

I

Entre las aproximaciones al problema de lo que la doctrina moderna ha venido englobando bajo la denominación «teoría de la imputación objetiva», una *primera* se encuentra en la obra de LARENZ¹, que ve la luz en un momento en que desde el punto de vista jurídico —y especialmente jurídico-penal— la valoración del comportamiento humano se halla fuertemente impregnada por la vigencia del dogma causal. Como es sabido, el pensamiento analítico de finales del siglo XIX desmembró el concepto de acción de los hegelianos²

¹ Sobre todo en *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischen Kausalität*, reimpresión de la edición de Leipzig de 1927, Aalen, 1970.

² La refundición de los tradicionales juicios de imputación al hecho (*imputatio facti*) e imputación a la culpabilidad (*imputatio iuris*) en un único juicio resultaba factible para los hegelianos en la medida en que, como recuerda el propio LARENZ, «en aquella época sólo conocían la responsabilidad por culpabilidad y el concepto de hecho sólo resultaba de interés para la ciencia del derecho como hecho culpables» (*Hegels Zurechnungslehre*, pp. 60 y s.).

y distinguió el concepto propio de acción del de acción culpable. Sin embargo, la referencia del acontecer relevante a la voluntad, para así convertir dicho acontecer en hecho de una persona, sólo se concibió en sentido causal y en lugar de la imputación del hecho se situó la causalidad, pues en el plano de la acción el elemento de la voluntad se veía cumplimentado con la constatación de la existencia de un impulso voluntario *cualesquiera*, sin importar a qué se dirigía ese acto voluntario³. En este estado de cosas, LARENZ reclamó como criterio determinante para adscribir un hecho al sujeto que opera en derecho el «juicio de imputación», otorgándole un sentido distinto del que tiene el juicio sobre la preexistencia de una relación de causalidad. «La imputación —dice LARENZ— no significa otra cosa que el intento de delimitar el hecho propio del acontecer fortuito»⁴. Apoyándose en los presupuestos básicos de la filosofía idealista y, en particular, de la obra de HEGEL, LARENZ parte, por tanto, de que el juicio de imputación es aquel por el cual se determina si un hecho es obra de un sujeto⁵.

De acuerdo con la concepción del idealismo, a un acontecer sólo puede subyacer una valoración jurídica cuando se muestre como realización de la voluntad, es decir, como la acción de un sujeto⁶. Acción que HEGEL define como «exteriorización de la voluntad subjetiva o moral»⁷. Y la

³ Cfr., por ejemplo, BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., 1930, p. 12.

⁴ *Hegels Zurechnungslehre*, p. 61.

⁵ *Hegels Zurechnungslehre*, p. 60.

⁶ Cfr. v. BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg, 1966, p. 43.

⁷ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 113 (ed. a cargo de Eva MOLDENHAUER y Karl MARKUS MICHEL, Frankfurt am Main, 1993; traducción española de la edición alemana de K. H. ILTING, realizada por Carlos Díaz, Madrid, 1993).

voluntad se realiza en el hecho en la medida en que constituye su principio determinante.⁸ Por ello, «la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad»⁹ cuya determinación fundamental, su esencia, es la libertad, que en cuanto significa autodeterminación¹⁰ y pertenece al ser de la persona como expresión de su yo y de su racionalidad¹¹, posibilita imputar al hombre su hecho como «propio»¹² y hacerle responsable del mismo. Sólo a quien tiene voluntad, a la persona, puede serle imputado algo.¹³

El juicio de imputación sobre el hecho se configura, por tanto, como un juicio teleológico.¹⁴ Dada la capacidad de la voluntad para establecer y realizar fines y dirigir el curso causal hacia una meta determinada, la voluntad domina lo que acontece en la naturaleza y lo convierte en hecho propio. El hecho se presenta así como un todo teleológico, es decir, como un conjunto variado de causas y efectos que halla conjunción a través de la relación con los fines de la voluntad.¹⁵ Como señala V. BUBNOFF, en este sentido cabría hablar de *causalidad de la voluntad*, lo que significa que un acontecer externo es reconducible a una voluntad que establece fines.¹⁶

LARENZ resalta, no obstante, que a diferencia de lo que cabe deducir de la obra de HEGEL, el concepto de finalidad y, consecuentemente, también el de imputación, no debe ser entendido en sentido subjetivo, sino *objetivo*.¹⁷ Al ser la acción «unidad de la voluntad subjetiva»¹⁸, la imputación es para HEGEL, dice LARENZ,¹⁹ «el derecho de la voluntad subjetiva»²⁰, en consecuencia, lo fortuito en la acción es lo que *no* era conocido por la voluntad.²¹ Sobre la base de los §§ 117 y 118 de la *Filosofía del Derecho* de HEGEL, LARENZ señala que el derecho de la voluntad es el «derecho del saber» —de lo que el sujeto de hecho conoce—, deduciendo así que HEGEL sólo reconoce la imputación de las acciones dolosas no la de las imprudentes.²² De ahí que LARENZ diga ir más allá —y superar una falla en la concepción de HEGEL— al señalar que el concepto de imputación es *objetivo* por cuanto no sólo abarca la imputación de hechos conocidos y queridos sino también *los que podrían haber constituido objeto de la voluntad*, es decir, los hechos imprudentes.²³

Con independencia de la cuestión de si en el concepto de imputación de HEGEL tienen o no cabida las acciones

¹⁷ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68.
¹⁸ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 51.

¹⁹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 50 y ss.

²⁰ La voluntad «reconoce y es algo en la medida en que es *yo*, en lo que ella existe como algo subjetivo» (HEGEL, *Grundlinien*, § 107).

²¹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 52.

²² *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 52 y 68; citando las mismas fuentes, del mismo parecer es V. BUBNOFF, *Entwicklung*, pp. 44 y s.; quien ve un paralelismo entre la concepción de HEGEL y la teoría final de la acción (p. 46).

²³ «Lo no conocido me puede ser imputado por cuanto el no conocer no es algo fortuito sino obra de mi libertad, pues el conocer constituye una circunstancia que me era posible», LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 53 y 68; *idem*, NJW, 1955, p. 1011.

⁸ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 67.

⁹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 63; *idem*, *Tatzurechnung und Unterbrechung des Kausalsammenhangs*, NJW, 1955, p. 1011.

¹⁰ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 45.

¹¹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 21-22, 64.

¹² LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 66; *idem*, NJW, 1955, p. 1011.

¹³ LARENZ pone de relieve la íntima relación que media entre el concepto de imputación y el concepto dialéctico de persona (*Hegels Zurechnungslehre*, p. 63).

¹⁴ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68; V. BUBNOFF, *Entwicklung*, p. 45.

¹⁵ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68.

¹⁶ V. BUBNOFF, *Entwicklung*, p. 46.

imprudentes — punto que es objeto de opiniones contrapuestas²⁴ — lo que resulta de importancia en la concepción de LARENZ es resaltar que todo su planteamiento se desarrolla desde la perspectiva de la acción, y, en concreto, de qué es lo que por acción «adecuada» ha de entenderse.²⁵

²⁴ De hecho, sobre este punto de la teoría de la imputación de HEGEL se han llegado a sostener interpretaciones muy diversas. En este sentido, mientras que la postura mayoritaria, como por ejemplo la del propio LARENZ o de V. BUBNOFF, considera que la concepción de HEGEL no podía abarcar la imprudencia (con la consiguiente limitación de la virtualidad de la concepción de HEGEL como teoría general de la imputación), hay autores que entienden, por el contrario, que la doctrina de HEGEL no excluye dichos supuestos. Pero aún dentro de este entendimiento, la interpretación se realiza desde presupuestos a veces enfrentados. En este sentido, KÖHLER (*Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung* Heidelberg, 1982, pp. 200 y s., 202 y ss.) afirma desde una perspectiva subjetivista (centrada en la determinación axiológica de la «autonomía» como elemento esencial dentro de la teoría de la acción) que la teoría de HEGEL debe aplicarse también a la imprudencia, evitando cualquier tentación de «deslizarse hacia una imputación "objetiva" ...» (op. cit., p. 202), mientras que VEHLING (*Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt am Main, etc., 1991, pp. 23 y ss., 27 y ss.) entiende que la doctrina de HEGEL se ha de concebir como imputación general, interpretando la «voluntad» en sentido normativo (como racional-general, por contraposición a lo «particular» o «subjetivo») en la terminología de HEGEL), de modo que precisamente la teoría hegeliana servirá como base de la «moderna teoría jurídico-penal» de la imputación, objetiva, es decir, justo lo contrario de lo que sostiene KÖHLER. Esta controversia es indicativa, en nuestra opinión, de que quizás no debiera sobrevalorarse la teoría de HEGEL para la discusión dogmática en el campo del Derecho penal, dada su imbricación en un complejo sistema filosófico.

²⁵ *Hegel's Zurechnungslehre*, pp. 81-85; *idem*, NJW, 1955, p. 1012, donde señala que «la teoría de la imputación objetiva, como imputación de hechos, en el sentido del concepto de acción aquí postulado permite...». Igualmente remarca que «en modo alguno trata (scil. la teoría de la causalidad adecuada) de saber si un comportamiento determinado ha constituido la causa de un resultado, sino si este resultado puede serle imputado a quien lo ha causado como hecho propio, como consecuencia de su voluntad» (p. 1011) (el subrayado es nuestro); *idem*, *Zum heutigen Stand der Lehre von der ob-*

Su pretensión primaria, como el mismo reconoce, no es otra que la de abordar la cuestión ius-filosófica de cuál es el *presupuesto necesario* para adscribir un hecho al sujeto que opera en Derecho²⁶. «En esta medida —dice— la teoría satisface una necesidad puramente teórica, y no resulta, por tanto, de interés para los prácticos, por tratarse de una pura especulación jurídico-filosófica»²⁷. Obviamente, el propio LARENZ reconoce que de su interés básico se *déduce* como consecuencia práctica, «la posibilidad de captar el núcleo central de las viejas teorías de la "interrupción" del curso causal referidas a los casos englobados por la teoría de la "prohibición de regreso" ..., supuestos en los que en relación con quien actúa en primer término no se interrumpe el curso causal, pero sí la imputación objetiva»²⁸. Esto ya había sido puesto de manifiesto con anterioridad por HELLMUTH MAYER, quien alcanzó dicha conclusión de forma independiente, pero partiendo de las mismas fuentes y bajo el mismo ropaje filosófico²⁹ — como el propio LARENZ reconoce —.

jektiver Zurechnung im Schadensersatzrecht, FS Honig, p. 79, donde sostiene que frente al empleo que de la teoría hace HONIG, su pretensión es mantener la medida de la «adecuación» como criterio de imputación.

²⁶ NJW, 1955, p. 1012. LARENZ muestra su acuerdo con los hegelianos al señalar que el delito no está conformado por la causalidad y la culpabilidad como dos piezas separadas, y que por tanto el momento de la culpabilidad y el del hecho muestran una vinculación entre sí. Pero discrepa de ellos al diferenciar acción culpable y hecho, al que subyace una valoración teleológica (*Hegel's Zurechnungslehre*, pp. 70-71).

²⁷ NJW, 1955, p. 1012.

²⁸ NJW, 1955, p. 1012; este proyecto de fundamentación de la prohibición de regreso «tradicional» (impunidad de hechos imprudentes que permiten la ejecución de un hecho doloso por parte de un sujeto que actúa posteriormente) es acometido en la dogmática jurídico-penal posteriormente por NAUCKE, *Über das Regressverbot im Strafrecht*, ZStW, 76 (1964), pp. 426 y ss., especialmente 428 y ss.

²⁹ H. MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart y Köln, 1953, pp. 131 y ss.; opinión también compartida en sus resultados por LAMPE,

Sin minusvalorar esta perspectiva, LARENZ centra sobre todo su atención en la construcción de la *fundamentación* de la responsabilidad³⁰, lo que lleva a cabo, como se ha visto, por medio de un procedimiento claramente *deductivo*.

Una traducción de esta concepción inicial de la imputación objetiva al lenguaje jurídico-dogmático actual nos sitúa, como se ha adelantado, en el plano de la *teoría de la acción*³¹, pues con la idea de hecho objetivamente imputable, como acontecer dominante por la voluntad, esta concepción lo que hace es construir un concepto de acción que engloba tanto la imputación del actuar u omitir del sujeto como la del propio resultado externo, pues ambos forman parte del concepto de hecho y, por tanto, del de acción.

II

Desde una perspectiva metodológica diversa, la doctrina actualmente mayoritaria tanto en Alemania como en España —y también en Italia—, dota a la «teoría de la

³⁰ *Tierschaft bei fahrlässiger Straftat*, ZStW, 71 (1959), pp. 614 y s., 615; véase también una exposición detallada en NAUCKE, ZStW, 76 (1964), pp. 426 y ss., quien pone de manifiesto la incongruencia que entraña partir de un juicio *objetivo* de imputación y sostener que dicho juicio se ve desplazado por la posterior actuación *dolosa* de un tercero (pp. 430 y s., n. 80). Por su parte, DERKSEN (*Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992, pp. 63 y ss.) resalta la dificultad de basar la solución de la teoría de la prohibición de regreso a partir de la teoría de la imputación de HEGEL.

³¹ De modo particular, de la responsabilidad extrcontractual en el seno del Derecho civil (cfr. *Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht*, FS Honig, pp. 79 y ss.).

³² En el mismo sentido también CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito* 1, 4.ª ed., Madrid, 1994, p. 344, n. 9.

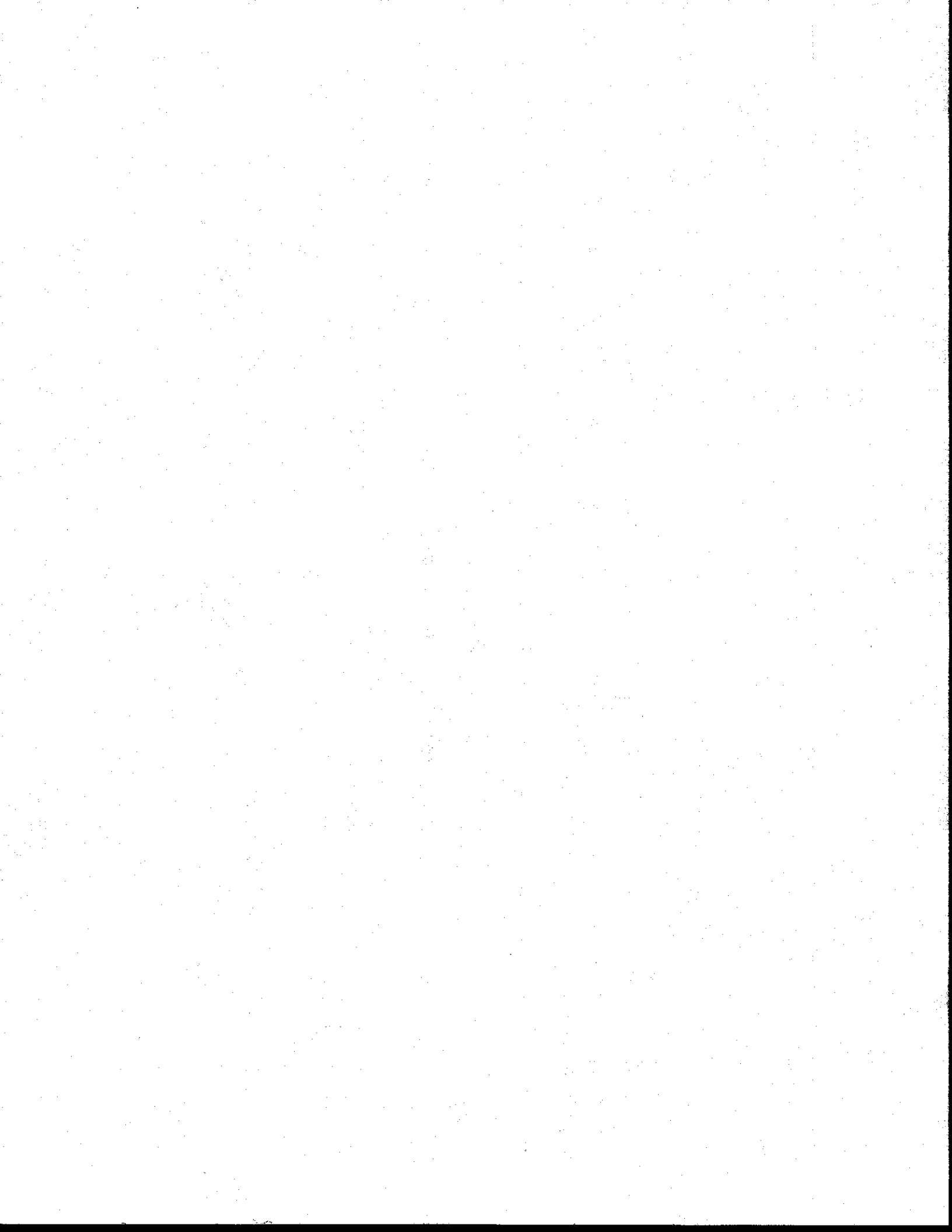
imputación objetiva» del cometido de fiar los criterios normativos por los cuales un *resultado* —en el que reside la lesión del bien jurídico— es atribuible a un comportamiento —activo u omisivo—. ³² Puede decirse que las opiniones de los autores que se incluyen en este apartado parte, en gran medida, de determinadas constataciones de casos que tradicionalmente venían siendo abordadas como supuestos problemáticos dentro de la causalidad. Las primeras contribuciones determinantes en este sentido han sido las de GIMBERNAT ORDEIG³³ y ROXIN³⁴, acostumbrándose a citar como precursor a HONIG³⁵.

³² Sintomático de esta concepción es el título de la monografía de MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992. Cfr. también TORIO LÓPEZ, *Naturalica y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ADPCP, 1986, pp. 33 y ss.; en la doctrina italiana cfr. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo devoto*, Napoli, 1989.

³³ *Die innere und die äußere Problematik der inabstrakten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, tesis doctoral, Hamburgo, 1962; *idem*, *La causalidad en Derecho penal*, ADPCP, 1962, pp. 543 y ss.; *idem*, *Infraacción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos*, RD/Cir, 1965, pp. 593 y ss., 673 y ss.; *idem*, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966; GIMBERNAT en lugar de la expresión «imputación objetiva» utiliza inicialmente la de «reprochabilidad objetiva».

³⁴ Cfr. ya *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW, 74 (1962), pp. 411 y ss.; *idem*, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, FS Honig, Göttingen, 1968, pp. 133 y ss.; *idem*, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, FS Gallas, Berlin, etc., 1973, pp. 241 y ss. (trabajos recogidos en el tomo *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, 1976).

³⁵ Cfr. ROXIN, FS Honig, pp. 133 y s., haciéndose eco de la tesis de HONIG (*Kausalität und objektive Zurechnung*, FG Frank, Tübingen, 1930, pp. 174 y ss.), quien señalaba que el cometido de la imputación objetiva es desentranar la significación que la relación de causalidad tiene para el ordenamiento jurídico. Partiendo del mismo presupuesto de LARENZ, y sobre la base de la idea de «objektive Bezweckbarkeit» (susceptibilidad



a) Inicialmente, el objeto de preocupación básico vino conformado por la problemática que desde antiguo presentaban los casos reunidos bajo la denominación de «comportamientos alternativos ajustados a derecho», casos en los que el resultado lesivo sobreviene igualmente de haber adoptado el sujeto un comportamiento conforme a deber. GIMBERNAT afrontó la solución de estos supuestos mediante el criterio del «fin de protección de la norma», que ya desde sus inicios hizo extensivo a los delitos dolosos³⁶. De acuerdo con el mismo, si el resultado

objetiva de ser tomado como finalidad), llega a la conclusión de que sólo tienen significación jurídica aquellos resultados que puedan ser pensados finalmente en virtud de su alcanzabilidad o evitabilidad (p. 184). A diferencia de LARENZ, HONIG hace hincapié en la *imputation del resultado* y no en la *imputation del comportamiento*. No obstante, y como también se ha resultado, para HONIG la imputación del resultado sigue construyendo un problema que afecta al concepto de acción (expresión del propio HONIG, *op. cit.* p. 196); *cf.*, en el mismo sentido, CERZO MFR, PG, I, p. 343, n. 9; ARMIN KAURMANN, «*Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*», en FS Jescheck, I, Berlin, 1985, pp. 251 y ss. (traducción española de CUELLO CONTRERAS, «*Atribución objetiva en el delito doloso?*», ADPCP, 1985, pp. 807 y ss.), quien señala que esto sólo lleva a una doctrina supratípica (p. 253); FUSCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 13, n. 24. La diferencia que quiere ver MARTINEZ ESCAMILLA entre las aportaciones de LARENZ y HONIG (La imputación objetiva del resultado, p. 33) no es aquí comparada, pues como se ha señalado (*supra* II), LARENZ concebía la finalidad en sentido objetivo. ROXIN, *StRAFRECHT, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2.ª ed., München, 1994, § 11, núm. 38, n. 59, también cita a HARDWIG (Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des STRAFRECHTS, Hamburgo, 1957) como un «precursor al que se le ha prestado una relativa poca atención».

³⁶ RD(CR, 1965, pp. 593 y ss., 673 y ss., 682; *idem*, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 135 y ss.; compare este criterio en la doctrina española MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 259 y ss.; *eadem*, «Relevancia en los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado», en GIMBERNAT-SCHÜNEMANN-WORTER (eds.), *Omission e imputa-*

producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber que emana de la norma de cuidado, el autor estará exento de responsabilidad. ROXIN, por el contrario, elaboró para estos supuestos su conocida teoría del «incremento del riesgo»³⁷, circunscrita, en un principio, a los delitos imprudentes. Conforme a la misma, se examina la conducta que no se le hubiera podido imputar al autor de acuerdo con el riesgo permitido; se compara con este comportamiento la forma de actuar del procesado, y se comprueba entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad del resultado en comparación con el comportamiento que hubiese sido correcto³⁸.

Abundando en la necesidad de encontrar criterios satisfactorios para determinar cuándo debe responderse por la causación de un resultado, RUDOLPHI propuso

imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin, Madrid, 1994, pp. 103 y ss.
³⁷ ZStW, 74 (1962), pp. 411 y ss.; *idem*, FS Honig, pp. 133 y ss.; *idem*, AT § 11, B 3, n. 72 y ss.; ROXIN precisa el momento de la valoración del incremento del riesgo en *Lienzburgerbch. Allgemeiner Teil (Besprechung von: ULSENHEIMER, KLAUS, Das Verhältnis zwischen Pflichtwahrheit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965), ZStW, 78 (1966), pp. 214 y ss.; entre los partidarios de la teoría del incremento del riesgo en Alemania se encuentran SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, pp. 582 y ss., 647 y ss.; STRATENWERTH, *StRAFRECHT, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 3.ª ed., Köln, etc., 1981, n. 225; MAURACH-GÖSTL-ZIPP, *StRAFRECHT, Allgemeiner Teil II*, 7.ª ed., Heidelberg, 1989, 43-105 y ss. El Tribunal Supremo alemán hasta la fecha no la ha acogido. *Cf.*, por todos, las fundadas críticas a esta teoría en MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 214 y ss., 219 y ss.; en contra también CERZO MFR, PG, I, pp. 437 y ss.
³⁸ ZStW, 74 (1962), pp. 430 y ss.

utilizar como criterio general de imputación, en el ámbito del delito imprudente, el topos del *fin de protección de la norma*. Este operaría en sustitución de la idea de previsibilidad objetiva, consustancial al juicio de adecuación³⁹. Su aplicación pretendería obviar las dificultades que de por sí entrañaba el juicio de previsibilidad, y permitir determinar de modo más correcto si concurre la necesaria relación de antijuridicidad entre la lesión del deber de cuidado y el resultado lesivo⁴⁰.

b) Más allá de la problemática que presentaban los casos de comportamientos alternativos ajustados a Derecho, el interés por elaborar una teoría general de la imputación para los delitos de resultado —tanto dolosos como imprudentes— desligada completamente del dogma causal⁴¹ llevó a ROXIN a proponer, a comienzos de los años setenta, una serie de criterios normativos que en su opinión permitirían cumplir este cometido. El denominador común se hallaría conformado por el «principio del riesgo», conforme al cual, a la luz del resultado, lo determinante es saber si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en

relación con dicho resultado⁴². Sobre esta base propuso como parámetros concretos para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado los siguientes: a) la disminución del riesgo; b) la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido; y d) la esfera de protección de la norma⁴³. La idea de la disminución del riesgo la formuló en el sentido de que «lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto del menoscabo de la integridad corporal» y, en consecuencia no puede ser imputado⁴⁴. En el ámbito de la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante, ROXIN dio cabida a casos como el pro-

³⁹ FS Honig, pp. 135 y s., donde señala, además, que esto es a lo que debe quedar reducida la «susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad» (*objektive Zweckbarkeit*) de Honig. Por otra parte, al señalarse que lo determinante en el juicio de imputación objetiva es conocer si el comportamiento entraña un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico, la doctrina puso de manifiesto la estrecha vinculación existente entre las teorías de la adecuación y de la relevancia y la de imputación objetiva. Cfr. en este sentido, ampliamente, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 79 y ss.; RODRÍGUEZ MOURILLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1977, p. 299; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 509 y ss.; TORIO LÓPEZ, ADPCP 1986, p. 38; JESCHKE, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin, 1972, pp. 213 y s. [traducción y adiciones de Derecho español de la 3.ª ed. alemana (1978) a cargo de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Madrid, 1981; trad. de la 4.ª ed. alemana (1988) a cargo de José Luis Manzanares Samaniego, Madrid, 1993]; por su parte, LUZÓN PEÑA ya consideró la adecuación como «uno de los diversos criterios de imputación del resultado» [«Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto (comentario a la STS de 20 de mayo de 1981)» en *Derecho Penal de la Circulación*, Barcelona, 1990, p. 39].

⁴⁰ FS Honig, pp. 136 y ss.

⁴¹ FS Honig, p. 136.

³⁹ *Vorhersehbarkeit und Schutzweck der Norm in der strafrechtlichen Fabrizierbarkeit*, JuS, 1969, pp. 549 y ss.; RUDOLPHI reconoce que, surgida en el ámbito del Derecho civil, el primero en aplicarla en el ámbito penal es GIMBERNAT ORDEIG (p. 550, n. 9), quien sin embargo niega haberla tomado del Derecho civil y señala que su aplicación a este contexto es fruto de la generalización de un criterio establecido por v. KRUES para determinar la relación típica en los delitos cualificados por el resultado (*Delitos cualificados*, pp. 167 y ss.).

⁴⁰ RUDOLPHI la aplica, en concreto, a los supuestos de daños consecuenciales, cursos de salvamento, favorecimientos de autopuestas en peligro y puestas en peligro de un tercero con su consentimiento (JuS, 1969, pp. 532 y ss.).

⁴¹ FS Honig, pp. 135 y s.

puesto por TRAEGER⁴⁵ —supuestos que hoy se engloban bajo la categoría del riesgo permitido y de los riesgos generales de la vida—, y toda la esfera de penetración de la llamada teoría de la adecuación, así como la problemática de las llamadas «desviaciones del curso causal»⁴⁶. El incremento del riesgo lo siguió reservando para la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a Derecho, conforme a los criterios por él desarrollados años antes; por último, recurrió al fin de protección de la norma, como criterio designado, básicamente, a abarcar casos de favorecimiento de autopuestas en peligro, puestas en peligro de un tercero con su consentimiento, daños sobrevenidos posteriormente, y casos en los que se produce un segundo daño⁴⁷. Fin de protección de la norma que reservó, inicialmente, sólo para hechos imprudentes⁴⁸.

El doble significado del que se venía dotando al criterio del fin de protección de la norma pronto se hizo evidente⁴⁹.

⁴⁵ Se trata del caso del sobrino que envía al tío a pasar al bosque en una tarde de tormenta.

⁴⁶ FS Honig, pp. 136 y s.

⁴⁷ Si bien ya se formula en FS Honig, pp. 140 y ss., su aplicación exclusiva a las constataciones de casos reseñadas se desarrolla en FS Gallas, pp. 241 y ss.

⁴⁸ Así en FS Gallas, pp. 243 y ss.

⁴⁹ Lo resolvió ya WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafsystem*, Berlín, 1981, pp. 341 y ss., y lo reconoce ROXIN, *AT*, § 11, B. I, n.º 70, n.º 103. TOMÁS LÓPEZ quiere, por su parte, reservar la expresión «fin de protección de la norma» para los supuestos en los que el resultado «no se considera objetivo, general o humanamente previsible», otorgándole a este juicio un carácter teleológico, mientras que bajo el criterio del «ámbito de protección de la norma», al que dota de naturaleza normativa pero no teleológica, engloba los supuestos abarcados por el riesgo permitido [Fin de protección y ámbito de protección de la norma. Estudios Penales y Criminológicos 10 (1987), pp. 396 y ss.; cfr., asimismo, MIRSCHMAYER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, pp. 96 y ss.].

Por una parte, el criterio venía siendo referido al alcance que tenía «la norma objetiva de cuidado» de los delitos imprudentes —sentido original en el que lo emplearon GIMBERNAT y RUDOLPH—; por otra, el fin de protección de la norma hacía referencia al alcance de la norma de la correspondiente figura delictiva. Al comienzo, ROXIN lo utilizó en ambos sentidos de forma indistinta. Más recientemente, sin embargo, para evitar confusiones, recurre a la expresión «alcance del tipo» cuando utiliza el criterio en su segunda acepción⁵⁰.

c) Los parámetros propuestos por ROXIN —a salvo del referido al «alcance del tipo»— pronto hallaron síntesis en la fórmula de que para que un resultado sea objetivamente imputable a un comportamiento causal en relación con dicho resultado, es necesario que el comportamiento incorpore un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado⁵¹.

⁵⁰ *AT*, § 11, B. I, n.º 68 y ss., 85 y ss. La diferenciación se produjo de forma clara en FS Gallas, pp. 242 y ss., mientras que en FS Honig el criterio del fin de protección de la norma era utilizado por ROXIN de manera indiferenciada (pp. 140 y ss.). Más recientemente, ROXIN ha señalado que el criterio de la «pertenencia del resultado al ámbito de protección jurídico-penal» (alcance del tipo) y constituye un «segundo nivel de imputación objetiva», y reconoce que las restricciones de la imputación que se operan sobre la base de este criterio constituyen *topoi* [La problemática de la imputación objetiva, CPC 1989, p. 761 (traducción de Enrique Casas Banguero)].

⁵¹ De forma expresa, ya HESCHICK, *AT*, 2.ª ed., Berlín, 1972, p. 213, quien lo formula en relación con el tipo de comisión doloso y señala que ahí escriba la base del pensamiento de la adecuación; cfr., además, por ejemplo, RUDOLPH, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Neuwied, etc., 1994, n.º 57 previo al § 1; LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24.ª ed., München, 1991, n.º 91 y ss., previos a los §§ 13 y ss.; WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 19.ª ed., Heidelberg, 1989, p. 54; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Tübingen, 1975, 8-61 y ss.; la idea de

El sector doctrinal que paulatinamente optó por ir asumiendo — todos o algunos — de los criterios propuestos⁵², no los entendió, sin embargo, como criterios que conformasen una *teoría general* de la imputación de los delitos de resultado y, en este sentido, modificadores de la estructura típica del delito — activo u omisivo — doloso e imprudente. Su adopción, por el contrario, se lleva a cabo otorgándoles el carácter de topoi interpretativos que operan en el ámbito del tipo objetivo de dichos delitos, previa constatación de la existencia de una relación de causalidad, a determinar, en opinión mayoritaria, sobre la

distinguir entre creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y realización del riesgo en el resultado ya se inuye en ROXIN, FS HONG, *passim*; la necesidad de que el riesgo se «realice en el resultado» como requisito cuya concurrencia es necesaria para poder imputar un resultado fue desarrollada por ENGISCH como requisito general de la teoría de la adecuación (*Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, pp. 63 y ss.). SILVA SANCHEZ reclama la necesidad de esclarecer si la relación de «realización del riesgo en el resultado» en los delitos de resultado material requiere la constatación de una relación de causalidad (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 418, n. 447).

⁵² Sin perjuicio de lo que se señala *infra* III, no incorporan criterios de índole normativa, y se siguen moviendo en el plano puramente causal, RODRÍGUEZ DE VITSA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 17.ª ed., Madrid, 1994, pp. 371 y ss.; por su parte, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., Valencia, 1990, pp. 320, distinguen entre «relación de causalidad» y «relación de causalidad», concibiendo la primera como algo material y la segunda como relación ideal que concurrirá de existir «predecibilidad». Con razón señala LUZON PEÑA que estos autores no utilizan la relación causal como algo contrapuesto a la imputación objetiva — aunque lleguen a sostener en algún momento que la causación es presupuesto de la imputación objetiva —, pues la «predecibilidad» del resultado la conciben en sentido empírico, mientras que la «previsibilidad» — criterio que entienden como normativo — la incardinan en la culpabilidad (*Derecho penal de la circulación*, p. 38, n. 10).

base de la teoría de la equivalencia de las condiciones⁵³. Además, su aceptación se intenta hacer compatible con la concepción dogmática que cada autor profesa sobre el injusto, diferenciadora, por lo general, entre la estructura del delito doloso y la del hecho imprudente. Esto, como se verá, ha propiciado la falta de uniformidad que cabe evidenciar en lo que se refiere al tratamiento sistemático que se dispensa a dichos criterios.

El empleo generalizado de criterios normativos de imputación, diferentes de los que permiten determinar la relación causal, tiene lugar, ante todo, en el seno del *delito imprudente*. Sin embargo, las marcadas diferencias entre los distintos autores dificultan una exposición sistematizada. Autores como JESCHECK en Alemania y BACIGALUPO en España interpretan el *nexo de antijuridicidad*, cuya concurrencia exigen junto a la infracción del deber objetivo de cuidado, el resultado y el nexo causal, como «la aplicación al delito imprudente de los criterios de imputación objetivas»⁵⁴. De dicho requisito derivan como exigencias que

⁵³ Cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 231 y ss.

⁵⁴ JESCHECK, *AT*, 4.ª ed., pp. 527 y ss., quien, sin embargo, no configura la previsibilidad del resultado como elemento de la infracción del deber de cuidado, sino como «segundo momento de la conexión del injusto con el resultado» [en España, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO han sostenido de modo inequívoco que si falta la previsibilidad «no es que falte la imputación objetiva del resultado ... sino la misma conducta típica de imprudencia» (*Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pp. 614 y s.)]. En esta misma línea, GIMBERNAT ORDEIG sostiene que si falta la infracción del deber objetivo de cuidado, falta la imprudencia, no la imputación objetiva, que considerara como un elemento del tipo [¿*Qué es la imputación objetiva?*, Estudios Penales y Criminológicos, 10 (1987), pp. 176 y ss., 179] (= *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 213 y ss.); BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Madrid, 1994, pp. 246 y s., afirma que «la

el resultado hubiera podido ser evitado mediante un comportamiento cuidadoso y que el resultado causado por la acción cuidadosa no quede fuera del ámbito de protección de la norma violada⁵⁷. Fin de protección de la norma que autores como OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, sin exigir una especial «relación de antijuricidad», resaltan en estos delitos⁵⁸. Frente a esta aproximación, no faltan quienes, como MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO, parten de las coordinadas de creación y realización del riesgo y consideran que en el delito imprudente la creación del riesgo típico viene exigida por la necesidad de la inobservancia de la norma de cuidado, mientras que la finalidad de protección de la norma permite determinar si concurre la necesaria relación de riesgo⁵⁹. Se trata de

denominada conexión de antijuricidad», como requisito a analizar en el tipo, es fruto de considerar el «riesgo permitido» como causa de justificación (cfr. JESCHECK, AT, 4.ª ed., pp. 360 y s.); no obstante, BACIGALUPO considera que el riesgo permitido excluye la conariedad a Derecho del comportamiento (PG, p. 245); cfr. también S/S LENCKNER, n.º 99, previo a los §§ 13 y ss.

⁵⁷ La exigencia de que la conexión de antijuricidad presupone que el resultado causado por la acción no quede fuera del ámbito de protección de la norma la sostiene, de forma expresa, JESCHECK, AT, 4.ª ed., p. 528.

⁵⁸ OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, PG, p. 614; cfr. también, CEREZO MIR, PG, I, pp. 438 y ss., con referencias; también, COBOS GÓMEZ DE LINARES, «Imputación objetiva y sentencia penal», en CGPJ (ed.), *Causalidad e imputación objetiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 31.

⁵⁹ MIR PUIG, PG, p. 304; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 561 y ss., 571 y s., quien resalta que aunque el criterio del fin de protección de la norma «se tiene en cuenta en la determinación del deber objetivo de cuidado» (p. 571, n. 112), es en la determinación de la relación de riesgo donde encuentra su «ámbito propio de aplicación» (pp. 571 y s.). Recientemente, CORCOY BIDASOLO sostiene que la constatación de la

construcciones que en modo alguno agotan, sin embargo, las formas en que se intentan integrar los criterios de imputación en el delito imprudente⁵⁸. Así, por ejemplo, algunos autores, como MUÑOZ CONDE, siguen sosteniendo que la teoría de la adecuación constituye el modo de determinar la concurrencia de la relación causal, y que los criterios «del incremento del riesgo, falta de realización del riesgo y fin de protección de la norma» operan como «criterios complementarios»⁵⁹.

La razón de la falta de un tratamiento unitario de la materia se debe, en gran medida, al intento de comparibilizar, a partir de presupuestos no coincidentes, los elementos que configuran el injusto del delito imprudente con los nuevos criterios propuestos; y ello sin asumir la eventual necesidad de reinterpretar en su totalidad el significado de

relación de riesgo en el delito imprudente exige también tener en cuenta la teoría del incremento del riesgo [«imputación "objetiva" en el delito imprudente», en CGPJ (ed.), *Causalidad e imputación objetiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pp. 57 y ss., dotando al criterio del fin de protección de la norma de un significado ambivalente]. Derivan de la tesis del incremento del riesgo el criterio «de imputación» de la «evitabilidad» OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, PG, 2.ª ed., pp. 614 y ss. La inobservancia de la norma de cuidado y el fin de protección de la norma también son considerados como los criterios de imputación del resultado en el delito imprudente por GRACIA MARTÍN, en DIEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993, p. 44.

⁵⁸ En la doctrina alemana SCHÜNEMANN llega a la conclusión de que son cuatro los criterios de imputación objetiva en los delitos imprudentes: la relación material, la relación de adecuación, la relación de riesgo y la relación del fin de protección de la norma (JA 1975, pp. 113 y ss., 152 y ss.); compare, con algún matiz, esta opinión en España ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, pp. 188 y ss.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE-GARCÍA GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1993, p. 265.

dichos elementos configuradores del injusto imprudente a la luz de los nuevos criterios.

En el seno de los *délictos dolosos* la aplicación de criterios de imputación presenta una menor aceptación doctrinal. Por una parte, un sector de la doctrina rechaza con carácter general la necesidad de recurrir en este ámbito a criterios complementarios de naturaleza normativa para determinar si un resultado es objetivamente imputable a un comportamiento. Por otra, incluso entre quienes aceptan dichos criterios se discute si el juicio de imputación es o no es de naturaleza *objetiva*, problema que se manifiesta con especial claridad en la cuestión de los así llamados «conocimientos especiales»⁶⁰.

Entre los autores que asumen los criterios de imputación en el ámbito doloso⁶¹, se constata, sin embargo, un mayor grado de coincidencia en torno a los presupuestos sobre los que se asienta el juicio de imputación; en todo caso, mayor del que es constatable en el delito imprudente. En el delito doloso se acepta que sólo partiendo de una determinada concepción del injusto, y en concreto del desvalor de acción, resultan operativos los criterios propuestos. En esencia, se parte de un desvalor de acción concebido de modo objetivo-normativo, y se señala que sólo pueden ser imputados aquellos resultados que son fruto de un comportamiento que *ex ante* se presenta como objetivamente peligroso para un bien jurídico. El riesgo (peligro), como recuerdan en la doctrina española

⁶⁰ Sobre ambas cuestiones cfr. *infra* III.

⁶¹ GIMBERNAT ORDÍEG ya lo propuso en su monografía sobre *Délictos cualificados por el resultado*, en relación con los supuestos que se venían enjuiciando bajo el epígrafe de «procesos causales irregulares» (pp. 144 y ss.).

TORIO LÓPEZ⁶² y MARTÍNEZ ESCAMILLA⁶³, se convierte en concepto básico de la fundamentación del injusto, dado que el Derecho penal sólo puede prohibir conductas peligrosas.

A partir de este presupuesto, y siguiendo de nuevo el pensamiento de ROXIN, la doctrina mayoritaria considera que la creación del riesgo, la realización del riesgo y el ámbito de protección de la norma —o alcance del tipo— constituyen los parámetros sobre los que se configura en el delito doloso el juicio de imputación al tipo objetivo⁶⁴. En el seno de la creación del riesgo, la doctrina niega la imputación en supuestos de disminución de riesgo, falta de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y supuestos de riesgo permitido, si bien no faltan algunas diferencias entre los distintos autores⁶⁵. La realización del

⁶² *Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva*, ADPCP, 1986, pp. 33 y ss.

⁶³ *La imputación objetiva del resultado*, p. 77.

⁶⁴ Cfr. por todos, S/S-LENGKNER, n.m. 91 y ss., previos a los §§ 13 y ss. En la doctrina española no parten formalmente de esta disunción, pero asumen materialmente su contenido OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *PG*, pp. 89 y ss.

⁶⁵ Cfr., por ejemplo, ROXIN, *CPC*, 1989, pp. 749 y ss.; *idem*, *AT*, 2.ª ed., § 11, n.m. 43 y ss.; BAGGALUPO, *PG*, pp. 121 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *PG*, pp. 89 y ss.; LARRAURI PUJOS, *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, ADPCP, 1988, pp. 715 y ss., 742 y ss.; MIR PUIG, *PG*, pp. 245 y ss., quien precisa que la ausencia de un «riesgo típicamente relevantes» (preferible a «riesgo jurídicamente desaprobado») para evitar la confusión con la ausencia de causas de justificación) incluye tanto los supuestos de «riesgo insignificantes» como los que encajan dentro de la «adecuación social». La consideración de la adecuación social como supuesto de falta de imputación por ausencia de riesgo típicamente relevante no es pacífica. Así, MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *PG*, pp. 215 y ss., sostiene que la adecuación social no ha de considerarse una causa de atipicidad, debiendo mantenerse su vigencia como criterio de interpre-

riesgo como constatación de que el riesgo implícito en la acción base es el que se debe concretar en el resultado se ración y crítica del Derecho penal (pp. 235 y s.); GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, p. 165, por su parte, señala que es un criterio interpretativo de todos los tipos penales, cuyo significado impreciso aconseja su sustitución por la idea de lo «objetivamente cuidadoso» que es aquello que se mueve en el riesgo permitido; *idem*, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, pp. 205 y ss.; se muestra contrario a su utilización, dada su imprecisión, RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, pp. 262 y ss. En la doctrina alemana WOLTER considera que la adecuación social opera en un ámbito previo al de la imputación («Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem», en GIMBERNAT-SALDÜNNANN-WOLTER (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterschuldhaftigkeit. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, pp. 9 y s. [traducción española de Silvina Bacgalupo: «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», en GIMBERNAT-SCHÜNNEMANN-WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Formulas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin*, Madrid, 1994, pp. 65 y ss.]. Desde el punto de vista histórico sobre la adecuación social, adoptando otra perspectiva distinta a la de WOLTER, cfr. CANCIO MELIÀ, *La teoría de la adecuación social en Wetzel*, ADPCP, 1993, pp. 697 y ss., 728 y s.; *idem*, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz*, GA, 1995, pp. 179 y ss., 190 y s.

MARTÍNEZ ESCAMILLA colma el contenido de la creación del riesgo típicamente relevante a partir del «juicio de previsibilidad objetiva» —deducción de la teoría de la adecuación, y común a los delitos dolosos e imprudentes— y del criterio del riesgo permitido en el que integra los supuestos comprendidos en la «adecuación social» (*La imputación objetiva del resultado*, pp. 79 y ss., 125 y ss.); cfr. también GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 94 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, p. 186, señala que la base para determinar la imputación del resultado —que identifica con la relación de riesgo— la conforma el juicio de previsibilidad o probabilidad objetiva (juicio de adecuación) —que también considera común a los delitos dolosos e imprudentes—.

Algunos autores como el propio ROXIN (*AT*, 2.ª ed., § 11, n.º. 48 y ss.) o BACGALUPO (*PG*, pp. 121 y s.) también analizan en este nivel de imputación la problemática de los cursos causales hipotéticos, lo que en realidad constituye un problema de realización del riesgo, pues se trata de determinar en qué medida el «curso hipotético» interfiere en un curso de riesgo ya concretado en un resultado.

42

determina, también siguiendo el pensamiento de ROXIN, teniendo en cuenta el fin de protección de la norma y —para quienes la aceptan— la teoría del incremento del riesgo.⁶⁶ Por último, el ámbito de protección de la norma o «alcance del tipo» se reserva, mayormente, para las constelaciones de casos tratadas por ROXIN en este contexto.⁶⁷

La asunción de criterios de imputación del resultado en el ámbito del delito de comisión debería hallar fácil reflejo en el ámbito de la omisión. La transposición de los requisitos básicos propuestos por ROXIN para los delitos de comisión activa a este contexto entrañaría que quien —teniendo un deber de garantía⁶⁸— se limita a no impedir

⁶⁶ ROXIN, *AT*, 2.ª ed., § 11 B n.º. 59 y ss., quien en determinadas constelaciones de casos combina el principio del incremento del riesgo con el fin de protección de la norma (n.º. 83 y ss.); MIA PUNG, *PG*, p. 249; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 259 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado» (= *Die Relevanz der Nichtunmittelbarkeit des Erfolgsmerkmals*, GA, 1990, pp. 207 y ss.), en *Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 679 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, pp. 188 y ss., aceptando la teoría del incremento del riesgo; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *PG*, pp. 99 y s., quienes también se muestran a favor de la teoría del incremento del riesgo en los supuestos en los que no existan dudas *ex post* del acrecimiento del peligro.

⁶⁷ ROXIN, *AT*, 2.ª ed., § 11 B n.º. 86 y ss.; BACGALUPO, *PG*, pp. 123 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, pp. 188 y s., quien considera este criterio sinónimo del de la realización del riesgo, por lo que carece de un marco autónomo en el seno de los delitos dolosos (p. 191); MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE-GARCÍA AÑÁN, *PG*, p. 16; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *PG*, pp. 101 y ss., incluyendo supuestos de «fin de protección de la norma».

⁶⁸ Véase un análisis detenido en SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, *idem*, «Comisión y omisión. Criterios de distinción», en CGPJ (ed.), *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pp. 11 y ss.; GRACIA MARTÍN, «La

un riesgo irrelevante o que no excede del nivel de riesgo permitido, no le es imputable el resultado. Como tampoco debe ser objetivamente imputable el resultado cuando el riesgo que se concreta en el mismo no es el que el sujeto omite estar obligado a contrarrestar. La doctrina mayoritaria, sin embargo, no se ha decantado hasta la fecha por la aplicación de una concepción sintética de los criterios de imputación, y recurre también aquí a topoi individuales, constataándose, en consecuencia, diferencias significativas⁶⁹. Diferencias a las que hay que añadir las que son fruto de la discusión en torno al presupuesto sobre el que debe asentarse el juicio de imputación en la omisión. En este ámbito, debe tenerse presente que frente al sector mayoritario que exige como presupuesto que el omite hubiera evitado con su acción el resultado disvalioso —correspondencia de la causalidad en el actuar positivo⁷⁰—, un sector de la doctrina se conforma con la constatación de que el comportamiento omisivo haya «creado o incrementado el riesgo del resultado» —en el sentido de la teoría del incremento del riesgo formulada

comisión por omisión en el Derecho penal español», en CGPJ (ed.), *La comisión por omisión*, pp. 55 y ss.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, PG, pp. 225 y ss., baraja los criterios de la adecuación, incremento del riesgo, fin de protección de la norma y evitabilidad; BACIGALUPO, PG, pp. 261 y s., apela junto al criterio de la evitabilidad, al de disminución del riesgo; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, PG, pp. 584 y s., consideran sobre la base de la evitabilidad, que la llamada causalidad hipotética constituye un criterio de imputación objetiva del resultado al omite-garante que se basa en la idea del incremento del riesgo.

⁷⁰ MIR PUIG, PG, p. 347, y MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, PG, p. 226, se conforman, al igual que la doctrina mayoritaria, con «una probabilidad rayana en la certeza». Por su parte, TORIO LÓPEZ, *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*, ADPCP, 1984, p. 699, exige una «certeza absoluta».

por ROXIN⁷¹—. Esto supone una sensible modificación de los parámetros sobre los que se determina la imputación del resultado.

d) La necesidad de determinar la imputación del resultado sobre la base de criterios normativos también ha tenido su reflejo en la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, que se ha ido haciendo eco de los criterios de imputación barajados por la doctrina. En este sentido, referidas en sus inicios a comportamientos imprudentes, resultan pioneras las sentencias de 20 de mayo de 1981 y 5 de abril de 1983⁷², que incorporan de modo expreso la categoría de la imputación objetiva, como categoría distinta a la de la relación de causalidad, y cuyo contenido parece que se

⁷¹ LUZÓN PEÑA, *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS*, PJ, 2.ª época, núm. 2, pp. 82 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA-CONILDEO, *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?*, PJ, núm. 24, p. 209; GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», en CGPJ (ed.), *La comisión por omisión*, pp. 212 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, p. 603; en la doctrina alemana lo rechaza en el ámbito de la omisión, SCHÜNEMANN, JA, 1975, pp. 715 y ss.; críticamente, también LARRAURI PJOAN, ADPCP, 1988, pp. 767 y ss.

⁷² La STS de 20 de mayo de 1981 ha sido comentada por LUZÓN PEÑA, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto*, en Actualidad Jurídica, 1981, pp. 78 y ss.; la STS de 5 de abril de 1983 ha merecido un comentario de HUERTA TOCILDO, *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, La Ley, año IV, núm. 717. En ambas sentencias se señala con carácter general que la categoría de la imputación objetiva es distinta de la de la causalidad, si bien su contenido se identifica, en ambos casos, con el de la teoría de la adecuación. Cfr. también la STS de 27 de enero de 1984, comentada por SILVA SÁNCHEZ, *Límites de la responsabilidad por imprudencia*, La Ley, 1984, pp. 1045 y ss., y LUZÓN PEÑA, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, RDCir, 1984, pp. 275 y ss., y también en Derecho penal de la circulación, 2.ª ed., pp. 81 y ss.

identifica con el de la teoría de la adecuación. Los distintos criterios empleados por la doctrina han venido siendo aplicados en distintos fallos, sin que pueda afirmarse, sin embargo, una línea jurisprudencial homogénea en esta materia, más allá de algunas resoluciones que sí parecen utilizar de manera más uniforme la idea de la imputación objetiva. En este sentido cabe citar las sentencias de 3 de junio de 1989, en la que se aplica el criterio de la asunción del riesgo por la víctima, 13 de noviembre de 1989, que conluga los principios de riesgo permitido, fin de protección de la norma y relación de riesgo. Más recientemente merecen mención las sentencias de 12 de febrero de 1993, en la que en relación con un delito de estafa se aplica la prohibición de regreso como limitativa de la imputación objetiva del resultado, dado que la víctima había reorientado el riesgo creado por el autor mediante su comportamiento; y la de 21 de diciembre de 1993, en la que se reinterpreta el artículo 6 bis b) del CP a la luz de la imputación objetiva, entre otras.⁷³

No obstante, hay que resaltar que criterios individuales limitativos de la responsabilidad de carácter normativo vienen siendo utilizados por el TS desde hace tiempo, con anterioridad a su subsumción en la categoría de la imputación objetiva. Así, en el ámbito de la imprudencia simple con infracción de reglamentos, el TS en múltiples ocasiones ha reiterado que para la realización del delito es necesario que «la conducta culpposa sea la causa de uno de aquellos resultados a cuya prevención se dirige la norma reglamentaria infringida»⁷⁴. Y en el ámbito de las falsedades han

⁷³ Cfr. SSTs de 15 de octubre de 1992; 4 de febrero de 1993; 6 de abril de 1993; 7 de junio de 1993.

⁷⁴ SSTs de 17 de diciembre de 1964; 13 de abril de 1970 y 18 de septiembre de 1975, entre otras.

sido precisamente criterios valorativos los que en distintas ocasiones han permitido negar la adecuación típica del acto en sí falso. De ahí que no le falte razón a TOMO LÓPEZ cuando señala que la estructura interna o material de la imputación objetiva es menos nueva de lo que en ocasiones se sugiere, y en cambio, lo que verdaderamente constituye una novedad es la pretensión de elevar mediante un proceso inductivo ciertos principios generales a criterio dogmático general.⁷⁵

e) La introducción en el ámbito típico de criterios de imputación del resultado surgidos al amparo de determinadas constelaciones de casos no permite afirmar, sin embargo, que se haya producido una *reformulación global* de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva. Como tampoco cabe señalar que para los distintos autores la imputación objetiva tenga el mismo alcance en el delito doloso e imprudente⁷⁶, ni que su ámbito operativo se conciba de modo coincidente⁷⁷. Esto, a pesar de que el cometido del que se le pretende dotar en ambos ámbitos

⁷⁵ *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*. Estudios Penales y Criminológicos, 10 (1987), p. 385.

⁷⁶ Baste señalar a título de ejemplo que en opinión algunos autores —y no sólo entre aquellos vinculados a posiciones finalistas, cfr. *infra* III.c)— el instituto del riesgo permitido sólo opera en el ámbito del delito imprudente: cfr., por ejemplo, el incisivo estudio de KIRDMÄUSER, *Erkennbar Risiko und Sorgfaltsübergrenze. Zur Struktur strafrechtlicher Fallentscheidungen* GA, 1994, pp. 197 y ss., especialmente 213 y ss.

⁷⁷ En lo que concierne al alcance de la propia teoría de la imputación objetiva MIRA PUIG, *PCG*, pp. 249 y s., considera, por ejemplo, que la teoría de la autoría también es un fragmento de la «imputación objetiva», dado que es al autor al que se le imputa objetivamente el hecho como obra suya. WOLTER (en *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsschlichter*, p. 3), por su parte, sostiene que «la teoría moderna de la imputación objetiva abarca todo el sistema del Derecho penal» (subrayado en el original).

sea el mismo. Ciertamente, la adopción de los criterios mencionados ha entrinado, como se ha visto, una reformulación parcial del concepto de disvalor de acción y, en esta medida, también del injusto. Pero de hecho se sigue operando con una concepción que parte de la base de una distinta configuración del injusto del delito doloso y del imprudente. En el delito doloso, la presencia de dolo lleva a algunos autores a dotar de eficacia distinta a los criterios de imputación utilizados en el delito imprudente.⁷⁸ Por otra parte, y como se resaltó anteriormente, el hecho de que la relación entre infracción del deber objetivo de cuidado e imputación objetiva siga siendo confusa en la literatura moderna dificulta la comprensión de la imputación objetiva en este contexto.⁷⁹ Dificultades y discrepan-

⁷⁸ Consideran que el comportamiento doloso entraña un riesgo mayor que el que se deriva del comportamiento imprudente: MTR PUTIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, pp. 74 y ss.; *idem*, *La perspectiva ex-ante en derecho penal*, ADPCP, 1983, pp. 13 y ss.; *idem*, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, ADPCP, 1988, pp. 677 y ss. (versión alemana en GS Armin Kaufmann, 1989, pp. 372 y ss.); *idem*, «Aninjuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994 (esta última obra recoge, entre otros, los trabajos de este autor citados en la presente nota), pp. 236 y s. (= ADPCP, 1994, pp. 1 y ss.); SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 388 y 400; LUZÓN PENA, «La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes del resultado», en *Derecho penal de la circulación*, 2.ª ed., Barcelona, 1990, p. 116; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1986, pp. 39 y 5, 42. En contra, argumentando sobre el conocido ejemplo de Thyren, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 108 y ss. La idea de que el comportamiento doloso entraña un mayor grado de peligro que el imprudente es correcta en la medida en que se tome como objeto de referencia «el punto de vista del autor» no, sin embargo, si el grado de peligro se valora «objetivamente».

⁷⁹ Mientras ROXIN sostiene que tras el elemento de la infracción del deber objetivo de cuidado se esconden en la imprudencia «diversos

cias que hallan también reflejo en la aplicación de los criterios en el ámbito omisivo. En conclusión, las cuestiones abiertas entre los autores que se adhieren a este punto de vista siguen siendo múltiples. Y ello porque, como ha señalado FRISCH, más allá de los términos «peligro des- aprobado» y su «realización», sobre los que existe un amplio acuerdo, los criterios determinantes para la concreción ulterior muestran poco consenso.⁸⁰

De acuerdo con los planteamientos expuestos, los criterios que permiten una restricción de la imputación objetiva de los resultados no se desarrollan y operan en el ámbito de la acción, como sucedía en la concepción de LARENZ, sino, como señala CEREZO MIR, en el lugar adecuado, que es el del tipo.⁸¹ Pero a diferencia del método *deductivo* empleado por LARENZ en la determinación de los criterios sobre los que se fundamenta la responsabilidad, el método empleado por ROXIN —y por quienes siguen sus huellas— es de naturaleza *inductiva*, como denota el hecho de que los criterios se desarrollan a partir de la problemática que suscitan determinadas constelaciones

criterios de imputación» (AT, 2.ª ed., § 24 A II, n.º 10), GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios Penales y Criminológicos*, 10 (1987), p. 1761 señala que en el delito imprudente la imputación objetiva no puede identificarse con la infracción del deber objetivo de cuidado; recuérdese que también OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO (PG, pp. 614 y s.) sostiene que si falta la previsibilidad no «falta la imputación objetiva... sino la misma conducta típica de imprudencia». Incluso entre quienes admiten que el deber objetivo de cuidado es común a los delitos dolosos e imprudentes no muestran en su tratamiento unanimidad de pareceres. Cfr. a este respecto GÓMEZ BENÍTEZ, PG, pp. 165 y ss., y OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, PG, p. 607.

⁸⁰ *Tipo penal e imputación objetiva* (traducción de Cancio Meliá, de la Gándara Vallejo, Jaén Vallejo, Pérez del Valle, Reyes Echandía y Ventura Püsichel), Madrid, 1995, p. 58.

⁸¹ Cfr. PG, I, p. 344, n.º 9.

de casos. Y ello, aun cuando los criterios de imputación del resultado se quieren configurar como producto de un sistema teleológico-funcional⁸². Si a ello se añade lo ya señalado sobre el distinto alcance y aplicación de los criterios en función del tipo de comportamiento a valorar, la conclusión no puede ser otra que la de hallarnos lejos de una teoría general de la imputación o del injusto típico⁸³, cuya proyección sea idéntica para las distintas formas del comportamiento penalmente relevantes⁸⁴. Ha de concluirse que estas concepciones están más próximas a una argumentación tópica que sistemática⁸⁵.

III

Frente a este modo de proceder, autores como JAKOBS y FRISCH en la doctrina alemana, se han trazado como objetivo dotar de *coherencia sistemática* a la imputación objetiva, entendida ésta como *teoría del tipo (objektive)*⁸⁶.

⁸² Cfr., por todos, MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 30 y ss.

⁸³ Como pretende GIMBERNAT ORDIEG, *Estudios Penales y Criminológicos*, 10 (1987), p. 167.

⁸⁴ La aplicación por parte de ROXIN de los criterios de imputación a los delitos de peligro concreto y abstracto (*AT*, 2ª ed., § 11 B II n.º. 11-4 y ss.) no desvirtúa la afirmación de que no se ha elaborado un sistema de imputación que opere de forma general, pues el propio ROXIN señala (*AT*, 2ª ed., § 11 n.º. 1) que sólo en el ámbito de los delitos de resultado la imputación objetiva forma parte de la Parte General.

⁸⁵ En este sentido, SILVA SANCHEZ prefiere hablar de la «tópica» que de la «teoría» de la imputación objetiva (en *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, p. 679).

⁸⁶ En la literatura de lengua española también REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994, atribuyéndose al pensamiento de JAKOBS, desarrolla la tesis de que la teoría de la imputación objetiva entraña una reformulación global de la tipicidad.

Objetivo que también había sido intuido con anterioridad por TRIFTERER⁸⁷, y por TORIO LÓPEZ en nuestro país⁸⁸. Parafraseando la famosa expresión de GIMBERNAT⁸⁹, de lo que trata este sector de la doctrina es de despojar de su sábana al «fantasma» de la imputación objetiva, para desvelar su verdadero rostro; rostro que hasta el momento se presenta como conglomerado inconexo⁹⁰.

La concepción de estos autores, y en particular la de JAKOBS y de FRISCH, presenta tres aspectos en común: en primer término, ambos parten de una idea rectora sobre la cual dotan de unidad global a la teoría de la imputación

⁸⁷ TRIFTERER *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien-New York, 1985, pp. 138 y ss., puso de manifiesto que la valoración normativa de las aporaciones causales entraña una reformulación del tipo objetivo (y del injusto en general), que se proyecta no sólo sobre los delitos de resultado sino también sobre los de mera actividad. Igualmente, recalco los dos niveles en los que opera la imputación objetiva: la *imputación objetiva general*, que es la imputación del comportamiento, y la *imputación objetiva especial*, o imputación del resultado (pp. 144 y ss.). En el ámbito de la imputación objetiva general que identifica con el criterio de la infracción objetiva del deber de cuidado opera con dos criterios: la previsibilidad objetiva y la inadecuación social del comportamiento (= riesgo no permitido) (pp. 144 y s.). En la imputación especial con la conexión de adecuación y el fin de protección de la norma, tomando en consideración, a su vez, la teoría del incremento del riesgo (pp. 149 y ss.).

⁸⁸ Aunque no lo desarrolló en un sistema global TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1986, pp. 33 y ss., ya señala que «la imputación objetiva es un principio metodico superior, o la manifestación en los delitos materiales de un principio metodico general, que se ramifica y discrimina realmente a través de todo el sistema» (p. 35). De ahí que lejos de circunscribir su operatividad sobre la base de determinados topoi —a los que en parte se adscribe—, que operan en los delitos de resultado, señale que también informa los delitos de simple actividad, las teorías de la tentativa y de la participación criminal (p. 35).

⁸⁹ *Estudios Penales y Criminológicos*, 10 (1987), p. 176.

⁹⁰ MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. XXV.

objetiva. Sobre la base de la idea rectora —diferente en cada uno de ellos— ambos conforman los dos niveles sobre los que se proyecta la imputación objetiva: el nivel del comportamiento —«imputación del comportamiento» en la concepción de JAKOBS y «teoría de la conducta típica» en la concepción de FRISCH— y el de la imputación del resultado (circunscrito este segundo nivel a los delitos de resultado). Y esto se lleva a cabo, tercer aspecto común, a partir de una perspectiva metodológica coincidente con la empleada por LARENZ: se toma como punto de referencia la necesidad de hallar una *fundamentación* teórica de la responsabilidad en el marco del tipo para, después, configurar de manera *deductiva* las instituciones dogmáticas que la determinan. Más allá de estos aspectos, el pensamiento de ambos autores difiere. Pero en su planteamiento metodológico y teórico estriba la diferencia entre el enfoque que adoptan sobre la imputación objetiva y el que adopta el sector doctrinal al que se ha hecho referencia en el apartado anterior. Y ello, porque si se atiende, exclusivamente, a los resultados prácticos que derivan de cada una de las concepciones, es claro que no existen tan marcadas diferencias entre los dos sectores doctrinales, partidarios ambos, por lo general, de las mismas soluciones⁹¹.

a) El pensamiento que FRISCH erige en idea rectora, y a partir de la cual deduce su concepción de la teoría del tipo, es que el factor de selección que permite determinar si un comportamiento está o no permitido, se halla con-

⁹¹ Lo que también reconoce FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 66. Esta coincidencia de resultados no es aplicable, sin embargo, a los supuestos que se engloban bajo la categoría de la prohibición de regreso en la concepción de JAKOBS, que en modo alguno coinciden con lo que bajo dicha institución dogmática entiende la doctrina mayoritaria (cfr. *infra* IV).

figurado por una ponderación de intereses en determinadas actuaciones. Se trata de ponderar entre la libertad de actuación y ciertos intereses de protección de bienes. Ponderación que en ocasiones se decanta en favor de la calificación de determinadas creaciones de riesgos como moderados y tolerables y, en otras, como desaprobadas⁹². Este factor de selección resulta operativo tanto en el tipo del delito imprudente como en el del doloso, lo que también supone introducir en este segundo ámbito como requisito limitador la creación de un peligro, que sólo cuando supera la medida de lo tolerable resulta desaprobado⁹³.

Sobre la base de la ponderación, la peligrosidad típicamente relevante de la acción conforma el concepto nuclear que da cuerpo al primer nivel sobre el que se proyecta la «imputación»: el comportamiento típico. FRISCH parte del mismo presupuesto del que parte la teoría de la imputación objetiva del resultado, esto es, de que para que un resultado sea objetivamente imputable es necesario que éste sea concreción de un *peligro objetivamente desaprobado*, pero deja de considerar este requisito como un exclusivo presupuesto de la imputación de resultados y mediante su consideración de cualidad específica de la *propia conducta* lo eleva a la categoría de piedra angular de la conducta típica⁹⁴. El peligro objetivamente desaprobado da paso a

⁹² *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 72 y s., 75 y ss.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 71.

⁹³ *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 36 y ss.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 71 y s.

⁹⁴ Las ventajas de una categoría autónoma de la conducta típica se manifiestan, en opinión de FRISCH, entre otros ámbitos, en los delitos de resultado dolosos, pues aquí sólo actúa dolosamente quien en su actuación parte de un riesgo de aparición del resultado propio de dicha conducta, el cual convierte su acción en una conducta arriesgada y desaprobada en

La peligrosidad típicamente relevante de la acción⁹⁵. Se pasa así de la teoría de la imputación objetiva de resultados

el sentido del correspondiente delito de resultado (*Tipo penal e imputación objetiva*, p. 104). Igualmente al poner en relación la conducta (típica) desaprobada con un riesgo determinado en lugar de con la categoría de «peligro objetivamente desaprobado» —en opinión de FRISCH mal fundamentada y ubicada— ciertas fricciones entre tentativa y teoría de la imputación objetiva se soslayan. FRISCH señala, con razón, que la clásica cuestión de por qué en casos en los que falta el presupuesto de imputación del peligro objetivo desaprobado, no sólo se rechaza la imputación del resultado sino que también se renuncia al castigo por tentativa obtiene una respuesta coherente a partir de la categoría autónoma de la conducta típica: la tentativa presupone acciones doloosas en el sentido de cada delito, y este presupuesto falta cuando de acuerdo con la valoración jurídica el riesgo es tolerado en determinados ámbitos vitales (p. 104). En cambio, partiendo de una teoría de imputación de resultados no puede deducirse por qué no se sanciona en una esfera donde hay una ausencia de un resultado imputable (p. 104). Por otra parte, FRISCH sostiene que la «remodulación sistemática (sic) la teoría de la conducta típica) compatibiliza la pretensión material de la teoría de la imputación... con la teoría (social) de la acción, e instaura de un modo constructivo la introducción de aspectos personales» (p. 106), permitiendo una reconciliación entre teoría de la imputación objetiva y la teoría del injusto, aspecto al que FRISCH no quiere renunciar. No obstante, ello en modo alguno significa que FRISCH contra la categoría de la conducta típica como categoría que englobe tanto los aspectos objetivos del tipo como los subjetivos. Este es el sentido, sin embargo, en que CORCOY BIDASOLO [«Imputación "objetiva" en el delito imputables», en CGPJ (ed.), *Causabilidad e imputación objetiva*] entiende la «atribución de la relevancia a la conducta» (p. 38).

⁹⁵ Al pasar a configurar una cualidad específica de la propia conducta, en lugar de identificarse como presupuesto específico de la imputación del resultado, la creación de un peligro jurídicamente desaprobado deja de ser lo mismo que cuando se habla de un nexo de adecuación (existencia de un riesgo en la dirección del perjuicio producido) y un nexo de fin de protección (identificable con la desaprobación por el tipo penal de la creación del peligro) (FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 34. Sobre el particular, cfr. también TOKO LOPEZ, ADPPC, 1986, pp. 34 y ss.).

a la teoría de la conducta típica⁹⁶. En coherencia con esto, la expresión «imputación objetiva del resultado» se reserva exclusivamente para la *imputación del resultado* en los delitos de resultado⁹⁷.

Para precisar el criterio central de la aptitud típicamente relevante de la conducta a producir el resultado típico, FRISCH opera sobre la base de tres parámetros que, como el mismo reconoce, ya aparecen subrayados por la *teoría de la imputación objetiva del resultado*: a) Hay riesgos idóneos para provocar en combinación con determinadas circunstancias la aparición de resultados típicos que quedan excluidos de la esfera de formas de conducta prohibidas por tratarse de riesgos generales de la vida y riesgos usuales de la vida social⁹⁸; b) Los riesgos tolerados en cada particular ámbito deben ponerse en claro a través de la concreción de los principios directivos de los ordenamientos primarios⁹⁹; c) Por lo que respecta al modo de delimitar estos riesgos tolerados, debe tenerse en cuenta que la magnitud del riesgo de una conducta está constituida por la configuración de esa conducta y por las circunstancias en las cuales la conducta se realiza. Por tanto, el

⁹⁶ *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 102 y ss.

⁹⁷ Curiosamente este aspecto, al menos en lo terminológico, parece estar más claro en la doctrina española que en la alemana. En este sentido, es necesario tener presente que un sector de nuestra doctrina ya reserva la expresión teoría de la imputación objetiva para referirse a la *imputación del resultado*. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 39 y ss.; también OCTAVIO DE TOLEDO-HUERBA TOCUDO, PG, pp. 614 y ss., al señalar que la falta de la «previsibilidad» excluye la «conducta típica»; GAMBERNAT ORDIC, *Fundios Penales y Criminológicos*, 10 (1987), pp. 176 y ss.

⁹⁸ *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 96; *idem*, *Talbestandungsfragen Verbalten*, pp. 59 y ss.

⁹⁹ *Ibidem*.

riesgo deja de estar permitido cuando el comportamiento evidencia una configuración distinta a la tolerada, o las condiciones de su realización no concurren ¹⁰⁰.

La teoría de la conducta típica de FRISCH supone una reducción de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la imputación del resultado y, en consecuencia, a la exigencia de la realización de un peligro típicamente desaprobado. La realización del riesgo desaprobado como exigencia del tipo y no como momento de la antijuridicidad ¹⁰¹, faltará cuando en el resultado se manifieste el

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Para algunos autores como BUSTOS RAMÍREZ [Imputación objetiva. Cuestiones metodológicas y sistemáticas, en Estudios penales y Criminológicos, 12 (1989), pp. 105 y ss.; *idem*, GS Armin Kaufmann, pp. 203 y ss.; *idem*, Manual de Derecho penal. Parte General, 4ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por HORMAZABAL MALARRE, Barcelona, 1994] y LARRAURI PIJOAN [Introducción a la imputación objetiva, en Estudios Penales y Criminológicos, 12 (1989), pp. 221 y ss.] la ausencia de relación de riesgo excluye la antijuridicidad. Desde esta óptica, la imputación objetiva opera a modo de «segundo correctivo» [así BUSTOS RAMÍREZ, Estudios Penales y Criminológicos, 12 (1989), p. 114; LARRAURI PIJOAN, Estudios Penales y Criminológicos, 12 (1989), p. 245] que presupone la existencia previa de un comportamiento doloso o imprudente. Estos autores parecen dar así a entender la necesidad de seguir contraponiendo tipo y antijuridicidad, adscribiendo a este estado la valoración del comportamiento y, por tanto, la imputación del resultado: «para que el resultado sea imputado es necesario si la imputación es de carácter valorativo y no física que haya una valoración por parte de alguna regla jurídica, lo que no puede suceder en la tipicidad cuyo contenido valorativo viene de la norma prohibitiva que sólo valora actos y no resultados» (BUSTOS RAMÍREZ, PG, p. 312). Pero como señala FRISCH con razón (Tipo penal e imputación objetiva, p. 87), no se concibe por qué la presencia de valoraciones ha de impedir que se conciba el curso subsiguiente a la acción y la producción del resultado como problema de tipicidad. En el ámbito de la tipicidad de los delitos dolosos, BUSTOS explícitamente admite aceptar como «criterios generales de atipicidad» la adecuación social y el consentimiento (PG, p. 295) y como «criterios

riesgo residual consentido de determinadas acciones o ciertos riesgos secundarios no desaprobados ¹⁰². No se trata aquí, por tanto, de buscar una «fórmula de realización» que pondere la relevancia del riesgo desaprobado en atención al resultado verificado, sino de valorar «el propio curso verificado desde la perspectiva del riesgo» ¹⁰³. En el ámbito de la realización del riesgo no aflora para FRISCH ningún problema *normativo* relativo a las exigencias de realización, ya que la cuestión sobre si el curso causal realizado forma parte de los cursos por los que la conducta se halla desaprobada es previo a la realización del peligro, pues afecta a la *desaprobación de la conducta* ¹⁰⁴. La realización del riesgo es, en consecuencia, un mero problema de prueba fáctica ¹⁰⁵.

«específicos» para determinar «si los procesos de interacción son o no peligrosos» la «disminución del riesgo, el riesgo permitido y el fin de protección de la prohibición (norma de cuidado)» y «el ámbito situacional al ámbito de protección del tipo penal-autonomía de la víctima, pertenencia de la situación a un ámbito de responsabilidad ajena» (PG, pp. 298 y ss.). En los delitos imprudentes señala que la concreción de la lesión del deber de cuidado es también un problema de antijuridicidad (PG, p. 370).

¹⁰² *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 518 y ss.; *idem*, Tipo penal e imputación objetiva, pp. 54 y ss.

¹⁰³ Tipo penal e imputación objetiva, p. 109.

¹⁰⁴ Tipo penal e imputación objetiva, pp. 110 y ss.

¹⁰⁵ Tipo penal e imputación objetiva, pp. 110 y ss. «Esta categoría normativamente está poco menos que vacía de contenido: las claves orientadoras han de desvelarse en su conjunto en el ámbito de la conducta típica... Para la realización del peligro como presupuesto de la presencia de un resultado imputable no resta sino... la comprobación fáctica» (pp. 115 y s.). De ahí que sólo pueda compararse en parte la afirmación de CORCOY BIDASOLO («Imputación objetiva en el delito imprudente», en CGPJ (ed.), *Causalidad e imputación objetiva*, pp. 49 y ss., cuando señala que la opción que defiende es la seguida por FRISCH, pues si bien es cierto que al igual que FRISCH resurge la teoría de la imputación a la realización del riesgo, lo cierto es que a dicho requisito lo colma de un contenido *normativo* (nexo *normativo* entre conducta y

El modo de concebir la conducta típica y la imputación del resultado lleva a FRISCH a criticar y prescindir de dos de los topoi más empleados por la doctrina mayoritaria a la hora de enfrentarse a la solución de determinadas constataciones de casos: el fin de protección de la norma y el criterio de las denominadas «autopuestas en peligro» —incluidos por un amplio sector doctrinal en el ámbito del «alcance del tipo»¹⁰⁶. En relación con el fin de protección de la norma FRISCH lo rechaza, a nuestro juicio con razón, argumentando, por una parte, sobre su limitada utilidad como instrumento de interpretación, como lo denota el hecho de que constituye una ilusión pensar que todas las posibles constataciones de casos complejas —hoy tratadas bajo este topos del fin de protección— hayan sido consideradas en el proceso legislativo y bajo una finalidad¹⁰⁷. Por otra, FRISCH señala que al ponerse el acento en el aspecto de la finalidad y en la cuestión de las cadenas causales que la ley quiere abarcar, se fija la atención sólo en una parte del pensamiento de la finalidad, y se descuidan otros factores de igual importancia: como el merecimiento de pena o la proporcionalidad de la respuesta penal¹⁰⁸. En lo que respecta al segundo de los

topoi, el de la autopuesta en peligro, FRISCH replanteara toda la remática desde el plano de la conducta típica, y la reconduce de nuevo a su idea rectora: la ponderación de intereses¹⁰⁹.

b) También JAKOBS viene desarrollando una teoría que, en su caso bajo el rótulo de «imputación objetiva», pretende ofrecer una reformulación de la teoría del tipo objetivo, y que se halla condensada precisamente en el estudio que sigue a estas páginas introductorias. JAKOBS parte de la idea rectora de concebir el injusto como expresión de sentido incompatible con la norma; el lado objetivo del injusto significa la constatación de una «perturbación social», es decir, una expresión de sentido —recuperando una terminología acuñada por WEIZEL¹¹⁰—

los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado», en GAIBRENF.-SCHINEMANN.-WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 106 y ss.

¹⁰⁶ Cfr., ampliamente, *Talbestandmäßiges Verhalten*, pp. 148 y ss.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 10 y ss.

¹⁰⁷ Es éste uno de los ámbitos del que JAKOBS ha manifestado en ocasiones la pretensión de enlazar en su dogmática con la obra de su maestro WEIZEL, rescatando la vertiente normativa expresada en un primer momento por WEIZEL, antes de la subtipización del finalismo, para la dogmática del tipo mediante la formulación original de teoría de la *adecuación social* (cfr., por ejemplo, JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsgehalt. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg, München, 1992 (= *El concepto jurídico-penal de acción*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, núm. 3, enero-junio 1994, pp. 67 y ss., trad. de Manuel Canoto Meliá), p. 29, afirmando que WEIZEL realizó los «trabajos preparatorios» para la moderna teoría de la imputación objetiva con la idea de la adecuación social). Conforme a esta doctrina de la adecuación social, en su formulación inicial, el acontecer jurídico-penalmente relevante no debe entenderse como causal, sino como «expresión de sentido», a analizar según WEIZEL tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes en el marco del tipo objetivo (*Situation zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), pp. 491 y ss. (= *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin,

resultado) a constatar a través de la teoría del incremento del riesgo y del topos del fin de protección de la norma (pp. 57 y ss.), criterios ambos que FRISCH rechaza, al mismo tiempo que postula que la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a derecho, como las de los demás supuestos tradicionalmente englobados en este requisito, se reduce a un mero problema de constatación fáctica (*Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 112 y ss.).

¹⁰⁸ Cfr. *supra* II.

¹⁰⁷ *Talbestandmäßiges Verhalten*, p. 81.

¹⁰⁸ *Talbestandmäßiges Verhalten*, pp. 83 y s. También se hace eco de las críticas hacia el criterio del fin de protección MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 275 y ss., no obstante lo cual lo utiliza como criterio de imputación, pp. 341 y ss.; *eidem*, «Relevancia en

que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como tradición de la vigencia de la norma en cuestión. Concretamente, la imputación se divide en dos niveles: por un lado, la calificación del comportamiento como típico (*imputación objetiva del comportamiento*), y, por tanto, la constatación — en el ámbito de los delitos de resultado — que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (*imputación objetiva del resultado*).¹¹¹ Queda claro que esta determinación del quebrantamiento de la norma que se produce en el ámbito del tipo es provisional, pues para JAKOBS sólo la afirmación de culpabilidad hace que se pueda hablar verdaderamente de un ataque a la vigencia de la norma.¹¹² Esta construcción de un edificio de la dogmática del tipo objetivo acometida por JAKOBS no ha encontrado hasta el momento un eco comparable a la polvareda levantada por sus escritos relacionados con el concepto de culpabilidad, entendido por él como derivado de la prevención general («concepto funcional de culpabilidad»)¹¹³, y cabe

New York, 1975, pp. 120 y ss.), pp. 516 y ss., 529 y s., 557 y s.; *idem.*, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 2.^a ed., Berlín, 1943, pp. 40 y ss.; está claro que pueden apreciarse similitudes en la línea fundamental de WELZEL con la teoría desarrollada por JAKOBS (sobre esto *infra* IV y V, y sobre la interpretación de la teoría de WELZEL cfr. CANGIO MELLÁ, ADPCP, 1993, pp. 697 y ss., 704 y ss., con nota 35; 710 y s., 728 y s.; *idem.*, GA, 1995, pp. 178 y ss., 190 y s., con nota 78).

¹¹¹ La concepción actual de JAKOBS es fruto de una evolución que tiene como uno de sus puntos de arranque el «Modellgefähr» (peligro-modelo), entendido como conjunto de condiciones que establece el hombre al actuar y que según la experiencia pueden conducir al resultado típico (*Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín-New York, 1972, pp. 89 y ss.).

¹¹² Cfr. *infra* V.

¹¹³ Cfr. sobre todo JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 452-453, Tübingen, 1976, *passim*; *idem.*,

Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.^a ed., Berlín-New York, 1991, esp. 17/3, 17/18 y ss.; cfr. también últimamente, *idem.*, *Das Schuldprinzip*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319, Opladen, 1993 (= *El principio de culpabilidad*, ADPCP, 1992, pp. 105 y ss., traducción de Cancio Mellá), en donde des- arrolla unos elementos mínimos de contenido *material* para el concepto de culpabilidad, con base en la idea de la autodefinición del sujeto como ciudadano, como *persona* en Derecho, considerando ese *status* de ciudadano como requisito de legitimidad de la pena y del sistema penal (cfr. *Schuldprinzip*, pp. 26 y ss., 35; ADPCP, 1992, pp. 1073 y ss., 1083); esta evolución queda afianzada últimamente en la intervención de JAKOBS en las Jornadas de Profesores de Derecho penal alemanes de 1995, cfr. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «ulteuropäischem» Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des «ulteuropäischen» Strafrechts?* (manuscrito), pp. 8 y ss., 21 y ss., 24. Cfr. también la panorámica general expuesta por LESCH, *Über den Sinn und Zweck staatlichen Straftens*, JA, 1994, pp. 510 y ss., 590 y ss., quien, partiendo de la misma perspectiva funcional que JAKOBS, critica el elemento del «ejercicio en la fidelidad al Derecho» contenido en la concepción original de JAKOBS (p. 598) y propone en cambio el desarrollo de una «teoría funcional de la retribución» como teoría funcional de la pena que combina elementos absolutos (sólo hay pena por un hecho culpable = perturbación social) y relativos (la pena consiste en eliminar la perturbación = culpabilidad, es decir, cumple la función de restablecer las «condiciones básicas de la coexistencia social») (p. 599).

Respecto de las críticas formuladas frente a la concepción de la prevención general positiva como fundamento sistemático, cfr., entre otros muchos trabajos, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, pp. 160 y ss., 168 y ss., con abundante bibliografía; LUZÓN PEÑA, *Prevención general y psicoanálisis*, en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982, pp. 141 y ss.; BARATTA, *La teoría della prevenzione integrazione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, Dei Delitti e Delle Pene II (1984), pp. 5 y ss. [= *Integración-prevenición: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemica* (trad. García-Méndez y Sandoval Huertas), CPC, 1984, pp. 533 y ss. = *Integrations-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe*, Kruml, 1984, pp. 132 y ss.]; MIR PUIG, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 129 y ss. [= *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, ADPCP, 1986, pp. 49 y ss. = ZStW, 102

suponer que es precisamente esta polvareda la que ha ocultado, en cierta medida, esta vertiente de su dogmática. En los apartados que siguen se presenta la teoría de la imputación objetiva desarrollada por JAKOBS, junto con algunas acotaciones críticas (IV), y se intenta relacionar esta teoría con el conjunto de su sistema dogmático (V). De ahí que nos remitamos a dichos apartados.

c) Tanto la categoría de la conducta típica en FRISCH como la de la imputación del comportamiento de JAKOBS vienen definidas por ambos sobre la base de criterios objetivos, en términos similares en los que los partidarios de la teoría de la imputación objetiva del resultado han pretendido configurar el peligro jurídicamente desaprobado. Es decir, a partir de la idea de que sólo comportamientos que *ex ante* se muestran peligrosos pueden ser objeto de desvaloración por el ordenamiento penal. Frente a esta pretensión de conformar de forma exclusivamente objetiva el juicio de valoración en este ámbito sistemático se han alzado voces críticas, como también se han formulado críticas generales a la necesidad de recurrir a criterios objetivos de imputación de resultados.

Las críticas sobre la posibilidad de trasladar los parámetros de la teoría de la imputación objetiva de resultados nacidas al hilo del delito imputable al injusto doloso tienen como punto obligado de referencia en la doctrina

(1990), pp. 914 y ss.; BOCK, *Ideen und Schritten im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention*, ZStW, 103 (1991), pp. 636 y ss.; SILVA SANGHEZ, *Approximation*, pp. 204 y s., 229 y ss.; STÜCKINGER, *Nicht ohne meine «Schuldselbstkritik der systematischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schulddelikttheorie von Günther Jakobs*, KI, 1993, pp. 33 y ss., 47 y s.; HIRSCH, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, ZStW, 106 (1994), pp. 746 y ss., 752.

alemana a ARMIN KAUFMANN¹¹⁴, quien señaló que todos los problemas y casos abarcados por la imputación objetiva —salvo el de la causalidad y el del desvío irrelevante del proceso causal¹¹⁵— no constituyen más que un problema de Parte Especial. Los criterios de imputación desarrollados son sólo, de acuerdo con este pensamiento, un conjunto de topoi interpretativos referidos a los tipos en especial¹¹⁶, además, ARMIN KAUFMANN sostuvo que las restricciones que se quieren alcanzar por medio de la imputación objetiva, también se alcanzan a través del dolo, que en el injusto del tipo doloso, codetermina el injusto¹¹⁷. En España

¹¹⁴ FS Jeschek, I, pp. 251 y ss.; cfr. también LK-HIRSCH, 10^a ed., n.m. 32, previo al § 32, con ulteriores referencias.

¹¹⁵ La tradicional problemática de la desviación de los procesos causales ha sido abordada por ROXIN a partir de la idea de que también existe una imputación objetiva al dolo, es decir, al tipo subjetivo en la que debe considerarse «el plan del autor» como criterio determinante [CPC, 1989, pp. 765 y ss.; *idem*, AT, § 12, n.m. 135 y ss.; en la misma línea argumental, cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», en GIMBERNAT-SCHÜNEMANN-WOLTER (eds.), *Omission e imputazione obiettiva en Dretcho penal*, Madrid, 1994, pp. 91 y ss. [= «Die Gefahrverwirklichung im Erfolg und die Zurechnung zum Vorsatz bei Kausalverwicklungen», en GIMBERNAT-SCHÜNEMANN-WOLTER (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, pp. 25 y ss.]; WOLTER, en *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, pp. 14 y ss. Frente a la denominada «imputación objetiva al dolo», FRISCH *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 616 y ss.) habla de una «imputación subjetiva» del resultado al dolo. En cualquier caso conviene dejar claro que la problemática en cuestión, no afecta al tipo objetivo, ni tampoco a la relación de riesgo (objetivamente considerada) sino al tipo subjetivo (como el propio ROXIN reconoce, al tratar estos supuestos en el ámbito del dolo).

¹¹⁶ FS Jeschek, I, pp. 251 y ss., 271.

¹¹⁷ FS Jeschek, I, pp. 272.

este punto de vista es compartido por CERESO MIR¹¹⁸ y GRACIA MARTÍN¹¹⁹.

En lo que se refiere al delito imprudente, también los críticos han señalado que no hay lugar para una teoría de la imputación objetiva. En este ámbito, las críticas proceden de STRUENSEE¹²⁰, IIRSCH¹²¹ y KÜPPER¹²² en Alemania, y son compartidas en España por CUELLO CONTRERAS¹²³ y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO¹²⁴. En este contexto, mientras HIRSCH y KÜPPER señalan que partiendo de los tradicionales elementos de la infracción del deber de cuidado y la llamada relación de contrariedad a deber o relación de antijuricidad, ya no queda espacio para la teoría conjunta de la imputación¹²⁵, STRUENSEE cuestiona

¹¹⁸ PG, I, pp. 347 y ss.

¹¹⁹ En DIEZ RIPOLES-GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 44.

¹²⁰ *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, GA, 1987, pp. 97 y ss.; *idem*, *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, JZ, 1987, pp. 53 y ss. (traducción de Cuello Contreras con la colaboración de Serrano González de Murillo, *El tipo subjetivo del delito imprudente*, ADPCP, 1987, pp. 424 y ss.).

¹²¹ *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW*, ZStW, 93 (1981), pp. 831 y ss., y ZStW, 94 (1982), pp. 239 y ss.; *idem*, «El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel» (traducción de Mariano Bacigalupo), en POLAINO NAVARRETE (ed.), *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, pp. 17 y ss.

¹²² *Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990.

¹²³ *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid, 1990.

¹²⁴ *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y Regulación legal)*, Madrid, 1991. Sobre las críticas a la teoría de la imputación objetiva en la doctrina italiana cfr. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morfe della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpatorezza?*, en Studi in memoria di Pietro Nuvolone, Milano, 1991, pp. 331 y ss. [traducción española de Sainz Cantero en CPC, 46 (1992), pp. 117 y ss.].

¹²⁵ KÜPPER, *Grenzen*, pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y s.

en el injusto imprudente la posibilidad de un juicio puramente objetivo de la contrariedad al deber de cuidado, como lo demuestra en su opinión la amplia inclusión de los conocimientos especiales, lo cual denota que se trata de un problema de tipo subjetivo¹²⁶.

En esencia, puede decirse que la discusión gira en torno a dos cuestiones: si los concretos criterios de selección son comunes al delito doloso e imprudente, y cuál es la relevancia que corresponde, a efectos de considerar el juicio de valoración como un juicio objetivo, a que se tome en consideración los conocimientos del autor¹²⁷. Objeción por la que aflora, una vez más, lo que MIR PUIG ha denominado, con razón, el debate doctrinal más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito, cual es el del papel de lo objetivo y subjetivo de dicha teoría¹²⁸.

En lo que concierne al primer aspecto, los criterios de selección son en ambos contextos, en el delito imprudente

¹²⁶ JZ, 1987, pp. 53 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, pp. 118 y s. Sobre la base de las críticas de STRUENSEE, ROXIN ha reconocido que «posiblemente y en la práctica (s.c. la imputación objetiva) con frecuencia depende también de factores subjetivos y psíquicos internos» (*Finalität und objektive Zurechnung*, en GS Armin Kaufmann, München, 1989, pp. 237 y ss. (= *Finalidad e imputación objetiva*, CPC, 1990, pp. 131 y ss., traducción de Enrique Casas Barquero).

¹²⁷ Sobre lo controvertido de la cuestión cfr. ARMIN KAUFMANN, FS Jescheck, I, pp. 251 y ss., 265; STRUENSEE, GA, 1987, pp. 97 y ss.; MIR PUIG, ADPCP, 1988, pp. 661 y ss.; *idem*, GS Armin Kaufmann, pp. 253 y ss.; ROXIN, GS Armin Kaufmann, pp. 237 y ss.; JAKOBS, GS Armin Kaufmann, pp. 271 y ss., 282 (= *idem*, ADPCP, 1991, pp. 493 y ss., traducción de Suárez González).

¹²⁸ «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 181 (con anterioridad en ADPCP, 1988, pp. 661 y ss.), *idem*, PG, pp. 247 y ss.

y en el delito doloso, tanto para FRISCH como para JAKOBS, idénticos.¹²⁹ En lo que se refiere a la segunda de las cuestiones, tanto FRISCH como JAKOBS parten del presupuesto de que al injusto le es esencialmente necesaria una *medida objetiva*, pues las normas se configuran como estándares de comportamiento, de manera que los miembros de la comunidad puedan orientarse recíprocamente por ellas. De no admitirse esto, difícilmente cabría mantener el principio de confianza en el tráfico rodado.¹³⁰ De ahí que lo objetivo aquí signifique, en la afortunada expresión de MR PUG, «intersubjetivo».¹³¹ Debiera por tanto rehuirse de la pretensión de construir la objetividad, en el ámbito penal, partiendo de perspectivas ontológicas, desconocedoras de la fenomenología espacio-temporal concreta, y que no atiendan a la perspectiva del observador con los conocimientos de los que dispone, pero sí de los que se puedan disponer en el futuro, pues las normas regulan comportamientos que se producen en un determinado tiempo y lugar. Esta es, en nuestra opinión, la

¹²⁹ Frente a la pretensión de los críticos de rechazar los criterios de imputación en el delito doloso, y resolver los problemas sobre la base del topos del «poder de acción final» que caracteriza la acción humana, la conducción final, FRISCH señala, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 73, que cuando se dice que el poder de actuación final encuentra sus límites en lo que se caracteriza como ordinario o extraordinario de acuerdo con la experiencia de la vida, ello no es más que una profesión de fe carente de una prueba convincente; además el cliché de la actuación final fundado sobre estructuras del ser se convierte en «una función, de decisiones normativas», como lo demuestra el que se niegue el delito doloso en casos de riesgos de la vida generalmente tolerados perseguidos por el sujeto (p. 73).

¹³⁰ También difícilmente cabría exigir como requisito en la legítima defensa la *ilicitud* de la agresión.

¹³¹ *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 184.

óptica desde la que debiera abordarse la problemática cuestión de la influencia de los conocimientos del autor en el filtro de la imputación objetiva.

En este punto, JAKOBS llega a una solución coherente con su punto de partida: en realidad, la cuestión estriba en definir cuál es el sujeto «cuyo comportamiento ha de pasar el filtro de la imputación objetiva antes de que se subjetivice la imputación».¹³² sólo si el sujeto se define de modo normativo, a través del rol social que desempeña, podrá sostenerse que éste es destinatario de expectativas generales, y que por tanto realiza comportamientos que se interpretan de modo objetivo-general. En todo caso, el planteamiento en términos de «objetivos» y «subjetivos» es, al menos, incompleto desde la perspectiva de la concepción de JAKOBS, si se considera que para este autor la imputación objetiva consiste en la *interpretación*, en cuanto acto de comunicación, de un comportamiento. Ciertamente, es un individuo, una persona dotada de subjetividad quien se expresa a través del hecho. Esta es la razón por la que con frecuencia no podrá obtenerse el significado (objetivo, en el sentido de intersubjetivo) del comportamiento sin conocer la representación interna de quien actúa. Por ello, para JAKOBS, lo decisivo es definir al sujeto que actúa en sociedad y al que le es imputado su comportamiento,¹³³ pues esta definición también ofrecerá las pautas necesarias para interpretar de modo generalmente válido dicho comportamiento (en este sentido, de manera objetiva) decidiendo cuáles de sus conocimientos individuales son relevantes. Sin embargo, igual que parece claro este punto de

¹³² GS Armin Kaufmann, p. 271; *idem*, AT, 7/47 y ss; en especial, 7/49 y s.

¹³³ Cfr. GS Armin Kaufmann, p. 271.

partida, es menos seguro que la idea de rol social utilizada por JAKOBS en este ámbito pueda aportar claridad al problema. El rol como mucho es una abreviatura del ciudadano modelo en cada contexto, y esto último es precisamente lo que la imputación objetiva del comportamiento debe determinar.

FRISCH también parte de la base de que la justificación de filtros objetivos como los que establece la teoría de la imputación objetiva no depende de que la cuestión de la creación de un peligro desaprobado pueda ser resuelta siempre sobre la base de realidades objetivas¹³⁴. Incluso cuando se deba recurrir a lo subjetivo, ello en modo alguno indica para FRISCH que la exigencia de la creación del peligro desaprobado carezca de significación para el tipo objetivo. En este sentido, si bien en los supuestos en los que el sujeto dispone de conocimientos especiales parecen demostrar la relevancia de lo subjetivo, para FRISCH lo que se está haciendo de este modo es contraponer con un ropaje subjetivo (conocimiento-desconocimiento) dos situaciones de riesgo distintas que en todo momento se pueden formular objetivamente¹³⁵. De ahí que no le falte razón a FRISCH cuando señala que la forma de expresión que parte del correspondiente estado de conocimiento no debe ocultar las respectivas situaciones de riesgo objetivamente constituidas: «la referencia al conocimiento o desconocimiento de determinadas circunstancias sólo dice a partir de cuál complejo de factores se debe proceder para la valoración del riesgo en un caso concreto»¹³⁶. El hecho de que se parte del caso aislado

¹³⁴ *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 79.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

no modifica el que normativamente lo decisivo sea que determinadas situaciones de riesgo se valoran de distinta manera¹³⁷.

IV

a) En el primer capítulo del estudio aquí recogido, JAKOBS expone, junto a los fundamentos teóricos, las *instituciones dogmáticas* a través de las cuales pretende articular la teoría de la imputación objetiva. En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, propone cuatro instituciones: riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima. Aunque el mismo JAKOBS reconoce que no es tan esencial la articulación dogmática concreta, cabe subrayar que en cierto modo esta subdivisión parece ser menos definitiva que los fundamentos que están en su base.

En este sentido, quizás la institución cuya autonomía conceptual resulte más dudosa sea el principio de confianza, pues tan sólo constituye una concreción de lo que generalmente puede reputarse como «riesgo permitido»: es decir, se trata de determinar cuándo existe, con ocasión del desarrollo una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos. Por ello, cabe pensar que los supuestos de aplicación del principio de

¹³⁷ *Ibidem*.

confianza no dejan de formar parte del grupo de casos en los que el riesgo permitido requiere una adaptación a las circunstancias concretas, cosa que también sucede en otros muchos sectores del riesgo permitido.¹³⁸

Por otro lado, la institución de la «competencia de la víctima», cuyos rasgos esenciales JAKOBS se limita a esbozar en el primer capítulo, pero que no se desarrolla en el presente estudio —y que además en su tratado sobre la Parte General adolece de un tratamiento disperso y poco coherente en algunos puntos¹³⁹—, es la que presenta un menor grado de determinación y por ello está necesitada aún de una posterior ampliación. En cambio, puede decirse que en la concepción de JAKOBS muestran rasgos más perfilados las otras dos instituciones propuestas como

¹³⁸ Cfr. ya JAKOBS, *Regelverbot beim Erfolgsdelikt, Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*, ZStW, 89 (1977), pp. 1 y ss., 13, 29 y ss.; *idem*, AT, 7/51, donde concibe en parte el principio de confianza como un «supuesto particular» del riesgo permitido (y en otro sector como parte de la prohibición de regreso); en el sentido del presente texto, en contra de la autonomía sistemática del principio de confianza, también REYES ALVAREDO, *Imputación objetiva*, pp. 141 y ss., especialmente pp. 143 y s.; a favor de la autonomía sistemática, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 325 y s.

En la doctrina española se ha considerado al principio de confianza no como elemento de una teoría general de imputación objetiva, sino como criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en el ámbito del delito imprudente; cfr., por ejemplo, CEREZO MIR, P.G., I, pp. 423 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 327 y ss.; JORGE BARRERO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, pp. 117 y ss.

¹³⁹ Cfr. las distintas construcciones de JAKOBS en AT, 7/61, 7/104 y ss., especialmente en relación con 7/124 y ss.; 29/53 y ss.; cfr. el desarrollo de la cuestión realizado por su discípulo DEKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 175 y ss., a partir de la concepción de JAKOBS de la prevención general positiva.

elementos de la imputación del comportamiento: el riesgo permitido y la prohibición de regreso.

En todo caso, cualquiera que sea la subdivisión con la que se opere en este primer nivel de imputación objetiva —cuestión a la que, como se ha dicho, el propio JAKOBS atribuye una importancia secundaria—, aparece claramente una diferenciación que podamos considerar «horizontal» frente a las instituciones propuestas por JAKOBS: la diferenciación entre las instituciones con vigencia sólo o parcialmente en *condiciones ideales*, es decir, supuestos en los que el sujeto ha de adaptarse al contexto concreto para evitar que su comportamiento sea típico (este es el caso del riesgo permitido y del principio de confianza) y aquellas otras que según JAKOBS han de regir de modo *plenamente contrafactivo* (aún en caso de lesión previsible o prevista), esto es, aquellas instituciones que garantizan de modo más amplio al individuo un ámbito de actuación desvinculado de posibles lesiones que se deriven de su actuar (se trata aquí del riesgo general de la vida como riesgo mínimo de la vida social y de la prohibición de regreso).

b) El capítulo segundo centra su atención en el análisis del significado y alcance del *riesgo permitido*, que —junto al principio de confianza— constituye el sector en el que cabe constatar una mayor coincidencia en los resultados con la doctrina mayoritaria, aunque JAKOBS lo construya partiendo de una definición claramente normativa del «riesgo», desligada de probabilidad estadísticas de lesión.¹⁴⁰ El riesgo permitido se define en la concepción de

¹⁴⁰ Cfr. ya JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, ZStW, 76 (1974), suplemento, pp. 12 y ss., 14 y ss.; y AT, 7/35, aspecto que subraya también TORO LÓPEZ, *Estudios Penales y Criminológicos*, 10 (1987), pp. 383 y ss., 397 y ss.

JAKOBS como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, *desvinculado* de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento. Desde esta perspectiva hay que resaltar la polémica que se plantea en cuanto a la fundamentación de esta institución; JAKOBS insiste en que al riesgo permitido no siempre subyace una ponderación consciente de bienes¹⁴¹, sino que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica —de una ponderación omitida—; dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación¹⁴².

c) Probablemente, la institución más original de la imputación objetiva tal y como la concibe JAKOBS es la de la *prohibición de regreso*, que se analiza en el capítulo tercero. Quizás también sea aquel sector en el que el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva que ofrece el presente estudio muestre más novedades respecto del contenido de anteriores trabajos. De modo sintetizado, cabría decir que lo que esta institución pretende es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva¹⁴³. Esta conclusión cons-

¹⁴¹ Y desde luego, no una ponderación que haya de realizar el juez con posterioridad al hecho, sino que la determinación del nivel de riesgo permitido es previa, está contenida en la norma: cfr., sin embargo, de otra opinión, por ejemplo, SCHÜNEMANN, JA, 1975, pp. 435 y ss., 576 y ss., 577.

¹⁴² Cfr. también JAKOBS, AfT, 7/36, especialmente notas 62 y 63, y en contra FRÜSCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 72 y ss., afirmando que siempre cabe reconstruir la ponderación; en sentido similar, por ejemplo, también WOLTER, en GIMBERNAT-SCHÜNEMANN-WOLTER (eds.): *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, p. 5.

¹⁴³ Cfr. MIR PUIG, PG, p. 250, quien también ha planteado la conve-

tituye en cierto modo el punto de llegada de un camino que JAKOBS inició con su estudio sobre la prohibición de regreso¹⁴⁴, en el que por primera vez hacía uso de esta denominación para plantear la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos, necesidad resumida en su conocida frase «no todo es asunto de todos»¹⁴⁵. Frente al estadio de desarrollo alcanzado en aquel estudio, teñido aún en cierta medida de subjetividad¹⁴⁶, JAKOBS llega a postular ahora el engarce de la teoría de la participación en la imputación objetiva del comportamiento¹⁴⁷, presentando a la prohibición de regreso como el reverso de la participación punible. En este sentido, la institución de la prohibición de regreso en JAKOBS configura los límites de la responsabilidad (y por tanto de la posición de garantía), y excede con mucho del horizonte de la antigua doctrina de la «prohibición de regreso» como interrupción del nexo de imputación entre un primer comportamiento

niencia de esta unión, si bien desde una perspectiva diversa; también aplica criterios de imputación objetiva a la participación, tomando como ejemplo la inducción, TORO LÓPEZ, ADPCP, 1986, pp. 33 y ss., 45 y ss.; en la misma dirección que JAKOBS, respecto de la coautoría, LESCH, *Die Begründung mittelbarer Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, ZStW, 105 (1993), pp. 271 y ss., especialmente 274 y ss., 281 y ss.

¹⁴⁴ *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*, ZStW, 89 (1977), pp. 1 a 35.

¹⁴⁵ ZStW, 89 (1977), p. 30.

¹⁴⁶ Cfr. ZStW, 89 (1977), pp. 1 y ss., especialmente pp. 22 y ss.

¹⁴⁷ Partiendo de una concepción global similar a la de JAKOBS, REYES ALVARADO (*Imputación objetiva*, pp. 327 y ss.) considera, sin embargo, que la prohibición de regreso carece de significado autónomo y se refiere a ambos niveles de la imputación objetiva.

imprudente y un posterior comportamiento doloso¹⁴⁸. Para JAKOBS, la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser «distranciados» de él. Opera cuando el sujeto que realiza la actividad que facilita el comportamiento delictivo no tiene que aceptar como algo común el delito cometido. Desde esta óptica, la prohibición de regreso configura el ámbito de intervención no delictiva en el suceso y determina el campo de la «no-participación (punible)». A partir de estos postulados, JAKOBS propugna una especie de concepción extensiva de la autoría¹⁴⁹, o mejor dicho, una concepción unitaria del injusto en el que intervienen varios sujetos o «sistema unitario de participación»¹⁵⁰, describiendo a partícipes y autores como creadores de una

¹⁴⁸ Sobre los distintos argumentos utilizados por los partidarios de la antigua doctrina de la prohibición de regreso cfr. en detalle NAUCKE, ZStW, 76 (1964f), pp. 409 y ss., 421 y ss. *Ibid.* también la solución al problema, favorable al establecimiento de una prohibición de regreso en este sentido, que NAUCKE desarrolla en parte sobre la base de la «antigua» teoría de la imputación objetiva de LAENZ y H. MAVER, centrada en la idea de la dominabilidad a través de la voluntad (cfr. *supra* I), pp. 428 y ss.; sobre la discusión más reciente cfr. ROXIN, *Bemerkungen zum RegreBurbot*, FS Tröndle, Berlin-New York, 1989, pp. 177 y ss.; en general, sobre las construcciones planteadas bajo la denominación de «prohibición de regreso», cfr. por todos últimamente REYES AYVARADO, *Imputation objektiva*, pp. 320 y ss., con numerosas referencias.

¹⁴⁹ Sobre las distintas concepciones «unitarias» o «extensivas» de autor, cfr. los exhaustivos análisis de PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, pp. 262 y ss., y DIAZ Y GARCÍA-CONILLO, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, pp. 43 y ss., 253 y ss.

¹⁵⁰ Este término ha sido acuñado por PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, p. 323.

misma unidad de sentido, y, por tanto, como intervinientes en un injusto colectivo¹⁵¹. JAKOBS llega así a la conclusión de que frente al campo de lo no punible, el hecho conjunto ha de verse delimitado de modo objetivo —y no subjetivo, por medio del *animus* de los intervinientes—, precisamente por estar basada la construcción en la expresión colectiva de sentido creada a través del hecho¹⁵². Con este punto de partida —con el que no se pretende llegar a un concepto unitario de autor en el sentido de renunciar a distinguir las diversas aportaciones de los intervinientes— parece que la diferenciación dentro del campo de lo punible, entre autores y partícipes, debería llevarse a cabo con base en criterios *cuantitativos*, y no cualitativos¹⁵³ (puesto que para todos los intervinientes en el hecho colectivo la razón de la responsabilidad es la misma); éste es uno de los puntos en la construcción de JAKOBS en el que aún cabe esperar ulteriores concreciones, puesto que el problema de la delimitación cuantitativa está aún pendiente de desarrollo.

d) Una cuestión que llama la atención en el conjunto diseñado por JAKOBS es el contraste del gran desarrollo

¹⁵¹ En la doctrina española, y desde la perspectiva de la teoría de la participación, ya había realizado una aproximación similar PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, pp. 323 y ss., especialmente 335, 336: «... el propio desvalor del hecho del partícipe solo puede ser captado adecuadamente si se lo contempla en su relación con el comportamiento de otros sujetos. Una consideración global y no aislada ... es imprescindible».

¹⁵² La concepción de JAKOBS tiene antecedentes en posturas históricas muy diversas; cfr. el análisis realizado por PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, primera parte, *passim*; en este sentido, por ejemplo, cabe apreciar similitudes incluso con la teoría de imputación de PUFENDORF (cfr. la exposición de PEÑARANDA RAMOS, *op. cit.*, pp. 76 y ss., 81 y ss., 83 y s.) y con algunas posturas más recientes (cfr. PEÑARANDA RAMOS, *op. cit.*, pp. 284 y ss. (respecto de la coautoría), 309 y s.).

¹⁵³ Cfr. últimamente en este sentido LESCH, *Täterchaft und Gestaltungsbeziehung*, CA, 1993, pp. 112 y ss., 119, con referencias.

realizado en el primer nivel de imputación objetiva, la imputación del comportamiento, con cierta parquedad en la fundamentación teórica de la imputación objetiva del resultado, es decir, en cierta medida un reparto de pesos inverso al de la teoría de la imputación objetiva mayoritaria, que se refiere sobre todo a casos de esta índole (*vid. supra* II). Si bien ello es consecuencia de la concepción de la imputación objetiva como teoría del «lado externo del injusto»¹⁵⁴, que, como es sabido, representa un enfoque más amplio que el tradicional (*vid. supra* III), de todos modos hay que preguntarse por el papel que juega la imputación de resultados en el planteamiento global de la imputación objetiva. Desde la perspectiva de JAKOBS parece necesario un mayor esfuerzo de explicación; incluso puede decirse que aún falta una teoría general del resultado como injusto objetivo¹⁵⁵, ya que aparte de alguna genérica referencia al resultado como «aumento cuantitativo» de la objetivación del quebrantamiento de la norma¹⁵⁶, no queda claro cuál es la relación entre este quebrantamiento externo de la norma, que es concebido por JAKOBS como «resultado»

¹⁵⁴ JAKOBS, AT, 7/1.

¹⁵⁵ En este sentido, PUPPE, *Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik*, GA, 1994, pp. 297 y ss., 317.

¹⁵⁶ Por ejemplo, JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 25; cfr. las críticas a la falta de definición de la concepción de JAKOBS en este punto desarrolladas en la monografía de SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, Bogotá, 1995 (= *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, Köln, etc., 1995), especialmente §§ 4 y s., centrada en gran medida en la obra de JAKOBS. Este problema se plantea, como es natural, con especial virulencia al analizar las relaciones entre la teoría de la tentativa y la imputación objetiva (cfr. *infra* V).

específico del injusto penal¹⁵⁷ (= objetivamente imputable), y el «resultado» en sentido material.

No obstante, en lo que concierne al segundo nivel de imputación, la *realización de riesgos*, JAKOBS le dedica su atención en el capítulo cuarto, que de nuevo muestra avances respecto del estado alcanzado en anteriores trabajos¹⁵⁸. Además de exponerse aquí el engarce de la imputación del resultado con el primer nivel de imputación del comportamiento, partiendo de una definición de riesgo como conjunto de condiciones explicativas de un suceso, se aborda con un nuevo criterio el problema de los así llamados «comportamientos alternativos ajustados a Derecho», pues se propone hallar el criterio de solución en que la causación se haya producido de modo planificable o no: el comportamiento no permitido tan sólo constituirá la explicación del suceso lesivo cuando el curso causal que de él deriva se haya producido de tal manera que su evitación fuese planificable. Cuando ello no sea así, la explicación de la lesión estará en la realización de un riesgo general de la vida.

En este capítulo también se abordan los problemas tradicionales de los daños secundarios y de los comportamientos en los que se omiten las necesarias medidas previas de seguridad. A su vez, y coincidiendo con la doctrina dominante, JAKOBS rechaza la teoría del incremento del riesgo, argumentando que supondría la trans-

¹⁵⁷ Por ejemplo, *Handlungsbegriff*, p. 34.

¹⁵⁸ Cfr. JAKOBS, AT, 7/72 y ss., 7/78 y ss., 7/90 y ss., e *idem*, *Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufsypothese im Strafrecht*, FS Lackner, pp. 53 y ss. (= *Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal*, ADPCP, 1989, pp. 1051 y ss., trad. Suárez González-Cancio Meliá).

formación de los delitos imprudentes de resultado en delitos de tentativa imprudente.

V

La teoría de la imputación objetiva propuesta por JAKOBS se enmarca en una dogmática cuya pretensión es sobre todo la de *explicar* el sistema de imputación que rige en una determinada sociedad en un momento dado,¹⁵⁹ razón por la cual ha sido calificada en alguna ocasión de teoría «sociológica»¹⁶⁰. Esta pretensión ha provocado no pocas críticas de principio al conjunto de su concepción dogmática, vinculadas sobre todo con la crítica de su concepto funcional de culpabilidad, y, en conexión con ello, de la misión que desde la perspectiva de JAKOBS corresponde a la dogmática del Derecho penal. Sin embargo, resulta cuanto menos dudoso que algunas de las críticas formuladas en relación con el carácter «descriptivo» o «positivista» de su sistema puedan considerarse justificadas.

¹⁵⁹ Cfr., por ejemplo, JAKOBS, ADPCP, 1992, p. 1077; *idem*, SCHULDPRINZIP, p. 29 y s.; *idem*, AT, 1/21, 1/23, en donde afirma —invocando a HEGEL— que el contenido del sistema penal (de las normas de éste) depende del «estado de desarrollo» de la sociedad en cuestión; *vid.* también sobre esto MÜSSIG, *Schuld abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterverletzung*, Frankfurt am Main, etc., 1994, pp. 140 y ss., 142 y s., quien sostiene que la teoría de la prevención general positiva —y, por extensión, el sistema dogmático de JAKOBS— es una «concepción positivista» (p. 142); *vid.* también, por todos, últimamente HIRSCH, ZStW, 106 (1994), pp. 746 y ss., 753, quien considera que la aproximación de JAKOBS cumple una «función puramente descriptiva»; y GARCÍA-PALLOS, *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 1993, p. 381.

¹⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 70; en este mismo sentido, STÜBINGEN, KJ, 1993, pp. 42 y s., 45 y s., desarrollando una aguda crítica metodológica a esta perspectiva.

Por ejemplo, en un conocido artículo de BARATTA —uno de los trabajos que quizás más repercusión han tenido en el ámbito de lengua española—, y que se ocupa en lo fundamental de la postura de JAKOBS, se afirma que su concepción «lleva hasta sus últimas consecuencias el modelo de ciencia jurídica propia del iuspositivismo»¹⁶¹, formulando a continuación algunas críticas que parecen menos consistentes que esa primera constatación, como la de que el fundamento de la pena para JAKOBS es el de reprimir una «actitud (interna) de infidelidad al Derecho»¹⁶², o que la aproximación a la *dogmática* defendida por JAKOBS persigue cumplir una determinada función en el plano ideológico («legitimación reocroática del funcionamiento desigual del sistema punitivo»¹⁶³), «designios claramente conservadores del *status quo* legitimadores de cualquier sistema social»¹⁶⁴). En lo que concierne al fundamento de la pena, en modo alguno puede decirse que para JAKOBS éste consiste en la represión de actitudes de infidelidad al derecho, teniendo en cuenta, por ejemplo, que, precisamente en el ámbito de la imputación objetiva, su concepción se caracteriza por ser marcadamente «objetivista»¹⁶⁵. En segundo lugar, la afirmación de que el sistema que propone persigue algún oscuro fin político, no es más que una mera afirmación carente de cualquier apoyo en el análisis de la construcción dogmática propuesta por JAKOBS. Pues su concepción precisamente pretende *describir* en un sistema normativo el funcionamiento de

¹⁶¹ BARATTA, CPC, 1984, p. 542.

¹⁶² Sin embargo, así lo afirma BARATTA, CPC, 1984, p. 542.

¹⁶³ BARATTA, CPC, 1984, p. 549.

¹⁶⁴ GARCÍA-PALLOS, *Derecho Penal*, p. 384.

¹⁶⁵ Cfr., por ejemplo, la cuestión de los «conocimientos especiales», *supra* III, y la constatación de JAKOBS al argumento recogido en el texto en AT, 2, nota 2.

un determinado sistema de imputación; esto es, se trata de una concepción que quiere separar *política criminal* y *dogmática* penal¹⁶⁶, sin que ello pueda ser tomado como prueba de unas determinadas intenciones políticas (cuestión distinta es que esta pretensión sea metodológicamente viable o no¹⁶⁷, y por tanto susceptible de crítica). Es más,

¹⁶⁶ Aunque también la concepción de JAKOBS parte de un determinado sistema social cuyo pilar básico es el reconocimiento del status y de la esfera del ciudadano (cfr. *supra* nota 113). Además, no se debe olvidar que la elaboración de un sistema dogmático — como tantas veces se ha dicho — hace posible sustraer al Derecho penal «a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación» (GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 140 y ss., 158). En este sentido, conviene resaltar que es la de JAKOBS una de las pocas voces en la ciencia penal alemana que con razones dogmáticas (relativas a las consecuencias del principio de legalidad, fundamentalmente) ha puesto en duda que sean legítimos los (al menos cuestionables) procesos seguidos en Alemania contra análogos funcionarios de la extinta República Democrática Alemana, precisamente en vez de realizar una «legitimación tecnocrática» de lo que sucede en la práctica (cfr. JAKOBS, «Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungskraft des Strafrechts nach einem politischen Umbruch», en ISENSEE (ed.): *Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem*, Berlín, 1992, pp. 37 y ss. [=ADPCP, 1994, pp. 137 y ss. (traducción de Patricia S. Ziffer)]; *idem*, *Untaten des Staates-Unrecht im Staat*, GA, 1994, pp. 1 y ss.; *idem*, comentario a la sentencia del BGH de 18 de enero de 1994, NSZ, 1994, pp. 332 y ss.).

¹⁶⁷ Es ésta la intención declarada de JAKOBS, que se manifiesta en los trabajos citados al principio de este apartado (nota 159); expone también esta separación entre los ámbitos de explicación y legitimación del sistema punitivo, por ejemplo, MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 142 y s., 150 y s., 238; crítico, sin embargo, SILVA SANCHEZ, *Aproximación*, p. 70, respecto de la viabilidad de esta pretensión, afirmando que los presupuestos de la imputación en esta concepción son «de dudosa contrastación», también críticos al respecto, por ejemplo, STÜBINGER, KJ, 1993, pp. 39 y s.; SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur gestrigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA, 1995, pp. 201 y ss., 218 y ss.; GARCÍA-PABLOS, *Derecho Penal*, p. 383; cfr. ultimately la respuesta de JAKOBS a este argumento en su ponencia en las Jornadas de Profesores

y en tercer lugar, tampoco queda claro por qué razón la aproximación dogmática propuesta por JAKOBS iba a ser incompatible, de principio, con reflexiones de índole político-criminal o relativas a la legitimidad del sistema o de partes de él¹⁶⁸, afirmación que se ve rotundamente desmentida, por ejemplo, por la crítica que efectúa a ciertos supuestos legales de anticipación de la barrera de la intervención penal¹⁶⁹, descalificándolos como «Derecho penal del enemigo» incompatible con una sociedad de libertades¹⁷⁰.

Retomando el ámbito concreto que aquí importa, pudiera parecer que el sector de la teoría del delito en el que se ubica la imputación objetiva — el tipo objetivo — es más fácilmente acomodable a la pretensión de realizar una aproximación descriptiva que otros sectores de la teoría del delito relacionados más directamente con los fines del Derecho penal¹⁷¹. Sin embargo, también la imputación objetiva propuesta por JAKOBS se encuentra en una relación armoniosa con la parte quizás más conocida de su dogmática y que opera en su concepción como piedra angular de toda la teoría del delito: el concepto funcional de culpabilidad. Igual que el reproche individual de culpabi-

de Derecho penal de 1995 en Rostock [Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrechts? (manuscrito), pp. 2, 4].

¹⁶⁸ BARATTA, CPC, 1984, pp. 548 y s.

¹⁶⁹ Cfr. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 97 (1985), pp. 751 y ss.; *idem*, AT, 25/1a.

¹⁷⁰ ZStW, 97 (1985), pp. 756 y ss.

¹⁷¹ Sobre la compatibilidad de la teoría de la imputación objetiva con sus puntos de partida sistemáticos, ultimately el propio JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrechts?* (manuscrito), pp. 16 y s.

lidad se halla teñido de socialidad en la concepción de JAKOBS, con más fuerza aún este sector del injusto —el lado objetivo del hecho—, concebido como expresión objetiva de un quebrantamiento de la norma penal, es decir, como perturbación social, viene determinado por la interacción social, concretamente, por la *funktion* que para JAKOBS todo el sistema de la imputación penal ha de cumplir en sociedad: la de posibilitar la orientación en el mundo social garantizando las expectativas de comportamiento esenciales.¹⁷² La imputación objetiva, sobre todo en su primer nivel —es decir, la determinación de la tipicidad de la conducta o imputación del comportamiento—, con sus distintas instituciones, reproduce esas expectativas en un primer nivel general y despersonalizado, y en ese sentido, objetivo.¹⁷³ De esta manera, el injusto y especialmente sus reglas de imputación objetiva se configuran como presupuesto necesario para realizar el juicio de culpabilidad que determina todo el sistema de la teoría del delito; en consecuencia, no es de extrañar que JAKOBS conciba al *injusto como concepto auxiliar* en el sistema del Derecho penal, es decir, como parte de un sistema global de imputación que se ve completado tan sólo con la

¹⁷² Cfr. JAKOBS, AT, 1/4 ss., 2/1.

¹⁷³ Utilizan el concepto de «objetivos» en el marco del injusto también en el sentido de imputación «general», a un sujeto cualquiera, o de «intersubjetivo», respectivamente, TORIO LÓPEZ, ADPPCP, 1986, pp. 40 y s. (al referirse a la imputación objetiva, precisamente), y MIR PUIG, en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*: Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», pp. 181 y ss. (= ADPPCP, 1988, pp. 661 y ss.; = GS Armin Kaufmann, pp. 253 y ss.), p. 183 y s.; cfr. también «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», *ibid.*, pp. 225 y ss. (también en ADPPCP, 1994, pp. 1 y ss.), p. 232 (aludiendo a la categoría por él desarrollada en ese trabajo de «antijuridicidad objetiva») (cfr. respecto de lo «objetivo» en la imputación objetiva *supra* III).

concurrencia de todos los requisitos de la imputación, culminando en la culpabilidad, como ámbito definitorio de lo penalmente relevante.¹⁷⁴ Sin embargo, quizás sea este carácter auxiliar que JAKOBS le atribuye al injusto el que permite afirmar que su concepción de la parte objetiva del tipo parece compatible con una fundamentación diversa de la culpabilidad, es decir, que a pesar de que el modo de concebir el tipo objetivo se integra de forma armoniosa en una concepción presidida por la prevención general positiva como raíz de todo el sistema, también cabe imaginar su teoría del tipo en un sistema dogmático con una fundamentación distinta, más «abierto» de la culpabilidad y de los fines del Derecho penal. Ello explica quizás también su amplia coincidencia en materia de imputación objetiva con algunos sectores de la doctrina que no se han adherido expresamente a su visión sobre la culpabilidad (cfr. *supra* III).

En lo que concierne a la conocida polémica de JAKOBS contra la concepción sobre el *bien jurídico* defendida por la opinión dominante, tanto en Alemania como en España¹⁷⁵, es sabido que según JAKOBS, el concepto de bien jurídico no es suficiente (aunque no postule su abandono

¹⁷⁴ JAKOBS, *Handlungsbegriff*, pp. 43 y s.; de todos modos, está claro que JAKOBS no cuestiona la autonomía conceptual del injusto evitable como categoría propia (*Handlungsbegriff*, pp. 36 y ss.), respecto de la evitabilidad individual como elemento del injusto y de su definición en la concepción de JAKOBS; cfr. AT, 6/20 y ss., 6/24 y ss., 6/27.

¹⁷⁵ Desde luego, con numerosas diferencias; *vid.* por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, PC, pp. 19 y ss., 22 y ss.; MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 159 y ss. [= Estudios Penales y Criminológicos, 14 (1991), pp. 205 y ss.], HASSEMER-MUNOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989, pp. 99 y ss., 103 y ss., SKRIDDOLPH, *ntn.*, 79 previo al § 1.

y sustitución por una concepción de «lesividad social»¹⁷⁶) para describir el sistema del Derecho penal vigente en la actualidad, que en su opinión tiene también un fuerte componente insitucional, en el sentido de que protege las condiciones de interacción, las normas sociales básicas mismas¹⁷⁷. JAKOBS pretende enlazar también aquí —al igual que en la reivindicación del componente normativo de la teoría del tipo de WELZEL constituido por la adecuación social¹⁷⁸— con su maestro WELZEL, concretamente, con la conocida reformulación «funcional» del bien jurídico¹⁷⁹, sosteniendo, incluso, que fijar la atención de forma exclusiva en el principio de protección de bienes jurídicos puede constituir una puerta de expansión del campo de lo punible¹⁸⁰, perspectiva que también guarda un alto grado de coherencia con su propuesta en materia de imputación objetiva de comportamientos: la consideración del quebranto del rol de cada sujeto como un elemento central del injusto impide equiparar sin más el injusto a la lesión de un bien jurídico entendido en sentido naturalista.

¹⁷⁶ Cfr. JAKOBS, AT, 2/24.

¹⁷⁷ JAKOBS, AT, 2/5 y ss., 2/7; 2/23 y ss.; en relación con la imputación objetiva, 7/37; MUSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 25 y ss., 43 y ss., 67 y ss., 152 y ss.; cfr. por todos, en cuanto a las críticas planteadas a la concepción de JAKOBS, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, páginas 102 y s., con referencias.

¹⁷⁸ Cfr. sobre esta cuestión *supra* III, nota 110.

¹⁷⁹ WELZEL, ZStW, 58 (1939), pp. 509 y ss., 514 y s.

¹⁸⁰ Ya en este sentido, respecto de las distorsiones en el sistema de imputación (objetiva), JAKOBS, ZStW, 89 (1977), p. 18 y s.; desde una perspectiva más general, *idem*, ZStW, 97 (1985), pp. 751, 752 y ss.; *idem*, AT, 2/25 a; *idem*, *Handlungsbegriff*, p. 36; cfr. también en este sentido, por ejemplo, SCHUNEMANN, *Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts*, FS Bockelmann, p. 129; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 157; MUSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 152, nota 9.

En lo que se refiere a la concepción de JAKOBS respecto del *lado subjetivo del delito*, dolo y culpa, éstos también se incluyen en el injusto, pero no por su condición de hechos psíquicos individuales, sino —una vez constatado el significado *objetivo* del comportamiento en el marco de la imputación objetiva¹⁸¹— como elementos necesarios para que en una fase ulterior pueda constatar el déficit de motivación que es la característica esencial de lo penalmente imputable¹⁸².

En la concepción de JAKOBS, uno de los problemas menos claros quizás sea el de la cristalización de la *tentativa* como problema de imputación objetiva¹⁸³; convergen aquí los problemas de la posición del resultado (en sentido naturalista) en la teoría del delito y el de los conocimientos especiales, problema que implica toda la cuestión de la definición «objetiva» o «subjetiva» del injusto. La cuestión en los términos en los que la plantea JAKOBS es: ¿cuándo un comportamiento adquiere el significado objetivo de delito (cuándo concurre una tentativa)? Y ello porque en

¹⁸¹ Respecto de la cuestión del grado de «objetividad» de la imputación objetiva, cfr. *supra* III.

¹⁸² JAKOBS, *Handlungsbegriff*, pp. 39 y s.

¹⁸³ Ya había planteado la conexión de la tentativa con la imputación objetiva TORO LÓPEZ, ADPCP, 1986, p. 36, y Estudios Penales y Criminológicos, 10 (1987), p. 384; cfr. también la monografía del discípulo de JAKOBS, VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pp. 124 y ss., 135 y ss., y *passim*, en la que se propone definir el injusto de la tentativa como «creación de un riesgo jurídicamente desaprobado» por medio de un comportamiento contrario al rol que es indiciario de la realización del tipo (*op. cit.*, p. 141); también aluden al problema REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, ADPCP, 1992, pp. 933 y ss., 937; *idem*, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, ZStW, 105 (1993), pp. 108 y ss., 126; GÓMEZ BENÍTEZ, en GIMBERNAT-SCHUNEMANN-WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 95 y s.

coherencia con el sistema propuesto, comienzo de ejecución en la tentativa e imputación objetiva del comportamiento deberían ser una misma cosa, ya que la definición de la tentativa como «expresión de un quebrantamiento de la norma»¹⁸⁴ y, en este sentido, como «perturbación social» equivale a la de comportamiento objetivamente imputable: el motivo de la imposición de la pena en la tentativa es «exactamente el mismo que en la consumación»¹⁸⁵. Sin embargo, queda aún por aclarar la relación que ha de existir entre el quebrantamiento de la norma (que para JAKOBS, como se ha dicho, constituye el «resultado» estrictamente jurídico-penal y es «perfecto» en la tentativa¹⁸⁶), y el «resultado» externo en sentido naturalista¹⁸⁷. En este ámbito cabe constatar que aún falta la última pieza¹⁸⁸ que sería en cierto modo la pieza que completaría todo el concepto de injusto.

El empeño de definir los contenidos de la teoría del tipo objetivo a partir de su función dentro del sistema de la teoría del delito es el que ha llevado también a JAKOBS a intentar incluir en la concepción global los delitos de omisión impropia. De hecho, es aquí donde está la explicación de que JAKOBS mantenga que también es necesaria una *posición de*

¹⁸⁴ JAKOBS, AT, 25/21.

¹⁸⁵ JAKOBS, AT, 25/15.

¹⁸⁶ JAKOBS, AT, 1/9, 1/11, 6/71, 25/21; *idem*, GS Armin Kaufmann, p. 277; claro está que desde esta perspectiva la diferenciación entre devalor de resultado y devalor de acción (al verse ambos unidos en la expresión de sentido de quebrantamiento de la norma) resulta «anapropiada» para captar la esencia del injusto (cfr. JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 35).

¹⁸⁷ Cfr. *supra* III y las críticas formuladas por SANGNETTI a este respecto desde una perspectiva subjetivista, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, §§ 2 IV, 3 y s., y *passim*.

¹⁸⁸ También crítica la indefinición de la concepción de JAKOBS VERHLING, *Abgrenzung*, pp. 80 y ss., 82 y ss.

*garantía en los delitos de acción*¹⁸⁹. Pese a su aparente extrañeza, esto no es más que una manifestación de la diferenciación que JAKOBS propugna, distinguiendo entre delitos producidos por la creación o administración de un riesgo común (delitos derivados del estatus general de ciudadano: delitos en virtud de *organización*) y aquellos otros que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento jurídico frente a determinado bien (delitos en virtud de una *institución*). Esta diferenciación no coincide con la subdivisión tradicional entre delitos de omisión y de comisión, ya que ambas categorías abarcan tanto delitos de comportamiento activo como de comportamiento pasivo.¹⁹⁰ Se trata, en definitiva, de distinguir no sobre la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal; y es precisamente dentro de la teoría de la imputación objetiva en donde se lleva a cabo la determinación de la existencia de una posición de garantía; puede suceder que aún concurriendo un comportamiento activo, evitable y con efectos causales no se pueda imputar no toda causación evitable cumple el tipo objetivo, no todo es asunto de todos¹⁹¹, y por ello ha de concurrir una posición de garantía aun en los comportamientos activos; la determinación de esa posición de garantía es equivalente a la afirmación de que el comportamiento es objetivamente imputable¹⁹², es decir, al primer escalón de la imputación objetiva: la imputación objetiva del *comportamiento*.

¹⁸⁹ Cfr., por ejemplo, JAKOBS, AT, 7/56 y ss., 7/58.

¹⁹⁰ Cfr. sobre esto JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omitivo* (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), Bogotá, 1994; *idem*, AT, 1/7, 28/14.

¹⁹¹ JAKOBS, ZStW, 89 (1977), p. 30.

¹⁹² Así ya se insinúa en ZStW, 89 (1977), p. 35.

Por último, y como ya se ha dicho (cfr. *supra* IV), en el texto que sigue JAKOBS traslada, también por primera vez, sus esfuerzos por desarrollar una *teoría del tipo objetivo a la teoría de la participación*. Quizás llame la atención al lector español que esta pretensión lleve a JAKOBS a propugnar —en contra de la opinión dominante alemana y coincidiendo con la doctrina probablemente mayoritaria en nuestro país¹⁹³— de *lege ferenda* la posibilidad de participación imprudente (dada la formulación de los §§ 26 y 27 del StGB alemán)¹⁹⁴.

Como conclusión cabe señalar que para JAKOBS la relevancia jurídico-penal de un comportamiento se manifiesta sólo a partir del tipo objetivo¹⁹⁵; el estudio que sigue a estas páginas sistematiza las reglas dogmáticas que lo rigen. Debe quedar claro que este cuerpo dogmático de la imputación objetiva es aún un organismo en desarrollo; sin embargo, el presente trabajo contribuye de forma poderosa a que sus rasgos vayan cristalizándose cada vez con mayor nitidez. También muestra la fuerza expansiva que esta reformulación de la tipicidad ha de tener respecto del conjunto de la teoría del delito, y pone de manifiesto la coherencia interna del sistema dogmático —que, desde luego, bien merece esa denominación— desarrollado por su autor.

¹⁹³ Sobre ello cfr., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, 1976, p. 813; JORGE BARRERO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, pp. 122 y ss.

¹⁹⁴ Apuntaba esta postura ya en AT, 21/111 y ss.
¹⁹⁵ JAKOBS, AT, 7/1.

CAPÍTULO I FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACION OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO

I. EL PECADO ORIGINAL

Ya el primer caso conocido en la historia de la Humanidad de un quebrantamiento de una norma, trasluce —aunque débilmente— un problema de la imputación objetiva. Después de creado el ser humano y nada más promulgada la primera norma, con el contenido «mas del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás», como nos cuentan los dos primeros capítulos del Génesis, esta norma fue inmediatamente quebrantada (Génesis, capítulo 3), y Adán, cuando se le pidieron explicaciones, declaró en una mezcla de relato y defensa: «La mujer que me diste por compañera me dio del árbol, y yo comí». Esta declaración probablemente sea algo más que una mera narración de lo que había sucedido; además, supone una referencia a que desde la perspectiva de Adán, todo lo acontecido tenía una apariencia inocua, puesto que, en primer lugar, fue una persona responsable, la hembra,

Eva, quien inició el proceso, y en segundo lugar, Eva era una persona que le había sido entregada por Dios mismo, de modo que éste debía aceptar la realidad de la que había surgido el hecho como su propia realidad. Por tanto, ¿está obligado Adán a ocuparse él mismo de que se respeten las normas divinas cuando sigue a una persona responsable; que además ha sido puesta a su lado por la propia mano de Dios? O nge en este contexto un principio de confianza que exonera, o al menos atenúa la responsabilidad, con el siguiente contenido: lo que una persona responsable sugiere, puede ser asumido con los ojos cerrados, teniendo en cuenta que, especialmente, el contacto con dicha persona es grato a los ojos de quien promulga la norma?

Como es sabido, el creador del mundo no reconoció semejante principio de confianza, sino que decidió, por el contrario, que al menos en el caso que nos ocupa, cada uno de los intervinientes debía responder plenamente de lo ocurrido y de las consecuencias que derivaron. Sobre esto volveré al final. Tampoco Eva pudo hacer recaer su responsabilidad sobre la serpiente; es más, incluso la serpiente hubo de responder, a pesar de ser un animal, esto es, una criatura inferior al ser humano en la jerarquía de la creación. Las consecuencias del fallo divino, de que todos los participantes habían de responder, determinan nuestra existencia hasta el día de hoy. A pesar de este rechazo del principio de confianza, de dramática importancia en la historia de la Humanidad, merece la pena pensar acerca de si todo el mundo ha de tomar en cuenta todas las consecuencias de todo contrato social, o si, por el contrario, hay ciertos comportamientos que conllevan consecuencias que pueden interpretarse en un contexto más restringido, excluyendo las consecuencias de dichos

contactos. Este es el problema de la imputación objetiva del comportamiento, que será tratado en este apartado de modo exclusivo, dejando al margen la imputación del resultado.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A) Cuando un contrato social produce una defraudación —siempre que se trate de un contrato social—, teóricamente al menos dos personas se ven implicadas, una víctima y un autor, utilizándose aquí la denominación «autor» sólo de modo provisional: *prima facie* no puede excluirse que la persona en cuestión sea el autor. Desde el punto de vista práctico, sin embargo, la pura relación circunscrita a dos personas carece de toda relevancia, pues siempre cabe identificar a terceras personas que han configurado de determinada manera el contacto y que por tanto también son potenciales autores (quien sea denominado «autor» y quién «tercero» depende únicamente de la circunstancia de cuál sea la persona con la que se inicie el análisis al intentar resolver un caso). A modo de ejemplo: un agricultor incorpora a su finca una nueva máquina; uno de sus peones la toca lleno de curiosidad y resulta herido. Además del agricultor, como autor, y del peón, como víctima, también el fabricante y el distribuidor de la máquina han configurado la situación. Todos los participantes —partamos de esta base— tenían la misma posibilidad de conocer el curso lesivo. Así las cosas, hay tres posibilidades —acumulables— de explicar, a través de la imputación, el curso lesivo, y «explicar a través de la imputación» significa lo siguiente: un riesgo del que debe responder uno de los intervinientes (o varios de ellos) es definido como causa determinante,

mientras que todas las demás condiciones se consideran no determinantes, es decir, se estiman socialmente adecuadas. La primera de las posibilidades consiste en imputar el curso lesivo a la propia víctima, esto es, explicarlo a través de su propia competencia; por ejemplo: quien manosea una nueva máquina, crea, por medio de la lesión de sus deberes de autoprotección, el riesgo de sufrir un daño. La segunda explicación considera que lo decisivo es el comportamiento del autor que ha colocado la máquina: quien pone en funcionamiento máquinas nuevas debe ocuparse de que ningún curioso se lesione. Finalmente, el curso lesivo puede imputarse también al fabricante y al distribuidor, esto es, a terceros: quien construye y suministra máquinas, debe ocuparse de que todas las piezas peligrosas sean seguras cualesquiera que sean las condiciones de funcionamiento.

Aparte de estas explicaciones por medio de la imputación también hay una explicación que tiene lugar sin que haya imputación, una explicación meramente cognitiva: a ninguno de los intervinientes debe reprochársele nada —el diseño respeta el estándar, la puesta en funcionamiento también, y el trabajador curioso actuaba impulsado por un loable instinto de adquirir mayores conocimientos, sólo que tuvo mala suerte, y evitar todas las desgracias resulta imposible—.

Comportamiento incorrecto de la víctima, comportamiento incorrecto del autor, comportamiento incorrecto de un tercero o —sin que se produzca imputación alguna— desgracia; éstas son, por tanto, las posibles explicaciones de un curso lesivo. Todas estas explicaciones admiten ser combinadas. Ello es evidente en lo que se refiere a las explicaciones que se producen por medio de la imputación. En este sentido, por ejemplo, puede que tanto el autor

como el tercero hayan infringido sus deberes de garantizar la seguridad de la máquina; o puede que tanto el autor como la víctima sean competentes, lo que equivaldría a la concurrencia de culpas que se conoce en Derecho civil. No obstante, también la explicación como desgracia puede añadirse a una explicación por medio de la imputación, incluso estará presente de forma necesaria cuando los reproches a formular a los intervinientes sean leves: cuanto menor sea el fallo de los intervinientes, en mayor medida el curso constituye una desgracia, hasta que en último extremo, si nadie falló, sólo resta el «infortunio» como explicación.

B) Se trata de toda una panorámica de posibilidades, pero, ¿cuál conduce a la solución correcta? La convicción de que esta pregunta no puede ser contestada sin tener en cuenta el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad concreta de la que se trate es una de las enseñanzas nucleares de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento. Bien es cierto que la imputación como *forma* se reconduce a los inicios de la cultura humana —como demuestra el intento de Adán de defenderse—, pero su *contenido* depende del correspondiente contexto social, como puede fácilmente colegirse del ejemplo antes mencionado: una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad; incluso puede que esta sociedad considere

deseables el espíritu emprendedor del adquirente de la máquina y la curiosidad del operario, exonerándose, respectivamente, de los deberes de protección o autoprotección; de ser así, la lesión se convierte en desgracia. La relación entre el propietario y el obrero se regirá, por un lado, por el grado de conocimientos relativos al riesgo que con carácter general quepa esperar de una persona dentro de su rol, y, por otro, por la configuración más bien paternalista o más bien liberal del vínculo que les une. En todo caso, depende del contexto social cuál de las posibles soluciones resulte elegida. Por consiguiente, la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a una sociedad concreta.

C) Por tanto, del entramado de relaciones causales que cabe constatar en cualquier contacto que produzca una defraudación, se selecciona un determinado haz que se define como riesgo determinante, que compete a uno o a varios de los intervinientes, o que la víctima debe soportar a título de desgracia. Pero, ¿por qué se imputa de este modo y no de otra manera, es decir, por qué no se imputa a todo aquel que sea capaz de evitar el curso lesivo? Después de exponer hasta el momento en qué consiste, a grandes rasgos, la imputación objetiva, es decir, en el reparto de responsabilidades, a continuación se intentará ofrecer una fundamentación teórica, esto es, se intentará demostrar cómo la necesidad de las reglas de imputación objetiva deriva de la misión de la imputación jurídico-penal.

En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico-penal, se vinculan un suceso que acontece en el mundo y un destinatario de la imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el

suceso; es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de algo meritorio, como para mal, en la imputación a título de reproche. En este sentido, a quien dispara sobre otra persona hasta causarle la muerte, el homicidio se le imputa como un hecho meritorio si se trata de eliminar un peligroso enemigo, y como obra reprochable si se mató sin razón alguna. Las respuestas habituales a la pregunta acerca de por qué se le imputa la muerte precisamente a quien disparó serían las siguientes: porque causó la muerte, o la causó de modo adecuado o, en todo caso, la causó dolosamente; éstas serían las respuestas de causalistas y finalistas. Pero estas respuestas, en su naturalismo, son absolutamente insuficientes. El suceso también ha sido *causado* por un círculo inabarcable de personas, incluyendo a la propia víctima, quienes lo han causado de modo adecuado o doloso son algunos menos, pero siguen superando el número de destinatarios idóneos de la imputación. En este sentido, el constructor de un arma puede haber causado una muerte de modo adecuado e incluso conscientemente, sin que simplemente por ello hubiera que imputarle el homicidio.

Por tanto, la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que

el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se veía asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares.

En la realidad social, sin embargo, cuando tiene lugar un contacto social no se produce una conjunción completa de los ámbitos vitales de los intervinientes, sino tan sólo una apertura limitada. El diseñador de automóviles ha de diseñar vehículos conformes al estándar, todo lo demás no le atañe; el productor de bebidas alcohólicas que ha de observar el Derecho alimentario, y no debe venderlas a menores de edad, no tiene que ocuparse de nada más; quien satisface su deuda no responde de lo que el acreedor haga con lo recibido; quien produce armas y las vende a personas que se hallan autorizadas a adquirirlas, ha hecho lo suficiente, etc.

Invirtiendo lo anterior, esta separación de los ámbitos vitales fija con gran claridad los respectivos cometidos de los intervinientes: el constructor de automóviles es competente para que se cumplan los estándares de seguridad y no puede esperar que los clientes por sí mismos realicen pruebas. El propietario de un vehículo *debe* ocuparse de que funcione correctamente y no puede partir de la base de que los demás participantes en el tráfico velarán, en todo caso, por su propia seguridad; éstos a su vez deben respetar sus deberes de autoprotección, ni más, ni menos. Las bebidas alcohólicas *han de* cumplir los estándares fijados por el Derecho alimentario, sin que los clientes deban, a su vez, comprobar la mercanca, pero a ellos compete evitar beber en demasía.

Formulándolo de modo más general: las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles

—si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social—, sino que adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción —y no a todas las personas—, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación en atención a patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa. Sólo de este modo son posibles contactos anónimos o, al menos, parcialmente anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, pues dicha persona es tomada como portadora de un rol. A modo de ejemplo: para el panadero, el comprador de una barra de pan tan sólo es comprador; el panadero no tiene que importarle si el sujeto piensa simplemente en comer el pan, sin causar daño alguno, o si pretende envenenarlo maliciosamente. Del mismo modo que el comprador no tiene que preocuparse de si el panadero reflejará o no conforme a deber en su declaración de impuestos el beneficio obtenido con la venta. Sin esta desindividualización no serían posibles contactos altamente anónimos.

D) Con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación «rol» a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta en atención a personas.

Las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es

imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales. En el ámbito de los hechos imprudentes, esto resulta palmario: aunque el conductor no piense en ello, conducir un automóvil a velocidad excesiva *constituye* una puesta en peligro de las personas; con independencia de la opinión del autor, fumar cigarrillos cerca de materiales inflamables es una puesta en peligro de esos objetos. Sin embargo, tampoco en el ámbito de los delitos dolosos es determinante la interpretación que el autor dé a su hecho, sino la interpretación objetiva, orientada con base en el rol, si bien, al menos en casos de riesgos de gran entidad, con frecuencia ambas interpretaciones serían congruentes (pero precisamente no tienen por qué coincidir). Quien, siendo consciente del peligro de alcanzar al bandido, dispara sobre la pieza, puede que no interprete su comportamiento como lesión o muerte de un ser humano, sino —si tiene una conciencia de riesgo poco desarrollada— como parte de una cacería apasionante; no obstante, se han infringido los límites del rol y, por tanto, se trata de un homicidio.

Esto también puede invertirse: si un mecánico repara un automóvil sabiendo que es notorio que su conductor suele circular a velocidades con mucho excesivas, puede que el mecánico defina su acción como apoyo a la conducta imprudente del conductor, pero objetivamente ésta no le atañe, puesto que no forma parte del rol del mecánico el preocuparse del modo de conducción del propietario del vehículo.

Desde luego, en la mayoría de los hechos dolosos el quebrantamiento del rol será tan drástico que las interpretaciones individual y objetiva coinciden: quien, por ejemplo, hunde un cuchillo de grandes dimensiones en el vientre de otro, realiza desde el punto de vista objetivo un com-

portamiento homicida y suele saber que lo hace; pero para la imputación objetiva del comportamiento sólo lo primero es de interés.

El carácter drástico del quebrantamiento del rol que es propio de muchos hechos dolosos ha conducido a que en este ámbito la imputación objetiva del comportamiento haya permanecido durante mucho tiempo oculta y alejada, mientras que en el ámbito de los riesgos más próximos al riesgo general de la vida, campo en el que tienen lugar sobre todo hechos imprudentes, ha sido necesario desarrollar límites muy precisos para determinar si el significado de un comportamiento es o no delictivo. Dicho con un ejemplo: no hay duda de que disparar sobre un ser humano no está permitido; sin embargo, puede ser discutible cuáles han de ser las medidas de precaución a adoptar a la hora de circular marcha atrás con un automóvil. En consecuencia, la relevancia práctica de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento se manifiesta más bien (aunque no siempre) en el delito imprudente. No obstante, este reparo cuantitativo carece de toda relevancia jurídica. Tanto en caso de concurrir dolo como imprudencia es el significado general, y por tanto objetivo, el que interesa desde el punto de vista social, precisamente porque lo decisivo es que se trata de hechos que producen una perturbación *social* y no de peculiaridades individuales.

La teoría de la imputación objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, como que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, como que destaca de modo negativo. Sin este material interpretativo,

lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, en el mejor de los casos, algo que el individuo perseguía, un curso causal, o un curso causal psíquicamente sobre-determinado; en todo caso, no es más que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social. Sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Con otras palabras: sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse *en un sentido general* «acción». Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social.

E) Con lo anterior queda concluida la parte relativa a los fundamentos; antes de ocuparme de la dogmática, esto es, de las instituciones jurídico-penales con cuya ayuda puede llevarse a la práctica la imputación objetiva, resumo brevemente lo dicho hasta ahora:

1. Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar.
2. Entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quién compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quién por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico-penalmente —o, si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma—. Si todos se comportan conforme al rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.

3. Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; sólo que en el ámbito de los hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita de mayor explicación —lo cual es menos habitual en los hechos imprudentes.

III. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS

A) ¿Cómo se puede trasladar lo dicho a la dogmática, esto es, a un sistema de imputación manejable en la práctica? Ante todo, cabe ofrecer una respuesta negativa: teniendo en cuenta lo antes dicho, ya no se debería hacer el intento de construir el delito tan sólo con base en datos naturalistas —causalidad, dolo—; por el contrario, lo esencial es que concorra el quebrantamiento de un rol. Por consiguiente, ya no resulta suficiente la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico.

Puesto que se trata de desvincularnos de prejuicios de índole naturalista, intentaré comenzar con aquel lado del comportamiento humano que desde una óptica naturalista tiene una apariencia desmedrada: con la omisión. En el ámbito de la omisión es evidente que no todos responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar, sino que obligado sólo lo está quien es titular de una posición de garantía. Si examinamos quiénes son titulares de posiciones de garantía, en primer lugar, llaman la atención quienes participan en las organizaciones consuetivas de la sociedad: el padre y la madre como garantes de los hijos, el Estado como garante de la seguridad interior y exterior, determinados médicos como garantes en el sistema sanitario, servicios de protección civil, etc. La configuración del contenido del deber a través de roles

estrictamente predeterminados es palmaria en estos casos. Sin embargo, también los deberes en virtud de la organización, que existen junto a estos deberes institucionales, se basan en una predeterminación a través de roles. Los deberes que comporta el tráfico en general — que son los que principalmente han de traerse aquí a colación —, en cuanto deberes de aseguramiento, o, en caso de injerencia, como deberes de salvamento, son deberes que pertenecen al rol de aquellos que asumen libertad de organización. El derecho a la libre organización conlleva como señalagma el deber de ocuparse de que dicha organización no resulte lesiva. En esta medida, se trata del rol genérico de toda persona de reclamar derechos — libertad — y de reconocer los derechos de los demás.

En este sentido — permaneciendo en el ámbito de la omisión — va prácticamente implícito que los límites de los roles funcionan a la vez como límites de la responsabilidad: el médico no está obligado a evitar los daños patrimoniales de su paciente, el autonomovista, si bien debe apartar su vehículo cuando éste se convierte en un obstáculo, no es garante general de la libre circulación, etcétera. Por consiguiente, quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo aun en el caso en que bien pudiese perfectamente evitarlo. Precisaré esto sobre la base del ejemplo del médico: el médico debe curar la enfermedad del paciente si éste así lo desea; si el paciente no quiere, lo que le suceda lo será a su propio riesgo. El médico, además, sólo ha de dominar el riesgo derivado de la enfermedad: que el paciente se incline demasiado hacia fuera al mirar por la ventana, o que sea amenazado con un arma de fuego por una visitante iracunda, no es asunto del médico, al menos no en cuanto médico. Y finalmente, está obligado a preservar al paciente

de los riesgos de enfermedades sólo en la medida en que ello se corresponda con un buen estándar. Ningún médico está obligado a realizar semanalmente a sus pacientes revisiones generales. En lo que concierne a la omisión, lo anterior es opinión unánime, ya sea del modo en que se ha expuesto o bien de manera similar.

Al trasladar esto al campo de la comisión es necesario describir, por tanto, determinados límites a los roles — del mismo modo como sucede en las posiciones de garantía — sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo aunque haya sido causado de modo perfectamente evitable. A este respecto, enunciaré a continuación, con una breve fundamentación, cuatro instituciones. No pretendo afirmar con ello que el ámbito de la imputación objetiva del comportamiento sólo pueda ser configurado a través de los conceptos que a continuación se van a exponer, sino que tan sólo — eso sí — intentaré ofrecer una de las posibles configuraciones coherentes de este ámbito en su conjunto.

B) 1. Primero: no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. Existe un riesgo permitido.

Cuando las leyes determinan cómo ha de estar diseñado un automóvil o un avión para que sea seguro en el tráfico, o cuándo cabe reconocer lo que es un buen estándar de comportamiento médico, esto significa al mismo tiempo que el riesgo residual que subsiste está permitido, al menos en los casos normales. Y es que la sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea ofrecer la máxima protección a los bienes jurídicos, sino que está destinada a posibilitar las interacciones, y la prohibición de cualquier puesta en peligro, sea de la índole que sea, haría imposible

la realización de cualquier comportamiento social, incluyendo también los comportamientos de salvación.

No obstante, en determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes. Simplemente, quien sale a la calle se pone en peligro, y quien llama a un médico para que le atienda en su casa no puede ser, al menos de modo coherente, contrario a todo tipo de tráfico rodado. No se trata, sin embargo, de introducir por la puerta trasera la máxima protección de los bienes jurídicos. Numerosos supuestos de riesgo permitido se han generado sencillamente por aceptación histórica; estos riesgos constituyen costumbres. Por ejemplo, los riesgos de una intensa cacería, de llevar a un adolescente a un viaje en un velero o a un recorrido por la montaña, o, simplemente, el de un paso en automóvil y otros muchos, no pueden traducirse en beneficios para los bienes jurídicos. Forman parte de la configuración de la sociedad, concretamente de la configuración que debe tener la sociedad.

Esta vinculación del Derecho a la costumbre no significa que todo aquello que sea más o menos habitual esté permitido; no se trata, por tanto, de equiparar el Derecho y el promedio de la realidad. No es la propia praxis, sino las normas que determinan la práctica las que conforman el riesgo permitido. Sin embargo, resulta evidente que con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica hacia una regulación más laxa o más estricta. El Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia.

El riesgo permitido está, y siempre estuvo, presente en todos los ámbitos vitales; no es hijo de la técnica. En este

sentido, por ejemplo, el trato de los padres hacia sus hijos no puede ser asumido sin que haya riesgos permitidos; poner a salvo a los niños frente a todo tipo de peligros es imposible.

2. Segundo: cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. Existe un principio de confianza.

En determinados ámbitos —pero sólo en determinados ámbitos— también se puede vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien permanentemente está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea y de ahí que en la mayoría de las ocasiones pierda más respecto de la realización de la propia tarea de lo que obtiene a través del control de los demás. Pero ésta no es ni la única razón, ni siquiera la razón fundamental. Por el contrario, la razón fundamental estriba en que los demás son, a su vez, sujetos responsables. La idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables.

El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo coge con cuidado.

Normalmente, puede confiarse en que así suceda. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno. De nuevo, un ejemplo: el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado.

El principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible reparar el trabajo para alcanzar un resultado exitoso. A modo de ejemplo: Ya no se confía en quien de modo evidente se halla en estado de ebriedad o, en el seno de un equipo, en el colega que de manera evidente se halla inmerso en un error.

Al igual que el riesgo permitido, también el principio de confianza se manifiesta en todos los ámbitos vitales, puesto que prácticamente en todas partes cabe encontrar organización en régimen de reparto de tareas. En este sentido, puede que se trate de una división del trabajo muy intensa —en el equipo de cirujanos, en la carlinga de un avión— o más bien laxa —así, en el tráfico rodado, por ejemplo, en lo que se refiere a la confianza en que el sujeto obligado a respetar la preferencia efectivamente cederá el paso—. En todo caso, una sociedad sin este punto de partida no es imaginable.

3. Tercero: el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por

106

tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida.

No pretendo discutir sobre la denominación que deba recibir este ámbito de la imputación objetiva del comportamiento, sino sobre su contenido: se trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo. Ejemplos: el autor compra una barra de pan para envenenarla; o el autor toma como pretexto un juicio seguido en contra de un correligionario suyo para asesinar al Ministro de Justicia; o el autor va en taxi de X a Y para cometer en Y un asesinato. En todos estos casos, se parte de la base de que el respectivo tercero —el panadero, el presidente del Tribunal, el conductor del taxi— conoce lo que va a suceder. Estos casos se pueden intentar solucionar partiendo del hecho de que elementos tan cotidianos como un alimento, o algo que pueda definirse arbitrariamente como motivo de un delito, o una posibilidad de transporte, siempre están disponibles, de modo que la prohibición de este tipo de aportaciones no es susceptible de evitar, de hecho, el comportamiento del autor. No obstante, en el mejor de los casos, este modo de argumentar sólo atinará a medias; pues, desde luego, bien puede suceder que en el caso concreto fuese posible evitar el comportamiento del autor. Pero incluso si esto sucediera, y he aquí el punto decisivo, la aportación del tercero no sólo es algo común, sino que su significado es de modo estereotipado inocuo. El autor no puede por su parte modificar esta

107

definición del significado del comportamiento, ya que en todo caso el tercero asume con el autor un comportamiento común limitado y circunscrito por su propio rol; comportamiento común del que no forma parte un delito. El conductor de un taxi, explicando lo anterior por medio de este ejemplo, ha asumido llevar a cabo un transporte, y debe ocuparse de que éste tenga lugar puntualmente y sin poner en peligro al cliente. Esto es lo que forma parte de su rol, ni más ni menos. Lo que conjuntamente se ha realizado con el cliente se limita, en consecuencia, a un segmento vital circunscrito: el conductor transporta al cliente que le paga. Cómo se llame el cliente, lo que quiera hacer en el punto de destino, etc., no atañe al conductor. El taxista no participa de las buenas obras del cliente; si éste al llegar a su destino realiza una piadosa donación, nadie ensalzará al taxista por ello. Del mismo modo permanece distanciado de las malas obras, puesto que éstas tampoco forman parte del segmento de la realidad que tienen en común.

A diferencia de lo que sucede respecto del principio de confianza, la prohibición de regreso rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es palmaria, y ello porque se trata de casos en los que un comportamiento estereotipado carece de significado delictivo. Por tanto, está permitido prestar a un vecino una herramienta común aun cuando se sepa que éste pretende usarla para destruir con ella una cosa ajena. Cuestión distinta es que ante daños ingentes todos tengan un deber atenuado —claramente no equiparable a la comisión— de prestar auxilio, consistente en este caso en negarse a realizar la aportación que *per se* es inocua.

Los límites de la prohibición de regreso pueden ser discutidos. Sin embargo, este principio ha de ser aceptado

por quien pretenda seguir garantizando que la libertad de perseguir los respectivos fines propios no se ahogue en la masa de los posibles contactos sociales. Una sociedad que está necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aún, que requiere en general la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar a una prohibición de regreso.

4. Cuarto: puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamentalmente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio. *Existe, por tanto, una competencia de la víctima.*

La competencia de la víctima por su comportamiento es algo sabido: el caso más conocido es el del consentimiento. Pero también el infortunio de la víctima se reconoce a veces como única posibilidad de explicación: tratándose de un curso lesivo no cognoscible para ninguno de los intervinientes, sólo queda la desgracia como explicación. Sin embargo, con lo dicho no se agota aún este ámbito. Incluso el autor que es conocedor de las consecuencias lesivas de su comportamiento puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella cuando el autor se ha comportado conforme a su rol. Un comportamiento del que se sabe que producirá lesiones sigue siendo conforme al rol en la medida en que la víctima no tenga derecho a que no se produzca el comportamiento lesivo, esto es, en tanto en cuanto el conjunto de bienes, que desde el punto de vista fáctico depende de la organización del autor, no dependa jurídicamente de ella. Un

ejemplo: un agricultor riega sus plantas en un predio situado en una ladera; cierta cantidad de agua suele descender por la ladera y sacia los cultivos de su vecino. Ciertamente, este hecho no otorga al vecino afectado derecho alguno en el sentido de que no se pueda desconectar la instalación de riego del campesino situado en la parte superior de la ladera. Dicho de otro modo, los apoyos en favor de bienes ajenos que no son conformes al rol, sino que exceden de lo que es obligatorio, pueden ser revocados lícitamente. El caso probablemente más importante dentro de este campo se refiere a la medicina en el ámbito de los cuidados intensivos: es lícito suspender determinadas prestaciones que se realizan por medio de aparatos que conservan con vida al paciente cuando dichas prestaciones ya no estén indicadas médicamente. En estos casos, aunque la desconexión de los aparatos, es decir, un actuar positivo, tenga efectos causales respecto de la muerte del paciente, el médico se mantiene dentro de su rol y no se arroga una organización ajena; por el contrario, constituye una desgracia del paciente el hecho de estar organizado de una manera propensa a sufrir el daño.

Sin embargo, mayor importancia práctica que estos casos de apoyos que exceden de lo obligado probablemente la tengan aquellos otros supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la «desgracia», sino la «lesión de un deber de autoprotección» o incluso la «propia voluntad»; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de «acción a propio riesgo».

En lo que se refiere al consentimiento, nada hay que explicar aquí, al menos en sus rasgos fundamentales el

110

consentimiento se conoce en todas partes, y también goza de aceptación, al menos en sus puntos esenciales. En cuanto a la infracción de deberes de autoprotección, constituye el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado del rol, en especial de un quebrantamiento imprudente. Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose, simultáneamente, de manera válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles. Quien por sí mismo se zambulle en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia de agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado.

He aquí algunos ejemplos: quien, sin necesidad alguna, le pide a una persona claramente ebria que realice un acto de cierta complejidad, como por ejemplo conducir durante un trayecto un automóvil, ha de adscribirse, al menos en parte, las consecuencias negativas resultantes. Quien participa en una dura contienda, como por ejemplo un combate de boxeo, no tiene derecho a no resultar lesionado. El ejemplo que en la actualidad se discute con mayor intensidad es el siguiente: quien tiene trato sexual con una persona drogodependiente o que se prostituye, actúa a propio riesgo, en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH.

En lo que respecta a este último caso, aún hay algunas cuestiones poco claras; en este sentido, por ejemplo, no está claro si la víctima únicamente actúa a propio riesgo cuando no sólo conoce el modo de vida arriesgado, sino también la infección con el virus del SIDA, o si, por el

111

contrario —como creo que es correcto—, hay ya una acción a propio riesgo cuando conoce determinadas condiciones bajo las cuales una persona cuidadosa contaría con que existe una probabilidad superior a la media de que esté presente tal enfermedad. Tampoco está claro bajo qué condiciones exactas la competencia de la víctima excluye de manera radical la del autor (como si se acepta en el consentimiento), y cuándo existió algo parecido a una concurrencia de culpas jurídico-penalmente relevante que disminuye la responsabilidad del autor sin eliminarla por completo. No obstante, algo hay claro: que, en lo que concierne al lado de la víctima, centrar exclusivamente la atención respecto del hecho psíquico del consentimiento demuestra ser tan insuficiente como, de forma análoga, en el lado del autor fijarse únicamente en el dolo. Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo. En su núcleo, la perspectiva normativa en el lado de la víctima constituye una noción tan asentada como lo es el punto de vista normativo en el lado del autor.

C) De este modo, queda esbozado el traslado de la idea del comportamiento social, como comportamiento vinculado a roles, a cuatro instituciones jurídico-penales: 1) riesgo permitido, 2) principio de confianza, 3) prohibición de regreso y 4) competencia de la víctima. En este marco, en el que tan sólo se trata de asentar los fundamentos, queda sin discutir la cuestión acerca de si sólo son relevantes las cuatro instituciones mencionadas o si, por el

contrario, sería más conveniente fragmentarlas más, al igual que queda sin discutir la cuestión acerca de si la subdivisión presentada es necesaria o si cabe contentarse con un menor nivel de detalle. En todo caso, los fundamentos del edificio de la imputación objetiva quedan delimitados.

IV. DE NUEVO: EL PECADO ORIGINAL

Habiendo quedado establecido lo fundamental, permítaseme una observación respecto de algo accesorio: ¿por qué en la primigenia escena mencionada al comienzo, a nuestro primer padre Adán no se le reconoció el principio de confianza? En mi opinión, denegar esa posibilidad de descargo fue desde luego apropiado. Y es que la cuestión no era cómo había de enjuiciarse el comportamiento de Adán en el contexto de las relaciones de los seres terrenales entre sí, en esa medida, la idea de un principio de confianza no sería muy desacertada (aunque probablemente no estaríamos ante un supuesto de exoneración completa). Por el contrario, lo que se ventilaba era la relación de Adán con Dios mismo, relación que en la concepción judeo-cristiana no es mediata; en este ámbito, no existe reparto de trabajo en el sentido de que alguien pueda dejar que otros administren el cumplimiento de los deberes que a él le competen, porque las normas afectan a cada individuo no en cuanto miembro intercambiable de una sociedad, sino de manera directa, con independencia, precisamente, de su imbricación social. En el marco de esta solución, adaptarse al mundo con su sistema de reglas siempre supone adaptarse a un mundo que quizás reniegue de Dios, por lo que cada uno ha de evitar de

modo personalísimo caer en esa apostasía. El hecho de que no se pueda imputar objetivamente no excluye, por tanto, de forma necesaria la culpabilidad en el sentido de pecado, pero sí excluye —y con esto concluyo— la culpabilidad jurídico-penal.

V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Las materias abordadas en este capítulo son tratadas con amplias referencias a la demás bibliografía por FRISCH, *Talbestandsmäßiges Verbalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª edición 1991, referencias bibliográficas previas a 7/35, 7/56, 24/1; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo 1, 1992, referencias bibliográficas § 11 previas a 1, § 24 previas a 1; SCHÖNKE-SCHRODER-LENCKNER, *StGB*, 24.ª edición 1991, referencias bibliográficas previas al número marginal 71 antes del § 13; REYES, *ZStW* 105, pp. 108 y ss.

Selección: *Vid.* respecto del riesgo permitido BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974; WEIZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961; especialmente sobre la discusión acerca de la validez de las reglas de la imputación objetiva, sobre todo del riesgo permitido, en el ámbito de los delitos dolosos, cfr. ARMIN KAUFMANN, en VOGLER y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Jeschek*, 1985, pp. 251 y ss.; HIRSCH, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, pp. 399 y ss. Respecto del principio de confianza: STRATENWERTH, en BOCKELMANN y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 383 y ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungswort*

und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; KRISCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strafrechtswort*, 1980. Respecto de la prohibición de regreso: JAKOBS, *ZStW* 89, pp. 1 y ss.; SCHUMANN, *op. cit.*; ROXIN, en *JESCHECK et al.* (comp.), *Festschrift für Tröndle*, 1989, pp. 177 y ss. Respecto de las acciones a propio riesgo: ROXIN, en LACKNER y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 241 y ss.; DÖLLING, *GA* 1984, pp. 71 y ss.; OTTO, en *JESCHECK y otros* (ed. a cargo de), *Festschrift für Tröndle*, 1989, pp. 157 y ss.; FRISCH, *NSZ*, 1992, pp. 1 y ss., 62 y ss.; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993.

CAPÍTULO II
EL RIESGO PERMITIDO

I. CONCEPTO

A) *El carácter ubicuo de los riesgos permitidos*

Cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos puede transmitirse, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente que, al menos mientras exista tráfico, sea inevitable; un alimento que alguien ha servido puede estar en mal estado sin que sea posible percatarse de ello; una anestesia médicamente indicada, y aplicada conforme a la *lex artis*, puede provocar una lesión; un niño puede sufrir un accidente de camino a la escuela aunque se hayan establecido medidas de seguridad adecuadas, y, al menos para personas de avanzada edad, puede que un acontecimiento que es motivo de alegría sea demasiado excitante. Esta trivial constatación no conduce, sin embargo, a la conclusión de que esos

contactos sociales deben ser evitados: desde el contrato corporal, pasando por el náutico rodado, la invitación a comer y beber, el tratamiento médico y que los niños acudan a la escuela, hasta el hecho de provocar alegría; y ello por una doble razón: en primer lugar, porque en la mayoría de los casos renunciando a este tipo de contactos no se obtiene un balance positivo —el ermitaño probablemente sólo en la leyenda viva sano y feliz—, y, en segundo lugar, y sobre todo, porque por regla general no hay alternativa a estos contactos: ¿quién puede permitirse el convertirse en un ermitaño?

Puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado, como *riesgo permitido*. Para no desbordar la exposición, es conveniente limitar el análisis a aquellos casos en los que la persona cuyo comportamiento se enjuicia es el último sujeto responsable en la cadena de causantes y, en este sentido, el que ejecuta el comportamiento arriesgado; si hay otros sujetos responsables que actúan con posterioridad, es decir, si lo que la persona en cuestión realiza precede al comportamiento de otro que lleva a cabo la ejecución, puede que deban tomarse en consideración determinadas reglas especiales o, al menos, modificaciones a las reglas que se van a desarrollar aquí; por ejemplo, modificaciones que forman parte del principio de confianza o de la prohibición de regreso.

«Riesgo permitido»: este término suena como un concepto formal del que nada cabe extraer acerca de las razones de la permisón; por decirlo con un ejemplo, es sabido que también una situación de legítima defensa

permite, con ocasión de la defensa necesaria, el riesgo de lesión del agresor, o que una situación de estado de necesidad permite el riesgo de que resulten lesionadas terceras personas. Sin embargo, la presente exposición únicamente se refiere a la permisón de aquel riesgo que necesariamente se halla vinculado a la configuración de la sociedad; se trata, por tanto, de una concreción de la adecuación social. Aquí no se toman en consideración las situaciones de justificación. El riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece lo que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad —cuyo estado normal es el que interesa aquí— no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción.

B) *Cálculo de costes y beneficios?*

Ahora bien, la referencia a la adecuación social es demasiado genérica como para poder obtener una concreción del riesgo permitido. De ahí que, para alcanzar esa concreción, frecuentemente se intenta presentar el riesgo permitido como resultado de un cálculo de costes y beneficios: el beneficio estaría constituido por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisón de riesgos, mientras que los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una proporción adecuada.

No pongo en duda que consideraciones de esa índole pueden jugar un papel en el proceso de formación de la permisón de un riesgo; esto es perceptible claramente, por ejemplo, en el caso del tráfico rodado, en el que, antes de convertir en obligatorias costosas medidas de seguridad,

suele contraponerse la limitación de la libertad a la ganancia de seguridad en los bienes, intentando explicar esa relación a la población del modo más convincente posible.

Sin embargo, la esperanza de haber encontrado una especie de fórmula del riesgo permitido por medio de una proporcionalidad entre costes y beneficios, concretamente entre libertad de comportamiento y puesta en peligro de bienes, se ve defraudada, pues falta un criterio válido de valoración, criterio sin el cual todo cálculo pierde su validez. A modo de ejemplo: ¿qué vale una vida humana en el tráfico rodado, o, más concretamente, en el tráfico rodado de particulares en días festivos? ¿Qué valor corresponde al riesgo existente para la salud en el puesto de trabajo en comparación con unas condiciones de producción rentables? ¿Dónde está en la educación de un hijo el punto óptimo entre la libertad, cargada de riesgos, y la tutela, que necesariamente comporta restricciones al libre desarrollo? A estas preguntas sólo puede dar respuesta quien no mire más allá de un estrecho y a la vez parcial ámbito social. En este sentido, puede que la solución se infiera de casos análogos al supuesto en cuestión. Pero si en esos otros casos, y sucesivamente en los que le sirvan de base, también se cuestiona la fundamentación, el criterio se diluye cada vez más, pues entonces, no sólo se trataría de completar una determinada configuración social conocida en sus rasgos generales, sino de fundamentar por qué una sociedad puede lícitamente tener la configuración que de hecho tiene. Esa fundamentación no se puede llevar a cabo, y en todo caso, no se puede realizar con medios jurídicos. A modo de ejemplo: en una sociedad que conoce el tráfico rodado de particulares, no se puede rechazar el establecimiento de accesos a un área urbanizable o de turismo con el argumento de que el tráfico que cabe

esperar será causa de accidentes; pues mientras sólo esté previsto que se produzcan los accidentes con los que habitualmente cabe contar, se sigue manteniendo el criterio relativo a cuál es la relación adecuada entre costes y beneficios ya utilizado en otros casos. Sin embargo, para contestar a la pregunta acerca de si ese criterio general es un criterio legítimo, es decir, si el tráfico rodado de los particulares merece los sacrificios que irremediablemente conlleva, ya no son consideraciones jurídicas las que pueden ofrecer un criterio.

C) *La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido*

Bien es cierto que cabe plantear como problema la cuestión acerca de si se debe aceptar la relación habitual entre costes y beneficios, como sucede en la actualidad, por ejemplo, a través de la articulación de los costes ecológicos del tráfico rodado. Esto, sin embargo, no supone realizar nuevos cálculos en el seno de una sociedad que por lo demás sigue siendo la misma, sino que se trata de una nueva determinación de la identidad de un ámbito parcial de la sociedad, y, por consiguiente, se trata de un cambio social. Este proceso puede ir acompañado por el Derecho, y, una vez trazado a grandes rasgos, puede también dársele el último toque a través del Derecho, pero no puede iniciarse jurídicamente. Dicho de otro modo: por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de la configuración social que ha de ser preservada. Utilizando de nuevo un ejemplo relativo al tráfico rodado: el hecho de que se considere que el tráfico de los particulares en un día de fiesta es un lujo fácilmente renunciabile, o que sencillamente es lo normal, o incluso

una manifestación especialmente importante de la libertad general de actuación, es decir, que pueda conllevar, en todo caso, costes reducidos, normales o incluso altos, depende de cómo la sociedad se defina a sí misma, y esta autodefinición es parte de la configuración que el Derecho ha de preservar (mientras que esa idiosincrasia no se haya convertido en algo inherentemente contradictorio).

Ha de llegarse a la conclusión de que lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfilia. Esto, como veremos, tiene lugar en parte incluso a través de normas jurídicas: el Derecho, sin embargo, no desempeña más que esta función auxiliar.

Desde luego que en una sociedad de libertades sólo puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes: en una sociedad de libertades no puede fundamentarse la libertad de comportamiento a expensas de los demás. De aquí se deduce, especialmente, que quienes deben soportar el coste han de tener carácter anónimo en el momento en que la actividad tiene lugar. Para ilustrar esto repitire un ejemplo extraído del tráfico rodado: si *ex ante* se conociese la identidad de las víctimas que el tráfico rodado va a ocasionar en un determinado día, sería imposible que ese día el tráfico se desarrollase como actividad jurídicamente permitida; el riesgo sólo puede ser tolerado en la medida en que *ex ante* las víctimas sean anónimas, y ello porque *ex ante* también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporta.

122

D) Exclusión de la tipicidad, y no justificación

Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal, no porque en el caso concreto este tolerado en virtud del contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. Por tanto, los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno. Esta solución (que, desde luego, sigue siendo discutida) se impuso en primer lugar en el ámbito del comportamiento imprudente, ámbito en el que cae por su propio peso la idea de que no puede esperarse, y de hecho no se espera, que se evite cualquier comportamiento con efectos causales, sino sólo la evitación de comportamientos (como suele formularse por muchos autores) que infringen el cuidado debido.

Fue precisamente el delito imprudente el campo en el que se desarrolló esta solución, pues el límite entre comportamiento cuidadoso y comportamiento descuidado ha de trazarse con exactitud sobre todo en aquel ámbito en el que ambos son colindantes, lo cual sucede con mayor frecuencia en casos de imprudencia que concurriendo dolo. Los riesgos que son creados de modo doloso suelen (aunque no siempre) ser «con creces» tan descuidados que resultan innecesarias ulteriores disquisiciones, mientras que el tránsito de lo que aún está permitido a lo que ya no lo está frecuentemente ha de analizarse con mayor exactitud tratándose de un hecho imprudente. Sin duda alguna, constituye un riesgo no permitido lanzar a un niño pequeño a un estanque; sin embargo, no es tan fácil determinar cuándo supone un riesgo no permitido dejar que ese niño juegue sólo en un jardín en el que hay un estanque. Lanzar al niño suele presentarse como un hecho doloso,

123

la dejación en su tutela como un hecho imprudente. En cuanto elemento que excluye el tipo, resulta fácil delimitar el riesgo permitido frente al estado de necesidad justificante. Aquellos comportamientos que generan riesgos permitidos no tienen por qué estar inscritos en un contexto especial para ser tolerados socialmente, sino que son tolerados de modo general. En este sentido, por ejemplo, los riesgos del tráfico rodado y aéreo, realizados cumpliendo con las respectivas normas, son tolerados sin tener en cuenta si los intervinientes participan en el tráfico por razones de necesidad o por simple placer: tales comportamientos son con carácter general socialmente adecuados. La situación es distinta en el ámbito de la justificación; aquí es el contexto especial lo que permite que se toleren comportamientos que *per se* son perturbadores. Un ejemplo extremo: un conductor que conduce a una velocidad de 69 kilómetros por hora por un lugar en el que está permitido y es adecuado conducir a 70 kilómetros por hora, no defrauda ninguna expectativa, con independencia de la finalidad que persiga con su viaje, pero el conductor de una ambulancia que circula por el mismo sitio a una velocidad de 75 kilómetros por hora para dirigirse al lugar en el que debe prestar su servicio, necesita de la situación de necesidad como contexto para que, de modo excepcional, su comportamiento sea tolerado (precisamente, debido al contexto).

II. CONCRECIÓN

A) *Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma*

En lo que se refiere a la concreción del riesgo permitido, lo más adecuado es comenzar con una determinación

negativa, puesto que ésta es la que resulta más exacta: deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa. A través del establecimiento de la prohibición de la puesta en peligro —que cuando menos es de carácter abstracto—, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social; esto acontece por la simple realización de un comportamiento así configurado sin tener en cuenta el resultado que se produce. Dicho con un ejemplo significa lo siguiente: crea un riesgo no permitido quien conduce un automóvil en estado de ebriedad, quien lo conduce a demasiada velocidad o quien infringe cualquier otro precepto que regule el tráfico rodado, en la medida en que dicho precepto no sólo pretenda facilitar la administración de ese ámbito vital, sino que además tenga por finalidad limitar el peligro —aunque sólo sea abstracto— de que se produzca el resultado de un delito de lesión; de modo correlativo, se comporta de manera no permitida quien manipula, de modo contrario a las disposiciones pertinentes, materiales venenosos, radiactivos o que entrañan otro tipo de peligro; quien vende armas a personas no habilitadas para adquirirlas, también quien presta falso testimonio ante un tribunal; quien siendo comerciante no lleva libros de comercio; quien se embriaga hasta caer en un estado de inimputabilidad, y así, hasta enumerar todas las normas dirigidas contra las puestas en peligro que recogen la descripción de la configuración del comportamiento.

Esta determinación realizada desde el lado de lo no permitido es posible en muchos ámbitos vitales, especialmente en ámbitos genuinamente peligrosos, pues en los

Estrados modernos lo susceptible de regulación suele estar regulado. El tráfico rodado, el tráfico aéreo, la manipulación de sustancias peligrosas y de alimentos, la construcción de edificios, así como otras muchas áreas están aprchendas jurídicamente de tal modo que cabe delimitar lo que no está permitido de lo que sí lo está con cierta claridad.

Desde luego, hay ámbitos de la vida —algunos de ellos con peligro potencial— en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque se puede obtener un alto estándar de seguridad por otras vías, por ejemplo, planteando exigencias especiales respecto de la formación de quienes actúan en esos ámbitos, como sucede en el ámbito médico. Además, en la mayoría de estos casos probablemente concurren otras razones a la hora de renunciar a una regulación: tomando de nuevo como ejemplo el ámbito médico, la necesidad de un alto grado de individualización sólo permitiría establecer regulaciones a un nivel tan abstracto que acabarían careciendo de contenido. Asimismo, tampoco es conveniente fijar legalmente un estándar en aquellos casos como, de nuevo, en el campo de la medicina, en los que tiene lugar una permanente evolución. De ahí que la regla profesional que goza de reconocimiento, la *lex artis*, sustituya en estos ámbitos al precepto jurídico. Lo mismo sucede respecto de las normas técnicas: por ejemplo, en Alemania las normas DIN (Deutsche Industrienorm; norma industrial alemana) o las normas de las asociaciones profesionales.

En aquellos ámbitos vitales en los que no hay reglas establecidas, ya sea por el Derecho, o por otros elencos normativos, lo relevante es el estándar de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente, lo

126

perteneciente al ámbito vital correspondiente, lo que ciertamente constituye una determinación de límites imprecisos.

Además, esta cuestión plantea una problemática que hasta el momento no ha sido reconocida como tal y mucho menos formulada con exactitud: respecto de algunos ámbitos vitales puede advertirse que el Derecho, y más en concreto el Derecho civil, admite como prudentes distintos comportamientos (al menos, en el límite mínimo de la prudencia), incluso en sujetos que son titulares del mismo rol. Esto se debe a que el orden jurídico considera como criterio decisivo la «diligencia en asuntos propios» (§ 277 BGB [Bürgerliches Gesetzbuch; Código civil]), esto es, la *diligentia quam in suis*. Esto tiene lugar en el ámbito de roles con una cierta impronta individual, más o menos inevitable a la par que deseada; así, por ejemplo, en el caso de las relaciones conyugales (§ 1359 BGB), o paterno-filiales (§ 1664 BGB); o en roles en los que la otra parte ha aceptado esa impronta individual, por ejemplo, la relación entre socios (§ 708 BGB), o la relación del depositante respecto del depositario a título gratuito (§ 690 BGB). En estos casos, el Derecho admite como acordes a la diligencia ciertas desviaciones por debajo del estándar de una persona cuidadosa, en la medida en que esas desviaciones no alcanzan la entidad de la *culpa lata*.

El Derecho penal ha de asumir esta manera individualizada de determinar el cuidado debido, por dos razones: en primer lugar, la regulación civil no hace otra cosa que reflejar que, por lo general, socialmente se tiene en cuenta la configuración individual de usos en los distintos ámbitos, es decir, reproduce acertadamente lo que es socialmente adecuado (y no una mera expectativa de verse libre de responsabilidad), y, en segundo lugar, aunque se tratase

127

de una mera exención de responsabilidad, sería una conclusión chocante querer intervenir a través del Derecho penal en un ámbito en el que la víctima ni siquiera puede exigir la reparación civil del daño. Un ejemplo: si unos padres —sin desviarse demasiado del estándar general— dejan sin vendar una herida de su hijo, al igual que suelen proceder respecto de ellos mismos, y no han de reparar el daño que de ello deriva, la omisión tampoco podrá ser castigada jurídico-penalmente como delito de lesiones, a pesar de que ese mismo comportamiento realizado por padres que suelen cuidarse con sumo celo y precaución sí merezca castigo. Por consiguiente, debe llegarse a la conclusión de que en determinados ámbitos vitales lo que constituye el estándar diligente se conforma tomando en cuenta cierto componente individual.

B) *Compensaciones*

Después de esta descripción, relativa a cómo se configura lo que es estándar, aún hay que abordar la cuestión acerca de si cabe apartarse de lo estándar en caso de haberse adoptado especiales medidas de seguridad. En lo que se refiere a lo que el Derecho establece como estándares, esto es, a las normas contra las puestas en peligro abstractas, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un determinado tipo de comportamiento; de ahí que haya que evitar puestas en peligro *abstractas*. Por tanto, si el sujeto que ejecuta el comportamiento no respeta estas reglas jurídicas, su actuar no se convierte en socialmente adecuado por el hecho de que el comportamiento incorpore elementos destinados a compensar el peligro. Desde luego, un conductor experimentado y atento sigue conduciendo un automóvil con

mayor seguridad que un principiante, incluso si se halla ligeramente ebrio o supera el límite de velocidad, etc. Con todo, su comportamiento no está permitido, mientras que el principiante, en tanto sea sólo eso, es decir, un principiante inseguro y no cometa error actual alguno, se mantiene en el ámbito de lo permitido, porque la prohibición de la puesta en peligro abstracta discrimina un determinado tipo de comportamiento y no un determinado nivel de riesgo. Por consiguiente, en el ámbito de lo regulado por el Derecho no existe un grado fijo de permisibilidad general para llevar a cabo puestas en peligro, sino que la permisibilidad está vinculada a la configuración del comportamiento. De nuevo un ejemplo relativo al tráfico rodado: constituye un riesgo mucho mayor conducir con niebla y concurriendo el peligro de hielo en la calzada, aunque se emplee el máximo cuidado posible, que conducir bajo condiciones ideales superando en un 10 por 100 la velocidad permitida; sin embargo, lo primero está permitido y lo segundo no. Desde luego, puede darse el caso de que un determinado daño, a causa de la compensación de riesgos, se pueda explicar no a través del comportamiento que constituye un riesgo no permitido, sino como simple consecuencia del riesgo general de la vida; esta cuestión, perteneciente a la realización de riesgos, puede sin embargo ser diferenciada perfectamente de la determinación del riesgo no permitido.

En el ámbito de las normas no fijadas jurídicamente, la cuestión difiere de lo que sucede con respecto a las normas establecidas por el Derecho y dirigidas contra las puestas en peligro abstractas: las primeras determinan un estándar que puede alcanzarse de cualquier modo, bien teniendo en cuenta lo descrito en la norma, bien por otra vía. Por tanto, quien construye un muro de protección

con un grosor menor del habitual entre los técnicos en la materia, sigue actuando de modo permitido si a la vez utiliza un material con una resistencia mayor. Cuando se renuncia a la regulación jurídica precisamente se pretende hacer posible la existencia de variantes.

C) *Permisiones*

Para concluir el análisis de las regulaciones aplicables, hay que tratar la cuestión acerca de lo que sucede con respecto a las regulaciones positivas también existentes; una regulación, o el catálogo de comportamientos de una persona diligente, habitualmente no consta sólo de prohibiciones de puestas en peligro abstractas, sino que también contiene permisiones de comportamiento. Sin embargo, existe una diferencia abismal en su alcance. Mientras que, al menos las regulaciones jurídicas de carácter negativo tienen vigencia de modo categórico, aquellas otras que establecen una permisón sólo rigen de manera relativa, concretamente, sólo cuando se ven acompañadas de unas condiciones ideales. En sentido categórico sólo cabe extraer de estas últimas que la actividad en cuestión no ha de suprimirse de manera absoluta; todo lo demás se halla sometido a reserva. También esto es demostrable fácticamente a partir del ejemplo de las reglas del tráfico rodado: nunca se debe sobrepasar la velocidad máxima permitida cuando no concurre una causa de justificación, pero en modo alguno se puede pensar que esté permitido alcanzar esa velocidad máxima en cualquier circunstancia, sino que sólo lo está cuando concurren unas condiciones ideales.

III. EL TRASLADO DE LAS REGLAS AL COMPORTAMIENTO

A) *El problema*

Por tanto, llegamos a la conclusión de que —con distintos grados de exactitud— existen comportamientos no permitidos en función del tipo de comportamiento y otros que están permitidos sólo si se dan condiciones ideales. De este modo, aún queda por determinar quién decide cuándo un comportamiento es de un determinado tipo y cuándo concurren condiciones ideales. Dicho con otras palabras: es el aparato de normas y de convenciones de la sociedad la base sobre la que se especifica lo que en un determinado caso aún está o no permitido, pero ¿quién decide qué caso es el que concurre en un momento concreto? Esta es la cuestión que dentro del ámbito de la imputación objetiva presenta el mayor grado de dificultad; probablemente sea también la más discutida, y no se puede afirmar que quepa ofrecer una respuesta totalmente concluyente. La afirmación de que lo decisivo es el juicio de una persona cuidadosa, nada aporta a la respuesta que aquí debe darse, pues lo que hay que determinar es cómo ha de estar configurado física y psíquicamente el hombre cuidadoso: ¿qué es lo que ve, conoce, etc.? Formulando la pregunta a través de un ejemplo: un automovilista cuidadoso se detiene ante una señal de stop, pero ¿la ve aunque esté doblada? Cabe inventir el problema: ¿qué sucede cuando el autor sabe más y posee mayores habilidades que una persona diligente, esto es, cuando, por ejemplo, el taxista, conocedor de la localidad en la que trabaja, sabe que en el siguiente cruce, en el que él tiene preferencia, aparecen continuamente forasteros que por error se comportan como si a ellos les correspondiese la preferencia?

La problemática se suscita dada la necesidad de administrar las reglas sociales, al menos en parte, de modo descentralizado, es decir, a través de los ciudadanos individuales. Lo que ha de ser administrado son los estándares objetivos en sus distintas concreciones, predeterminados por la sociedad e incluso a veces establecidos jurídicamente. Sin embargo, esta administración se realiza por personas dotadas en cada situación de facultades físicas y psíquicas peculiares, y que, especialmente, también disponen en cada caso de un grado de experiencia distinto. ¿Resulta necesario objetivar también a estas personas con sus correspondientes características individuales, en el sentido de que han de ser imaginadas con las características propias del rol, o se las toma tal y como son? A modo de ejemplo: a nadie le está permitido conducir un automóvil bajo los efectos de tranquilizantes, aunque el sujeto crea que puede compensar sus efectos negativos poniendo una especial atención; sin embargo, con esto aún no queda dicho que se decida de modo objetivo cuándo una persona se halla bajo los efectos de un medicamento de este tipo.

El ámbito que se administra de manera descentralizada posiblemente se amplía aún más cuando sólo se logra de modo imperfecto la concreción centralizada de la norma, por ejemplo, cuando dicha norma, en casos límite, no establece más que la trivialidad de que nadie debe exponer a otro a un riesgo especial que exceda de lo cotidianamente inevitable. Por ejemplo, ¿constituye un riesgo especial, y por tanto no permitido, el consentir que un niño de cuatro años de edad se suba a una escalera de mano, siguiéndolo de cerca y con sumo cuidado? En especial, ¿quién enjuicia en este caso el efecto compensatorio que el cuidado puesto tiene sobre el riesgo?

B) *El carácter relativo del rol correspondiente*

La respuesta habitual es la siguiente: se dice que el juicio debe hacerse de manera objetiva, en concreto, por un experto en la materia respectiva, que además debe estar provisto de todos los conocimientos y aptitudes especiales del autor. Lo que así se configura es un verdadero monstruo: en aquellos casos que casi nunca tienen que ver con un experto, como, por ejemplo, cuando se enciende el fuego en la estufa de casa, dicho experto debe también incorporarse mentalmente, y si quien enciende el fuego es casualmente un físico, se tomarán asimismo en consideración sus capacidades. Se pretende que respecto de este ampuloso homínulo del cuidado exista una expectativa social general: se afirma que precisamente su decisión ha de establecer lo que es socialmente adecuado y lo que no se considera socialmente adecuado. Esto ya es erróneo simplemente por la razón de que nadie cuenta con la existencia de semejante sujeto sin igual, ¿cómo iba a existir? Las expectativas reales se generan en la vida real y los gabinetes de excentricidades en modo alguno sirven a este efecto.

Esto no significa que lo esencial sea el respectivo juicio subjetivo, pues las verdaderas expectativas no se rigen por la individualidad, sino por el estándar que por lo general puede alcanzarse. Por consiguiente, si que se trata de un juicio objetivo, pero no del juicio de un experto o de alguien dotado de especiales facultades, sino del juicio del titular de un rol que en el desempeño de ese rol puede realizar la actividad de modo socialmente adecuado. A modo de ejemplo: en el tráfico rodado también pueden participar personas que carecen de la formación de un conductor de carreras o de un experto en derrapes; por

tanto, se trata de tomar en consideración el juicio y las aptitudes de una persona que no participa en el tráfico de modo profesional. Una pequeña intervención quirúrgica, como por ejemplo la extirpación de una verruga, también puede ser realizada por un médico de medicina general; no es necesario que sea cirujano ni, desde luego, que se trate de un prestigioso especialista; de ahí que, en un caso así, lo decisivo será el juicio y la capacidad de un médico de medicina general. En consecuencia, el rol relevante no siempre es el del mayor experto; ésto únicamente constituye el rol decisivo cuando la actividad sólo pueda ser realizada de modo socialmente adecuado por especialistas, como sucede, por ejemplo, respecto del funcionamiento de una central nuclear. En los demás casos, el rol de referencia es el de quien está autorizado a tomar parte en ese ámbito vital. En consecuencia, puede suceder que, dependiendo del contexto respectivo, rijan condiciones muy diversas respecto de una permisión de riesgo; por ejemplo, en un contexto profesional dichas condiciones serán elevadas, mientras que si se trata de un contexto más bien de legos serán limitadas. En este sentido, por ejemplo, la madre que venda con un trozo de tela una pequeña herida en la pierna de su hijo, actúa aún dentro del riesgo permitido, mientras que el médico ya estaría de lleno en el ámbito de lo no permitido a causa de la falta de perfección higiénica.

De lo dicho se desprende que a *un único* riesgo descrito de modo naturalista no necesariamente le corresponde, a su vez, *un único* riesgo permitido; por el contrario, puede haber tantas permisiones de riesgo diferentes como roles distintos haya en los que se pueda administrar el riesgo de modo socialmente adecuado. Esta variabilidad del riesgo permitido es un signo de que su origen no está en

una calculadora, sino en la configuración de la sociedad tal y como se vive, con todo su colorido. Con este origen ya nos hemos topado antes al exponer que, por ejemplo, el ámbito del tráfico rodado consiste en tipos de comportamiento y no en magnitudes de permisión que puedan enunciarse en porcentajes.

Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que el rol del sujeto cuyo juicio resulta determinante ha de obtenerse por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión. La base del enunciamiento la constituye lo que conoce el titular de dicho rol acerca de la situación correspondiente. Su juicio sobre el proceso, con base en reglas comunicativamente relevantes y no especulativas, es el juicio determinante. De nuevo a modo de ejemplo: una señal de stop que esté totalmente doblada ya no puede ser reconocida como tal; por consiguiente, para un conductor cuidadoso ya faltana la base sobre la cual cabría deducir la existencia de una normativa especial del derecho de preferencia. Lo que alguien conocedor del lugar supiera es irrelevante, puesto que no forma parte del rol de conductor conocer los distintos lugares. Cuando el brazo de un niño se hincha de modo extremo, no está permitido prescindir del consejo de un médico; si según su diagnóstico la hinchazón es inocua, ello sólo significa que de acuerdo con *su rol* no es necesario adoptar ulteriores medidas, y es que *él* actúa en un contexto distinto al del lego. Por consiguiente, se trata de un juicio relativo al rol correspondiente.

○ *Excursus*

Permitáseme un excursus para afirmar que el carácter relativo de lo que no está permitido tiene consecuencias

para la tentativa. También el comportamiento constitutivo de tentativa ha de entrañar un riesgo no permitido, y también aquí la decisión ha de tomarse según el contexto en cuestión. Un médico no puede cometer una tentativa de homicidio mediante la inyección de una solución estéril de suero fisiológico mientras sepa que es suero fisiológico lo que inyecta, pues forma parte de su rol el conocimiento de la inocuidad de esa sustancia, aunque en el caso concreto se equivoque; por consiguiente, actuando en su rol no puede hacerlo con dolo típico, al faltar la representación comunicativamente relevante de una lesión producida por esa sustancia (estaríamos ante una mera representación putativa). Sin embargo, un lego en medicina que lea en la ampolla que se trata de cloruro sódico puede creer, de modo comunicativamente relevante, que esa sustancia es una peligrosa combinación química que contiene cloro.

D) *Conocimientos especiales*

1. El principio

Desde la perspectiva de la conclusión acabada de alcanzar también puede resolverse la cuestión acerca de la decisión a adoptar en aquellos casos en los que el autor está en condiciones de prever un daño en virtud de sus facultades especiales, en tanto que el titular modelo del rol no puede hacerlo. Expondré la cuestión con base en el ejemplo de los conocimientos especiales, ya se refieren éstos a la situación de hecho o a las reglas a aplicar para obtener el juicio. En primer lugar, enunciaré dos ejemplos: un ingeniero alquila un automóvil y descubre, gracias a sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos van a fallar en breve. A pesar de ello, devuelve el vehículo al

arrendador; el siguiente cliente en usar el coche sufre un accidente. Un estudiante de biología gana algún dinero trabajando por las tardes como camarero. Cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de la que sabe por sus estudios que es venenosa. De todos modos, sirve la ensalada.

Si partimos, como se ha propuesto más arriba, de que las expectativas relativas a un comportamiento que también un lego puede desarrollar de modo socialmente adecuado se determinan con base en el arsenal de las capacidades propias de dicho lego, en ambos ejemplos ha de excluirse la responsabilidad, ya que nadie espera de quien alquila un automóvil que tenga especiales conocimientos en materias técnicas, como del mismo modo nadie cuenta con que un camarero tenga profundos conocimientos de biología. Por tanto, ninguno de los dos ha quebrantado el rol en el que se mueve y, en consecuencia, sus respectivos comportamientos no han sobrepasado el nivel de riesgo permitido. Desde luego que una cuestión totalmente distinta es que el comportamiento en cuestión sea tan extremadamente insolidario que se deba responder por omisión del socorro.

Esta solución se ve confirmada si trasladamos lo sucedido al ámbito de la omisión: el ingeniero se percató del fallo justo después de haber devuelto el vehículo, y el estudiante descubre la fruta venenosa justo después de haberla servido. En estos casos probablemente a nadie se le ocurriría pensar que concurre una posición de garantía, pues el comportamiento previo (el único punto de conexión posible) no creó un riesgo especial del que tuviesen que responder los intervinientes. En consecuencia, la responsabilidad se limitaría a la omisión del socorro.

Quien considere que el resultado es chocante —en todo caso, sería igual de chocante tratándose de comisión que de omisión—, ha de tener en cuenta que los conocimientos especiales constituyen algo que no hay obligación de adquirir o de mantener; se trata de pura subjetividad, y nada más. El autor puede entregarse a la más mínima distracción que le impida adquirir el conocimiento especial, y puede lícitamente olvidarse inmediatamente de algo que haya llegado a conocer. Dicho de otro modo, la relevancia jurídico-penal de los conocimientos especiales quedaría limitada a los conocimientos realmente existentes, es decir, al dolor. Sin embargo, un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica.

2. Combinación de conocimientos y rol

Con lo expuesto no queda dicho en qué consisten exactamente las capacidades *especiales*, en particular, que es lo que son exactamente los conocimientos especiales de los que el autor no tiene obligación de hacer uso porque no forman parte de su rol. En los casos antes enunciados, la decisión es bastante fácil sólo gracias a la circunstancia de que nada hay que vincule al autor a la víctima aparte de la entrega de un objeto, comportamiento que en estos casos constituye el cometido del autor: el autor no exige a la víctima que tolere un riesgo en interés del propio autor, ni tampoco está obligado a mostrar una preocupación especial, como se la debe, por ejemplo, el padre o la madre al hijo. No obstante, si el autor está vinculado a la víctima de algún modo —que se especificará más adelante—, puede que forme parte de su rol activar todas sus capacidades.

138

En consecuencia, se trata de determinar cuándo se vinculan conocimientos y rol. Para resolver el problema es necesario distinguir entre las razones por las que a un autor le puede competir la realización del tipo: por un lado, la competencia por organización, por otro, la competencia institucional.

En el ámbito de la competencia por organización, puede que el autor sea garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los estándares habituales de seguridad; lo cual ha de suceder *con independencia de su comportamiento actual*: por ejemplo, cualquier propietario de un vehículo de motor es garante de la seguridad en el tráfico de dicho vehículo o cualquier propietario de una casa es garante de que las tejas están aseguradas de la manera habitual. En estos casos, cualquier conocimiento —con independencia del modo en que haya sido adquirido— de que no se están respetando los estándares obliga a desplegar una actividad en el seno del rol y, en concreto, a encargarse de restablecer la situación estándar; pues la desviación negativa respecto del estándar ya constituye una perturbación, que como garante debe suprimir el titular del ámbito de organización. Por consiguiente, quien llega a saber que los frenos de su automóvil no están en las condiciones debidas, siempre lo vendrá a saber en su rol de propietario, con independencia de que se lo comunique el taller mecánico, un vecino que de alguna manera se haya enterado, o que él mismo se haya percatado al mirar casualmente debajo de su vehículo. En este caso, la situación normativa es totalmente distinta de la existente en el caso antes mencionado en el que un ingeniero devuelve un coche de alquiler. El ingeniero se encuentra en el rol de arrendatario de un automóvil y no es garante, a la hora de devolver la cosa arrendada, de

139

que el vehículo esté libre de los daños que se hayan generado al margen de su comportamiento. En consecuencia, ha de llegarse a la conclusión de que el conocimiento y el rol quedan vinculados por medio del deber de mantener determinados estándares, deber que existe con independencia del comportamiento que tiene lugar en un momento dado.

Además, el vínculo entre conocimientos y rol también puede ser organizado de manera actual por el autor, si adapta el comportamiento propio del rol a sus conocimientos, que de este modo pierden la cualidad de ser conocimientos especiales, es decir, conocimientos al margen del rol. Esta situación concurre siempre que el autor asuma la administración de un riesgo, que haya reconocido en virtud de sus conocimientos especiales, y en particular, cuando desvía el riesgo hacia otras personas. Si en el ejemplo antes mencionado del camarero que descubre en la ensalada una fruta venenosa, éste retiene el plato hasta que se presente una persona a la que odia, entonces no consume un destino que se ha generado con independencia de su persona, sino que manipula el destino y lo convierte en objeto de su organización, por lo que debe responder de las consecuencias.

Aparte de la competencia por organización existe la competencia en virtud de un vínculo institucional. También en este ámbito puede suceder que forme parte del contenido de la institución una comunidad más o menos completa entre garante y favorecido que en casos límite incluye todo conocimiento que el garante tenga, de modo que éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados conocimientos especiales. Probablemente sea ésta la configuración de la relación de los padres respecto de los hijos sometidos a su tutela. Cuando un hijo se encuentra

en una situación de necesidad y los padres —sea como fuere— conocen una solución, este conocimiento, por lo general, pasa a formar parte de su rol de padres. Estas instituciones son reconocibles en que quienes resultan favorecidos por ellas también han de asumir las desventajas que conllevan, al igual que participan de los beneficios; los hijos de padres con aptitudes por debajo de la media no reciben cuidados estándar. No obstante, también hay instituciones de menor peso específico en las que han de llevarse a cabo prestaciones estándar, ni más ni menos. En este sentido, por ejemplo, los servicios médicos de urgencia deben prestar la debida asistencia habitual. De ahí que aunque sea un prestigioso especialista el que preste el servicio, no es necesario que haga más de lo que es habitual en ese país, pues hacer más no forma parte del rol de médico de urgencias. No obstante, muy bien puede suceder que el director de una clínica, entre cuyas obligaciones está la de investigar, deba introducir los conocimientos adquiridos en la investigación si actúa en su rol de director de clínica. Los detalles han de dejarse a la interpretación de la situación institucional correspondiente. En todo caso, es el rol correspondiente lo que determina el contenido de los deberes y no el arsenal de las peculiaridades individuales de cada uno.

IV. RESUMEN

1. La vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgo.
2. Lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo, y no por un cálculo de costes y beneficios que se pueda aislar de lo anterior.

3. El riesgo permitido excluye el tipo.
4. El carácter contrario a la norma de una puesta en peligro abstracta excluye, en todo caso, una permisón de riesgo; las permisiones positivas sólo rigen bajo condiciones ideales.
5. El riesgo permitido sólo puede determinarse de modo relativo, de conformidad con el rol de quienes en cada caso pueden licitamente organizar un ámbito vital.
6. Los conocimientos especiales no deben tomarse en cuenta, pero existen supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a conocimientos que son especiales en los demás casos.

V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Las materias de este capítulo son tratadas con amplias referencias bibliográficas por FRISCH, *Tabestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988; ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo I, 1992, 11/36 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª edición 1991, referencias bibliográficas previas a 7/35, 7/56, 24/1.

Selección: *Vid.* respecto del riesgo permitido BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974; WEIZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961; especialmente sobre la discusión acerca de la validez de las reglas de la imputación objetiva, sobre todo del riesgo permitido, en el ámbito de los delitos dolosos, ARMIN KAUFMANN, en VOGLER y otros (ed.), *Festschrift für Jeschek*, 1985, pp. 251 y ss.; HIRSCH, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier*

der Universität zu Köln, 1988, pp. 399 y ss.; especialmente respecto de los conocimientos especiales, STRUENSSEN, JZ, 1987, pp. 53 y ss., e *idem*, GA 1987, pp. 97 y ss.

CAPÍTULO III
LA IMPUTACION OBJETIVA
EN LA PARTICIPACION, ACCESORIEDAD
Y PROHIBICION DE REGRESO

I. ROLES ESPECIALES Y ROLES COMUNES

La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol. Entre los roles cuya infracción aquí se aborda se pueden diferenciar fácilmente dos clases. Por un lado, están los roles especiales, los que una determinada persona tiene porque debe configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo; éste es el caso, por ejemplo, del rol de padre —los padres deben formar con los hijos una comunidad—, o del rol de cónyuge —junto al esposo o a la esposa ha de construirse un mundo conyugal común—, o el de los servicios de asistencia en casos de emergencia —deben actuar en caso de necesidad en interés de quien está desamparado—. Estos roles, cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos, referidos a personas, de las instituciones que confieren a la sociedad su

configuración fundamental *específica*, es decir, aquella configuración que se considera indisponible en el momento actual; esa configuración es «*específica*» porque dichas instituciones concurren con independencia de la juridicidad de la constitución de la sociedad, que es tomada como presupuesto. Se trata, por ejemplo, de la relación entre padres e hijos, (aún) del matrimonio, del Estado como corporación de protección dotada de un monopolio de violencia, y de algunas otras.

Los titulares de roles de esta índole al quebrantamientos generalmente responden a título de autores, ya que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito común. En este sentido, por ejemplo, el tutor responde como autor de administración desleal tanto si dispone el mismo legítimamente de la fortuna de su tutelado como si induce a un amigo suyo a hacerlo o si no impide a un tercero realizar el acto de disposición; también en los dos últimos casos lo que fundamenta la responsabilidad no es el hecho de que haya un comportamiento en conjunción con la persona que dispone del patrimonio protegido, sino la competencia inmediata respecto de ese patrimonio. En el ámbito de estos delitos, de los delitos consistentes en la infracción de un deber, sólo puede haber responsabilidad a título de participación cuando quien se halla obligado por el deber específico carece de un elemento especial de la autoría. No pretendo profundizar más en este asunto porque los delitos consistentes en la infracción de un deber sólo tienen relevancia aquí a efectos de delimitación.

En lo fundamental, aquí se trata de abordar el quebrantamiento de roles pertenecientes a un segundo grupo, roles sin características especiales, esto es, roles comunes,

146

o dicho con mayor precisión: se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios. Para delimitar esta clase de competencia frente a la competencia institucional existente en los delitos consistentes en la infracción de un deber, hablo de competencia por organización, lo que no quiere decir que esta competencia nada tenga que ver con una institución; ciertamente, la juridicidad también es una institución, sólo que se trata de la institución más general posible en Derecho y, por ello, carece de una especificidad que merezca una mención especial en el marco de consideraciones intrajurídicas.

Este rol común tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto persona en Derecho; pero aquí interesa más el lado negativo, es decir, el deber de no lesionar a otros; este deber no está dirigido hacia la configuración de un mundo común —que trasciende el conformado por la juridicidad general—, sino que simplemente su finalidad es una separación de las distintas esferas: «No lesiones al otro, puesto que también es partícipe del ordenamiento jurídico, déjale en paz.» Ciertamente, con ocasión del comportamiento propio sólo puede dejarse en paz a alguien cuya presencia se percibe cuando se puede producir una colisión con él. En esta medida, debe tenerse en cuenta que no se vive solo, sino junto al otro en un mismo mundo. Pero en este mundo, para el Derecho, basta con distanciarse de los demás; no es necesario llevar a cabo configuraciones comunes.

Por tanto, el quebrantamiento de un rol común implica la infracción de aquellas normas que imponen a todos

147

respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robos, etc.; el «no» respectivo resalta el lado negativo del rol.

Este elemento negativo, la ausencia de un mundo común —más allá de la situación general de juridicidad—, no significa que el rol común pueda ser infringido sólo por una acción y no a través de una omisión. El deber de evitar que otro resulte lesionado no sólo puede generarse como deber institucional de crear un mundo común, sino también como deber de evitar las consecuencias lesivas de la organización propia. Quien frena su vehículo delante de un peatón no genera un ámbito común especial, sino que se mantiene dentro del marco de la juridicidad general. Lo mismo sucede respecto de quien asegura las tejas en su tejado para que no caigan, o vuelve a recoger a un niño que previamente ha lanzado al aire jugando, o de quien conduce a lugar seguro a una persona achacosa a la que previamente ha obligado a salirse de la acera.

II. COMPORTAMIENTO DE ORGANIZACIÓN

A) *Lo propio en el reparto de trabajo*

El quebrantamiento del rol común tiene lugar, por consiguiente, por medio de organización, ya sea llevando a cabo una organización defectuosa por medio de una conducta actual, bien lo sea porque no se conjura el peligro que conlleva el ámbito de organización. Ahora bien, también existe la posibilidad —y con esto llego al campo de la participación— de organizar conjuntamente con otros, y no sólo de forma que dentro de un marco común cada uno lleve a cabo su propia obra, como

sucede por ejemplo en un almuerzo común, sino también de manera que todos se unan en *una sola* obra: en el ámbito de las buenas obras podrían traerse a colación, por ejemplo, los logros de una empresa industrial o de una orquesta sinfónica; en el campo de las obras que se imputan de manera negativa, se trataría de todas las constelaciones posibles, desde la mera complicidad hasta la actividad de bandas en el crimen organizado. Si dejamos de lado los casos en los que participan personas que actúan inmersas en un error, o que han sido coaccionadas, o que no son responsables por cualquier otro motivo, y nos mantenemos en el ámbito de los supuestos de participación en los que cabe imputar a todos los intervinientes, la participación consiste exactamente en aquello que en los demás casos suele denominarse reparto de trabajo: el trabajo para lograr *una obra única* se reparte entre varias personas cada una de las cuales aporta su parte.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho penal, la obra cuya realización es objeto de reparto constituye un delito; así, por ejemplo, la muerte de una persona como asesinato o la fractura de una ventana ajena como delito de daños. Lo punible en este tipo de comportamientos es el comportamiento que tiene lugar a partir del comienzo de la tentativa: todo lo anterior es comportamiento previo al hecho, todo lo que acontece después, comportamiento posterior al hecho. De esto se deduce que quien no participa en la ejecución del hecho (que tiene su inicio en el comienzo de la tentativa) no comete de propia mano un delito, sino que al inducir, aportar medios para la realización del hecho, etc., lleva a cabo un comportamiento anterior a dicho hecho. Desde luego que tratándose de un único autor, a ningún penalista se le ocurriría considerar la ideación del plan, o la consecución de medios, como un

comportamiento perteneciente al hecho delictivo; el hecho lo conforma la ejecución, y nada más. Pero si el partícipe que no realiza actos ejecutivos no comete de propia mano un delito, y si la afirmación de que todos responden de su propio injusto y no del injusto ajeno ha de mantener su vigencia, ¿cómo puede imputarse a quien no realiza el mismo todos los actos de ejecución?

La respuesta habitual a esta situación de apariencia un tanto confusa es la de afirmar que quien actúa sin realizar actos de ejecución participa en el hecho de quien lleva a cabo actos ejecutivos; en este sentido, se afirma que eso es lo que constituye su propio injusto. Formulado de otro modo: se dice que el injusto puede ser ampliado estableciendo la punibilidad de la participación, y se amplía precisamente por medio del comportamiento del partícipe. Sin embargo, esta solución conduciría a un resultado poco plausible. En los delitos a los que ahora nos referimos, el injusto está conformado por la arrogación de una organización ajena; sin embargo, el partícipe que actúa antes del comienzo de ejecución, no se arroga nada. Además, ¿por qué razón habría de constituir injusto un comportamiento de participación llevado a cabo antes del comienzo de la ejecución si ese mismo comportamiento, en caso de ser realizado por quien posteriormente realiza actos ejecutivos, no constituye injusto?

Este dilema únicamente puede ser resuelto de una manera: ha de reconocerse que quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes. Por tanto, no es necesario manipular la aportación del partícipe previa a la ejecución para convertirla en injusto, sino que esa aportación no es más que la razón

por la cual también al partícipe en la fase previa se le imputa como injusto suyo la ejecución llevada a cabo por el otro. Desde luego, todos responden exclusivamente de su propio injusto, pero no es cierto que el injusto propio sólo pueda ser el injusto realizado de propia mano; tal afirmación llevaría a excluir completamente toda participación en la fase previa.

A efectos de clarificar lo dicho, puede ser objeto de controversia que el comportamiento previo no se defina aquí como injusto *per se*. En especial, se objetará que para quien realiza una aportación ha de existir un deber derivado de la injerencia, deber de evitar que el autor lleve a cabo el hecho o de obstruirlizarse de algún otro modo la producción del resultado que del hecho derive. Sin embargo, una eventual responsabilidad por injerencia ha de ser a su vez accesoria, como fácilmente puede colegirse, pues de lo contrario la tentativa de omisión debería ser punible antes de la realización del hecho principal, con lo que se destruirían las reglas de la accesoriidad cuantitativa. A modo de ejemplo: cuando quien ha entregado al ejecutor el arma deja transcurrir el instante en el que podría recular, no responde, a pesar de ello, ya en este momento, sino sólo una vez que el autor ha dado comienzo a la tentativa. De ahí que tampoco el comportamiento omisivo puede constituir injusto *per se*, sino que sólo constituye la razón para imputar el comportamiento ejecutivo también como injusto propio.

De lo dicho deriva una nueva concepción de la accesoriidad: quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio. Esta formulación, que puede parecer extraña a primera vista, pierde todo lo que de extraño presenta si se desvina

cula del ámbito jurídico-penal en el que está encallada y, por ejemplo, se traslada al campo civil: bien es cierto que el contrato de sociedad, por poner un ejemplo, en el caso de una compañía mercantil colectiva, es un puro negocio interno de los socios (*fasc previa*) sin tener *per se* efectos *ad extra* (no hay por tanto injusto), pero constituye la razón por la que los negocios *ad extra* realizados dentro del marco del contrato se imputan a todos los socios como negocios propios. Por consiguiente, puede decirse que algo es «propio», ya sea en un negocio jurídico, ya lo sea en la comisión de un injusto, no sólo cuando concurre una realización de propia mano —sostener esto sería incurrir en un error naturalista—, sino cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido.

De todos modos, la afirmación de que, al menos, el injusto realizado de propia mano es injusto propio, sigue conteniendo, en cierta medida, una capitulación frente a datos naturalistas. De ahí que, desvinculándonos del mito naturalista de la comisión de propia mano, haya que formular una pregunta radical: ¿cuáles son las condiciones que deben concurrir para que un injusto sea propio? A la hora de emprender la búsqueda para encontrar una respuesta, en primer lugar debe asumirse que el movimiento corporal que conduce a un resultado lesivo —por ejemplo, el disparo del asesino sobre su víctima—, por sí mismo no es más que un dato naturalista. Sólo si se concibe como expresión de sentido de una persona competente, este dato adquiere significado social; pero, a su vez, dicha persona competente tampoco debe ser entendida como un ser humano de carne y hueso, es decir, de manera naturalista, sino como el destinatario de la imputación, y nada impide que ese destinatario también sea un colectivo, esto es, la unión de varias personas. Sin embargo, ¿qué

personas constituyen el colectivo? Todas aquellas que hayan organizado de modo tal, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas; la expresión de sentido de quien realiza actos de ejecución ha de serles imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían. De este círculo forma parte tanto el inductor como el cómplice; en el marco de esta imputación, el ejecutor sólo conforma un caso especialmente drástico: para quien quebranta el rol, el quebrantamiento del rol siempre tiene objetivamente sentido, pero no por ser el último en realizar un movimiento corporal, sino porque, al igual que lo hacen todos los intervinientes, configura su organización de tal manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas.

El hecho de que no sea la comisión de propia mano sino el sentido delictivo del comportamiento lo que convierte el injusto en injusto propio se manifiesta con claridad en los supuestos en los que el comportamiento comisivo de propia mano carece de sentido delictivo. Esto ocurre en todos los casos en los que el rol de quien produce de propia mano un resultado lesivo precisamente se caracteriza por que sólo se ha de administrar un ámbito restringido que no abarca el resultado; por ejemplo, cuando siguen las indicaciones de otra persona. Trasladando esto a un supuesto: el técnico que de acuerdo con las instrucciones recibidas abre una compuerta por la que pasan determinadas sustancias químicas para ser vertidas a un río, a pesar de su actuación no comete un delito de contaminación de aguas si no forma parte de su rol controlar los residuos; en un caso como éste, su comportamiento —con independencia de lo que sepa más allá de su cometido— sólo tiene el significado de realizar una tarea limitada

dentro de la empresa. Y es que si el técnico conforme a lo establecido en el plan de servicio, y sin actuar positivamente, permitiese que las sustancias químicas se vertieran al río, probablemente no se le ocurriría a nadie convertir precisamente a dicho técnico encargado de las computas en el garante de la composición de los residuos. Por tanto, injusto propio es el injusto que es imputado; se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas; y en este marco la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no siempre.

B) *Accesoriedad cuantitativa*

Si examinamos brevemente la accesoriedad cuantitativa, queda claro que lo antes expuesto no es una concepción novedosa y revolucionaria, sino —eso sí— una nueva interpretación de una relación conocida desde hace mucho tiempo; una interpretación que intenta situar la cuestión dentro de un sistema. Al cómplice, al inductor, o también al coautor que no realizan actos ejecutivos, sólo se les castiga cuando, como suele formularse, el hecho principal entra en un estado punible. Esta es la consecuencia de la tesis aquí desarrollada, según la cual la ejecución es algo propio de cada uno de los intervinientes. Por tanto, un hecho, con independencia de que sea preparado y efectuado por uno o por varios autores, sólo pasa una vez —y no por separado para cada uno de los intervinientes— del estado de la preparación al estado del comienzo de la tentativa, como también una sola vez lo hace al estado de la tentativa acabada; y es que se trata de *un solo* injusto, aunque sea propio de varias personas.

C) *El sentido del comportamiento*

En este punto se plantea con insistencia la cuestión acerca de cuándo una organización se halla configurada de tal modo que su configuración tenga sentido para alcanzar consecuencias delictivas. Por tanto, ¿cuándo se participa en las consecuencias delictivas de un contexto de acción? ¿No es éste el caso siempre que una organización causa la ejecución de un delito o, al menos, la causa dolosa o imprudentemente? ¿De ningún modo! La concurrencia de un comportamiento evitable no basta para atribuirle a una organización un sentido delictivo, al igual que en el ámbito de la omisión la capacidad de evitación del resultado no es suficiente para definir como garante a quien tiene esa capacidad. Bien es cierto que la evitabilidad (o, en el caso de la omisión, la capacidad de evitar el resultado) es un elemento necesario; en un mundo en el que no se premia o se castiga el destino, sino las prestaciones, también los delitos deben poder concebirse como algo hecho, como algo que a su vez se habría podido evitar, pues de lo contrario no podrían considerarse como prestaciones, sino sólo como obra del destino. No obstante, la evitabilidad, por sí sola, es puramente cognitiva; alguien puede evitar algo si así lo desea. La evitabilidad carece *per se* de sentido social: pero, ¿por qué habría que evitar? Tratándose de la colaboración causal de varias personas, la respuesta sólo puede ser ésta: existe la obligación de evitar cuando forma parte del rol de quien actúa en primer lugar velar por el comportamiento de quien actúa a continuación. A este respecto, cabe formar cuatro grupos de casos: dos grupos en los que queda excluida la responsabilidad, y dos en los que la responsabilidad concurre.

Primero: no hay nada en común; por el contrario, un autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo; es este caso, sólo él responde. Por ejemplo: un grupo terrorista toma como pretexto para asesinar al Ministro de Justicia el proceso seguido contra un correligionario; el asesinato es asunto exclusivo de los terroristas, y no de los jueces que dirigen el proceso. O una mujer amenaza a su amante con destruir una cosa ajena de gran valor si éste la abandona; si el amante rompe sus relaciones con ella, no responde de esa consecuencia. O alguien cosecha en el jardín de su vecino determinadas plantas venenosas, habituales en la flora del lugar, y las utiliza para envenenar a una persona o a un animal. Esto en nada atañe al vecino, incluso si en el momento de disponer los cultivos en su jardín conociese los malignos planes del autor. Un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes. Puesto que se ha mantenido dentro del marco de su rol inocuo, el sujeto no tiene por qué consentir que se le imponga como definición de su comportamiento la que el autor del delito establece tomando dicho comportamiento como razón del hecho delictivo. La ejecución no le es propia.

Segundo: entre el autor y la otra persona existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito. Bien es cierto que en tal caso la otra persona ya no puede alegar que simplemente nada tiene en común con el autor —pues dicha persona consintió en transferir la prestación al autor—, pero a pesar de ello, lo

que de común hay carece de todo significado delictivo; de ahí que el sujeto no haya quebrantado su rol inocuo.

Aquí se encuentra el ámbito principal de aplicación de la prohibición de regreso, esto es, de la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo —hubiese bastado tener la voluntad de hacerlo—, a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente. En una sociedad organizada en régimen de reparto de tareas, con un intercambio de información y de bienes extremadamente complejo, ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo. Con carácter general, únicamente se debe tener en cuenta el sentido objetivo; éste es el sentido socialmente válido del contacto. Al no objetivarse, al menos no en ese contexto, el sentido que subjetivamente se persigue, en nada atañe a la otra persona.

En este grupo de casos se trata de los negocios usuales de la vida cotidiana, unilaterales o bilaterales, con independencia de que se transfieran prestaciones consistentes en la entrega de bienes, en la realización de servicios y, especialmente, de informaciones. Por tanto, el comerciante de alimentos que vende buen género, no responde como partícipe de un homicidio en caso de que sepa que el adquirente piensa manipular el género para cometer un asesinato por medio de veneno. El mecánico de automóviles no responde como partícipe de los delitos contra la seguridad del tráfico rodado que cometa el conductor del vehículo que él ha reparado. El taxista no responde del delito que cometa su cliente una vez llegado al punto de destino, aunque éste se lo haya anunciado durante el

trayecto. Nadie responde de las consecuencias que derivan del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales. Lo mismo rige respecto de las informaciones. Una información veraz no da lugar a responsabilidad; por ejemplo, si el abogado responde a la pregunta acerca de si el país X extradita a delincuentes fiscales, o si alguien comunica a un socorrista la identidad de la víctima a salvar, a la vista de lo cual el socorrista desiste de su buena obra. Probablemente la entrega de alcohol a personas responsables sea un ámbito de relevancia práctica en este sentido; con independencia de que se produzca como fruto de una actividad mercantil o de manera privada, la entrega de alcohol es un acto socialmente adecuado cuyo contenido no es que el receptor encuentre en la bebida valor para cometer un delito o que, debido a su embriaguez, el sujeto reaccione de manera descuidada, etc.

En estos supuestos, lo común que se objetiva de modo socialmente relevante concluye con la transferencia que tiene lugar, esta transferencia incrementa el peligro de que se produzcan consecuencias delictivas no por su contenido —no se transfieren prestaciones peligrosas—, sino únicamente por la planificación delictiva que lleva a cabo el receptor. Sin embargo, esta planificación no tiene expresión alguna en lo que de común hay entre quien da y quien recibe. Por consiguiente, tampoco en este caso quien da puede encontrar algo propio en el delito realizado por el sujeto receptor.

En lo que concierne a los grupos primero y segundo, han quedado esbozados los dos grupos de casos en los que no hay responsabilidad. Formularé esto de un modo más preciso: en ambos grupos de casos no se alcanza una responsabilidad específica por razón del comportamiento al que el autor aún a suyo y del que derivan consecuencias

delictivas. Con independencia de lo dicho, es cierto que puede que concurra una razón por la que haya de generarse responsabilidad, y que dé lugar a responsabilidad en cualquier caso, aunque el comportamiento en cuestión no hubiese tenido lugar. Esa razón la conforma, especialmente, la preexistencia de una posición de garantía independiente de la conducta, posición de garantía que sirve precisamente para evitar daños que amenacen al bien en cuestión. A modo de ejemplo: puesto que todos deben proteger la vida de los hijos sometidos a su tutela, nadie debe hacer entrega a un sujeto decidido a asesinar a sus hijos de un objeto de por sí inocuo o una información de por sí inocua, cuando el sujeto en cuestión vaya a incorporar esa prestación a su planificación delictiva. Y es que el garante, para cumplir con su deber de protección, incluso estaría obligado a revocar, de poder hacerlo, una prestación similar llevada a cabo por terceras personas. O quien ha debilitado las defensas de una persona, ha de ocuparse de que ésta no resulte dañada por el comportamiento de un tercero, comportamiento de por sí inocuo, pero que, a causa del debilitamiento sufrido, se convierte en peligroso. Las posiciones de garantía que existen de forma independiente al comportamiento actual no anulan la prohibición de regreso, pero constituyen, a su vez, una de las razones que fundamentan la responsabilidad; dicho de otro modo, el hecho de que por medio de su comportamiento actual alguien no quebrante su rol general de ciudadano, no significa que no pueda quebrantar ese rol por medio de otro comportamiento, o que no pueda quebrantar otro rol, quedando por esta razón vinculado de tal modo con el comportamiento ejecutivo que éste también se convierta en algo suyo. Dicho sea de paso: también la autoridad mediata, es decir, aprovechar la superioridad sobre un

instrumento, puede constituir este tipo de quebrantamiento de un rol.

Además, en la medida en que por debajo de los delitos comisivos como de los delitos de comisión por omisión haya una norma que impone no denegar la ayuda necesaria en casos de extrema necesidad, esta norma obliga a quien realiza la prestación a omitir dicha prestación cuando de ser realizada —y a causa de la planificación delictiva del receptor— se generaría una situación de necesidad extrema para la víctima. De nuevo, a modo de ejemplo: quien habiendo recibido en préstamo una pistola la devuelve justo en el momento en el que quien se la prestó va a usarla para cometer un asesinato, siendo este hecho conocido, responde por un delito de omisión de socorro si el asesinato finalmente se comete. Por tanto, los deberes que incumben a todos existen y subsisten con independencia del comportamiento actual. Dicho de otro modo, cuando el rol de ciudadano impone de manera excepcional deberes de auxilio, éstos mantienen su plena vigencia aunque de por sí concurriese la prohibición de regreso.

Resumiendo: la prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad.

Tercero: a continuación se formulan las consideraciones relativas a los dos grupos de casos en los que existe responsabilidad, ya que quien interviene en la fase previa participa en el comportamiento delictivo del sujeto que lleva a cabo la ejecución. En el primero de estos grupos (por tanto, en el *tercero* en la numeración general) se trata de que lo común viene determinado por la configuración de la prestación, peligrosa *per se*: a tales prestaciones es

inherente un uso ulterior —que, al menos, también, puede ser— delictivo, y de ahí que den lugar a una comunidad con quien realiza los actos ejecutivos; por regla general, este tipo de prestaciones también suelen estar prohibidas en cuanto constituyen puestas en peligro abstractas. Por tanto, quien las realiza no puede verse distanciado de las consecuencias delictivas; por el contrario, las consecuencias que se producen también le son propias. En estos casos, la comunidad se genera de manera normativa: con independencia de lo perseguido por quien realiza la prestación, quien lleva a cabo este tipo de prestaciones se pone en un nivel común con quien complementa la prestación recibida hasta dar lugar a un comportamiento delictivo. Cabe encontrar multitud de ejemplos: quien entrega armas que requieren licencia, materiales radiactivos a receptores no autorizados, quien suministra explosivos o estupefacientes cuya circulación se halla restringida, quien presta un vehículo de motor que no está en condiciones de circular, etc., ha organizado la situación de tal modo que las consecuencias delictivas forman parte del sentido de su organización. Más aún, ni siquiera es necesario que se dé una prestación; el hecho de custodiar ese tipo de materiales de manera descuidada, de modo que otro pueda tener acceso a ellos, ya vincula al sujeto con las consecuencias delictivas. Dicho de otro modo, quien es garante de la no disponibilidad de determinados materiales responde de las consecuencias delictivas si infringe su deber.

Se impone la conclusión de que la razón expuesta para afirmar la participación no está vinculada a la comisión dolosa; al igual que los grupos de casos de la prohibición de regreso antes construidos tampoco están vinculados a la ausencia de dolo. Y es que la imputación objetiva no depende de las circunstancias psíquicas de los intervinien-

tes, sino del sentido social del comportamiento; sobre esto volveré más adelante.

Cuarto: el cuarto y último grupo de casos, el segundo en el que hay responsabilidad, se refiere a los supuestos habituales de inducción y complicidad: el partícipe no se aviene a realizar una prestación con carácter neutral, sino que específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento. Por regla general, esto es palmario cuando se interviene en el estradió ejecutivo. Pero piénsese también en los supuestos principales de inducción, esto es, de determinación final a la comisión del hecho, de complicidad psíquica, es decir, de asesoría en empresas delictivas, y de complicidad física, esto es, la prestación de cosas o servicios específicamente diseñados para tener encaje en la empresa delictiva, supuestos que no están socialmente estereotipados como adecuados. Y es que no es lo mismo que alguien pida a otro que cometa un delito o que se limite a constatar que una casa carece de vigilancia; que alguien explique cómo pueden neutralizarse los vigilantes de un banco o que sólo explique el funcionamiento de una cerradura normal; que alguien organice la ruta de huida o que sólo aporte un plano de la ciudad; que alguien venda un juego de llaves de reserva o tan sólo un destornillador; que alguien recorte, tal como se le indicó, el cañón de una escopeta o que siere una vulgar barra de hierro; que alguien espere delante del lugar del delito con el motor en marcha o que simplemente lleve a cabo un servicio de taxi, etc. Puede que todos estos comportamientos tengan el efecto de favorecer el delito, pero sólo en los supuestos enunciados respectivamente en primer término, el sentido del comportamiento—incluso con independencia del sentido perseguido subjetivamente— es el de favorecer un

delito que de este modo también se convierte en propio delo del interviniente; los supuestos enunciados en segundo término agotan su sentido en lo socialmente adecuado.

Las intenciones y los conocimientos de quien realiza la apropiación son a estos efectos irrelevantes, del mismo modo que la omisión de un no garante no se convierte en comisión por omisión por el hecho de conocer una posibilidad segura de salvamento o por tener malos intenciones. Quien realiza algo estereotipado socialmente como adecuado no responde, y ello con independencia de lo que piense y conozca, mientras que quien se adecua a un plan delictivo está ofreciendo una razón para que el acto ejecutivo le sea imputable; en todo caso, puede que en estos supuestos falte la imputación subjetiva, por ejemplo, cuando el sujeto no haya percibido por falta de previsión el comportamiento delictivo subsiguiente—quedando entonces excluida la participación dolosa— o cuando ni siquiera podía prevenirlo—en cuyo caso, no cabe participación imprudente (que en Alemania se trata como autoría imprudente; a este respecto, *vid. infra*)—. Un ejemplo al respecto: quien de manera irónica, pero sin evidenciar su ironía, ofrece una elevada suma de dinero para que se cometa un delito ha inducido al hecho si éste se lleva a cabo como consecuencia de lo manifestado por el sujeto; en un caso así ya no se discute la imputación objetiva del proceso ejecutivo, sino tan sólo la relación subjetiva para con la ejecución: el dolo, la imprudencia o la inevitabilidad.

En lo que se refiere al sentido objetivo del comportamiento, desde luego que en cada caso concreto aparecen considerables dificultades de delimitación, lo que necesariamente ha de ser así; esto es debido a que la vida social

siempre ofrece entre los extremos numerosos estadios intermedios. Partiendo de esta situación, la soluciones matemáticamente exactas sólo pueden estar basadas en premisas erróneas. Quien no tolere esto, que se circunscriba al Derecho de la circulación, donde probablemente también fracasará. Lo que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se enmarca. De manera especial, puede que un contexto marcadamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí está estereotipado como adecuado en la sociedad.

A modo de ejemplo: cierto es que la venta de una pala en una tienda de artículos de jardinería es algo inocuo; pero si delante de la tienda se está desarrollando una violenta pelea, y en la tienda irrumpen personas heridas que participan en la pelea, requiriendo que se les haga entrega inmediata de una pala, puede que las cosas sean distintas. Este tipo de dificultades no son razón para retornar a un punto de partida naturalista —causalidad, conocimientos—; es más, se trata de dificultades inevitables cuando se utiliza un punto de partida adecuado a la materia.

D) *En especial: la accesoriidad en caso de ausencia de dolo*

Si recordamos la conclusión alcanzada en lo referente al comportamiento en la fase previa (dejando aquí al margen la causación de propia mano del resultado con ausencia de sentido delictivo, *vid. supra*, II A, en el presente capítulo, último párrafo) —conclusión de que los comportamientos que carecen del sentido de una continuidad delictiva no dan lugar a responsabilidad; los que sí tienen

ese sentido constituyen participación delictiva—, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que ha sucedido con la accesoriidad. La respuesta es la siguiente: se revela como parte de la imputación objetiva. *Un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriidad es la prohibición de regreso.*

Por consiguiente, la accesoriidad nada tiene que ver con una colaboración conocida y deseada, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos o con otro tipo de factores internos. No es necesario que los intervinientes antes de actuar se conviertan en uña y carne, sino sólo que se repartan el trabajo a realizar. No obstante, incluso esta formulación aún resulta demasiado amplia, pues el impulso finalmente dirigido a la realización de un tipo que suele ir asociado al concepto del reparto de trabajo puede faltar en el ámbito jurídico-penal, ya que aquí se responde de realizaciones típicas no perseguidas subjetivamente. De ahí que, por expresarlo con un ejemplo, cuando al poner orden en una habitación uno de los participantes abre la ventana para que otro pueda lanzar fuera una tabla, alcanzando ésta de modo imprevisto a un peatón, ambos intervinientes han organizado la lesión imprudente del peatón en régimen de reparto de trabajo, porque al lanzar fuera la tabla de modo descuidado han llevado a cabo, a través de una organización común, un comportamiento que constituye un riesgo no permitido. En consecuencia, en Derecho penal el reparto de trabajo no presupone la concurrencia de dolo, sino el mero reparto del trabajo que es necesario llevar a cabo para alcanzar la realización del tipo. Bien es cierto que el Derecho penal alemán únicamente delimita las formas de participación cuando todos actúan dolosamente, pero esto constituye

un error de carácter psicologizante: no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontezca, competencia que también puede concurrir faltando el dolo.

Llevaré esta idea hasta sus últimas consecuencias: en el ejemplo acabado de citar en el que se producen unas lesiones por lanzar por la ventana una tibia, claramente los intervinientes no pensaron en un eventual resultado de lesiones, aunque sí había acuerdo sobre la necesidad de lanzar un objeto por una ventana que previamente había que abrir. Incluso puede faltar la coordinación consciente respecto de estos comportamientos (privados de su conexión con el resultado); concretamente, cuando varias personas contribuyan a realizar una obra que comporta un riesgo no permitido sin ser en modo alguno conscientes de estar haciendo algo en común. Un ejemplo al respecto: un cazador cuelga su escopeta cargada en el perchero de un mesón sin preocuparse de nada más; otro cliente se percató del hecho y aprovecha la oportunidad para probar el arma; pero en el momento de hacerse con ella, asíndola torpemente, se produce un disparo que lesiona a alguien. Si el suceso en su totalidad hubiese sido previsto y acordado por ambos sujetos, probablemente nadie dudaría de que se trata de una lesión producida en común; sin embargo, el porqué de la responsabilidad no estriba en los acuerdos tomados, sino en la común competencia por una configuración del mundo que genera un riesgo no permitido. Los intervinientes responden por ser competentes por el resultado lesivo, sea porque han llevado a cabo el comportamiento que entraña un riesgo no permitido, sea porque concurre un comportamiento en la fase de preparación que constituye la razón para imputarles

el comportamiento ejecutivo. Que hubiesen adoptado un acuerdo o que faltó todo tipo de acuerdo afecta a lo que hay de común desde el punto de vista psíquico, pero esto no interesa desde el punto de vista jurídico. Lo que de común hay desde el punto de vista jurídico deriva de la competencia que objetivamente existe en común respecto de las condiciones del resultado lesivo y, por tanto, también respecto del propio resultado. Esta competencia objetiva también convierte el comportamiento ejecutivo en comportamiento propio de quien interviene en la fase previa.

La habitual confusión de accesoriidad y acuerdo, estos es, el hecho de psicologizar una situación que ha de ser aprehendida normativamente, tiene desde luego un motivo comprensible: quien no ejecuta la realización del tipo, es decir, quien sólo establece la ocasión para que se produzca, por lo general sólo estará generando un motivo para convertirse en competente por la ejecución cuando se adapte al estado de los planes de quien lleva a cabo dicha ejecución; de lo contrario, su comportamiento presentará un sentido socialmente adecuado. En el caso puesto como ejemplo, es necesario que se trate de un arma peligrosa de cuyo aseguramiento sea garante el titular, si es que ha de resultar factible — como he descrito en el tercer grupo de casos — imputar a éste la ejecución como propia. Si en el caso en cuestión el sujeto procediese del mismo modo, pero con un simple bastón, y posteriormente alguien lo utiliza para golpear a su enemigo, esto daría lugar a una prohibición de regreso, incluso de concurrir previsión o previsibilidad.

Al formularse frecuentemente que en el ámbito de la imprudencia el Derecho penal alemán sólo conoce un autor unitario, ello no es cierto en el sentido de que todo aquel que causa de manera evitable responde, para que

exista responsabilidad, quien no realiza actos ejecutivos debe haberse comportado de tal modo que la ejecución de otro le pueda ser imputada como ejecución propia. Si éste no es el caso, existe una prohibición de regreso también en el ámbito de la imprudencia. Un ejemplo al respecto: quien vende alcohol a una persona responsable no responde de la conducción bajo los efectos del alcohol que tenga lugar con posterioridad a la ingestión, y esto con independencia de que previese lo que iba a suceder o que pudiese preverlo (o que, por el contrario, no pudiera sospecharlo); en todo caso, su comportamiento está socialmente estereotipado como adecuado. En el campo de la imprudencia existe un autor unitario sólo de forma atenuada, en el sentido de que no se diferencian expresamente las formas de participación de las personas sujetas a responsabilidad; sin embargo, las diferencias en el ámbito de la participación sí habrán de ser tenidas en cuenta en el marco de medición de la pena.

Conforme a estas reglas, también existe participación imprudente en un hecho doloso, que, como acabo de exponer, siempre se denomina autoría imprudente. Por ejemplo, si el poseedor de un arma de fuego la guarda de manera descuidada y otro la usa para cometer un delito, responde por comisión imprudente del delito, tratándose desde el punto de vista material de una participación imprudente en el delito doloso. Por tanto, no es correcta la antigua afirmación de que quien de modo previo a un autor doloso actúa imprudentemente siempre se ve exonerado de responsabilidad en virtud de una prohibición de regreso.

La situación inversa, es decir, la participación dolosa en una ejecución imprudente, siempre es tratada por el Derecho penal alemán como autoría mediata del hombre de

atrás que actúa dolosamente. Esta solución es acertada mientras el hombre de atrás sea competente por la carencia de conocimientos de quien ejecuta. De no ser así, especialmente tratándose de una falta de conocimientos por parte de quien lleva a cabo la ejecución basada en desinterés, sería preferible la solución a través de la participación.

Por consiguiente, se llega a la conclusión de que la accesoriidad es independiente del lado subjetivo del hecho. Los comportamientos desarrollados en la fase previa, tanto los dolosos como los imprudentes, dan lugar a responsabilidad si conllevan el sentido de una continuación delictiva; en caso de no concurrir este sentido, la responsabilidad queda excluida.

III. CONCLUSIONES

1. Si las prestaciones necesarias para cometer un delito son aportadas de forma sucesiva por varias personas, sólo responden —y en tal caso, siempre— aquellos sujetos cuyo comportamiento tenga el sentido de salirse del rol del ciudadano respetuoso con los demás. Respecto de estos intervinientes, la ejecución constituirá injusto propio.

2. a) No hay quebrantamiento del rol cuando el autor anuda su actuación de modo arbitrario a la de otro o cuando la comunidad existente entre el autor y el otro sólo abarca una transferencia de prestaciones socialmente estereotipada como adecuada. Desde luego, puede que por otras razones distintas la responsabilidad se fundamente de manera independiente a ese comportamiento.

b) Quebranta su rol quien no mantiene bajo control objetos peligrosos, especialmente, cuando hace entrega de ellos, o quien adapta su comportamiento a la planificación delictiva de otra persona.

3. A este respecto, el lado subjetivo del hecho carece de relevancia.

4. Ha de llegarse a la conclusión de que un comportamiento es accesorio cuando constituye un motivo para imputar el acto ejecutivo realizado por el autor. En lo demás, rige una prohibición de regreso.

IV. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

El grupo de delitos mencionado al principio a efectos de delimitación, los delitos consistentes en la infracción de un deber, fue desarrollado por ROXIN, *Tatertschaft und Talberterschaft*, 1.ª edición 1963, pp. 352 y ss., 459 y ss.; 5.ª edición 1990, pp. 651 y ss., con una detallada exposición del estado de la cuestión; cfr. además HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, 1972, pp. 49 y ss.; GRAMER, en ARTHUR KAUFMANN *et al.* (ed. a cargo de), *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 389 y ss., 395 y s.; 399; BLOY, *Die Beteiligungsforn als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 229 y ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 268 y s., 298 y ss.; adopta una posición especialmente crítica STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsfornlehre*, 1988, pp. 209 y ss., con referencias bibliográficas.

Respecto de los delitos por competencia de organización sucede lo siguiente: habitualmente, la imputación al interviniente suele ir referida a que haya algo en común de

170

carácter psíquico («decisión común de realizar el hecho» en la coautoría; en contra de esto — aunque no de modo suficientemente radical —, ya JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª edición 1991, 21/40 y ss.) o a que, al menos, haya una actualización psíquica de una dirección común (producción dolosa de un hecho principal doloso). Aun así, existen algunos primeros intentos convincentes de vincular la teoría de la imputación objetiva con la teoría de la participación: cfr. LESCH, *op. cit.*, pp. 278 y ss.; *idem*, ZStW 105, pp. 271 y ss. (en contra, KÜPPER, ZStW 105, pp. 295 y ss.); DERKSEN, GA, 1993, pp. 163 y ss. Por tanto, lo aquí expuesto va en contra de la opinión dominante. Especialmente, la mayoría de los autores rechaza que en caso de ausencia de dolo siquiera sea posible diferenciar formas de participación, opinión que en el ámbito de las doctrinas objetivas de la autoría está relacionada con una misificación de la instrucción del dominio del hecho; con gran aceptación, GALLAS, en Materialien zur Strafrechtsreform, tomo I, 1954, pp. 121 y ss., 128 y s.; ulteriores referencias en JAKOBS, *op. cit.*, 21/nota 205; BLOY lleva a cabo una exposición exhaustiva de todas las opiniones sostenidas respecto de la accesoriedad; *op. cit.*, pp. 96 y ss.

Sin embargo, la accesoriedad cuantitativa no es, en gran medida, objeto de discusión; exhaustivamente KÜPPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, pp. 11 y ss., 69 y ss.; en la jurisprudencia, últimamente BGH, NJW, 1993, p. 2251.

En lo conceniente a la prohibición de regreso, la discusión es menor en lo que se refiere a su existencia material que lo que respecta a sus límites y — aunque ello nada aporta — a su denominación; cfr. una fundamentación minuciosa (pero que en parte es aún demasiado subjetivista y no atribuye el suficiente peso a los límites de los roles)

171

en JAKOBS, ZStW 89, pp. 1 y ss.; cfr. además *idem*, *Strafrecht AT*, 24/13 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 230 y ss.; SCIUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 59 y ss., 69 y ss.; BLOY, *op. cit.*, pp. 126 y ss. Las diferencias de las doctrinas aquí expuestas respecto de otras teorías de la imputación objetiva que no conocen una prohibición de regreso pasan a ser secundarias si esas teorías reconocen, al menos, que también la participación ha de tener un significado específicamente delictivo; ROXIN, en JESCHECK *et al.* (ed. a cargo de), *Festschrift für Tröndle*, 1989, pp. 177 y ss.; *idem*, en B. JÄHNKE *et al.* (ed. a cargo de), *StGB Leipziger Kommentar*, 11.ª edición, 8.ª entrega, 1993, § 27 números marginales 16 y ss.; *idem*, *Strafrecht AT*, 1992, 24/26 y ss.; sin embargo, dicha doctrina mezcla innecesariamente los comportamientos que se desarrollan en la fase previa y los comportamientos que se externalizan arrojándose una organización ajena. La jurisprudencia ha reconocido materialmente en varias ocasiones la existencia de la prohibición de regreso, no su denominación; BGHSt 3, pp. 203 y ss., 205; 7, pp. 268 y ss.; 19, pp. 152 y ss.; ulteriores referencias en MEYER-ARNDT, *wistra* 1989, pp. 281 y ss.; sin embargo, también hay resoluciones incompatibles con la teoría de la prohibición de regreso; BGHSt 4, pp. 107 y ss.; GA 1981, pp. 133 y s.; de modo radical, RGSt 56, pp. 169 y ss., 170 y s.

Respecto de la antigua (y ya superada) teoría de la prohibición de regreso como teoría de la interrupción del nexo causal, cfr. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.ª edición 1931, § 1, III.2.a).

CAPITULO IV REALIZACION DEL RIESGO EN CASO DE CONCURRENCIA DE RIESGOS

I. LA RELACION ENTRE CONCURRENCIA DE RIESGOS E IMPUTACION OBJETIVA

En el tratamiento de la imputación objetiva se genera habitualmente una separación en dos ámbitos de problemas. En el primero se trata de separar el comportamiento permitido, es decir, el quebrantamiento del rol de un ciudadano fiel al Derecho, del comportamiento permitido, esto es, aquel comportamiento que es acorde al rol de ciudadano. En este ámbito han de tratarse el riesgo permitido y el principio de confianza, además las acciones a propio riesgo de la víctima, las reglas aplicables en caso de participación, es decir, la prohibición de regreso, y en general todas las determinaciones de los ámbitos de responsabilidad, incluyendo las posiciones de garantía.

En la presente exposición no me ocuparé del ámbito que acabo de esbozar. Por el contrario, el conocimiento

de aquellas configuraciones del comportamiento que no están permitidas (o que infringen un deber de autoprotección) se da por presuuesto. Sin embargo, y con esto paso al segundo ámbito, el establecimiento de la configuración no permitida (o que infringe deberes de autoprotección) no prejuzga que el resultado delictivo (especialmente la lesión de un bien), producido en relación con un comportamiento no permitido, se fundamente en ese comportamiento o que sólo tenga lugar con ocasión del mismo, siendo, por lo demás, fortuito.

Dicho de otro modo: en el primer ámbito se trata de determinar el comportamiento socialmente perturbador, y, por tanto, al menos hay una tentativa de delito. En el segundo ámbito se analiza si un resultado constituye la continuación de esa tentativa hacia la consumación. Sólo este segundo aspecto es lo que ha de discutirse aquí.

II. LA EXPLICACIÓN A TRAVÉS DE TIPOS DE RIESGO

Cuando se produce la lesión de un bien, resulta necesario explicar el suceso para poder volver a hallar acomodo en un mundo perturbado por el curso lesivo. Por un lado, las explicaciones pueden ser de índole cognitiva: se ha calculado mal y en el futuro deberá calcularse mejor, es decir, o se aseguran mejor los bienes o deberá contarse con que se producirá cierta merma. Por otro lado, la explicación puede tener lugar a través de la imputación, esto es, de modo normativo: alguien ha cometido un error y su comportamiento inadecuado constituye la razón del daño; por ejemplo, alguien con su comportamiento ha creado un riesgo no permitido, o incluso puede que lo haya creado el propio sujeto lesionado que ha incumplido sus deberes de autoprotección.

Dependiendo del interés que rija el análisis cabe dar distintas respuestas a la pregunta acerca de cómo ha de explicarse un daño. En este sentido, un viajero que en la sala de embarque del aeropuerto de Frankfurt haya descuidado durante cinco minutos la vigilancia de su cámara fotográfica, explicará su desaparición de manera normativa a través del comportamiento inadecuado de un ladrón; su compañía de seguros también optará por ofrecer una explicación normativa, que encontrará en la propia negligencia del viajero; un sociólogo-criminólogo puede que apunte como explicación cognitiva el progresivo grado de anonimidad de la sociedad, y un psicólogo que haga un informe del ladrón, una vez detenido éste, quizás explique el suceso también de modo cognitivo a través de determinadas experiencias del ladrón en su niñez. Evidentemente, continuar con esta enumeración resultaría fácil.

El proceso de explicación —a pesar de las diversas conclusiones— es, desde el punto de vista formal, siempre el mismo: entre el arsenal de los factores que cabe entender como condiciones de la producción del daño, se resalta un sector que se define como complejo parcial decisivo; en lo sucesivo, denominaré a esos complejos parciales «riesgo». Las distintas perspectivas que en cada caso conducen a la selección de un determinado complejo parcial pueden compatibilizarse unas con otras. En este sentido, por ejemplo, determinadas experiencias en la infancia de una persona no excluyen que se pueda hablar de un comportamiento defectuoso por parte de dicha persona, y esto a su vez no excluye el que también pueda afirmarse que la víctima ha infringido sus deberes de autoprotección. Desde luego que aquí rige el principio de contradicción (*principium contradictionis*): así visto, por ejemplo, la explicación a través de la intervención milagrosa

de un santo sería incompatible con las explicaciones cognitivas habituales, y la explicación por medio de un comportamiento inadecuado que da lugar a responsabilidad excluiría la reconducción de lo sucedido a una perturbación mental de la que no se es responsable.

Desde la perspectiva jurídico-penal, sólo la lesión típica de condiciones de interacción aparece directamente como un complejo relevante de condiciones, esto es, como riesgo. De aquí en adelante, denominaré ese riesgo «comportamiento no permitido». Ahora bien, a la hora de determinar si concurre un comportamiento permitido, esto sólo puede tener lugar por medio de una delimitación respecto de otras modalidades de riesgo que, por tanto, han de ser consideradas de manera indirecta; dado que la concurrencia de un comportamiento no permitido ha de excluirse, es necesario encontrar alguna otra explicación. En este ámbito, desde la perspectiva del Derecho penal es suficiente delimitar el comportamiento no permitido del siguiente modo: *en primer lugar*, si un determinado comportamiento no permitido se excluye, puede que otro comportamiento no permitido constituya la explicación; *en segundo lugar*, puede que la explicación venga dada por un comportamiento de la propia víctima que infringe sus deberes de autoprotección; finalmente, *en tercer lugar*, puede que no haya comportamiento defectuoso alguno, en cuyo caso se trata del infortunio de la víctima: *casum sentit dominus*.

Un ejemplo al respecto: un peatón es atropellado por un automóvil. Puede que el suceso se explique por un fallo del conductor o, como primera alternativa, por el comportamiento defectuoso de una tercera persona que, por ejemplo, ha empujado al peatón sobre la calzada; como segunda alternativa puede que el propio peatón,

infringiendo sus deberes de autoprotección, se haya expuesto al riesgo de ser arrollado y, como tercera alternativa, puede que todos los intervinientes se hayan comportado de modo correcto, en cuyo caso la explicación de lo que ha ocurrido la ofrece una situación desafortunada, como, por ejemplo, que la calzada estuviese resbaladiza no siendo esto previsible, o también la desgraciada constitución de la víctima, como sería, por ejemplo, un desvanecimiento repentino.

Los riesgos enunciados no necesariamente han de atribuirse siempre a una única persona, sino que puede darse el caso de que su administración incumba a varios sujetos. En este sentido, puede resultar bastante claro que un riesgo compete conjuntamente a dos autores diferentes; por ejemplo, si el propietario de un vehículo lo carga en demasía y el conductor lo conduce percibiendo que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos responden conjuntamente del riesgo que entraña el trayecto. También puede ocurrir que autor y víctima sean competentes en común. Esto sucede, por ejemplo, cuando un ciclista va en su bicicleta de modo descuidado, haciendo ligeras eses, y al mismo tiempo un automovilista lo adelanta no respetando completamente la distancia de seguridad necesaria: el ciclista ha de incorporar a sus cálculos que el automovilista cometa ligeros errores, y viceversa; también en este caso han de responder ambos del riesgo. De una manera un tanto inexacta puede decirse que también concurre culpa de la víctima, más exactamente, que hay una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima. Incluso puede suceder que hayan de considerarse conjuntamente el infortunio de la víctima y el comportamiento defectuoso de un autor: por ejemplo, cuando el peatón que pretende esquivar un vehículo que se aproxima

a demasiada velocidad resbala sobre una mancha de aceite y se rompe una pierna. De lo que se trata siempre es de identificar un riesgo como explicación, aunque el riesgo compete a varias personas.

III. LA EXPLICACIÓN COMO ORIENTACIÓN SOCIAL

A) *Causalidad*

La conexión entre riesgo y resultado no ofrece especiales dificultades en la medida en que de los distintos riesgos sólo uno esté representado en el curso causal como condición: éste es el que sirve como explicación. Así sucede, por ejemplo, cuando una persona completamente sana es asesinada —nadie habla aquí de una desgracia— o cuando una persona que está perfectamente atendida fallece por la debilidad fruto de su avanzada edad —entonces, se trata de su propio destino—. Sin embargo, la decisión puede resultar difícil cuando a la hora de conformar la explicación quepa identificar de manera acumulativa varios riesgos, todos ellos susceptibles de ofrecer la explicación y en este sentido concurrentes; esto sucede, por tanto —en el caso más extremo—, cuando fueron varias las personas que se comportaron de modo no permitido, la víctima con su proceder también infringió sus deberes de autoprotección y, además, la situación fáctica mostraba una constatación infausa.

Podría pensarse que con semejante configuración del caso bastaría, de nuevo, con examinar cuál de los riesgos aparece en el curso causal y cuál no. De hecho, este examen ofrece una solución en los casos en los que uno de los riesgos sí concurre, pero no fue ese comportamiento

artesgado o esa constatación generadora de riesgo la que condiciona el resultado; evidentemente, este riesgo queda excluido como explicación. Si, por ejemplo, una persona es extremadamente propensa a sufrir infecciones —infortunio suyo— y, sin que sus peculiares características hayan influido en su modo de vida, otro sujeto la mata —comportamiento no permitido—, la desafortunada constitución de la víctima, al carecer de efectos causales respecto de la muerte, no es susceptible de explicar la lesión, mientras que la explicación a través del comportamiento del otro, que constituye un riesgo no permitido, es palmaria.

Lo que no condiciona el resultado tampoco lo explica: esta regla negativa es correcta, pero no puede ser reconstruida, sin más, en positiva: la proposición «lo que condiciona el resultado también lo explica», es incorrecta, como fácilmente muestra el ejemplo antes enunciado; si a causa del riesgo de ser propenso a sufrir infecciones el sujeto se encuentra en un hospital donde un paciente enloquecido le causa la muerte, el riesgo de infección es condición de la estancia en el hospital, y ésta, a su vez, condición del comportamiento no permitido que allí se produce, pero a pesar de todo —y prescindiendo de posibles configuraciones exóticas del caso— nadie aceptará como explicación de la muerte que ésta se basó en la propensión a sufrir infecciones. Y es que al hablarse de la explicación de un curso lesivo se está haciendo referencia a algo más que al mero enunciar el contexto de condiciones concurrentes; por el contrario, lo que se pretende es una asignación del daño de modo tal que nuevamente sea posible orientarse sin verse perturbado, y la relación entre la propensión a sufrir infecciones y el que a uno lo maten no aporta orientación alguna, pues se fundamenta en la decisión

arbitraria a través de la cual el homicida ha elegido a su víctima.

B) Planificabilidad

Por tanto, sólo cabe determinar la conexión entre un comportamiento no permitido y un resultado si previamente se ha averiguado cómo puede producirse la orientación en una sociedad. Por ejemplo, si el mundo se entiende como un orden, como un cosmos, forma parte de la orientación el que al producirse una perturbación de ese cosmos se deba contar con que prácticamente pueda producirse cualquier consecuencia, del mismo modo que es posible que sobrevenga una consecuencia cuando se modifica la situación en un organismo complejo. Si, por ejemplo, el autor lesiona a la víctima y ésta ha de ser trasladada al hospital donde perece al ser alcanzada por un rayo, quien se represente el mundo como un cosmos puede que incluso impute la muerte al autor: él ha desviado a la víctima de su camino y debe responder de todo lo que acaezca. Una perspectiva similar es la que ofrece la doctrina del *versari in re illicita*, y todavía en un prestigioso manual de reciente aparición se dice que a través del hecho recaen «las consecuencias sobre el autor» (ROXIN, AT, 11/73). O puede que el valor de un hecho sólo quede demostrado por medio de sus consecuencias si, como sucedía en la concepción del mundo en la Antigüedad (en la «autoconciencia heroica», HEGEL, *Filosofía del Derecho*, § 118, anotación), el hecho se concibe como lo impuesto por el destino y de lo que el autor no puede distanciarse, sino que debe aceptar. Edipo, quien, sin que nadie lo pudiese saber —hablando en términos modernos, sin haber creado con su comportamiento un riesgo desapro-

bado—, mató a su padre y se casó con su madre, no intentó exculparse, sino que se orientó sobre la base de que el destino le había vinculado a esas terribles consecuencias de su comportamiento.

Sin embargo, la «perturbación de un cosmos» o el «destino», actualmente ya no son modalidades de explicación válidas: por el contrario, el mundo se entiende en lo fundamental como algo susceptible de ser planificado, si bien, y esto dificulta la cuestión, sólo en lo esencial, y no de manera total y plena. De esta forma, cualquier comportamiento conlleva una modificación planificable del mundo y a la vez una modificación que puede tener lugar en cuanto suerte o desgracia. Lo que se planifica como bueno puede conllevar algo malo, y algo planificado como malo algo bueno, como también algo planificado como bueno puede conllevar una cosa buena pero distinta, y algo planificado como malo alguna otra cosa mala. A modo de ejemplo: quien se va de la ciudad al campo no corre el riesgo de sufrir un accidente de tráfico y respira aire puro, pero puede que paseando por el bosque se le venga encima la rama de un árbol; quien golpea violentamente a otro quizás provoque además de las lesiones el que la víctima, obligada a guardar cama, tenga que cancelar un viaje y no sufra así un accidente aéreo o perezca en un naufragio; quien ayuda a un amigo inconsciente en un apuro de dinero puede que se convierta en la razón de que éste juegue a la lotería y que gane el primer premio, y quien dispara sobre un ser humano con dolo de matar posiblemente sea la causa de la muerte de la víctima con ocasión de un incendio en el hospital cuando ésta ya estaba prácticamente recuperada, o de que estando allí ingresada, una persona enloquecida le dé muerte.

A causa de la imprevisible contingencia del mundo, siempre sucede que los cambios planificables producen también otros cambios no planificables; dicho de otro modo, todo cambio en el mundo varía el riesgo que comporta la vida social que habitualmente se lleva a cabo, es decir, el riesgo general de la vida. Tales variaciones del riesgo general de la vida ni se consideran hechos encaminables cuando traen consigo algo bueno, ni fechorías cuando son la causa de algo malo; pues si ya no se trata de la perturbación de un cosmos ni de infortunio, sino, precisamente, de la configuración racional del mundo, sólo cabe imputar lo que es accesible a esa configuración racional y las casualidades se hallan excluidas de ésta. En correspondencia con esto, nadie que viva de modo socialmente normal adapta el modo de configurar su vida al riesgo general que la propia vida entraña: ¿quién huye de la vida en el campo para que no le caiga en la cabeza una rama, o quién evita estar en el hospital para no morir en un incendio?; ¿quién guarda cama para estar seguro frente a los peligros que comporta un viaje, o da dinero para que el receptor lo incrementa a través de la lotería? Ciertamente, tales comportamientos no serían determinantes, y sólo sujetos marginales se orientarían con base en los mismos.

C) *Arrogación de organización versus riesgo vital*

Por tanto, a través del comportamiento no permitido, el autor establece una doble relación con la víctima: en primer lugar, la obliga a soportar un riesgo que planificadamente puede convertirse en daño. En esa medida, el autor impone a la víctima su organización, y en correspondencia, la víctima sólo puede orientarse remitiéndose al

comportamiento inadecuado del autor como explicación de la lamentable situación. Se trata, por tanto, de una relación sustancialmente no permitida que parte del autor hacia la víctima. Por otro lado, el autor, a través del comportamiento no permitido, varía el riesgo general de la vida que la víctima soporta, esto es, el ámbito no planificable de acontecimientos buenos y malos; también en este sentido el autor impone algo a la víctima, la variación, pero tal variación es irrelevante para la orientación social, al no poderse planificar sus consecuencias, y de ahí que el comportamiento quede excluido como explicación de cursos lesivos que deriven de tales variaciones del riesgo general de la vida. En esa medida, la relación del autor hacia la víctima sólo exterranamente resulta no permitida; desde el punto de vista sustancial, sin embargo, es socialmente irrelevante y por ello inadecuada como explicación.

A la hora de realizar esta separación entre una relación sustancialmente no permitida y una relación socialmente irrelevante, no son determinantes las expectativas individuales de la víctima, determinantes son las expectativas que tiene y que gozan de apoyo social. En este sentido, por ejemplo, puede que una determinada víctima se niegue a utilizar un ascensor por miedo a que se estrelle. Si se la encierra por la fuerza de modo no permitido en un ascensor revisado adecuadamente y éste se estrella, individualmente puede explicar el daño remitiéndose a ese comportamiento no permitido, pero socialmente esta explicación se consideraría caprichosa y por ende no determinante. Invirtiendo la cuestión, una explicación socialmente aceptada no decae simplemente porque individualmente no se asuma: quien por amor al riesgo acostumbraba a utilizar un ascensor herrumbroso, puede alegar como explicación el comportamiento no permitido si se le encierra

con violencia precisamente en ese ascensor y éste se desploma; la razón estriba en que el Derecho penal siempre se ocupa de estabilizar una orientación social, y no de fortalecer opiniones privadas.

D) *Irrelevancia del comportamiento alternativo conforme a Derecho*

Tras esta fundamentación, debería ser palmario que es errónea la fórmula habitualmente usada según la cual un comportamiento no permitido explica un curso lesivo cuando éste no habría tenido lugar sin el comportamiento. No resulta comprensible — como primera cuestión previa — cómo una relación real puede ser adecuadamente descrita mediante la remisión a una hipótesis. Esto rige aquí al igual que en los demás ámbitos. A modo de ejemplo: el verdadero amor hacia alguien no se manifiesta en que esa persona, de ser otra, no sería amada. Pero incluso prescindiendo de esta incoherencia — y esto como segunda cuestión previa — las conclusiones que se alcanzan operando con hipótesis suelen ser arbitrarias, pues por lo general se dispone de varias modalidades alternativas de comportamiento permitido, cada una con sus respectivas y distintas consecuencias, de modo que el resultado puede ser manipulado seleccionando entre ese arsenal un determinado comportamiento. Intentaré clarificar esto con base en un caso conocido: un automovilista no respeta un semáforo en rojo y dos kilómetros más allá, un peatón se cae de tal forma delante del vehículo que — de modo inevitable — el automovilista no puede frenar a tiempo. ¿Cuál es el comportamiento alternativo conforme a Derecho? ¿Haber parado en el semáforo? De ser así, se salva el peatón, pero sólo en la medida en que no esté permitido

aumentar la velocidad una vez pasado el semáforo com- pensando la diferencia temporal, en cuyo caso el accidente se produciría igualmente. Sin embargo, también constituiría un comportamiento adecuado a Derecho que el automovilista pasase el semáforo antes de que estuviere en verde y después hubiese hecho un breve descanso, produciéndose no obstante de nuevo el accidente. También sería conforme a Derecho escoger una calle alternativa para llegar, al mismo tiempo, al lugar del accidente, con las consecuencias conocidas. Finalmente, desde luego sería ajustado a Derecho quedarse en casa, lo que salvaría al peatón; las conclusiones así alcanzadas, evidentemente, son todas casuales.

Lo único decisivo, y con esto llego a la cuestión principal, es que ante un semáforo un comportamiento no permitido sólo puede desviar de modo planificable el tráfico hacia lo lesivo en el ámbito de ese semáforo, de manera que sólo se entabla una relación no permitida con personas (o con sus bienes) que se encuentren allí en ese momento, pero no con las que estén fuera de ese ámbito. En los casos en los que no existe una relación desaprobada hacia la persona lesionada, sino que únicamente se producen variaciones en riesgos de la vida, también se habla del «ámbito de protección de la norma».

E) *Conclusiones*

Cabe formular la siguiente conclusión: los daños que de modo planificable son evitables y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido son debidos a ese comportamiento no permitido y pueden, por tanto, ser explicados a través de éste. Los daños que no son evitables de modo planificable y que aparecen

como consecuencia de un comportamiento no permitido se deben a una variación socialmente irrecusable del riesgo que entraña la vida y no pueden ser explicados a través de ese comportamiento no permitido; pueden deberse a otro comportamiento no permitido, o a una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima o, en fin, simplemente a una situación desafortunada.

IV. CUESTIONES PARTICULARES

A) *Daños derivados (daños secundarios)*

También el tratamiento de los así llamados daños derivados o daños secundarios se rige por estos principios. Se trata de que la lesión coloca a la víctima en una situación en la que se produce un ulterior daño a causa de un comportamiento posterior propio o ajeno; como ejemplos cabe enunciar los siguientes: la víctima de un ataque fallece por no tolerar la anestesia durante la operación de urgencia que necesariamente hay que practicarle. Un sujeto que ha sufrido una parálisis parcial como consecuencia de un hecho delictivo, sale a la calle a pesar de su invalidez, y a causa de la helada existente se cae. También puede tratarse de constelaciones de casos en los que cambia la víctima: tras un accidente de tráfico, un conductor levemente descuidado colisiona con los restos esparcidos por la calzada y resulta lesionado.

Construyamos todos los casos enunciados de tal modo que entre el comportamiento posterior y el comportamiento inicial exista una relación planificable; también en este ámbito las meras variaciones del riesgo de la vida quedan excluidas del contexto de imputación. Por ejemplo, si una

víctima necesita que se le ponga una inyección y la aguja de la jeringuilla se parte, lo que en unión de otras complicaciones conduce a la parálisis de un brazo, el sujeto que en primer lugar resulta competente no responde; ninguna persona a la que se tome como referencia tiene en cuenta en su orientación la posibilidad de que sobrevengan esas complicaciones.

En los demás casos, es decir, concurriendo una relación planificable, deberá estar claro que el sujeto a quien compete la primera lesión en todo caso responderá de la lesión sobrevinida cuando quien actúa en segundo lugar se encuentra en una situación desventajosa y esto sea competencia del primero: con su comportamiento el segundo interviniente ni siquiera crea un riesgo desaprobado, o actúa tras una ponderación racional de bienes, o está exculpado. Dicho de otro modo, el primer interviniente responde si el segundo es su instrumento. Por tanto, si el médico no puede prescindir de usar una anestesia de esas características, si el sujeto parcialmente inválido debe salir a la calle por un motivo importante, si el que padece una enajenación mental como consecuencia de la primera lesión vaga en invierno por el bosque, sólo en apariencia se trata de organizaciones propias; un examen exhaustivo muestra que son organizaciones imputables por el primer interviniente, de modo que la explicación ha de obtenerse por medio de éste.

La decisión se hace más difícil cuando también el segundo incurre en errores que le son imputables. ¿No es entonces asunto suyo que se produzcan daños posteriores? Aquí es necesario diferenciar: por un lado, desde luego, no puede ser que el primer interviniente responda incluso de las consecuencias que derivan de los comportamientos gravemente insensatos del segundo, si bien, por otro lado,

también resultaría insatisfactorio que el primer interviniente pudiese configurar el mundo de un modo muy arriesgado y, acto seguido, librarse de la responsabilidad aduciendo pequeños errores por parte de quienes intentan minimizar el riesgo. Sucede, por tanto, algo en cierto modo similar al enjuiciamiento de actividades peligrosas en el ámbito del Derecho del trabajo: mientras quien ejecute la actividad no falle en su tarea de forma estrepitosa, es quien ha dado la orden de realizar la tarea quien debe tener en cuenta que con ocasión de una actividad peligrosa pueden producirse errores.

Por consiguiente, el hecho de que un segundo interviniente se comporte de modo defectuoso no es *per se* suficiente para exonerar al primero, pues éste, sin razón alguna, ha impuesto, al menos, a quien interviene en segundo lugar la necesidad de solucionar el conflicto. Sin embargo, para que la imputación al primero no se vea interrumpida, el error del segundo interviniente ha de ser de naturaleza incidental; si el segundo se sale de su rol, es decir, se comporta de modo gravemente irracional, ello sucederá con ocasión del daño causado en primer término, pero no se deberá al mismo. A modo de ejemplo: quien lesiona a otro, crea de modo planificable el riesgo que inevitablemente comporta un tratamiento médico, y también forma parte de ese riesgo el que cualquier persona pueda incurrir en un error más o menos grave. Normalmente, sin embargo, nadie incluye en su planificación el que se vayan a realizar diagnósticos totalmente disparatados; de lo contrario, sólo cabría ir al médico tras adoptar medidas de precaución. Resumiéndolo en una fórmula: un comportamiento desaprobado que dé lugar a una situación en la que ya un mero error produce daños derivados, constituye ya —a diferencia de lo que sucedería

de concurrir ceguera ante los hechos o incluso dolo— una organización planificada de esos daños derivados, y de ahí que dicho comportamiento sea imprescindible para explicar esos daños. Quien causa lesiones en segundo lugar, dicho sea de paso, no se ve exonerado por el hecho de que responda quien lesionó en primer término; a ambos les compete conjuntamente el riesgo, tal y como esta posibilidad fue esbozada al principio.

B) *Comportamientos sin procedimientos de seguridad*

El traslado de la conclusión alcanzada en el apartado anterior a aquellas constelaciones de casos en las que el comportamiento del autor no está permitido por haber omitido el poner en marcha determinados procedimientos de seguridad, cuando en el supuesto concreto su adopción previa no habría incorporado, sin embargo, seguridad adicional alguna a causa de un defecto del propio procedimiento, aún requiere algunas reflexiones. Un conocido ejemplo (BGHSt 21, pp. 59 y ss.): un dentista anestesia a un paciente sin someterlo previamente al reconocimiento por parte de un internista, lo que claramente estaba indicado; por no tolerar la anestesia el paciente muere, de haber sido consultado el médico internista éste no hubiera diagnosticado la incompatibilidad existente. En estos casos, el procedimiento a poner en práctica en un primer momento no hubiera sido de utilidad alguna, constatación que aparentemente hace referencia, sin embargo, a una hipótesis, pues de hecho, el procedimiento no se puso en práctica. Y esto es así, ciertamente, cuando el procedimiento previo no hubiese sido de utilidad alguna por concurrir un comportamiento defectuoso del propio autor, de un tercero o de la víctima. Los errores hipotéticos no explican

cursos reales; de ahí que la explicación haya de buscarse en que el autor actuó en una situación en la que no se habían adoptado las medidas de seguridad necesarias, siendo además estas medidas idóneas de haberse comportado todos de manera diligente. Este resultado puede fácilmente comprenderse modificando el ejemplo anterior en el sentido de imaginar que el dentista fuese, a la vez, médico internista, pudiendo él mismo llevar a cabo el reconocimiento. Seguramente, una confesión en términos de que como internista suele ser una persona poco cuidadosa y que por eso un reconocimiento llevado a cabo por él no habría dado resultados positivos, no supondría una explicación de la muerte, pues no cubría hacierte responsable de un descuido así, simplemente por la razón de que en la realidad el comportamiento inadecuado —es decir, un reconocimiento descuidado que él como internista podía haber llevado a cabo— no tuvo lugar. No obstante, al excluirse la desgracia como explicación, uno de los dos comportamientos defectuosos —como dentista o como internista— debe explicar la muerte del paciente, ya que la consecuencia lesiva podría haberse evitado de haber actuado el médico de modo cuidadoso. Dicho de otro modo, las garantías normativas siempre se mantienen y no desaparecen por el hecho de que haya que tener en cuenta la posibilidad de que sean infringidas, pues con base en estas garantías es posible orientarse aunque quepa predecir una lesión. Se trata, por tanto, de la simple afirmación de que ningún comportamiento desaprobado o que infringe un deber de autoprotección, debe definirse como inocuo simplemente porque el daño se habría producido a causa de otro comportamiento no permitido o contrario a un deber de autoprotección. Dicho en términos extremos: después de haber cometido un homicidio nadie puede invocar como causa de exoneración que en caso de

190

no haber cometido él el delito lo hubiese cometido otra persona.

Sin embargo, la situación varía cuando el procedimiento a adoptar en un momento previo no habría dado resultados positivos, incluso aunque todos se hubiesen comportado correctamente; de ser éste el caso, la explicación sólo sería posible recurriendo a la desafortunada situación de la víctima. Este modo de proceder, sin embargo, parecería denotar que, de todos modos, se siguen tomando en cuenta hipótesis: en este caso, que el procedimiento a adoptar en un momento previo no *habría* tenido éxito. No obstante, un procedimiento que al ser aplicado fracasaría, ya es inútil actualmente. Aquí no se trata de un fracaso hipotético, sino de una situación actual desafortunada. Ante un eventual fracaso humano, la garantía normativa existente permite orientarse de manera confutáfrica. Por el contrario, en el ámbito del acontecer que no admite regulación normativa, sólo cabe orientarse de forma cognitiva, lo que significa en este caso que ni poniendo el mayor de los cuidados se puede ayudar a la víctima. Por tanto, es el infortunio de la víctima lo que constituye la explicación que permite orientarse.

De pasada sólo mencionaré que, al igual que en los demás casos, aquí no se toman en consideración las modificaciones del riesgo general de la vida. Si, por ejemplo, en el supuesto antes tratado, el reconocimiento que el internista tenía que haber llevado a cabo hubiese resultado demasiado grave para el paciente y, a la vista de ello, el dentista, comportándose de modo correcto hubiese prescindiendo por completo de la anestesia, la lesión no se habría producido, si bien no por darse una constelación planificable distinta, sino a causa de una variación en el ámbito de lo no planificable. En pocas palabras: tampoco

191

es decisivo que el paciente de camino a la consulta del internista hubiera sido atropellado por un automóvil. En consecuencia, que el Tribunal Supremo Federal en el caso enunciado dictase una sentencia condenatoria porque de haberse comportado correctamente el médico el paciente habría sobrevivido un día más —el día de la consulta al internista—, no resulta convincente a la luz de los principios aquí desarrollados.

V. ¿EL INCREMENTO DEL RIESGO COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD?

A) El problema

Sirva lo anterior respecto de las cuestiones fundamentales. Con ocasión de las presentes consideraciones se suscita la cuestión de quién es la persona que soporta el riesgo del esclarecimiento, es decir, cómo ha de decidirse cuándo, en el ejemplo citado en último lugar, no quede claro si un internista, comportándose correctamente, hubiese estado en condiciones de constatar la falta de tolerancia de la anestesia. Los casos de concurrencia de riesgos se suelen dar en ámbitos vitales que a su vez se hallan genuinamente cargados de riesgos —tráfico rodado, actividad médica y otros—, y en estos campos pocas veces podrá adquirirse de forma retrospectiva total claridad acerca del curso real de lo acontecido. El Tribunal Supremo Federal —como ya lo había hecho el Tribunal Supremo del Reich— aplica el principio *in dubio pro reo*; la sentencia fundamental a este respecto (BGHSt 11, pp. 11 y ss.) se ocupa del siguiente suceso: el conductor de un camión adelanta a un ciclista sin mantener la suficiente distancia

de seguridad; el ciclista va muy ebrio, titubea y es arrollado por el camión. En esa medida, está claro lo que sucedió. Hay algunos datos que inducen a pensar que el ciclista, dada su ebriedad, se asustó por el ruido producido por el camión y —supongamos esto para no complicar innecesariamente el caso—, sobresaltado, hizo un movimiento reflejo lateral incontrolado de tal magnitud que la distancia del camión ya no jugó papel alguno en la catástrofe.

Si se aplica el principio *in dubio pro reo*, la decisión es palmaria: el conductor que lleva a cabo el adelantamiento, al no mantener la suficiente distancia lateral, genera con su comportamiento un riesgo no permitido; sin embargo, tal riesgo no está en una relación planificable con el sobresalto que a causa del ruido sufren los ciclistas ebrios, y tampoco lo está con el hecho de que éstos resulten arrollados si realizan un movimiento excesivo hacia uno de los lados; puede que sea probable que las cosas sucediesen de otro modo, pero esto no está probado. Por consiguiente, el conductor del camión no habría de responder por la consecuencia sobrevenida, es decir, por homicidio. En favor del camionero habría que partir de la base de que el ciclista debía atribuirse el accidente a sí mismo como consecuencia de la infracción de sus deberes de autoprotección: participar en el tráfico rodado a pesar de su incapacidad para conducir. Este fue el fallo del Tribunal Supremo Federal, que ha mantenido esta jurisprudencia hasta el momento actual, siendo aplaudido por una parte de la doctrina, aunque la jurisprudencia, mediante argumentaciones poco satisfactorias, ha fundamentado condenas en supuestos en los que en realidad procedía la absolución, como por ejemplo, como ya se expuso antes, en el caso del dentista, en donde tomó como dato decisivo la prolongación —no planificable— de la vida del paciente

por el tiempo de duración que habría supuesto la consulta al intentista.

Sin embargo, otra parte de la doctrina afirma que mientras no se demuestre que el comportamiento no permitido nada aporta a la explicación, sino que sólo ha variado el riesgo para la vida del ciclista, al menos si estará claro que el camionero incrementó el riesgo de muerte del ciclista; según estos autores, este incremento del riesgo no está permitido, y en esa situación el autor debe responder por las consecuencias; en especial sostienen que resulta inadmisibles fraccionar un riesgo en un segmento base permitido y en un segmento adicional no permitido.

Desde un principio hay que reconocer que la así llamada teoría del incremento del riesgo conduce a resultados admisibles, esto es, a afirmar la responsabilidad en casos de comportamientos extremadamente arriesgados en los que sólo hay una probabilidad remota de poder alcanzar una explicación por medio de otro riesgo distinto. Por ejemplo, ¿por qué no debe responder el camionero si claramente ha infringido el margen de seguridad y hay pocos indicios de que la ebriedad del ciclista jugase algún papel en el accidente? No obstante, cuando se trata de un riesgo moderado, y concurre una alta probabilidad de explicar lo sucedido a través de otro riesgo, la situación difiere. ¿Por qué habría de imputarse el resultado cuando a pesar de haber infringido moderadamente el margen de seguridad casi todo apunta en dirección a que la causa fue exclusivamente la ebriedad del ciclista? Ambos supuestos pueden ser reconducidos a un denominador común: al menos, concurre un comportamiento no permitido en forma de tentativa acabada, y puede que ante una tentativa acabada extremadamente peligrosa ya no se desee ser tan minucioso en lo que respecta a la imputación

del resultado: de todos modos habría que fundamentar que haya algo más que una tentativa acabada. Dicho de otro modo: a pesar de que conforme al Derecho positivo la tentativa imprudente acabada siempre es imputable, se utiliza la teoría del incremento del riesgo para obtener el castigo en algunos de los casos en los que se da esta tentativa imprudente, cuando al menos se ha producido un resultado que externamente encaja en los hechos, jugando el resultado aquí el papel de una condición objetiva de punibilidad.

Sin embargo, los defensores de la teoría del incremento del riesgo no proceden de manera consecuente: tampoco cabe dudar de que concurre una tentativa acabada y un resultado en aquellos casos en los que la explicación del daño no puede llevarse a cabo a través del comportamiento desaprobado. Por tanto, si los delitos imprudentes se convierten en delitos de peligro con un resultado a modo de condición objetiva de punibilidad, puede que haya argumentos que aboguen en favor de esta transformación, pero de realizarse debería llevarse a cabo de modo coherente, lo que significaría lo siguiente: lo que realmente haya sido objeto de prueba no debería jugar papel alguno.

B) *In dubio pro reo*

Ahora bien, puesto que los representantes de esta doctrina diferencian, como se ha expuesto, entre casos dudosos y casos probados, surge el problema acerca de la intensidad con la que hay que intentar probar los hechos en el proceso. ¿Ha de procederse a la reconstrucción del accidente por medio de interminables constataciones para poder excluir, eventualmente, la concurrencia de un incre-

mento de riesgo? Para evitar esas exageraciones se ha propuesto por parte de algún autor diferenciar entre cursos que por principio no admiten aclaración y aquellos que sólo accidentalmente no pueden ser explicados, gravando al autor únicamente cuando haya dudas que por principio no puedan ser resueltas, y aplicando el principio *in dubio pro reo* cuando la duda sólo accidentalmente sea irresoluble. Sin embargo, hasta el momento no se ha logrado describir ni siquiera de modo aproximativo la frontera entre lo que es inaprehensible por principio y lo que sólo lo es accidentalmente; probablemente, como ya se ha afirmado críticamente en la doctrina (SAMSON), incluso este límite sea de imposible determinación.

No obstante, con lo anterior aún no se ha formulado la objeción principal a la teoría del incremento del riesgo. Esta consiste en que es incorrecta la tesis fundamental según la cual no puede fraccionarse un riesgo en una parte permitida y otra no permitida, sino que, por el contrario, el autor «crea un riesgo sencillamente prohibido en su conjunto» al superar el riesgo permitido y «seguir incrementando el riesgo que justamente aún es tolerable» (ROXIN, AT, 11/74). Precisamente, esta perspectiva no es acertada, y si se quisiese tomar como base, ello excluiría que pudiese negarse la responsabilidad del autor cuando se hubiera probado que fue el riesgo de la vida el que se realizó, pues si la superación del riesgo permitido crease un «riesgo simplemente prohibido *en su conjunto*», junto a este riesgo no existiría ningún tipo de riesgo de la vida: ésta sería la idea del *versari in re illicita*. Frente a esto, la gracia de la orientación social actual está precisamente en que hay una distinción entre las consecuencias planificables de un comportamiento y los meros trasvases de riesgos

vitales que excluyen la planificabilidad y nada aportan a la orientación.

Por tanto, hemos de llegar a la conclusión de que la necesaria aplicación del principio *in dubio pro reo* debe conducir a la absolución incluso en los casos límite de extrema falta de cuidado y siendo poco probable la explicación a través de otro riesgo; pero no porque no concurre un comportamiento desaprobado, sino porque no está probado que el resultado pueda ser atribuido al comportamiento. Mientras todas las tentativas imprudentes, aun las extremadamente descuidadas, permanezcan impunes, no hay razón alguna de convertir artificialmente este ámbito en algo especial. Lo que puede resultar perturbador en el ámbito de la imprudencia es la intensa dependencia de la punibilidad de un resultado, es decir, de la consumación, pero esa dependencia es un problema general y no puede ser resuelta con un punto de partida concreto; teniendo en cuenta además que este punto de partida conduce simultáneamente, y de modo desbordante, a tener que castigar incluso en el caso de ser mínima la imprudencia y probable la explicación del resultado a través de otro riesgo.

VI. RESUMEN

Resumo:

1. Para mantener la posibilidad de orientarse en el mundo es necesario que los daños que se producen sean atribuidos a determinados riesgos, y explicados en ese sentido.

2. La mera causalidad de un comportamiento desaprobadado no basta como explicación, pues un comportamiento no permitido puede tener efectos causales respecto de un resultado, tanto de modo planificable como no planificable, y en este último caso, a través de la mera variación de riesgos generales de la vida. El comportamiento no permitido sólo constituye una explicación respecto de los resultados evitables de manera planificable. El comportamiento alternativo conforme a Derecho no resulta aquí determinante.

3. Los daños derivados han de ser imputados cuando quien interviene en segundo lugar produce el daño por error, pero no cuando actúa con seguridad ante los hechos o incluso dolosamente.

4. La ausencia de procedimientos previos de seguridad no explica un daño cuando de manera inevitable el procedimiento hubiera resultado inútil; si el procedimiento hubiese resultado inútil a causa de un comportamiento defectuoso, su no adopción sí bastaría como explicación, puesto que las garantías normativas no pueden ser anuladas por la situación fáctica.

5. La explicación debe ser objeto de prueba en el proceso. La teoría del incremento del riesgo, que niega esto, es internamente incoherente en sí misma y deja de lado la diferenciación entre una causación planificable y una no planificable, lo que resulta importante a efectos de permitir la orientación.

VII. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía relativa a la concurrencia de riesgos es muy extensa; el problema también es tratado bajo las

denominaciones «fundamentación del resultado en la infracción del deber de cuidado», «causalidad de la infracción del deber de cuidado», «fin de protección (o ámbito de protección) de la norma», «relación del fin de la norma», «conexión de antijuricidad» y otras; cfr. la exposición, con referencias, en ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo 1, 1992, § 11; JAKOBS, *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edición 1991, 7/72 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 507 y ss.; cfr. además las monografías publicadas con posterioridad a las obras anteriores: KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unethischen Unverlassensdelikten*, 1990; ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 1991; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992; NAMIAS, *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht*, 1993; respectivamente, con ulteriores referencias. En cuanto al problema de los «resultados sobrecondicionados», no tratado en este trabajo, cfr. JAKOBS, en KÜPPER *et al.* (ed.), a cargo de), *Festschrift für Lackner*, 1987, pp. 53 y ss. En la exposición no pudieron ser mencionadas todas las posturas; cfr. especialmente la de KRÜPELMANN, en VOGLER *et al.* (ed.), a cargo de), *Festschrift für Jescheck*, 1985, tomo I, pp. 313 y ss.; *idem*, GA, 1984, pp. 491 y ss.; le sigue en lo fundamental ERB, *op. cit.*

