



## **ANEXO DE LECTURAS**

### **CURSO “IMPUTACION OBJETIVA”**

**UNIDAD I: INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

- Polaino-Orts- Que es la imputación objetiva

## Capítulo III

### *¿Qué es la imputación objetiva?*

MIGUEL POLAINO-ORTS

#### **I. Presupuestos de la imputación penal: la teoría de los roles sociales**

##### **A) El punto de partida: reconocimiento del rol social**

Los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol<sup>1</sup>. En función de ese rol, a cada sujeto le corresponde administrar un determinado segmento de la realidad. Así, por ejemplo, hay sujetos a los que, en función de su posición en el mundo social, les corresponde desempeñar el rol de taxista, de magistrado, de panadero, de bombero, de padre de familia, de conductor de autobuses municipales (o como se dice en la Argentina: colectivos) o de obrero de la construcción. Eso significa que el rol es algo así –digámoslo trivial, pero gráficamente– como la etiqueta colocada en la solapa de cada sujeto, que le identifica socialmente y le indica su posición en el mundo social. Éste, el mundo social, es un ente colectivo gestionado por un grupo limitado, pero numeroso de personas. Pero cada sujeto individual no gestiona el mundo social *in toto*, en su integridad, sino una parcela muy limitada de la realidad: así, el taxista no responde de que se dicten sentencias injustas, ni el

---

<sup>1</sup> Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, págs. 9 y sigs.

panadero es responsable de que los autobuses municipales funcionen irregularmente y lleguen tarde a sus destinos.

El punto de partida en el mundo social es, pues, el *reconocimiento del rol* de cada uno: de la *posición que cada sujeto ocupa en la realidad*. Esto es: saber qué función desempeña cada persona en la vida, o –para decirlo gráficamente– determinar *qué etiqueta tiene colocada en la solapa*. Y, sobre la base de ese reconocimiento, ya podremos saber a quien hemos de responsabilizar del hecho de que se dicten sentencias injustas o de la eventualidad de que los autobuses municipales funcionen irregularmente. No de lo primero no responsabilizaremos al taxista, sino precisamente al magistrado a quien correspondía administrar ese rol social conforme a las *expectativas sociales* (esto es, conforme a lo que se esperaba de él como magistrado) y de segundo no haremos responsable al panadero sino al funcionario municipal (delegado del Alcalde, gerente de urbanismo o de transportes) que tenga a su cargo la gestión de esa parcela de la realidad. En resumen: *el rol social que cada uno desempeña nos da la medida de su responsabilidad en la gestión de cada parcela social*.

#### **B) Contenido del rol: haz de derecho y deberes**

Pero cabe preguntarse: ¿Qué se espera (socialmente) del magistrado como magistrado? ¿O qué aguardamos del rol de gerente de transportes o urbanismo en tanto gestor de la línea municipal de autobuses? Pues aguardamos que hagan *bien su trabajo*. Y ¿qué es hacer bien su trabajo? Muy sencillo: *cumplir con las expectativas sociales*, o sea, *cumplir con lo que socialmente se espera de él*: que dicten sentencias justas, que nos den judicialmente la razón cuando la tenemos, que los autobuses (colectivos) sean limpios, seguros, puntuales, etc. ...

De lo anterior se desprende una idea básica: *el rol identifica a cada sujeto en el mundo social, sí, pero también sirve para que los demás ciudadanos sepan a qué atenerse*. Eso significa que el rol social no es algo que sólo sirve para el titular del mismo, sino que sirve también para los demás. Porque sabiendo el rol que desempeña, por ejemplo, el magistrado, puedo saber cuando he de reclamarle el incumplimiento de su rol (sí, por ejemplo, me perjudica injustamente en una resolución judicial) o cuando se le ha de retribuir correctamente el correcto ejercicio de su función judicial (por ejemplo, aumentando mi confianza en la Administración de Justicia, cuando resuelve en mi favor, asistiéndome el derecho sobre una cosa).

Conforme a este esquema básico de interrelación social, el *rol* que en sí no es más que una *máscara* (*aspecto formal*: esa «etiqueta en la solapa» de que hablábamos antes), se rellena de una lista, de un haz de derechos y de deberes, esto es, se rellena de un *contenido* (*aspecto material*), de manera que el rol (la etiqueta, lo formal) sin el contenido es un papel mojado, no es nada, es un *mullum social*. Veamos algunos ejemplos donde podremos observar que, en efecto, a cada rol social se le atribuye una serie de derechos y de obligaciones:

El ciudadano que desempeñe el rol de taxista dispondrá, por ejemplo, del derecho municipal a cobrar el correspondiente precio por transportar a un viajero de un sitio *X* a un sitio *Y*, y –a su vez– tendrá la obligación de pagar las tasas municipales correspondientes al ejercicio de tal labor, etc. Al que ostente el rol de bombero, por ejemplo, se le vinculará la obligación de proceder de la manera más expedita en caso de incendio para procurar extinguir los mismos, rescatar a las personas que se hallen en los inmuebles, etc., y –al propio tiempo– dispondrán del derecho a ver reconocida su labor con la gratificación dineraria y honorífica que prevea la autoridad competente. Al rol de padre se le atribuyen, por su parte, una serie de derechos (el derecho de conceder su propio apellido a su vástago, dere-

cho a disfrutar de su paternidad en las horas pertinentes, derecho a ser titular de la patria potestad, etc.), pero también se vinculan al rol paterno-filial una serie de obligaciones: ante todo, el deber de alimentar al menor de edad y de procurar su cuidado adecuado e integral (alimento, vestimenta, etc.), el deber de protección, etc.

En resumen: Todo rol se compone de manera imprescindible de un *aspecto formal* (una «etiqueta en la solapa») y de un *aspecto material*: el haz de derechos y deberes convencionalmente (socialmente) asociados a ese rol. Y esa dual estructura (formal-material) sienta las bases para la comunicación social, para la *interrelación* de los seres humanos en el mundo social.

### **C) El rol como delimitador de esferas de competencia**

El rol —esa «etiqueta en la solapa»— *identifica*, por tanto, *a cada sujeto en la Sociedad*, pero además *da la medida para la propia responsabilidad*. ¿Por qué es ello así? Pues porque cada rol fija o determina un *ámbito o esfera de competencia personal*, un ámbito en el que cada sujeto es *gestor*: se trata de ese segmento de la realidad que cada uno ha de gestionar, de acuerdo a su rol. Si lo hace *correctamente*, entonces *afianza las expectativas sociales*; pero si administra *incorrectamente* ese sector de la Sociedad, entonces ésta se lo *demand*a, para decirlo parafraseando la conocida fórmula sacramental: «Si lo hicieras, que Dios te lo premie; y si no, que Dios te lo demande». Con el rol social sucede igual: Si se cumple el rol, la Sociedad te premia con la confianza de los demás; si lo incumples, la Sociedad te lo demanda imputándote una responsabilidad por la gestión incorrecta del segmento social asociado al rol en cuestión.

¿Qué significa todo eso? Pues significa que el rol (*aspecto formal*) más su contenido de derechos y deberes (*aspecto material*) definen en la Sociedad determinadas *esferas de competencias perso-*

*nal*, esto es, ámbitos cuya gestión se concede a quienes ostenten un determinado rol (y, por tanto, a personas a quienes obligan determinados deberes y asisten determinados derechos). Por ejemplo: podríamos decir, de manera genérica, que *el Estado de garante de la vida de sus ciudadanos*, y -por ello- ha de velar por su seguridad, ha de procurar carreteras fiables, semáforos que funcionen correctamente, etc. Pero si un bebé muere por inanición ¿a quién se responsabiliza de esa muerte? ¿al Estado? No, o no necesariamente. ¿Por qué? Pues porque el Estado *delega el deber de protección de ese menor a una esfera de competencia ajena*, concretamente: a aquellos sujetos en quienes recaiga el rol de padre (o de madre).

El rol de progenitor, el rol de padre o de madre, delimita –por tanto– una esfera de competencia personal: un ámbito que queda definido por la relación paterno-filial, de manera que en aquel en quien recaiga el rol ha de cumplir sus obligaciones (y puede gozar sus derechos) para evitar que su gestión –la gestión de la que él es *competente*– desemboque en un curso lesivo. Si gestiona el ámbito de la realidad correctamente, o sea, si ejerce con acierto el rol de padre, entonces la Sociedad se lo premia (es un «buen padre de familia»). Pero si lo hace incorrectamente, la sociedad –el Estado– se lo demanda. Y se lo demanda porque ese sujeto, el titular del rol de padre, gestionó *defectuosamente su ámbito de competencia*, de manera que si no alimenta al bebé y éste muere por inanición, la muerte se ha producido dentro del ámbito de organización (esfera de competencia) del padre y por ello se le ha de reprochar esa administración defectuosa e incorrecta que defrauda (quiebra) las expectativas sociales que de él se esperaban.

Dentro de la esfera de competencia personal de cada sujeto impera, esencialmente, un criterio de *libertad*, lo que significa lo siguiente: cada sujeto es libre de adecuar su conducta a las expectativas vinculadas a su rol o no; esto es: cada sujeto es libre de cumplir con su rol o no. Pero, en tanto ser social, ha de saber que si adminis-

tra adecuadamente su rol, la Sociedad se lo premia; pero si lo gestiona defectuosamente, la Sociedad se lo demanda en la medida de su defraudación.

En resumen: el rol *define la posición* que cada sujeto cumple en el mundo social, y además *pinta, delimita, da la medida* de su propia *esfera de competencia*. En función de los deberes y derechos que definan un rol, el titular del mismo será responsable o no de una gestión adecuada al rol o infractora de él, porque en esa esfera el titular del rol viene a obligado a hacer algo (*incumbencia*), esto es, ostenta la competencia para gestionar un determinado ámbito de organización.

**D) Clases de roles (comunes y especiales)  
y concurrencia de roles**

Hasta ahora hemos dicho que a cada sujeto corresponde una función en la Sociedad, y que esa posición viene determinada por su rol, por el rol que desempeña cada sujeto en el mundo. De este planteamiento se podría extraer una consecuencia errónea, a saber: que a cada sujeto le corresponde *un solo rol*. Nada más lejos de la realidad. Lo cierto es que, por lo general, los seres humanos desempeñan en el mundo *dos o más roles simultáneamente*, o –al menos– que cada sujeto tiene dos o tres máscaras que puede usar indistintamente, dos o tres etiquetas que puede ponerse sobre la solapa una junto a la otra. Por ejemplo, nada impide que el magistrado sea al mismo tiempo magistrado y padre de familia, o que en un sujeto concurren el rol de taxista y el de Presidente de su comunidad de vecinos, o que otro sujeto sea al tiempo dueño del colectivo, conductor del mismo y tributador a la Hacienda pública.

Esa dualidad o multiplicidad de roles, esa eventual concurrencia de roles en un mismo sujeto se explica por la existencia de dos clases de roles distintas: los *roles comunes* y los *roles especiales*. A ellos nos referimos brevemente.

- a) El *rol común* es aquel que afecta a todo sujeto en la Sociedad: así, puede citarse el rol de pagar a hacienda, o el rol de socorrer a quien se halla desamparado y en situación de peligro, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero. Se trata de un *rol de solidaridad mínima*, que afecta a todo ciudadano que se encuentre en el mundo social, sin distinciones de ningún tipo.
- b) Por el contrario, los *roles especiales* son los que obligan únicamente a aquellos sujetos que se encuentren en una posición especial, concreta, determinada, que les distingue y les individualiza frente al resto de ciudadanos: por ejemplo, el rol de funcionario público, el rol de padre, etc. Por ello, no son deberes de solidaridad mínima, sino *deberes de garante*, porque generan una incumbencia singular, específica, a la que únicamente se puede llegar mediante la titularidad del rol especial.

El rol común asiste a todo el mundo. El rol específico a determinadas personas. Pero a aquellas personas a quienes incumbe un rol específico, no por ello dejan de tener su rol común. Otra cosa es cómo se sancione la infracción del rol por parte de ese sujeto. En ocasiones, a efectos de la «demanda social», esto es, de la retribución o castigo por infracción del rol, *el rol especial prima sobre el general* porque normalmente *aquél ya incluye o presupone a éste*: por ejemplo, el padre de familia que no alimenta al hijo menor que fallece a resultas de su inanición, no responde por un delito de omisión del deber de socorro (a pesar de que el hijo se hallaba desamparado y en situación de peligro), sino responde por un delito que engloba a esa infracción de solidaridad mínima: el homicidio del niño, es decir: responde (por omisión del deber de garante) como si hubiera causado la muerte del niño activamente, tirándolo por el balcón o clavándole un puñal en el pecho.

**E) Funciones del ejercicio de un rol**

Quien ejerce su rol adecua su comportamiento a la norma. El ciudadano que tributa fielmente a la Hacienda pública o el padre que alimenta a su hijo están cumpliendo con sus respectivos roles, a saber: el rol de ciudadano correcto con el fisco y con el rol de padre. Esto es, están realizando exactamente aquello que socialmente se esperaba ellos. Precisamente por eso, el cumplimiento del rol desempeña las mismas funciones que se atribuyen al concepto de norma jurídica: de un lado, la *afianzamiento de las expectativas sociales* y, de otro, el *fomento de la capacidad de orientación normativa*. Veámoslo con algún ejemplo.

Cuando un ciudadano cumple con todas sus obligaciones fiscales, paga religiosamente sus impuestos a la Hacienda Pública, mantiene toda su documentación en regla, etc. está indicando que su comportamiento no difiere en nada del que se espera de él. Su actitud, pues, no difiere en nada de la expectativa asociada al rol de ciudadano, de «persona en Derecho» (*Rechtsperson*). El ciudadano que cumple su rol y respeta la norma se está respetando a sí mismo como ser social, y al tiempo muestra su fidelidad y respeto a los demás como personas en Derecho. El rol, que es algo normativo y no arbitrario, es la *más oficial representación de las expectativas sociales*. En el rol se condensan y se hace efectiva la institucionalización de las expectativas sociales establecidas en la norma, conforme a un parámetro de división social en función de los diversos ámbitos de competencia. El sujeto que, adecuando su comportamiento a su rol, cumple la norma está comunicando el mensaje de que, en lo que a él respecta, pueden los demás ciudadanos y la Sociedad en su conjunto confiar plenamente. Por ello, no solamente afianza la expectativa que de él se tenía como persona en Derecho (indicando con su comportamiento que la expectativa *permanece vigente*) sino que, por añadidura, fomenta que los demás ciudadanos *lo tomen en serio como interlocutor social*, de manera que con él *se puede seguir contando*.

en la Sociedad y puede seguir siendo un referente en cuanto al cumplimiento de la norma: con otras palabras, el sujeto que cumple su rol respetando la norma fomenta con su propia *fidelidad al Derecho* la capacidad de los ciudadanos para *orientar su conducta a la norma*, esto es, para tomar a la norma como *guía o referente del propio comportamiento personal*.

Pero además el rol tiene un efecto directo sobre el propio titular: la *creación de un ámbito de libertad* donde el titular *puede sentirse seguro*, porque le *inmuniza* y le *blinda* frente a la imputación de lesiones de ámbitos de organización ajenos. Por ello, el ejercicio del rol es una garantía para quien lo ejerce, porque se está situando de parte de la norma, afianzando con ello las expectativas sociales y fungiendo como referente para la orientación normativa. Así, el magistrado ha de adecuar su comportamiento al rol de magistrado, que se integra de una serie de derechos y de obligaciones que definen su posición en el mundo social: en esencia, debe aplicar la norma a un caso de la realidad y resolver ese supuesto con criterios de justicia. Si cumple con su rol, dictando una sentencia justa, no sólo afianza la expectativa que se tenía depositada en él como actor de la justicia sino que posibilita que los demás ciudadanos y la Sociedad en su conjunto le sigan estimando como ser fiel a la norma y en quien se puede seguir confiando para la Administración de Justicia. Y el cumplimiento del rol por parte del magistrado (dictar una sentencia justa) le proporciona un espacio de libertad personal en el que se ve libre frente a una eventual imputación ajena al mismo (por ejemplo, por prevaricación). El ejercicio del rol, pues, le blinda al titular frente a cualquier intento de desaprobar su gestión como titular de ese rol.

Esa idea es acorde con que el rol delimita un determinado *ámbito de competencia*. Esto es: en función de los derechos y deberes de cada uno, se crea en cada ciudadano un ámbito en el que puede ejercer libremente sus derechos sin sufrir agresión injusta por parte de nadie pero, también, se crea un ámbito en el que ha de gestionar

también sus obligaciones de manera correcta, esto es, adecuada a un rol, si quiere seguir gozando del calificativo de persona en Derecho. Veamos ahora qué ocurre cuando se infringe el rol.

## II. Esencia de la imputación penal

### A) Diatriba del titular del rol

El reverso del cumplimiento del rol es la infracción del mismo. Pero cabe decir que tanto el cumplimiento como (al menos, la posibilidad de) un *quebramiento* conforman la estructura del rol. Un rol que no se pueda infringir no puede ser aplicado a la práctica. Al igual que la norma: una norma que no pueda ser infringida carece de aplicabilidad real. Por ello, una Sociedad que reconozca a sus ciudadanos como personas responsables y maduras ha de procurar al ciudadano la libertad suficiente para que éste gestione su ámbito de organización dentro de un margen amplio de actuación, que abarca desde el esperado cumplimiento hasta la posible infracción del rol.

En consecuencia, el portador de un rol tiene, por lo general, dos posibilidades de actuación:

- 1) En primer lugar, *cumplir su rol*, adecuando su comportamiento personal al haz de derechos y de deberes inherentes al mismo, de manera que gestione su ámbito de organización conforme a lo que se esperaba de él como ciudadano cumplidor de su rol, fiel al Derecho y respetuoso de los demás (esto es, se comporta como persona en Derecho).
- 2) En segundo término, *quebrantar su rol*, lo que significa que no sólo ha gestionado su ámbito de organización de manera incorrecta, apartándose de su rol, sino que ha quebrantado las expectativas sociales que, conforme al parámetro de relaciones interpersonales, estaban depositadas en él.

El titular del rol dispone, pues, de una *libertad de actuación* o de *gestión* de su propia esfera de competencia. Y esa libertad de actuación faculta al sujeto administrar el sector de la realidad delimitado por su propio rol de manera que el mismo sea simétricamente identificable con el contenido de la norma o, por el contrario, de tal modo que de esa gestión se derive una consecuencia lesiva, que defraude la expectativa social y quebrante la normal. En ambos casos, esto es, en la gestión adecuada al rol y en la gestión infractora del rol, el sujeto *responde de su proceder*: en el primer caso, porque actúa como un ciudadano correcto y fiel a la norma (persona en Derecho) y, en el segundo, porque *desbarata* la confianza social depositada en él, mereciendo por ello el reproche social adecuado. Veamos un poco más detenidamente en qué consiste y qué desencadena el quebrantamiento del rol social.

**B) El quebrantamiento del rol  
como fundamento de la imputación**

Si, como vimos anteriormente, el ejercicio del rol se identificaba con el cumplimiento de la norma es lógico concluir que el quebrantamiento del rol es la llave que abre la puerta de par en par a la *imputación penal* sobre la base de la infracción de una norma jurídica<sup>2</sup>. La explicación es muy clara. El sujeto que gestiona su ámbito de organización creando una *disimetría* entre su comportamiento real y el comportamiento que de él, en función de su rol social, se esperaba socialmente, no sólo infringe su rol y quebranta la norma, sino que

---

<sup>2</sup> Cfr., sobre el concepto de imputación penal, Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, págs. 23 y sigs. ID., *Sociedad, norma y persona*, op. cit., págs. 24 y sig.; ID., *El concepto jurídico penal de acción*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 30.

defrauda expectativas socialmente institucionalizadas, de manera que corre el riesgo de que se le reprochen jurídicamente su proceder.

Desde ese punto de vista, puede definirse muy sencillamente la imputación penal como la *desviación respecto de aquella expectativa que compete al portador de un rol* o, más escuetamente: como la *desviación de un rol*. En este sentido, la imputación es, precisamente, el *reverso* del ejercicio correcto del rol, de manera que debe su existencia precisamente por el hecho del sujeto que se desvía y no adecua su conducta al rol que se espera que desempeñe en la Sociedad. La imputación objetiva es, pues, en esencia una *defraudación imputable de las expectativas sociales*, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de expectativas sociales.

Si antes dijimos que el ejercicio del rol creaba libertad y blindaba al portador del mismo de cierta inmunidad, ahora cabe decir que ese blindaje termina con el apartamiento o desviación del rol por parte del sujeto titular del mismo. Es más, ese apartarse del rol es el *fundamento de la imputación penal*. Pues *no otra cosa es apartarse del rol que hacerse-culpable*, esto es, *penalmente imputable*.

### C) Significado de la imputación penal

De la exposición anterior se extraen<sup>3</sup> dos principios generales, que podemos resumir de la siguiente manera: de un lado, *el ejercicio del rol es, para el titular del mismo, una garantía*, mientras que el *quebrantamiento del rol*, esto es, la *desviación del rol*, constituye precisamente la esencia de la *imputación penal*. Estos dos principios, que ya hemos mencionado parcialmente, merecen una explicación más detallada.

---

<sup>3</sup> Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General*, tomo II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, cap. 10.

1. Que el rol es una garantía puede entenderse si se acepta el principio básico de que la gestión del ámbito de competencia conforme al rol es *creador de libertades*. El rol marca un espacio en el que cada uno se ocupa de sus asuntos, y gestiona su ámbito de organización ordenadamente, con el único límite de respetar el ámbito de los demás. Sólo así se puede avanzar en las relaciones sociales. Eso significa que el sujeto que cumple con su rol no sólo se respeta a sí mismo como titular de derechos y de deberes, sino que sienta las bases para una convivencia social: esto es, se está haciendo acreedor a que los demás confíen en él como persona en Derecho<sup>4</sup>. De esa manera, el concepto de persona, que JAKOBS toma de la Filosofía idealista de HEGEL («sé persona y respeta a los demás como persona»)<sup>5</sup>, se relaciona con el concepto de rol modelado por la Sociología. La función del ser humano como ser social es, pues, *cumplir su deber frente al grupo*, que define al ser humano como *ser mediado por lo social y a quien compete un rol*. Éste, el rol es «aquel constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones»<sup>6</sup>, esto es, «el rol es un *cúmulo de orientaciones de conducta*»<sup>7</sup>, de manera que, en el sentido luhmanniano, el «las estructuras de expectati-

---

<sup>4</sup> Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., págs. 230 y sigs.

<sup>5</sup> Günther JAKOBS, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pág. 37.

<sup>6</sup> Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT, «Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal», en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Director), *El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo II, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 43

<sup>7</sup> Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT, *op cit.*, pág. 43.

vas son estructuras mediante las que se orienta la conducta de los partícipes de la vida social»<sup>8</sup>.

De esta manera, para un contexto «normativo de lo social», lo que interesa es el individuo visto como persona, esto es, según JAKOBS, «el destino de expectativas normativas (...); la persona no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social»<sup>9</sup>. La persona relevante para el Derecho penal es aquella que «dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el Derecho»<sup>10</sup>.

2. En segundo lugar, como ya hemos señalado, el cumplimiento del rol tiene un revés: la *imputación objetiva*. Eso es precisamente el *quebrantamiento o desviación del rol*<sup>11</sup>. Cuando un sujeto quebranta su rol, no se comporta simplemente como alguien que gestiona incorrectamente su ámbito de organización, sino como algo más: como un mal ciudadano o como un ciudadano insolidario, que sienta las bases para que los demás ciudadanos lo consideren como alguien que, conforme a los parámetros normales, se aparta de la personalidad en Derecho.

La defraudación de la expectativa social que está depositada en el titular del rol genera, pues, de ese modo, la necesidad de un repro-

---

<sup>8</sup> Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT, *op cit.*, pág. 43.

<sup>9</sup> Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, pág. 17.

<sup>10</sup> Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, *op. cit.*, pág. 20.

<sup>11</sup> Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General*, *op. cit.*, págs. 230 y sigs. ID., «Dimensiones básicas del Derecho Penal Funcionalista: Especial referencia al concepto de persona», en *Personalidad y Capacidad Jurídicas. 74 Contribuciones con Motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, Vol. 2, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, págs. 1125 y sigs.

che social en forma de imputación. En ese momento, el sujeto, aunque por lo general se considera que sigue siendo formalmente persona, se comporta como individuo y a él se le retribuye el haber gestionado su ámbito de organización de manera socialmente inadecuada.

**D) Consecuencia principal: sólo es imputable lo que forma parte del rol**

Pero cabe preguntarse: sobre la base de que el ejercicio del rol genera libertad y garantías para el titular del mismo y que la desviación del rol fundamenta la imputación *¿Qué es exactamente lo que cabe imputar? ¿Cuál es el objeto de la imputación?* Estas preguntas admiten una respuesta muy clara: *el ámbito de la retribución (imputación) no puede exceder del ámbito de la esfera de competencia*, porque precisamente el rol es una garantía para cada ciudadano y porque no se podría responsabilizar a nadie de algo que cayera fuera de su ámbito de competencia.

Como ya afirmamos páginas atrás, del rol (aspecto formal) forma parte un contenido (aspecto material), esto es, un haz de derecho y de deberes<sup>12</sup>. Pues bien, si la imputación es la desviación del rol, entonces *únicamente puede ser objeto de esa imputación el quebrantamiento o la inobservancia de alguno de los deberes inherentes al rol*, pero ninguno que quede al margen o fuera de ese rol, esto es, extramuros de ese ámbito de organización. Si pudieran imputarse quebrantamientos de deberes ajenos (propios de otro ámbito de organización) entonces el ciudadano quedaría desprotegido y el ejercicio del rol el ciudadanos quedaría absolutamente desprotegido y, en última instancia, se responsabilizaría a todo el mundo de lesiones producidas fuera de su ámbito de organización, esto es, al margen de

---

<sup>12</sup> Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 5ª. edición, actualizada con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 38 y sigs.

su esfera de su competencia, y el rol ya no sería más una garantía<sup>13</sup>. En dos palabras: *se obligaría a todo el mundo a ser competente por todo*.

### III. Vectores de la imputación objetiva y su influjo en el ámbito penal tributario

Bajo la denominación de *vectores de la imputación objetiva* me quiero referir a continuación a una serie de diversas *proyecciones o tendencias* que ha experimentado esa teoría en los últimos decenios. Empezaremos por la doctrina del riesgo permitido.

#### A) Riesgo permitido: familiarización con el riesgo

Las Sociedades modernas son —ello es evidente— *Sociedades de riesgo*. La Sociedad en su conjunto está transida de una diversidad tal de riesgos que es difícil aprehenderlos todos. Multitud de acciones perfectamente cotidianas exponen a quienes las realizan a riesgos de diferentes magnitudes. Pasear por la acera es un riesgo (porque pues caer desde un balcón una maceta y golpear al viandante), cruzar la avenida aun por el lugar habilitado para ello, esto es, el paso de cebras entraña un riesgo (pues puede resultar atropellado por un vehículo a motor), saludar a otro con un apretón de manos es un riesgo (pues se expone quien saluda a contraer una enfermedad venérea), conducir un vehículo, jugar al fútbol, beber alcohol, etc. son ejemplos de acciones usuales que representan un riesgo para quien las realiza.

Es decir, la Sociedad es consciente de la existencia de multitud de riesgos o peligros, que además pueden tener una diversa procedencia: así, existen *riesgos naturales o inevitables*: p. ej. provenientes de catástrofes naturales tales como terremotos, huracanes, etc.)

---

<sup>13</sup> Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, *op. cit.*, págs. 40 y sigs.

y *riesgos humanos*, que a su vez pueden ser incontrolables (así, un paciente da una patada y fractura la tibia al médico en un movimiento reflejo de flexo-extensión al recibir un estímulo en la rodilla) o perfectamente controlables, voluntarios e imputables (lesiones dolosas).

Como cabe suponer, de todo el amplio reino de los diversos riesgos no todos tienen la misma consideración penal. Ya una simple hojeada a los riesgos sociales nos indica que, desde el punto de vista del Derecho penal, existen *riesgos permitidos* y *riesgos no permitidos*. Conducir un vehículo es, por regla general, un riesgo permitido. Pero deja de ser permitido cuando se conduce el mismo vehículo a 150 km./h en una zona urbana, por una calle en el momento en que salen los niños del colegio. Jugar al fútbol o practicar boyeo es un riesgo permitido, pero deja de serlo cuando el jugador, considerándose agraviado, se toma la justicia por su mano y la emprende a golpes desconsiderados con el contricante produciéndole lesiones graves.

Es decir, existe la conciencia de que, del amplio mar de los riesgos sociales, algunos son permitidos y otros son prohibidos. A este respecto, podría formularse la pregunta siguiente: ¿Dónde reside la *línea divisoria*, el tránsito entre lo permitido y lo prohibido? Desde luego, no existe un límite matemático exacto al respecto. Ello quiere decir lo siguiente: *el nivel de permisividad lo delimita la propia Sociedad*, en función de sus expectativas sociales. Por ejemplo: si -es un suponer- en la Argentina o en España se cometen diez mil defraudaciones a Hacienda cada año mientras que en Suecia o en Noruega se comete diez cada tres años es evidente que la *expectativa social* y, por tanto, el *grado de tolerancia* frente a actos defraudatorios será muy diferente en unos y en otros países. O sea: la propia composición de *expectativas sociales* determinará el *nivel de tolerancia social* frente a *conductas internamente disfuncionales*.

En todo caso, y al margen de dónde se sitúen la línea frinteriza demarcadora de la permisividad social, lo cierto es que en las Sociedades actuales existe una *conciencia del riesgo* que ha llevado a la conclusión de que la misma Sociedad (y los integrantes de la misma) se *hayan familiarizado con el riesgo*. El ser humano como ser social es, de por sí, *generador de riesgos*. Pero si, como afirmamos, la sociedad tolera parte de esos riesgos entonces se le está reconociendo al ciudadano una cierta capacidad de movimiento en la gestión de esos riesgos, esto es, se está reconociendo como *sujeto (parcialmente) idóneo en la gestión de riesgos sociales*.

La *familiarización con el riesgo* conlleva necesariamente una relación fluida con los riesgos sociales, lo cual es producto, consecuencia de una situación hasta cierto punto paradójica. El hombre, el ser humano, es —en tanto ser social— creador de riesgo, foco o fuente de la que surgen riesgos. Si todos los seres humanos generan riesgos, puede imaginarse qué tal cantidad de riesgos atenazan a una Sociedad. Pero además esos riesgos individualmente causados por un ser humano se multiplican exponencialmente cuando se entremezclan las relaciones sociales. Y a todo ello hay que sumarle los riesgos no controlados por el hombre (como las catástrofes naturales) pero igualmente reales. Ante esa situación, es hasta cierto punto normal que la Sociedad conceda a quien es *creador de riesgos* también cierta capacidad de gestión para tratar de disminuir o de eliminar ese riesgo. Le concede libertad para crearlo, pero también deposita en él cierta confianza para que «apague el fuego» por él creado, esto es, para que *neutralice el peligro derivado de su propio ámbito de organización*. Es decir, *la capacidad de gestión de un riesgo tiene como fundamento, paradójicamente, la permisividad social ante la creación del mismo*. Y todo ello genera, como lógicamente puede comprenderse, una *familiarización con el riesgo*.

De esa manera nos encontramos con riesgos abarcados por la libertad del sujeto tanto para crearlos como para neutralizarlos. Son

riesgos permitidos, tolerables, socialmente adecuados, que no dan lugar a una responsabilidad mayor. La dinámica personal, el reconocimiento del ser social como persona en Derecho (como persona madura y responsable) es suficiente para que el riesgo nazca, viva en Sociedad y sea neutralizado en el mismo seno social. Son, todos ellos, *riesgos tolerables, permitidos*: conducir en condiciones normales, montar en globo, pilotar un avión, jugar al fútbol.

Pero del mismo modo que hay riesgos tolerables, existen también *riesgos no permitidos*, esto es, riesgos que sobrepasan la cota de lo normalmente permisible en esa Sociedad, en función de las expectativas de cada lugar y de cada momento. La *creación* o la *no neutralización* de esos riesgos sí genera una responsabilidad. Quien, por ejemplo, introduce en un país sin declararlo según el cauce normal un maletín con un millón de dólares está creando un riesgo socialmente disfuncional: un riesgo, además, sobre el cual la Sociedad no concede al sujeto la posibilidad de gestionar o de neutralizar ese riesgo, sino sobre cuya creación hace recaer ya una *responsabilidad*, que puede ser simplemente administrativa-fiscal o que puede llegar a constituir un injusto punible.

Y, hablando de maletines con dinero negro o blanco, la cuestión se puede generalizar. El dinero es una prueba evidente de que se permite una gestión permitida de ese foco de peligro. La Sociedad, aun a sabiendas de que el dinero es foco de riesgo, concede al ciudadano un ámbito de libertad de gestión del mismo. Esto me hace recordar la anécdota que Vdes. probablemente conocerán. Según cuenta Suetonio (en su obra *Vespasiano*, 23, 3), en cierta ocasión TITO afeó a su padre el Emperador VESPASIANO, por haber instituido un impuesto sobre la orina y las letrinas, reprochándole que obtuviere pingües beneficios de procedencia tan poco aseada. Entonces VESPASIANO, sorprendido ante el reproche filial, acercó el dinero a la nariz de su hijo, preguntándole a continuación: «¿Acaso te molesta su olor?», a lo que TITO contestó negativamente. El Emperador, entonces, argu-

yó: «Sin embargo, este dinero procede de la orina». Y añadió: «*Pecunia non olet*» («*El dinero no huele*»). Esa expresión ha pasado a la historia para resaltar que, con independencia de cualquier procedencia, el dinero es un factor de riesgo que en todo caso puede gestionarse individualmente por el individuo. O lo que es lo mismo: que *la Sociedad corre con el eventual riesgo de que se cometan excesos con el dinero y, no obstante ello, permite al ciudadano una capacidad de gestión sobre el mismo*. Esa capacidad de gestión personal no es, en todo caso, ilimita. Existen una serie de obligaciones sobre el dinero, como acabamos de ver líneas atrás con el ejemplo del maletín: así, la obligación de declarar la cuantía de dinero con la que se accede a un país (si sobrepasa de una cantidad determinada, v.gr. diez mil dólares), etc. La existencia de esa obligación de fiscalización pone de manifiesto, en todo caso, la configuración social del dinero como *fuelle o foco de peligro*.

En resumen: existe en la Sociedad un riesgo permitido (ámbito de libertad de gestión de un foco de peligro), cuya determinación es dependiente de las expectativas sociales, en función de las cuales se establece el límite de permisibilidad social sobre un riesgo determinado.

**B)      *Ámbito de autorresponsabilidad: la libertad versus responsabilidad como reverso de la responsabilidad por las consecuencias***

El reconocimiento de una cierta capacidad de gestión de un riesgo por parte del ciudadano tiene como consecuencia la apertura de un *ámbito de autorresponsabilidad*. El Estado reconoce al ciudadano como un ser capaz de autogestionar determinados riesgos, lo que significa que reconoce su libertad de actuación dentro de ese sector. Pero, como cabe comprender, la *libertad de actuación tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias*. Por ello, junto a la primera tendencia o vector que hemos llamado *familia-*

*rización con el riesgo* existe una segunda tendencia que se cifra en el reconocimiento de un ámbito de autorresponsabilidad personal por parte del sujeto gestor. Desde luego, que el Estado concede esa libertad únicamente a sujetos que *no hayan manifestado expresamente una inidoneidad absoluta para gestionar ese riesgo*. Diciéndolo gráficamente: nadie confía a un notorio defraudador la gestión de una caja, como nada confía la educación o cuidado de unos menores a un conocido pedófilo. Pero el que se concede una libertad de gestión a alguien no impedido *ab itinio* para tal gestión no garantiza que lo gestione de manera correcta.

Y ¿qué sucede cuando alguien en quien se ha confiado para administrar un riesgo, defrauda la expectativa social, gestionando su ámbito social de tal manera que el riesgo desemboca en una lesión real? Pues muy sencillo: se le *responsabiliza* por dicha gestión defuntuosa, en la medida de la lesión y de la infracción cometida. El ordenamiento confía en que los sujetos se comportarán de acuerdo a la ley, dentro de su ámbito de libertad, pero en todos los casos responden de sus actos, de su concreta gestión. Y ello porque el reconocimiento de la libertad al sujeto como gestor de riesgos tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias.

Los ciudadanos tienen libertad, dentro de su esfera de competencia, para gestionar el riesgo como crean oportuno. Pero en todo caso responden de esa gestión. El ordenamiento confía, por ejemplo, que todos los ciudadanos cumplirán con sus obligaciones fiscales y pagarán fielmente a Hacienda. Si lo hacen, se comportan como ciudadanos fieles a la norma, afianzan la expectativa social, se muestran como personas en Derecho, respetuosos de los demás ciudadanos como semejantes, y comunican confianza, respeto, actualidad y vigencia de la expectativa social. Si no lo hacen, esto es, si se apartan del rol de buen ciudadano, entonces *se le imputa esa desviación rol*, por ejemplo, responsabilizándole por un delito de evasión fiscal.

**C) Principio de confianza**

Hemos citado ya el *principio de confianza*. Se trata de uno de los criterios o instituciones más sugerentes de toda la doctrina de la imputación objetiva. Las relaciones sociales encuentran uno de sus más firmes apoyos o basamentos en la *confianza*. No se trata de una confianza individual, psicológica, sentimental. Se trata, en todo caso, de una confianza mediada por lo social. Uno –ser racional, fiel al Derecho– confía razonablemente en que los demás ciudadanos se comportarán de igual manera: respetando la norma, satisfaciendo las expectativas sociales, respetando a todos como personas en Derecho. Es posible que yerre. Pero la confianza existe en las relaciones normales. Y esa confianza en la vigencia normativa mueve o impulsa la relación social. Si un ciudadano tributa fielmente a la Hacienda pública, confiará razonablemente que los demás ciudadanos también lo hagan (aunque existan excepciones, claro está). La confianza social, colectiva y normativa, propicia que la relación de los ciudadanos con la norma se fomente e impulse, mediante el fomento de la confianza en la correcta Administración del dinero público. Es decir, existe una confianza generalizada en que las personas se comportarán de acuerdo a la norma. Sobre esta confianza se funda el *desenvolvimiento de la sociedad*. Por ello, el ámbito de vigencia del principio de confianza suelen ser aquellas situaciones en las que intervienen una pluralidad de sujetos (confiar es *verbo transitivo*: se confía en algo o en alguien) y en las que existe una *división jerarquizada del trabajo*.

Pero además el principio de confianza puede ser argüido como una *garantía* para *eximir de responsabilidad* a quien confío dentro de los parámetros normales en el cumplimiento de la norma por parte de los demás. Veamos un ejemplo. Imaginemos que un empresario encomienda sus cuestiones fiscales a un asesor experto en la materia. Éste tiene a su cargo a partir de ese momento la gestión y custodia de los documentos, la realización de los pagos necesarios al fis-

co, la configuración de la renta, etc. etc. El asesor fiscal confía en que los documentos, asientos contables, etc. que le entrega el empresario son correctos y responden a la realidad de la empresa, y trabaja sobre la base de la veracidad de esos datos. Si a través de esos documentos se determina, mediante resolución judicial que hubo evasión, el asesor fiscal puede ver eludida su responsabilidad, aunque haya sido causa respecto de un resultado delictivo. ¿Por qué? Pues porque puede el empresario alegar que confiaba en que el empresario le dio documentación veraz y que, en todo caso, cae fuera de su ámbito de organización verificar que son falsos. Del falseamiento de los datos responde únicamente infringió un deber propio y configurador de su rol, de manera que de esa gestión defectuosa se haya producido una lesión en forma de evasión fiscal.

En conclusión: el principio de confianza fundamenta el modo de desenvolvimiento de la estructura social, que supone una garantía para el ciudadano que gestione su esfera de competencia en ejercicio de su libertad. Aunque se deriven eventualmente peligros, riesgos o lesiones de este ámbito, el titular o gestor puede ver excluida su responsabilidad si no infringió deber alguno, siendo éste atribuido a una esfera de competencia ajena. En este caso, sería el sujeto autorresponsable quien cargaría con la imputación por la infracción finalmente producida.

#### **D) Organización delictiva**

Finalmente, dentro de las tendencias de la doctrina de la imputación objetiva queremos mencionar una cuarta directriz: la de los llamados *delitos de organización*. Como es sabido, la construcción de la Dogmática penal ha girado tradicionalmente en torno de un paradigma muy definido: el *paradigma del autor individual*, que -además- realiza un delito de lesión consumado, muy singularmente el delito de homicidio. Autor individual, consumación delictiva y delito de lesión y, aun, de sangre (homicidio) constituían el eje central

sobre el cual giraba la discusión sobre la mayoría de los conceptos y construcciones jurídico-penales (acción, omisión, lesión al bien jurídico, causalidad, etc.). Por supuesto que a veces, por ejemplo actuaba más de una persona en el hecho, o sucedía que el hecho no se consumaba sino que quedaba en grado de tentativa, pero esas *circunstancias* (participación delictiva, grado imperfecto de la tentativa, etc.) se estudiaban como algo *secundario*, *derivado* del eje principal, a saber: el delito consumado de lesión cometido por un autor individual.

Sin embargo, en los últimos decenios puede observarse un *receso notorio* de ese paradigma tradicional. Si antes se empleaba ese paradigma como banco de prueba de todos los problemas jurídico-penales, modernamente se considera que los delitos consumados de lesión realizados por un autor único generan escasos problemas teóricos y aun prácticos. La progresiva pérdida de la hegemonía de ese paradigma debe su existencia, de un lado, al auge de la *criminalidad económica* y a la proliferación de los tipos de *peligro abstracto*, y -de otro- a la *complejidad estructural* del mundo actual, donde prácticamente no hay actividad social que se realice *exclusivamente* por un sólo sujeto, sino donde pueden observarse una confluencia de aportes sociales de diferentes personas, aportes que —lógicamente— tendrán una diversa calificación penal.

En España se ha debatido, recientemente, sobre un curioso delincuente apodado *El Solitario*, atracador de bancos a quien se atribuyen también dos delitos de sangre. Este curioso personaje, detenido no hace mucho en Portugal, al parecer llevaba ideaba y ejecutaba sus atracos de manera absolutamente individual: él mismo fabricaba caseramente y con gran minuciosidad unas máscaras de yeso, confeccionaba una peluca y otros objetos de disfraz, se proveía de las armas necesarias, llevaba a cabo la selección de las entidades bancarias que iba a atracar, etc. etc. Esa figura del delincuente *único* e *omnipotente* es, hoy en día, casi una reliquia del pasado. En la actua-

lidad, prácticamente no hay hecho punible en el que intervengan una *pluralidad de sujetos* y una *diversidad amplia de aportes*: un delincuente, por ejemplo, que se dispone a atracar un supermercado se traslada al lugar de los hechos conducido por un acompañante, que colabora en el plan, o incluso en un autobús (colectivo) municipal, conducido por alguien totalmente ajeno a la configuración delictiva del hecho, pero que coadyuva objetivamente a que el acto delictivo se produzca, y una vez en el lugar del hecho emplea un arma de fuego, que a su vez se la proveyó otro sujeto. Vemos que al menos han intervenido tres sujetos diferentes, o –en todo caso– que el autor del hecho se ha valido de los aportes de otras dos personas, cuya relación con los hechos es preciso valorar. Y todo ello sin hablar de la *criminalidad de empresa*, de cuello blanco, en el que la actividad delictiva se realiza no mediante personas de carne y hueso sino a través de empresas interpuestas, lo que enmaraña aun más la estructura del hecho punible.

Desde ese punto de vista, la propia configuración social del mundo bajo el principio de la *división del trabajo* (una especie de parcelación del mundo en función de cometidos o roles sociales) pone de manifiesto que cada persona es competente para aportar algo, de manera que la suma de todo junto configura un hecho delictivo. Con ello queremos decir que la antigua idea del paradigma tradicional ha sido más modernamente substituida en el debate penal por el *paradigma del injusto sistémico*, esto es, por el *paradigma de la imputación colectiva o del injusto colectivo*.

A este respecto, quiero referirme a dos *tendencias* que se enfrentan a ese paradigma tradicional del autor único de un delito de lesiones (o aun más: de sangre) consumado: de un lado, la concurrencia de varios autores en un hecho (*organización strictu sensu*) y, de otro, la conformación de un nuevo sujeto -supraindividual- activo de delitos (*empresa* u *organización criminal* o -por mejor decir- el *delito de status*).

1. La primera tendencia es la de la *organización delictiva strictu sensu*, esto es, intervención delictiva de varios sujetos en un mismo hecho punible. A este respecto impera la idea de que el *injusto colectivo* –el delito cometido por *varias personas a la vez*– genera un mayor desvalor de injusto que el injusto individual. En la legislación española actual hay muchísimos ejemplos de este tipo de agravaciones genéricas (en delincuencia sexual, por ejemplo: la violación cometida *en cuadrilla* es sancionada de manera más grave que la violación individual). También hay ejemplos en la legislación mexicana reciente.

Esta figura de concurrencia de una pluralidad de personas (participación delictiva) constituye una *agravante genérica* que incrementa el desvalor de injusto de las figuras delictivas, y –por tanto– también su pena. La idea que subyace a la concepción del legislador es, en este caso, muy clara: la concurrencia de personas en la ejecución de un hecho adquiere un *especial potencial lesivo*, que se transforma en una *mayor penalidad*.

2. La segunda tendencia (muy relacionada con la anterior, pero que da un paso más en la configuración conjunta de un hecho) a la que me quiero referir es la creación de un ente colectivo y supraindividual de comisión de delitos: algo así como una *estructura criminal*, una *empresa* u *organización destinada a cometer delitos*. Se trata de la configuración de *sistemas penalmente antijurídicos* o *sistemas de injusto*, analizados por LAMPE en un pionero estudio dedicado<sup>14</sup>. El ejemplo paradigmático de esta forma de delitos es la asociación delictiva o ilícita, concierto para delinquir o banda arma-

---

<sup>14</sup> Ernst-Joachim LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *ZStW* 106 (1994), págs. 683 y sigs. («Injusto del sistema y sistemas de injusto», traducción española de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, en Ernst-Joachim LAMPE, *La Dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Edición y traducción española a cargo de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ / Guillermo ORCE / Miguel POLAINO-ORTS, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, págs. 97 y sigs.).

da, existente en todos los Códigos penales del mundo. Un ejemplo muy claro lo hallamos también en la legislación mexicana contra el crimen organizada: el art. 2 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de 1996 sanciona a aquellos sujetos –tres o más– que «acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas *por ese solo hecho*, como miembros de la delincuencia organizada». La estructura del tipo es peculiar, esto es, constituye una anticipación de la barreras de protección penal, un adelantamiento del momento en el que el Derecho penal entra en acción, de manera que ya actúan las herramientas de protección en un momento anterior en que el riesgo es más prematuro, sin esperar a que ese riesgo incipiente desemboque en una lesión de mayores magnitudes. En esta caso, especialmente gráfico y problemático, no sólo se produce un adelantamiento de la punibilidad («se organicen») sino un *adelantamiento del adelantamiento* («acuerden organizarse»), con los graves problemas de legitimidad que ello conlleva. Sea como fuera, es que las figuras de delito anticipado responden a lo que JAKOBS denominó hace más de dos décadas *Derecho penal del enemigo*<sup>15</sup>, en el que se *optimiza la protección de bienes jurídicos* (en concreto: la

---

<sup>1</sup> Al respecto, con información sobre la discusión actual, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Prólogo de Günther JAKOBS, Editorial Mediterránea, Córdoba (Argentina), 2006. Próximamente: ID., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2008; Günther JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Thomson - Civitas, Madrid, 2003, págs. 19 y sigs. (2ª. edic., 2006, págs. 21 y sigs.). En la doctrina argentina, Daniel R. PASTOR, «El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en Guillermo Jorge YACOBUCCI (Director), *Los desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Ara Editores, Lima, págs. 783 y sigs.

seguridad cognitiva en la vigencia de la norma) a costa de la *reducción de ciertas esferas de libertad* de los sujetos implicados<sup>16</sup>.

El tipo penal de asociación ilícita (delincuencia organizada) la conformación de un ente que *es algo más* que la suma de sus miembros individuales. Cada agrupación criminal tiene reconocido una *entidad jurídica* que en su autonomía y en su potencial lesivo es por entero independiente de la capacidad criminal de sus miembros integrantes. Por ello, la agrupación criminal que se conmina con una pena es, ante todo, una *institución*, una *empresa* dedicada a fines delictivos. Precisamente por ello, la agrupación criminal tiene un injusto propio (el *injusto sistémico*), que es independiente de los injustos de concretos que aquellos delitos que se pretendan cometer o que realmente se cometan por obra de la agrupación<sup>17</sup>. No se trata, por ello, de los delitos que se pueden cometer mediante esa empresa, mediante esa organización; sino precisamente de algo diferente: de *la empresa, la organización como delito*.

---

<sup>16</sup> Esa era la contraposición que realizaba JAKOBS en su artículo original de 1985, donde acuñó el concepto en cuestión: «El Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad». *Vid.* Günther JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97 (1985), págs. 751 y sigs. («Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS, en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 298).

<sup>17</sup> En este sentido, por ejemplo, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «¿«Pertenencia» o «intervención»? Del delito de «*pertenencia a una organización criminal*» a la figura de la «*participación a través de la organización*» en el delito», en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coordinadores), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 1075.

Ello se ve muy claro cuando se analiza el momento de consumación del delito de asociación ilícita tributaria: este *injusto sistémico* se concreta recién cuando unos sujetos *se reúnen con el fin* de cometer alguno de los delitos contenidos en la ley tributaria, esto es, cuando tres o más sujetos se conciertan para delinquir, pero para la consumación del injusto sistémico ni siquiera se precisa el principio de ejecución de esos delitos con cuya finalidad de comisión se reunieron (*delitos-fin*), sino que ya el delito sistémico se consuma cuando se han reunido con ese fin, aunque no lleguen nunca a ejecutar -ni siquiera a propiciar mediante específicos actos preparatorios su ejecución- la comisión de esos delitos que pretendían realizar<sup>18</sup>.

De ahí se desprende con claridad que, aunque la conducta que se incrimina *sea objetivamente un acto preparatorio de otro delito ulterior*, el injusto sistémico de la organización criminal presenta una *autonomía constitutiva plena* en relación a los injustos cometidos o que se pretender cometer por medio de la institución. En otras palabras: *la agrupación criminal ya en sí misma es un delito*. Y lo es porque a los tres o más sujetos que se reúnen para cometer esos delitos se les sancionan como autores de un delito consumado de organización aun cuando no cometan ni principien la ejecución de los delitos con cuya finalidad de comisión se asociaron.

Esa estructura es, como queda señalado, propia del Derecho penal del enemigo, en el que se combate especialmente a un sujeto que crea una inseguridad cognitivo-normativa, esto es, a un sujeto que no reconoce a los demás como personas en Derecho. El ordenamiento jurídico se ve obligado, en esos casos, *a suplir el déficit de seguridad que crean determinados sujetos* (en el presente supuesto:

---

<sup>18</sup> Al respecto, ya, con una exposición amplia y exhaustiva de las diferentes concepciones en torno al bien jurídico protegido, Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978, págs. 120 y sigs.

aquellos que conforman una organización ilícita para cometer atentados terroristas) *con un plus de aseguramiento*, que aquí consiste en combatir anticipadamente el riesgo en un momento más prematuro, recién cuando los sujetos se reúnen con tales fines delictivos.

Por ello, el tipo de asociación ilícita constituye propiamente un *delito llamado de estatus*. Se sanciona el estatus, la *pertenencia* o *adscripción* a la banda u organización ilícita. Y, como queda dicho, esa organización o empresa criminal es diferente a la suma de todos sus integrantes: consiste en la *conformación de un ente colectivo idóneo para conmover o desestabilizar la estructura social*. Ello explica que la unión de un elemento en principio neutral (la *reunión* de tres o más sujetos) con otros elementos subjetivos (el *mero pensamiento* o *fin delictivo*) constituya un delito. De otro modo (en el Derecho penal del ciudadano) la «reunión» no sólo no es delictiva sino ejercicio de un derecho fundamental constitucionalmente protegido y el mero pensamiento no es suficiente para la punición penal (*cogitationis poenam nemo patitur*). Pero aquí, la unión de los dos elementos (reunión más pensamientos delictivos) constituye *algo más* que la suma de dos componentes inocuos: constituye la creación de un ente, de una empresa criminal con potencial suficiente para atentar contra las *normas de flaqueo* de la Sociedad, mediante la creación de *inseguridad cognitiva-normativa*.

A este respecto, podemos decir brevemente dos modelos de imputación que explican la dinámica del injusto sistémico: en primer lugar, el llamado (por SILVA SÁNCHEZ<sup>19</sup>) *modelo de la transferencia*, conforme al cual la organización criminal se explicaría como un delito de adhesión o pertenencia en sentido estricto, en el que cada miembro de la organización asume de manera estable un rol o competencia propia del sistema de injusto respecto a la hipotética comi-

---

<sup>19</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «¿«Pertenencia» o «intervención»?», *op. cit.*, pág. 1081.

sión de delitos, sin tenerse en cuenta las aportaciones favorecedoras de los concretos delitos-fin; y –en segundo término– un *modelo de responsabilidad por el hecho propio* (defendido por SILVA), conforme al cual se hace responsable individualmente a cada interviniente según su «propio comportamiento»<sup>20</sup>, de manera que no se le transfiere responsabilidad por la peligrosidad de la organización ni se le imputa a cada miembro o colaborador el estado de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos, sino que «(a) cada miembro se le imputa y se le hace responsable por su actividad favorecedora de la comisión de delitos»<sup>21</sup>, realizándose un juicio de imputación pormenorizado en función de cada aporte personal.

Yo, por mi parte, soy partidario de un *modelo de transferencia*, pero no como lo explica SILVA, a saber: como un modelo en el que *a)* el aporte del individuo siga siendo de trascendental importancia *b)* en atención a la peligrosidad de comisión de los delitos-fin, sino de otra manera: *en una dinámica en la que cada sujeto se halla totalmente sometido al poder constitutivo de la organización*, o en otros términos: *lo que aporta cada sujeto es per se algo naturalístico, es el entorno; sólo la organización criminal constituye el sistema de injusto*, y –en este sentido– *cada miembro de la organización es técnicamente la organización en sí*. Por ello, aunque aunque SILVA denomine este sistema de ese modo, en puridad *no existe una tal transferencia*, porque ésta no se concibe con un criterio *naturalístico*, donde se estime el injusto sistémico sobre la base de la peligrosidad fáctica de los bienes concretos protegidos por los delitos-fin, sino con un carácter normativo.

---

<sup>20</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «¿«Pertinencia» o «intervención»?», *op. cit.*, pág. 1082.

<sup>21</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «¿«Pertinencia» o «intervención»?», *op. cit.*, pág. 1082.

En definitiva, y al margen de otros motivos de crítica del art. 15 inc. c LPT (como puede ser su superfluidad, al incriminar específicamente una conducta que ya era delictiva por ser subsumible en el art. 210 CP argentino<sup>22</sup>), lo cierto es que el tipo en cuestión se plantea por el legislador penal como único medido para mantener el *estatus civitatis*, esto es, como una *garantía del Estado de Derecho* que ha de emplear excepcionalmente esa norma de Derecho penal del enemigo consistente en el combate anticipado de una conducta precisamente para evitar que la norma sucumba ante la actuación riesgosa de unos sujetos y, con ella, para evitar que la persona en Derecho quede desprotegida.

#### **IV. Problemas especiales: Prohibición de regreso y conocimiento especiales**

Finalmente me quiero ocupar brevemente de otros dos cuestiones que constituyen problemas específico en esta materia: de un lado la problemática en relación a la *prohibición de regreso*; y –de otro– la problemática de la imputación de *conocimientos especiales*, planteada al hilo del mismo precepto. Vayamos a ellos.

##### **A) ¿Imputación por cumplimiento del rol?**

En las exposición general que se hizo en la primera parte de este trabajo se dejó sentado un principio general conforme al cual el *ejercicio del rol excluye la responsabilidad penal*, porque crea un espacio de libertad y de seguridad personal para el portador del mismo, esto es, porque supone una garantía para el titular, que con el ejercicio del rol no hace más que cumplir con las expectativas sociales y, por ello, con la norma jurídica. Además, dejamos dicho que la imputación penal es precisamente lo contrario que el cumplimiento

---

<sup>22</sup> Como resaltan acertadamente Guillermo ORCE/Gustavo F. TROVATO, *Régimen Penal Tributario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008 (en prensa), en su comentario al art. 15 inc. c.

del rol: es la *desviación del rol*, la *infracción del mismo*. Pues bien, lo que la doctrina de la *prohibición de regreso* plantea en la moderna teoría de la imputación objetiva es lo siguiente: ¿puede imputarse a alguien, *no obstante estar ejerciendo su propio rol social* (esto es: haciendo lo que preisamente se espera de él), *participación en un delito* por una contribución prestada durante el ejercicio de su rol? O lo que es mismo: ¿Tiene la garantía que significa el ejercicio del rol alguna *excepción*?

Imaginemos el siguiente supuesto, procedente de la Jurisprudencia peruana<sup>23</sup>. Un grupo de jóvenes contrata los servicios de un taxi y le solicitan que les transporte a una determinada dirección, sin bajar bandera. En ese lugar, los jóvenes solicitan al taxista que introduzca el vehículo en un garaje, a lo cual accede el taxista. Allí, los jóvenes introducen diversos objetos en el maletero del vehículo, y le solicitan reemprender el camino, esta vez con destino a otra dirección. Un vecino del primer inmueble se había percatado de la situación, y alarma a la policía ante el robo perpetrado por los jóvenes. Una patrulla de policía persigue al taxista. En un semáforo los jóvenes y huyen y dejan al taxista con los objetos robados, momento en el cual llega la policía. La pregunta que se plantea es la siguiente: ¿Responsabilidad del taxista por el delito de robo? Imaginemos otro ejemplo. Un escribano da fe de unas partidas contables falsas que se dedican a cometer un delito de evasión fiscal. La pregunta es semejante: ¿Responde el escribano como partícipe en el delito de evasión fiscal?

Desde luego, desde el punto de vista causal, objetivo, tanto el taxista como el escribano serían causales respecto del resultado delictivo producido. Es más: sus aportes serían incluso imprescindible-

---

<sup>23</sup> Al respecto, puede verse el excelente comentario de José Antonio CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003, *passim*, esp. págs. 67 y sigs.

bles para que el delito se configurara en la forma en que finalmente se ejecutó. Su aporte es imprescindible para la co-configuración del hecho. Pero ¿realmente ha de resolverse en este caso imputando a los portadores del rol, que precisamente ejercían su rol cuando aportaron alguna prestación que configuró (o se empleó para configurar) objetivamente un delito? Podría pensarse que la respuesta a esta pregunta pasaría por analizar el aspecto *subjetivo*, esto es: lo que el sujeto *conocía*. A ello parece apuntar, por ejemplo, algunas regulaciones penales que mencionan en su descripción típica la expresión «*el que a sabiendas*». Pero el análisis de este aspecto subjetivo no puede, a mi juicio, hacer variar la interpretación del caso ni hacer decaer la garantía objetiva que lleva aparejada el rol. Imaginemos que tanto el taxista como el escribano sabían que otras personas iban a cometer un delito. Imaginemos, por ejemplo, como así pasó en la realidad, que el taxista declara que en el momento en que los jóvenes introdujeron algunos objetos (un televisor, una radiocadena, etc.) él se percató de la posibilidad (¡dolo eventual!) de que los chicos estuvieran cometiendo un robo. Imaginemos también que el escribano sabe que con esos balances o estados contables (¡incluso ciertos!) se va a cometer un delito fiscal o de falsificación o del tipo que sea. ¿Es suficiente el conocimiento en ese supuesto para la imputación?

En mi opinión, la valoración del aspecto subjetivo *no puede hacer decaer* el efecto de garantía y de protección que lleva aparejado el ejercicio del rol<sup>24</sup>. Éste es una protección social contra el portador del mismo. Pero no sólo eso: es algo más. Es un *modo de posibilitar los contactos sociales*. Por ello, si al ciudadano que ejerce su rol

---

<sup>24</sup> De la misma opinión, Guillermo ORCE / Gustavo Fabián TROVATO, *Delitos tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la Ley 24.769*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 249: «no importa la configuración subjetiva del «partícipe» (...) es irrelevante que el partícipe supiera o no que su prestación iba a ser desviada en un sentido delictivo, o incluso que así lo deseara, o que fuera, justamente, la motivación interna que lo impulsó a actuar».

puede desposeérsele de la protección que el mismo acarrea por el hecho de que sabía algo o por la circunstancia de que su prestación es aprovechada por otros para cometer un delito entonces se está situando en una *posición de gran debilidad a la persona*, y se le está *desprotegiendo arbitrariamente* por el hecho de adecuar su comportamiento a la norma jurídica. Y además: con ello, se está *imposibilitando* que los contactos sociales se *mantengan* dentro de un mínimo nivel de estabilidad y de seguridad.

Por ello, el conocimiento que tengan en ese caso el taxista o el escribano es irrelevante, del mismo modo que no respondo penalmente como partícipe si pago una deuda de mil dólares a pesar de que sé que mi acreedor va a emplear el dinero para financiar un delito (para traficar con droga o comprar un arma de fuego) o de la misma manera que si no responde por asesinato unos magistrados que continúan con el proceso contra unos terroristas, condenando a los procesados, a pesar de la existencia de una amenaza por parte de otros integrantes de ese grupo terrorista de que matarían al ministro de justicia si se seguía adelante con el proceso.

Quiere decirse con ello que el aspecto subjetivo es irrelevante para la imputación como partícipe en ese delito (robo, evasión fiscal, etc.). Del delito en cuestión responden quienes configuraron su ámbito de organización de tal manera que infringieron deberes pertenecientes a su rol y determinaron que se produjera una lesión. Pero no responden en cambio (prohibición de regreso) quienes realizan aportes cotidianos en ejercicio de su rol ni quienes acceden a determinados conocimientos, no obstante ser dichos aportes configuradores objetivamente de un suceso delictivo.

La explicación de esa solución es acorde con la garantía inherente al rol<sup>25</sup>. Quien realiza una conducta neutral o estereotipada, una

---

<sup>25</sup> En el mismo sentido, Guillermo ORCE / Gustavo Fabián TROVATO, *Delitos tributarios*, op. cit., pág. 250: «La idea de rol es aquí fundamental. No puede

acción cotidiana, no puede verse perjudicado con una imputación si otra persona infringe sus deberes y configura aprovechándose de esa participación un hecho delictivo. Por ello, la prohibición de regreso se basa en un elemento fundamental: *la conducta del titular del rol ha de estar teñida de neutralidad y una conducta es neutral cuando precisamente se realiza en el seno del ejercicio de un rol social*, o lo que es lo mismo: *una conducta neutral (adecuada a un rol) es aquella que, por definición, carece de sentido delictivo*<sup>26</sup>. De ese modo, si alguien, con una finalidad delictiva, utiliza una aportación que proviene del normal ejercicio de un rol, el titular de ese rol no está conminado a controlar los desenlaces posteriores de su prestación, ni tampoco a evitarlo, porque excede de su *ámbito de competencia*. En dos palabras: *el sujeto no responde porque no es garante de lo que el autor haga con su aportación*. Sólo así, manteniendo el efecto liberador y limitador de la imputación en que consiste la prohibición de regreso, *puede mantenerse el contacto social dentro de parámetros sociales normales*, de manera que *el sujeto que ejerce el rol no responde como partícipe porque obra dentro del riesgo permitido*<sup>27</sup>.

### **B) ¿Se imputan los conocimientos especiales?**

Además, se plantea una cuestión problemática adicional, que sólo quiero dejar apuntada aquí: y es la relativa al *objeto de la imputación*, y en concreto a si se imputan determinados *conocimientos especiales* que el sujeto adquiriera, no por el ejercicio estereotipado

---

constituir delito, más allá de los deseos y contenidos subjetivos del actuante, la conducta de una persona que es adecuada al rol que desempeña de manera aceptada y lícita».

<sup>26</sup> Ampliamente al respecto la manografía del especialista del tema José Antonio CARO JOHN, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten- Regressverbot*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007, págs. 88 y sigs.

<sup>27</sup> José Antonio CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, op. cit., págs. 67 y sigs.

del rol, sino por una fuente especial de conocimiento ajena al rol. Así: un escribano da fe de unos documentos que acreditan determinadas operaciones fiscales. Posteriormente esa documentación es empleada por otros sujetos para cometer una infracción tributaria. Pero al dar fe de los mismos, descubre que existe un error en el balance, siendo así que dicho dato no lo sabe en tanto notario público sino en tanto experto en economía (a lo cual dedica sus tardes libres). ¿Se le imputaría participación en un delito tributario por concurrir ese conocimiento especial?

Como puede desprenderse de la exposición anterior, si únicamente pueden ser objeto de una infracción penal la infracción de aquellos deberes pertenecientes, adquiridos o inherentes a un rol, entonces, consecuentemente, también han de quedar fuera de la imputación esos *conocimientos especiales excedentes del rol*. Y la explicación es muy clara: sobre ellos, como afirma JAKOBS, «no existe deber alguno de adquirirlos o de mantenerlos, es mera subjetividad y nada más».

## V. Conclusiones

- 1) La libertad de organización de la persona le permite realizar todo aquello que, dentro de su rol, no lesione un ámbito de organización ajeno. El ejercicio del rol es libertad de organización, que no sólo cumple la norma sino que estabiliza expectativas sociales.
- 2) Por ello, y como consecuencia: *únicamente se puede imputar la desviación en relación a un rol*, esto es, aquella infracción que, formando parte del rol en cuestión, haya sido culpablemente defraudado por el titular del mismo. Objeto de la imputación únicamente pueden ser deberes inherentes al rol. Ergo no pueden imputarse *deberes excedentes del rol de comprador*.

- 3) El paradigma del autor individual ha sido substituido, progresivamente, por el paradigma del *injusto sistémico*. Ejemplos de esos son los delitos de organización, como la asociación ilícita tributaria, ejemplo de Derecho penal del enemigo en el que se anticipan las barreras de protección penal como único medio para mantener el Estado de Derecho y la protección de los ciudadanos (*status civitatis*)
- 4) Por lo demás, *todo aporte en ejercicio de un rol exime de responsabilidad*, aunque desde el punto de vista causal exista una conexión entre esa prestación y el resultado (prohibición de regreso). Los elementos subjetivos (conocimiento) no son suficientes para la imputación. Se requiere la infracción de un deber perteneciente al rol.
- 5) El conocimiento especial que un sujeto podría tener sobre una cosa *no le puede ser reprochado en ningún momento a aquella persona a quien no obliga deber alguno*. No puede imputarse responsabilidad alguna a *quien no le compete en absoluto gestionar la privacidad del mismo*, precisamente porque ejerce un rol común.

**UNIDAD I: INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

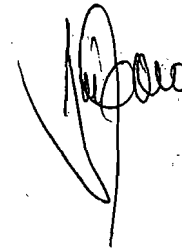
- **Jakobs – Parte General-Imputación objetiva**

GÜNTHER JAKOBS

**DERECHO PENAL**  
**PARTE GENERAL**  
**Fundamentos y teoría de la imputación**

Traducción:  
JOAQUIN CUELLO CONTRERAS  
JOSE LUIS SERRANO GONZALEZ DE MURILLO  
(Universidad de Extremadura)

2.ª edición, corregida



MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS, S. A.  
MADRID, 1997

incumbencia del causante, o de si la causalidad, por falta de inevitabilidad, se puede descartar como azar, o se puede incluso achacar a la víctima, en tanto que la causalidad ha sido condicionada por la negligencia de la víctima <sup>40</sup>. Lo propio rige para los casos de constitución enfermiza de la víctima. Así pues, quien lesiona a la víctima que, sin que este extremo sea cognoscible, es hemofílica, también causa las consecuencias que sólo se producen en relación con la constitución de la víctima <sup>41</sup>.

### III. LA IMPUTACION OBJETIVA, 1.ª CONTINUACION: ¿ADECUACION?

**BIBLIOGRAFIA:** *L. v. Bar*, Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht, 1871; *el mismo*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, 1907; *K. Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *el mismo*, Comentario a BGH, JZ, 19, SIS, 787, *op. cit.*, pp. 787 s.; *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823, Abs. I, BGB, 1979; *R. M. Honig*, Kausalität und objektive Zurechnung, Frank-Festgabe, t. I, pp. 174 ss.; *H. Kamps*, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *J. v. Kries*, Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStW, 9, pp. 528 ss.; *el mismo*, Principien der Wahrscheinlichkeitszurechnung, 1886; *K. Larenz Hegels*, Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; *W. Maihofer*, Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW, 70, pp. 159 ss.; *R. Maurach*, Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?, GA, 1960, pp. 97 ss.; *W. Naucke*, Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, Peters-Festschrift, pp. 109 ss.; *D. Oehler*, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *G. Radbruch*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902; *H.-J. Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS, 1969, pp. 549 ss.; *H. Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968; *H. Tarnowski*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927; *L. Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 2.ª ed., 1929; *H. Walder*, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr., 93 (1977), pp. 113 ss.; *J. Wolter*, Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, GA, 1977, pp. 257 ss.

#### A. Conceptos básicos

La causalidad es sólo condición mínima de la imputación objetiva del resultado; a ella debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado. Naturalmente, la relevancia de los cursos causales no se limita sólo objetivamente, sino que también la exigencia de un aspecto subjetivo del hecho, congruente, tiene un efecto limitador. Sin embargo, aquí se especificarán en primer lugar aquellos presupuestos o requisitos de la imputación que —como ya la causalidad— son independientes de la relación del sujeto con ellos. *Vid. asimismo supra* 7/4 ss.

<sup>40</sup> RG, 6, pp. 2349 ss., 250; 22, pp. 173 ss., 175; BGH, 7, pp. 112 ss., 114.

<sup>41</sup> RG, 54, pp. 349 ss.; BGH, 14, pp. 52 ss.; *vid. asimismo* RG, 5, pp. 29 ss., 31; 27, p. 93; BGH, 1, pp. 332 ss., 333; OLG Stuttgart, NJW, 1956, pp. 1451 s.

## B. La teoría de la adecuación

- 30 a) El intento más importante históricamente de limitar la causalidad a la imputable objetivamente se ha llevado a cabo a través de la teoría de la adecuación. La necesidad de limitar la causalidad, con independencia de la limitación que de todos modos tiene lugar a través del dolo y de la imprudencia, surgió principalmente a través de los delitos cualificados por el resultado en su versión antigua<sup>42</sup>; en tales delitos no se requería en relación con el resultado cualificante «al menos imprudencia», ni ninguna relación de naturaleza subjetiva, por faltar un precepto legal similar al § 18 StGB<sup>43</sup>. En esta situación legislativa, la cualificación por el resultado dependía en exclusiva de si había sido causada, de modo que, con arreglo a las máximas de la teoría de la equivalencia, se respondía también por la cualificación aun cuando en una consideración valorativa el autor no fuera responsable del resultado; p. ej., a causa de predominar la propia culpa de la víctima o a causa de una desgraciada concurrencia de circunstancias en el caso.
- 31 b) La teoría de la adecuación no sustituye a la de la equivalencia, sino que sólo suprime la equivalencia de todas las condiciones. Conforme a la teoría de la adecuación, una causación sólo será jurídicamente relevante (en la versión antigua: sólo valdrá como causación en sentido jurídico) si no es improbable. Esta teoría fue fundada por v. Kries<sup>44</sup> y desde entonces se ofrece como vehículo de solución para diversos supuestos problemáticos (delimitación general de la responsabilidad, concepto de peligro, desviación con respecto al dolo, marco de los delitos imprudentes, consumación anticipada, entre otros). La jurisprudencia penal no ha dejado de rechazar la aplicación de la teoría de la adecuación, incluso en los delitos cualificados por el resultado en su versión antigua<sup>45</sup>, al contrario que la jurisprudencia civil<sup>46</sup>, que se sirve de ella sobre todo para limitar la responsabilidad por el peligro y para completar la causalidad que da lugar a responsabilidad<sup>47</sup>. En la doctrina penal ha encontrado amplia acogida la teoría de la relevancia, hasta la actualidad<sup>48</sup>. En definitiva, la teoría

<sup>42</sup> Más razones en *Engisch*, Kausalität, p. 49; acerca del alcance de la actual aplicación de la teoría de la adecuación, vid. *Wolter*, GA, 1977, pp. 267 ss.

<sup>43</sup> El § 256 StGB fue añadido por la 3.ª Ley de Reforma Penal de 4 de agosto de 1953, BGBl., p. 739.

<sup>44</sup> Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886, pp. 75 ss.; el mismo, ZStW, 9, pp. 528 ss.; curiosamente, v. Kries, no era jurista, sino fisiólogo. Antes de v. Kries ya en lo sustancial v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang in Rechte, besonders im Strafrecht, 1871, pp. 11 s.; el mismo, Gesetz und Schuld im Strafrecht, t. II, 1907, p. 178.

<sup>45</sup> RG, 54, pp. 349 s.; BGH, 1, pp. 332 ss., 333, con comentario desfavorable de *Engisch*, JZ, 1951, pp. 787 s.

<sup>46</sup> RGZ, 78, pp. 270 ss., 272 («jurisprudencia constante»); RGZ, 133, pp. 126 ss.; BGHZ, 3, pp. 262 ss., 267, con más referencias.

<sup>47</sup> Para la nueva concepción de la problemática en Derecho civil, ya no basta la teoría de la adecuación; vid. BGHZ, 27, pp. 138 ss.; *Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, pp. 5 ss.; *Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung, pp. 193 ss. y *passim*.

<sup>48</sup> Fundamental para la nueva época, *Engisch*, Kausalität, pp. 241 ss.; además, *Bockelmann-Volk*, AT, § 13 V 4; *Maurach-Zipf*, AT, § 18, núm. marg. 30 ss.; *Wolter*, GA, 1977, pp. 257 ss.; *Maurach*, GA, 1960, pp. 97 ss.; *Walder*, SchwZStr., 93 (1977), pp. 113 ss., 144 ss.; con limitaciones, también *Welzel*, Strafrecht, § 9, III, 2 y 3; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 221 ss.; *Baumann-Weber*, AT, § 17, III, 2. Limitadamente para la relación causal entre engaño y error en la estafa,

de la dirigibilidad (*Bezweckbarkeit*) objetiva<sup>49</sup>, con arreglo a la cual la responsabilidad se debe limitar a los cursos causales dominables por una persona razonable, viene a desembocar en la teoría de la adecuación.

c) Se discutía en torno a cómo había de formarse el juicio de probabilidad<sup>50</sup>. De dicha polémica ha resultado que si el pronóstico es puramente subjetivo, el juicio desemboca en la evitabilidad, es decir que carece de justificación alguna junto al dolo y la imprudencia, mientras que si el pronóstico es puramente objetivo<sup>51</sup>, un autor con conocimientos especiales superiores puede emplearlos sin verse punido. Por ello, se acumulan ambas perspectivas en un —muy impropriamente denominado—<sup>52</sup> pronóstico objetivo posterior, aludiéndose a un juicio de posibilidad *ex ante* cumulativamente subjetivo y objetivo, y oscilando las propuestas sobre el juicio de posibilidad objetivo entre lo que puede esperarse de personas en determinado papel y la totalidad del saber experimental de un determinado tiempo en un observador ideal. Sin embargo, el pronóstico mixto subjetivo-objetivo desemboca en una confusión de los aspectos subjetivo y objetivo del delito (*infra* 7/49 ss.). La teoría de la adecuación no responde a qué grado de probabilidad debe tener una causación para ser jurídicamente relevante.

2. En la valoración de la teoría de la adecuación hay que distinguir entre 33 a) la adecuación de un consecuencia de determinado género, y b) la de un determinado curso causal para una consecuencia.

a) La probabilidad de una consecuencia es en el supuesto extremo un criterio de la imputación. Hay acciones cuya escasa probabilidad de resultado excluye la responsabilidad cuando, a pesar de la escasa probabilidad, acaece el resultado. Ejemplo: Quien —sin más intervención ni conocimiento— hace que su hijo viaje en un avión comercial con la esperanza de que muera en un accidente, lo que efectivamente ocurre, no responde, porque no sobrepasa el riesgo permitido. Sin embargo, el riesgo permitido no depende sólo del grado de probabilidad, sino también de la clase del riesgo, de la situación en la que éste se desencadena, etc. El juicio de adecuación no puede sustituir al enjuiciamiento diferenciado que se realiza a través del riesgo permitido y es superfluo junto a éste<sup>53</sup>.

*Naucke*, Peters-Festschrift, pp. 109 ss., 118. De la bibliografía antigua, vid. *Traeger*, Kausalbegriff, pp. 159 ss., 187; *Radbruch*, Adäquate Verursachung, pp. 64 ss. (limitado a los delitos cualificados por el resultado en su configuración antigua); *Tarnowski*, Kausalitätstheorie, pp. 330 ss., 333, 338, 345; y por los demás el índice en v. *Hippel*, Strafrecht, t. II, p. 144, nota 1.

<sup>49</sup> *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre, p. 94; *Oehler*, Das objektive Zweckmoment, pp. 65 ss., 73 s.; *Honig*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 174 ss., 184, 188; *Maihofer*, ZStW, 70, pp. 159 ss., 171, 192; vid. sobre esto *Jakobs*, Studien, pp. 53 ss.

<sup>50</sup> Bibliografía en *Engisch*, Kausalität, pp. 51 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 18, núm. marg. 30 ss.; *Wolter*, GA, 1977, pp. 257 ss., 263.

<sup>51</sup> Si se extiende lo objetivo hasta lo pronosticable por cada persona, es decir, hasta incluir todo lo subjetivo, pierde su significado generalizador.

<sup>52</sup> El pronóstico no es ni sólo objetivo, sino que acoge el conocimiento del autor, ni posterior: Cuando se lleve a cabo psíquicamente es del todo indiferente (también los procesos causales de los que un juez nunca llega a saber pueden ser adecuados), sino que se trata del juicio *ideal*, y como tal existe intemporalmente.

<sup>53</sup> Cuando *Wolter* (GA, 1977, pp. 257 ss., 271 ss.), sabedor de esto, gradúa el juicio de adecuación en función de los distintos ámbitos vitales, únicamente cabe discutir, ya inútilmente, sobre el nombre (¿adecuación graduada o riesgo permitido?).

34 b) La adecuación de un determinado curso causal con respecto a una consecuencia<sup>54</sup> —y sobre ello versa la adecuación del principal ámbito de aplicación de la teoría— no existe. Se trata de que un comportamiento (un disparo a una persona) condiciona un resultado (la muerte), pero de un modo desacomunado y en este sentido inadecuado (la víctima del disparo fallece en el hospital en que se la había ingresado, en un incendio, por la noche). Esta falta de adecuación eliminaría la imputación objetiva, para algunas de las soluciones, desde luego sólo la imputación a título doloso, pero en todo caso, según la solución actual, la imputación como injusto<sup>55</sup>. Sin embargo, al examinar de modo suficientemente detallado el curso causal, cada curso se revela rarísimo. Ejemplo<sup>56</sup>. Si un conductor, cuyo vehículo patina con los neumáticos gastados, choca precisamente de un modo concreto contra la parte delantera de un camión que justamente se aproximaba a ese lugar, etc., resultando aplastado el pulmón del acompañante del conductor, lo que por último conduce a su muerte, al existir ya una insuficiencia del otro pulmón y producirse otras complicaciones, ésta es sólo una variante más del curso causal de entre las innumerables variantes posibles. Si se añaden datos concretos, el curso causal ocurrido no es especialmente más adecuado que lo que sería un fallo en los neumáticos no advertible. Desde luego, se puede pronosticar una cadena de sucesos no improbables (en el ejemplo: llantas gastadas, patinazo, colisión, lesión, muerte), pero tales sucesos no son precisamente pronosticables en concreto, sino sólo en el marco de una forma de aparición usual. Y tampoco es posible modificar la teoría de la adecuación en el sentido de que, abandonando la probabilidad del curso causal concreto, se atienda a la probabilidad de una forma de aparición usual. Pues esta forma de aparición sólo se podría apoyar en aquellas consecuencias intermedias que tienen lugar frecuentemente según la experiencia. Quedaría por dilucidar la adecuación de los procesos causales situados entre estas consecuencias intermedias. Ejemplo: Las colisiones de vehículos acarrear con frecuencia lesiones; a pesar de lo cual, en el caso concreto, la relación colisión-lesión puede basarse en un encadenamiento desgraciado de condiciones. Si no se quiere abandonar la adecuación, hay que preguntar también por la conexión adecuada de las consecuencias intermedias perceptiblemente frecuentes. No se puede eludir la adecuación hasta en el detalle. A ello se añade un error genuino de la teoría de la adecuación: La teoría cualifica procesos causales con arreglo a criterios estadísticos (¿probable?) y de perceptibilidad general (¿forma de aparición usual?), sin alcanzar a exponer la relevancia normativa<sup>57</sup> de estos criterios<sup>58</sup>. Pero en contra de la teoría de la adecuación, algunos concretos cursos causales rarísimos pueden ser normativamente relevantes sin corresponder a una forma de aparición usual. Por expresarlo con un ejemplo: Si un veneno

<sup>54</sup> Acerca del texto que sigue, *vid. Jakobs*, *Studien*, pp. 63 s., con nota 83.

<sup>55</sup> Fundamental de nuevo *Engisch*, *Kausalität*, pp. 51 ss., 61 ss.

<sup>56</sup> *Vid.* también el supuesto de hecho de OLG Stuttgart, NJW, 1982, pp. 295 s.

<sup>57</sup> De esta relevancia se ocupa la teoría, por eso llamada de la relevancia, cuyo significado se agota en afirmar, tras la separación entre la cuestión de las causas (equivalencia) y la de la imputación (adecuación), una distinta solución de la adecuación según el tipo en cuestión. No se entra en pormenores —y por tanto falta la descripción de la relevancia práctica relativa a los distintos tipos—. *Vid. Mezger*, *Strafrecht*, § 15, IV; *el mismo*, AT, 2, § 24, VI; *Blei*, AT, § 28, IV, con referencia literal a *Mezger*; *Wessels*, AT, § 6, I, 5, 6.

<sup>58</sup> Así, críticamente, también *Wolter*, GA, 1977, pp. 257 ss., 261; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 55, ante § 1; *Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 549 ss., 551.

común, en una persona que se droga con un medicamento sumamente raro, a causa de su constitución modificada a través de esa adicción, no surte efecto en el estómago —como suele— sino en el esófago (o no antes de los intestinos), a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar ninguna razón para no imputar el resultado; pues la consecuencia constituye la realización del peligro causado por el autor en las condiciones del caso concreto (*vid. infra* 7/85).

Con independencia de las insuficiencias que la teoría de la adecuación presenta, acabadas de describir, tanto la adecuación del curso causal concreto como la del curso causal correspondiente a la forma de aparición usual no son verificables en un número, importante en la práctica, de supuestos. El hecho de que una determinada condición tiene determinadas consecuencias es conocido a menudo en Medicina, o en Farmacia, o en Química e incluso se puede emplear para ciertos fines conforme a un plan (p. ej., para terapias, envenenamientos, explosiones), aun cuando el curso causal entre condición y resultado sea desconocido y por ello no se pueda enjuiciar su adecuación. También fracasa la teoría de la adecuación en supuestos por separado muy raros, pero que en conjunto acarrear a menudo el resultado<sup>59</sup> (ejemplo: reacciones psíquicas individuales a estímulos complejos).

#### IV. LA IMPUTACION OBJETIVA, 2.ª CONTINUACION: SU EXCLUSION EN SUPUESTOS DE RIESGO PERMITIDO

**BIBLIOGRAFIA:** *W. Beulke*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989; *J. Bohnert*, Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernorm, JR, 1982, pp. 6 ss.; *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *el mismo*, Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, Jescheck-Festschrift, pp. 357 ss.; *el mismo*, Spezielle Fragen der Erfolgszurechnung und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit, Pallin-Festschrift, pp. 39 ss.; *P. Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968; *E. Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *M. Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986; *K. Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift t. I, pp. 401 ss.; *el mismo*, Die Haftung des operierenden Chirurgen nach den §§ 222, 230, StGB, für Fehler der Operationsschwester, Langenbecks Archiv 288 (1958), pp. 573 ss.; *el mismo*, Wie ist rechtlich die Verantwortlichkeit des Chirurgen im Verhältnis zur Verantwortlichkeit des Anaesthesisten...?, Langenbecks Archiv, 297 (1961), pp. 236 ss.; *P. Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, 67, pp. 1 ss.; *P. Harnett*, Überschuldung und erlaubtes Risiko, 1984; *R. D. Herzberg*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *el mismo*, Vorsatz und erlaubtes Risiko insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger, JR, 1986, pp. 6 ss.; *H. J. Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW, 74, pp. 78 ss.; *el mismo*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Universität zu Köln-Festschrift, pp. 399 ss.; *G. Jakobs*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss.; *el mismo*, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW, 89,

<sup>59</sup> No obstante, *vid.* también sobre esto y sobre el anterior grupo de supuestos, *Engisch*, *Kausalität*, p. 62.

pp. I ss.; *el mismo*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 271 ss.; *H. Kamps*, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann*, Das fahrlässige Delikt, ZRV, 1964, pp. 41 ss.; *el mismo*, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt? Jescheck-Festschrift, pp. 251 ss.; *D. Kienapfel*, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; *K. Kirschbaum*, Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980; *D. Krauß*, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW, 76, pp. 19 ss.; *J. Krümpelmann*, Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes, Lackner-Festschrift, pp. 289 ss.; *L. Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *R. Kusch*, Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagenen Lockerungen, NStZ 1985, pp. 385 ss.; *E.-J. Lampe*, Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW, 101, pp. 19 ss.; *Th. Lenckner*, Technische Normen und Fahrlässigkeit, Engisch-Festschrift, pp. 490 ss.; *M. Maiwald*, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs «erlaubtes Risiko» für die Strafrechtssystematik, Jescheck-Festschrift, pp. 405 ss.; *Mir Puig*, Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtsstatbestand, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 253 ss.; *F. Nowakowski*, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ, 1958, pp. 388 ss.; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl., 1972, pp. 19 ss.; *W. Preuß*, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *J. Rehberg*, Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko», 1962; *H. Roeder*, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *C. Roxin*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Klug-Festschrift, pp. 303 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zum Regreßverbot, Tröndle-Festschrift, pp. 177 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS, 1969, pp. 549 ss.; *E. Samson*, Rechtliche Modelle zur Regelung des Risiko-Nutzen-Problems, en: *G. Rohrmoser y E. Lindenlaub* (ed.), Fortschritt und Sicherheit, 1980, pp. 289 ss.; *F. Schaffstein*, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift, pp. 557 ss.; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Vollzugsbediensteter für den Mißbrauch von Vollzugslockerungen, Lackner-Festschrift, pp. 79 ss.; *J. Schmidt-Salzer*, Strafrechtliche Produktverantwortung, NJW, 1988, pp. 1937 ss.; *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss.; *el mismo*, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, Schaffstein-Festschrift, pp. 159 ss.; *el mismo*, Die Regeln der Technik im Strafrecht, Lackner-Festschrift, pp. 367 ss.; *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *G. Stratenwerth*, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 383 ss.; *el mismo*, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss.; *E. Struensee*, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ, 1987, pp. 53 ss.; *el mismo*, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA, 1987, pp. 97 ss.; *O. Triffterer*, Die «objektive Vorausssehbarkeit» (des Erfolges und des Kausalverlaufs)- unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeinen Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte? Bockelmann-Festschrift, pp. 200 ss.; *Chr. Wasil*, Die Problematik der Arbeitsteilung im Krankenhaus, en: *Arthur Kaufmann* (ed.), Moderne Medizin und Strafrecht, 1989, pp. 243 ss.; *Wehrle*, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regreßverbot?, 1986; *H. Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *D. Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984; *el mismo*, Strafrechtliche Fahrlässigkeit bei Arbeitsteilung in der Medizin, Jura, 1985, pp. 183 ss.; *G. Wolfstast*, Zur Haftung für Suizide während klinischpsychiatrischer Therapie, NStZ, 1984, pp. 105 ss.; *J. Wolter*, Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, GA, 1977, pp. 257 ss.; *D. Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *H. Zipf*, Rechtskonformes und sozialadä-

quates Verhalten im Strafrecht, ZStW, 82, pp. 633 ss.; *el mismo*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970.

### A. Fundamentación del riesgo permitido

1. El principal defecto de la teoría de la equivalencia reside en estar erróneamente referida, es decir, en estar referida a la Estadística, la experiencia y a modelos perceptibles sensorialmente, en lugar de estarlo a la finalidad de las normas penales. Desde luego, igualmente equivocado sería atender exclusivamente a la seguridad de las expectativas que ha de conseguir el Derecho penal, sin tener en cuenta que esta seguridad no es por su parte una meta última. 35

Las normas penalmente sancionadas regulan el comportamiento humano no porque sí, sino para posibilitar la vida social, que no puede existir sin la seguridad de las expectativas. Aun cuando tuvieran que corresponderse el rigor de la regulación y la seguridad de la expectativa, esta seguridad no comporta la posibilidad de mayor diferenciación de la vida social, pues cuantas más defraudaciones de expectativas se eviten cueste lo que cueste, más se reduce el arsenal de modos de conducta posibles, hasta quedar sólo los estereotipos sin peligro, estandarizados. Dicho gráficamente: Si uno, como peatón, debe estar protegido enteramente frente a toda posible puesta en peligro proveniente de los vehículos, un enfermo que vive en una aldea no puede esperar que acuda a visitarlo a su domicilio el médico a pesar del peligro de que esté helada la calzada. Así pues, ya para mantener una oferta diferenciada de posibilidades de contacto social hay que asumir algunas defraudaciones de expectativas, resultando tanto más posible aceptar un riesgo como permitido cuanto más amplíe la libertad de actuación propia en cada caso. El exonerar de responsabilidad por determinadas consecuencias no sólo aumenta el abanico de posibilidades de comportamiento ajeno, sino también el número de acciones entre las que cada uno puede elegir, sin comportarse incorrectamente, posibilitando, por tanto, cuando se realiza una elección arriesgada, la solución a través de la imputación a la propia víctima. La fundamentación del riesgo permitido<sup>59</sup> está emparentada, en esta medida, con la ponderación de intereses en el estado de necesidad<sup>60</sup>. Paralelamente, sólo podrá tener lugar cuando —a su vez, como en el estado de necesidad— no sólo es evaluable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio, con arreglo a baremos jurídicos, es decir, si se pueden definir como intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos<sup>61</sup>. Por eso el riesgo permitido tampoco se puede obtener teniendo en cuenta sólo un patrón técnico; el patrón técnico determina lo que es usual o también lo preferible, pero no resuelve el problema de la valoración.

<sup>59</sup> *Maiwald*, Jescheck-Festschrift, pp. 405 ss., 409, trata el riesgo permitido como «concepto formal», lo cual se basa en una interpretación literal, que no tiene en cuenta la posición de esta figura: Se trata de la configuración que puede asumir un comportamiento arriesgado sin que se le defina como perturbación (acerca de la distinción entre riesgo permitido y justificación, *vid. infra* 7/41). *Maiwald* confunde el supuesto de falta de perturbación con el de tolerabilidad de tal perturbación.

<sup>60</sup> *Vid.* también la ponderación de intereses en BGH, 7, pp. 118 ss., 120 ss. (sobre el principio de confianza).

<sup>61</sup> *Samson*, en: Fortschritt und Sicherheit, pp. 289 ss., 294.

36 2. a) En la mayor parte de los riesgos hoy reconocidos en general como permitidos no cabe realizar un saldo coste-utilidad de este tipo, y ello a veces a pesar de contar con pronósticos exactos sobre la magnitud del riesgo (p. ej., sobre la relación entre una velocidad máxima permitida y una frecuencia de accidentes en el tráfico rodado; sobre los riesgos de la circulación de vehículos privados en días festivos, etc.). El saldo está descartado porque falta un modelo social suficientemente concreto y a la vez vinculante, en relación con el cual se pudieran determinar la clase y medida de las desviaciones<sup>62</sup>. Por ejemplo, cuál sea la utilidad de la parte del tráfico rodado no industrial no se puede averiguar por comparación con una sociedad ficticia sin tráfico rodado no industrial, ya que falta la necesaria determinación previa de las formas sociales legítimas en relación con las cuales poder definir la diferencia como negativa o como positiva. Por esta razón, junto al riesgo permitido por ponderación del riesgo aparece un riesgo permitido por «legitimación histórica»<sup>63</sup>. Determinadas formas de actividad permitida han sido consagradas por el uso históricamente, a veces forzando el marco (tráfico rodado) y por ello se aceptan como socialmente adecuadas<sup>64</sup>.

37 b) La forma de riesgo permitido mencionada en último lugar sólo es posible porque el Derecho penal no tiene que proteger un arsenal de bienes en reposo; ni únicamente maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas en relación con determinados modos de comportamiento<sup>65</sup>. Cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera «policíalmente».

38 3. Otro requisito más del riesgo permitido está aún poco definido. Se trata de que los riesgos permitidos sólo se toleran cuando la víctima potencial está a lo sumo concretada vagamente; con otras palabras, nadie debe tener motivo para quejarse de que le ha correspondido una parte desproporcionadamente alta en las desventajas (y correlativamente baja en las ventajas) de la libertad general de acción. Así, p. ej., el número de muertes y lesiones en el tráfico rodado en un determinado día festivo se puede pronosticar *ex ante* prácticamente con exactitud aun con material estadístico de profano; no obstante, si se pudiese identificar personalmente con la misma exactitud a las víctimas potencia-

<sup>62</sup> Por eso no es viable la distinción que intenta *Schünemann* (JA, 1975, pp. 433 ss., 575 ss., 576) entre acciones de lujo, acciones socialmente normales, acciones socialmente provechosas y acciones socialmente necesarias. No cabe decidir si, p. ej., la construcción de centrales nucleares (o de autopistas, etc.) es una acción de lujo o una acción necesaria socialmente, sin tener en cuenta el riesgo correspondiente (el cual, sin embargo, sólo puede averiguarse teniendo en cuenta la distinción).

<sup>63</sup> Con más precisión: No es la historicidad lo que legitima, sino que el consenso sugiere que la cuestión de la legitimación ya se resolvió en el pasado; legitimación que *huelga*, al recurrir a la historia. También el riesgo permitido «legitimado» históricamente en este sentido aporta libertad de acción a costa de la seguridad de los bienes; de acuerdo en esto *Frisch*, *Verhalten*, pp. 72 ss., 76 y *passim*. No obstante —en contra de *Frisch*—, la conclusión no es siempre producto de la «ponderación» racional, sino en ocasiones aceptación de la tradición.

<sup>64</sup> Lo cual se aproxima a la fundamentación de BGHZ, 24, pp. 21 ss., 26 s.

<sup>65</sup> Acerca de la contraposición entre la protección de bienes y el riesgo permitido, *vid.* ya *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 514 ss.

les, y no fueran *ex ante* anónimas, no cabría hablar ni siquiera de estado de necesidad justificante, cuanto menos aún de muerte o lesiones en situación de riesgo permitido.

## B. Ubicación dogmática del riesgo permitido

1. a) Sobrepasar el riesgo permitido es requisito positivo del injusto, no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación. Ser causante de un resultado, por ejemplo de una muerte, no es, como tal, socialmente anómalo. Ejemplo: Todo fabricante de vehículos automóviles (aunque lo haga correctamente) es causante, por la fabricación, de todos los accidentes en que intervenga un vehículo suyo, sin que la fabricación se convierta por ello en un suceso que sea tolerable sólo en relación con un contexto justificante<sup>66</sup>. Únicamente al exceder el riesgo (p. ej., fabricando vehículos cuyos frenos tienen una insuficiente disminución mínima de la marcha) llegan a ser relevantes las cuestiones del dolo, de la imprudencia y, en su caso, de un contexto justificante (acerca de la separación de injusto y justificación, *vid. supra* 6/51).

b) Esta concepción corresponde a la de la doctrina dominante, al menos en la imprudencia<sup>67</sup>, no teniendo nada que ver el problema con la distinción entre dolo e imprudencia<sup>68</sup>, ya que el riesgo permitido no se prohíbe porque el autor se represente la posibilidad de resultado (o, en los delitos de mera ac-

<sup>66</sup> En contra, sin razón, *Schmidhäuser*, AT, 9/32; su idea de que la fabricación de automóviles es más peligrosa que, p. ej., la de carterías de jardinero, se refiere no sólo a un problema cuantitativo. Aun teniendo en cuenta que con máquinas de jardinería siguen siendo posibles accidentes, sin embargo el riesgo de un automóvil es eludible al menos teóricamente tanto en su género como en su magnitud; mientras que el riesgo de un artefacto de jardinería debería ser un riesgo unido a cualquier forma de vida, si no en su género, sí al menos en su magnitud. Sin embargo, no es forzoso determinar el riesgo permitido sólo a partir de un mundo no tecnificado.

<sup>67</sup> *Welzel* *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pp. 14 ss.; *el mismo*, *Strafrecht* § 10 IV, ante a, y § 18, I, 1 a beta; *Gallas*, ZStW, 67, pp. 1 ss., 26; *Engisch*, DJT-Festschrift, t. I, pp. 401 ss., 417 ss.; *Zielinski*, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 160; *Blei*, AT, § 82, II, 1; *Schaffstein*, *Welzel-Festschrift*, pp. 557 ss., 559; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 337 ss., 344; *Burgstaller*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 26 s.; *Jakobs*, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 12 ss.; *el mismo*, *Studien*, pp. 52, 88 ss. y *passim*; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 439 s., 442; *Zipf*, ZStW, 82, pp. 633 ss., 647 ss.; *Maurach-Gössel*, AT, II, § 43, núm. marg. 39; en esencia, también *Preuß*, *Untersuchungen*, p. 185, con abundante bibliografía *passim*. De otra opinión (justificación): BGH, 24, pp. 21 ss.; *Schmidhäuser*, AT, 8/78, 9/30 ss., 31; *el mismo*, *Studienbuch*, 6/102 ss.; *Engisch*, *Untersuchungen*, pp. 285 ss. (exclusión de la responsabilidad por el hecho); *Maurach*, AT, 4, § 43, II, B y § 44, II, A; *Rehberg*, *Erlaubtes Risiko*, p. 186; (exclusión de la culpabilidad): *Kienapfel*, *Erlaubtes Risiko*, pp. 21, 27 s.; *Roeder*, *Einhaltung*, p. 77, con argumentos trasnochados relativos a la legítima defensa; (problema del concepto de imprudencia, por lo demás superfluo): *LK-Hirsch*, núm. marg. 32, ante § 32; *Hirsch*, *Universität zu Köln-Festschrift*, pp. 399 ss., 404 ss.; *Armin Kaufmann*, *Jescheck-Festschrift*, pp. 251 ss.; («principio estructural común a diversas causas de justificación»): *Jescheck*, AT, § 36, I, 1.

<sup>68</sup> En eso como aquí, *Schmidhäuser*, AT, 9/31; *Krauß*, ZStW, 76, pp. 19, 47; *Nowakowski*, JZ, 1958, pp. 388 ss., 390; *Zielinski*, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 160; *Preuß*, *Untersuchungen*, pp. 194 ss.; *Frisch*, *Vorsatz, passim*; *Maiwald*, *Jescheck-Festschrift*, pp. 405 ss., 422 s.; *Herzberg*, JR, 1986, JR, 1986, pp. 6 ss., 7 s.; *Jescheck*, AT, § 25, IV, 1; *Triffner*, *Bockelmann-Festschrift*, pp. 200 ss., 212 ss.; dubitativo, *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 160 s.

tividad —*supra* 6/85—, la posibilidad de actuar en una situación típica)<sup>68a</sup>, ni tampoco deja de estar prohibido porque éste no piense en tal posibilidad. Naturalmente, hay una afinidad práctica del riesgo permitido con la imprudencia; el problema es conocido allí casi siempre bajo la denominación de observancia del cuidado necesario en el tráfico. Esta afinidad se basa en que el desencadenar riesgo permitido —mínimo por lo general— y los riesgos que lo sobrepasan mínimamente casi nunca se lleva a cabo con la conciencia del resultado dañoso<sup>69</sup>. Ejemplo: Quien correctamente o con un pequeño exceso de velocidad conduce por una ciudad muy concurrida, por lo general no piensa actualmente en el mínimo riesgo que desencadena con su conducta; al menos, no cabe demostrar lo contrario. Acerca de la problemática de la imprudencia en casos de habituación al riesgo, *vid. infra* 9/15.

- 41 2. El riesgo permitido como obstáculo en la imputación objetiva, es decir, como obstáculo del tipo, debe distinguirse, por lo demás, en el riesgo permitido fundamentado en la ponderación de intereses, del estado de necesidad justificante. También en el estado de necesidad justificante se tienen en cuenta riesgos («peligros») para intereses, que pueden conducir a la autorización de un comportamiento arriesgado. Sin embargo, en el estado de necesidad justificante se trata siempre de la especial relación de finalidad en que se encuentra la acción: El contexto de la acción justifica. En el riesgo permitido, por el contrario, puede que el contexto de la acción esperado típicamente haya proporcionado el motivo de la autorización del riesgo, sin que en la acción concreta importe si ésta tiene lugar en un contexto determinado. Ejemplo: Al conductor de una ambulancia únicamente le está permitido infringir las normas reguladoras del tráfico rodado para prevenir una situación de peligro que no cabe eliminar de otro modo (justificación), pero también está permitido dar una vuelta con un gran camión, lo que no reporta utilidad especial (exclusión del tipo). En este último caso se trata sólo de la libertad de acción; en el primero, de la realización de la acción en favor de un interés. Así, el límite entre el riesgo permitido y el estado de necesidad justificante se integra sin modificación alguna en el límite general entre exclusión del tipo y justificación: Lo que, sin tener en cuenta el contexto, no defrauda expectativas, ya no realiza un tipo<sup>70</sup>. Con

<sup>68a</sup> El riesgo permitido no es nada específico de los delitos de resultado, y en éstos no está reservado para el elemento del tipo «causación del resultado». Así, p. ej., también en el deber de veracidad relativo al falso testimonio (§§ 153 ss. StGB) hay un riesgo permitido, o también lo hay para el funcionario competente para la persecución penal, al apreciar la culpa del perseguido, en el marco de un comportamiento coactivo (§ 240 StGB); *Herzberg*, JR, 1986, pp. 6 ss., 7.

<sup>69</sup> En casos concretos, sobre todo cuando se reúnen muchos riesgos individuales en una acción hasta llegar a ser un riesgo total notable, tiene lugar la actualización del riesgo. Ello se pone de manifiesto en las prevenciones para salvar que entonces se adoptan. Ejemplo: Al organizar una gran obra se tiene dispuesta una ambulancia, o al construir un rascacielos se prevé un acceso para bomberos, precisamente porque se piensa en la posibilidad de accidentes. Pero incluso en un riesgo de resultado aislado mínimo no surge en caso de dolo ningún problema especial (es decir, ninguno propio de la imprudencia). Tampoco falta —en contra de *Hirsch*, ZStW, 74, pp. 78 ss., 98— el dominio del hecho: Este nunca es más intenso de lo que lo es la perspectiva de realización. Detalladamente sobre la relación entre riesgo permitido y dolo, *Preuß*, Untersuchungen, pp. 194 ss., 207 ss.; *Yerran Bockelmann-Volk*, AT, § 14, IV, 2 a, que niegan dolo e imprudencia en casos de riesgo permitido; pero si se da el tipo objetivo, no puede faltar el tipo subjetivo *por principio*. También erradamente, pero a la inversa, *Zipf*, ZStW, 82, pp. 633 ss.; que niega que haya riesgo permitido en caso de intención; como si la intención creara el tipo objetivo!

<sup>70</sup> Igualmente, *Preuß*, Untersuchungen, p. 186; *Roxin*, Klug-Festschrift, pp. 303 ss., 310 ss.

arreglo a los mencionados criterios de distinción, resultaría erróneo deducir la observancia del riesgo permitido sólo de que se ha observado determinada *lex artis* —p. ej., en una operación arriesgada—<sup>71</sup>, pues la autorización para emprender una acción respetuosa con la *lex artis* puede (pero no debe) llevarse a cabo sin tener en cuenta la relación de finalidad. Así, conducir «conforme a las reglas» está permitido siempre, mientras que para que esté justificada la amputación de una pierna conforme a la *lex artis* resulta necesario, junto al consentimiento, un fin razonable. Naturalmente, cabe integrar la relación de finalidad en la *lex artis*: Entonces, sólo la indicación médicamente indicada es conforme a las reglas del arte, pero así no se elimina la relevancia de la relación de finalidad.

No puede haber un riesgo permitido que, a causa de condiciones desafortunadas de la incumbencia del sujeto actuante, objetivamente cognoscibles, conduzca a un daño, ya que el riesgo permitido se acaba donde comienza una peligrosidad especial de tal género (*infra* 7/47). Ejemplo: Nadie puede utilizar un coche con frenos averiados, siendo esta circunstancia objetivamente cognoscible. El repeler tales peligros se verifica según las reglas del estado de necesidad ofensivo o, en el supuesto de actuación incluso culpable, según las reglas de la legítima defensa. Si las circunstancias desafortunadas son sólo de la incumbencia de la víctima o de terceras personas, el riesgo sigue siendo permitido, pero el sujeto actuante responde conforme al § 323 c StGB (*infra* 7/59 ss., con ejemplos). La repulsión de tal conducta sigue las reglas del estado de necesidad agresivo. Pero más difícil resulta la decisión acerca del derecho de repeler cuando una acción, a causa de circunstancias desafortunadas, objetivamente no cognoscibles, de la conducta del autor, conduce a un daño (es decir, a causa de un comportamiento arriesgado permitido), pero la víctima o un tercero con conocimientos especiales impide el curso dañoso mediante una intromisión en los bienes del agente (o ello ocurre sin conocimiento de la situación de peligro, como repulsión en desconocimiento de una situación justificante concurrente). Ejemplo: Se impide en el último instante el despegue de un aeroplano mediante un disparo al piloto; dado que se había destruido un importante grupo motor mediante sabotaje, el aparato se habría estrellado en una zona habitada. A causa de la incumbencia del curso causal, rigen las reglas del estado de necesidad defensivo<sup>71a</sup>; la conformidad a Derecho de la conducta y la incumbencia prevalente de evitar la consecuencia dañosa no se excluyen entre sí. En el supuesto del ejemplo, el tirador puede obrar justificadamente o, si no es consciente de la salvación, sólo responderá según las reglas de la tentativa.

<sup>71</sup> No obstante, en este sentido *Schönke-Schröder-Lenckner*, núm. marg. 94, ante § 32; en relación con los deberes del médico internista ante pacientes en peligro de suicidarse, *Wolfslast*, NSZ, 1984, pp. 105 ss., 107.

<sup>71a</sup> Así también *Lampe*, ZStW, 101, pp. 3 ss., 18 s.

## C. Pormenores

## 1. Las máximas de valoración

- 42 a) Menos exacta que la determinación de la ubicación dogmática del riesgo permitido viene a ser la de su configuración concreta. Sin embargo, puede adoptarse la fundamentación dada más arriba para el riesgo permitido, en el sentido de que los riesgos que comporta el contacto social están permitidos <sup>71b</sup> (riesgo mínimo permitido), porque de lo contrario se perdería la finalidad de estabilización de expectativas. Ejemplo: El hecho de que una persona sin señales de enfermedad y sin contacto con ámbitos de alto peligro de infección pueda, sin embargo, estar infectada de la enfermedad contagiosa y por tanto contagiar a otras personas, no es un riesgo jurídicamente relevante <sup>71c</sup>.
- 43 b) Además, cabe delimitar exactamente lo que ya no es riesgo permitido, pues por la prohibición de un determinado comportamiento, que sirve a la evitación de lesiones o bien sólo de puestas en peligro abstractas, se descarta este comportamiento del círculo de lo que posiblemente se tolera, a pesar del riesgo de consecuencia lesiva, como socialmente normal. La ejecución de tal comportamiento puede estar justificada en el caso concreto, pero no es atípica <sup>72</sup>. Ejemplo: El único médico disponible, que acude conduciendo moderadamente bebido a atender una urgencia, obra típicamente (§ 316 StGB), aunque de forma justificada (§ 34 StGB). Aun en supuestos de riesgo insignificante, los comportamientos descartados por la ley no están permitidos. Dado que los ámbitos vitales que comportan riesgos suelen estar regulados jurídicamente (tráfico rodado y aéreo, requisitos para ejercer profesiones y actividades peligrosas, etc.), los ámbitos descartados son importantes cuantitativamente. Ejemplo: Los comportamientos en el tráfico rodado en contra de las normas del Código penal, del Código de la circulación (StVO), de la StVZO, etc., que prohíben la puesta en peligro (abstracta), no están permitidos; por consiguiente, tampoco puede estar permitido el riesgo —a pesar de estar disminuido al máximo por una atención concentrada— de conducir en estado de embriaguez o sobrepasando la velocidad máxima permitida o con un vehículo sin dos sistemas independientes de frenado, etc. (en el sentido de atípico; la justificación sigue siendo posible). Naturalmente, la prohibición de un comportamiento no sirve a la evitación en sí de todas las consecuencias que se producen, de modo que puede faltar la relación con la finalidad de la norma (sobre ello, *infra* 7/72 ss.). Ejemplo <sup>73</sup>: La prohibición de adelantar en cruces protegerá al conductor de la calle

<sup>71b</sup> Frisch, Verhalten, pp. 90 ss.

<sup>71c</sup> Sobre el riesgo de transmisión del virus de inmunodeficiencia humana (HIV), *vid.* BGH, 36, pp. 1 ss., 16 s.

<sup>72</sup> Jakobs, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 13 ss.; Frisch, Verhalten, pp. 90 ss.; más suavemente (sólo «efecto indiciario»), SK-Samson, § 16 apéndice, núm. marg. 20; *vid.* asimismo Kuhlen, Fragen, pp. 114 ss.; de otra opinión («deber de cuidado objetivo y norma especial son mutuamente independientes por principio», siendo no obstante posible una limitación —justo al contrario que en la opinión que aquí se propugna— del cuidado mediante normas especiales), Bohnert, JZ, 1982, pp. 6 ss., 7 s. Desde luego, a pesar del riesgo no permitido, puede faltar el tipo subjetivo: LK-Schroeder, § 16, núm. marg. 163, 166.

<sup>73</sup> BGH, 4, p. 182 ss., 184.

transversal, pero no a aquel al que se adelanta; el adelantamiento desde luego constituye riesgo no permitido, que evidentemente no se realiza si se daña a aquel a quien se adelanta.

c) Junto a las regulaciones legales de ámbitos vitales peligrosos aparecen <sup>44</sup> las reglas del arte, las normas técnicas y otros sistemas de regulación no formales. Lo prohibido por estas normas no es más que indicio <sup>74</sup> de la naturaleza no permitida de un riesgo <sup>75</sup>, pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es «experiencia acendrada» <sup>76</sup>, pero, al contrario que la ley, no contiene valoración vinculante alguna.

d) A la significación negativa de las normas reguladoras de conducta no <sup>45</sup> corresponde ninguna significación positiva en el sentido, de que lo no excluido está permitido, pues el complejo regulador respectivo o bien no es completo o bien contiene —así, especialmente el § 1.2 StVO— una reserva general de prohibición <sup>77</sup>. Mediante esa reserva, se limita el carácter exhaustivo de lo no prohibido a condiciones concomitantes ideales, pero desde luego se reconoce que el riesgo de la actividad, bajo condiciones ideales, ha de tolerarse (riesgo básico permitido de un ámbito peligroso), y ello sin someterlo a limitaciones tales que con ellas perdería la justificación de su existencia <sup>78</sup>. Ejemplo: El riesgo básico del tráfico por carreteras, fuera de los cascos urbanos, no se debe limitar a una velocidad como dentro de ellos, al igual que la velocidad en autopistas no puede sujetarse a la misma limitación que en las demás carreteras, en la medida en que la ley distingue entre diferentes tipos de vías. Junto a este riesgo básico permitido aparece la autorización de riesgos concretos incrementados, siempre que la actividad, bajo condiciones no ideales, se considere más provechosa que la prohibición completa. Ejemplo: También conducir cuidadosamente con niebla, hielo o lluvia en el tráfico industrial es —como ponen de manifiesto las estadísticas de accidentes— más peligroso que bajo condiciones ideales, pero a pesar de ello está permitido sin consideración al fin concreto del viaje.

No hay, pues, una fracción de autorización del riesgo determinada expresable en términos de valor numérico, sino una medida oscilante en función del ámbito y de las circunstancias concomitantes <sup>79</sup>. Dicho gráficamente: Ningún conductor experimentado, levemente bebido, puede escudarse en que aun así conduce su vehículo mejor que un principiante; el tipo de acción «conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas» no está permitido. Evidentemente, podría ser conveniente, en supuestos de ejecución de una acción de un tipo prohibido, que no sobrepasa el riesgo mínimo, conceder la prevalencia a la liber-

<sup>74</sup> El abuso frecuente no suprime el «efecto indiciario»; así, p. ej., en el deporte, el juego sucio (*foul*) con alta probabilidad de lesión no se mantiene en el marco del riesgo permitido, aunque sea frecuente; de otra opinión, Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 53 s.; Zipf, Einwilligung, pp. 94 ss. Se trata de un problema de consentimiento en el riesgo, que ha de separarse del del riesgo permitido, *infra* 7, § 127.

<sup>75</sup> Acerca de las normas técnicas, *vid.* Lenckner, Engisch-Festschrift, pp. 490 ss.; Frisch, Verhalten, pp. 101 ss. (que desde luego aprecia más que mero efecto indiciario); sobre la competencia de los tribunales para concretar el estándar, Schünemann, Lenckner-Festschrift, pp. 367 ss., 389 ss.

<sup>76</sup> Stratenwerth, AT, núm. marg. 1102.

<sup>77</sup> LK-Schroeder, § 16, núm. marg. 163 d.

<sup>78</sup> Schünemann, JA, 1975, pp. 435 ss., 575 ss., 576.

<sup>79</sup> Jakobs, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 15 ss.

tad general de acción. Ejemplo: Aquel que conduce un coche con neumáticos desgastados en una carretera solitaria, con visibilidad y sólo a 10 km/h, no realiza ningún riesgo no permitido.

- 46 e) Los riesgos especiales permitidos y los riesgos concretos incrementados permitidos no son ninguna especialidad de las empresas técnicas, sino que se dan por doquier. Así, p. ej., sin un riesgo permitido no se podría nunca tolerar la divulgación de un hecho lesivo para el honor, por el peligro de que la información fuera incorrecta (§§ 186 ss. StGB), ni tampoco la reafirmación de una declaración ante el tribunal, encareciendo que se corresponde exactamente a lo que se recuerda (§§ 153 ss. StGB). Sin el riesgo permitido, los padres no podrían enviar a sus hijos menores a un recado que entrañe cruzar la carretera, y sin un riesgo concreto incrementado no se podría admitir la flexibilidad en la ejecución de penas o medidas de seguridad<sup>79</sup>, etc. Los pormenores corresponden a la interpretación de las normas del ámbito respectivo.

## 2. La base del juicio

- 47 a) a') Hasta ahora se ha expuesto con arreglo a qué máximas se valora jurídicamente un riesgo dado. A continuación se presenta el problema de si concurre un riesgo y cuál es su intensidad. Existe unanimidad en que no importa el juicio del autor respectivo; ni siquiera la doctrina subjetiva de la imprudencia (*infra* 9/5 s.) determina el riesgo permitido exclusivamente desde el punto de vista subjetivo<sup>80</sup>. En el riesgo permitido importa que determinadas acciones, ya por su forma, no suponen defraudación de expectativas, porque su aceptación es necesaria, o al menos usual, para mantener la posibilidad del contacto social. La concreción de las referidas acciones, en esta función del riesgo permitido, debe llevarse a cabo *ex ante*, dado que la aceptación no depende de la ausencia de resultado, sino de la forma de la acción<sup>81</sup>. Además, debe surgir una forma de la acción aceptable en general, es decir, la determinación ha de ser *objetiva*. Las capacidades que se asignan al observador objetivo imaginario dependen de la situación y de los bienes expuestos al riesgo<sup>82</sup>. Mientras que, p. ej., para enjuiciar el riesgo de un reactor nuclear ha de recurrirse a todo el saber de los expertos, en el funcionamiento seguro de un vehículo importa sólo el saber de un técnico experimentado y, en el enjuiciamiento de si los alimentos están estropeados, decide si se trata de una conserva industrial, el juicio de un técnico en alimentación, pero si se trata de su consumo individual decide,

<sup>79</sup> Vid. LG Göttingen, NStZ, 1985, pp. 410 s.; acerca del alcance del riesgo permitido en este sentido, Schaffstein, Lackner-Festschrift, pp. 795 ss., 801 ss.; Kusch, NStZ, 1985 pp. 385 ss.

<sup>80</sup> Equívoco, Schönke-Schröder-Cramer, § 15, núm. marg. 139.

<sup>81</sup> Doctrina dominante; sobre los intentos aislados de distinguir entre acciones con consecuencias dañosas y sin ellas, vid. Jakobs, Studien, p. 51 con notas 11 y 12.

<sup>82</sup> En este sentido, acerca de la previsibilidad objetiva en el delito imprudente, la doctrina dominante; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 31 ss., 56; Armin Kaufmann, ZRV, 1964, pp. 41 ss., 51; Schönemann, JA, 1975, pp. 435 ss., 575 ss., 576; Deutsch, Fahrlässigkeit, pp. 128 s.; Engisch, Untersuchungen, pp. 283 ss., 334 ss.; Nowakowski, JurBl., 1972, pp. 31 s.; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, pp. 168 ss.; Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, pp. 24 s.; Frisch, Vorsatz, pp. 128 ss.; Herzberg, Verantwortung, pp. 166 s.; Kuhlen, Fragen, pp. 101 ss., más bibliografía en Jescheck, AT, § 55, I, 2 b, nota 6.

sin embargo, el de un ama de casa experimentada. Si se atendiese en todos los casos al máximo saber de los expertos, ello no serviría para comprender el riesgo permitido fundamentado mediante el saldo coste-utilidad, y menos aún el riesgo permitido con «legitimación histórica». Dicho de otro modo, la certeza del juicio de riesgo, por su parte, ha de determinarse teniendo en cuenta un margen de riesgo oscilante según el ámbito objetivo.

b') También la jurisprudencia distingue según «esferas de la vida de relación», p. ej., mediante la capacidad de juicio de un «conductor concienzudo»<sup>83</sup>, de un «conductor responsable»<sup>84</sup>, de un «oficial encargado de una peligrosa misión»<sup>85</sup>, de un «titular de una profesión con muchas responsabilidades, como lo es la de médico»<sup>86</sup>, de un «sanitario, no médico, concienzudo»<sup>87</sup>, de los auxiliares del médico<sup>88</sup>, o atiende (en el enjuiciamiento de si una empresa está pronta a declararse en quiebra) al alcance del «cuidado propio de los comerciantes»<sup>88a</sup>, etc.

49 b) a') Difícil resulta decidir cuándo, a causa de un *saber especial* superior del autor, se puede pronosticar un riesgo incrementado o incluso la seguridad de un resultado. El problema es idéntico al de si en el delito de omisión hay que emplear también, para la evitación de resultados, las capacidades individuales<sup>89</sup>. En favor de tener en cuenta el conocimiento especial en el pronóstico habla el hecho de que, de lo contrario, aprovechando situaciones de riesgo, se pueden conseguir, manipulando, resultados. Ejemplo: El sobrino heredero, biólogo sumamente experto, le sirve a su tío el moho venenoso que acaba de descubrir por casualidad en el plato de conserva. En contra de tenerlo en cuenta habla, desde luego, que, si no, la atención que se prestara por encima de la obligación traería como consecuencia deberes de evitar y la correspondiente limitación del ámbito de libertad de acción (en el supuesto del ejemplo: Nadie tiene por qué controlar el moho de la conserva antes de su consumo).

b') Los problemas del conocimiento especial surgen porque al juzgador competente para decidir sobre la situación (*supra* 7/47) se le sitúa en roles configurados de modo más o menos amplio en función de con respecto a qué sea garante el autor. En el supuesto básico, la configuración es estricta; gráfica-

<sup>83</sup> BGH, 16, pp. 145 ss., 151.

<sup>84</sup> BGH, 7, pp. 307 ss., 309.

<sup>85</sup> BGH, 20, pp. 315 ss., 319.

<sup>86</sup> BGH, 3, pp. 91 ss., 95.

<sup>87</sup> RG, 67, pp. 12 ss., 23.

<sup>88</sup> BGH, 6, pp. 283 ss., 288.

<sup>88a</sup> BGHZ, 75, pp. 97 ss., 110, 113; sobre esto, Harnett, Überschuldung, pp. 81 ss., 90 ss.

<sup>89</sup> Sobre esto, *infra* 29/14; en la práctica, el problema presenta escasa importancia (*vid.* las sentencias citadas en Stratenwerth, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss., 300, con nota 54). Distingue entre saber especial y poder especial (¿pero cómo decidir entonces en relación con un poder saber?), Schönemann, Schaffstein-Festschrift, pp. 159 ss., 165 s.; igualmente, Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 64 ss.; aún expresamente poder y poder saber (¿pero cómo es que es distinto para el saber que para el poder saber?), LK-Schroeder, § 16, núm. marg. 147; distingue entre el supuesto normal y la situación concreta de peligro, Stratenwerth, Jescheck-Festschrift, pp. 285 ss., 301 s.; objetivizando, pero sólo para los supuestos de imprudencia, Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 80, 94; Roeder, Einhaltung, pp. 54 s.; distingue Wolter, GA, 1977, pp. 257 ss., 270 s.; subjetiviza, determinando objetivamente la medida mínima, Schönke-Schröder-Cramer, § 15, núm. marg. 139 s.; también Mir Puig, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 253 ss., 266 ss.; toda capacidad especial, por excelencia, restringe el riesgo permitido, según Wilhelm, Verantwortung, pp. 15 s.

mente: A un ciclista, para determinar el riesgo permitido, no hay que concebirlo como matemático o como ingeniero eléctrico si el sujeto que en concreto va montado en bicicleta posee dichas cualificaciones. Lógicamente, esta delimitación estricta de los roles sólo rige en tanto que el autor no sea garante de que se domine un riesgo especial o de que se ayude a la víctima por razón de determinada institución. No obstante, si existe tal deber de garante, no se añade, digamos, un saber del autor al saber del juzgador competente (ello conduciría a confundir los aspectos objetivo y subjetivo del hecho)<sup>89a</sup>, sino que se sitúa el propio juzgador en un rol más ampliamente configurado. Dado que se trata de un saber del juzgador, no importan las suposiciones a las que el autor llega por exceso de recelo. Ejemplo: Quien interpreta incorrectamente el áspero olor de setas silvestres como olor de veneno, no obstante se mueve dentro del riesgo permitido si sirve las setas.

50 c') Así pues, en orden a la solución hay que distinguir<sup>89b</sup>:

— En caso de responsabilidad por organización, el papel del autor se define siempre negativamente: Se trata de evitar daños. En el supuesto básico, en tanto que el autor no acarrea a la víctima ningún riesgo especial, tampoco ésta puede exigir la activación de capacidades especiales del autor<sup>89c</sup>. Ejemplos: Un ingeniero que quiere adquirir un coche usado, y por sus conocimientos técnicos especiales se da cuenta en el viaje de prueba de que los frenos del automóvil no van a tardar en fallar, no comete ni homicidio ni lesiones si devuelve el coche (¡hacer!) sin avisar del defecto. Un estudiante de una Escuela Politécnica que realiza labores auxiliares en una empresa constructora no responde por las consecuencias si lleva a cabo la mezcla de hormigón para un encofrado conforme a las instrucciones recibidas, habiéndose dado cuenta de que se ha calculado incorrectamente la resistencia del material. En tales casos, el ámbito de organización de la víctima está organizado por su parte hacia el resultado, o amenazado por parte de terceros (acerca de ello, con pormenores, *infra* 7/61, 65, 65 a y, acerca de la prohibición de regreso, 24/15 ss.). Si amenaza producirse una catástrofe, queda una responsabilidad por el § 323 c StGB.

— La hechura del rol ha de ampliarse cuando el autor es garante del dominio de un riesgo especial: Entonces, al rol pertenece todo lo que es necesario para conseguir que no sobrevenga un resultado. Se trata de situaciones en que la víctima potencial estaría legitimada para emprender la evitación del daño a costa del autor conforme a las reglas de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo, si éste no se ocupa de ello. Así como la víctima podría tener derecho sobre los bienes del autor en el marco de lo necesario, éste debe llevar a cabo lo necesario. Ejemplo: Si un conductor, al sacar un juguete que

<sup>89a</sup> Crítico, acertadamente, contra este método; *Struensee*, JZ, 1987, pp. 53 ss., 58 s., que desde luego tiene en cuenta siempre en la imputación el saber especial del autor; GA, 1987 pp. 97 ss., 99, 102; igualmente *AK-Zielinski*, §§ 15, 16, núm. marg. 92 (determinando, con buen criterio, objetivamente la apreciación del riesgo, núm. marg. 95); en contra, *Jakobs*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 271 ss., 287 ss., y en seguida en el texto.

<sup>89b</sup> Vid. asimismo sobre la prohibición de regreso *infra* 24/15 y sobre la injerencia 29/105 a.

<sup>89c</sup> A este grupo pertenece también el carácter permitido de la exposición procesal del defensor que sabe que la imagen del hecho tal como se presenta procesalmente es demasiado favorable para el acusado: Todo conocimiento que no se basa en la exposición del hecho en el proceso constituye saber especial, no dando lugar a deber alguno. Detalladamente, con bibliografía, *Beulke*, Strafbarkeit, *passim*.

se le ha caído a su hijo debajo del vehículo, ve que se le está derramando el líquido de frenos, esto no lo ve sólo en su papel de padre sino también en el de conductor (así como a él todo tercero que le comunica el suceso crítico le obliga a situarse en el papel de conductor y por eso, como competente juzgador, se le dota del conocimiento de este suceso).

— En caso de responsabilidad institucional, el papel nunca se define a través del deber de evitar un resultado, sino a través de un espectro de interacciones (en padres, cónyuges, personas de confianza, etc.). A este espectro también puede pertenecer —p. ej., en las relaciones de los padres con sus hijos— la activación de capacidades especiales; por lo general, los deberes institucionales apuntan, sin embargo, a un rendimiento estándar; con detalles, *infra* 15/12 ss. 15.

— Si el autor introduce por propia iniciativa el conocimiento especial en la relación con la víctima, tal conocimiento se incorpora al papel que caracteriza a esta relación, aun cuando el autor no estaría obligado en sí a tomar en consideración el saber especial. Está excluido, asimismo, que un autor no obligado a tomar en consideración un saber especial en favor de la víctima pueda aprovecharse de ello en perjuicio de la víctima. En el ejemplo del descubrimiento casual del moño venenoso en un plato, mencionado al principio (*supra* 7/49), sólo habrá responsabilidad por el § 323 c StGB si la persona que sirve el plato se comporta como si no supiera nada; pero si busca entre los invitados a su víctima, se orienta entonces por un conocimiento especial y se comporta ya bajo un riesgo no permitido.

## V. LA IMPUTACION OBJETIVA, 3.ª CONTINUACION: SU EXCLUSION EN LOS SUPUESTOS DE CONFIANZA PERMITIDA (PRINCIPIO DE CONFIANZA)

BIBLIOGRAFIA: Vid. la relativa a IV.

A. El principio de confianza<sup>90</sup> significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar —en una medida aún por determinar— en su comportamiento correcto (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como *estar permitido* confiar). El principio de confianza no es sólo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso<sup>91</sup>. No se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino

<sup>90</sup> Objeciones desde el punto de vista terminológico de *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 220 s.

<sup>91</sup> *Jakobs*, ZStW, 89, pp. 1 ss., 13 ss. De otro modo, *Roxin*, Tröndle-Festschrift, pp. 177 ss., 185 ss.: prohibición de regreso como caso particular del principio de confianza, y éste a su vez del riesgo permitido. Consecuentemente, según *Roxin*, el principio de confianza acaba cuando se da la «inclinación al hecho percibida» (p. 190). Pero esto no cabe mantenerlo sin excepciones (*vid.*, p. 191: no hay responsabilidad si falta el sentido objetivo del favorecimiento; p. 197: inapreciabilidad general de la inclinación al hecho en las acciones cotidianas).

que también se trata de la responsabilidad <sup>92</sup> de estas personas por sus fallos (en esta medida, prohibición de regreso). Mientras que en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; esta posibilidad de tratar un conflicto podría formar la raíz principal del principio de confianza.

52 B. 1. Como en relación con la prohibición de regreso se expone *infra*, cuando median otras personas en una causación, el proceso causal dañoso sólo afecta a aquellos intervinientes que son garantes de la no dañosidad del curso causal; la posición de garante no se forma sólo con la causación. Ejemplo: Un empleado de gasolinera no responde por la idoneidad para circular de los automóviles a los que surte de gasolina (queda intacta la responsabilidad por el § 323 c StGB). Dicho de otro modo, no es problemático sólo que se *exima* de responsabilidad al que confía, a pesar de la previsibilidad de un comportamiento defectuoso de otros participantes (la exención de responsabilidad por la confianza), sino que también es problemática ya la *responsabilidad* potencial del que confía en una situación que sólo otras personas configuran delictivamente (la posible imputación de fallos ajenos). *El principio de confianza sólo se necesita si el que confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso*. Esto es así desde luego en los ámbitos de los que se toman los ejemplos del principio de confianza <sup>93</sup>, así como en los siguientes supuestos, ya que el que confía es aquí garante de un desenlace afortunado: El conducir un coche tiene lugar en el ámbito de organización de cada conductor, y fundamenta una posición de garante a causa de la naturaleza peligrosa de la cosa; del mismo modo, en una operación los médicos actúan en su ámbito de organización, los padres son garantes mientras los hijos están sometidos a sus órdenes, etc. <sup>94</sup>

53 2. a) En el ámbito que queda, en el que el carácter defectuoso del comportamiento ajeno no excluye la propia responsabilidad ya según las reglas de la prohibición de regreso, a menudo sería imposible una división del trabajo eficaz (en los equipos quirúrgicos <sup>95</sup>, en los equipos de servicio y de manteni-

<sup>92</sup> Fundamental en relación con la responsabilidad como raíz del principio de confianza, *Stratenwerth*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 383 ss.; *Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 7 ss.; *Wehrle*, Beteiligungs, pp. 52 ss.; *Frisch*, Verhalten, pp. 189 ss.; *Wilhelm*, Verantwortung, pp. 62 ss., al suponer que se trata de excluir la responsabilidad por comportamiento *levemente imprudente*, pierde la especificidad cualitativa precisamente del principio de confianza.

<sup>93</sup> Se discute si el principio de confianza tiene validez fuera de la circulación rodada; lo esencial es que en la circulación no hay competencia alguna de control y recomendación hacia el participante en el tráfico, pero sí en otros ámbitos: naturalmente no se debe renunciar a controles y recomendaciones en la confianza de que el subordinado se va a comportar correctamente por sí solo; BGH, 3, pp. 91 ss., 95; 6, pp. 283 ss., 287; StV, 1988, pp. 251 s.; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 1160 s.; *SK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 176; acerca de la recomendación defectuosa, con detalle *Wilhelm*, Verantwortung, pp. 119 ss. *Ellmer* (Betrug, pp. 273 ss.) intenta aplicar el principio de confianza a fin de aprehender el comportamiento de estafa.

<sup>94</sup> La inseguridad de la aplicación del principio de confianza a los participantes en el tráfico no motorizados (*vid.* sobre ello *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 225 ss., con bibliografía) se debe a la responsabilidad más leve de estas personas por los peligros de la circulación: Falta la responsabilidad por el peligro especial «automóvil» o similar.

<sup>95</sup> Sobre la actividad médica, *vid.* BGH, StV, 1988, pp. 251 s., y los numerosos grupos de supuestos en *Engisch*, Langenbecks Archiv, 28 (1958), pp. 573 ss. y 291 (1961), pp. 236 ss.; *Kamps*,

miento de un aeroplano, del ferrocarril o de un autobús, en la fabricación mediante división del trabajo <sup>95a</sup>, en el deporte <sup>95b</sup>, etc.), si cada uno debiera controlar todo lo controlable. Como mínimo, el tener que dedicarse a controlar la actividad ajena excluiría la dedicación plena a la actividad propia. Lo mismo rige en relación con acciones en que participan muchos (tráfico rodado); también aquí, en los puntos en los que los cursos causales respectivos se pueden influir mutuamente, se necesita una división del trabajo para que cada participante no tenga que controlar todas las posibilidades de influencia, sino sólo determinadas, y éstas sólo con atención no dividida. Este reparto de incumbencias se puede verificar, por los dos motivos expuestos, sin menoscabo de la seguridad de las expectativas: Por una parte, sin el reparto el resultado sería por saldo peor porque se exigiría excesivamente a los participantes; por otra parte, se puede tratar el fallo como fallo de aquel a quien le compete.

b) Del motivo mencionado en último lugar se sigue que decae la posibilidad de confianza permitida cuando al competente en sí le falte el conocimiento (cognoscible) de las reglas o la posibilidad de seguirlas; así, a un conductor no le está permitido confiar en el comportamiento correcto de personas achacosas o de niños que no están al cuidado de alguien <sup>96</sup> o de quienes participan en un desfile de Carnaval. Acerca de cómo tratar el conocimiento especial, *vid. supra*, sobre el riesgo permitido, 7/49 ss.

c) a') La confianza permitida decae, además, cuando es función de un participante (o de cada uno de ellos) compensar el comportamiento defectuoso de otros. Ejemplo: Un conductor que adelanta a un ciclista no tiene por qué contar con que éste gire a la izquierda inesperadamente (principio de confianza), pero tampoco puede descartar que su trayecto oscile algunos decímetros hacia la izquierda. Correlativamente, el ciclista no tiene por qué contar con que quien le adelante deje sólo unos pocos centímetros de distancia de seguridad (principio de confianza), pero no le está permitido dar por supuesto que puede usar hasta el último centímetro de la distancia de seguridad, sin daño para sí. En tales supuestos, se garantiza *de modo plural* que no se produzca determinado curso causal dañoso, imponiendo deberes a diversas personas (el ciclista no debe dar bandazos si puede evitarlo, el conductor del automóvil debe incluir alguna posibilidad de bandazos en el cálculo de la distancia de seguridad). Una garantía *singular* sería insuficiente, porque comportamientos defectuosos del género en cuestión no sólo tienen lugar con frecuencia, sino que no se distinguen drásticamente de la conducta socialmente adecuada. Quien se comporta incorrectamente se mantiene en su papel, y el otro debe aceptarlo en su incorrección, mientras no se salga de su papel <sup>97</sup>.

Arbeitsteilung, pp. 170 ss., 241 s.; *Wilhelm*, Verantwortung, pp. 85 ss., 119 ss.; *el mismo*, Jura, 1985, pp. 183 ss.; *Wastl*, en: Medizin, pp. 243 ss.

<sup>95a</sup> Al respecto, *Schmidt-Salzer*, NJW, 1988, pp. 1937 ss.

<sup>95b</sup> *Vid.* el supuesto —naturalmente decidido en sentido excesivamente favorable al principio de confianza— en *Burgstaller*, Pallin-Festschrift, pp. 39 ss., 45 ss.

<sup>96</sup> BGH, 3, pp. 49 ss., 51; 12, pp. 162 ss., 165 s.; 14, pp. 97 ss., 99; acerca de la vigilancia, *vid.* BGH, 9 92 ss., 94; pormenores y más referencias bibliográficas en *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 239 ss.; *Schumann*, Handlungsunrecht, pp. 12 ss.; *Krumpelmann*, Lackner-Festschrift, pp. 289 ss.

<sup>97</sup> De modo similar la jurisprudencia, que excluye el principio de confianza en las incorrecciones típicas; BGH, 13, pp. 169 ss., 173 s.; sobre esto, *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, pp. 177 ss.,

b') Desde luego, se puede confiar en la ausencia de conducta drásticamente delictiva, es decir, que haga saltar el papel, incluso cuando el mismo que confía se comporta antijurídicamente<sup>98</sup>, pues la evitación de tales daños mediante esa conducta sólo se puede organizar eficazmente por parte del propio titular del ámbito de organización. Sobre todo es casual el que un comportamiento de ese género esté conectado al comportamiento antijurídico de otro, o que no necesite tal conexión. Ejemplo: Quien para llevar a cabo unas coacciones se tiende en medio de una carretera, puede confiar en que los conductores que se aproximan se darán cuenta de que está allí, en que frenarán y en que los frenos estarán en orden. Pero al que se tiende detrás de una curva cerrada no le está permitido confiar en que vaya a ser posible frenar.

c') Por reglas paralelas se orienta la imputación de los llamados *daños por las consecuencias* (o también daños subsiguientes): En la situación compleja que ha surgido por medio de un primer supuesto dañoso, otras personas no consiguen evitar daños adicionales o cumplir con su deber en la eliminación del primer daño. Ejemplos: Tras un accidente, un conductor distraído choca con los restos del accidente esparcidos por la carretera. Tras un accidente, un médico realiza un diagnóstico erróneo; (también) debido a ello permanecen irreparables los daños de la víctima del accidente. El hecho de que los *causantes* del daño subsiguiente deberían haberse comportado de otro modo no quiere decir que en todo caso se podía confiar también en que así ocurriera<sup>99</sup>. En la medida en que a los causantes del daño subsiguiente se les escapa un fallo más bien incidental, se realiza un suceso por el que también es responsable el causante del primer daño, dado que en esa medida es razonable una garantía plural a través de distintas personas. Sólo si el dañador subsiguiente se sale del papel que ha de desempeñar, sobre todo comportándose de modo altamente insensato<sup>100</sup> ocurre ello sólo bajo su propia responsabilidad: Uno puede confiar en que no se produzcan tales excesos, pues el hecho de que un comportamiento defectuoso de tal género se conecte con un fallo del causante del primer daño es puramente casual. Ejemplo: Los diagnósticos médicos absolutamente absurdos pueden ser peligrosos también para personas que no sufran las consecuencias de un primer daño.

d) Los pormenores, por ejemplo cómo se distribuyen los deberes entre los intervinientes según la situación, o si se dejan como deberes para todos<sup>101</sup>, per-

con bibliografía; Schumann, Handlungsunrecht, p. 16. Distinta es la motivación en Frisch, Verhalten, pp. 408 ss., 423 ss.: La necesidad de incluir en el cálculo los fallos e incorrecciones ajenos conduce a una pérdida de libertad de acción aún tolerable.

<sup>98</sup> De otra opinión, BGH, 17, pp. 299 ss., 301 ss.; con detalle, Kirschbaum, Vertrauensschutz, pp. 118 ss., con bibliografía.

<sup>99</sup> BGH, VGS, 16, pp. 145 ss.; en otro sentido, Roxin, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 257 s.

<sup>100</sup> BayObLG, JZ, 1982, pp. 731 s.; de modo similar Burgstaller, Jescheck-Festschrift, pp. 357 ss., según el cual la relación de responsabilidad se vería interrumpida en los casos de imprudencia temeraria (*grob*). En favor de la responsabilidad sin limitaciones, Frisch, Verhalten, pp. 408 ss.

<sup>101</sup> La jurisprudencia reconoce en medida variable la autorización para confiar en que el comportamiento ajeno va a ser impecable: RG, 70, pp. 71 ss., 74 (en otro sentido aún RG, 65, pp. 135 ss.); básica BGH, VGS, 7, pp. 118 ss.; además BGH, VGS, 16, pp. 145 ss., 148 s.; BGH, 21, pp. 91 ss., 93 (con consideraciones sobre las ventajas e inconvenientes de los posibles repartos de deberes); BayObLG, VRS, 64, p. 385; BGHZ, NJW, 1982, p. 1756; específicamente sobre la división del trabajo en Medicina BGH, NSTZ, 1983, pp. 263 s. Acerca de la evolución de la juris-

tenecen a la interpretación del respectivo ámbito de regulación, p. ej., el Código de la circulación (StVO). Si no existe principio de confianza, responden varios participantes conjuntamente; *vid.* sobre ello *infra* 7/83. Acerca del defectuoso comportamiento subsiguiente de la propia víctima, *vid.* también *infra* 7/59; en relación con las consecuencias muy posteriores de un daño duradero, *infra* 7/81.

3. También el principio de confianza que se orienta a que no se produzcan comportamientos drásticamente delictivos, que hacen saltar los roles, concluye cuando se da el comportamiento que defrauda expectativas. Para ello, éste debe haber sido ya ejecutado, no bastando la mera perspectiva de que va a serlo próximamente, pues en la medida en que aún existe de algún modo, para el que confía y para el autor, la posibilidad de evitar un curso causal dañoso, no hay motivo para gravar al que confía con la solución del problema. Sólo cuando al que se comporta defectuosamente se le escapa el dominio en el sentido de que ya errores incidentales pueden tener graves consecuencias, debe el que se comporta correctamente asumir la solución de la situación de necesidad<sup>102</sup> (de nuevo es razonable una garantía plural a través de diversas personas). Ejemplo: Aun cuando quien está obligado a ceder el paso irrumpe raudamente en una calle a la que corresponde preferencia de paso, al que va conduciendo por ella le está permitido confiar en su preferencia; si aquél puede conseguir como mucho dar aún un brusco frenazo, ya ha concluido la confianza permitida.

## VI. LA IMPUTACION OBJETIVA, 4. CONTINUACION: LA POSICION DE GARANTE Y LA EXCLUSION DE LA IMPUTACION EN LOS SUPUESTOS DE PROHIBICION DE REGRESO

**BIBLIOGRAFIA:** N. K. Androulakis, Rechtsproblematische Studien über die unechten Unterlassungsdelikte, 1962; Chr. Bertel, Begehungs- oder Unterlassungsdelikt?, JZ, 1965, pp. 53 ss.; P. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968; A. Breit, Probleme der Intensivmedizin unter besonderer Berücksichtigung des Abstellens eines Reanimators, en: Arthur Kaufmann (ed.), Moderne Medizin und Strafrecht, 1989, pp. 117 ss.; M. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *el mismo*, Erfolgsverursachung bei nachfolgendem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, Jescheck-Festschrift, pp. 357 ss.; *el mismo*, Spezielle Fragen der Erfolgszurechnung und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit, Pallin-Festschrift, pp. 39 ss.; K. Engisch, Tun und Unterlassen, Gallas-Festschrift, pp. 163 ss.; F. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, Frank-Festschrift, t. I, pp. 569 ss.; W. Frisch, Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung, NJW, 1983, pp. 2471 ss.; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; G. Geilen, Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ, 1968, pp. 145 ss.; *el mismo*, Euthanasie und Selbstbestimmung, 1975; K. H. Gössel, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW, 96, pp. 321 ss.; R. D. Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, Strafbare Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen, JZ, 1988, pp. 182 ss.; Th. Hillenkamp,

prudencia en el ámbito de la circulación rodada sobre el principio de confianza, Kirschbaum, Vertrauensschutz, pp. 72 ss.

<sup>102</sup> Jakobs, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 17 ss.; similarmente, Stratenwerth, AT, núm. marg. 1157.

Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; H. J. Hirsch, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Lackner-Festschrift, pp. 597 ss.; J. Hruschka, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Bockelmann-Festschrift, pp. 421 ss.; J. C. Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettenungen, 1988; H. Kamphaus, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; G. Küpper, Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982; D. Kratzsch, Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, Oehler-Festschrift, pp. 65 ss.; M. Maack, Opfer und Strafzumessung, 1983; R. Maurach, Fragen der *actio libera in causa*, JuS, 1961, pp. 373 ss.; H. Meyer-Bahlburg, Unterlassen durch Begehen, GA, 1968, pp. 49 ss.; A. v. Overbeck, Unterlassung durch Begehung, GS, 88, pp. 319 ss.; L. Philipps, Der Handlungsspielraum, 1974; O. Ranft, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS, 1963, pp. 340 ss.; C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.ª ed., 1989; *el mismo*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss.; *el mismo*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift, pp. 133 ss.; *el mismo*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; *el mismo*, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtster Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ, 1987, pp. 345 ss.; E. Samson, Begehung und Unterlassung, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss.; W. Sax, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ, 1975, pp. 137 ss.; B. Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; M. Schubarth, Begünstigung durch Beherbergen? Schultz-Festgabe, pp. 158 ss.; H. Tröndle, Sterbehilfe als rechtliches Problem, ZStW, 99, pp. 1 ss.; *el mismo*, Strafrechtlicher Lebensschutz und Selbstbestimmung des Patienten, Göppinger-Festschrift, pp. 595 ss.; K. Volk, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Tröndle-Festschrift, pp. 219 ss.; J. Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; J. Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem, 1981.

#### A. La necesidad de posición de garante

- 56 1. El fundamento de la responsabilidad en los supuestos básicos de los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas. A tenor del § 13.1 StGB, los delitos de comisión han de complementarse con una variante omisiva (los llamados delitos de omisión impropios, *infra* 29/1 ss.) cuando el omitente —junto con otros requisitos cumulativos— es garante de la evitación del resultado («debe responder de ello»). El problema de determinar estos deberes de garante a veces, es decir, en las posiciones de garante en virtud de la responsabilidad por organización (con detalle, *infra* 29/29 ss.), ha de resolverse determinando los casos en los que el autor ya no es causante activamente, pero su ámbito de organización tiene aún efectos externos. El supuesto, casi siempre evidente, de tales efectos externos del ámbito de organización propio, si bien sin acción actual, se da cuando el autor se ahorra la necesidad de cualquier acción empleando dispositivos automáticos (o personas sujetas a órdenes o animales amaestrados). Ejemplo: Es indiferente que alguien atropelle conscientemente a una persona con un vehículo acelerando (acción) o no frenando (omisión).

2. Así como en el delito de omisión el autor puede ser responsable de procesos causales por la vinculación de éstos con su ámbito de organización, también en los delitos de comisión, a la inversa, procesos causales puestos en marcha mediante acción actual cabe distanciarlos del ámbito de organización del agente (o del ámbito de organización que el agente gestiona en lugar de otro). Este distanciamiento del agente con respecto a la realización del tipo puede tener lugar porque la realización del tipo se puede definir como consecuencia de la voluntad de otra persona o, si no, como perteneciente a un ámbito de organización ajeno; sobre todo como perteneciente al propio ámbito de organización de la víctima<sup>103</sup>. En estos casos, a pesar de la causalidad, no existe incumbencia del autor por la organización. En pocas palabras: ¿Quién, en el ajedrez o en otra forma de competición en que los participantes intervienen en pie de igualdad, le imputaría con reproche al vencedor la falta de fortuna del derrotado?

Tanto en la comisión como en la omisión, en caso de falta de incumbencia de la organización puede existir desde luego responsabilidad, a saber, a causa de un deber de dedicación solidaria (*infra* 29/57 ss.). Absolutamente independiente de las posiciones de garante es el deber —más atenuado— de tener en cuenta la solidaridad mínima en virtud de los §§ 138, 323 c StGB.

3. En definitiva, no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión; cierto que el autor de la comisión, en la mayoría de los supuestos que se discuten en la práctica, es garante ya por su comisión (incumbencia por la organización), pero no por principio. Si a continuación se procede a separar los casos de prohibición de regreso con respecto a los de organización de la víctima relacionada con el resultado y a los de amenaza a la víctima por terceras personas, ello es así sólo porque con la prohibición de regreso se tiene disponible un concepto reconocido para un ámbito parcial. De la separación no se desprenden diferencias materiales.

#### B. Grupos de supuestos en que falta la imputación

1. La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico sólo porque un tercero desvía, sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño<sup>103a</sup>. Ejemplo: El deudor paga su deuda y el acreedor compra con ese dinero, tal como sabía el deudor, un arma y mata a una persona del modo que también preveía el deudor; aquí no cabe apreciar complicidad del deudor en el homicidio. Se trata del ámbito de la *prohibición de regreso*, que se expone en relación con la teoría de la autoría y de la participación (*infra* 24/13 ss.). La limitación de responsabilidad afecta naturalmente también a los hechos imprudentes (en los que el Derecho vigente no distingue según formas de participación). Ejemplo: Si en el caso acabado de mencionar falta el dolo, pero no la

<sup>103</sup> Vid. Roxin, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 393 ss.; Kratzsch, Oehler-Festschrift, pp. 65 ss., 69 ss.

<sup>103a</sup> Frisch, Verhalten, p. 230 con amplias referencias bibliográficas.

previsibilidad del curso causal, el que realiza el pago tampoco responderá (por homicidio imprudente, § 222 StGB). La realización del tipo se define aquí como consecuencia de la voluntad del que lleva a cabo la desviación y de este modo queda distanciada del agente anterior.

La limitación de responsabilidad también se produce cuando el tercero es el mismo que resulta dañado, siempre que no concurran los requisitos de la autoría mediata —incluido el aprovechamiento de alguien que se comporta sin dolo—. Ejemplo: Si la víctima de unas lesiones no se cura las heridas sin una razón comprensible (omisión), o no deja de arañárselas (acción), el autor no responde por las complicaciones o secuelas <sup>104</sup> (vid. *infra* 21/56 ss.).

60 2. La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión también decae cuando el resultado típico sólo acaece porque el *ámbito de organización del lesionado está por su parte orientado al resultado*. Lo mismo rige para el supuesto en que el ámbito de organización del lesionado está *amenazado por parte de terceros*.

61 a) a') El que queden ilesos los bienes del lesionado puede depender de que del ámbito de organización del agente provengan determinados procesos causales salvadores cuya existencia no está jurídicamente garantizada; si el titular de un ámbito de organización (o quien actúe en su lugar) ciega mediante una acción la fuente de esos procesos, daña los bienes del otro mediante comisión, pero no responde por ese delito de resultado mediante comisión. Ejemplo: Se secan las flores en un terreno bajo de una región seca (§ 303 StGB) al desconectar el sistema de irrigación situado en el terreno más elevado, cuya agua, al infiltrarse, impregnaba la zona más baja. Dado que la existencia de los bienes no está jurídicamente garantizada, el agente no estaría obligado a abrir una nueva fuente. Por tanto, cabe eludir la responsabilidad en tales supuestos, siempre que el ámbito de organización del autor esté configurado de manera que la fuente se tape por sí misma; en el supuesto del ejemplo: El sistema de irrigación recibe, mientras de todos modos se produce una parada, un mecanismo automático de encendido/apagado. Pero la valoración jurídica no depende de técnicas manipulables <sup>105</sup>. Así como en la injerencia se fundamenta un deber por el hecho de que no se atiende —como en la acción— al *output* de un sistema psicofísico, sino al de un sistema ampliado (*infra* 29/29, 39 ss.), la orientación por el sistema ampliado también puede excluir la responsabilidad; éste es el caso cuando ciertamente el sistema psicofísico tiene aún *output* (se da una acción), pero el ámbito de organización ya no (ya no se derivan de él procesos causales). Todo esto rige a salvo de los deberes especiales existentes y de la responsabilidad por los §§ 138, 323 c StGB.

<sup>104</sup> Vid. Burgstaller, Jescheck-Festschrift, pp. 357 ss.; el mismo, Pallin-Festschrift, pp. 39 ss., 41 ss.; Frisch, Verhalten, pp. 148 ss., 446 ss.; Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, pp. 301 ss.; Roxin, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 248 s.; Küpper, Unmittelbarkeit, pp. 91 s.; de otra opinión (problema de determinación de la pena), Maeck, Opfer, pp. 45 ss.; vid. también *supra* 7/55 s.

<sup>105</sup> Vid. Welp, Vorangegangenes Tun, p. 114; Philipps, Handlungsspielraum, pp. 140 ss.; Schünemann, Grund und Grenzen, p. 283; Frisch, Verhalten, p. 132 s.; Schönte-Schröder-Stree, núm. marg. 160, ante § 13.

b') El problema se trata a menudo bajo la denominación abreviada <sup>106</sup> de desistimiento de la tentativa, siendo el resultado, al parecer, dependiente de diferencias entre el alcance de la responsabilidad en los delitos de comisión y en los de omisión. Si un salvador anula su medida de salvación cuando ésta ha ido ya tan lejos que traerá ayuda *por sí* al objeto en peligro, sin más intervención, en caso de que el objeto resulte lesionado por tal anulación, la aplicación de los principios del delito de comisión *siempre* conducirá a la responsabilidad por delito de resultado mediante comisión, mientras que la aplicación de los principios del delito de omisión (los llamados delitos de comisión por omisión), *según la posición de deber*, conducirá a una responsabilidad igual a la de la comisión, o a responsabilidad por el § 323 c StGB o a la impunidad <sup>107</sup>. La responsabilidad ilimitada esbozada en aplicación de supuestos principios de la comisión depende del principio —no fundamentable— de que toda causación evitable (dolosa o imprudente) es adecuada para dar lugar a responsabilidad por delito comisivo. Sin embargo, este principio no tiene en cuenta que las máximas de la imputación han de formarse en función de categorías sociales y no naturalísticas. La aplicación de los principios del delito de omisión al grupo mencionado se desenvuelve desde luego dentro de las categorías adecuadas, ya que, según éstos, acerca de la realización del tipo no decide ya la respuesta a la cuestión de la causalidad, sino la respuesta a la cuestión del deber. Pero esta vía de solución está cerrada, porque ahora se trata de la valoración de una *acción*. Sólo queda, pues, el procedimiento aquí esbozado, con arreglo al cual también en el delito de *comisión* hay que diferenciar según la posición de deber y, sobre todo en caso de mera delimitación de cursos causales dentro del propio ámbito de organización, hay que excluir la responsabilidad, siempre que falte un deber especial o una situación de desamparo suficiente para apreciar el § 323 c StGB.

c') Tan pronto como el proceso causal salvador ha abandonado, siquiera sea parcialmente, el ámbito de organización del agente, su anulación conduce a la total responsabilidad. El límite de la esfera interna de un ámbito de organización puede ser difícil de fijar en el caso concreto, pero esta determinación no presenta más problemas que los que aparecen en la determinación de los deberes de la vida de relación (vid. *infra* acerca de la omisión 29/29 ss.): Mientras el derecho (que en caso necesario se puede imponer ejerciendo la causa de justificación estado de necesidad) se dirija a la configuración sin impedimentos, también alcanza hasta ahí el ámbito de organización <sup>108</sup>. Concluye, por tan-

<sup>106</sup> Abreviada, porque el actuar efectivamente salvador puede emprenderse sin consciencia de la situación de necesidad, es decir no como tentativa de salvación, y porque además no se ve abarcado el problema de la salvación mediante la *renuncia* a acciones.

<sup>107</sup> En relación con la comisión, Samson, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 598 s.; en relación con los principios de la omisión, Roxin, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 386 s. (en definitiva, igual en amplia medida a la solución aquí propuesta); vid. también Schmidhäuser, AT, 16/105, 107, con acertadas observaciones metodológicas; Armin Kaufmann, Dogmatik, pp. 106 ss.; vid. asimismo *infra* la nota 110 sobre el problema de Derecho médico de la interrupción de tratamientos automatizados.

<sup>108</sup> Aún más allá; Roxin, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 386 s. No basta la mera pretensión de volver a conceder una posibilidad de configuración. Ejemplo (de v. Overbeck, GS, 88, pp. 319 ss., 327, 332): La denuncia de un delito por carta ha salido del ámbito de organización, al pasar al ámbito de dominio de Correos; el «pescar» la carta de denuncia del buzón no es una acción a enjuiciar por el § 138 StGB (omisión del deber de denunciar delitos planeados), sino por

to, ya cuando hay deber de soportar (p. ej., a partir del § 34 StGB), y ello sin tener en cuenta si el deber de soportar no se corresponde con un deber de actuar, o lo hace con un deber de actuar propio (como garante o según los §§ 138, 323 c StGB) o con un deber de actuar de terceros, pues ya el deber de soportar por sí solo priva del derecho de disponer sobre la configuración de la organización. Ejemplo: Quien sin más motivo hace desaparecer con rapidez su bicicleta, dejándola bajo llave, cuando el Labrador vecino la pretende utilizar para recoger medicamentos para su ganado enfermo, responde por el deber de soportar que surge con arreglo al § 303 StGB si concurre el dolo y el resultado, aun cuando no estuviera obligado a ninguna conducta de salvación (p. ej., a la entrega de la bicicleta ya bajo llave) por falta de una situación de desamparo suficiente para el § 323 c StGB<sup>109</sup>. Lo que desde luego no significa un deber de soportar es que el titular habría debido tener preparado el bien afectado; antes de que comience la intervención que ha de soportarse, se puede disponer sobre él a voluntad.

- 64 d') En la práctica, tienen importancia los casos en los que un médico interrumpe un tratamiento (intensivo) de continuidad automática (por medio de un reanimador o un corazón y pulmón artificial) en un momento (acción) en que no existe deber de continuar el tratamiento. Aun cuando la interrupción, como preveía el médico, tenga por consecuencia la muerte del paciente, a pesar de tratarse de una acción, no constituye homicidio por comisión según el § 212 StGB, al igual que el no tratar a un paciente a falta de un deber de tratarlo tampoco constituye homicidio mediante comisión<sup>110</sup>.

Dado que se trata de la ausencia del deber de dejar el ámbito de organización *propio* o del que se conduce en lugar de otro en una configuración favorable para los bienes de terceros, las invasiones de terceras personas (no competentes en la organización) conducen a la responsabilidad según los principios generales: Ejemplo: Cuando no es el médico, sino el heredero impaciente el que interrumpe por su propia mano el tratamiento médico intensivo ya no indicado, ello conduce a la responsabilidad por los §§ 211 ss., StGB<sup>111</sup> (mientras no obre con el consentimiento del paciente).

los delitos de resultado mediante comisión. Si *tras* esta acción queda aún la posibilidad de evitar el resultado, su enjuiciamiento se rige por el § 24 StGB.

<sup>109</sup> En esto de acuerdo Armin Kaufmann, Dogmatik, pp. 194 ss.; Roxin, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 389. De otra opinión (no hay responsabilidad por el delito de resultado por comisión) con distintas fundamentaciones, Meyer-Bahlburg, GA, 1968, pp. 49 ss., 51; Ranft, JuS, 1963, pp. 340 ss., 341; Herzberg, Unterlassung, pp. 43 s.

<sup>110</sup> Muy discutido; en definitiva como aquí, Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung, p. 22; el mismo, JZ, 1968, pp. 145 ss., 151; Engisch, Gallas-Festschrift, pp. 163 ss., 177 ss.; Roxin, Engisch-Festschrift, pp. 380 ss., 399; Kamps, Arbeitsteilung, pp. 86 ss.; Hirsch, Lackner-Festschrift, p. 579 ss., 605; Tröndle, ZStW, 99, pp. 1 ss., 31; el mismo, Göppinger-Festschrift, pp. 595 ss., 603; Breit, en: Medizin, pp. 117 ss., 123 s.; Schönte-Schröder-Stree, núm. marg. 160; ante § 13. De otra opinión (no hay limitación de la responsabilidad, por obrar en el propio ámbito vital), Samson, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 601 ss.; Bockelman, Strafrecht des Arztes, pp. 112, 114 s., 125, nota 45; Blei, AT, § 84, II, 5; Maurach-Gössel, AT, II, § 45, núm. marg. 32 s.; Sax, JZ, 1975, pp. 137 ss.; Wessels, § 16, I, 2; AK-Seelmann, § 13, núm. marg. 23 s.; Jescheck, AT, § 58, II, 2; no obstante, indeciso, el mismo, en: LK-Jescheck, núm. marg. 83, ante § 13.

<sup>111</sup> De tal modo se responde a los reparos de Samson, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 603, nota 92. Tendrá importancia práctica el servicio médico por turnos al que Samson alude: No se trata de quién estuviera de servicio casualmente cuando se conectó la máquina, sino de quién ha de responder por la medida médica en el momento de la acción. Dado que el paciente no tiene

b) El ámbito vital del lesionado está también organizado de modo orientado al resultado cuando sus bienes, al ocurrir tales actuaciones —que *por su ubicuidad son socialmente adecuadas*—, no tienen ya firmeza. Así como —al margen de los deberes especiales— no está asegurada jurídicamente la confianza en una dedicación especial, tampoco hay, por lo regular, confianza penalmente asegurada en que no se produzcan afectaciones de ámbitos de organización particulares, afectaciones sin las que ya no resultaría posible la convivencia, o sólo con un coste desproporcionado. Ejemplo: Si una persona, por su hipersensibilidad, resulta lesionada en una medida relevante para el § 223 StGB cada vez que pasa un camión, por el ruido de éste, no por ello los camiones han de evitar pasar por las carreteras de su entorno bajo la amenaza de pena por delito de lesiones. Quien alberga a su amigo que pasa de viaje, no comete un encubrimiento (§ 258 StGB) sólo porque ese alojamiento al mismo tiempo oculta de la policía al amigo que está siendo buscado<sup>112</sup>. A este contexto pertenecen también los *daños subsiguientes* en la forma de «daños por shock»<sup>113</sup>. Ejemplo: Al recibir la noticia de que su hijo ha resultado muerto en el accidente de tráfico ocasionado por el actuar no permitido del autor, los padres sufren un «ataque de nervios». Cómo solucionar los sufrimientos anímicos, en determinados ámbitos, es asunto de cada cual. Desde luego, los límites no están nada claros. No sólo frente a personas dependientes puede llegar a ser deber jurídico el tener en cuenta la constitución anímica. Así, sería discutible la responsabilidad cuando la víctima sufre el daño por *shock* a causa de noticias falsas. Si bien es asunto propio de cada uno el arreglárselas con la realidad, ya no lo es el tener que hacerlo con una mentira (*vid.* asimismo *infra* acerca de la distribución de la incumbencia en la autoría mediata, 21/68 ss., 78).

c) El lesionado no está amenazado por el agente, sino por parte de terceros cuando el tercero deriva lo realizado por el autor hacia lo delictivo en su ámbito de incumbencia. Se trata entonces de supuestos de la prohibición de regreso (*infra* 24/13 ss.). Por otra parte, el tercero puede organizar las cosas *antes* de la ejecución de la acción de modo que ésta llegue a una situación en que

por qué soportar contra su voluntad los servicios del médico (no hay obligación de someterse a tratamiento), le está permitido ocasionar su conclusión por medio de un tercero: Quien con la voluntad del paciente interrumpe el tratamiento, no comete un homicidio a petición, sino una interrupción de tratamiento atípica; LG, NSTZ, 1987, pp. 345 ss., 348 ss.; de otra opinión, Herzberg, JZ, 1988, pp. 182 ss., 185 ss. (que aprecia la realización del tipo, pero al mismo tiempo, con amplio alcance, estima la justificación). La solución tiene validez aun cuando el tratamiento esté médicamente indicado, pero no cuando no se trata de un servicio procedente de un ámbito de organización *ajeno*; ejemplo: Quien a petición de la víctima interrumpe, no los efectos de un corazón y pulmón artificial, sino los de la circulación natural de la sangre, no comete un hecho sin posición de garantía, sino un homicidio a petición (no obstante, *vid.* también *infra* 29/56).

<sup>112</sup> *Id.* Schubarth, Schultz-Festgabe, pp. 158 ss., 162 ss.; Frisch, NJW, 1983, pp. 2741 s., 2743; *vid.* también OLG Stuttgart, NJW, 1981, pp. 1569 s. Acertado en cuanto al resultado, pero sin conciencia del problema, BGH, JZ, 1983, pp. 810 s. Errado OLG Koblenz, 1982, pp. 2785 s.

<sup>113</sup> Roxin, Honig-Festschrift, pp. 133 ss., 141 s.; el mismo, Gallas-Festschrift, pp. 214 ss., 256 ss.; SK-Rudolphi, núm. marg. 78, ante § 1; Schünemann, JA, 1975, pp. 435 ss., 715 ss., 720; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 125 s.; Wolter, Objektive und personale Zurechnung, pp. 55 s., 341; la explicación común de que la prohibición de matar o de lesionar no preservaría «más que al afectado de los efectos somáticos de conmociones anímicas» (Roxin, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 256 s.) es evidentemente un círculo vicioso: La víctima del *shock* está afectada *incluso* somáticamente; así, crítico con razón Frisch, Verhalten, pp. 397 ss. En relación con el Derecho civil, *vid.* BGHZ, NJW, 1985, p. 1390.

va a resultar dañosa; dada la posición de garante, el agente sería entonces incluso autor por comisión (§ 25.1, 1.ª variante StGB). Ejemplo: Un terrorista instala en una vivienda una carga explosiva preparada para estallar en el momento en que el vecino abra su puerta. Dado que el vecino no es garante de lo que preparen terceros con objetos —no propiamente peligrosos— de su ámbito de organización, puede aprovecharlos, a reserva de las limitaciones que se expondrán a continuación, sin tener en cuenta las consecuencias a ellos conectadas voluntariamente por parte de terceros.

No es necesario que, para ser responsable de la situación delictiva, el tercero obre dolosa o bien en general evitablemente. La responsabilidad de un tercero sin comportamiento de organización conscientemente dañoso es sobre todo posible cuando el agente realiza una obra «sintonizada» con la organización del tercero. Ejemplo: Si un fabricante, por encargo de un comerciante independiente, suministra un producto de limpieza adecuadamente etiquetado directamente a un cliente del comerciante, no responderá aquél —incluso en caso de previsión segura— por los daños que sufra el cliente porque el comerciante le había informado incorrectamente de la idoneidad del producto como condimento. *Vid.* asimismo *supra*, acerca del riesgo permitido, 7/50, 50 a.

- 66 3. El agente no queda exento de responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión cuando, *con independencia de la acción*, es garante de que el bien afectado quede intacto o, al menos, no resulte amenazado por determinados peligros. El médico que, contra su deber de tratar, da por concluido un tratamiento intensivo con la consecuencia de la muerte del paciente, responde por los §§ 211 ss. StGB tanto si suspende su actividad manual (omisión; §§ 211 ss., 13 StGB) como si desconecta la máquina que funcionaba automáticamente (acción). La posición de garante puede surgir de una vinculación institucional que obliga a la solidaridad (especial confianza, etc.), pero también puede basarse en una responsabilidad por organización, fundamentada con independencia de la respectiva acción (al igual que, también en el autor de la omisión, la circunstancia de que un determinado comportamiento no fundamente ninguna posición de garante por incumbencia de organización no significa que otro comportamiento no haya ya fundamentado tal incumbencia).

El garante sólo ha de responder por cursos causales dañosos que afecten a un bien al que ha de favorecer la posición de garante. Ejemplos <sup>114</sup>: La prohibición de apagar las luces de carretera por la noche sirve a los bienes que intervienen en el tráfico rodado, pero no a los aviadores deportivos que se orientan por la serie de luces. La prohibición de pasar peligrosamente junto a un

<sup>114</sup> En el supuesto de RG, 63, pp. 392 ss., 294, dos personas circulan en bicicleta en la oscuridad sin luces. La de delante choca con un automóvil que viene en sentido contrario y resulta lesionada, lo que no habría ocurrido si la de detrás hubiera llevado las luces encendidas, ya que la de delante habría estado iluminada y visible. En caso de conducción no coordinada en fila, falta ya la causalidad del de atrás por el accidente: Su conducción no es condición de la conducción del de delante. En caso de conducción común coordinada, la prohibición de regreso impide la responsabilidad. No existe un deber de alumbrar activo, sino sólo una prohibición de conducir sin luces. Si existiese un deber de alumbrar, habría que atender a qué riesgo debe disminuir este deber, y dado que éste difícilmente será el riesgo existente para quienes conducen por delante, el resultado no sería imputable; *vid.* ya Exner, Frank-Festgabe, t. I, pp. 569 ss., 585.

autobús escolar sirve al transporte de los escolares, pero no a los usuarios adultos que el conductor deja subir por hacerles un favor <sup>115</sup>.

4. También sin deber especial, en los casos descritos sólo decae la responsabilidad por delito de resultado por comisión. Si la acción conduce a un peligro común o a una desgracia en el sentido del § 323 c StGB (menos relevante en la práctica es el § 138 StGB), la ayuda en la situación de desamparo consiste en la *omisión de la acción* <sup>116</sup>. Al igual que el que omite sin contravenir un deber de garante debe prestar la solidaridad mínima exigida en el § 323 c StGB por medio de una acción de salvamento, así el que obra activamente, en caso de inaplicabilidad de los delitos de resultado por comisión puede omitir a causa de la solidaridad mínima exigida. Ejemplo: Quien devuelve el préstamo a su acreedor, aunque sepa que el acreedor utilizará el dinero para sufragar una acción terrorista que pondrá en peligro vidas humanas, desde luego que no responde por complicidad en los delitos que se realizan en el atentado, pero sí por el § 323 c StGB.

5. *Resumen.* Hay acciones que conducen a un resultado típico sin que el agente mediante estas acciones haya configurado su ámbito de organización sin consideración a otras personas. En tales acciones, la responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión sólo está fundada cuando el agente, con independencia de su acción actual, es garante, es decir, cuando está obligado, a causa de otra acción previa (injerencia) o a causa de sus deberes de la vida de relación, a especiales limitaciones de acción, o bien cuando, a causa de sus deberes institucionales de solidaridad, está obligado a sacrificar su libertad de acción. Sin posición de garante, queda la posibilidad de responder por lesión de la solidaridad mínima (¡mediante acción!) con arreglo a los §§ 138, 323 c StGB.

### C. Los llamados delitos de omisión mediante comisión

1. Con la idea de que el alcance de la responsabilidad de los delitos de comisión es más estrecho que el alcance de la realización evitable del resultado mediante acción, se solucionan también los casos de los llamados delitos de omisión mediante comisión, en los que el autor paraliza su capacidad de evitar un resultado típico. Ejemplos comunes: Un guarda-barreras se embriaga a propósito, hasta el punto de que ya no puede manejar las barreras, etc., hasta que se produce como consecuencia la muerte de transeúntes <sup>117</sup>. Un soldado de per-

<sup>115</sup> BGH, VRS, 60, pp. 38 ss.

<sup>116</sup> La aplicación del § 323 c StGB es problemático desde el punto de vista constitucional, debido a la prohibición de indeterminación consagrada en el artículo 103.2 GG y en el § 1 StGB, ya que falta un precepto análogo al § 13 StGB para transformar los delitos de omisión en delitos de comisión. Frente a la responsabilidad por un delito de comisión, que no está excluida por la *lex scripta*, la reducción de la responsabilidad por el § 323 c StGB beneficia al autor. Sobre la aplicación de delitos de omisión propia a la comisión, *vid.* Maurach-Gössel, AT, II, § 45, núm. marg. 45 ss., y ahí sin embargo sólo en concurso con delitos de comisión.

<sup>117</sup> El comportamiento relevante puede ser también un omitir: El guardabarreras, ante la falta de oxígeno, no sale a tomar el aire, de modo que se desmaya, etc.; la doctrina dominante, que construye su solución a través de un delito de omisión mediante comisión, tiene que apreciar aquí un delito de omisión mediante omisión.

miso se embriaga de tal modo que debe guardar cama durante tres días, no pudiendo regresar al cuartel (§ 15 WStG). En estos casos se trata de comisiones<sup>118</sup>, cuyos efectos, sin embargo, no sobrepasan el propio ámbito de organización; así pues, sólo se puede castigar por delito de resultado mediante comisión si —como en los ejemplos mencionados— existe una posición de garante. De lo contrario, el autor queda impune, si faltan los requisitos de los §§ 138, 323 c StGB. Ejemplo: Quien sabe de la comisión de un delito, estropea la línea telefónica, no pudiendo después llevar a cabo la denuncia del delito, etc.; si existe posición de garante, responderá por el delito de resultado; sin posición de garante, sólo habría posibilidad de hacerle responder por el § 138, al que habría que complementar con una variante comisiva, siempre que se trate de uno de los delitos allí comprendidos; si no, el hecho quedará impune<sup>119</sup>.

2. Sobre el problema de los supuestos delitos de omisión mediante comisión en la forma de participación comisiva en el delito de omisión, *vid. infra*, acerca de los delitos de omisión, 29/108 ss.

#### D. Los delitos de infracción de deber

70 1. Hasta aquí se ha tratado de las consecuencias que deben extraerse de que en el supuesto básico de los delitos de comisión el fundamento de responsabilidad sea la responsabilidad por la ampliación de un ámbito de organización. Junto a esta responsabilidad, que supone la pieza complementaria de la libertad de acción, aparece una responsabilidad a causa de la lesión de deberes de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente asegurado. En los casos de estos *delitos de infracción de deber*<sup>120</sup>, con independencia del hecho existe una relación entre el autor y el bien. La relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino positivamente por medio de un estatus del autor en relación con el bien.

<sup>118</sup> *Vid.* el elemento distintivo indicado *infra* 28/3: un motivo de más. Naturalmente, el autor habría podido realizar aún una acción salvadora para evitar el resultado, y puede ocurrir que, p. ej., el guardabarreras, sin el motivo de haberse embriagado, tampoco se hubiera decidido a bajar las barreras (o sea, que le habría faltado también un motivo). No obstante, el deber jurídico existente también habría dado lugar a castigar, por no bajar las barreras, como delito de omisión. Formulado como problema causal: En una situación *sin* motivo de salvación, embriagarse no es condición del resultado. Sin embargo, no se trata de una situación *sin* motivo de salvación verificada con arreglo a datos psíquicos, sino de imputación: Hay que salvar, y en una situación *con* motivo de salvación, embriagarse es condición del resultado.

<sup>119</sup> En definitiva, doctrina dominante; desde luego, en caso de plena responsabilidad se tratará de castigar por comisión a partir de un delito de omisión; pero como una comisión siempre sólo puede infringir una prohibición, el delito de omisión, a partir de la norma, ha de completarse (transformarse) con un delito de comisión. *Roxin*, *Engisch-Festschrift*, pp. 380 ss., 383; *Bertel*, *JZ*, 1965, pp. 53 ss., 55; *Meyer-Bahlburg*, *GA*, 1968, pp. 49 ss., 51; v. *Overbeck*, *GS*, 88, pp. 319 ss., 331 s.; *H. Mayer*, *AT*, § 17, I; *vid.* también *Gössel*, *ZStW*, 96, pp. 321 ss., 328 ss.; dubitativo, *AK-Seelmann*, § 13, núm. marg. 26, 60. En relación con la figura argumentativa de la *omisión libera in causa*, *vid. Welp*, *Vorangegangenes Tun*, pp. 137 ss.; *Maurach*, *JuS*, 1961, pp. 373 ss., 376 s.; *Androulakis*, *Studien*, pp. 152 ss.; *Hruschka*, *Bockelmann-Festschrift*, pp. 421 s.; *el mismo*, *AT*, pp. 57 ss.; *Joerden*, *Strukturen*, pp. 52 ss.; *vid.* asimismo *supra* sobre la *actio libera in causa* 17/64 ss.

<sup>120</sup> *Roxin*, *Kriminalpolitik*, p. 17; *el mismo*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 352 ss.; *vid. infra* 21/115 ss.

Este estatus está estrechamente vinculado a contextos regulados (padres, tutor, funcionario) —es decir, a instituciones— preformados y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites. En estos delitos, la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por medio del estatus, no por medio de su ámbito de organización. El estatus fundamenta, de modo distinto a como sucede en los deberes (que incumben a todos), de no lesionar o sus derivados (los deberes en virtud de incumbencia de organización en los delitos de omisión), un deber especial en sentido estricto.

En los delitos de infracción de deber no se suele distinguir entre comisión y omisión. Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de responsabilidad institucional (*infra* 29/57 ss.) son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de incumbencia institucional. Ejemplo: El director de un orfanato, sin consideración al género de su contribución, o incluso sin contribución alguna (esto es, por omisión), es responsable como autor si los niños sufren daños en la salud por la pésima calidad de la comida (§ 223 b StGB).

2. Tanto los delitos de comisión como los de omisión tienen, pues, un fundamento de responsabilidad por incumbencia de la organización y, por otra parte, otro por la incumbencia institucional; de ahí se deduce que la separación comisión-omisión sólo sigue una de las diversas posibles divisiones a través del complejo de lo objetivamente típico. Otra división discurre entre las responsabilidades referidas a la organización, por una parte, y las referidas a la institución, por otra, tanto en la comisión como en la omisión. Sólo esta última división acierta en el fundamento de responsabilidad, siendo por ello la más importante materialmente<sup>120a</sup>.

#### VII. LA IMPUTACION OBJETIVA, 5.ª CONTINUACION: REALIZACION DEL RIESGO EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE RIESGOS

**BIBLIOGRAFIA:** *E. S. Binavince*, Die vier Momente der Fahrlässigkeit, 1969; *H. Bindokat*, *Versari in re illicita* und Erfolgsszurechnung, *JZ*, 1977, pp. 549 ss.; *el mismo*, Verursachung durch Fahrlässigkeit, *JuS*, 1985, pp. 32 ss.; *B. Bottke*, Die Immission infektiösen Ejakulats bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr zwischen HIV-Infizierten und minderjährigen Jugendlichen, *AiFO* 1988, pp. 628 ss.; *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *U. Ebert* y *K. Kühl*, Kausalität und objektive Zurechnung, *Jura*, 1979, pp. 561 ss.; *U. Ebert*, Comentario a OLG Stuttgart, *JR*, 1982, pp. 419 ss., loc. cit., pp. 421 ss.; *el mismo*, Der Schutzzweck von Geschwindigkeitsvorschriften als Problem objektiver Erfolgsszurechnung, *JR*, 1985, pp. 356 ss.; *F. Exner*, Fahrlässiges Zusammenwirken, *Frank-Festschrift*, Bd. I, pp. 569 ss.; *M. Fincke*, Arzneimittelprüfung. Strafbare Versuchsmethoden, 1977; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *W. Hardwig*, Verursachung und Erfolgsszurechnung, *JZ*, 1968, pp. 289 ss.; *R. D. Herzberg*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *G. Jakobs*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, suplemento *ZStW*, 1974, pp. 6 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, 32, pp. 88 ss., *JR*, 1984, pp. 385 ss.; *el mismo*, Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, *Lackner-*

<sup>120a</sup> *Vid. Volk*, *Tröndle-Festschrift*, pp. 219 ss., 237.

Festschrift, pp. 53 ss.; *M. Kahlo*, Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen, GA, 1987, pp. 66 ss.; *el mismo*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes im Zusammenhang mit der Ausstellung einer Todesbescheinigung, NJW, 1990, pp. 1521 ss.; *H. J. Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *condicio sine qua non* Formel im Strafrecht, 1968; *H. Kamps*, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss.; *el mismo*, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Jescheck-Festschrift, pp. 273 ss.; *U. Kindhäuser*, Comentario a OLG Karlsruhe, JR, 1985, pp. 479 ss., loc. cit., pp. 480 ss.; *K. H. Knauber*, Comentario a BGH, NJW, 1971, pp. 388, op. cit., pp. 627; *J. Krümpelmann*, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Bockelmann-Festschrift, pp. 443 ss.; *el mismo*, Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, GA, 1984, pp. 491 ss.; *el mismo*, Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelfikten, Jescheck-Festschrift, pp. 313 ss.; *el mismo*, Zurechnungsfragen bei mißlungener ärztlicher Fehlerkorrektur, JR, 1989, pp. 353 ss.; *W. Küper*, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, Lackner-Festschrift, pp. 247 ss.; *E.-J. Lampe*, Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW, 101, pp. 3 ss.; *H. Niewenhuis*, Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht, 1984; *F. Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl., 1972, pp. 19 ss.; *H. Otto*, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht-OLG Hamm, NJW, 1973, 1422, JuS, 1974, pp. 702 ss.; *el mismo*, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW, 1980, pp. 417 ss.; *el mismo*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-Festschrift, pp. 91 ss.; *I. Puppe*, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS, 1982, pp. 660 ss.; *la misma*, Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW, 95, pp. 287 ss.; *la misma*, Comentario a BGH, 33, pp. 61 ss., JZ, 1985, pp. 295; *la misma*, Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW, 99, pp. 595 ss.; *O. Ranft*, Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt?, NJW, 1984, pp. 1425 ss.; *C. Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW, 74, pp. 411 ss.; *el mismo*, Reseña bibliográfica ZStW, 78, pp. 214 ss.; *el mismo*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift, pp. 133 ss.; *el mismo*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; *H. J. Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS, 1969, pp. 549 ss.; *E. Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *el mismo*, Begehung und Unterlassung, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss.; *el mismo*, Die Kausalität der Beihilfe, Peters-Festschrift, pp. 121 ss.; *F. Schaffstein*, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-Festschrift, pp. 169 ss.; *H. Schlehofer*, Risikoversatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten, NJW, 1989, pp. 2017 ss.; *E. Schluchter*, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen, JA, 1984, pp. 673 ss.; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939; *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelfikte, JA, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, StV, 1985, pp. 229, loc. cit., pp. 229 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *el mismo*, Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung, en: *el mismo et al.* (ed.), Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, pp. 373 ss.; *el mismo*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung, JR, 1989, pp. 89 ss.; *J.-M. Silva Sánchez*, Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts, GA, 1990, pp. 207 ss.; *G. Spendel*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen,

Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 183 ss.; *el mismo*, Der *Conditio sine qua non* Gedanke als Strafmilderungsgrund. Zugleich ein Beitrag zum Besonderen Teil der Strafzumessungslehre, Engisch-Festschrift, pp. 509 ss.; *el mismo*, Der hypothetisch gleiche oder schwerere Delikterfolg als Strafmaßproblem. Zum Fall der Giftgaslieferungen für die Auschwitzmorde, Bruns-Festschrift, pp. 249 ss.; *G. Stratenwerth*, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss.; *F. Streng*, Zum rechtlichen Zusammenhang zwischen überhöhter Geschwindigkeit und Verkehrsunfall, NJW, 1985, pp. 2809 ss.; *K. Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965; *el mismo*, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ, 1969, pp. 364 ss.; *J. Wessels*, Comentario a BGH, 21, pp. 59 ss., JZ, 1967, pp. 449 ss.; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965.

### A. La necesidad de individualizar el riesgo

1. Para cada daño se pueden señalar diversas condiciones o, mejor, complejos de condiciones; así, para explicar el atropello de un niño se puede aducir que se abrió al público una calle de determinadas características, que un automóvil se dirigía al lugar en el momento del accidente, que un niño se disponía a cruzar una calle, etc., y en relación con estas condiciones a su vez se pueden indagar las condiciones previas, p. ej., que la calle se trazó sin visibilidad, porque para una conducción segura no se aprobó suficiente presupuesto, etc. La enumeración de todas las condiciones con el mismo rango no aportaría orientación alguna, sino que sólo pondría de manifiesto la interconexión inabarcablemente polifacética de todo acontecer. Por eso, el daño se aclara mejor mediante la remisión a un complejo de condiciones; es decir, que tal complejo se define como determinante. Son, p. ej., clases de tales complejos, determinantes, de condiciones: Comportamiento defectuoso de un autor, culpabilidad de un autor, propia culpabilidad de la víctima, desgracia. Un complejo de condiciones que pertenece a un contexto de aclaración se llamará a partir de ahora «riesgo».

2. El problema de la concurrencia de riesgos<sup>121</sup> surge de la circunstancia de que el comportamiento arriesgado de modo no permitido (es decir, el riesgo: comportamiento defectuoso) del autor puede afectar a una situación que a su vez ya está amenazada por riesgo (por ejemplo: La víctima no ha adoptado las medidas de autoprotección que le incumben, o tiene una constitución débil o es puesta en peligro por otro autor). En tales situaciones, para verificar la responsabilidad por delito consumado se debe determinar si se ha realizado el riesgo del que ha de responder el autor, u otro riesgo.

Antes de exponer los requisitos de la realización de un riesgo se puede ya comprobar que para todo daño cabe señalar cualquier riesgo. Cuando no se rea-

<sup>121</sup> Los demás conceptos empleados (relación de fin de la norma, ámbito de protección de la norma) son demasiado amplios; también la causalidad, el riesgo no permitido, la comisión referida a posición de garante, el dolo y la imprudencia cabe incluirlos bajo esos términos. El concepto, también empleado, de relación de antijuricidad se extiende además a todas a las causas de justificación. Absolutamente en contra de cualquier consideración, exoneradora para el autor, de concurrencias de riesgos; *Eb. Schmidt*, Arzt im Strafrecht, pp. 200 ss.; *Spendel*, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 183 ss., 196 ss.; *Binavince*, Momente, pp. 220 s.; *Bindokat*, JZ, 1977, pp. 549 ss., 551.

liza la conducta defectuosa de un autor, se remite a la víctima a otras aclaraciones, y cuanto más fuertemente se abran paso otras aclaraciones distintas, menos motivo existe para imputar a un autor. La averiguación del modo de aclaración decisivo, pues, ha de ser estipulado en caso de duda.

Varios autores pueden ser, también juntos, responsables de un riesgo que se realiza, lo cual es corriente cuando concurre la actuación de varias personas (coautoría o participación), pero también puede ocurrir en la autoría simultánea (*Nebentäterschaft*), como, p. ej., cuando un padre manda a su hijo descuidadamente cruzar la calle, el cual resulta atropellado por un conductor que igualmente circulaba con algún descuido (el padre debe contar con conductores levemente descuidados, el conductor con peatones levemente descuidados). En caso de vulneración de incumbencia puede ser la propia víctima, junto al autor, responsable del riesgo que se realiza. Ejemplo: Alguien cruza descuidadamente una calle, siendo atropellado por un conductor igualmente descuidado. Se presupone aquí que el descuido de ambos intervinientes es necesario para explicar el curso causal dañoso (acerca de ello, con más detalle, *infra* 7/83).

## B. La irrelevancia de hipótesis

- 74 1. El resultado dañoso, cuya realización se ha de aclarar señalando el riesgo, en el caso que aquí interesa principalmente de los delitos de resultado lesivo, consiste en la lesión de un bien objetivo; se trata, pues, de determinar un curso causal efectivamente dañoso. Un curso causal dañoso ha de distinguirse de un curso que, sin conducir a un daño, arrebata a un bien su posibilidad de persistir. Ejemplo: Si amenaza caer una tormenta de granizo (riesgo: desgracia), mientras los niños están pisoteando un sembrado de trigo al jugar a los indios (riesgo: comportamiento defectuoso), puede que la cosecha, al pisotearla, ya no tenga posibilidad de persistencia por la tormenta que se avecina, pero no se ve destruida por la tormenta, sino por los niños al jugar. Desde luego, el saldo de posibilidades de un bien no empeora cuando se destruye un bien de todos modos ya perdido (sobre ello, *infra* 7/90 ss.). Se podría construir un sistema del Derecho penal que tuviera en cuenta el estado de las posibilidades y formulara como resultado típico la destrucción de una posibilidad de persistencia o el empeoramiento de un saldo de posibilidades. Sin embargo, el Derecho vigente no atiende a ello, sino a la producción del daño <sup>122</sup>.

- 75 2. Como importa la producción del daño, pero no la pérdida de una posibilidad de persistencia, no se puede aceptar la fórmula tan difundida de que falta ya la realización del riesgo cuando sin el riesgo desencadenado por el au-

<sup>122</sup> La solución del Derecho vigente es preferible desde luego para aquellos bienes cuyo valor no es compensable. Con más detalle, *Jakobs*, *Lackner-Festschrift*, pp. 53 ss., 60 ss.; de otra opinión, *Arthur Kaufmann*, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 200, 229, y en parte también *Samson*, *Kausalverläufe*, pp. 88 ss.; *vid. además Rödig*, *Alternative*, pp. 110 ss.; *Wolff*, *Kausalität*, pp. 19 ss. Un curso causal dañoso que no alcanza su plena realización puede de todos modos realizarse en parte. Ejemplo: El primer autor envenena a un animal de modo que éste muere después; pero antes de que se produzca la muerte, lo mata de un disparo otro segundo autor. Mediante el veneno ya se ha dañado de modo consumado al animal (§ 303 StGB); la muerte es, pues, sólo destrucción de una cosa ya disminuida en su valor.

tor se *habría* realizado otro. Es inútil sobre todo la fórmula de que no se ha realizado un riesgo no permitido cuando el resultado también se *habría* producido de haber sido permitido el comportamiento del autor <sup>123</sup>. Lo que equivale a decir que ya no hay garantía para un bien al que de hecho no se le puede salvar. Así pues, si la víctima está a punto de morir de hambre, ¿se la puede matar con un plato envenenado? Desde luego la hipótesis no se suele entender así <sup>124</sup>, sino que más bien hay que mantener las garantías normativas del bien. Pero también en este marco reducido la fórmula está expresada incorrectamente, porque aún el fundamento de un resultado y la falta de concurrencia de este fundamento.

El que se realice o no un riesgo no depende de lo que habría ocurrido sin este riesgo, sino de lo que ha ocurrido con él <sup>125</sup>. Paralelamente a la incorrección de la fórmula de la *condicio sine qua non* (*supra* 7/8 ss.), la comprobación de la realización del riesgo conduce a errores al tener en cuenta hipótesis <sup>126</sup> si hay disponible un riesgo sustitutivo. El riesgo que ha de comprobarse y el riesgo sustitutivo bloquean mutuamente la verificación de que se haya realizado uno u otro. Ejemplo <sup>127</sup>: Un camión adelanta a un ciclista a una distancia muy escasa; el ciclista se asusta, se tambalea hacia el camión y resulta muerto; el ciclista iba bebido e incluso si se le hubiese adelantado a la distancia lateral reglamentaria se habría asustado y se habría tambaleado hacia el camión. Al verificar la realización del riesgo —de modo usual, pero incorrecto— con ayuda de una hipótesis, se saca en consecuencia que no se ha realizado el peligro del adelantamiento muy ajustado; pero aplicando este método puede faltar también la realización del riesgo consistente en estar bebido el ciclista, es decir, si sin estar bebido el ciclista se habría llegado al accidente por lo escaso de la dis-

<sup>123</sup> *Jescheck*, *AT*, § 55, II, 2 a; *LK-Jescheck*, núm. marg. 63 ante § 13; *Bockelmann-Volk*, *AT*, § 20, I, 4 c; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 161 ss., 163; *Wessels*, *AT*, § 15, II, 5; *Lackner*, § 15, III, 1 a bb; *Arthur Kaufmann*, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 200 ss., 229; *Ulsenheimer*, *Verhältnis*, pp. 146 s., 148 s.; *el mismo*, *JZ*, 1969, pp. 364 ss.; de entre la jurisprudencia: *BGH*, 11, pp. 1 ss. Evitando el método hipotético, pero distinguiendo en el caso concreto, *Kahrs*, *Vermeidbarkeitsprinzip*, pp. 69 ss., 99 ss.; *Hardwig*, *JZ*, 1968, pp. 289 ss., 291; *Samson*, *Hypothetische Kausalverläufe*, pp. 68 ss. y *passim*.

<sup>124</sup> *Vid. LK-Jescheck*, núm. marg. 63, ante § 13: Debe atenderse a la ineludibilidad de la situación objetivamente dada; *BGH*, 30, pp. 228 ss., 231 ss.; *Niewenhuys*, *Gefahr*, pp. 94 ss.; en otro sentido, naturalmente, *Arthur Kaufmann*, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 200 ss., 229 s. *Vid. asimismo infra* 7/92 ss.

<sup>125</sup> *Rarft*, *NJW*, 1984, pp. 1425 ss., 1427; *Puppe*, *ZStW*, 99, pp. 595 ss., 600; *Jakobs*, *Lackner-Festschrift*, pp. 53 ss., 56 ss.; *Krümpelmann*, *Jescheck-Festschrift*, pp. 326 ss., 329 ss.; en lo esencial, también *Frisch*, *Verhalten*, pp. 529 ss., con nota 89: La formulación de hipótesis sería una «descripción heurística gráfica, inexacta, de la cuestión decisiva de si el curso causal concreto habría sido evitable, conforme a plan, mediante la observancia de la norma»; también *op. cit.*, 565 ss.

<sup>126</sup> La causalidad se averigua y se demuestra mediante la contraposición de alternativas definidas en sistemas definidos. Tratándose de descubrir y de demostrar la causalidad, es, pues, razonable la contraposición de alternativas hipotéticas. Sin embargo, el enunciado «un riesgo se ha realizado si el resultado no se habría producido en una situación sin esos factores de riesgo» sólo se debe entender del modo siguiente: Los mencionados factores de riesgo han condicionado el resultado; si ha de demostrarse este hecho de la experiencia, entonces hay que disminuir el *input*, controlado en su totalidad, de un sistema idéntico, restándole esos factores determinados, etc. Sobre ello, *Jakobs*, *Lackner-Festschrift*, pp. 53 ss., 58 s.

<sup>127</sup> *BGH*, 11, pp. 1 ss.; supuesto comparable: *OLG Karlsruhe*, *JR*, 1985, pp. 479 s., con comentario de *Kinshäuser*, *loc. cit.*, pp. 480 s.

no permitida. El discernir si se necesita determinada información para aclarar un daño se sabe por experiencia o se aprende recabando experiencia <sup>131a</sup>. Se trata de invertir el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos): Al igual que la peligrosidad, de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones conduce a definir las prospectivamente como un riesgo, en la realización del riesgo se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo. Las situaciones que se tienen en mente al definir el riesgo son precisamente aquellas con cuya producción se realiza el riesgo <sup>131b</sup>. Si, en el ejemplo ya mencionado, un camión adelanta (relación permitida) a un ciclista a una distancia lateral insuficiente (relación no permitida) y el ciclista se asusta en su embriaguez, tambaleándose hacia el camión con resultado de muerte, o bien la estrechez de la distancia condiciona el asustarse (quizá conjuntamente con la embriaguez; al respecto, *infra* 7/83), entonces dicha estrechez se necesita para aclarar el daño, o bien la estrechez no contribuye a que el ciclista se asuste (p. ej., porque el ciclista no ha visto nada, sino que sólo ha oído ruido, y en su embriaguez se ha asustado de éste; sólo se realiza el riesgo que residía en su embriaguez), y entonces no se necesita para la aclaración, o bien no se puede determinar si la estrechez ha contribuido en algo a la aclaración, y entonces hay que atender a la distribución de la carga de la prueba (sobre ello, *infra* 7/98 ss.). La formulación, antes común, de que en los casos de ausencia de realización del riesgo falta la causalidad <sup>131c</sup>, era demasiado amplia, pero no falsa en cuanto a las categorías: No falta —en la medida en que surjan problemas— <sup>131d</sup> la causalidad de algún riesgo desencadenado por el autor, pero sí la de un riesgo no permitido en especial; falta, pues, la causalidad relevante.

79 b) Un riesgo no permitido en especial tampoco se necesita para aclarar un curso causal dañoso en aquellos casos que tradicionalmente se denominan «procesos inadecuados» (contra ello, *supra* 7/31). Recientemente se formula —mal <sup>131e</sup>— diciendo que falta el ámbito de protección de la norma (sobre ello, *infra* 7/81). Se trata de que el autor, mediante un comportamiento no permitido, desencadena un riesgo que se puede impedir casualmente evitando esa conducta, pero que no se puede dominar planeadamente. Ejemplos: Se lleva la víctima secuestrada en un vehículo y ésta pierde la vida en un accidente inevitable. La víctima de un apuñalamiento perece en un incendio <sup>131f</sup> del hospital, o de camino a éste, en un accidente automovilístico, sin que con la ambulancia

<sup>131a</sup> Acerca de las hipótesis que han de utilizarse al proceder así, *vid. supra*, nota 126.

<sup>131b</sup> Frisch, Verhalten, pp. 526 s.

<sup>131c</sup> Así todavía BGH, 11, pp. 1 ss.

<sup>131d</sup> Si falta ya la causalidad de todos los elementos de una relación, consta que un riesgo existente en esta relación no sobrepasa a los otros riesgos en la concurrencia. Ejemplo: Quien conduce un automóvil a velocidad excesiva en determinado instante en Bonn, no condiciona un accidente que ocurre en ese preciso instante en Colonia. No dejan de surgir dificultades cuando se trata de la atribución de elementos que operan causalmente a una relación permitida o no permitida (sobre ello en seguida en el texto) y cuando se trata de separar el efecto que meramente modifica el riesgo de la realización del riesgo (al respecto *supra* 7/14 ss., e *infra* 7/82).

<sup>131e</sup> Siempre que faltó un presupuesto del injusto, el suceso no cae dentro del ámbito de protección de la norma; críticamente también Frisch, Verhalten, pp. 80 ss.

<sup>131f</sup> Tampoco tiene lugar la imputación cuando la víctima perece en el incendio sólo porque está discapacitada a causa de su lesión: La imposibilidad de huir en el período *ex ante* sin peligro no aumenta el riesgo general de la existencia; Frisch, Verhalten, pp. 392 s.

se hubiera conducido de otro modo que del permitido en general (sin necesidad de justificación) <sup>131g</sup>. En estos casos la relación con el bien afectado es conforme a Derecho en la medida en que se le expone a los riesgos usuales del tráfico rodado o de la estancia en un edificio, pues tales riesgos u otros semejantes no faltan enteramente en ninguna parte —salvo conservando los bienes en museos—. La víctima tiene que soportar estos riesgos existenciales unidos al modo de vida obligado, porque no exceden de lo usual y hay que liberar a la víctima de aquellos riesgos que la habrían afectado en un modo de vida de su elección <sup>131h</sup>. Del mismo modo hay que decidir asimismo si un bien es llevado antijurídicamente a otro lugar, donde es lesionado por un delito que puede afectarlo allí o en cualquier otro lugar de modo semejante: El riesgo general de la víctima no es un riesgo no permitido de aquel autor que dispone un cambio de lugar del bien.

c) La solución es válida, además, cuando el autor, con su comportamiento no permitido, no desencadena un riesgo vital general de la víctima, sino un riesgo del que la propia víctima o un tercero es responsable por vulneración de su incumbencia. Ejemplo <sup>131i</sup>: El autor conduce a gran velocidad, de manera no permitida, por una carretera con preferencia de paso. La víctima no le ve y tiene lugar una colisión. Si el autor no hubiera conducido a mayor velocidad de la permitida, bien es verdad que no habría podido detenerse antes del cruce, pero la disminución de velocidad con el frenado habría sido más intensa y la víctima habría salido del cruce antes de que llegara el autor. El riesgo de llegar al cruce un poquito de tiempo después de una infracción de la preferencia de paso no lo realiza el autor de modo no permitido <sup>131j</sup>, como puede apre-

<sup>131g</sup> Las consecuencias de la conducción temeraria de un vehículo con vistas a salvar, justificada por estado de necesidad o exculpada, han de imputarse a aquel que ha hecho necesaria la salvación; *vid. supra* en relación con la autoría mediata 21/81 ss. Igualmente, quien reduce de modo no permitido la protección ante un peligro (p. ej., la protección consistente en la inmunización, mediante el envenenamiento de las píldoras) responde de las consecuencias del peligro (del contagio). En tales casos, el autor crea, mediante un comportamiento, varios riesgos (además de la lesión, el de la conducción para salvar; además del envenenamiento de las píldoras, el del contagio). *Vid.* OLG Köln, NJW, 1956, pp. 1884; OLG Stuttgart, NJW, 1982, pp. 295 s., con comentario de Ebert, JR, 1982, pp. 421 s.; SK-Rudolphi, núm. marg. 75, ante § 1. También decide de acuerdo con las reglas mencionadas la sentencia (que erróneamente afirma la responsabilidad ante una situación probatoria no clara) BGH, JR, 1989, pp. 382 s., con reseña crítica de Krümpelmann, loc. cit., pp. 353 ss.: Un médico lleva a cabo una operación incorrectamente de modo evitable (riesgo no permitido), lo que le obliga a repetirla; en la repetición muere la víctima, por no tolerar la anestesia. Si la intolerancia se basa en un debilitamiento debido a la primera operación y como tal era de prever, la primera operación es también en esta medida un comportamiento arriesgado de modo no permitido; distinto es el caso si la intolerancia se basa en un defecto constitucional no cognoscible.

<sup>131h</sup> En definitiva, doctrina totalmente dominante: Roxin, Honig-Festschrift, pp. 333b ss.; *el mismo*, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss.; Schönke-Schröder-Lenckner, núm. marg. 95 ss., ante § 13; Jescheck, AT, § 55, II, 2 b b'; LK-Jescheck, núm. marg. 62 ante § 13; SK-Samson, § 16, apéndice núm. marg. 28; *vid.* ya Exner, Frank-Festgabe, t. I, pp. 569 ss.

<sup>131i</sup> En BGH, 33, pp. 61 ss., 63 ss., y ahí decidido incorrectamente; crítica acertada en Puppe, JZ, 1985, pp. 295 ss.; Ebert, JR, 1985, pp. 356 ss.; Streng, NJW, 1985, pp. 2809 ss., 2811; Frisch, Verhalten, pp. 98 s.

<sup>131j</sup> Más exactamente: El que el autor no se haya podido detener antes del lugar del choque no se explica por el incremento de velocidad. El que el autor no le deje a la víctima tiempo para esquivarlo tampoco se explica a partir de lo específicamente no permitido. Tal disminución del tiempo sería, si se diese, un riesgo no permitido. Queda la circunstancia de que el autor no llega al

ciarse al considerar que el breve tiempo puede ser favorable para la víctima (p. ej., el conductor de la carretera con preferencia de paso, por su gran velocidad, ya ha atravesado el cruce antes de que el obligado a ceder el paso, por su infracción de deber, haya alcanzado el punto de la colisión). Así pues, el accidente se aclara con un riesgo creado por el autor de modo permitido (y por la propia vulneración de la incumbencia de la víctima), y el riesgo creado de manera no permitida no se ha realizado.

- 81 d) La realización del riesgo falta aún más drásticamente cuando el riesgo no permitido no existe en absoluto para la víctima que resulta afectada más tarde. Ejemplo: El autor se salta un semáforo y atropella un kilómetro después, sin realizar más comportamiento no permitido, a un peatón que cae de repente a la calzada; si el autor se hubiera detenido en el semáforo, no habría llegado aún al lugar del accidente en el momento de la caída y así no habría lesionado a la víctima<sup>131k</sup>. Ciertamente el comportamiento defectuoso en el semáforo condiciona el accidente, pero sólo en relación con el instante en que el conductor llega al lugar del accidente, y ese instante, sea cual sea, no forma parte de un riesgo no permitido, ya que los riesgos que importan en el tráfico rodado no se pueden dominar interrumpiendo un viaje algún tiempo antes de continuarlo. Así pues, de nuevo el comportamiento no permitido no aclara el acaecimiento del resultado.

También supuestos de este género se integran en un sector de problemas llamado por gran parte de la doctrina «ámbito de protección de la norma» (*vid. ya supra* 7/79). Sin embargo, no presentan problemas especiales. Si acaso puede ser en el caso concreto difícil de decidir si un riesgo es permitido o no permitido. Ello ha de averiguarse mediante interpretación de las normas respectivas y carece de relación especial con la concurrencia de riesgos. Ejemplo: Quien ante una residencia de ancianos donde (para la protección de éstos) se ha establecido una limitación de velocidad a 30 km/h, conduce a demasiada velocidad, pero no más deprisa que en una situación normal, crea así una relación no permitida también en relación con un joven que anda por allí, si el letrado de limitación de velocidad no contiene salvedades. Así pues, el joven está comprendido en el «ámbito de protección de la norma», porque proteger a los ancianos sólo ha sido el motivo de la promulgación de la norma, pero no está expresado en ésta. En el ejemplo más arriba expuesto del que se salta el semá-

cruce en el tiempo «t», sino en un tiempo «menor que t», lo cual está condicionado por la velocidad incrementada, pero ¿es a su vez (como disminución del tiempo) un riesgo no permitido? Para ello, tendría que poder emplearse funcionalmente un límite de velocidad precisamente para evitar tales cursos causales; dicho de otro modo, cuanto más intensamente se infringiese el límite tanto antes se producirían accidentes. En el sentido de que no existe una relación así, *vid. en seguida* en el texto. *Puppe*, ZStW, 99, pp. 595 ss., 612 ss., incluye supuestos del género mencionado en un grupo propio de riesgos concurrentes, acaso porque en ese caso falta un *estado* intermedio permitido. Sin embargo, no hay que atender a estados, sino a riesgos, y una relación causal que sólo reordena cuándo el supuesto es fortuito (en esa medida, acertadamente, *Puppe*, *op. cit.*) no es no permitida, en lo que se refiere a esa reordenación, es decir, que no le impone a un ámbito de organización ajeno ningún riesgo que éste no tenga que soportar de todos modos.

<sup>131k</sup> Supuestos similares: BGH, VRS, 5, pp. 5, pp. 284 ss., 286; VRS, 20, pp. 129 ss., 131; OLG Karlsruhe, NJW, 1958, p. 430; AG Wennigsen, NJW, 1989, pp. 786 s.; al respecto, *Kahlo*, NJW, 1990, pp. 1521 ss.

foro es evidente que el peatón atropellado un kilómetro después no está incluido en el ámbito de protección del mandato de detenerse.

Se discute cómo decidir en los supuestos en que un daño se produce como consecuencia muy posterior de un daño duradero o permanente antes realizado. Ejemplos: La amputación de una pierna a la víctima, ocasionada imprudentemente por el autor, condiciona cinco años más tarde una caída en el hielo, con la consecuencia de otras lesiones y, a los diez años, un accidente mortal. El estado de salud general de la víctima de un accidente se ve disminuido, por lo que muere diez años después en una epidemia de gripe. Cuando se argumenta que la lesión previa ya estaba «curada»<sup>131l</sup> en el instante de la lesión posterior, ello está como mínimo incorrectamente formulado: El grupo de supuestos se define por unas secuelas permanentes del daño. Pero es posible que sea misión de la víctima organizar su vida teniendo en cuenta la existencia de la secuela del daño, sobre todo compensándola mediante medidas de protección. Llegado el caso, debe soportar incluso el riesgo de daños posteriores. Ejemplo: Quien, tras haberle sido amputado un brazo, emprende una escalada de una ladera casi vertical, infringe la autoprotección que le incumbe. Pero en la medida en que no sean posibles las medidas de compensación, o no sean exigibles a la víctima, las consecuencias tardías han de imputarse al causante del daño duradero, si es que éste supone un riesgo suficientemente intenso. De todos modos, al cabo de mucho tiempo puede ser imposible en la práctica extraer, a partir de un entramado de condiciones, el daño duradero como causa relevante. Además, la excepción de cosa juzgada puede impedir la solución procesalmente. Desde el punto de vista jurídico-material, resulta irrelevante el tiempo transcurrido hasta la producción de la consecuencia. En pocas palabras: Un médico que emplea en una transfusión sangre obviamente infectada del virus del SIDA, responde si el paciente muere (seis meses o) doce años después por el debilitamiento de anticuerpos<sup>131m</sup>.

- e) Una mera modificación del riesgo (un condicionamiento de circunstancias concomitantes del resultado) no constituye un comportamiento no permitido (*supra* 7/14). Si el autor, al llevar a cabo un comportamiento (no permitido por otros motivos), ocasiona una modificación de un riesgo permitido, no por ello se habrá realizado el riesgo no permitido. Variante del ejemplo al que ya se ha recurrido varias veces: Un ciclista completamente embriagado se cae

82

<sup>131l</sup> SK-Rudolphi, núm. marg. 77 ante § 1; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 715 ss., 720. La argumentación está también en contradicción con el enunciado de que un peligro de consecuencia posterior sea causa de determinación de la pena en el enjuiciamiento de la lesión primaria (SK-Rudolphi, *op. cit.*; *Roxin*, Gallas-Festschrift, pp. 241 ss., 254). Evidentemente, el supuesto ha de presentarse de forma que el peligro se haya creado de modo imputable. Contra la imputación de la consecuencia también *Burgstaller*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 127 ss. *De otra opinión* (en su planteamiento como aquí), *Rudolphi*, JuS, 1969, pp. 549 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, pp. 53 ss., 341, y en detalle *Frisch*, Verhalten, pp. 494 ss., con más bibliografía.

<sup>131m</sup> En distinto sentido, ya en relación con el tipo objetivo, *Schünemann*, JR, 1989, pp. 89 ss., 91 s.; *el mismo*, Rechtsprobleme, pp. 373 ss., 469 ss., 485 s.; *Schlehofer*, NJW, 1989, pp. 2017 ss., 1022 ss.; en contra, *Botke*, AfFO, 1988, pp. 628 ss., 635 ss.; *Silva Sánchez*, GA, 1990, pp. 206 ss., 210 ss. *Schünemann* entiende que por razones de «semántica del habla cotidiana», los delitos contra la vida no se acomodan a procesos de tan larga duración. Tales razones no son, desde luego, ni relevantes (*supra* 4/35, 39) ni correctas en sí: Así, se ajusta al habla cotidiana considerar que también se *mató* mediante los bombardeos atómicos sobre Japón a aquellas personas que no murieron inmediatamente, sino tras enfermedades crónicas causadas por la radiación.

en la calzada; dado que un camión al adelantar no guarda la distancia de seguridad, no arrolla el tórax, sino el abdomen del ciclista caído (tanto lo uno como lo otro tiene un inmediato efecto mortal). Si el camión circulaba a una distancia con la cual un balanceo normal (no aumentado por la embriaguez) habría tenido un desenlace no dañoso, la embriaguez permite aclarar la caída y la muerte, y el adelantar a distancia menor a la reglamentaria no hace más que modificar el riesgo derivado de la embriaguez.

## 2. Riesgos en supuestos de incumbencia de varios

- 83 No siempre es responsable una sola persona de un riesgo. Sin embargo, no se presenta dificultad especial alguna cuando son varios quienes ocasionan en común un comportamiento arriesgado. Ejemplo: Varias personas juegan juntas con fuego, o navegan juntas en un bote no adecuado para navegar en el mar, etc. Pero puede también ocurrir que varias personas tengan, una *al lado de la otra*, la misión de contener un riesgo. Tal es siempre el caso cuando hay que contar recíprocamente con un riesgo ya existente, sobre todo cuando se ha ocasionado por un comportamiento defectuoso. En el ejemplo ya citado, en que se conduce un camión, adelantando a un ciclista embriagado a una distancia lateral muy reducida, es tarea del conductor del camión ajustarse a ciclistas con capacidades inferiores a la media, y es tarea del ciclista no orientar su conducta por condiciones ideales. Si el ciclista se asusta a causa de su embriaguez (responsabilidad suya) por lo reducido de la distancia (responsabilidad del conductor del camión), se realiza un riesgo que compete a ambos participantes: la dificultad de dominar una situación apurada.

La distribución de incumbencias no tiene por qué verificarse precisamente entre un autor (infracción de deber) y una víctima (vulneración de incumbencia); puede que tomen parte varios autores unos junto a otros. Ejemplo: Un conductor no respeta la preferencia de paso; el conductor que se aproxima por la carretera con preferencia circula a mayor velocidad de la permitida; al maniobrar para frenar por haber quebrantado el otro la preferencia de paso (responsabilidad del otro), patina el vehículo como consecuencia de la velocidad excesiva (incumbencia suya) y lesiona a un transeúnte. Ambos conductores son autores de las lesiones imprudentes (*vid. asimismo supra*, sobre el principio de confianza, 7/54 ss.).

## 3. Resultados hipercondicionados

- 83a a) Poca atención se presta al problema de que un curso causal dañoso también pueda estar hipercondicionado. Este es el caso cuando, de entre varios riesgos, cada uno de ellos permite aclarar sólo circunstancias concomitantes, pero no el curso causal conducente al resultado, y ello porque aún concurren otros riesgos. Ejemplo <sup>131o</sup>. Un montacargas en el que se han realizado tareas de mantenimiento incorrectas soporta sólo la mitad de la carga teórica máxima. Se le echa una carga que pesa varias veces la carga teórica. El montacargas se

precipita al vacío. Tanto el sobrepasar la carga teórica como el hecho de que faltara capacidad de carga pueden explicar por sí solos la caída. Pero no es admisible el acumularlos, pues si un riesgo ya está completo antes de que se cree el otro (p. ej., los cables están dañados antes de que se decida sobre la mercancía que ha de cargarse), pierden su sentido las normas para evitar el otro riesgo (en cada uno de los casos). El mandato de respetar la carga teórica al ir a cargar pierde su sentido tan pronto como ésta no puede ser soportada, al igual que una prohibición de debilitar los cables pierde su sentido cuando de todos modos se lleva a cabo una sobrecarga. Por ello hay que atender a qué riesgo es el que primero que se concreta perfectamente, es decir, cuál es el que primero ha salido del ámbito de organización de la persona a la que le incumbe <sup>131o</sup>. En relación con el ejemplo citado: Si el responsable de la carga ha ordenado la sobrecarga antes de que al realizar las labores de mantenimiento incorrectamente se dañasen los cables, en la caída se realiza sólo el riesgo derivado de la sobrecarga, porque a partir del momento en que esto consta, la caída ya no depende de que el ascensor no exceda de la carga máxima.

Supuestos de este género no son raros en los ámbitos vitales en que los riesgos no permitidos ocurren masivamente. En el ejemplo, ya citado varias veces, de una colisión entre un camionero que adelanta a una distancia muy reducida y un ciclista embriagado, cabe la siguiente variante: Un ciclista embriagado se sale de la zona de protección, de modo que incluso un camión que guardase la distancia reglamentaria le arrollaría; pero el camión inicia el adelantamiento tan pegado que incluso la oscilación normal debe llevar al choque y al atropellamiento. Dado que ciertamente sobrepasar la distancia de seguridad sólo permite aclarar circunstancias concomitantes en la realización del riesgo derivado de la embriaguez, pero a su vez la embriaguez sólo permite aclarar circunstancias concomitantes del riesgo derivado de adelantar a distancia inferior a la reglamentaria, el resultado está hipercondicionado: Importa averiguar qué riesgo se ha completado antes. Si el ciclista se tambalea ya de modo inevitable cuando el camión comienza a adelantar, se realiza el riesgo derivado de la embriaguez; pero si ya no se puede hacer volver el camión a una distancia reglamentaria cuando comienza a dar bandazos el ciclista, el que éste se haya tambaleado condiciona sólo circunstancias concomitantes.

- b) Los resultados hipercondicionados se distinguen de los riesgos en casos de responsabilidad de varios en lo siguiente: En los casos de incumbencia de varios, el resultado sólo está suficientemente condicionado cuando todos los participantes se comportan incorrectamente. En el hipercondicionamiento, el resultado está suficientemente condicionado ya en caso de comportamiento defectuoso de uno solo de los participantes. Ejemplo: Si varias personas tienen, cada una por sí sola, el deber de sacar del agua a un niño, todas responden si ninguna lo salva. Pero si sólo pueden salvarlo actuando todas, sólo responde aquella cuya negativa se completa antes.

<sup>131o</sup> Vid. BGHZ, NJW, 1967, pp. 551 s.

<sup>131o</sup> Con detalle, Jakobs, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss., 63 ss., 68 s.; críticamente Puppe, ZStW, 99, pp. 595 ss., 606. En caso de simultaneidad, la norma sigue siendo razonable para ambos hasta la conclusión de la acción, es decir, responden ambos.

### E. Cuestiones particulares acerca de la realización del riesgo

- 85 1. Como importa aclarar los cursos causales dañosos, pero no su probabilidad, es irrelevante que el curso concreto, conforme a las expectativas, sea más o menos normal; también en los cursos *inadecuados* se puede realizar un riesgo. Ejemplo: Si en una persona especialmente resistente, un veneno surte efecto no ya en el estómago, sino sólo al llegar al intestino, se realiza el riesgo de envenenamiento a pesar de la extrema rareza del curso causal.
- 86 2. Como únicamente interesa el suceso real, pero no lo que hubiese ocurrido en un curso causal hipotético, también es irrelevante si un riesgo que *no* se realiza, sin embargo *acelere* el resultado (o lo retrase, aumente o reduzca) en comparación con una situación hipotética<sup>132</sup>. Al igual que una aceleración del curso causal por medio de un riesgo permitido no conduce a la imputación, tampoco es así cuando se añade un riesgo no permitido que no surte efecto, es decir, que no aporta nada a la aclaración del curso causal<sup>133</sup>. Ejemplo: Si el autor da a la víctima bombones envenenados que la víctima traga tan ávidamente que se le atragantan y muere asfixiada, no se ha realizado el riesgo de envenenamiento, con independencia de si ésta, sin la tentativa de envenenamiento del autor, habría engullido los bombones antes o en el mismo instante o después, con la asfixia como consecuencia (o no, como en seguida se verá). Incluso cuando consta que la evitación de un comportamiento peligroso habría *impedido* un resultado, eso no constituye indicio necesario ni suficiente de la realización de un peligro<sup>134</sup>. Cuando, en el caso más arriba expuesto de la incorrecta maniobra de adelantamiento, no se realiza el peligro del riesgo no permitido, la situación no cambia si era imposible un adelantamiento reglamentario, p. ej., porque la carretera era demasiado estrecha como para poder llevar a cabo un adelantamiento con suficiente distancia de seguridad. Los riesgos per-

<sup>132</sup> Equívoco BGH, 24, pp. 32 ss., 35 s., con comentario acertadamente desfavorable de *Knauber*, NJW, 1971, p. 627, según el cual para la realización del riesgo de la conducción bajo la influencia del alcohol no hay que atender a en qué contribuye la embriaguez al curso causal dañoso, ni tampoco, a tenor del método ordinario, a qué habría ocurrido sin la embriaguez, sino a cómo habría sido la situación si el autor hubiese eliminado el riesgo de la embriaguez desplegando mayor precaución (conduciendo mucho más despacio). El *Bundesgerichtshof*, indica, sin razón, que esta consideración conduce a otra solución que el proceder hipotético. Si en el modo de conducir que efectivamente se ha iniciado, un conductor sobrio se habría mantenido en el marco del riesgo permitido, y sin embargo tampoco habría podido evitar ya un daño (así interpreta el Tribunal, loc. cit., el supuesto de hecho), un modo análogo de conducir para un conductor que compensa su embriaguez sólo puede suceder de manera que tampoco puede ya evitar el daño. *Vid.* también, acerca de la sentencia citada, *Puppe*, JuS, 1982, pp. 660 s., 662; *Schlüchter*, JA, 1984, pp. 673 ss., 678 s.; *Nienhuys*, Gefahr, pp. 179 ss.

<sup>133</sup> En definitiva, igualmente BGH, 21, pp. 59 ss., 61; además, la sentencia del BGH, citada en *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, pp. 199 ss.; *Jeschek*, AT, § 55, II; *Schönke-Schröder-Cramer*, § 15, núm. marg. 169; *Hardwig*, JZ, 1968, pp. 289 ss.; *Ulsenheimer*, JZ, 1969, pp. 364 ss., 369; *vid.* también *LK-Schroeder*, § 16, núm. marg. 186.

<sup>134</sup> Así, sobre todo en los supuestos de conducción a gran velocidad en los que se produce un accidente que no se habría podido evitar —según la formulación ordinaria— conduciendo a la velocidad reglamentaria. Siempre, de haber conducido a la velocidad reglamentaria, el autor no habría estado en el lugar del accidente y por tanto éste no se habría producido. Lo decisivo es que la relación no permitida de la conducción a demasiada velocidad únicamente aclara riesgos que son dominables mediante la regulación de la velocidad.

mitidos no se convierten en no permitidos porque el autor no se haya podido desmarcar *fácticamente* de lo no permitido<sup>135</sup>. Desde luego, los carriles pueden estar dispuestos oportunamente de manera que, también para proteger de personas insensatas, tenga que omitirse todo adelantamiento; en este caso, el riesgo del adelantamiento grava al que adelanta incluso si el adelantado reacciona de modo insensato o desafortunado: El alcance del riesgo no permitido se aumenta en contra del que adelanta.

3. Siempre que se trate de *cursos hipotéticos*, la irrelevancia para la realización del peligro es evidente conforme a la solución que aquí se propone. Ejemplo<sup>136</sup>: Si para anestesiarse se emplea incorrectamente cocaína en lugar de novocaína<sup>137</sup>, o si el autor consigue un préstamo mediante engaño<sup>138</sup>, no decae la realización del peligro porque el resultado también se habría ocasionado con un medio permitido (novocaína; con datos verdaderos).

4. a) Los principios expuestos rigen también cuando un riesgo no permitido se caracteriza por «condiciones negativas» (*supra* 7/25). También aquí importa únicamente el curso causal real. Se trata de supuestos en los que un comportamiento es no permitido siempre que no se ponga en marcha un curso causal previo para disminuir el riesgo, aunque ese curso causal no habría surtido efecto en el caso concreto. De todos modos, también un curso causal ineficaz puede seguir ofreciendo una protección conforme al plan de la norma, a saber, cuando la ineficacia se basa en un comportamiento defectuoso imputable. Si el curso que habría debido ponerse en marcha previamente habría sido ineficaz porque el responsable de él se comportara incorrectamente de modo imputable, o porque la víctima no pusiera en práctica las medidas de autoprotección que le incumbían, el tener en cuenta la inutilidad fáctica del curso causal previo privaría al bien de la garantía normativa. Ejemplos: Si se entregan para la confección tejidos con pelo de cabra infectado sin desinfectarlos previamente<sup>139</sup>, o si un farmacéutico expende un medicamento peligroso sin receta<sup>140</sup>, o si un dentista anestesia a un paciente sin los análisis<sup>141</sup> previos establecidos (!), pero el respectivo proceso que habría debido ponerse en marcha (desinfección, receta, análisis) no habría impedido el daño por fallo de la persona competente, se realiza entonces el riesgo no permitido que se crea mediante un comportamiento sin curso causal que habría debido activarse previamente<sup>142</sup>. Un fallo hipotético no aclara ningún proceso causal dañoso real, es decir, un bien no deja de ser digno de protección porque otras personas lo habrían lesionado imputablemente, de haberse dado otro curso causal.

No obstante, si el curso causal que habría debido activarse antes fuera ineficaz sin el comportamiento defectuoso imputable (así en las sentencias men-

<sup>135</sup> *Vid.* *Puppe*, JZ, 19985, pp. 295 ss., 296; *Jakobs*, Studien, p. 102.

<sup>136</sup> *Vid.* de entre la jurisprudencia, además OGH, 1, pp. 49 ss.; BGH, 2, pp. 20 ss.

<sup>137</sup> RG, HRR, 1926, núm. 2302. Se presupone que no surte efectos una sustancia que esté presente tanto en la cocaína como en la novocaína; así, distinguiendo, con buen criterio, *Roxin*, ZStW, 74, pp. 411 ss., 439 s.; *Schünemann*, JA, 1975, pp. 435 ss., 647 ss., 654.

<sup>138</sup> BGH, 13, pp. 13 ss.

<sup>139</sup> RG, 63, pp. 211 ss.

<sup>140</sup> RG, 14, pp. 151 ss.

<sup>141</sup> BGH, 21, pp. 59 ss., con comentario de *Wessels*, JZ, 1967, pp. 449 ss.

<sup>142</sup> En cuanto al principio igualmente *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, pp. 69 ss., 99 ss.; *Hardwig*, JZ, 1968, pp. 289 ss., 292, nota 4.

cionadas), no se realiza el riesgo no permitido, pues entonces es completamente idéntico a un riesgo permitido, o al menos a una circunstancia concomitante irrelevante. Lo que lo hace ser no permitido no puede aportar nada al curso causal. El hecho de que el autor *pudiera* crear *ad hoc* un riesgo habiendo llevado a cabo un curso causal previo debido, no es una hipótesis relevante para el enjuiciamiento; en cualquier caso, *le estaba permitido* hacerlo.

También en las «condiciones negativas», cuando falta la realización del riesgo, no importa que un comportamiento permitido haya retrasado o incluso impedido el resultado (*vid. supra* 7/86).

- 89 b) Si coincide un fallo del comportamiento que debería haberse puesto en marcha previamente con un riesgo que paraliza la finalidad de aquél, el resultado entonces estará hipercondicionado <sup>142a</sup> (*vid. supra* 7/83 a s.). Ejemplo: El médico al que se ha llamado se entretiene en un bar, y mientras tanto un enemigo de la víctima del accidente la oculta en unos matorrales. Importa averiguar, por tanto, cuál de los dos motivos del fracaso de la salvación se completa antes.

#### F. La consideración de las hipotéticas causas del resultado en la determinación de la pena

##### 1. Principio general

- 90 Lo que habría ocurrido de no tener lugar el comportamiento arriesgado de modo no permitido, resulta indiferente para la realización del riesgo, y suele serlo también para la determinación de la pena. Así como el resultado no ha de imputarse al autor sólo porque se dé la causalidad, sino sólo si se da la realización del riesgo, así a la inversa si se da la realización del riesgo no se verá libre de responsabilidad sólo porque, aunque su comportamiento lesiona, al mismo tiempo preserva al bien lesionado de otros cursos causales conducentes al resultado. No hay, pues, ningún principio que diga que un bien cuya existencia está de todos modos amenazada ya no se encuentra normativamente garantizado. Ejemplo: Al causante de unas lesiones se le imputan éstas si las lesiones obligan a la víctima a renunciar al viaje en avión que tenía planteado, el cual habría terminado quizá o seguramente en un accidente de aviación y graves lesiones. En los casos extremos puede que la acción en sí no permitida esté justificada, principalmente mediante el estado de necesidad <sup>143</sup> (*vid. asimismo infra* acerca de la omisión 29/25).

- 91 El que no se tenga en cuenta lo hipotético —prescindiendo de los problemas de determinación de la pena, que se tratarán después— obedece al siguiente motivo: todo bien está sometido continuamente a una serie de riesgos, riesgos que o bien pueden imputarse a terceros, o bien al propio titular, por vulneración de su incumbencia, o como riesgos situados en su competencia, traducidos en desgracia. Por lo que se refiere a los riesgos imputables, ya se puso

<sup>142a</sup> Pormenores en Jakobs, Lackner-Festschrift, pp. 53 ss., 69, nota 21.

<sup>143</sup> *Vid.* sobre esto Samson, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 86 ss., y *supra* en relación con la modificación del riesgo 7/16.

de manifiesto que tener en cuenta lo hipotético privaría al bien de su garantía normativa. Todo médico, cuyo sustituto sea un inútil, podría curar mal; a quien se conduce ruinosamente consigo mismo, podría arruinarse, etc. Pero también por lo que se refiere a los casos de desgracia, la víctima puede remitirse a que las condiciones de un curso causal desgraciado no estaban completas efectivamente, cuando se ha realizado un curso causal imputable. Esto se corresponde también con el mandato de distribución uniforme de los riesgos: Así como la víctima, después de un hecho, tiene que arreglárselas ella sola con nuevos riesgos (ejemplo: La víctima se ve amenazada en el hospital por un incendio; esto no se imputa al autor de las lesiones), entonces hay que exonerarla de la preocupación por los antiguos riesgos (ejemplo: Se lesionó a la víctima cuando se encontraba a punto de partir en un coche con frenos irreconociblemente averiados). En estos casos se trata de consecuencias casuales de la configuración de la vida de la víctima, y así como tiene derecho a la buena fortuna, también tiene que soportar la mala fortuna <sup>144</sup>.

#### 2. La posibilidad de atenuar el marco penal por hipotéticas causas del resultado (semejanzas con la puesta en peligro abstracta o con la tentativa)

- a) En tanto que el autor desplaza mediante su comportamiento un curso causal dañoso hipotético, responde por el curso conducente al resultado y por el modo en que éste acaeció, aunque de él no dependa la *existencia* del resultado; pues sin la aportación del autor es verdad que el resultado se habría producido motivado por otro riesgo, pero de todos modos habría tenido existencia. Esto aproxima —a pesar de que se ha producido la consumación— el comportamiento del autor, que tiene una imagen cabal de la situación, a la puesta en peligro abstracta, en la medida en que al autor no tiene por qué achacarse la pérdida *duradera* de un bien. Si el autor no tiene tal idea cabal de la situación, también es causante supuestamente (o, en caso de imprudencia: de modo cognoscible) de la duración de la pérdida, pero no lo es objetivamente: Su comportamiento se convierte en semejante a la tentativa.

<sup>144</sup> La doctrina dominante no limita la consideración de los cursos causales hipotéticos, sino que mezcla la cuestión con la realización del riesgo, no dejando de estar confuso dónde se encuentran los límites del saldo entre realidad e hipótesis. Se reconoce que no por tener en cuenta la hipótesis se le puede privar al bien de la garantía normativa: BGH, 30, pp. 228 ss., 231 s.; Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip, pp. 75 ss., 283; Stratenwerth, AT, núm. marg. 227; Otto, Maurach-Festschrift, pp. 91 ss.; Samson, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 125 ss., 141; también Baumann-Weber, AT, § 19, III, 2 c (inevitabilidad *objetiva* como causa de justificación, tratando del mismo modo, acertadamente, dolo e imprudencia); Puppe, JuS, 1982, pp. 660 ss., 664 s. (sólo han de tenerse en cuenta los «sucesos naturales» hipotéticos —en contraposición a las «infracciones de deber de cuidado»—); *vid. asimismo* Jescheck, AT, § 28, IV, 2; § 55, II, 2 b b'; Nowakowski, JurBl., 1972, pp. 19 ss., 31; E. A. Wolff, Kausalität, pp. 21 ss.; Schmidhäuser, AT, 8/75.; Blei, AT, § 28 II 1 a, b, c; Kahlo, GA, 1987, pp. 66 ss., 78. De otra opinión, Arthur Kaufmann, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 200 ss., 226, 229 s.; *vid. también el mismo*, Jescheck-Festschrift, pp. 273 ss., 274. Más referencias bibliográficas en Kahrs y Samson, loc. cit. Yo abandono la posición contraria (Jakobs, Studien, p. 24 con nota 23), por basarse en una sobreestimación de la relevancia del resultado para el contenido significativo del comportamiento. Contra cualquier consideración de los cursos causales hipotéticos (a lo sumo como causas de atenuación de la pena), obviamente sin distinguir entre realizaciones de riesgo y consecuencias fortuitas, Spendel, Engisch-Festschrift, pp. 509 ss.; *el mismo*, Bruns-Festschrift, pp. 249 ss.

- 93 b) a') Si el curso causal hipotético fuese por su parte imputable (al autor, a otro autor, a la propia víctima)<sup>144a</sup>, no se le tiene en cuenta, pues de las garantías normativas, aun en la forma de incumbencia de la autoprotección, nunca se le priva al bien. Por ello faltará la semejanza con la puesta en peligro abstracta o con la tentativa, tanto en la disposición de los miembros de la banda a sustituirse recíprocamente en sus aportaciones, como en la imputabilidad de los cursos causales hipotéticos al propio autor, teniéndose en cuenta también la imputación como hecho omisivo (injerencia).
- 94 b') También queda descartado el tener en cuenta el curso causal hipotético cuando la condición se habría realizado hipotéticamente al amparo de una causa de justificación mediante un derecho a intervenir, pues la pérdida jurídicamente razonable (justificada) de un bien no es equiparable a la jurídicamente sin sentido (antijurídica). Dicho gráficamente: Al que va a ser ejecutado se le garantiza que lo va a hacer la persona competente<sup>145</sup>.
- 95 c') La semejanza con la puesta en peligro abstracta o con la tentativa falta además cuando el desplazamiento del curso causal dañoso hipotético depende de datos aleatorios en la continuación de la configuración vital de la víctima. Ejemplo: Unas lesiones son semejantes a una puesta en peligro abstracta o a una tentativa si hacen que la víctima se tambalee, salvándose precisamente así de un árbol que se venía abajo, pero no si obligan a la víctima a guardar cama, preservándola así de una enfermedad infecciosa que habría contraído en un viaje al trópico, planeado con anterioridad. La semejanza sólo se da, en conclusión, en aquellos casos en que la situación equivale a la de estado de necesidad justificante, especialmente si concurre el peligro ya actualmente, aun cuando falte la necesidad de la intervención.
- 96 c) La semejanza con la puesta en peligro abstracta o con la tentativa significa a la vez una atenuación del injusto de la acción. Por ello puede tenerse en cuenta antes una justificación por estado de necesidad (§ 343 StGB) para el acto de injerencia que se realiza que si el acto decidiese también sobre la existencia del bien (*vid. infra* acerca de la justificación por estado de necesidad, 13/26, y asimismo acerca de la exculpación en casos de colisión de intereses, 20/41 s.).
- 97 d) Si se da la semejanza con la puesta en peligro abstracta ha de aplicarse el § 49.2 StGB (incluso sin referencia jurídico-positiva), a causa de la disminución del injusto; la semejanza con la tentativa conduce a la atenuación facultativa con arreglo a los §§ 23.2 y 49.1 StGB.

<sup>144a</sup> Al respecto, Jakobs, JR, pp. 385 ss., 386.

<sup>145</sup> En cuanto al resultado, igualmente, SK-Rudolphi, núm. marg. 61, ante § 1; Schmidhäuser, AT, 8/75; en parte de otra opinión, Samson, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 142 s.; el mismo; Peters-Festschrift, pp. 121 ss., 132 ss.; en relación con el supuesto del ejemplo, de otra opinión ya Feuerbach, Lehrbuch, § 34.

## G. Incremento del riesgo

1. a) Tanto en la realización del riesgo como en la consideración de los cursos causales hipotéticos (para rebajar el marco penal) se plantea la cuestión de quién debe soportar el riesgo de la aclaración. A la notable diferencia de opiniones que existe sobre el particular se ha llegado, en parte, porque la consideración de los cursos causales hipotéticos usual —frente a la delimitación aquí llevada a cabo—, delimitada confusamente, sugiere la exclusión de la responsabilidad también en casos en que no cabe dudar de la realización del riesgo y por ello es discutible toda semejanza de la conducta con la puesta en peligro abstracta<sup>146</sup>. En esta situación se ha intentado volver a aportar la responsabilidad, en sí eliminada por medio de la consideración confusa de hipótesis, aduciendo que ha de atenderse al incremento del riesgo de resultado<sup>147</sup> por parte el autor. Además, la teoría del incremento del riesgo tiene la función de sustituto penal para la tentativa del delito imprudente, siempre impune con arreglo al Derecho vigente. Por consiguiente, el problema se mantiene en parte reducido a un problema específico de la imprudencia.

d) La teoría del incremento del riesgo podría ser viable coherentemente: para ello habría que prescindir de la realización del riesgo y de los cursos causales hipotéticos; para responder por delito consumado sería necesario, en el tipo objetivo, que el autor haya creado un riesgo de magnitud no permitida y que el resultado se haya producido causalmente, por medio de la acción del autor, en el bien amenazado *ex ante*. La relación de imputación estaría referida a la acción; el resultado tendría la función de una condición exclusivamente objetiva de la tipicidad penal. Los delitos de resultado habrían de entenderse como delitos de peligro condicionados por el resultado. Las dificultades de las teorías

<sup>146</sup> Así, p. ej., en el supuesto de BGH, 11, pp. 1 ss.

<sup>147</sup> Así, con numerosas variantes, en conexión con Roxin, ZStW, 74, pp. 411 ss., 430 ss.; el mismo, Honig-Festschrift, pp. 133 ss., 138 ss.; el mismo, ZStW, 78, pp. 214 ss., 218 ss.; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 140 ss.; Otto, JuS, 1974, pp. 702 ss., 708; el mismo, NJW, 1980, pp. 714 ss.; el mismo, Maurach-Festschrift, pp. 92 ss., 101 ss.; Schaffstein, Honig-Festschrift, pp. 169 ss.; E. A. Wolff, Kausalität, pp. 21 ss.; Rudolphi, JuS, 1969, pp. 549 ss., 554; SK-Rudolphi, núm. marg. 64 ss., ante § 1; Stratenwerth, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss., 230 ss.; el mismo, AT, núm. marg. 224 s.; Jescheck, AT, § 55, II, 2 b a'; Lackner, § 15, nota III, 2 b cc; Wolter, Objektive und personale Zurechnung, pp. 334 ss.; Kamps, Arbeitsteilung, pp. 121 ss.; Herzberg, Verantwortung, pp. 177 ss.; AK-Zielinski, §§ 15, 16, núm. marg. 120; semejantes en cuanto al resultado, Maurach-Gössel, AT, II, § 43, núm. marg. 105 ss.; con limitaciones, también Schmidhäuser, AT, 9/38; el mismo, Studienbuch, 6/117 ss.; en una variante normativa limitadora, Schünemann, JA, 1975, pp. 435 ss., 647 ss., 651 ss.; el mismo, StV, 1985, pp. 229 ss.; el mismo, GA, 1985, pp. 341 ss., 354 ss.; Küper, Lackner-Festschrift, pp. 247 ss., indaga dos hilos argumentales: 1) La idea de que carece de sentido un cuidado que quizá no preserve al bien jurídico, la rechaza con el argumento de que la garantía normativa sigue teniendo sentido (p. 269); «en la duda, en favor de la preponderancia de la garantía normativa». 2) Por lo que se refiere al sobrepasar el riesgo permitido, pone en duda que cuando se da un incremento demostrado del riesgo (p. 283) quepa separar una parte no permitida (que acaso no surta efecto) de una parte permitida (que acaso surta efecto): Es todo el comportamiento lo que no es legítimo (pp. 270 ss., 381, 286). Críticamente sobre éste, Frisch, Verhalten, p. 542 con nota 127. De acuerdo con Lampe, ZStW, 101, pp. 3 ss., 40 ss., tener en cuenta alternativas excluirá por principio la predicción segura del curso causal, de manera que bastará, «en virtud de la ley, un enunciado de probabilidad sobre la evitabilidad del resultado» (p. 34).

del dolo y de la tentativa, vinculadas a tal concepción, serán evidentemente insuperables.

100 2. Sin embargo, los representantes de la teoría del incremento del riesgo, unánimemente, no la entienden así; más bien, no se deberá responder cuando la irrelevancia del incremento del riesgo para el acaecimiento del resultado es segura, en el sentido de lo que se puede demostrar objetivamente *ex post*. Pero entonces el caso de duda sobre la relevancia no es problema jurídico-material, sino procesal, que ha de resolverse con arreglo al principio *in dubio pro reo*. Sin embargo, la aplicabilidad de este principio se discute aduciendo los siguientes argumentos:

101 a) Al autor sólo debe perjudicarle aquella duda que no es aclarable «en absoluto», y no sólo en el caso concreto, porque opera en un ámbito en relación con el cual, tanto *ex ante* como *ex post*, sólo pueden predicarse afirmaciones estadísticas<sup>148</sup>. El que quepa delimitar tales riesgos puede quedarse ahora sin abordar<sup>149</sup>, pero en todo caso la inaclarábilidad que se afirma con carácter categórico no es motivo para hacer que una duda opere *contra reum*.

b) El incremento del riesgo debe verificarse objetivamente *ex post*<sup>150</sup>. Utilizando este método se puede determinar algo en relación con riesgos de cierta clase, pero no en relación con la realización del riesgo en el caso concreto. Ejemplo: La cuestión de si un medio determinado, que *ex ante* pasa por ser objetivamente dañoso, puede influir negativamente en el curso de una enfermedad ya existente, puede que se afirme (incremento del riesgo) o se niegue *ex post*. Si se afirma, no obstante no surge de ahí conclusión alguna en relación con el riesgo concurrente (la enfermedad). Este riesgo cabe enjuiciarlo a su vez *ex post* (hasta la serie de pruebas en clínicas), pero mientras la conclusión no sea del 0 por 100 o del 100 por 100 (y entonces no hace falta la doctrina del incremento del riesgo), no cabe averiguar cómo se presentaba la enfermedad en el caso concreto y cómo se vio influida por el empleo del medio. Naturalmente, se puede intentar averiguar también esto objetivamente *ex post*; mas ello ya no sería la verificación de un incremento de riesgo, sino de una realización de riesgo.

c) Según una variante normativa de la teoría del incremento del riesgo, habrá que atender a si «a la norma formulada *ex ante* aún se la puede reconocer, sobre la base del conocimiento *ex post*, como un mandato que reduce el

<sup>148</sup> Stratenwerth, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss., 233; *el mismo*, AT, núm. marg. 225; en parte a favor, Puppe, ZStW, 95, pp. 287 ss., 305.

<sup>149</sup> Con dudas fundadas, SK-Samson, núm. marg. 27, apéndice, § 16; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 579 ss., 593; nota 68; Krümpelmann, GA, 1984, pp. 491 ss., 501.

<sup>150</sup> Rudolphi, núm. marg. 69 ante § 1; Stratenwerth, Gallas-Festschrift, pp. 227 ss., 230; también Roxin, ZStW, 78, pp. 214 ss., 221; *el mismo*, Honig-Festschrift, pp. 133 ss., 138 s.; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 141 ss.; lo cual supone un cambio frente a la solución en Roxin, ZStW, 74, pp. 411 ss., 434. En definitiva, también Arthur Kaufmann (Jescheck-Festschrift, pp. 273 ss.), que distingue entre el riesgo del curso causal hipotético (al menos «probable», entendido como: es más de esperar que la ausencia de daño, loc. cit., 279 s.) y el riesgo de que no se consiga aclarar (*Aufklärungsrisiko*, *in dubio pro reo*, loc. cit., 280). En tanto que se sigue encontrando la proclamación de que también hay que verificar objetivamente *ex post* la realización del riesgo en el acaecimiento del resultado (sobre ello, Puppe, ZStW, 95, pp. 287 ss., 314; así, p. ej., Rudolphi, núm. marg. 67, 69, ante § 1, entre otros), ello no deja de ser un punto programático no cumplido.

riesgo de resultado»<sup>151</sup>. Pero como en caso de duda acerca de complejos de efectos también *ex post* sigue siendo conveniente cualquier mandato que afecte a condiciones posibles, esta variante ya no apunta a la relación real entre acción y resultado<sup>152</sup>. Los delitos de resultado, en el ámbito de complejos dudosos de efectos, se entienden, pues —en comparación con los delitos de resultado en el ámbito de complejos conocidos de efectos—, como delitos de peligro condicionados por el resultado (acerca de ello, *supra* 7/99), sin que sea justificable la escisión que así surge en el seno de los delitos de resultado.

3. La teoría del incremento del riesgo podría tolerarse en la práctica allí donde existen grandes diferencias de riesgo, dado que en esos casos resulta difícil encontrar motivos para el tratamiento diferenciado de tentativas acabadas (dolosas o culposas), peligrosas en concreto, y consumación. Ejemplo: Si la administración incorrecta de un medicamento daña con seguridad, pero la correcta también lo hace muy raramente, limitar la responsabilidad al alcance de la responsabilidad por tentativa —lo que en la imprudencia supone ausencia de responsabilidad— no puede convencer<sup>152a</sup>. Sin embargo, la solución acertada no reside en la teoría del incremento del riesgo, sino en la ampliación de la responsabilidad por tentativas peligrosas en concreto, en supuestos de peligros masivos. Ello ha de verificarse por medio de tipos especiales: tipos de este género para la protección de la vida y la integridad física en el ámbito de la circulación rodada y de la medicina privarían de toda relevancia a la teoría del incremento del riesgo, y se podrían aplicar además con seguridad jurídica, dado que a dichos ámbitos se les ha preestructurado por medio de reglas objetivadas (reglas del tráfico, *lex artis*). Además, la teoría del incremento del riesgo va mucho más allá de lo necesario, al tener que dar por suficientes, conforme a sus principios, aumentos de riesgo insignificantes; pero que quien, p. ej., conduce levemente (en términos porcentuales) más rápido de lo permitido, deba soportar, si ocurre un accidente, el riesgo de la aclaración, cuando no se pueda aclarar si se ha realizado o no el riesgo de la relación no permitida, no se puede desde luego fundamentar en la medida en que más adelante se insistirá en diferenciar entre tentativa acabada y consumación<sup>153</sup> (*vid.* asimismo *infra*, sobre la omisión de disminuir el riesgo en los delitos de omisión, 29/20).

4. En definitiva, la teoría del incremento del riesgo constituye un instrumento imprescindible para la definición del comportamiento no permitido, pero inidóneo para aportar algo sobre la relación de finalidad de la norma entre acción y resultado. Las dudas acerca del aspecto fáctico de esta relación constituyen más bien un problema procesal y han de resolverse con arreglo al principio *in dubio pro reo*<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> Schönemann, JA, 1975, pp. 435 ss., 647 ss., 652; *el mismo*, StV, 1985, pp. 229 ss., 230 s.; *el mismo*, GA, 1985, pp. 341 ss., 357.

<sup>152</sup> *Vid.* también los ejemplos en Schönemann, JA, 1975, pp. 653 s.

<sup>152a</sup> Firsich, Verhalten, p. 546.

<sup>153</sup> *Vid.* asimismo Schönemann, JA, 1975, p. 653.

<sup>154</sup> Así BGH, 11, p. 1 ss.; 21, pp. 59 ss.; 124, pp. 32 ss., 34; OLG Karlsruhe, GA, 1970, p. 313; Ulsenheimer, Verhältnis, pp. 132 ss.; *el mismo*, JZ, 1969, pp. 364 ss., 366 s.; Ebert y Kühl, Jura, 1979, pp. 561 ss., 572 s.; Fincke, Arzneimittelpflicht, pp. 46 ss.; Frisch, Verhalten, pp. 543 ss.; Samson, Hypothetische Kausalverläufe, pp. 47 s., 144 ss., 153 ss.; SK-Samson, § 16 apéndice, núm. marg. 27 s.; Jakobs, Studien, p. 96, nota 185; *el mismo*, separata ZStW, 1974, pp. 6 ss., 26 ss.; Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip, pp. 238, 275; Niewenhuis, Gefahr, pp. 43 ss.;

102

103

**UNIDAD I: INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

- **Reyes Alvarado – Imputación objetiva**

# FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Yesid Reyes Alvarado

ADPCP, T.XLV, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1992, pp. 933-968

<http://www.cienciaspenales.net>

# Fundamentos teóricos de la imputación objetiva (\*)

YESID REYES ALVARADO

Profesor de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Colombia

**SUMARIO:** A. El principio de autorresponsabilidad.—B. La teoría del delito.—1. Concepciones naturalísticas. 2. Una concepción valorativa.—C. Estructura de la imputación objetiva.—D. Ambito de aplicación de la imputación objetiva.

Objetivo central de este trabajo es el desarrollo de los presupuestos teóricos que en materia penal son necesarios para un cabal entendimiento de la teoría de la imputación objetiva, sobre el supuesto de que sólo una adecuada comprensión de la teoría del delito puede permitirnos rechazar la crítica de que la imputación objetiva padece de una deficiente sistematización (1) y encaminarnos definitivamente hacia su reconocimiento en el ámbito del Derecho penal (2).

El principio fundamental sobre el cual se edifica la teoría de la imputación objetiva fue formulado a comienzos del siglo XIX por Hegel, al señalar que sólo puede llamarse imputación —en estricto sentido—

---

(\*) Este artículo es parte de un trabajo más amplio que sobre «La imputación objetiva» fue desarrollado en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, gracias a la generosa hospitalidad del señor Profesor Doctor GÜNTHER JAKOBS, durante la vigencia de una beca de investigación otorgada por la Fundación Alexander von Humboldt.

(1) Respecto de esta crítica, cfr. KÜPPER, Georg, «*Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*», Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 83.

(2) La teoría de la imputación objetiva es por el contrario reconocida en la doctrina y jurisprudencia civil alemanas desde hace largo tiempo; Cfr. WESSELS, Johannes, «*Strafrecht Allgemeiner Teil*», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, 19. Auflage, página 59.

a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío (3); de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta, sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado mi comportamiento; por consiguiente, sólo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, como modificación del mundo exterior, pueden serme imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de mi conducta, sino de la ya producida modificación en el mundo exterior, no me deben ser imputadas (4). Sin considerar por ahora el método propuesto por Hegel para realizar tal distinción, e independientemente de la complejidad filosófica que tales manifestaciones implican (5), debe reconocerse como un aporte crucial al Derecho penal la afirmación hegeliana de qué a una persona sólo y le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino (6).

---

(3) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Grundlinien der Philosophie des Rechts*» herausgegeben von Georg Lasson, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1930, Dritte Auflage, Zusatz zum § 115; Cfr. también HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*», herausgearbeitet von Karl-Heinz Ilting, Friedrich Frommann Verlag Günther Cannstatt, Stuttgart, 1974, Dritter Band, (Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho 1822-1823), p. 355.

(4) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Grundlinien...*», *ob. cit.*, § 118; Cfr. también HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, pp. 360, 361.

(5) Y también independientemente de si con dicha propuesta abarcó o no HEGEL el delito culposos.

(6) Entre quienes aceptan que la delimitación entre esas dos categorías es tarea primordial del Derecho penal pueden consultarse los siguientes autores: v. BURI, «*Ueber Causalität und deren Verantwortung*», J. M. Gebhardt's Verlag (Leopold Gebhardt), Leipzig, 1873, p. 15; BURGSTALLER, Manfred, «*Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*», Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974, p. 108; EBERT, Udo, «*Kausalität und objektive Zurechnung*», en *Juristische Ausbildung (Jura)*, de Gruyter, Berlín-New York, 1979, pp. 562, 569; ESER, Albin, «*Strafrecht I*», Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971, p. 48; HRUSCHKA, Joachim, «*Strukturen der Zurechnung*», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1976, pp. 13 y 14; JAKOBS, Günther, «*Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlín-New York, 1977, Band. 89, p. 19; JAKOBS, Günther, «*Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*», en *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1987, p. 73; JESCHECK, Hans Heinrich, «*Lehrbuch des Strafrecht - Allgemeiner Teil*», Duncker & Humblot, Berlín, 4 Auflage, 1988, pp. 249 y 250; KAHLO, Michael, «*Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen*», en *Goldtammers Archiv (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1987, pp. 69, 70; KRATSCHE, Dietrich, «*Aufgaben - und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht*», en *Festschrift für Dietrich Oehler*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, p. 66; KRÜPELMANN, Justus, «*Die normative Korrespondenz zwis-*

## A. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD

Si se quisiera expresar con un principio general de derecho la pretensión hegeliana de imputar a cada persona sólo aquello que deba ser considerado como «su obra», nada mejor que recurrir al principio de autorresponsabilidad, de acuerdo con el cual cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las conductas de los demás (7). Si bien una de sus principales ventajas es la de ser un postulado que por su generalidad puede aplicarse independientemente de que haya sido o no expresamente reconocido legislativamente, esa

---

*chen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*», en Jescheck-Festschrift, I. Volumen, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 315; KÜHL, Kristian, «Anmerkung zum Urteil des BGH von 15. 10. 1981 - 4 StR 398/81 (BGHSt 30, 228)», en Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1983, p. 32; KÜPPER, Georg, «Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik», Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 83; LARENZ, Karl, «Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung», A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927, pp. VII, VIII, 60, 61; LENCKNER, Theodor, «Technische Normen und Fahrlässigkeit», en Festschrift für Karl Engisch, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, p. 493; MAIWALD, Manfred, «Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte - BGHSt 31, 96», en Juristische Schulung (JuS), Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1980, p. 82; MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, «Strafrecht Allgemeiner Teil, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Teilband I, 1987, 7. Auflage, § 18 III/46, p. 247; OTTO, Harro, «Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 3. Auflage, 1988, p. 65; OTTO, Harro, «Grenzen der Fahrlässigkeitschaftung im Strafrecht - OLG Hamm. NJW 1973, 1422», en Juristische Schulung (JuS), Verlag, C. H. Beck, München und Frankfurt, 1974, p. 704; ROXIN, Claus, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, pp. 133 y 135; SAMSON, Erich, «Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1972, pp. 18, 19; WALDER, Hans, «Die Kausalität im Strafrecht» en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStR), Verlag Stämpfli & Cie. Ag. Bern, Band 93, 1977, pp. 113, 114; Cfr. WESSELS, Johannes, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 53; WOLTER, Jürgen, «Objektive und Personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem», Duncker & Humblot, Berlín, 1981, pp. 29, 30.

(7) Respecto del contenido de este principio, Cfr. SCHUMANN, Heribert, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986, pp. 3 y 4; WALTHER, Susanne, «Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung», Eigene Verlag, Max-Planck-Institut, Freiburg i. Br., 1991, p. 80. Consideraciones adicionales sobre la utilidad del principio en materia penal pueden encontrarse en: DONATSCH, Andreas, «Gedanken zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers», en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStR), tomo 107, Helf 4, 1990, pp. 412, 413; KRATZSCH, Dietrich, «Aufgaben - und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Dietrich Oehler, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlín-Bonn-München, 1985, p. 71; SCHUMANN, Heribert, *ob. cit.*, pp. 2 y 6; STREE, Walter, «Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung - BGHSt 32, 262 und BGH, NSiZ 1984, 452», en Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1985, p. 182.

misma amplitud puede ser tenida como una notable desventaja si se lo pretende emplear indiscriminadamente como limitador de la responsabilidad penal, ya que ello supondría para el intérprete de la ley una indebida intromisión en el excluyente campo de acción del legislador (8). Su empleo en materia penal es sólo admisible a través del desarrollo de una teoría del delito donde la autorresponsabilidad pueda funcionar como principio rector, pero a través de mecanismos que permitan su concreta aplicación.

## B. LA TEORIA DEL DELITO

Para una esquematización del desarrollo que la concepción sistemática del Derecho penal ha tenido en el transcurso del presente siglo, se suele hacer referencia a la polémica sostenida entre las llamadas escuelas causalista y finalista, con eventuales referencias a lo que se ha dado en denominar la concepción teleológica o racional del Derecho penal (9). Para el desarrollo de este acápite proponemos, por el contrario, la distinción entre aquellos sistemas del delito que suponen el empleo de una concepción naturalista del concepto de acción, y aquellos que propugnen por una clara escisión entre los planos naturalístico y normativo. Como quiera que la evolución del sistema penal ha girado siempre en derredor del concepto de acción, haremos primordial referencia a la forma como destacadas corrientes de pensamiento han desarrollado dicho aspecto, con breve mención de los principales inconvenientes que cada una de ellas acarrea consigo.

### 1. Concepciones naturalísticas

Los comienzos del presente siglo representaron para el Derecho penal una fuerte dependencia del plano naturalístico, en cuanto se pretendió hacer valer en el ámbito normativo un concepto de acción óntico, empeño que paulatinamente fue generando nuevos y crecientes problemas intrasistemáticos, en la medida en que fueron siendo evidentes, por un lado la extrema generalidad de la noción óntica de conducta, y por otro su insuficiencia para responder a problemas específicos del

---

(8) Sobre estos problemas del principio, Cfr. HILLENKAMP, Thomas, «*Vorsatz und Opferverhalten*», Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, pp. 162 y 163.

(9) Cfr. ROXIN, Claus, «*Finalität und objektive Zurechnung*», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, página 237.

Derecho penal, como aquellos que tienen relación con los delitos culposos y los de omisión.

Para bosquejar la forma como ese concepto óntico de acción pretendió llevarse al sistema penal, nos referiremos inicialmente a Radbruch, uno de los más significativos teóricos del Derecho penal, quien a comienzos del presente siglo desarrolló una completa teoría de la acción. Para este autor, el Derecho penal se nutre invariablemente de conductas humanas sobre las cuales se levantan los conceptos valorativos de antijuridicidad y culpabilidad; por ello el concepto de acción es para Radbruch la piedra angular del sistema penal (10) de manera tal que, entre la multiplicidad de conductas humanas, sólo algunas habrán de ser calificadas como antijurídicas, y entre éstas se seleccionarán las que puedan ser tenidas como culpables pues sólo acciones antijurídicas y culpables son punibles (11). Pero, al admitir que la acción es un concepto previo sobre el cual se elevan los reproches de antijuridicidad y culpabilidad, es indispensable que frente a estos conceptos posea aquélla un carácter neutral, que estaría conferido justamente por su condición de fenómeno óntico; por eso, acción es para Radbruch un movimiento corporal consciente y voluntariamente producido, cuyos elementos serían un querer, una actuación y una relación de causalidad (12). Al incluir un querer como ingrediente de la acción no se pretendió hacer referencia al contenido de la voluntad, sino a su óntica existencia, de tal manera que aun en las acciones desacertadas (como calificaba Radbruch la actuación en el delito culposo) existe un querer; por ello la presencia de una voluntad inherente a toda conducta humana como concepto óntico neutral, mientras el contenido de ese querer corresponde al estudio de la culpabilidad como juicio valorativo (13).

Gracias a la neutralidad que se imprimió al concepto de acción, la polémica sobre si el resultado debería o no pertenecer a la conducta carecía de importancia para la construcción de la teoría del delito y la solución de preguntas concretas, por lo cual fue calificada por este autor como carente de significación (14). Por el contrario, la misma consideración óntica de la acción le generó evidentes tropiezos al momento de ocuparse de los delitos de omisión, con los cuales resultaba claramente incompatible la noción naturalística de conducta. La solución plantea-

---

(10) Cfr. RADBRUCH, Gustav, «*Der Handlungsbergiff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*», wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, pp. 96, 131 y 143.

(11) Cfr. Ibidem, p. 71.

(12) Cfr. Ibidem, pp. 71, 129 y 130; sobre la consideración del querer en el concepto de acción, Cfr. Ibidem, pp. 130 y 131.

(13) Cfr. Ibidem, pp. 130, 131.

(14) Cfr. Ibidem, pp. 75, 76.

da por Radbruch fue considerar la acción y la omisión como atributos alternativos del injusto, de manera que seguía considerando la conducta como el concepto principal del sistema, del cual todos los demás son predicados, sólo que esa noción básica debía a su vez ser dividida entre acción y omisión, duplicando todos los «predicados» valorativos para poder ser aplicados a esas dos modalidades del concepto básico (15); esto significaba, en el fondo, reconocer que un concepto óntico de acción no podía, dentro del Derecho penal, solucionar todos los problemas que allí se afrontan, por lo que al admitir el tratamiento diverso de la omisión se hacía un tácito reconocimiento a la insuficiencia del sistema propuesto.

La teoría del delito propuesta por von Liszt seguía básicamente los mismos lineamientos, pero procurando evitar la contradictoria escisión del sistema a la que se vio abocado su discípulo. Según von Liszt, es conducta toda modificación del mundo exterior atribuible a la actividad de un querer humano (16), con lo que, una vez más, se pretendió hacer valer dentro del ámbito jurídico una concepción óntica de acción. También él distingue claramente entre una actividad voluntaria objetiva, que supondría la consideración naturalística referida a la causación o no impedimento de un resultado, y una actividad voluntaria subjetiva, que surgiría cuando el resultado se previó o pudo haber sido previsto (dolo y culpa) y por ende debería ser objeto de un análisis normativo dentro de la culpabilidad (17). De manera absolutamente consecuente con su sistema, anota este autor que el resultado como modificación del mundo físico exterior es, sin duda, un elemento de la acción en sentido naturalístico, por lo cual no tiene sentido la distinción entre los delitos de actividad y los de resultado; sin embargo, las extensas cadenas causales que caracterizan a la naturaleza dan lugar a la existencia de resultados próximos y remotos, de entre los cuales sólo la ley determinará cuál es para ella relevante; por ejemplo, si bien toda muerte violenta supone la causación de heridas, para el tipo de homicidio es sólo importante el resultado muerte (18).

Y para eludir la contradictoria ruptura sistemática de Radbruch precisó v. Liszt que la omisión es un no hacer lo esperado, no realizar la conducta debida (19), de manera que se trata de un concepto con con-

---

(15) Sobre el carácter de atributos alternativos, Cfr. *Ibidem*, p. 70, y en relación con la reseñada división del sistema penal, Cfr. *Ibidem*, p. 143.

(16) Cfr. v. LISZT, Franz, «*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*», J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlín, 1891, 4, Auflage, S. 128. Posteriormente la definió más concretamente como la voluntaria causación de un resultado: Cfr. v. LISZT, Franz, *Lehrbuch*, 14 edición, 1905, p. 125.

(17) Cfr. *Ibidem*, p. 125.

(18) Cfr. *Ibidem*, pp. 123 y 124.

(19) Cfr. *Ibidem*, p. 132.

notaciones jurídicas y no eminentemente naturalístico, en el cual lo determinante no es el movimiento corporal (que de todas maneras existe), sino la acción que de la persona era esperada. Aun cuando el tratamiento normativo de la omisión parecería abandonar también el fundamento naturalístico del cual se pretendía dotar al sistema penal, el concepto de acción ideado por v. Liszt permitía mantener la coherencia puesto que conducta era para él la actividad del querer, de tal manera que en una omisión existiría también una arbitraria (voluntaria) no ejecución de la conducta esperada (20).

Los esfuerzos de Welzel no se dirigieron simplemente a buscar enmendar las fallas de la teoría causalista, sino que pretendieron dotar al Derecho penal de un nuevo sistema que llenara los vacíos hasta entonces existentes; a su modo de ver, la causalidad como estructura óptica era incapaz de individualizar aquello que interesa primordialmente al Derecho penal, esto es, la conducta humana (21); en efecto, desde el punto de vista causal, no existe diferencia alguna entre la muerte de un hombre producida por el impacto de un rayo y la generada por los disparos que otra persona ha efectuado, pues en ambos casos se trata objetivamente de una simple causación debiendo reconocerse como única diferencia que en la segunda hipótesis todo ha sido finalmente ejecutado (22). Pero como el Derecho penal no se interesa por todas las relaciones causales, debe aceptarse que la única forma de deslindar los fenómenos naturales de las acciones humanas es recurriendo al elemento intencional (23). Para expresarlo con palabras del propio autor, es cierto que existe un ámbito ontológico con sus propias leyes, pero todo aquello que sea exclusivamente causal, sin pertenecer a la intencionalidad, está de antemano excluido de una valoración jurídico-penal (24); mientras la causalidad es ciega la intencionalidad (voluntariedad) es vidente (25).

Importante consecuencia de hacer recaer la importancia de la acción en su aspecto intencional, es la de restar importancia jurídica a los

---

(20) Cfr. Ibidem, p. 122; en la página 132 recalca enfáticamente que la omisión exige siempre una conducta del autor.

(21) Cfr. WELZEL, Hans, «*Studien zum System des Strafrechts*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1939, 58. Tomo, pp. 502 y 503.

(22) Cfr. WELZEL, Hans, «*Das Deutsche Strafrecht*», Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, 11, Auflage, p. 33.

(23) Para WELZEL el dolo es el conductor de la causalidad relevante; Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch*, op. cit., p. 45.

(24) Cfr. WELZEL, Hans, «*Kausalität und Handlung*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 51 Tomo, 1931, pp. 707 y 719.

(25) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), ob. cit., p. 502; también Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch*, ob. cit., p. 33.

resultados, pues ellos sólo tienen existencia en cuanto son puestos por la voluntad; de esta manera precisó Welzel que en el sistema penal es determinante el desvalor de acción frente al de resultado (26), con lo cual enfrentó nuevos inconvenientes en casos como el de la legítima defensa sin conocimiento objetivo de la justificante (una persona causa dolosamente la muerte de otra, desconociendo que en realidad con ello evitaba que en ese instante su víctima le hubiera matado) (27). Como intento de solución se ha propuesto negar cualquier importancia al desvalor de resultado para edificar toda la teoría del delito con base en el desvalor de acción (28); esta subjetivización total del injusto no consigue, sin embargo, eludir los problemas que el delito culposo genera pues, por ejemplo, cuando el conductor de un camión inicia una maniobra de adelantamiento prohibida (imaginemos que lo hace en una curva) y causa un accidente sólo porque debido a un defecto oculto del material una de las llantas del vehículo estalla, tendría que reconocerse la existencia de un desvalor de acción (maniobra imprudente de adelantamiento) y, sin embargo, sería absurdo responsabilizar al conductor del camión por el resultado ocasionado (29). Sancinetti piensa, no obstante, que la inconsistencia no proviene de la subjetivización total del injusto, sino del legislador que ha confeccionado los delitos culposos con una marcada indeterminación de la prohibición, lo cual resulta, sin embargo, algo inevitable para él (30).

Aun cuando el objetivo central de Welzel era la superación de los estrechos marcos del naturalismo y de una teoría causal en franca crisis (31), con lo hasta aquí reseñado sólo puede decirse que si bien la intencionalidad de la acción logra un claro deslinde con el problema puramente causal, esa voluntariedad no es en modo alguno una noción jurídica, sino naturalística, de manera que el concepto final de acción

---

(26) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, pp. 523 y 524; en favor del dominio del desvalor de acción, Cfr. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch*», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2 Auflage, 1975, §§ 8/47, 8/79, pp. 219 y 238.

(27) Sobre esta y otras críticas Cfr. RUDOLPHI, Hans-Joachim, «*Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*», en Festschrift für Reinhart Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 53.

(28) Para una solución al mencionado problema con base en una teoría totalmente subjetiva del injusto, Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., «*Teoría del delito y disvalor de acción*», editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 612 y ss.; ZIELINSKI, Diethart, «*Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*», Duncker & Humblot, Berlín, 1973, p. 262.

(29) Una exposición de este caso puede encontrarse en la colección oficial de jurisprudencia de la Suprema Corte alemana, tomo 12, pp. 79 y ss. (BGHSt 12, 79). RUDOLPHI reconoce que la acertada solución del caso presupone aceptar una relación entre los desvalores de acción y resultado: Cfr. RUDOLPHI, Hans-Joachim, Maurach-Festschrift, *ob. cit.*, pp. 64 y 65.

(30) Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., «*Teoría...*», *ob. cit.*, p. 295.

(31) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 51 (1931), *ob. cit.*, p. 703.

sigue aferrado a una concepción naturalística similar a la por él combatida. En efecto, lo que en este aspecto hizo Welzel, fue recoger las ideas filosóficas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino (32), en el sentido de que toda conducta humana es por esencia voluntaria y final, de manera que lejos de haberse inventado ese carácter final de la acción, lo que se pretendió fue hacer valer dentro del Derecho penal una característica inherente a la conducta humana: su intencionalidad (33). Por lo demás, los causalistas tampoco negaron nunca el carácter final de la acción humana, sino que, reconociéndolo, le otorgaron importancia sólo en el ámbito naturalístico y no en el jurídico como hiciera posteriormente el finalismo (34).

Pero la propuesta de Welzel no se detuvo en el plano óntico, sino que, por el contrario, dio un importante paso fuera del naturalismo al señalar que los bienes jurídicos no deben ser considerados como entes estáticos, sino como fenómenos capaces de una interrelación social; los bienes jurídicos no son entonces simples piezas de museo que permanecen inertes para ser observadas por los espectadores o investigadores y que resultan negativamente afectadas al menor contacto, sino que forman parte de la vida en sociedad y se encuentran en permanente dinámica (35). Esta afirmación de Welzel representa el más claro intento por abandonar una concepción eminentemente naturalística de la teoría de la acción, puesto que en su nueva concepción de los bienes jurídicos no interesan al Derecho penal todas las lesiones a ellos infringidas, sino sólo aquellas capaces de trastornar las relaciones sociales que ellos comportan; de esta manera, podría decirse, en sentido figurado, que hay lesiones a los bienes jurídicos que por ser «socialmente adecuadas» no interesan al Derecho penal, en tanto que otras afectaciones me-

---

(32) Debe sin embargo aclararse que ARISTÓTELES tenía una concepción mucho más global de la finalidad, de manera tal que no estaba exclusivamente referido a las conductas humanas, sino que era aplicable a la naturaleza misma; por ello afirmaba que las arañas construían sus redes con determinada finalidad, así como las hojas crecían de determinada manera en las plantas con la finalidad de proteger sus frutos, Cfr. HIRSCHBERGER, Johannes, «*Geschichte der Philosophie*», Herder, Bael-Freiburg-Wien, 8, Auflage, Tomo I, 1965, p. 205. Por el contrario Santo Tomás si refirió concretamente la finalidad a la conducta humana; Cfr. SANTO TOMAS DE AQUINO, «*Suma Teológica*», 1-2 q. 1.<sup>a</sup> 2 y 1-2 q. 1.<sup>a</sup> 3.

(33) El propio WELZEL advirtió con una elegante frase que él no había «inventado» el carácter final de la acción, sino que lo había «encontrado»; Cfr. WELZEL, Hans, «*Um die finale Handlungslehre*», Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1949, p. 7 (también en la nota 9 de la misma página); en el mismo sentido, STRUENSEE, Eberhard, «*Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*», en *Jursitenzeitung* (JZ), Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, 1987, p. 54.

(34) Incluso v. BURI afirmaba que la estructura de la voluntad es igual en los delitos dolosos y culposos, y sólo pueden diferenciarse por cuanto en los culposos la voluntad no se dirige a resultados punibles; Cfr. v. BURI, «*Ueber Causalität und deren Verantwortung*», J. M. Gebhardt's Verlag (Leopold Gebhardt), Leipzig, 1873, p. 28.

(35) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, pp. 514 y 515.

recen la intervención del sistema penal por ser «socialmente rechazadas».

El reconocimiento de que toda conducta humana es final acarrió entre otras importantes consecuencias el desplazamiento del dolo desde el ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad; sin embargo, frente al buen funcionamiento del sistema en relación con los delitos dolosos, pronto se enfrentaron problemas en el ámbito del delito culposos, pues siendo su principal característica la producción de un resultado no querido, el ingrediente de la intencionalidad de la conducta no prestaba ninguna utilidad dentro del ámbito de la tipicidad. Inicialmente se propuso reconocer que en el delito culposos existe una finalidad, sólo que siendo ella jurídicamente irrelevante conduce a la producción de un resultado penalmente relevante; contra esta solución se dijo, con razón, que suponía el expreso reconocimiento de las fallas del finalismo y su abandono (36). Welzel, por su parte, intentó dos soluciones diversas al problema, la primera de las cuales consistió en hacer referencia a una «finalidad potencial» del actor; se afirmaría entonces que, si bien quien comete un delito culposos no tiene la voluntad de causar el nocivo resultado, su conducta le debe ser penalmente reprochable en cuanto podía y debía haberse comportado en forma diversa para evitarlo (37); pese a que esa «finalidad potencial» debería estar referida a la posibilidad concreta de actuación del autor, era forzoso reconocer que ella conducía en los delitos culposos a admitir que el resultado es producto de la «causalidad ciega» (38) que el finalismo combatía y que, además, generaba un claro rompimiento entre las concepciones dogmáticas de los delitos culposos y dolosos, afectando la unidad del sistema. La incompatibilidad de una «finalidad potencial» con la intencionalidad propia de su sistema, hizo que pronto Welzel abandonara este intento de solución reemplazándolo por uno diverso, que descansa sobre la noción del «deber objetivo de cuidado» (39); de acuerdo con esta tesis, en el delito culposos se reprocha la no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de la acción. Ahora bien, pese a que la manifiesta «objetividad» de este nuevo concepto pudiera parecer incompatible con una teoría final del injusto, de marcada tendencia subjetiva, la inconsistencia podía ob-

---

(36) Sobre la propuesta de NIESE y su apreciación crítica, Cfr. STRUENSEE, Eberhard, JZ 1987, *ob. cit.*, p. 55.

(37) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, p. 559.

(38) Fue WELZEL mismo quien sostuvo que en los delitos culposos se trataba de una causalidad ciega; Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, p. 559.

(39) Una mención al deber de cuidado puede verse ya en la primera edición del manual de WELZEL (1947, p. 83). Posteriores defensores del finalismo han mantenido el deber de cuidado como forma de solución a los problemas del delito culposos; así, por ejemplo, KÜPPER, Georg, «Grenzen...», *ob. cit.*, p. 115.

viarse recurriendo a la afirmación complementaria de Welzel, en el sentido de que la acción descuidadamente omitida debió ser intencional (40), de manera que en los delitos dolosos es necesario el examen de la conducción final de la acción, mientras en los culposos se centra la atención en la ausencia de la conducción final de una conducta dirigida a evitar el resultado, siendo en todo caso determinante la forma como esa acción final se conduce (41).

Si bien los seguidores del finalismo sostienen que con la correcta aplicación del dolo se resuelven satisfactoriamente todos los inconvenientes que al Derecho penal pueden ser planteados en ese ámbito (42), continuaron enfrentando problemas al ocuparse del delito culposo (43), lo cual lanzó a varios de los discípulos de Welzel en busca de una armonización del sistema, bien a través de la subjetivización total de injusto, restándole toda importancia al desvalor de resultado frente al de acción (44), o bien intentando lo que podría denominarse (parodiando a Binding) la cacería del dolo en el delito culposo (45).

Uno de los más persistentes críticos del finalismo fue Mezger, quien, desde el punto de vista de una teoría causal de la acción, aceptó también el carácter final de la conducta, pero en sentido estrictamente óntico y no jurídico (46); la contraposición puede esquematizarse afirmando que para Mezger la finalidad no está en el injusto, sino en lo óntico de la acción, mientras para Welzel la intencionalidad desempeña

---

(40) Cfr. WELZEL, Hans, «Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen», en *Juristenzeitung* (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956, p. 423.

(41) Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch*, ob. cit., p. 130.

(42) Por una categórica afirmación se inclinan por ejemplo STRUENSEE, Eberhard, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), R. v. Decker's Verlag, Heidelberg, 1987, p. 100; KÜPPER, Georg, «Grenzen...», ob. cit., pp. 90, 91, 93, 99 y 115; por una cautelosa afirmación admitiendo la existencia de algunas excepciones KAUFMANN, Armin, «'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, I, Volumen, ob. cit., pp. 260 y 261.

(43) Cfr. STRUENSEE, Eberhard, JZ 1987, ob. cit., p. 55.

(44) Un estudio del tratamiento dado por WELZEL, KAUFMANN y ZIELINSKI a los desvalores de acción y resultado, puede verse en SCHÜNEMANN, Bernd, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», en *Juristische Arbeitsblätter* (JA), J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1975, p. 443. Importantes defensores de la subjetivización total del injusto son ZIELINSKI en Alemania y SANCINETTI en Latinoamérica; Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., «Teoría...», ob. cit.; ZIELINSKI, Diethard, «Handlungs...», ob. cit.

(45) BINDING, Karl, «Die Normen und ihre ubertretung», Scientia Verlag Aalen, 1965. Utrecht. Tomo IV (Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1919), p. 328.

(46) Cfr. MEZGER, Edmund, *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlín, 1953, I. Volumen, p. 3.

un papel determinante dentro de su sistema penal, puesto que, en puridad de términos, más que una teoría de la acción final, desarrolló él una teoría final del injusto. El enfrentamiento no gira entonces en derredor de un carácter final de la acción, que es comúnmente reconocido por los dos autores, sino en torno a la relevancia jurídica que él debe tener; en modo alguno se niega la finalidad de la acción, sino la finalidad en el sentido de la ley; por ello indicó Mezger, como fundamental error del finalismo, el desconocer que adicionalmente a la finalidad que es propia de las conductas dolosas y culposas, existe una segunda intencionalidad, exigida por la norma en delitos diversos de los culposos; el error del finalismo estaría pues en trasladar directamente la finalidad propia de una acción óntica al plano jurídico, cuando en verdad se debería dejar incólume la intencionalidad que en el mundo naturalístico es inherente a cada conducta, para adicionalmente reconocer la existencia de otra finalidad que sería eminentemente normativa, pero restringida al delito doloso; por lo demás, para Mezger la existencia legal de los delitos culposos indica, inequívocamente, que el derecho vigente conoce muchas conductas (y actores) sin dolo, esto es, sin una relación final legal (47).

Los resultados prácticos a los que estas dos diversas concepciones del delito arriban, pueden apreciarse mejor con el frecuente ejemplo del codicioso sobrino que persuade a su tío rico de emprender un viaje en avión, con la esperanza de que la aeronave se accidente y anticipe de esta forma la recepción de la herencia, como en efecto ocurre. En casos como el descrito, un defensor de la teoría causalista podría admitir que el sobrino desplegó una conducta típica, pero elude su responsabilidad a través de la antijuridicidad (si se admitiera en dicha sede la inevitabilidad) o por ausencia de culpabilidad (falta de dolo), en tanto que un finalista podría recurrir igualmente al argumento de la ausencia de dolo; pero como para él ese dolo forma parte del juicio de tipicidad, arribaría a la conclusión de que el sobrino no debe responder penalmente por la muerte del tío rico debido a la atipicidad de su conducta (48).

## 2. Una concepción valorativa

En la afirmación hoy generalmente aceptada de que el Derecho penal es un mecanismo normativo de control social, pueden observar-

---

(47) Cfr. MEZGER, Edmund, «*Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen*», en *Juristenzeitung* (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pp. 312 y 313.

(48) Un análisis similar, con una acertada crítica a la solución finalista mediante el empleo del dolo, puede verse en ROXIN, Claus, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, páginas 237, 238, 240 y 241.

se a primera vista nociones que, como la de normatividad y sociedad, son por completo ajenas al ámbito puramente naturalístico, en cuanto la sociedad constituye una superestructura artificialmente construida por el hombre con la finalidad de armonizar la convivencia entre grupos de individuos, lo cual se busca preferentemente a través de la imposición de preceptos generales diseñados para la regulación de esa vida del hombre en sociedad; por ello las leyes que conforman una ciencia jurídica no son equiparables a las leyes naturales, pues cada una tiene orígenes y pretensiones diversas, así como los grupos de convivencia puramente animal no pueden tampoco equipararse a la estructura social propia del ser humano. De manera didáctica, puede generalizarse esta afirmación refiriéndola a las simples asociaciones que en diversos ámbitos existen, para decir que, por ejemplo, una asociación (sociedad) de futbolistas o ajedrecistas sólo existe en cuanto los individuos que la conforman conozcan y acepten cumplir las reglas de la respectiva actividad deportiva, de manera que quien toma el balón con las manos y golpea con sus puños a los integrantes del equipo adversario hasta dejarlos inconscientes no está jugando al fútbol, así como el boxeador que golpea a su adversario con un garrote no está boxeando (49). Por ello, deben ser claramente diferenciados los planos naturalístico y valorativo (normativo) en que se desarrolla nuestra existencia, sin que con esto se desconozca la importancia de esos dos ámbitos, puesto que una normatividad no tiene sentido alguno sin un mundo natural al cual regir, esto es, una superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural.

Lo que en el fondo hace una teoría causalista del delito, es trasladar conceptos eminentemente naturalísticos al plano valorativo para construir con ellos un sistema normativo, con lo cual no se limita (como debería hacerlo) a reconocer la presencia de los mundos natural y normativo, sino que los confunde; en efecto, con nuestros actuales conocimientos científicos, nadie puede negar la existencia de determinados preceptos naturales como la ley de la gravedad, pero ello no quiere decir que un sistema penal deba ser construido con dichos preceptos, pues ningún sentido tiene conminar con una pena a quien desconozca la ley de la gravedad, pues con o sin la superestructura normativa, la naturaleza seguirá cumpliendo y haciendo cumplir sus propias leyes. El derecho, en cuanto pretenda seguir siendo un meca-

---

(49) HRUSCHKA va aún más lejos al señalar que quien no cumple con las reglas de las asociaciones, o aun de la misma sociedad, se está «autoexcluyendo» de la sociedad; un análisis crítico de las implicaciones que tal afirmación lleva consigo desde el punto de vista de las relaciones de poder que manejan la sociedad excede los límites de este trabajo; Cfr. HRUSCHKA, Joachim, «*Strukturen der Zurechnung*», Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, pp. 50 y 51.

nismo de control social, debe orientar sus esfuerzos a la construcción de un sistema dirigido exclusivamente a la regulación de las relaciones sociales y no de las naturales; por supuesto que el Derecho penal tiene que aceptar el mundo óptico en el cual se desarrolla la vida social del hombre, pero sus esfuerzos deben encaminarse a la regulación de las relaciones entre hombres como parte de la sociedad y no a toda manipulación de las relaciones entre el hombre y su entorno natural. El sistema causalista de la teoría del delito no sólo se equivocó al querer hacer valer la ley natural de la causalidad como elemento central del Derecho penal, sino que además llegó a excesos tales como el de hablar de una interrupción de nexos causales que la naturaleza desconoce por completo, con lo que no sólo pretendió hacer girar al mundo normativo en derredor de un precepto natural, sino que además lo distorsionó.

El análisis de la teoría propuesta por Welzel es un tanto menos simple, pues ella tuvo dos grandes postulados, uno de los cuales hace referencia exclusiva al aspecto subjetivo como principio rector de su sistema penal (lo cual dio origen al finalismo), mientras el otro se enfoca primordialmente a la consideración de las relaciones sociales. Pese a este evidente doble fundamento de la teoría, el hecho es que el propio Welzel hiciera mayor énfasis en la intencionalidad como el elemento básico de su sistema, la circunstancia de que sus críticos hubieran dirigido preferencialmente sus objeciones en contra de tal pretensión y finalmente, el hecho de que la mayoría de sus discípulos centraran sus esfuerzos en el perfeccionamiento de ese aspecto subjetivo, opacaron por mucho tiempo el componente social del sistema propuesto por Welzel. De esta manera, si hacemos exclusiva referencia al factor intencionalidad propuesto por el finalismo como mecanismo de distinción entre la «causalidad ciega» y la conducta que interesa al Derecho penal, debe decirse que si bien con ello logró un deslinde entre hechos naturales y los actos del hombre, no abandonó en modo alguno el ámbito naturalístico, puesto que la intencionalidad de la acción no es un atributo jurídico de la conducta humana sino una de sus principales características ópticas. Por eso puede serle igualmente reprochada al finalismo su insistencia en pretender construir un sistema normativo de control social (el Derecho penal) con el empleo de conceptos naturalísticos (50); esa es la explicación de que su noción óptica de conducta intencional le haya generado tantos problemas en el campo de los delitos de omisión y en los delitos culposos, puesto que, siendo éstas dos modalidades delictivas una clara construcción normativa, no podían ser

---

(50) MAINHOFER sostiene también que el finalismo no logra superar el naturalismo, sino tan sólo los problemas derivados de la causalidad; Cfr. MAINHOFER, Werner, «*Der soziale Handlungsbegriff*», en Festschrift für Eberhard Schmidt, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, Göttingen 1961, p. 160.

reguladas por nociones naturalísticas; no existen leyes naturales para regir las omisiones o la imprudencia porque en la naturaleza no hay ni imprudencia ni omisiones.

Sólo el penúltimo de los discípulos de Welzel, Günther Jakobs, escapó en forma paulatina pero completa a la fascinación de la intencionalidad como ingrediente óntico del finalismo y centró sus esfuerzos en el desarrollo del segundo gran pilar de la propuesta welzeliana, aquel que abandonaba el plano eminentemente naturalístico para analizar en su lugar las relaciones del hombre en sociedad. Tal como en páginas anteriores lo explicamos, al ocuparse del análisis de los bienes jurídicos criticó Welzel una consideración propiamente estática de ellos que los equipararía a simples piezas de museo, y sostuvo que deberían ser considerados en su función dinámica de interrelación social. Ello explicaría la falta de interés del Derecho penal en casos donde, existiendo una aparente lesión a un bien jurídico, esa afectación no crea conmoción en las relaciones sociales; de esta manera, las propinas que se dan como obsequio navideño a los carteros o recolectores de basura deberían ser tenidas como punibles dentro de una concepción estática de los bienes jurídicos, así como también cada trabajo supone una afectación corporal y el empleo de medios masivos de transporte suele acarrear violaciones a la libertad de locomoción de los pasajeros, pero con un concepto social de bien jurídico no deben ser penalmente reprochables en cuanto no atentan contra la dinámica de las relaciones de la vida social, sino que, por el contrario, pueden ser tenidas como socialmente adecuadas, en cuanto no exceden un aceptado grado de tolerancia (51). Sin embargo, Welzel enfrentó serios problemas para la precisión del concepto de adecuación social y vaciló reiteradamente sobre su ubicación dentro de la teoría final del injusto (52).

---

(51) Cfr. WELZEL, Hans, «*Studien zum System des Strafrechts*», en una posterior recopilación de sus artículos que lleva por título «*Abhandlungen zum Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1975, pp. 140 y 141; en el mismo sentido puede consultarse, por ejemplo, DONATSCH, Andreas, *SxhwZStr* 107 (1990), *ob. cit.*, p. 411; JAKOBS, Günther, «*Das Fahrlässigkeitsdelikt. Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Teheran*», 1974», Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1974, p. 13; JAKOBS, Günther, «*Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 2. Auflage, 1991, Rd. 7/4a.

(52) En efecto, pese a ser inicialmente ideada por WELZEL como un mecanismo excluyente de tipicidad (Cfr. WELZEL, Hans, «*Abhandlungen...*», *ob. cit.*, p. 152), fue posteriormente considerada por el mismo autor como una causal genérica de justificación (Cfr. WELZEL, Hans, «*Das Neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*», Verlag otto Schwartz & Co., Göttingen, 1961, 4.<sup>a</sup> Auflage, página 25; WELZEL, Hans, Lehrbuch, desde la 4.<sup>a</sup> hasta la 8.<sup>a</sup> edición) pero unos años después la radicó nuevamente en el ámbito de la tipicidad (Cfr. WELZEL, Hans, Lehrbuch, 9.<sup>a</sup> Auflage, 1965, pp. 50 a 52).

Al Derecho penal como mecanismo de control social le interesa entonces no una colección de bienes jurídicos, sino las relaciones interpersonales, la forma en que debe transcurrir la vida del hombre en sociedad (53). Independientemente del sistema político ocasionalmente imperante, el funcionamiento de una agrupación social a través de una normatividad supone, de una u otra manera, que a cada individuo le esté permitido el despliegue de determinadas actividades y eventualmente que le sea exigido el desarrollo de otras, por lo que puede afirmarse que el derecho es un generador de *expectativas* a nivel social, cuya inobservancia es considerada como una *defraudación* (54). Si bien es cierto que la existencia de la sociedad depende del cumplimiento de los preceptos que le dan cohesión, también es verdad que no a todas las personas les son exigidas las mismas conductas, pues sólo una diversificación de funciones puede permitir la subsistencia de un conglomerado tan complejo; por eso las expectativas derivadas del ente social son diversas y cada persona está obligada solamente a cumplir aquellas que caen dentro de su ámbito de organización, vale decir, aquellas que le han sido asignadas para desempeñar su función social. Para expresarlo con conceptos provenientes de la sociología, diremos que cada individuo posee determinados roles, cuyo contenido está representado justamente por expectativas de comportamiento social, de tal manera que cuando éstas no son llenadas surgirá una defraudación entendida como imperfecta ejecución de un rol. En verdad, no se trata tan sólo de un mecanismo exclusivo de la sociedad, sino que es propio de cualquier asociación que pretenda funcionar en forma coherente, pues un partido de fútbol sería difícilmente imaginable si los guardametas no se limitaran a cumplir sus funciones sino que pretendieran servir como jueces, mientras los árbitros olvidaran las suyas y pretendieran tomar parte activa en el partido cobrando tiros libres, o lo hicieran los técnicos, los recogeboles o los espectadores, ol-

---

(53) Cfr. JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», próximamente en: Schriften der Juristische Studiengesellschaft Regensburg e. v. München; KAHLO, Michael, «*Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*», Duncker & Humblot, Berlín, 1990, pp. 260, 261 y 339; KRATZSCH, Dietrich, Oehler-Festschrift, *ob. cit.*, pp. 68, 69, 78 y 79.

(54) Una detallada exposición de los conceptos «expectativa» y «defraudación» en la sociología del Derecho puede encontrarse en la obra de LUHMANN, para quien las expectativas de comportamiento congruentes, generalizadas y normativas constituyen el Derecho dentro de un sistema social; o expresado de otro modo, el Derecho es la estructura de un sistema social que se basa sobre una generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento; por ello, quien no responde a esas expectativas ha defraudado con su comportamiento; Cfr. LUHMANN, Niklas, «*Rechtssoziologie*», Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, 3 Auflage, pp. 55, 99 y 105. Estos conceptos fueron llevados al Derecho penal por JAKOBS, Günther, Lehrbuch, *ob. cit.*, Rd. 7/37.

vidando lo que a cada uno de ellos les corresponde dentro del «mundo del fútbol».

En la vida social que el Derecho penal pretende controlar, existen pues múltiples *ámbitos de competencia* (55) y a cada persona sólo puede serle exigible aquello que caiga dentro de su respectivo ámbito de competencia; aquí podemos nuevamente usar el ejemplo del deporte como asociación, pensando en lo que dentro de él es exigible a los integrantes de un equipo de dobles en tenis de mesa, donde las reglas señalan que los jugadores de un mismo equipo deben golpear la bola sólo en forma alternativa, de manera que aun cuando en una situación comprometida uno de los jugadores pudiera pasar la bola por estar en mejor situación que su compañero, no debe hacerlo si no le corresponde porque no es su turno. Recurriendo a una ilustrativa frase de Jakobs, puede decirse que en el mundo social *no todo incumbe a todos* (56), puesto que cada persona está sólo obligada a comportarse de acuerdo con lo que la sociedad le exige. De incorrecta calificó Kaufmann, a esta que llamó «sugestiva frase», con el argumento de que «a cada homicida le incumbe su víctima» (57), lo cual es cierto sólo en la medida en que ya esté claro que «homicida» es quien ha desplegado la conducta penalmente relevante de matar a otro; pero la pregunta de la imputación objetiva es justamente anterior (58) en cuanto busca determinar quién es (en este ejemplo) el homicida, a quién le debe ser imputada una muerte, o en forma más sencilla, a quién le incumbe esa muerte; por supuesto que le incumbe al homicida, pero ¿quién es para el Derecho penal el homicida? Visto de esta manera, es válido afirmar que como el individuo debe llenar las expectativas de comportamiento que permitan la armónica convivencia social, cada persona tiene *posición de garante* (59) frente a esas expectativas y cada vez que un individuo las *defraude* total o parcialmente habrá ingresado al campo de acción del Derecho penal; por ello, en una sociedad *todos somos garantes* en relación con determinadas actividades.

---

(55) Sobre la importancia de los ámbitos de competencia en Derecho penal Cfr. JAKOBS, Günther, «*Täturvorstellung und objektive Zurechnung*», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, página 284; JAKOBS, Günther, *Lehrbuch*, ob. cit., Rd. 7/4a y 7/28; JAKOBS, Günther, «*Behandlungsabbruch auf Verlangen und §216 StGB (Tötung auf Verlangen)*», en *Festschrift für Günther Schewe*, Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg-New York-London-París-Tokyo-Honk Kong-Barcelona, 1991, p. 74; KRATZSCH, Dietrich, *Oehler-Festschrift*, ob. cit., pp. 77 y 78.

(56) Cfr. JAKOBS, Günther, *ZStW*, 1977, Tomo 89, ob. cit., p. 30.

(57) Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift*, ob. cit., p. 270.

(58) Cfr. JAKOBS, Günther, *Kaufmanns-Gedächtnisschrift*, ob. cit., p. 276.

(59) Sobre una posición de garante no referida exclusivamente al delito omisivo sino a toda la teoría del delito, Cfr. JAKOBS, Günther, *Lehrbuch*, ob. cit., Rd. 7/58.

La base de una responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una función de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado; y eso no es únicamente válido a nivel del Derecho penal, sino que aun en forma inconsciente lo empleamos en nuestra vida cotidiana, pues a nadie se le ocurre hacerle reclamos al repartidor de periódicos por la mala redacción de una información, ni al final de la transmisión radial de un concierto se censura al técnico de sonido por la desafinada ejecución del pianista, ni al mesero se le felicita por lo exquisito de la comida (60), así como tampoco se reprocha al constructor de las porterías el mal desempeño del equipo de fútbol, ni se riñe con el cartero por entregar facturas de cobro. No se puede negar que el repartidor de periódicos forma parte del personal del informativo, ni se desconoce que el constructor de las porterías posibilita el desarrollo del partido de fútbol, no se ignora que el técnico de sonido forma parte del personal que organiza el concierto, ni se niega que el mesero es empleado del restaurante, ni que el cartero ha repartido las facturas; lo que ocurre es que, a pesar de que cada uno de ellos es parte de esas respectivas organizaciones, a cada uno de ellos les han sido asignadas funciones distintas (es decir, cada cual posee sus propios roles), y sólo pueden serles reprochadas o aprobadas conductas ejecutadas dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, ya que sólo por la buena ejecución de sus funciones pueden ser premiados o censurados, pues por su buen resultado son garantes. En la obra de Gabriel García-Márquez, titulada «Crónica de una muerte anunciada», se relata un caso verídico ocurrido en Colombia a comienzos de este siglo, el cual gira en derredor de un homicidio; una mujer fue retornada por el esposo a su familia después de la noche de bodas al descubrir que ella no era virgen, razón por la cual los hermanos de la desventurada novia sienten el deber de vengar su mancillado honor con la muerte de quien había profanado a la doncella; con excepción de quien habría de morir, todo el pueblo conocía lo que ocurriría y, sin embargo, nadie intervino para impedir la anunciada muerte que a la postre se consumó. Desde nuestro punto de vista, no tendría sentido que todos los habitantes hubieran sido procesados por homicidio, ya que, independientemente de los deberes propios de solidaridad, a ellos no les incumbía esa muerte, excepción hecha de personas que, como el alcalde, sabían del planeado homicidio y nada hicieron por evitarlo, debiendo haberlo hecho en virtud de las funciones que les correspondía desarrollar dentro de la comunidad social.

---

(60) Cfr. JAKOBS, Günther, Kaufmann-Festschrift, *ob. cit.*, p. 285.

La conducta que interesa al Derecho penal no es entonces una simple acción naturalística, sino una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la sociedad, sólo quien con respecto a determinada situación es garante (en cuanto de él se espera socialmente un determinado comportamiento) actúa en sentido jurídico-penal, por manera que la labor fundamental del Derecho penal es la individualización de quien, por haber faltado a su posición de garante, lesionó los intereses sociales. Debe quedar claro que la acción naturalística con el factor intencional que le es inmanente no es negada por el Derecho penal, sino que su interés no se centra en el sentido naturalístico de la conducta, sino en su significación social. Pero así como no toda conducta entendida naturalísticamente como movimiento corporal interesa al Derecho penal, asimismo la conducta en su sentido óntico seguirá siendo intencional, pero al Derecho penal sólo alguna parte de esa subjetividad le resultará importante, como, por ejemplo, para los reproches a título de dolo.

Ahora bien, en un Derecho penal edificado sobre una concepción social y dinámica de los bienes jurídicos, en donde lo que interesa realmente son las expectativas de comportamiento que de cada persona se poseen y las eventuales defraudaciones que a esas expectativas se produzcan, pierde importancia la distinción entre la tipicidad y la antijuridicidad (en su aspecto positivo) como elementos independientes de la teoría del delito, puesto que la simple adecuación formal de una conducta a la descripción de una norma penal (tipicidad) no tiene relevancia alguna si la respectiva conducta no ha atentado contra las relaciones sociales; por manera que cuando un boxeador profesional causa dentro de un combate oficial heridas o contusiones en el rostro de su adversario mediante golpes reglamentarios, habrá cometido formalmente un delito de lesiones personales, pero ningún sentido tendría iniciarle un proceso dentro del cual calificar su comportamiento de típico, para a continuación exonerarlo de responsabilidad por falta de antijuridicidad al haber desarrollado una actividad socialmente aceptada.

Tal como en el siguiente acápite se desarrollará al ocuparnos de la estructura de esta teoría, en la imputación objetiva lo determinante es si un portador de roles, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta, la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando así una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción, esa consideración genérica que permite precisar cuándo una conducta lesiona las leyes de convivencia social debe hacerse con base en una teoría de la imputación objetiva y constituye el contenido del «injusto». Como quiera que con fundamento exclusivo en consideraciones generales que permitan establecer cuándo una conducta abstractamente considerada defrauda las expectativas de comportamiento social resulta imposible

la concreción de un juicio de responsabilidad penal, que por esencia es de carácter individual, es indispensable que, como complemento de la imputación objetiva, se analice el comportamiento del autor, no ya como un genérico portador de roles, sino como individuo; ese aspecto individual de la conducta escapa a las consideraciones genéricas propias de una imputación objetiva y debe ser analizado dentro del ámbito de la culpabilidad, a través de la que podría denominarse la imputación subjetiva. En síntesis, puede afirmarse que el contenido de una conducta «injusta» es labor de una teoría de la imputación objetiva (61), mientras el desarrollo de lo que atañe a su aspecto individual incumbe a una teoría de la imputación subjetiva.

Con esta concepción valorativa de la teoría del delito, el dolo no puede ser parte del injusto, sino que debe ser tratado dentro del ámbito de la culpabilidad, en cuanto nada tiene que ver con la genérica determinación de si una conducta se ha desarrollado o no conforme a las expectativas de comportamiento social que se derivan de la existencia de diversos roles, sino que atañe directamente a consideraciones de carácter individual. El desplazamiento que del dolo se hizo desde el ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad sólo tuvo su justificación cuando con la teoría final del injusto se pretendieron superar los problemas del causalismo mediante la sobrevaloración de la intencionalidad como elemento central de la teoría del delito; pero abandonada una concepción final del injusto en favor de un sistema valorativo como el aquí propuesto, el dolo debe ser analizado en la culpabilidad como aspecto *individual* de la conducta, y no dentro de una teoría de la imputación objetiva, que no se ocupa de consideraciones individuales, sino del análisis de *expectativas generales de comportamiento*.

El análisis del dolo dentro de la imputación subjetiva no supone en modo alguno el desconocimiento de que toda conducta humana, naturalísticamente entendida, tiene un componente intencional; lo que supone en verdad, es el reconocimiento de que la distinción que desde el punto de vista natural se hace entre lo objetivo y lo subjetivo no coincide necesariamente con la diferenciación que de dichos conceptos hace el Derecho penal. Es claro que desde un punto de vista naturalístico es impensable una conducta sin la existencia del aspecto subjetivo (prescindiendo desde luego de la polémica sobre si los actos reflejos consti-

---

(61) En forma similar a como HONIG señaló que la tipicidad no es un correctivo, sino el fundamento del concepto de conducta, afirmamos nosotros que la imputación objetiva no es un simple corrector o limitador, sino el fundamento mismo de la conducta penalmente relevante. Por lo demás, aun cuando Armin KAUFMANN escribió un completo artículo en contra de la imputación objetiva, en él reconoció expresamente que sus críticas no alcanzaban a afectar (salvo en forma marginal) una concepción integral de la teoría de la imputación objetiva; Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift, ob. cit.*, p. 253.

tuyen o no una manifestación de la conducta), pero ello no significa que toda subjetividad sea de interés para el Derecho penal y que toda manifestación de la subjetividad deba ser objeto de un análisis dentro del ámbito de la imputación subjetiva (62). Hegel precisó, con notable claridad, que se actúa sobre lo que está en el mundo («Dasein») en el sentido de que se actúa en relación con algo de lo cual se posee una previa representación; esa representación anticipada de lo existente, que condiciona toda conducta, es lo que Hegel denominó «dolo», con lo cual otorgó a dicha expresión una significación diversa de la que suele serle atribuida en el ámbito del Derecho penal (63); en consecuencia, precisó Hegel, al querer sólo le es imputable aquello que conoce, lo cual constituye un derecho absoluto del hombre libre (64); con la expresión «dolo» precisa Hegel que la voluntad, el querer, supone siempre una representación de la existencia sobre la cual se actúa, de tal manera que, según él, quien en las tinieblas dispara sobre un arbusto matando con ello a un hombre, ha matado, pero no ha cometido un homicidio, en cuanto el autor no tuvo «dolo», es decir, en cuanto el autor no poseía una representación sobre la realidad, puesto que no sabía que disparaba sobre un hombre (65).

Esa representación de la realidad es un presupuesto indispensable del injusto penal, porque la prohibición de disparar sobre hombres supone siempre que el actor sepa que está disparando sobre hombres, así como la prohibición de hurtar cosas ajenas supone siempre que el autor sepa que está apropiándose de una cosa mueble ajena. De esta manera, quien se apropia de una cosa sin conocer su ajenidad (*porque nadie en su lugar hubiera podido conocerla*), no ha creado un riesgo desaprobado, puesto que no tenía la representación de esa realidad sobre la cual actuaba, de tal manera que su conducta no le será objetivamente imputable y sólo en el evento de que un reconocimiento hubiera sido posible para una persona en sus circunstancias, el problema se desplazaría del ámbito del injusto (que estaría entonces completo) al del error como parte de una teoría de la imputación subjetiva. Desde el punto de vista de la imputación objetiva es claro que a cada portador de roles le son exigibles determinadas formas de comportamiento, las cuales, a su vez, presuponen la existencia de ciertos conocimientos que cada persona, de acuerdo con el rol que desempeñe, debe poseer; las expectativas de comportamiento se basan entonces en los conoci-

---

(62) En contra HIRSCH, para quien los conceptos de objetividad y subjetividad no están a disposición de la dogmática; Cfr. HIRSCH, Hans-Joachim, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*, *ob. cit.*, p. 407.

(63) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, p. 356; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Grundlagen...*», *ob. cit.*, § 117.

(64) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, p. 359.

(65) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, p. 358 y 359.

mientos y capacidades que un garante debe poseer. Eventualmente puede serle exigida a una persona la activación de sus conocimientos o capacidades especiales, pero ello dependerá siempre de que en virtud de su posición de garante exista para él un deber de actuación frente a determinadas situaciones.

Con esto se produce un replanteamiento de las soluciones que tradicionalmente se han ofrecido para distinguir entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito, cuyo deslinde ha enfrentado serios problemas en el transcurso del presente siglo. En efecto, sólo varios años después de que Beling diseñara una teoría del delito en la cual el injusto correspondía inequívocamente al aspecto externo u objetivo de la conducta, mientras la culpabilidad se ocupaba de su aspecto subjetivo o interno, surgieron los primeros problemas con la aparición en el campo de la dogmática de los denominados elementos subjetivos del tipo, los cuales hicieron perder solidez a la distinción planteada entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito (66). En un intento por devolver la armonía al sistema, propusieron Mezger y Maurach que dentro del injusto se analizara sólo la contraposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico, mientras dentro de la culpabilidad se debería efectuar el juicio de imputación personal de la conducta al autor, lo que equivalía a adjudicar al injusto un *juicio sobre el autor*; Welzel, por su parte, planteó la determinación del injusto con base en la voluntad del autor, despojando así a la culpabilidad de su monopolio sobre el aspecto subjetivo del delito.

La propuesta de atribuir al injusto exclusivamente la valoración del hecho carece de sentido, puesto que el Derecho penal no se ocupa de simples fenómenos naturales, sino de modificaciones del mundo exterior derivadas de conductas humanas; por eso el injusto no puede limitarse a emitir juicios puros sobre los hechos, sino que debe tener necesariamente en cuenta al autor de ellos, pues no de otra forma se explica que, si se tuviera en cuenta sólo el aspecto objetivo, determinadas conductas no podrían ser consideradas como típicas. Así, por ejemplo, la conducta del comensal que en un restaurante toma por equivocación el abrigo ajeno, no puede diferenciarse en su simple exterioridad del comportamiento de quien, conociendo su ajenidad, toma el abrigo con la intención de apoderarse de él. Por eso puede decirse que, desde el punto de vista estrictamente naturalístico, tenía razón Welzel cuando afirmó que el hecho que interesa al Derecho penal posee siempre un aspecto subjetivo, en cuanto proviene de un ser humano; sólo que, pretender edificar el injusto a partir de la subjetividad del autor, como lo propuso Welzel, es desconocer que el derecho sólo

---

(66) Cfr. MAIHOFFER, Werner, «*Der Unrechtsvorwurf*» en Festschrift für Theodor Rittler, Verlag Scientia, Antiquariat, Aalen, 1957, ob. cit., p. 141.

se ocupa de los hombres en cuanto ellos conforman una comunidad social para cuya organización ha surgido aquél como garantía de una pacífica y armónica convivencia; esta subjetivización del injusto supone no sólo el traslado de conceptos naturalísticos al plano jurídico, sino que equivale a desconocer que una determinada actividad sólo debe ser calificada de injusta en cuanto lesione expectativas de comportamiento social.

La distinción que dentro del Derecho penal debe hacerse entre los planos objetivo y subjetivo debe entonces obedecer a parámetros diversos de los puramente naturalísticos. Dentro del injusto interesa siempre la conducta del ser humano, pero no considerado como un individuo, sino como un hombre del que como portador de roles se esperan determinadas formas de comportamiento; esto no supone negar la presencia del ser humano para centrar el análisis sobre el hecho, sino que, por el contrario, implica su admisión como un sujeto que para ejercer su rol debe poseer una representación de la realidad sobre la que actúa. Por eso, mientras las expectativas sociales, tanto sobre los conocimientos que cada portador de roles debe poseer como los que efectivamente posee, forman parte del injusto, porque permiten precisar la conducta que de ese portador de roles se espera, la subjetividad, en cuanto hecho psíquico individual, pertenece a la culpabilidad (67). Aun cuando la existencia de expectativas de comportamiento así fundamentadas son predicables tanto respecto de los delitos dolosos como de los culposos, a manera de comparación podría recurrirse a una distinción que tradicionalmente suele hacerse entre los aspectos cognoscitivo y volitivo del dolo, para afirmar que mientras el aspecto volitivo es materia que atañe a la imputación subjetiva, *el aspecto cognoscitivo es parte esencial de la imputación objetiva, en cuanto conforma la representación de la realidad respecto de la cual se predicen los deberes que emergen de los diversos roles sociales.*

La separación entre esta representación como presupuesto de una actuación y el contenido de una imputación subjetiva se evidencia con la circunstancia de que, una vez conocida esa representación previa, no está necesariamente satisfecho el aspecto subjetivo del

---

(67) Ya MAIHOFFER había señalado en forma similar, que dentro del injusto debería analizarse lo que «un hombre razonable» podía y debía haber hecho en la situación del autor, mientras dentro de la culpabilidad debería estudiarse lo que «el individuo en sí mismo» podía y debía hacer en la respectiva situación; como consecuencia de ello, planteó una teoría del delito con cuatro niveles; dentro del injusto debería ser considerados el hecho y el autor en forma general, y dentro de la culpabilidad nuevamente esos dos elementos, pero en forma individual; Cfr. MAIHOFFER, Werner, *Rittler-Festschrift*, ob. cit., pp. 147 y 153 y siguientes.

delito (68); así, por ejemplo, la mera circunstancia de que alguien conozca la condición de hemofílico de otro, no significa por sí misma que cuando se lo golpea se haya actuado dolosa o culposamente, puesto que ambas manifestaciones de la subjetividad son posibles en el mencionado ejemplo; así, quien conoce la calidad de hemofílico de un vecino, está obligado a no propinarle golpes que sean peligrosos para dicha persona (aspecto objetivo), siendo no obstante probable que le produzca la muerte porque mientras manejaba descuidadamente una herramienta le produjo una pequeña lesión (homicidio culposo) o porque con la intención de matarle le haya ocasionado una herida (homicidio doloso).

Otra importante consecuencia de esta concepción valorativa del delito es la de regresar a un sistema penal unitario, donde desde el punto de vista objetivo no existe diferencia en el tratamiento de los delitos dolosos y culposos. La exposición que posteriormente realizaremos sobre el ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva demostrará cómo no existen en este plano diferencias entre estas categorías delictivas, por manera que una conducta será objetivamente imputable con absoluta independencia de si ha sido desplegada dolosa o culposamente, distinción ésta que sólo tendrá relevancia dentro del estudio posterior de la imputación subjetiva.

Finalmente, en un sistema como el aquí defendido, no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión, puesto que lo que al Derecho penal incumbe como conducta es aquella actuación con la cual una persona se aparta de las expectativas de comportamiento social, generando con ello una defraudación; de esta manera, ni en el plano naturalístico existen las omisiones, ni resulta de utilidad dentro del Derecho penal el mantenimiento de la distinción entre acciones y omisiones, pues la *posición de garante*, que tradicionalmente ha servido para caracterizar al delito omisivo frente al de acción, debe ser aplicable a toda conducta ilícita, como aquí ha sido expuesto. Quien por dar muerte a otro no se comporta de acuerdo con las expectativas sociales y con ello provoca quebrantamiento de las normas, se coloca bajo la esfera de actuación del Derecho penal, independientemente de la forma concreta como desplegó su actividad, bien sea oprimiendo el disparador de un arma de fuego o dejando de alimentar a quien se tenía la obligación de nutrir (69).

---

(68) Consideran que la imputación sigue siendo «objetiva» en cuanto no se ocupa de los fenómenos del dolo y la culpa, MIR PUIG, Santiago, «Derecho Penal - Parte General», Promociones Publicaciones Universitarias PPU, Barcelona, 2.ª edición, 1985, página 192; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 250. Sobre lo «objetivo» de una teoría de la imputación objetiva, Cfr. infra III-C.

(69) Sobre la irrelevancia de distinguir entre acciones y omisiones dentro de un correcto entendimiento del concepto jurídico-penal de «conducta», JAKOBS, Günther, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», *ob. cit.*

De esta forma se consigue una perfecta separación entre los planos naturalístico y normativo (70), de manera que en cuanto el Derecho penal trabaje con conceptos valorativos (71) no enfrentará problemas con el concepto de omisión (como sí ocurre con las concepciones naturalísticas de la teoría del delito) pues él nada tiene que ver con la naturaleza; ningún papel desempeña un concepto autónomo de omisión en un sistema del delito donde lo determinante es la existencia de lesiones a la vida de relación social, o expresado de otra forma, donde lo que interesa es la existencia de defraudaciones a las expectativas sociales. También se eludirán los inconvenientes propios de los delitos culposos, en cuanto allí no desempeñará papel determinante la intencionalidad real o potencial (como sí ocurría con el finalismo). De la misma manera perderá total importancia la artificiosa y extensa discusión sobre si el desvalor de acción es más o menos importante que el de resultado, pues es innegable que en el plano naturalístico siempre habrá resultados como modificaciones del mundo exterior, mientras en el ámbito jurídico también habrá siempre resultados, pero como quebrantamiento de una norma o defraudación de expectativas sociales penalmente relevantes. Asimismo pierde trascendencia la discusión sobre la necesidad de valorar la importancia del aspecto subjetivo propio de las tentativas, en cuanto se distingue claramente entre la subjetividad natural que, siendo inmanente a cada conducta humana sólo interesa desde el punto de vista naturalístico, y aquellos componentes subjetivos que poseen relevancia para el Derecho penal; por supuesto, quedará aún por discutir cuál es el verdadero fundamento de las tentativas y qué grado de arbitrariedad existe en su punición, pero ese es un estudio que desborda las fronteras propias de este trabajo.

En síntesis, de entre las muchas conductas que naturalísticamente son desplegadas por el ser humano, sólo incumben al Derecho penal aquellas que suponen un atentado contra los intereses sociales (72), lo

---

(70) Desde luego no podemos compartir la afirmación de BUSTOS en el sentido de que la imputación objetiva confunde los planos naturalísticos y normativo; Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 218.

(71) Sobre la imputación objetiva como perteneciente a un ámbito normativo y no naturalístico Cfr. HONIG, Richard, «Kausalität und objektive Zurechnung», en Festgabe für Reinhart von Frank, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, Tomo I, pp. 178, 179, 180 y 182; JESCHECK, Hans-Heinrich, «Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil», Duncker & Humblot, Berlín, 4. Auflage, 1988, páginas 249 y 250; LARENZ, Karl, «Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung», A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927, p. 62; ROXIN, Claus, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, página 133.

(72) Desde nuestro punto de vista tampoco tiene fundamento el reproche que BUSTOS hace a la imputación objetiva en el sentido de desconocer la interacción social, puesto que sólo con base en el reconocimiento de la actividad social tiene sentido una teoría de la imputación objetiva como la aquí desarrollada; Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 219.

que significa que no todo resultado exterior, ni toda la subjetividad del actuar humano interesan al Derecho penal. Cuáles son esas conductas defraudadoras que al Derecho penal le incumben, es algo que la teoría de la imputación objetiva debe determinar, en la forma como el desarrollo de este trabajo lo indicará; la función que una teoría de la *imputación* está llamada a desempeñar es justamente la de reemplazar lo que tradicionalmente se ha denominado «el concepto jurídico-penal de conducta», con lo que puede concluirse que, *para el Derecho penal, es acción toda causación imputable*. De esta manera, el concepto jurídico de penal de acción surge cuando existe una conducta «injusta» y «culpable» (73), es decir, cuando respecto de ella se han agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como de una imputación subjetiva. Sin lugar a dudas estamos frente a una nueva concepción del sistema penal (74) desarrollada en derredor de una teoría de la imputación (75) que implica no sólo el abandono del planteamiento causalista, sino además la superación total de la teoría final del injusto (76).

---

(73) En este sentido se pronuncia JAKOBS, para quien en Derecho penal sólo es conducta una acción después de haber sido desvalorada por el injusto y la culpabilidad; Cfr. «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.* Para ROXIN la imputación objetiva en el sentido de HONIG requiere también un concepto normativo de conducta, sólo que cuando él califica esa conducta como una acción personal imputable, precisa que eso no implica una nueva definición de conducta, sino tan sólo la construcción de un principio conductor metódico; Cfr. ROXIN, Claus, Honig-Festschrift, *ob. cit.*, p. 145. Por ello ROXIN no desarrolla a partir de la imputación objetiva un verdadero sistema penal como el aquí defendido, pues por lo demás no niega del todo la importancia de la finalidad dentro del Derecho penal; Cfr. *Ibidem*, pp. 148 y 149.

(74) Ya los primeros trabajos aislados sobre los temas de imputación y culpabilidad habían permitido a algunos visionarios prever el surgimiento de un nuevo sistema penal; Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso, «*Derecho Penal*», editorial Temis, Bogotá, reimpresión de la undécima edición, 1990, p. 21, quien en la última edición que en 1985 hizo de su obra, incluyó dentro del recuento de las principales escuelas penales la que él denominó escuela científico-social. Recientemente se refirió también ROXIN en forma más concreta a una nueva escuela «final-racional» impuesta al finalismo ortodoxo, aun cuando no edificada sobre las bases de una teoría de la imputación objetiva; Cfr. ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 237.

(75) Este resultado habría sido incluso hoy admitido por Armin KAUFMANN, uno de los más persistentes críticos de la teoría de la imputación objetiva, pues él manifestó que dicha teoría sólo merecería ser tratada en la parte general del Derecho penal cuando fuera capaz de mostrar estructuras genéricas a las cuales se pudiera fijar una normatividad, como las que aquí defendemos. Cfr. KAUFMANN, Armin, Jescheck-Festschrift, *ob. cit.*, p. 270.

(76) Cfr. JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*; ya un poco antes ROXIN había precisado que el tratamiento «objetivo» propio de la llamada teoría de la imputación objetiva es radicalmente diverso de las manifestaciones subjetivistas propias del causalismo y del finalismo; Cfr. ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, pp. 237 y 239; desde esta perspectiva resulta entonces obvia la afirmación de BUSTOS en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva no es

## C. ESTRUCTURA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

Como consecuencia de la discusión generada en torno a la ponderación de los desvalores de acción y de resultado, se presentó un enfrentamiento entre los partidarios de una subjetivización total del injusto con acento exclusivo en el desvalor de acción y quienes pretenden revaluar para el Derecho penal el desvalor de resultado. Entre aquellos que se han encaminado por la segunda alternativa se suele hablar de una teoría de la «imputación objetiva *del resultado*» (77), con la que se busca precisar la forma en que un *resultado* debe ser atribuido a alguien respecto de quien ya se ha fijado un desvalor de acción. Cuando se hace referencia a una «imputación *del resultado*», se está entonces prolongando la inútil polémica sobre a cuál de los desvalores (de acción o de resultado) se debe otorgar preeminencia, y además se está desconociendo que en sus orígenes la imputación objetiva no fue simplemente un mecanismo para atribuir resultados, sino que fue bosquejada por Hegel como un instrumento para determinar cuándo una conducta podía ser considerada como la obra de alguien. Un abandono de la teoría final del injusto y la adopción de un nuevo sistema penal como el que aquí defendemos, supone entender la imputación objetiva como una teoría que reemplaza lo que tradicionalmente ha sido denominado el concepto jurídico penal de acción, por lo que en manera alguna puede ser sólo referida a un resultado (78), sino a toda la actuación como obra de determinada persona.

---

compatible con el finalismo, en cuanto para nosotros (no así para BUSTOS) es la lógica consecuencia de reconocer el surgimiento de una nueva sistemática del delito; tan incompatible es la imputación objetiva con el finalismo como lo fue el finalismo con el causalismo; Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 230.

(77) Entre quienes se refieren a una teoría de la imputación «del resultado» pueden confrontarse: BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, pp. 218, 219 y 220; FRISCH, Wolfgang, «*Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, pp. 22, 23, 26, 32, 50 y 51; debe, sin embargo, precisarse que el planteamiento de FRISCH tiende formalmente a distinguir entre lo que él denomina la conducta típica y la imputación de los resultados de dicha conducta, pero en el fondo es desarrollado como una teoría integral de la imputación objetiva en la cual lo que él denomina conducta típica puede equipararse a lo que sería la creación de riesgos desaprobados. Con referencia exclusiva a una imputación de resultados consultar también KAUFMANN, Armin, Jescheck-Festschrift, *ob. cit.*, pp. 254 y 255; KÜHL, Kristian, «*Anmerkung zum Urteil des BGH von 15.10.1981 - 4StR398/81 (BGHS130, 228)*», en Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1983, p. 32; SCHÜNEMANN, Bernd, JA 1975, *ob. cit.*, pp. 578 y 579; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, *ob. cit.*, p. 98; WALTHER, Susanne, «*Eigenverantwortlichkeit...*», *ob. cit.*, pp. 126 y 127.

(78) Para argumentos en contra de una referencia exclusiva a la imputación de resultados, Cfr. WOLTER, Jürgen, «*Objektive und...*», *ob. cit.*, pp. 32, 33, 180 y 181.

La misma pretensión de buscar correctivos que permitieran solucionar los vacíos dejados por la teoría final del injusto en ámbitos como el de los delitos culposos, condujo desde la década del 60 a la formulación de aislados *criterios* con los cuales se solucionaban inconvenientes concretos del sistema; así surgió inicialmente la llamada teoría de la elevación del riesgo, la cual, sin embargo, mostró pronto su incapacidad para solucionar por sí misma muchos casos, por lo cual se recurrió a la tesis del fin de protección de la norma, y posteriormente al de la disminución del riesgo, al de la autonomía de la víctima y a muchos otros más con los que en su momento se pretendieron llenar vacíos que, ni la concepción final del injusto ni sus posteriores correctivos podía satisfacer. Si se observan en forma aislada todos estos «*criterios*», sin otorgarles una base común que permita entenderlos como un verdadero sistema, cabe plena razón a quienes critican la imputación objetiva por su extrema imprecisión y falta de sistematización (79). Como sólo un planteamiento de la imputación objetiva sobre la base de precisas funciones dentro del sistema penal (como el que aquí ya se ha esbozado y seguidamente se desarrollará) puede ser denominado «teoría», consideramos incorrecto hacer referencia a «*criterios de imputación*» (80), porque con ello se alude tan sólo a los aislados intentos de corrección del sistema finalista, mientras aquí se

---

(79) Por ejemplo, KÜPPER, Georg, «Grenzen...», *ob. cit.*, pp. 83 y 84, quien, sin embargo, es en extremo contradictorio, pues luego de afirmar categóricamente que la imputación objetiva es innecesaria dentro de una teoría del delito, desarrolla el acápite de los delitos culposos con base en la existencia de un deber objetivo de cuidado y la necesidad de su relación con el resultado (p. 108), con lo cual no hace nada diverso de aceptar los presupuestos generales de la imputación objetiva. Sobre las críticas a la vaguedad de la imputación objetiva, Cfr. también PUPPE, Ingeborg, «*Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlín-New York, 99. Tomo, 1987, p. 595; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, *ob. cit.*, p. 101.

(80) Entre quienes hacen referencia no a una teoría de la imputación objetiva, sino tan sólo a la existencia de «criterios de imputación», Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, pp. 219, 223 y 229; EBERT, Udo, «*Kausalität und objektive Zurechnung*», en *Juristische Ausbildung (Jura)*, de Gruyter, Berlín-New York, 1979, páginas 561 y 574; EBERT, Udo, «*Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 30.7.1981*», en *Juristische Rundschau (JR)*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1982, p. 422; JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 257; LENCKNER, Theodor, «*Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar*», C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, 24. Auflage, Vorbem 13ff/92; MAIWALD, Manfred, «*Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte - BGHSt 31, 96*», en *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1984, p. 440; MAURACH, Reinhart/ZIFF, Heinz, «*Strafrecht Allgemeiner Teil*», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Volumen I, 7. Auflage, 1987, § 18 III/36, p. 244; ROXIN, Claus, «*Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*», en *Festschrift für Ulrich Klug*, Dr. Peter Deubner Verlag GmbH, Köln, 1983, Tomo II, p. 310; SAMSON, Erich, «*Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1972, pági-

pretende una nueva elaboración de la concepción del delito edificada sobre la teoría de la imputación.

En síntesis, la teoría de la imputación objetiva no hace relación tan sólo a la atribución de resultados, ni alude tan sólo a la relación existente entre una acción natural y su resultado (81), ni es una asistemática agrupación de criterios. De acuerdo con una visión correcta, debe decirse que *un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado* (82), de ma-

---

na 44; SCHMOLLER, Kurt, «Die Kategorie der Kausalität und der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte strafrechtlicher Tatbestände», en Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ), Menzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1982, p. 452; STRATENWETH, Günther, «Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung», en Festschrift für Wilhem Gallas, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1973, p. 227; STREE, Walter, JuS 1985, ob. cit., p. 181; TRÖNDLE, Herbert, «Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare», C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 45. Auflage, 1991, Vor § 13 Rdn. 17; WESSELS, Johannes, Lehrbuch, ob. cit., p. 59; WOLTER, Jürgen, «Der Irrtum über Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung», en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 89. Tomo, 1977, página 652.

(81) En este sentido la entienden BURGSTALLER, Manfred, «Das Fahrlässigkeitsdelikt...», ob. cit., p. 69; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Strafrecht Allgemeiner Teil», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage, 1984, Rdn. 5/54, p. 92; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, ob. cit., § 8/47, p. 219.

(82) Cfr. ENGISCH, Karl, «Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände», Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, p. 68, quien mencionó estos dos requisitos no propiamente como elementos de una teoría de la imputación objetiva, sino en desarrollo de su teoría de la causalidad adecuada; sin embargo, el desarrollo que ENGISCH dio a su teoría con el empleo de los referidos elementos la convierte en el más claro antecedente de una moderna teoría de la imputación objetiva. HARDWIG, Werner, «Versachung und Erfolgszurechnung», en Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, p. 290; JAKOBS, Günther, Lehrbuch, ob. cit., Rd. 7/4b; JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch, ob. cit., pp. 257 y 258; LENCKNER, Theodor, «Schönke/Schröder...», ob. cit., Vorbem 13ff/92; MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl-Heinz, «Strafrecht Allgemeiner Teil», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Volumen II, 7. Auflage, 1989, § 43 IV/91, p. 131; OTTO, Harro, «Grundkurs...», ob. cit., pp. 68 y 74; OTTO, Harro, «Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm, NJW 1973, 1422», en Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1974, p. 704; OTTO, Harro, «Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Reinhart Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 102 y 103; ROXIN, Claus, Klug-Festschrift, ob. cit., p. 310; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Frankfurt, 1990, Rn. 57, Vor § 1; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid», en Festschrift für Karl Lackner, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1987, p. 866; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtliche Zurechnungsformen», en «Grundfragen des modernen Strafrechtssystems», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1984, pp. 82 y 83; SAMSON, Erich, «Strafrecht I», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 7. Auflage,

nera que la imputación objetiva posee dos elementos que son el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo en el resultado, entendiendo este último no en un sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de las normas.

Algún sector de la doctrina ha sostenido, en contra de la imputación objetiva, que ella recurre en ciertos eventos al empleo del dolo como mecanismo de solución de los problemas (83), o incluso que ella necesita indefectiblemente una cierta consideración de la intencionalidad de la conducta (84), con lo cual debería admitirse que en realidad se trata de una teoría que al mezclar elementos subjetivos y objetivos (85), no hace honor a su nombre; con base en ello se pregunta críticamente: ¿Qué es lo objetivo de la imputación objetiva? (86).

Este es un curioso caso en el cual la respuesta es mucho más antigua que el interrogante, pues las primeras diferenciaciones entre las imputaciones objetiva y subjetiva se remontan en Alemania a 1803 (87). Pero dejando momentáneamente de lado la consideración histórica del problema, es importante resaltar que esta crítica a la imputación objetiva proviene de personas formadas bajo los presupuestos de una teoría final del injusto, lo cual es importante, en cuanto para ese sistema penal el principio rector del injusto es la intencionalidad; no es que sea falsa la afirmación de que la imputación objetiva no puede prescindir del aspecto subjetivo y por ello recurre a la intencionalidad de la conducta, sino que con ello se está pretendiendo juzgar a la teoría de la imputación objetiva desde el punto de mira del finalismo, lo que es tan equivocado como pretender juzgar la teoría final del injusto desde la perspectiva del causalismo. En efecto, hemos reseñado como fundamental error de la teoría final del injusto el haber mezclado los planos naturalístico y normativo, al pretender hacer valer dentro del sistema penal una concepción óptica de conducta caracterizada por su finalidad. Pero también hemos ya precisado que la teoría de la imputación objetiva tiene sentido dentro

---

1988, p. 15; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht...*», *ob. cit.* Rd. 5/55, p. 93, Rd. 5/58, p. 94 nota 20; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Lehrbuch, ob. cit.*, § 9/36, p. 307; STRATEN-WERTH, Günther, «*Strafrecht Allgemeiner Teil I*», Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Bonn-München, 3. Auflage, 1981, Rd. 215, p. 84 y Rd. 351, p. 119; TRONDLE, Herbert, *StGB, ob. cit.*, Vor § 13, Rd. 17; WESSELS, Johannes, *Lehrbuch, ob. cit.* p. 54; WOLTER, Jürgen, «*Objektive und...*», *ob. cit.*, pp. 29, 49, 50, 358.

(83) Cfr. SAMSON, Erich, «*Strafrecht I*», *ob. cit.*, p. 16.

(84) Cfr. Bustos, Juan, *Kaufmann-Gedächtnisschrift, ob. cit.*, pp. 223 y 224.

(85) Cfr. LAMPE, Hans-Joachim, *Kaufmann-Gedächtnisschrift, ob. cit.*, páginas 196 y 197.

(86) Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift, ob. cit.*, pp. 251 y ss; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, *ob. cit.*, p. 98.

(87) Cfr. HRUSCHKA, Joachim, «*Strukturen...*», *ob. cit.*, p. 2, nota 3.

de una concepción valorativa del sistema penal, en la cual se mantenga una precisa delimitación entre los ámbitos naturalístico y normativo; por ello, si bien desde el punto de vista naturalístico no puede negarse que cada conducta humana es final, es decir intencional, tampoco debe afirmarse que toda intencionalidad incumbe al Derecho penal.

Por eso es cierto que una teoría de la imputación objetiva requiere de la intencionalidad, pero sólo en cuanto ella es un atributo inherente a toda conducta en sentido naturalístico; lo que se pretende con la imputación es, justamente, seleccionar dentro de esas acciones naturales aquellas que resulten de interés para el Derecho penal, es decir, aquellas que puedan ser reprochadas como «obra de determinado sujeto». En la imputación objetiva se pregunta entonces si un portador de roles, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción; para la *imputación objetiva* no importa si el médico era Pedro, Juan o Diego, sino que se examina la conducta exigible a un médico, conducta que por supuesto es intencional como manifestación de un querer. Por el contrario, en la *imputación subjetiva* se examina el aspecto individual del autor, por lo que aquí ya no interesa la condición genérica de médico, sino la subjetividad de Pedro o Juan en el caso concreto, vale decir, su capacidad de comprensión de la situación, si pudo prever o no el resultado, si lo quiso expresamente o lo aceptó como posible, etcétera. Expresado en una forma mucho más general, con la imputación objetiva se determina la conexión entre un suceso y un querer (es decir, cuándo un suceso es «la obra» de alguien), mientras en la imputación subjetiva se indaga por el contenido de ese querer (88).

Y retomando por último el aspecto puramente histórico, cabe recordar que en el fondo la distinción entre los ámbitos objetivo y subjetivo de la teoría de la imputación es similar a la planteada por Rad-

---

(88) Sobre la distinción entre imputación objetiva y subjetiva pueden encontrarse similares argumentos en los siguientes autores: Cfr. HARDWIG, Werner, JZ 1968, *ob. cit.*, p. 290, aun cuando este autor hace la distinción no en relación directa a la imputación, sino referida a la evitabilidad; HONIG, Richard, Frank-Festgabe, *ob. cit.*, pp. 184 y 185; LARENZ, Karl, «Hegels...», *ob. cit.*, pp. 51, 58, 68,84, 92 y 94; NAUCKE, Wolfgang, «Über das Regreßverbot im Strafrecht», en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1964, 76. Tomo, pp. 426, 427 y 428; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 250; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Der Zweck...», *ob. cit.*, pp. 81 y 82, pese a que sus consideraciones no aluden concretamente a la teoría de la imputación, sino a la separación entre los aspectos objetivo y subjetivo del injusto, caracterizada por él con las expresiones desvalor objetivo de peligrosidad y desvalor subjetivo de intención como componentes del más amplio desvalor de acción; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, *ob. cit.*, § 8/31, p. 223.

bruch (89) y von Liszt (90) a comienzos de siglo para diferenciar lo que desde el punto de vista de una teoría causal del delito era un simple generador de la causalidad y aquello cuyo análisis correspondía al ámbito de la culpabilidad; sólo que, si bien dicha escuela mantuvo la finalidad por fuera del sistema penal, lo desarrolló equivocadamente con base en una teoría natural de la causalidad; pero dejando de lado ese craso error, tenían razón cuando además de reconocer la intencionalidad naturalística de toda conducta señalaban que el contenido de esa finalidad incumbía sólo a la culpabilidad.

#### D. AMBITO DE APLICACION DE LA IMPUTACION OBJETIVA

Cuál debe ser el campo de aplicación de la imputación objetiva en materia penal, depende ante todo del concepto mismo que se tenga de dicha teoría, de manera que mientras para algunos sólo podrá ser referida a concretas modalidades delictivas, para otros tendrá un mayor ámbito de cobertura (91).

Así, por ejemplo, la generalizada tendencia de referir la imputación objetiva sólo a los delitos de resultado (92) es la lógica consecuencia de la estrecha relación que considera a esta teoría como un mecanismo exclusivamente apto para atribuir resultados; pero si de acuerdo con lo ya expuesto se entiende correctamente a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no sólo un resultado, sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objeti-

---

(89) Cfr. RADBRUCH, Gustav, «*Der Handlungsbegriff...*», *ob. cit.*, pp. 130 y 131.

(90) Cfr. von LISZT, Frank, *Lehrbuch*, 14. Auflage, *ob. cit.*, p. 125.

(91) Cfr. SCHMOLLER, Kurt, *ÖJZ* 1982, *ob. cit.*, p. 452.

(92) Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 221, quien, sin embargo, restringe la aplicación de la teoría en su concepción tradicional, mientras de acuerdo con su propia concepción ella (pero no la que él denomina atribuibilidad) sería aplicable dentro de la antijuridicidad a todos los delitos; EBERT, Udo, *Jura* 1979, *ob. cit.*, p. 561, quien aquí señala vagamente que la imputación objetiva es aplicable en primera línea a los delitos de resultado; EBERT, Udo, *JR* 1982, *ob. cit.*, p. 422, de manera más categórica que en su anterior escrito; LENCKNER, Theodor, «*Schönke/Schröder...*», *ob. cit.*, Vorbem 13ff/92; OTTO, Harro, «*Grundkurs...*», *ob. cit.*, p. 65; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 244; SAMSON, Erich, «*Hypothetische...*», *ob. cit.*, p. 15; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht...*», *ob. cit.*, Rd. 5/54, 5/55, pp. 92 y 93; ULSENHEIMER, Klaus, «*Der Verhältnis...*», *op. cit.*, p. 149; WESSELS, Johannes, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, p. 205; WOLTER, Jürgen, «*Objektive und ...*», *ob. cit.*, p. 183, quien además, manifiesta en forma expresa que la imputación objetiva no se requiere en los delitos de peligro abstracto.

va no debe quedar reducida a los denominados delitos de lesión, y mucho menos a unos determinados tipos de resultado como los homicidios y las lesiones personales, como en algunas escasas oportunidades se ha llegado a sugerir.

En su más frontal ataque contra la imputación objetiva, cuestionó Kaufmann la aplicabilidad de dicha teoría a los delitos dolosos, llegando a afirmar que se trataba de una figura que, desde sus orígenes, lleva en la frente el sello del delito culposo (93). Las razones por las cuales alguna parte de la doctrina niega la posibilidad de aplicar esta teoría a los delitos dolosos se remontan quizás, de una parte, al hecho de que casi todos los casos problemáticos que han dado lugar a las polémicas doctrinales y jurisprudenciales tienen que ver con delitos cometidos culposamente, y, de otro lado, a que en el desarrollo del primero de sus elementos, la creación de riesgos desaprobados, se lo asimila frecuentemente a un concepto que como el deber de cuidado fue originalmente ideado como requisito propio del delito imprudente. En el fondo, no se trata de que existan en la práctica más casos de delitos culposos que dolosos, sino de que en estos últimos suele ser tan evidente la creación del riesgo desaprobado que no nos detenemos demasiado a pensar en su existencia, mientras en los delitos imprudentes es con frecuencia un elemento de difícil determinación y requiere en la práctica un análisis más detenido; pero, desde luego, tan desaprobado es el riesgo de conducir a exceso de velocidad y en contravía a lo largo de una autopista como el de disparar intencionadamente un arma de fuego contra la cabeza de una persona, de manera que una teoría de la imputación objetiva, como la aquí defendida, es aplicable tanto a los delitos culposos como a los dolosos. Por lo demás, la ingeniosa frase de Kaufmann, en el sentido de que la imputación objetiva lleva en la frente desde su origen el sello del delito culposo, puede ser igualmente discutida, con sólo referirnos a los planteamientos propuestos por Hegel, en cuanto él desarrolló el concepto de imputación sobre la base de las manifestaciones de *voluntad* del ser humano; justamente esa constante referencia al querer fue lo que le valió por parte de Larenz el reproche de haber desarrollado una teoría de la imputación objetiva únicamente referida a los delitos dolosos, olvidando la existencia

---

(93) Entre aquellos que limitan la cobertura de la imputación objetiva a los delitos culposos desconociendo validez dentro del ilícito doloso, Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift*, ob. cit., p. 258; KÜPPER, Georg, «Grenzen...», ob. cit., p. 91; LACKNER, Karl, «*Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*», C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989, 18. Auflage, Vor § 13, III, 1 c, dd, en cuanto afirma que la imputación objetiva es «poco significativa» en los delitos dolosos; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, ob. cit., p. 103, por lo menos en lo atinente a la aplicación de las conductas alternativas conforme a derecho.

del ilícito imprudente (94); aun cuando recientemente ha propuesto Vehling una nueva interpretación de la teoría hegeliana con la idea de interpretar la expresión «querer» no en el sentido ordinario de la intencionalidad, sino como una manifestación de la conducta que socialmente debe desarrollar el individuo (95) (con lo cual caería por su base el reproche de Larenz), no puede desconocerse que se trata de una reformulación susceptible de polémica; pero justamente por el hecho de que no esté aún dilucidado si cuando Hegel se refirió al querer como el hilo conductor de la imputación aludía a lo que hoy conocemos como dolo, o a lo que podría modernamente denominarse las exigencias sociales de comportamiento, rechazamos la afirmación de Kaufmann en relación con la clase de delitos a los que fue originalmente referida la imputación objetiva, ya que, o Hegel se refirió solamente a estos delitos dolosos (Larenz) o aludió tanto a los dolosos como a los culposos (Vehling), pero en ningún caso se ocupó exclusivamente del delito imprudente.

Algunos de quienes admiten que la imputación objetiva puede ser aplicada tanto a los delitos culposos como dolosos precisan, sin embargo, que los mecanismos a emplear deben ser diversos tratándose de una y otra clase de ilícitos (96), con lo cual se reafirma la antigua bifurcación de la teoría del delito a través de la duplicidad de la imputación objetiva. Pero esa escisión afecta no solamente la unidad que debe poseer un sistema penal, como en el acápite precedente quedó explicado, sino que hace depender la imputación objetiva de la existencia previa de la imputación subjetiva, de manera que para saber si una conducta es o no objetivamente imputables a alguien debería saberse, ante todo, si esa persona actuó dolosa o culposamente pues en cada caso las reglas de imputación deberían ser diversas; sólo que cuando esté establecido que desde el punto de vista jurídico penal alguien actuó dolosa o culposamente, habrá quedado ya tácitamente admitido que su conducta es objetivamente imputable, salvo que se quiera arribar a la extraña conclusión de que en materia penal existen conductas dolosas y culposas que no hacen parte del injusto. Expresado en una forma más sencilla, si la imputación subjetiva busca precisar el contenido de un querer, que desde el punto de vista hegeliano forma parte de la imputación objetiva, es impensable que la determinación de ese contenido de la voluntad preceda a la demostración de la existencia de esa voluntad.

---

(94) Cfr. LARENZ, Karl, «Hegels ...», *ob. cit.*, p. 52.

(95) Cfr. VEHLING, Karl-Heinz, «Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch», Peter Lang, Frankfurt am Main-Bern-New York-París, 1990, pp. 22 a 30.

(96) Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 234; LENCKNER, Theodor «Schönke/Schröder...», *ob. cit.*, Vorbem 13ff/92; ROXIN, Claus, Honig-Festschrift, *ob. cit.*, p. 144, referido concretamente al fin de protección de la norma.

Tampoco compartimos la propuesta de que la imputación objetiva deba funcionar de manera diferencial respecto de los delitos de acción y los omisivos (97), no solo porque ello nos conduce nuevamente a una inaceptable ruptura de la unidad del sistema penal, sino porque nos remonta una vez más a la estéril discusión sobre si existe o no una distinción entre los delitos de acción y omisión y la forma como dicha diferenciación debería efectuarse.

En síntesis, en un sistema penal unitario como el aquí defendido, la teoría de la imputación objetiva, como determinadora del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial (98), esto es tanto en los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos y culposos (99), así como a las acciones y omisiones (100) y también debe ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados (101), puesto que para saber si una conducta es reprochable penalmente a título de tentativa, es indispensable que con

---

(97) Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 234.

(98) Cfr. JAKOBS, Günther, Lehrbuch, *ob. cit.*, Rd. 7/4, quien con razón precisa que ello no significa que todos los institutos de la imputación objetiva sean igualmente significativos frente a la totalidad de los tipos contenidos en la parte especial; más recientemente, JAKOBS, Günther, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», *ob. cit.*

(99) Entre quienes admiten la validez de la imputación objetiva tanto para los delitos culposos como para los dolosos Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 234, pero no en la forma como la imputación objetiva es normalmente desarrollada, sino sólo en cuanto se la entienda a su manera, es decir diferenciándola de la atribución y radicándola en el ámbito de la antijuridicidad; JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 529, cuando menos en lo que se refiere al fin de protección de la norma; LARENZ, Karl, «Hegels...», *ob. cit.*, p. 52, en cuanto le reprochó a HEGEL haber referido la imputación objetiva sólo al delito doloso, desconociendo que también existen ilícitos culposos; LENCKNER, Theodor, «Schönke/Schröder...», *ob. cit.*, Vorbem 13ff/92; MAIWALD, Manfred, JuS 1984, *ob. cit.*, p. 440; MAURACH/ZIPF, «Strafrecht...», *ob. cit.*, § 18 III/36, p. 244; OTTO, Harro, «Grundkurs...», *ob. cit.*, pp. 204 y 205; ROXIN, Claus, Honig-Festschrift, *ob. cit.*, p. 144; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 247; ROXIN, Claus, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en Festschrift für Wilhelm Gallas, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1973, pp. 241 y 242; RUDOLPHI, Hans-Joachim, Lackner-Festschrift, *ob. cit.*, p. 866; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, *ob. cit.*, § 8/50, p. 222; STRATENWERTH, Günther, «Strafrecht...», *ob. cit.*, Rd. 215, p. 84; ULSENHEIMER, Klaus, «Das Verhältnis...», *ob. cit.*, p. 27; WESSELS, Johannes, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 54.

(100) Acepta la validez de la imputación objetiva en los delitos omisivos de resultado SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Strafrecht...», *ob. cit.*, Rd 12/46, p. 405.

(101) Ya ENGISCH había hecho alusión a la necesidad de otorgar idéntico tratamiento a los delitos consumados y tentados cuando desarrolló su teoría de la causalidad adecuada, que como hemos ya mencionado es desde el punto de vista histórico lo más aproximado a una moderna teoría de la imputación objetiva; Cfr. ENGISCH, Karl, «Die Kausalität...», *ob. cit.*, pp. 59 y 60; admitiendo la imputación objetiva en el ámbito del delito tentado, JAKOBS, Günther, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», *ob. cit.*; VEHLING, Karl-Heinz, «Die Abgrenzung...», *ob. cit.*, prólogo y pp. 113 y ss., en especial página 123.

ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado; debe aquí nuevamente precisarse, que los resultados a los que hacemos referencia dentro del sistema penal no son meras consecuencias naturalísticas sino lesiones a las reglas de la vida de relación social, [quebrantamiento de la validez de las normas (102)] por manera que, tanto en los delitos consumados como en las tentativas, debe existir un resultado jurídico-penal, pues de lo contrario el comportamiento no podrá ser reprochado; cuáles son los resultados que desde el punto de vista de la tentativa interesan al sistema penal, o aún más claro, cuándo una conducta es reprochable a título de tentativa, es algo que excede los límites de este trabajo, pero que de todas maneras supone tanto la determinación de un riesgo desaprobado, como la realización de ese riesgo en el resultado.

---

(102) Cfr. JAKOBS, Günther, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 277; también en «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*

**UNIDAD II: INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (I)**

- **Maraver - Principio de confianza**

**MARIO MARAVER GÓMEZ**

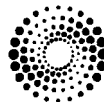
Profesor Ayudante de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

# **EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN DERECHO PENAL**

Un estudio sobre la aplicación del  
principio de autorresponsabilidad en  
la teoría de la imputación objetiva

Prólogo de  
**AGUSTÍN JORGE BARREIRO**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

CIVITAS



**THOMSON REUTERS**

La posibilidad de reconocer un concepto restrictivo de autor en ambos tipos de delitos es destacada también por quienes, sobre todo en la doctrina española, han venido abogando por teorías objetivas de la autoría como la que se centra, por ejemplo, en el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho<sup>(50)</sup>. La particularidad que presenta la concepción aquí defendida en comparación con estas teorías objetivas de la autoría radica en la idea de que lo importante es propiamente la relación objetiva con el curso lesivo o con la conducta del tercero y no el mayor o menor dominio del hecho. Desde este punto de vista, la diferencia entre quienes son autores y quienes no lo son depende únicamente de la posibilidad de aplicar la prohibición de regreso para delimitar la relación del sujeto con el curso lesivo ante la presencia de un tercero.

## II. El principio de autorresponsabilidad en la delimitación del deber de cuidado: el principio de confianza

### 1. El principio de confianza y la delimitación negativa del deber de cuidado

#### 1.1. LA DELIMITACIÓN NEGATIVA DEL DEBER DE CUIDADO

Cuando se ostenta una posición de garante o una posición de especial vinculación con el riesgo, resulta necesario examinar hasta dónde llega el deber de controlar o evitar las distintas expresiones o manifestaciones de ese riesgo. Para realizar el juicio de imputación y delimitar correctamente el ámbito de responsabilidad no basta, efectivamente, con constatar la existencia de una *posición de garante*, sino que es necesario también comprobar que se ha producido una *infracción del deber de cuidado*<sup>(51)</sup>.

cepto restrictivo de autor en el delito imprudente, cfr., últimamente, PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, pp. 27 y ss., 45 y ss.; ROBLES PLANAS, *RDPCr*, núm. 6, 2000, pp. 223-251; pp. 226 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *LH-Valle Muñiz*, p. 239; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 262 y ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 28.

(50) En España, efectivamente, a diferencia de lo ocurrido en Alemania, la posibilidad de utilizar un concepto restrictivo de autor en el delito imprudente ha tenido históricamente un mayor reconocimiento. A ello ha contribuido no sólo el mayor protagonismo de las teorías objetivo-formales, sino también el carácter objetivo que cierto sector de la doctrina española ha querido otorgar a la teoría del dominio del hecho. En este sentido, deben destacarse las tesis defendidas en su día por RODRÍGUEZ MOURU-

LLO (*ADPCP*, 1969, pp. 478 y ss.) y, muy especialmente, la teoría de la *determinación objetiva del hecho*, desarrollada por LUZÓN PEÑA y sus discípulos. Cfr., a este respecto, LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la Circulación*<sup>2</sup>, pp. 112 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 631 y ss.; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *FS-Roxin*, pp. 586 y ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 502 y ss.

(51) Llama la atención sobre la necesidad de valorar ambos aspectos para determinar la autoría en toda clase de delitos FEIJOO SÁNCHEZ, *LH-Valle Muñiz*, p. 244: «El dominio normativo en el marco de una concepción dualista del injusto exigiría en primer lugar la constatación de que el hecho es objetivamente incumbencia o competencia preferente de una persona (exclusiva o compartida o bien inmediata o a través de otro) y, en segundo lugar, habría

A la hora de configurar el deber de cuidado y determinar hasta dónde llega el deber de controlar el riesgo, es posible diferenciar igualmente entre deberes negativos y deberes positivos. Cabe pensar que, por regla general, cuando se ostenta una posición de garante, el principal deber de cuidado es un deber de carácter negativo que obliga a controlar aquella parte del riesgo que se encuentra en el propio ámbito de actuación. El hecho de que se ostente una posición de garante no es óbice para que pueda seguirse reconociendo la existencia de un interés en delimitar negativamente el propio ámbito de actuación<sup>(52)</sup>. En ese sentido, se puede aplicar el principio de autorresponsabilidad para delimitar el deber de cuidado tomando como referencia los deberes de cuidado con los que a su vez cuentan los terceros; lo que permite afirmar que, en principio, no existe un deber de controlar aquello que debe controlar un tercero. El principio de autorresponsabilidad sirve así para fundamentar la existencia de un *principio de confianza* destinado a delimitar negativamente el alcance del deber de cuidado.

Partiendo de esta distinción, el principio de autorresponsabilidad puede presentarse como un principio destinado a delimitar el ámbito de responsabilidad en dos momentos diferentes, dando lugar a dos criterios de imputación o valoración igualmente diferentes: por una parte, la prohibición de regreso y, por otra parte, el principio de confianza<sup>(53)</sup>.

que pasar a analizar si se dan los irrenunciables requisitos de responsabilidad subjetiva o personal (infracción de la norma de conducta propia del delito doloso o de la norma de cuidado propia del delito imprudente)». Sobre la posibilidad de diferenciar entre deberes de garante y deberes de cuidado, cfr., con carácter general, HERZBERG, *Unterlassung*, p. 242. Cfr., también, en esta misma línea, WALTHER, *Eigentverantwortlichkeit*, p. 210, quien parte de esta perspectiva para abordar los casos de participación en autopuestas en peligro; FREUND, *MüKo*, § 13, nn. mm. 96-99, quien afirma que la posición de garante sólo es una parte de la fundamentación del deber; y VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 249-250, para quien los deberes de garante tienen su fundamento en el mandato de garante: existen si el garante es intencionalmente capaz de evitar el resultado (imputación al dolo) o aun cuando no lo es, pero le es imputable por lesionar sus obligaciones (imprudencia); mientras que los mandatos de cuidado no encuentran su fundamento en el mismo mandato de garante, sino en las expectativas normativas que existen sobre un sujeto en un rol de garante, tomando en consideración la razonabilidad, el riesgo permitido y el principio de confianza.

(52) Así lo advierte, expresamente, VOGEL (*Norm und Pflicht*, p. 198) con respecto a los delitos de comisión por omisión, haciendo alusión precisamente al principio de confianza. A su juicio, cuando hay normas u obligaciones que el tercero o la víctima deben cumplir, el garante puede confiar en su cumplimiento y, por tanto, realizar un riesgo permitido. Con ello, dice este autor, se evidencia que la cuestión relativa a la delimitación de deberes en los delitos impropios de omisión es idéntica a la que se plantea en los delitos comisivos con relación a la autorresponsabilidad y al principio de confianza.

(53) Cfr., en este sentido, JAKOBS, *AT*<sup>9</sup>, 7/52 y 7/53; IDEM, *Estudios de Derecho penal*, pp. 215 y 218: «el principio de confianza sólo es necesario cuando quien confía ha de responder del curso causal en sí, aun cuando sea un tercero quien lo dirija responsablemente al daño»; es decir, en casos en los que «quien confía es garante del buen desenlace» o, en general, en casos en los que la «imprudencia de los terceros no podría excluir la responsabilidad según las reglas de la prohibición de regreso».

Esta interpretación permite llegar a la conclusión de que tales criterios de imputación no son criterios incompatibles. No son criterios que respondan a una opción por una mayor o menor rigidez con respecto a la posibilidad de limitar la responsabilidad ante la intervención de un tercero; en realidad, ambos criterios son igualmente válidos, pero cuentan con un diferente ámbito de aplicación. Mientras que la prohibición de regreso sirve para delimitar la posición de garante, el principio de confianza sirve para delimitar el deber de cuidado cuando se ostenta una posición de garante; y ello con independencia de que esa posición de garante se derive de una relación directa con el riesgo o de una relación con el bien jurídico, es decir, con independencia de que se trate de una posición de garante de control del riesgo o de una posición de garante de protección del bien jurídico(54).

Así pues, en los casos en los que interviene una tercera persona, a la hora de realizar el juicio de imputación, antes de barajar la posibilidad de aplicar el principio de confianza es necesario examinar –conforme a los planteamientos anteriormente apuntados en relación con la prohibición de regreso– si el sujeto ostenta una posición de garante frente al riesgo que conduce o puede conducir a la producción del resultado lesivo. Si se llega a la conclusión de que el sujeto no ostenta una posición de garante, no hay necesidad de utilizar el principio de confianza. Si el sujeto, por ejemplo, deja una escopeta en manos de un tercero responsable y no hay problema en establecer una prohibición de regreso que excluya su posición de garante y su relación de autoría, no hay necesidad de valorar en qué medida puede o no confiar en la conducta correcta del tercero.

La principal diferencia que presenta el principio de confianza con

---

(54) De la misma opinión PETER, *Arbeitsstellung im Krankenhaus*, pp. 121-122. En relación con la actividad médica, esta autora sostiene que el principio de confianza no afecta a la posición de garante de los médicos (*Garantenstellung*), sino a sus deberes de garante (*Garantenpflichten*). A su juicio, si el principio de confianza también modificara la posición de garante, la existencia de la posición de garante dependería por ejemplo de que el médico conociera la lesión del deber de cuidado por parte de un tercero: en última instancia, la conducta del tercero sería un factor determinante para la existencia de una posición de garante. Si la diferencia conceptual entre posición de garante (*Garantenstellung*) y deber de garante (*Garantenpflicht*) o deber de cuidado (*Sorgfaltspflicht*) ha de tener algún sentido, esa idea no puede ser correcta. La posición de garante, explica esta autora, sólo describe una especial posición

del médico frente al *paciente*; así ocurre también en otros grupos de casos: así, por ejemplo, la madre tiene el deber, como garante, de alimentar a sus hijos; si delega en una amiga temporalmente esta tarea, se le priva de ese deber en la medida en que puede confiar en que su amiga cumpla con esa tarea, pero su posición de garante no desaparece: tan pronto como la madre conozca o deba conocer que la amiga actúa incorrectamente, se actualiza su concreto deber de garante. Cfr., también, en un sentido parecido, VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, pp. 166-169, 193 y ss., quien sostiene que la aplicación del principio de confianza presupone una competencia sobre el riesgo, y que si no existiera esa competencia, el no neutralizar un riesgo evidente no supondría la creación de un peligro desaprobado, sino el incumplimiento de un deber de solidaridad.

respecto a la prohibición de regreso se encuentra en el hecho de que el principio de confianza presupone que el sujeto ostenta una posición de garante. Como se verá más adelante, es justamente la especial relación que, debido a esa posición de garante, el sujeto guarda con el riesgo la que justifica el diferente alcance que tiene el principio de confianza en comparación con la prohibición de regreso(55).

#### 1.2. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO INDEPENDIENTE Y COMPLEMENTARIO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO

El principio de confianza, concebido como una manifestación del principio de autorresponsabilidad, expresa la posibilidad de delimitar negativamente el deber de cuidado tomando como referencia la existencia de terceras personas que, dentro de su ámbito de responsabilidad, tienen un deber de cuidado sobre ciertos riesgos que pueden contribuir a la producción del resultado lesivo. Frente a otros criterios de valoración o ponderación utilizados para determinar el deber de cuidado, el principio de confianza se configura así como un criterio basado directamente en la relación con los terceros. Se presenta, por tanto, como un criterio de carácter *independiente*.

En este sentido, conviene llamar la atención sobre la diferencia existente entre la posibilidad de confiar que se deriva de la delimitación positiva del deber de cuidado basada en criterios generales de valoración y la posibilidad de confiar que se deriva de la delimitación negativa del deber de cuidado basada concretamente en la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. Si el principio de confianza se identificara simplemente con la posibilidad de confiar que se deriva de una previa delimitación positiva del deber de cuidado resultante de la aplicación de criterios generales de valoración, difícilmente podría superar las objeciones de quienes consideran que este principio es irrelevante. Por una parte, el principio de confianza se presentaría como una mera «descripción psicologizante» de una delimitación de ámbitos de responsabilidad previamente establecida(56) y, por otra parte, no podría hablarse propiamente de un principio de confianza, sino sólo de una puntual protección de la confianza, pues la delimitación de ámbitos de responsabilidad no sería por sí misma un factor condicionante de la valoración: la posibilidad de confiar dependería, en última instancia, de los resultados obtenidos por la valoración realizada en cada caso concreto(57). No habría, en definitiva, necesidad de hacer alusión al principio de confianza porque este principio quedaría vacío de contenido; se identificaría plenamente con el resto de criterios de imputación o valoración. La referencia a los terceros sería totalmente superflua porque respondería a una decisión previamente adoptada sobre el alcance del deber de cuidado en la

(55) Cfr. *infra* 2.4.

(57) Cfr. *supra* cap. 2, ap. I.4.

(56) Cfr. *supra* cap. 2, ap. III.3 y ap. IV.3.5.

que no se tiene realmente en cuenta la particular condición de los terceros en comparación con el resto de factores que contribuyen o pueden contribuir a la producción del resultado lesivo(58).

Hay que reconocer, sin embargo, que en muchos ámbitos de actuación en los que interviene una pluralidad de personas existe una detallada regulación de las tareas o pautas de actuación que tienen los diferentes intervinientes, y ello dificulta en buena medida esa diferenciación entre la delimitación del deber de cuidado que resulta de criterios generales de valoración y la delimitación del deber de cuidado que resulta de un criterio de valoración referido particularmente a la intervención de los terceros. Así ocurre, claramente, en el ámbito del tráfico viario, donde las normas de circulación resuelven a menudo de manera expresa la valoración o ponderación que sirve de base a la delimitación del deber de cuidado de los distintos participantes del tráfico. Por medio de esas normas, el deber de cuidado aparece definido con tal grado de detalle con respecto a cada uno de los intervinientes que resulta difícil reconocer la necesidad de tomar como referencia los deberes de los terceros: la delimitación positiva parece ser tan completa que puede ponerse en duda, efectivamente, la necesidad de establecer una delimitación negativa. Así, por ejemplo, a la hora de determinar el deber de cuidado del conductor que tiene preferencia de paso, podría pensarse que el deber del tercero no resulta de especial utilidad porque el propio sentido de la norma que concede la preferencia permite pensar que se puede continuar la marcha sin estar pendiente de que el tercero incumpla su deber de ceder el paso. No obstante, no puede dejar de tenerse en cuenta que, incluso en estos ámbitos de actuación tan detalladamente regulados, siempre es conveniente acudir a un criterio general capaz de completar o concretar la norma reguladora de la actividad para precisar el alcance del deber de cuidado. Y para ello, junto a otros criterios de valoración más genéricos, también es de utilidad un criterio basado directamente en la autorresponsabilidad como el principio de confianza. De hecho, en el caso de la preferencia de paso puede decirse que el conductor que circula con preferencia no sólo puede confiar en que el otro conductor respete su derecho de preferencia, sino también, por ejemplo, en que nadie lo deslumbre por la noche al acercarse a un cruce o en que nadie lo adelante sin respetar la distancia de seguridad. El principio de confianza, desde este punto de vista, se presenta como un criterio de carácter *complementario*.

Partiendo de estas consideraciones puede resultar más fácil valorar

(58) Se prescindiría de un principio de autorresponsabilidad capaz de orientar la imputación o valoración en atención a la particular condición de los terceros, ignorando la tradicional importancia que a lo largo de la historia se ha concedido a esta

condición de los terceros para analizar la relación de la conducta con el resultado lesivo. Cfr., a este respecto, las consideraciones realizadas *supra* cap. 2, ap. IV.5 y cap. 3, ap. II.2.2.

los problemas con los que históricamente se ha encontrado el reconocimiento del principio de confianza en el ámbito del tráfico viario. En el capítulo dedicado a la exposición de los orígenes del principio de confianza, se veía que a medida que este principio empezaba a tener un mayor reconocimiento, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia iban surgiendo voces que denunciaban el riesgo que para la seguridad de las personas podía derivarse de ese reconocimiento y que abogaban por la necesidad de proclamar, con carácter general, la existencia de un principio aparentemente opuesto de conducción defensiva. A partir de ahí, se iba suscitando un debate entre defensores y detractores del principio de confianza que se planteaba como una opción por la fluidez del tráfico o por la seguridad de las personas. De esta forma, en realidad, se hacía descansar en el principio de confianza la discusión en torno a la propia configuración de la normativa del tráfico viario, convirtiendo este principio en el único criterio capaz de establecer el correspondiente reparto de tareas entre los distintos participantes del tráfico. El principio de confianza, en lugar de concebirse como un criterio complementario que permite establecer una delimitación negativa del deber de cuidado, terminaba siendo utilizado para definir positivamente ese deber de cuidado. Esto se aprecia claramente, por ejemplo, en las sentencias que, partiendo del debate acerca del mayor o menor alcance del principio de confianza, procuran precisar los deberes del conductor que desea girar a la izquierda para introducirse en un cruce o en un inmueble. En función del mayor o menor número de deberes de cuidado se consideraba que se protegía en menor o mayor medida la confianza en la conducta correcta de los terceros(59).

Por esta razón, es importante insistir en que el reparto de tareas que, en cada contexto de actuación, puede establecerse entre los distintos intervinientes no se ve sustituido por el principio de confianza. Primero hay que examinar los deberes de cuidado que expresamente se imponen a los distintos sujetos que participan en la actividad y, después, plantear la posibilidad de precisar o complementar esa delimitación tomando como referencia los deberes de los terceros, pues hay que tener en cuenta que algunos deberes positivamente establecidos pueden estar directamente relacionados con la eventual actuación incorrecta de los terceros(60). El principio de confianza, como criterio complementario, sirve para precisar el alcance de esos deberes positivos y para declarar que, con carácter general, cuando no se impone un deber de cuidado concretamente referido a la actuación de terceras personas, es posible establecer una delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad(61).

(59) Cfr. *supra* cap. 1, ap. I.4.

(60) En un sentido parecido se pronuncian, por ejemplo, PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, p. 25; y GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*<sup>2</sup>, p. 407, explicando que antes de aplicar el principio

de confianza es necesario identificar los ámbitos competenciales de cada uno de los intervinientes para averiguar, por ejemplo, si varios de ellos comparten el deber de controlar un mismo aspecto del riesgo.

(61) Sobre la forma en que se rela-

### 1.3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

De acuerdo con esta concepción del principio de confianza se puede llegar a la conclusión de que este principio representa un criterio dogmático susceptible de ser aplicado con *carácter general*. Al fundamentarse en el principio de autorresponsabilidad y en la distinción reconocida con carácter general entre deberes negativos y deberes positivos, puede servir para delimitar el deber de cuidado en los distintos ámbitos de la vida social. A la hora de determinar el deber de cuidado, puede tomarse como referencia en todo caso la necesidad de identificar un propio ámbito de actuación y la posibilidad de delimitar ese propio ámbito de actuación dejando fuera lo que se encuentra en el ámbito de actuación de un tercero. En este sentido, resulta difícil identificar sectores o tipos de actividades en los que pueda cuestionarse de entrada la posibilidad de delimitar negativamente los deberes de cuidado de los distintos participantes y de aplicar, por tanto, el principio de confianza en la forma en la que aquí se ha interpretado.

En todo caso, como se ha indicado anteriormente, la aplicación del principio de confianza sólo tiene lugar cuando el sujeto ostenta una posición de garante o una posición de especial vinculación con el curso lesivo; es decir, cuando no es posible establecer una prohibición de regreso. Así pues, puede decirse que el principal ámbito de aplicación del principio de confianza en realidad se encuentra constituido, fundamentalmente, por dos tipos de supuestos:

a) *por una parte*, aquellos supuestos en los que el sujeto, a pesar de la intervención de terceras personas responsables, comparte con esas personas la competencia frente a un determinado riesgo; como ocurre, por ejemplo, cuando actúa junto con otras personas para realizar un hecho concreto, cuando forma parte de un equipo de trabajo o de una estructura organizada o cuando actúa en el marco de una determinada actividad peligrosa claramente delimitada —que es lo que sucede, precisamente, en los ámbitos en los que tradicionalmente se ha venido aplicando el principio de confianza— (supuestos de coautoría); y

b) *por otra parte*, aquellos supuestos en los que el sujeto, a pesar de la intervención de terceras personas responsables, o bien tiene una relación directa o positiva con el bien jurídico, o bien tiene una relación negativa con el bien jurídico pero el riesgo del que es inicialmente competente no transcurre por el ámbito de responsabilidad de un tercero; como ocurre, por ejemplo, cuando los padres dejan el cuidado de su hijo a un tercero o cuando un comerciante distribuye el producto que ha recibido del fabricante —pues los padres y el comerciante mantienen una relación directa con el suceso lesivo y sólo pueden ver delimitada

ciona el principio de confianza con otros criterios de valoración más genéricos como

el riesgo permitido, Cfr., *infra* cap. 5, ap. III.2.2.

negativamente su responsabilidad en el momento de determinar el deber de cuidado(62)- (supuestos de autoría directa o de autoría accesoria).

Lo importante para identificar el ámbito de aplicación del principio de confianza es, en definitiva, que el sujeto no vea delimitada negativamente su posición de garante y mantenga una relación de autoría o de competencia con respecto al suceso lesivo. Esto es precisamente lo que caracteriza a los ámbitos en los que suele aplicarse el principio de confianza: el tráfico viario, la actividad médica realizada con división de trabajo o la actividad empresarial -tanto con respecto a los riesgos que amenazan a los trabajadores de la empresa, como con respecto a los riesgos que genera la propia empresa frente a los terceros(63)-.

La responsabilidad de quienes participan en estas actividades por las conductas incorrectas del resto de participantes no se ve delimitada por la prohibición de regreso o por la distinción entre autoría y participación, sino por la aplicación del principio de confianza. Esto puede extenderse al marco de la actividad empresarial con carácter general, entendiendo que es necesario delimitar el deber de cuidado de los distintos participantes en la empresa, pero no acudiendo a los criterios propios

(62) La actuación en cadena que se produce entre el fabricante y el comerciante conduce a que el tratamiento sea distinto en uno y otro caso: mientras que el fabricante sí podría apelar a la prohibición de regreso para delimitar su responsabilidad ante la actuación independiente del comerciante, este último sólo podría apelar al principio de confianza para delimitar negativamente su deber de cuidado tomando como referencia la intervención del fabricante. Por otra parte, en cuanto a la relación entre el comerciante y el consumidor, dado que se trata de una relación lineal, no habría problema en establecer una prohibición de regreso; lo que significaría que ante la actuación responsable del consumidor sólo podría apreciarse, en su caso, una responsabilidad a título de participación, tanto con respecto a los riesgos y lesiones que el consumidor pueda ocasionar a un tercero, como con respecto a los que riesgos y lesiones que pueda producirse a sí mismo.

(63) En este último caso, con respecto a la relación entre la empresa y los terceros, habría que diferenciar entre la delimitación de responsabilidad que se establece ante la intervención de otra empresa o de otras personas ajenas a la empresa (para la que se podría utilizar la prohibición de regreso) y la delimitación de responsabilidad

que se produce en el seno de la empresa (para la que se podría utilizar el principio de confianza). Esta posibilidad de diferenciar dos momentos de imputación es destacada en términos parecidos por FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, pp. 178-180, señalando que, en primer lugar, se trata de ver si el riesgo se puede imputar al ámbito de organización de la empresa, para después determinar la responsabilidad individual de las personas físicas que intervienen en la misma en función de la competencia que tengan dentro de la organización, pudiendo utilizarse para ello el principio de confianza. Cfr., también, en relación con la responsabilidad de la empresa por el producto defectuoso, INIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante*, pp. 250 y ss., identificando dos fases de imputación: una para determinar la empresa responsable y otra para determinar al sujeto responsable dentro de esa empresa. En la segunda fase de imputación, a la hora de analizar la responsabilidad de los directivos o encargados por la actuación incorrecta de sus subordinados, esta autora no se basa, sin embargo, en el principio de confianza -al que niega cualquier particularidad frente al criterio del riesgo permitido-, sino que se centra en el deber que positivamente se les asigna dentro de la empresa.

de la distinción entre autoría y participación(64). Si se trata de una empresa –o de un grupo de empresas no independientes, organizadas conjuntamente o controladas por una empresa matriz(65)–, los integrantes

(64) Tal y como hace, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *CDJ*, 1997, pp. 17-19, quien, al analizar la responsabilidad de los directivos con respecto a los hechos lesivos producidos por sus subordinados, distingue en función de si cuentan con una competencia de evitación *directa* –o incumplen un deber de control *directo* sobre la actuación de tales subordinados–, en cuyo caso responderán como autores, o si, por el contrario, simplemente cuentan con la competencia de *instar* a la evitación del hecho, en cuyo caso responderán como partícipes. Cfr., también, en un sentido parecido, INIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante*, pp. 268-269; MEINI, *Responsabilidad Penal del empresario*, pp. 361-364, quienes se centran en el tipo de deber que infringe el directivo frente a la conducta del subordinado: si se trata de un deber de aseguramiento responde como autor y si se trata de un deber de control responde como partícipe; y GARCÍA CAVERO, *LH-Jakobs II*, pp. 349-350, distinguiendo entre la responsabilidad a título de autor de quien infringe deberes de selección o de instrucción y la responsabilidad a título de partícipe de quien infringe deberes secundarios como el deber de vigilancia. Recientemente MONTANER FERNÁNDEZ (*Gestión empresarial*, pp. 86-118 y 158-188) ha defendido igualmente la necesidad de diferenciar la imputación que se realiza a los directivos a título de autoría y la que se realiza a título de participación, pero atendiendo no tanto al tipo de deber con el que cuenta el directivo, como al grado de comparecencia o de vinculación que éste mantiene con respecto a la actuación del subordinado. Así, partiendo de la idea de que la reponsabilidad del superior por no controlar o no vigilar la actuación de los terceros se deriva principalmente de su posición de garante, esta autora lleva a cabo una exposición y clasificación de los diferentes tipos de relación que se producen en el seno de la empresa, destacando la posibilidad de establecer una graduación de la posición de garante para a partir de la misma decidir si el sujeto debe o no responder penalmente de la actuación incorrecta del subordinado y si ha de hacerlo a título de autoría o a título de participación. Identifica, fundamentalmente, tres tipos de supuestos en función de grado de vincula-

ción con la actuación del tercero: en primer lugar, los casos en los que el empresario, al diseñar la estructura organizativa, *asigna* a sus directivos o trabajadores determinados trabajos, manteniendo él únicamente una competencia general de carácter formal y ostentando deberes de control tan genéricos sobre la actuación de los terceros que resulta difícil imputarle los hechos delictivos que éstos puedan realizar; en segundo lugar, los casos de *delegación*, en los que el delegante mantiene una competencia residual o secundaria frente a la competencia principal que adquiere el delegado y cuenta con unos deberes de control y vigilancia cuyo incumplimiento puede dar lugar a una responsabilidad también secundaria, a título partícipe; en tercer lugar, casos de *encargo* o de delegación de la ejecución de una determinada función, en los que el sujeto que encarga la tarea mantiene la competencia principal –sin ver excluida o limitada su posición de garante– y debe responder a título de autor (accesorio) junto con el encargado cuando no controla o no evita los hechos delictivos realizados por este último. Desde el punto de vista adoptado en este trabajo, si bien se puede coincidir con este planteamiento en lo que se refiere a la posibilidad de diferenciar entre autoría y participación tomando como referencia la posición de garante o la mayor o menor vinculación con la conducta del tercero, no se llega a las mismas conclusiones porque se entiende que en los tres supuestos mencionados el superior sigue siendo directamente competente de los riesgos generados por el tercero y debe responder, en su caso, a título de autor. Los deberes de cuidado pueden ser más o menos intensos, pero no es la intensidad de esos deberes la que determina el título de imputación. Lo importante es que el ámbito de responsabilidad del superior sigue incluyendo la actuación de tercero.

(65) Cfr., a este respecto, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, pp. 122-123, explicando que lo importante es la interrelación material que pueda presentar la persona jurídica: «Se puede hablar de una organización empresarial tanto en caso de una empresa individual como en los supuestos de grupos o consorcios de

de la empresa mantendrán una competencia compartida con respecto a los riesgos que se generen en el seno de la misma y no se verá cuestionada su relación de autoría(66). Tanto quienes actúan en un nivel jerárquico más bajo e intervienen directamente en la ejecución de los hechos que pueden resultar lesivos, como quienes se encuentran en un nivel superior y llevan a cabo tareas de dirección, ostentan una posición de garante(67). La delegación de competencias que suele tener lugar en este contexto no excluye ni la posición de garante(68) ni la relación de autoría(69), sino que sirve para realizar el reparto de tareas, permitiendo

empresas controlados por una empresa matriz».

(66) Cfr., en este sentido, por ejemplo, PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *PG*<sup>2</sup>, p. 781; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *CPC* 88 (2006), pp. 123 y ss.; ÍDEM, *LA-González-Cuéllar García*, pp. 199 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, pp. 156-180, con más referencias; explicando estos dos últimos autores cómo, en comparación con lo que sucede en los aparatos organizados de poder, la inexistencia de una férrea relación jerárquica en el ámbito empresarial hace más difícil acudir a la figura de la autoría mediata para responsabilizar a los superiores.

(67) Recurriendo a la existencia de una posición de garante es, precisamente, como algún sector de la doctrina, ante los problemas que podría plantear la figura del «autor detrás del autor» en estructuras empresariales, ha intentado fundamentar la responsabilidad a título de autor de los superiores jerárquicos cuando son sus subordinados quienes intervienen directamente en la ejecución del hecho lesivo. Cfr., en este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en VV AA, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, pp. 222-223; y SILVA SÁNCHEZ, en SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS/SILVA SÁNCHEZ (coord.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, pp. 369-372, explicando que los superiores o encargados pueden verse como sujetos que asumen un compromiso de controlar los riesgos que se generan en su ámbito de actividad, y que ello permite reconocerles una posición de garante o de competencia que mantiene una identidad estructural con la comisión activa. Cfr., también, negando que ello haya de ser contrario al principio de la propia responsabilidad, BACIGALUPO ZAPATER, *CDJ*, 1994, pp. 73-74.

(68) Así ya BACIGALUPO ZAPATER, *CDJ*, 1994, p. 76; SILVA SÁNCHEZ, en SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS/SILVA SÁNCHEZ (coord.),

*Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, p. 372, n. 50; ÍDEM, *CDJ*, 1997, pp. 15-17. En este mismo sentido, dice la SAP Madrid (secc. 17ª) 10 de septiembre de 2004 que la delegación «coloca al delegante en una posición de garante mediato, sobre el que sigue pesando un deber de vigilancia y control del cumplimiento del sustituto» (FJ 2º). Cfr., también, SAP Guipúzcoa (secc. 1ª) 23 de mayo de 2006 donde se afirma que «las competencias delegadas no son competencias transferidas en la medida en que su titularidad sigue correspondiendo a quien la tiene originariamente atribuida, sin perjuicio de que su ejercicio compete a la persona o personas en quien se delega. Es decir, se traslada el ejercicio de la competencia, no su titularidad» (FJ 4º).

(69) Cfr., en este sentido, PEÑARANDA RAMOS, *LA-González-Cuéllar García*, pp. 422-423. Vinculando la posición de garante con la relación de autoría, este autor señala expresamente que el «entendimiento de que cualquier hecho realizado por un delegado o subordinado en el ámbito de su competencia constituye un acto que se realiza en el propio círculo de organización de cualquiera que ocupe un nivel superior en la estructura empresarial permite explicar adecuadamente la posición de garante de éste y también por qué si omite evitar un hecho delictivo que el subordinado cometa, incluso de forma plenamente responsable, en el ámbito de la empresa ha de ser en principio considerado como autor, de acuerdo con una generalizada pretensión, y no, simplemente, como cómplice de ese delito». Añade, desde este mismo punto de vista, que «la distinción entre autoría y participación tiene su raíz en la existencia de ámbitos separados de responsabilidad y pierde su sentido cuando, como aquí... esa separación no se da, sino que la esfera del delegado o encar-

con ello delimitar negativamente el deber de cuidado mediante la aplicación del principio de confianza<sup>(70)</sup>.

En general, una vez constatada la existencia de una posición de garante, basta con que el tercero responsable tenga asignado algún deber de cuidado, algo que puede ser reconocido con carácter general, aunque sólo sea a partir de un deber genérico de no atentar contra los bienes jurídicos; sin necesidad, por tanto, de que tenga asignada una tarea concreta. El sujeto, efectivamente, puede confiar en que el tercero cumpla correctamente su tarea o, simplemente, no realice una conducta lesiva. El alcance de su deber de cuidado se delimita tanto por el hecho de no incluir los riesgos que puede generar el tercero incumpliendo su tarea, como por el hecho de no incluir los riesgos que puede generar el tercero al margen del ejercicio de una determinada tarea. No es necesario, por tanto, que exista un explícito o específico reparto de tareas. Ello sólo servirá para concretar en mayor medida el deber de cuidado de los distintos sujetos y, de esa forma, delimitar de manera más precisa el alcance del deber de cuidado ante los deberes de los terceros, pues permite afirmar que los sujetos no tienen un deber de cuidar de las tareas que le son asignadas a los terceros. En realidad, el reparto de tareas al que se hace referencia en este contexto puede verse simplemente como una expresión del carácter descentralizado que generalmente presentan las relaciones sociales y del interés en delimitar el ámbito propio de actuación. Puede ser fruto de un acuerdo o de una delegación, puede venir definido por las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad o incluso puede derivarse de los diferentes roles o tareas que cumplen los sujetos con carácter general. Es indiferente, en definitiva, que el reparto o la división de tareas se produzca, por ejemplo, entre los participantes del tráfico viario, entre los miembros de un equipo médico, entre los integrantes de una estructura organizada o entre los padres y las personas a cuyo cuidado dejan a su hijo pequeño.

gado queda incluida en la más amplia de quien le hizo el encargo o la delegación».

(70) Cfr., en sentido parecido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, pp. 116-120, para quien en los casos de delegación se produce una transformación del deber de delegante, pero no su desaparición. El delegante sigue ostentando una posición de garante y es competente frente a los riesgos que pueda generar el delegado. Cuestión distinta, dice este autor, es que el delegante «pueda prescindir de la carga del control inmediato de la fuente de peligro delegada y que pueda sustituirla por un deber de supervisión del delegado y por un deber de intervención si el delegado no cumple adecuadamente con su deber. Es en esta transformación de su deber en donde reside para él la ventaja de la dele-

gación» (p. 117). La delegación, concluye, «no es sino una especie de mecanismo de reparto del control propio del deber originario» (p. 118). Cfr., también, PEÑARANDA RAMOS, en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio I*, pp. 107-108; IDEM, *LA-González-Cuellar García*, pp. 419-420, para quien «así se explica fácilmente por qué en situaciones críticas, esto es, cuando ya no está permitido confiar en el cumplimiento adecuado de las funciones delegadas, quien efectuó (o tomó parte en) la delegación recupera el contenido completo de su posición de deber original y ello con total independencia de si la delegación se produjo a un subordinado o, por ejemplo, en el marco de un acuerdo del consejo de administración sobre el reparto de las áreas de competencia específica de cada uno de sus miembros».

En todos estos casos se produce de alguna forma un reparto o una división de tareas.

Partiendo de esta interpretación, no hay problema en reconocer la posibilidad de generalizar el ámbito de aplicación del principio de confianza desarrollado originariamente en el tráfico viario. Las particularidades que algunos autores han señalado con respecto a otros ámbitos de actuación a los que se ha extendido la aplicación de este principio no impiden reconocer también en ellos la vigencia de este principio de confianza(71). Es cierto que en el ámbito de la medicina y en otros ámbitos en los que se trabaja en equipo es frecuente que la posibilidad de confiar se vea limitada por los especiales deberes de control que tienen los superiores frente a sus subordinados, pero también es cierto, como se apuntaba en su momento, que esos deberes, además de tener carácter excepcional, sólo alcanzan a aspectos particulares de la actuación de los terceros y no imponen un deber de control absoluto(72).

El ámbito en el que más contundentemente se ha puesto en duda la validez del principio de confianza es el ámbito de los accidentes labo-

(71) Sobre los argumentos utilizados para justificar el diferente alcance que en estos ámbitos tiene el principio de confianza en comparación con el ámbito del tráfico viario, cfr. *supra* cap. 2, ap. I.

(72) Con respecto al ámbito de la medicina, aunque no se ha llegado a negar la validez del principio de confianza, algunos autores relativizan la importancia de este principio afirmando que, frente al personal auxiliar, los médicos no sólo tienen deberes de selección, formación y coordinación, sino también deberes de control y vigilancia. Así, principalmente, UMBREIT, *Verantwortlichkeit des Arztes*, pp. 185 y ss., para quien estos deberes no aparecen sólo cuando hay indicios de que el tercero va a actuar incorrectamente, sino que sirven precisamente para prevenir esa situación; son deberes de adquirir conocimiento (*Erkenntnisverschaffungspflichten*) que obligan al médico a supervisar la actuación de sus subordinados. Esta consideración debe ser criticada por cuanto que supone una limitación excesiva e injustificada de la confianza. Si se reconociera un deber de vigilar o supervisar la actuación de los subordinados se iría claramente en contra del sentido de la división de trabajo. Por otra parte, algunos autores hacen referencia a la existencia de deberes de control o vigilancia frente a aquellos subordinados sobre cuya capacidad o fiabilidad puedan existir ciertas dudas. Así, por ejemplo, Ro-

MEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, p. 250; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 155; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*<sup>2</sup>, p. 441. Esto también debe ser criticado porque, como se indicó *supra* cap. 2, ap. II.3.1, ello no implica realmente un deber positivo de control, sino sólo un deber de intervención ante la presencia de indicios que evidencien el comportamiento incorrecto del subordinado o, en su caso, un deber de cumplir previamente con los deberes de selección, instrucción y coordinación, pues si el auxiliar no está suficientemente cualificado, la responsabilidad del superior no se deriva tanto del incumplimiento de un deber de vigilancia, como del previo incumplimiento de estos deberes de selección, instrucción o coordinación que dan paso a la asignación de tareas y responsabilidades. Cuando no hay indicios concretos sobre la actuación incorrecta del personal auxiliar y se cumple previamente con estos deberes orientados a posibilitar el reparto de tareas, no hay razón para no establecer una delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad y aplicar, por tanto, el principio de confianza. El reconocer aquí ulteriores deberes de control o vigilancia puede generar cierta confusión acerca del verdadero alcance del principio de confianza. Cfr., en esta misma línea, WILHELM, *Verantwortung and Vertrauen*, pp. 111-112.

rales. La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia considera que en este ámbito rige un *principio de desconfianza* que obliga a los empresarios a cuidar de las posibles conductas incorrectas de los trabajadores<sup>(73)</sup>. Para reconocer la existencia de este principio de desconfianza se ofrecen dos vías de fundamentación: una de carácter material, relacionada con la necesidad de proteger a los trabajadores de los riesgos que se derivan de la fatiga, la monotonía y el relajamiento (imprudencia profesional)<sup>(74)</sup>, y otra de carácter jurídico-positivo, basada en los especiales deberes de cuidado que la normativa de prevención de riesgos laborales impone a los empresarios –principalmente, normas como la del art. 15.4 LPRL, que establece que la «efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador»–<sup>(75)</sup>.

Conforme a los planteamientos aquí adoptados en torno al fundamento y significado del principio de confianza, esta línea doctrinal y jurisprudencial que proclama la existencia de un principio de desconfianza en el ámbito de los accidentes laborales **debe ser rechazada o, cuando menos, matizada**. Es cierto, desde luego, que los empresarios cuentan con especiales deberes de cuidado frente a los trabajadores, pero ello no es razón suficiente para afirmar que en este ámbito el principio de confianza es sustituido por un principio de desconfianza. Tal afirmación puede resultar útil para expresar de manera gráfica y sencilla la necesidad de exigir a los empresarios un mayor deber de cuidado, pero además de ser incorrecta –por imprecisa–, genera una gran confusión acerca del verdadero significado del principio de confianza.

*En primer lugar*, conviene recordar que la limitación de la confianza se produce solamente con respecto a la actuación del empresario frente

(73) Cfr. *supra* cap. 2, ap. I.2.

(74) Así, la STS 5 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8340) considera que «es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo» (FJ 6º). En la SAP Madrid (secc. 15ª) 26 de abril de 2004 se explica, en este mismo sentido, que «siendo evidente que la rutina, el automatismo y la monotonía en el trabajo acaban imponiendo la desconsideración del riesgo por parte del trabajador, ha de incrementarse el deber objetivo de cuidado del empresario, los delegados y encargados para prever y neutralizar esas situaciones», llegándose así a la conclusión de que «en las actividades laborales vinculadas con factores importantes de riesgo se invierte en cierto modo el principio de confianza apli-

cable en otros ámbitos sociales (tráfico rodado), sustituyéndose más bien por el principio de desconfianza (FJ 2º)». Cfr. también SAP Córdoba (secc. 2ª) 24 de julio de 2000 (FJ 14º), SAP Madrid (secc. 6ª) 13 de septiembre de 2006 (FJ 7º).

(75) La SAP Guipúzcoa (secc. 1ª) 21 de febrero de 2005 afirma expresamente que «la norma de cuidado en el ámbito laboral no se rige por el denominado principio de confianza..., sino que responde a las premisas del principio de desconfianza –según el cual, el empresario que ostenta el poder jurídico de dirección y control, debe prever las omisiones ordinarias de los trabajadores–. De ahí que el art. 15.4 LPR explicita que el principio de protección efectiva precisa que el empresario evalúe los riesgos laborales teniendo presentes las distracciones y las imprudencias no temerarias de los trabajadores» (FJ 3º).

a los trabajadores(76). Por lo general, no se pone en duda la posibilidad de que los trabajadores confíen en la conducta correcta de sus compañeros(77), o de que incluso los propios empresarios deleguen sus tareas de prevención en terceras personas(78). En este último caso, es cierto que el empresario, además de tener que cumplir con determinados deberes de selección, formación, coordinación y vigilancia, no deja de ostentar una posición de garante, pero **ello no significa que su deber de cuidado no pueda verse delimitado en virtud de los deberes que les sean correctamente asignados a esas terceras personas(79).**

(76) Y más concretamente –podría añadirse– frente a los trabajadores menos cualificados. Cfr., en este sentido, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 178 y ss., explicando que frente a los especialistas de alto nivel que cuentan con una mayor cualificación técnica el principio de confianza no se ve especialmente limitado.

(77) Cfr., por ejemplo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, p. 398. De otra opinión, no obstante, HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, pp. 173-174.

(78) A este respecto, deben tenerse presente no sólo las posibilidades de delegación en sentido estricto que reconocen los arts. 30 y 31 LPRL, sino también las obligaciones que la normativa de prevención de riesgos laborales atribuye a los diferentes sujetos intervinientes: promotor, contratista, subcontratista, coordinador de seguridad, dirección facultativa y encargado de obra. Cfr., sobre ello, con más detalle, HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 260-286; y MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la construcción*, pp. 415-426 y 437-453, destacando el carácter residual que legalmente se le reconoce al modelo de prevención basado en la asunción personal por parte del empresario de los deberes de control.

(79) Cfr., en este mismo sentido, JORGE BARREIRO, *CJF*, 1994, pp. 235-238, explicando que **el empresario puede delegar en el encargado sus funciones de seguridad, y que si esa delegación se realiza a raíz de una correcta selección, el empresario puede quedar exonerado de responsabilidad apelando al principio de confianza.** Lo mismo sucedería, a su juicio, incluso con respecto al arquitecto que actúa como encargado de la dirección técnica de la obra, con independencia de que su facultad de confiar pueda verse limitada por la necesi-

dad de cumplir ciertos deberes ya no sólo de selección, sino también de vigilancia. Cfr., también, más recientemente, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la construcción*, pp. 516-517, explicando que el empresario que delega queda exonerado del deber de control constante, teniendo que intervenir solamente si observa que no se están aplicando las medidas de seguridad: «en la medida en que haya delegado correctamente las competencias relativas a la segura ejecución de la obra, asignando esas funciones a los profesionales a quienes puede hacerlo, cumple con su deber. Ahora bien: si por cualquier cauce tiene conocimiento de que esas tareas se están realizando incorrectamente, está obligado a intervenir para que su actividad constructora no dañe a nadie, incluyendo a los propios trabajadores» (con cursiva en el original). Incluso quienes consideran que el delegante mantiene deberes de supervisión o de vigilancia, reconocen que esos deberes se ven limitados frente a los deberes del delegado. Cfr., a este respecto, HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, pp. 260-261, 266-268 y 271-277, quien aun afirmando que el delegante mantiene tales deberes, reconoce que éstos no pueden ser excesivamente amplios –pues de lo contrario carecería de sentido la delegación– y que además pueden verse especialmente limitados cuando la delegación se realiza a un servicio de prevención externa. Desde el punto de vista adoptado en este trabajo, partiendo de que no existe tanto un deber de supervisión como un deber de intervención ante la existencia de indicios sobre la incorrecta actuación del delegado, puede entenderse que la diferencia entre las «delegaciones internas» y las «delegaciones externas» radica en que estas últimas la observación de esos indicios es más excepcional. En todo caso, lo que aquí se pretende es destacar que en los casos de delegación, si

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, con respecto a la relación entre el empresario y los trabajadores, la desconfianza no tiene carácter absoluto. No hay un deber de vigilar o supervisar todas y cada una de las actuaciones de los trabajadores. Ello no sólo podría terminar dando lugar a una especie de responsabilidad objetiva(80) o a una responsabilidad por la conducta ajena(81), sino que además iría más allá de lo que reconocen las propias normas de prevención de riesgos laborales(82): si el art. 15.4 LPRL sólo hace referencia al deber de prever las imprudencias no temerarias de los trabajadores, cabe entender que la desconfianza sólo alcanza a ese tipo de imprudencias y que, por tanto, sigue quedando un margen de confianza(83).

bien se mantiene la posición de garante, el deber de cuidado puede verse negativamente delimitado. En esta línea, la SAP Vizcaya (secc. 6ª) 26 de noviembre de 2002 señala que «el deber de instrumentalización del Sr. Ramón como empresario contratista, en cuanto a facilitar al delegado los medios adecuados para controlar la fuente de peligro no fue inadecuado, ya que si bien resultó probado en la primera instancia que se le solicitó al Sr. Jesús Carlos, el rellenado de la zanja una vez se finalizaron los 6 metros de altura de los muros del sótano denegándolo el mismo aduciendo que se rellenaría posteriormente con material de deshecho, no consta que dicha petición llegara a conocimiento concreto o se consultara con el Sr. Ramón, habiendo cumplido éste asimismo el deber de delegación en cuanto a la elección del Sr. Jesús Carlos, que sustituyó al anterior aparejador de la contratista, como Jefe de Obra y persona encargada de la elaboración del Plan de Seguridad y Salud (...) No puede por ello considerarse que haya de reprocharse a título de responsabilidad penal al Sr. Ramón (...) al no corresponderse con el dominio del hecho que ha de ostentar el mismo como legal representante de la constructora, el cual no consiste en la verificación material del cumplimiento de las normas relativas a la seguridad e higiene, sino la dirección y organización de los medios personales y materiales tendentes a tal fin» (FJ 5º).

(80) MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la construcción*, pp. 391-392.

(81) DOPICO GÓMEZ-ALLER, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la construcción*, p. 527.

(82) Es cierto que, con carácter general, el art. 15.4 LPRL dice que la «efectividad de las medidas preventivas deberá pre-

ver las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador», y que el art. 16.2 b) 2º párrafo LPRL establece que el empresario «deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma», pero tanto en un caso como en otro cabe pensar que lo que se pretende es que el empresario planifique y adopte una serie de medidas generales destinadas a garantizar la seguridad en el trabajo y se asegure de que se cumplen tales medidas, sin tener que realizar un seguimiento particularizado de cada una de las tareas que llevan a cabo los trabajadores. Los deberes de control y vigilancia se refieren a las medidas de prevención, no directamente a la actuación de los trabajadores. Una vez adoptadas y controladas esas medidas cesa el deber de cuidado frente a los trabajadores. Hay que tener en cuenta que si hubiera un deber de supervisión constante sería imposible realizar un reparto de tareas. Supondría una especie de deber de protección que dejaría sin sentido, por otra parte, la diferenciación entre imprudencias temerarias y no temerarias.

(83) Cfr., en sentido parecido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la construcción*, pp. 530-531, quien si bien entiende que en este ámbito rige un «principio de desconfianza», reconoce que tal principio no puede tener un carácter ilimitado, pues del art. 15.4 LPRL se deduce ciertamente la obligación de prevenir la imprudencia de los trabajadores, pero también la posibilidad de no tener que contar con «las más graves y groseras inobservancias del deber de cuidado» (con cursiva en el original). Cfr., también, SAP Guipúzcoa (secc. 1ª) 3 de junio de 2005 (FJ 3º); SAP Madrid (secc. 23ª) 13 de febrero de 2008 (FJ 5º). Cfr., igualmente, con res-

En tercer lugar, desde un punto de vista dogmático, el afirmar que en ámbito de los accidentes laborales rige un principio de desconfianza puede desvirtuar por completo el significado del principio de confianza, pues parece dar a entender que el hecho de que exista uno u otro principio depende simplemente de que, en cada caso concreto, los deberes de cuidado frente a los terceros sean más o menos intensos. Se llegaría así a la conclusión de que, en realidad, no hay propiamente un principio de confianza —como tampoco un principio de desconfianza—, sino sólo una puntual protección de la confianza reservada para determinados contextos de actuación. Se prescindiría, en última instancia, de un criterio general de valoración que tomase como referencia los ámbitos de responsabilidad de los terceros. En el presente trabajo se ha intentado demostrar, sin embargo, que el principio de confianza no es tanto la expresión de una mayor o menor posibilidad de confiar, como la manifestación de un principio general de autorresponsabilidad. Desde este punto de vista, partiendo de que la regla general es el interés en establecer una delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad, los especiales de deberes de cuidado que se imponen a los empresarios frente a los trabajadores no pueden verse más que como una *limitación del principio de confianza*; una limitación que, como se verá a continuación, se deriva de sus propios presupuestos de aplicación(84).

## 2. Los presupuestos de aplicación del principio de confianza

El principio de confianza se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad; es decir, en la posibilidad de establecer por regla general una delimitación negativa de los ámbitos de responsabilidad. Dada esta fundamentación, los requisitos para poder confiar vienen condicionados por la forma en la que el principio de autorresponsabilidad permite llevar a cabo esa delimitación de responsabilidad. Por esa razón, los presupuestos de aplicación del principio de confianza son bastante parecidos a los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso. Las diferencias se encuentran solamente en las particulares consecuencias que pueden extraerse del hecho de que el sujeto ostente una posición de garante y tenga una especial vinculación con el riesgo. La posición de garante implica, sobre todo, que el sujeto no pueda desentenderse del riesgo cuando existan circunstancias en el caso concreto que hagan evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente. Es en este punto donde se encuentra la principal diferencia entre el principio de confianza y la prohibición de regreso, pues ello supone reconocer un

pecto a la relación entre productores y consumidores en el marco de la responsabilidad penal por el producto, KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 138-139, explicando que, a pesar de que los productores son los principales responsables de que los consu-

midores no sufran ningún daño, les debe estar permitido confiar en que éstos no hagan un mal uso del producto de manera dolosa o gravemente imprudente.

(84) Cfr. *infra* 2.3.

presupuesto de aplicación del principio de confianza que no tiene paralelismo con los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso.

En total, pueden identificarse, por tanto, cuatro presupuestos de aplicación del principio de confianza. En primer lugar, es necesario que exista un ámbito de responsabilidad ajeno, lo que significa que tiene que reconocerse la presencia de un tercero que cuente con un deber de cuidado con respecto a alguno de los aspectos que pueden condicionar la producción del resultado lesivo (*infra* 2.1). En segundo lugar, es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el riesgo, pues de lo contrario su relación no podrá verse alterada por la conducta del tercero; su deber de cuidado, dicho de otro modo, tiene que poder definirse como un deber negativo que le obligue a gestionar o controlar un determinado aspecto del riesgo y no como un deber positivo que le obligue a anular ese riesgo (*infra* 2.2). En tercer lugar, es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el tercero; es decir, que no cuente excepcionalmente con un deber de cuidado frente a la conducta del tercero (*infra* 2.3). En cuarto lugar, debido a la posición de garante que ostenta el sujeto, es necesario que no haya circunstancias especiales que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero (*infra* 2.4).

## 2.1. LA EXISTENCIA DE UN ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD AJENO

El primer presupuesto de aplicación con el que cuenta el principio de confianza es la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno. En este punto no hay ninguna diferencia con respecto a la prohibición de regreso. Si se puede confiar en la conducta correcta de los terceros es porque el deber de cuidado queda delimitado negativamente con los deberes de cuidado que le son asignados a los terceros responsables. Lo importante es que pueda reconocerse la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno y que lo sucedido se le puede imputar al ámbito de responsabilidad de un tercero. La posibilidad de confiar en la conducta correcta de los terceros significa que el sujeto, por regla general, no tiene un deber de cuidar de las conductas incorrectas que se le puedan imputar a un tercero. Cuando los terceros no son sujetos responsables o no pueden ser hechos responsables por un determinado riesgo, su actuación es equiparable a cualquier otro fenómeno del curso lesivo y no sirve para aplicar un principio de confianza fundamentado en el principio de autorresponsabilidad(85).

Dado que es necesario que exista un ámbito de responsabilidad ajeno, el principio de confianza no puede operar en ningún caso ante *terceros irresponsables*(86). En este punto conviene realizar algunas matiza-

(85) Cfr., en este mismo sentido, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 13-14; KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 134 y 140; FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPCr* núm. ex. 1 (2000), pp. 123-126.

(86) Tanto si lo son con carácter general por su condición personal, como si lo son para una tarea concreta en un contexto determinado. De hecho, puede decirse que es precisamente por esta razón

ciones con respecto a la excepción generalmente reconocida frente a los niños, ancianos o discapacitados. Lo decisivo para excluir la aplicación del principio de confianza es que estas personas, por su particular condición, no tengan asignado ningún deber de cuidado; algo que, en realidad, sólo puede afirmarse categóricamente con respecto a los niños pequeños.

Ante los *niños* que no tienen asignado ningún deber de cuidado, no puede operar en ningún caso el principio de confianza, igual que no puede operar la prohibición de regreso. Esto no significa que no se pueda limitar el alcance del deber de cuidado ante la intervención de un menor, sino que no se puede realizar esa limitación partiendo del principio autorresponsabilidad y tampoco, por tanto, del principio de confianza. Ante los menores, la posibilidad de limitar el deber de cuidado dependerá de otro tipo de consideraciones acerca del carácter más o menos imprevisible de su conducta o del carácter permitido del riesgo que encierra su conducta en virtud de lo razonable que resulte exigirle adaptarse a esa posible conducta del menor –algo en lo que sí puede tener relevancia la concreta edad o actitud del menor o las circunstancias del caso concreto–(87).

Si un conductor atropella a un niño pequeño cuando éste realiza una extraña maniobra o si un comerciante vende material pirotécnico u otro tipo de material peligroso a un menor de edad sin contravenir ninguna norma administrativa, puede llegar a considerarse que no se ha infringido ningún deber de cuidado, pero ello no vendrá motivado por la aplicación del principio de autorresponsabilidad –en la forma en la que aquí se ha interpretado– y no será correcto afirmar que la actuación del conductor o la del comerciante se encuentra amparada por el principio de confianza(88).

por lo que no es posible aplicar el principio de confianza frente a los estudiantes de medicina, pues a ellos no se les reconoce ninguna responsabilidad en el ejercicio de sus tareas. La situación es distinta, sin embargo, con respecto a los médicos residentes, que sí tienen reconocida una cierta responsabilidad y pueden ser destinatarios de confianza, con independencia de que, con motivo de su inexperiencia, sus actuaciones tengan que ser vigiladas o supervisadas por los médicos titulares, y la confianza resulte, por tanto, bastante limitada. El art. 20 d) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, señala que «[l]os residentes deberán desarrollar, de forma programada y tutelada, las actividades previstas en el programa, asumiendo de forma progresiva, según avancen en su formación, las actividades y responsabilidad propia del ejercicio autónomo de su especialidad». Cfr., a este respecto, llamando la atención

sobre el diferente alcance que puede tener el principio de confianza en uno y otro caso, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*<sup>2</sup>, pp. 409-410.

(87) No resultan justificados, por tanto, los reparos que muestra HEIERLI (*Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, p. 152) a la limitación de la posibilidad de confiar referida a la condición personal del niño (cfr. *supra* cap. 2, ap. II.2.1), pues esta limitación no significa que los conductores deban reducir súbitamente la velocidad ante la presencia de un niño. Se pueden tomar en consideración otras limitaciones del deber de cuidado basadas en las normas del tráfico o en el criterio del riesgo permitido con carácter general. Al excluir la aplicación del principio de confianza sólo se impide deducir esa limitación de la responsabilidad del niño.

(88) Cuando el menor se encuentra acompañado por un tercero responsable, sí se puede aplicar el principio de confianza,

Ante los *ancianos* y *discapacitados*, así como ante los *enfermos mentales*, dado que no necesariamente son sujetos irresponsables o inimputables, no hay razón para negar de entrada la posibilidad de aplicar el principio de confianza. Lo que ocurre es que, en la medida en que sus facultades pueden resultar ciertamente limitadas, deberá atenderse al tipo de actividad para determinar en qué medida pueden o no tener asignado algún deber de cuidado en la situación concreta. Si son irresponsables o no están en condiciones de tener asignado un determinado deber de cuidado, no podrá reconocerse la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno y no podrá aplicarse el principio de confianza. Si, por el contrario, sí tienen asignado algún deber de cuidado, la aplicación del principio de confianza sólo podrá verse exceptuada cuando lo permitan el resto de presupuestos de aplicación con los que cuenta este principio; en especial, el relativo a la existencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero.

## 2.2. LA RELACIÓN NEGATIVA CON EL RIESGO: LA INEXISTENCIA DE MEDIDAS DE DOBLE ASEGURAMIENTO

El principio de autorresponsabilidad, como se ha visto, parte de la máxima *neminem laedere* y de la primacía de los deberes negativos frente a los deberes positivos. Desde ese punto de partida, destaca la necesidad de identificar un propio ámbito de actuación para definir el alcance de los deberes negativos. Al explicar los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso, se veía que esta prohibición sólo puede operar cuando el sujeto tiene una relación negativa con el bien jurídico y ostenta una posición de garante de control de una fuente de peligro. Cuando el sujeto tiene una relación positiva con el bien jurídico y ostenta una posición de garante de protección no se puede establecer una prohibición de regreso porque su relación con el riesgo no se ve alterada por la intervención del tercero: el sujeto ostenta una posición de garante frente al riesgo que amenaza el bien jurídico con independencia de cuál sea la procedencia de ese riesgo. Se veía también que, por esta misma razón, sólo se puede establecer una prohibición de regreso cuando la intervención del tercero es posterior y se encuentra en una misma línea de ataque. En caso contrario, la relación que tiene el sujeto con el curso lesivo tampoco se puede ver alterada o desplazada por la intervención del tercero<sup>(89)</sup>. Con respecto a los presupuestos de aplicación del principio de confianza, aunque sucede algo parecido, pueden apreciarse ciertas diferencias derivadas del hecho de que, en este caso, como se ha visto, se parte de que el sujeto ostenta una posición de garante, ya sea de control del riesgo o de protección del bien jurídico. Eso significa que el sujeto tiene una especial relación con el riesgo y que, en principio,

pero la confianza estará dirigida en este caso a la persona responsable que tiene el deber de vigilar la conducta del menor.

(89) Cfr. *supra* I.2.2.

está obligado a evitar que dicho riesgo conduzca finalmente a la producción del resultado lesivo. A partir de ahí, sin embargo, tomando como referencia la primacía de los deberes negativos frente a los deberes positivos, habrá que afirmar que, por regla general, el deber de cuidado tiene carácter negativo y sólo alcanza a aquellas conductas que surgen del propio ámbito de actuación para configurar de alguna manera el desarrollo del riesgo, sin que sea necesario, salvo en casos excepcionales, anular el riesgo que surge más allá del propio ámbito de actuación o de gestión. Puede distinguirse, en definitiva, entre deberes de cuidado de carácter negativo y deberes de cuidado de carácter positivo en función de cuál sea la relación con el riesgo(90).

En los casos en los que el sujeto tiene un deber de cuidado negativo no hay problema, por tanto, para delimitar el alcance del deber de cuidado mediante la aplicación del principio de confianza, dejando fuera del ámbito de actuación del sujeto aquellos aspectos del riesgo que debe controlar un tercero. Además, dado que se parte de que el sujeto ostenta una posición de garante o tiene una especial relación con el riesgo, ya no es necesario que su relación se vea mediada por una conducta posterior del tercero, pues ya no se trata de delimitar el alcance de una relación inicial con la fuente de peligro, sino de delimitar el alcance del deber de cuidado dejando fuera los aspectos que debe controlar un tercero, de modo que esta delimitación se puede producir con independencia de que los terceros hayan actuado previamente o vayan a hacerlo de manera simultánea.

En los casos excepcionales en los que el sujeto tiene un deber de cuidado positivo no se puede aplicar, sin embargo, el principio de confianza. Si el sujeto no se encuentra simplemente obligado a no generar o contribuir a la producción de un riesgo, sino que se encuentra obligado a evitar que se produzcan determinados riesgos, su deber de cuidado no se puede delimitar negativamente por la actuación de un tercero, pues su relación con el riesgo es independiente de cuál sea la procedencia de ese riesgo, siendo irrelevante que el riesgo proceda de un fenómeno natural o de la conducta responsable de un tercero. Su deber de cuidado se define, en definitiva, con independencia de la con-

(90) Esta distinción ni coincide ni viene necesariamente condicionada por la distinción establecida anteriormente entre las posiciones de garante de control del riesgo y las posiciones de garante de protección del bien jurídico, pues esta última distinción se centraba en la relación negativa o positiva con el bien jurídico. Puede ocurrir, en este sentido, que el garante de protección tenga un deber de cuidado negativo que le obligue a controlar los riesgos que él mismo genera sobre el bien jurídico

que debe proteger —como, por ejemplo, los padres al escoger a la persona a cuyo cuidado dejan a su hijo pequeño— o que el garante de control tenga un deber de cuidado positivo que le obligue a prevenir o anular ciertas manifestaciones del riesgo que no surgen de su propio ámbito de actuación —como, por ejemplo, el comerciante que se encuentra obligado a supervisar el buen estado del producto que recibe del fabricante—.

ducta del tercero. Así ocurre cuando el sujeto tiene el deber de adoptar ciertas medidas destinadas a anular o compensar el riesgo que puede llegar a generar la conducta incorrecta de un tercero. Se puede afirmar, en este sentido, que para poder aplicar el principio de confianza es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el riesgo y no pueda reconocerse la existencia de *medidas de doble aseguramiento*(91).

Puede hablarse de un *doble aseguramiento* porque a pesar de que el tercero tenga un propio deber de controlar o asegurar el riesgo, el primer sujeto tiene también un deber de evitar que ese riesgo llegue a producir el resultado lesivo. La relación del sujeto con el riesgo tiene carácter positivo porque, al igual que ocurre con las posiciones de garante de protección, esa relación se reconoce a pesar de que el riesgo frente al que se define el deber de cuidado no surja del propio ámbito de actuación. Su deber de cuidado se define precisamente en atención al posible error que pueda cometer el tercero. En tal caso, por tanto, la relación con el riesgo no puede verse alterada con la intervención del tercero. El deber de cuidado del sujeto no puede delimitarse negativamente con el deber de cuidado del tercero y no es posible aplicar el principio de confianza.

Piénsese, por ejemplo, en el deber que se le impone a los conductores que van a girar a la izquierda de mirar nuevamente hacia atrás –a pesar de haber señalado su maniobra correctamente– para evitar colisionar con un vehículo que venga adelantando sin prestar atención a esa señalización; en el deber que se le impone a los enfermeros de volver a contar el instrumental empleado en una operación para cerciorarse de que el cirujano no ha dejado abandonado ningún instrumento en el cuerpo del paciente; en el deber que puede tener el distribuidor o comerciante de supervisar el producto que le es suministrado; o en el deber que tiene el socorrista de salvar a los bañistas con independencia de que la situación de peligro pueda generarse por una conducta incorrecta del propio bañista o de algún tercero.

En estos casos de doble aseguramiento, existen varias personas que tienen un deber de cuidado sobre un mismo aspecto del riesgo. Puede decirse, en este sentido, que los deberes de cuidado quedan superpuestos. Ello conduce a que ninguno de los sujetos puede ampararse en el principio de confianza. No puede confiar el sujeto que tiene definido el deber de cuidado en atención al posible error del tercero y tampoco puede confiar el sujeto cuya conducta va a ser asegurada por un tercero.

Así, por ejemplo, ni el comerciante que tiene el deber de supervisar el producto que le llega del fabricante puede ampararse en la confianza sobre la actuación del fabricante, ni éste puede ampararse en la confianza sobre la posterior supervisión del comerciante.

Ésta es la razón por la que no podía aplicarse el principio de confianza en el caso resuelto por la STS de 9 de abril de 1999(92). Se trataba de un caso en el que el arquitecto de una obra había contravenido las normas de

(91) Cfr. *supra* cap. 2, ap. II.3.2.

(92) RJ 1999, 3216.

seguridad relativas a las precauciones necesarias ante la proximidad de una línea eléctrica de alta tensión. Uno de los trabajadores entró en contacto con uno de los conductores de la línea y murió electrocutado. El arquitecto fue condenado por homicidio imprudente y recurrió al TS, alegando, entre otras cuestiones, que podía ampararse en el principio de confianza por cuanto que los servicios técnicos municipales y la propia Inspección de Trabajo habían emitido los dictámenes correspondientes sin hacer notar en ningún momento los riesgos derivados de la proximidad de la obra a la línea de alta tensión. El TS descarta la posibilidad de aplicar el principio de confianza, afirmando que «el deber de previsión del peligro es parte de las obligaciones impuestas a los técnicos de las obras por el art. 10 de la Ordenanza General sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo; sin que esas obligaciones concernientes a las funciones preventivas de siniestros aparezcan normativamente limitadas por el resultado de controles administrativos previos». Conforme al planteamiento aquí defendido, podría decirse que, en realidad, la razón por la que en este caso no procede aplicar el principio de confianza es porque los deberes del arquitecto y los deberes de los servicios técnicos municipales y de la Inspección de Trabajo son deberes de cuidado superpuestos que no pueden verse afectados por la delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad.

Lo mismo cabe decir con respecto al caso resuelto por la SAP Alicante (secc. 1ª) de 29 de enero de 1998, en el que un médico cirujano causa graves lesiones al paciente, al dejar abandonada en la zona operada una de las compresas utilizadas. En este caso, aunque los ayudantes del cirujano estaban encargados de realizar un recuento del instrumental empleado antes de cerrar la herida, la AP descarta la posibilidad de aplicar el principio de confianza haciendo referencia a la superior posición jerárquica del médico, que le genera «la obligación de neutralizar las fuentes de peligro que concurren respecto de su personal auxiliar y provenga de la infracción de sus deberes de vigilancia, control o coordinación de la intervención quirúrgica del caso». En realidad, lo determinante no sería la existencia de esos posibles deberes de cuidado secundarios, sino el hecho de que la tarea de recuento del instrumental constituya una medida de doble aseguramiento que no delimita negativamente el deber de cuidado del cirujano. Los deberes de uno y otros quedan aquí también superpuestos(93).

### 2.3. LA RELACIÓN NEGATIVA CON EL TERCERO: LA INEXISTENCIA DE DEBERES DE CUIDADO FRENTE A LA ACTUACIÓN DE LOS TERCEROS

Otro de los presupuestos de aplicación que se le debe reconocer a un principio de confianza fundamentado en el principio de autorresponsabilidad es la existencia de una relación negativa con el tercero. El principio de autorresponsabilidad sirve para delimitar negativamente el ámbito de responsabilidad del sujeto porque establece que, con respecto

(93) Desde este mismo punto de vista, es igualmente criticable la solución a la que llega la SAP Toledo (secc. 2ª) 26 de abril de 2004, cuando, en un caso prácticamente idéntico, decide aplicar el principio de confianza para rebajar el grado de impru-

dencia del cirujano. Aunque en este tipo de casos la imprudencia pudiera llegar a ser considerada menos grave, no cabe apelar al principio de confianza para fundamentar esa decisión.

a los deberes negativos de no lesionar, a la hora de determinar el ámbito de actuación del sujeto se puede, por principio, dejar fuera lo que se encuentra en el ámbito de responsabilidad de un tercero. La primacía de los deberes negativos no sólo obliga a delimitar el propio ámbito de actuación, sino que refleja el interés en otorgar un carácter descentralizado a las relaciones sociales dejando fuera del ámbito de actuación o de responsabilidad lo que forma parte del ámbito de responsabilidad de un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, esto sólo puede reconocerse en forma de *principio* conforme a un esquema de regla/excepción. Aunque, por *regla* general, es posible reconocer el carácter descentralizado de las relaciones sociales y la posibilidad de delimitar negativamente el ámbito de actuación de un sujeto ante la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, hay situaciones *excepcionales* en las que no es posible esa delimitación porque la relación con los terceros no tiene carácter negativo, sino positivo. Al explicar los presupuestos de aplicación de la prohibición de regreso, se veía que hay situaciones excepcionales en las que no se puede producir una delimitación negativa de la posición de garante de control porque el sujeto comparte con los terceros la competencia frente a un mismo riesgo. En estos casos, no se puede descartar la relación de autoría; se ostenta una competencia compartida que, en su caso, da lugar a una coautoría(94). A partir de ahí, para completar el juicio de imputación se debe analizar cuál es el deber de cuidado de cada uno de los intervinientes, pues su especial relación con el riesgo no les obliga a controlar o evitar todas las diferentes manifestaciones del riesgo. Para determinar el deber de cuidado, se puede utilizar el principio de confianza porque, en virtud del principio de autorresponsabilidad, cada uno de los sujetos sólo tiene un deber de cuidado en relación con los aspectos del riesgo que se encuentran en su propio ámbito de actuación, sin necesidad de estar pendiente de las conductas o tareas de los terceros. Sin embargo, del mismo modo que, excepcionalmente, con respecto a la posición de garante existen situaciones en las que no se puede establecer una delimitación negativa entre los sujetos y es necesario reconocer una competencia compartida con el riesgo, a la hora de determinar el deber de cuidado se pueden encontrar también situaciones excepcionales en las que no sea posible delimitar negativamente el deber de cuidado porque los sujetos se ven obligados a controlar o gestionar conjuntamente un determinado aspecto del riesgo. En tales casos existe una relación positiva con los terceros y el ámbito de responsabilidad del sujeto incluye la conducta del tercero, ya no sólo en su relación general con el riesgo o en su posición de garante, sino también en su deber de cuidado. El sujeto debe cuidar también de la conducta del tercero y no puede ampararse en el principio de confianza(95).

(94) Cfr. *supra* I.2.3.

(95) En este sentido, ha de darse la ra-

zón a PUPPE (NK, previo al § 13, n. m. 151; EADEM, *La imputación objetiva*, pp. 12-14)

Para aplicar el principio de confianza es necesario, en definitiva, que el sujeto tenga una relación negativa con el tercero y no cuente con excepcionales *deberes de cuidado frente a la actuación del tercero*, ya sean deberes de selección, instrucción y coordinación, ya sean deberes de control y supervisión. Estos deberes, como se indicó en su momento, suelen aparecer en los casos en los que los sujetos, además de compartir la competencia frente a un determinado riesgo, tienen una relación de *carácter vertical*, pues es frecuente que los superiores jerárquicos vean definidos sus deberes de cuidado en relación con la conducta de los terceros subordinados. Ello, sin embargo, no impide que la actividad siga teniendo un carácter esencialmente negativo o descentralizado. Lo normal es que se mantenga el reparto de tareas y los deberes de los superiores no impliquen un deber de control absoluto sobre la conducta de los terceros. En mayor o menor medida, siempre hay una parte de la conducta o de la tarea de los terceros que no queda bajo el cuidado del superior jerárquico(96).

Estos especiales deberes de cuidado frente a la actuación de los terceros se aprecian muy claramente en el ámbito de los accidentes laborales. Dada la gran cantidad de riesgos a los que se ven sometidos los trabajadores y dada la falta de atención que se genera por el carácter rutinario y monótono del trabajo, la normativa de prevención de riesgos laborales impone a los empresarios y delegados toda una serie de deberes destinados precisamente a prevenir las conductas incorrectas de los trabajadores. Junto a los deberes de selección, formación y coordinación, se imponen también ciertos deberes de control o supervisión que pretenden proteger a los trabajadores de sus propias imprudencias(97). Puede hacerse especial referencia en este sentido al deber de prever las imprudencias no temerarias de los trabajadores que reconoce el art. 15.4 LPRL. En estos casos, el deber de cuidado del empresario no se ve plenamente delimitado por el hecho de que al trabajador le sea asignada una determinada tarea y se le imponga a su vez un cierto deber de cuidado. La relación del empresario con el trabajador no es negativa, sino positiva. No obstante, a diferencia de lo ocurre cuando se establecen medidas de doble aseguramiento, en estos casos los deberes del empresario y del trabajador no aparecen completamente superpuestos y sí hay un margen para la delimitación negativa del deber de cuidado. El empresario no tiene un deber de control absoluto, y desde el momento en que cumple con sus deberes de selección, formación, coordinación y control, puede confiar en que el trabajador cumpla con su correspondiente deber de cuidado. Es por eso por lo que puede afirmarse que el empresario sólo tiene un deber de prever las imprudencias no temerarias del trabajador,

cuando afirma que el principio de confianza no opera en los casos en los que el deber de cuidado sobre la conducta del tercero está positivamente establecido.

(96) Cfr. *supra* cap. 2, ap. II.3.1.

(97) Cfr. capítulo IV LPRL.

estando autorizado en cambio para confiar en que no se produzcan imprudencias de carácter grave. Al empresario no se le puede hacer responsable de cualquier imprudencia cometida por el trabajador en el ejercicio de sus tareas. Ello es algo que la propia jurisprudencia viene aceptando, aunque no apelando al principio de confianza, sino a la imposibilidad de imputar el resultado producido; haciendo referencia a la existencia de una interrupción del nexo causal o a la concurrencia de una cierta responsabilidad por parte de la víctima(98).

La SAP Guipúzcoa (secc. 1ª) de 21 de febrero de 2005 resuelve de este modo el siguiente supuesto de hecho: Daniel y Juan Ramón eran Presidente del Consejo de Administración y Gerente respectivamente de la empresa Oñeder. Debido a su desconocimiento técnico contratan los servicios de una consultora que realiza unos informes sobre los riesgos laborales de la empresa. Asimismo contratan a un ingeniero técnico, Ángel Jesús, para encargarse de la adopción de las medidas de prevención y corrección oportunas. Ángel Jesús instruyó al trabajador Mariano acerca de sus tareas en una cinta transportadora, consistentes en vigilar la cinta para avisar al Jefe de Planta en caso de atoramiento de los rodillos. Se le indica que ése es el procedimiento, y no el parado individual y directo de la cinta, pues el único autorizado para ello es el Jefe de Planta. El día de autos, no obstante, ante el atoramiento de uno de los rodillos, Mariano decide arreglarlo con ayuda de un martillo y su brazo queda atrapado. Como consecuencia de ello, sufre graves lesiones. La AP, después de afirmar que el art. 15.4 LPRL impide aplicar en estos casos el principio de confianza, decide absolver a los acusados por falta de imputación objetiva del resultado. Explica, en este sentido, que el resultado lesivo «constituye una plasmación de un riesgo ajeno a la norma de cuidado, en su caso, infringida por los acusados, que se limitaba a imponer el deber de cubrición de la totalidad de la cinta transportadora para evitar riesgos de atrapamiento anudables a actuaciones no intencionales de los trabajadores, por lo tanto, cabe concluir que el resultado se ubica extramuros de la esfera de responsabilidad de los acusados» (FJ 5º). En este caso, sin embargo, lo determinante no es tanto que no se pueda imputar el resultado, como que no se pueda reconocer la infracción de un deber de cuidado, pues el empresario no tiene un deber de control sobre la concreta actuación del trabajador y puede confiar en que no se incumplan sus instrucciones de manera tan clara(99).

Algo distinto sucede con respecto a la SAP Barcelona (secc. 2ª) de 2 de septiembre de 2003, en la que se resolvía el caso de un obrero de la construcción que quedó tetrapléjico al caer por el hueco de una fachada del edificio. En este caso, aunque en el hueco no se había colocado ninguna medida de protección, se absolvió al empresario porque el trabajador había intentado realizar su trabajo subiéndose a un caballete cerca del hueco de la fachada y llevando las manos ocupadas. La AP sostuvo que «desde el

(98) Sobre la incorrección sistemática de esta vía de solución, cfr. *infra* cap. 5, ap. III.4.

(99) Cuestión distinta es la responsabilidad que, a efectos del delito contra la seguridad de los trabajadores del art. 316 CP,

se puede reconocer con motivo de no haber cubierto la cinta para evitar los contactos que puedan producirse por los pequeños despistes de quienes trabajan en la zona.

punto de vista casual [sic.] material del accidente se produjo tanto por culpa del empresario como del trabajador, la infracción del deber objetivo de cuidado y de previsibilidad atribuible a D. Enrique P. F. [trabajador] fue de mayor entidad que la predicable a D. Manuel A. [empresario], en cuanto que fue él quien determinó en exclusiva la forma y circunstancias de su realización, determinando el última instancia el accidente producido». Aquí la situación es distinta porque cabe pensar que el deber de cerrar o asegurar los huecos tiene como finalidad evitar también las caídas que se producen por imprudencia de los trabajadores. Lo importante no es si existe un deber de controlar la actuación imprudente del trabajador, sino el hecho de que exista una medida de doble aseguramiento que impide tener en cuenta la responsabilidad del trabajador para delimitar negativamente el deber de cuidado del empresario(100).

#### 2.4. LA INEXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS QUE EVIDENCIE EL COMPORTAMIENTO INCORRECTO DEL TERCERO

El cuarto presupuesto de aplicación con el que cuenta el principio de confianza se refiere a la inexistencia de circunstancias concretas que evidencien que el tercero se va a comportar incorrectamente. Este presupuesto de aplicación es el más característico del principio de confianza y es el que justifica en mayor medida el diferente alcance que tiene este principio en comparación con la prohibición de regreso. Si, por alguna

(100) Para resolver este tipo de supuestos no es adecuado acudir directamente al criterio de la «autopuesta en peligro», pues con ello, generalmente, sólo se hace referencia a la necesidad de tener en cuenta el ámbito de responsabilidad del trabajador, cuando lo importante es saber en qué medida ese ámbito de responsabilidad sirve para delimitar el deber de cuidado del empresario. Cfr., no obstante, COBO DEL ROSAL/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *CPC* 82, 2004, pp. 15-18, para quienes la razón principal por la que en este mismo caso no se podía exonerar de responsabilidad al empresario radica en el hecho de que no pudiera aplicarse el criterio de la «autopuesta en peligro», justificando tal consideración con la afirmación de que los bienes jurídicos en juego no eran disponibles. Cfr., más acertadamente, CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *RPJ* 71, 2003, pp. 56-67, quienes si bien comentan esta sentencia tomando como punto de partida el criterio de la «autopuesta en peligro», concluyen señalando que aunque pudiera reconocerse una autopuesta en peligro del trabajador, es importante operar con el principio de autorresponsabilidad y la delimitación de ámbitos de responsabilidad, afirmando en este sentido que «si el riesgo

creado por el trabajador es uno de los riesgos que el “empresario” tiene el deber de controlar ese riesgo se atribuye al “empresario” ya en el momento *ex ante*». Cfr., también, en esta misma línea, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la construcción*, pp. 532-539, explicando que es precisamente el hecho de que la actuación del trabajador no sea completamente autónoma y que su posición sea asimétrica con respecto a la del empresario lo que conduce a que exista un deber de control o vigilancia que impide establecer una completa delimitación de los ámbitos de responsabilidad. En todo caso, lo importante es destacar que no se trata de analizar simplemente si existe una verdadera «autopuesta en peligro» —entendida como una propia responsabilidad del trabajador—, sino de valorar hasta qué punto los deberes de cuidado pueden quedar más o menos superpuestos; pues, de hecho, debe seguirse el mismo procedimiento con respecto a aquellas conductas imprudentes de los trabajadores que ponen en peligro la vida o la integridad de un tercero. Sobre la relación entre el principio de confianza y los criterios de imputación basados en la responsabilidad de la víctima, cfr. *infra* cap. 5, ap. III.3.

razón, es evidente que el tercero no va a actuar correctamente, no se puede aplicar el principio de confianza(101).

Esta salvedad se introduce únicamente con respecto al principio de confianza y no con respecto a la prohibición de regreso porque no se deriva directamente del principio de autorresponsabilidad, sino de la necesidad de concretar el alcance del deber de cuidado cuando el sujeto ostenta una posición de garante o una posición de especial vinculación con el riesgo. La aplicación del principio de autorresponsabilidad, como se ha visto, sólo cuenta con un primer presupuesto relativo a la presencia de un tercero responsable y dos presupuestos adicionales que se refieren a las excepciones que pueden reconocerse frente a la general relación negativa que se tiene con los bienes jurídicos y con la actuación de los terceros. La existencia de circunstancias concretas que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero no afecta, en cambio, a esa relación negativa y no puede interpretarse como una salvedad o excepción derivada del propio principio de autorresponsabilidad. Si da lugar a un nuevo presupuesto de aplicación del principio de confianza es porque constituye una limitación externa al principio de autorresponsabilidad que obedece a la necesidad de introducir otras consideraciones valorativas en el momento de concretar el deber de cuidado.

La delimitación negativa del deber de cuidado a la que conduce el principio de autorresponsabilidad es una delimitación *abstracta e indiciaria*. Supone reconocer que, en principio, dada la primacía con la que cuentan los deberes negativos, hay un interés en delimitar el ámbito de actuación del sujeto destacando el carácter descentralizado de su relación con los terceros. El reparto o la delimitación de tareas se presenta, en ese sentido, como un factor positivo que, en un primer momento, condiciona la valoración de la conducta del sujeto y la determinación de su deber de cuidado. Ello, sin embargo, sólo llega a resultar decisivo cuando no hay otros factores distintos que condicionen en mayor medida la valoración, como los que se refieren a la posibilidad o probabilidad de que el tercero se comporte incorrectamente y contribuya con su conducta a la producción del resultado lesivo. Eso no significa que el principio de autorresponsabilidad se vea relativizado o diluido en una valoración o ponderación general. La especial importancia del principio de autorresponsabilidad conlleva que la delimitación negativa del deber de cuidado tenga al menos carácter indiciario y sólo pueda verse cuestionada cuando las circunstancias del caso concreto supongan efectivamente una alteración de la valoración inicial. Por eso, los factores no relacionados con el principio de autorresponsabilidad capaces de alterar la valoración inicial no pueden encontrarse en el mismo plano abstracto que el principio de autorresponsabilidad, sino sólo en un plano más concreto.

---

(101) Cfr. *supra* cap. 2, ap. II.2.

Este proceso de concreción se produce de la misma manera, por cierto, en los casos en los que se atiende directamente al riesgo permitido; es decir, en los casos en los que no se parte del principio de autorresponsabilidad y no entra en juego, por tanto, el principio de confianza propiamente dicho(102). Puede ocurrir que inicialmente la conducta se defina como correcta —partiendo de consideraciones valorativas que solamente tengan en cuenta la importancia de la conducta a pesar de la posibilidad en abstracto de que el resultado lesivo llegue a producirse—, y que, sin embargo, en atención a las circunstancias del caso concreto y a la especial previsibilidad del resultado lesivo, deba alterarse la valoración inicial para concretar el deber de cuidado(103).

La salvedad relativa a la existencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero es, por tanto, una salvedad que limita ciertamente la aplicación del principio de confianza, pero que no es exclusiva de este principio. Resulta de la necesidad de concretar la determinación del deber de cuidado en atención a las circunstancias que están presentes en el caso concreto y que no se han tenido en cuenta en un primer momento. La única particularidad que presenta esta salvedad en el caso del principio de confianza es que obedece a un proceso de concreción realizado sobre una valoración inicial determinada a partir de la delimitación negativa del deber de cuidado que resulta de la aplicación del principio de autorresponsabilidad. El principio de autorresponsabilidad se somete de este modo a otras consideraciones valorativas complementarias relacionadas con la evidencia o la especial previsibilidad del comportamiento incorrecto del tercero. Se admite la posibilidad de modificar la delimitación negativa del deber de cuidado a la que conduce el principio de autorresponsabilidad en la medida en que el sujeto ostenta una posición de garante y tiene una especial relación con el riesgo en el que se manifiesta la conducta incorrecta del tercero.

Como se vio en el capítulo dedicado a la exposición del tratamiento del principio de confianza, este presupuesto de aplicación relativo a las circunstancias del caso concreto es el que mayor atención ha recibido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Se reconoce así general-

(102) Así, por ejemplo, el conductor que circula respetando el límite de velocidad que se establece con carácter general, no lesionará, en principio, ningún deber de cuidado, pero si en el caso concreto se están realizando obras en la calzada o existen otras circunstancias especiales que hacen recomendable reducir la velocidad, puede llegar a ser hecho responsable en caso de producirse un accidente. La valoración inicial que lleva a afirmar que el sujeto no incumple ningún deber de cuidado o actúa dentro de los límites del riesgo per-

mitido puede variar en el proceso de concreción ante las circunstancias presentes en el caso. Cfr. *infra* cap. 5, ap. III.2.2.

(103) Cfr., en sentido parecido, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 185-189, llamando igualmente la atención sobre el carácter abstracto del esquema de coordinación que se establece en el marco de actividades peligrosas y sobre la necesidad de llevar a cabo un proceso de concreción para ver hasta qué punto se ven alterados los términos de la ponderación inicial.

mente que la confianza queda limitada cuando el tercero se encuentra cansado, embriagado o despistado, cuando muestra su predisposición a actuar de manera incorrecta, cuando ha empezado ya a realizar una conducta incorrecta o cuando la situación es especialmente peligrosa o confusa y existen dudas acerca de la posibilidad de que el tercero pueda actuar correctamente(104).

A partir de la propuesta realizada a lo largo de este capítulo acerca del fundamento y alcance del principio de confianza, si bien se llega a conclusiones bastantes parecidas sobre esta limitación de la posibilidad de confiar, se deben introducir no obstante algunas matizaciones.

*En primer lugar*, hay que insistir en que esta limitación relativa a la existencia de circunstancias concretas que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero afecta al principio de confianza, pero no a la prohibición de regreso. Es decir, puede condicionar la delimitación negativa del deber de cuidado, pero no la delimitación negativa de la posición de garante o de la relación de autoría. Si el sujeto ostenta una posición garante y comprueba que el tercero va a actuar correctamente, se actualiza su deber de cuidado y no puede ampararse en el principio de confianza. En cambio, si el sujeto no ostenta una posición de garante o ésta se ha visto delimitada por el establecimiento de una prohibición de regreso, el hecho de que compruebe que el tercero va a actuar incorrectamente no supone una actualización de su posición de garante o de su relación de autoría. Esa comprobación puede ser relevante para valorar la responsabilidad del sujeto a título de partícipe, pero la aplicación del principio de autorresponsabilidad y la delimitación negativa de la relación de autoría no se ve alterada(105). En este sentido, hay que decir que la limitación del principio de confianza basada en la existencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero sólo opera como tal en los casos en los que el sujeto ostenta una posición de garante(106).

En el ejemplo del sujeto que vende o entrega un arma a un tercero que se encuentra inmerso en una pelea, en tanto que no haya motivos para poner en duda la prohibición de regreso, no será necesario acudir a los presupuestos de aplicación del principio de confianza(107).

(104) Cfr. *supra* cap. 2, ap. II.2.

(105) Puede ocurrir también que más allá de la posibilidad de establecer una prohibición de regreso, al sujeto no se le pueda imputar la conducta del tercero y ni siquiera exista, por tanto, una responsabilidad a título de partícipe. En tal caso, la evidencia de la actuación incorrecta del tercero sólo podría dar lugar a una responsabilidad derivada de la realización de un delito de omisión pura como el delito de omisión de socorro (art. 195 CP) o

el delito de omisión de deber de impedir determinados delitos (art. 450 CP).

(106) Cfr., en un sentido parecido, PETER, *Arbeitsteilung im Krankenhaus*, p. 122; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, pp. 166-169, 193 y ss.

(107) Al margen de otro tipo de consideraciones sobre el carácter neutral o socialmente adecuado de su conducta, habrá que reconocer, cuando menos, que el principio de autorresponsabilidad permite afirmar que al sujeto no se le va a imputar el

La situación cambia cuando el sujeto mantiene una posición de garante o una relación de autoría. Si los padres dejan el cuidado de su hijo pequeño a una tercera persona responsable, pueden confiar en la conducta correcta de esa persona, pero si en algún momento advierten, por ejemplo, que esa persona se encuentra embriagada o que directamente no está actuando o no va a actuar correctamente, dejan de poder confiar: su responsabilidad ya no puede quedar delimitada negativamente por el principio de confianza(108). Igualmente, si un médico envía a uno de sus pacientes a un determinado especialista, puede confiar en que el especialista actúe correctamente, pero si tiene claros indicios de que éste no se encuentra en condiciones de actuar de tal manera o sabe que su paciente va a ser sometido a un tratamiento contraindicado, deja de estar amparado por el principio de confianza(109). Lo mismo puede decirse con respecto a los casos en los que alguien delega una determinada tarea, pues el delegante, aunque pueda delimitar negativamente su deber de cuidado mediante el principio de confianza, mantiene su posición de garante, de modo que si observa que el delegado actúa o va a actuar incorrectamente, está obligado a intervenir para controlar o evitar el riesgo(110). En todos estos casos, dado que la posición de garante y la relación de autoría no se ven cuestionadas, la evidencia del comportamiento incorrecto sólo tiene relevancia para excluir la aplicación del principio de confianza en el momento de determinar el deber de cuidado. Los problemas se pueden plantear en el momento de identificar la posición de garante, pues es necesario valorar si el riesgo generado por el tercero queda dentro del ámbito de competencia del primer sujeto. Piénsese, por ejemplo, en la compleja relación que se establece entre el cirujano y el anestesta. Con respecto al cirujano, parece claro que, en la

resultado lesivo a título de autor. Cfr., no obstante, ROXIN, *AT* <sup>1</sup>, 24/23, para quien, en este caso, es precisamente la imposibilidad de aplicar el principio de confianza lo que permite responsabilizar al sujeto de la producción del resultado lesivo.

(108) A una conclusión parecida llega SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 136-137, afirmando que si un «padre lleva a su hijo a un hospital, si bien no le es exigible que controle en todo momento la actividad del médico, sí que debe intervenir cuando advierta un peligro para su vida o un error en el tratamiento, ya que no se ha liberado del resto de deberes frente al hijo. Ello se debe, como decimos, a que sólo ha cedido un deber, no su *posición normativa* frente al menor» (sin cursiva en el original).

(109) En este caso, si se considera que el médico ha asumido el tratamiento continuado del paciente y ostenta una posición de garante frente al mismo, la evidencia del comportamiento incorrecto del tercero no conduce simplemente a una responsabilidad a título de partícipe, sino que impide delimitar negativamente su deber de cuidado mediante la aplicación del principio

de confianza; y ello tanto si la evidencia se produce antes de la remisión, como si se produce una vez que empieza a intervenir el tercero. Cfr., en este sentido, ULSENHEIMER, *Arztstraftrecht*<sup>1</sup>, pp. 175-177. Cfr., no obstante, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*<sup>2</sup>, pp. 410-414, quien entiende que, a pesar de que el médico que asume el tratamiento del paciente ostente una posición de garante, en la medida en que no es él quien produce directamente la lesión, su responsabilidad sólo puede admitirse a título de cooperador necesario —cuando la sospecha de que el especialista actuará incorrectamente se presenta antes del reenvío— o en forma de omisión impropia —cuando la sospecha tiene lugar después del reenvío—.

(110) Cfr., en este mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio I*, pp. 107-108; IDEM, *LA-González-Cuellar García*, pp. 419-420. Cfr., también, con respecto a la responsabilidad del empresario constructor que delega sus tareas de prevención, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la Construcción*, pp. 517-518, nn. mm. 44 y 45.

medida en que es competente del buen desarrollo de la intervención, ostenta una posición de garante que abarca los riesgos que pueda ocasionar el anestesista; y, en ese sentido, aunque pueda apelar al principio de confianza para delimitar negativamente su deber de cuidado(111), si observa que el anestesista va a actuar o ha actuado incorrectamente, estará obligado a intervenir, ya que de lo contrario podrá responder a título de autor del resultado lesivo producido(112). Con respecto al anestesista, en cambio, la situación varía, pues podría llegar a pensarse que no ostenta una posición de garante o que su posición de garante no alcanza a los riesgos que se produzcan en el ámbito de responsabilidad del cirujano, ya que su ámbito de competencias se limita a cuestiones muy puntuales de la intervención. En tal caso, si tuviera evidencias de que el cirujano no está realizando correctamente su trabajo, no podría decirse realmente que se limita la aplicación del principio de confianza. Tal evidencia sólo servirá para reconocerle una posible responsabilidad derivada de la realización de un delito de omisión propia(113). No obstante, parece más adecuado pensar que, dado que la actuación del anestesista se encuentra estrechamente relacionada con la del cirujano y ambos deben estar constantemente coordinados, tanto uno como otro forman parte de un equipo y son igualmente garantes con respecto a los riesgos que por medio de la intervención puedan generarse sobre el paciente(114). En tal caso, el anestesista sólo podría ver delimitada

(111) Cfr., por ejemplo, SAP Barcelona (secc. 8ª) 12 de mayo de 2000.

(112) Así, por ejemplo, la STS 11 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3577) condena al cirujano porque, aunque era el anestesista quien debía estar pendiente del estado de la paciente, debió tener presente que éste estaba atendiendo a dos pacientes simultáneamente en dos quirófanos distintos; y la STS 4 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6021) condena igualmente al cirujano por no impedir que el anestesista se ausentara para ir a otro quirófano sin haberse preocupado previamente de conectar el monitor de control electrocardiográfico y vigilar el desarrollo del paciente anestesiado. Cfr., también, en este mismo sentido, STS 7 de julio de 1993 (RJ 1993, 6057), comentada por LOIRA/BIÑÁN, *CPC* 81, 2003, pp. 597-606.

(113) Llega a esta conclusión GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, pp. 420-422 y 429-432, quien considera que, a diferencia de lo ocurre con respecto al cirujano, que sí mantiene una posición de garante y puede responder en comisión por omisión en caso de no hacer nada ante la actuación incorrecta del anestesista, con respecto al anestesista hay que reconocer que no ostenta una posición de garante y que, por tanto, sólo puede responder por un delito de omisión propia. Según esta autora, no obstante, si el anestesista sospecha

de la actuación incorrecta del cirujano y aun así lleva a cabo su tarea, es posible imputarle la producción del resultado lesivo a título de cooperador necesario; algo que, desde la perspectiva adoptada en este trabajo, sólo podría aceptarse en caso de que el anestesista no solamente hubiera dado ocasión a la actuación incorrecta del tercero, sino que además hubiera contribuido a ella y de alguna manera se le pudiera imputar objetivamente tal actuación.

(114) Éste es el planteamiento que parece adoptar el TS en su sentencia de 23 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9074). En esta sentencia se planteaba el caso de una mujer que había sido sometida a una cesárea y que falleció posteriormente a causa de la gran cantidad de sangre perdida durante la operación. El TS condena por homicidio imprudente al ginecólogo y al anestesista por considerar que tanto uno como otro dejaron desatendida a la paciente. Aunque reconoce que el ginecólogo tenía un mayor deber de controlar a la paciente, condena igualmente al anestesista: «Probablemente el primero que debió advertir la situación que se estaba creando fue el ginecólogo, más directamente obligado a controlar esa incidencia mediante la cuantificación de la sangre aspirada mecánicamente y de la empapada por las compresas. Pero, simultáneamente, el anestesista debió apercibirse, al menos, de los efectos

su responsabilidad mediante el principio de confianza, de tal manera que, al tener evidencias de la actuación incorrecta del cirujano, se vería obligado a intervenir para no responder a título de autor(115).

*En segundo lugar*, hay que tener en cuenta que esta limitación de la posibilidad de confiar sólo se produce cuando realmente existen circunstancias especiales en el caso concreto —relacionadas con la posibilidad de que el tercero se comporte incorrectamente— que no se han tenido en cuenta a la hora de establecer en abstracto el reparto de tareas y la delimitación negativa del deber de cuidado. Se debe valorar, por tanto, en qué medida las circunstancias del caso concreto habrían impedido establecer esa delimitación inicial. Si esas circunstancias sólo reflejan una abstracta posibilidad o previsibilidad de que el tercero se comporte incorrectamente, no son suficientes para limitar la posibilidad de confiar. Deben aceptarse en este sentido los reparos mostrados por un importante sector de la doctrina con respecto a la necesidad de limitar la posibilidad de confiar cuando se parte simplemente de consideraciones estadísticas acerca de la probabilidad de que se produzca la conducta incorrecta del tercero(116). El límite relativo a las situaciones «especiales» o «poco claras» sólo puede aceptarse si se comprueba, más allá del mayor o menor grado de peligro, que la situación del caso concreto es realmente distinta a la que se ha tenido en cuenta para la delimitación inicial porque las circunstancias hacen evidente el comportamiento incorrecto del tercero. El límite relativo a las «infracciones frecuentes», en cambio, dado que se presenta de entrada como un límite meramente abstracto, carece por completo de justificación. En tanto que el carácter frecuente de la infracción no de motivo al expreso reconocimiento de medidas de doble aseguramiento o de especiales deberes de cuidado, habrá que reconocer la posibilidad de confiar(117).

que la pérdida de sangre estaba produciendo en las constantes vitales de la paciente. El incumplimiento del mencionado deber de cuidado, por ambos facultativos, determinó que la situación llegara a ser irreversible cuando la alarma del monitor los sacó de su inadvertencia e intentaron, ya sin éxito, la reanimación de la paciente...» (FJ 7º).

(115) Lo mismo podría decirse incluso en el caso de los enfermeros, quienes si bien tienen una relación subordinada frente al cirujano, en la medida en que sus tareas puedan estar referidas también al conjunto de la intervención, pueden ser igualmente competentes frente a los riesgos que se deriven de la actuación incorrecta del cirujano. Así, si durante una intervención quirúrgica, un enfermero comprueba que el cirujano le pide un instrumento equivocado o puede apreciar directamente que éste no se encuentra en

condiciones de actuar correctamente, tendrá obligación de intervenir. Si forma parte del equipo que lleva a cabo la operación y ostenta, por tanto, una posición de garante, la evidencia del comportamiento incorrecto del cirujano o de cualquier otro miembro del equipo tendrá como consecuencia la inaplicación del principio de confianza.

(116) Cfr. *supra* cap. 2, ap. II.2.

(117) Utilizando la clasificación y la terminología de R. MÜLLER, *Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes, passim*, pp. 22-30, podría decirse que el principio de confianza sólo se ve limitado cuando las conductas incorrectas de los terceros no sólo son «frecuentes», sino también «típicas»; es decir, cuando, a raíz de diferentes consideraciones valorativas complementarias, se reconocen medidas de doble aseguramiento o deberes especiales de cuidado (cfr. *supra* cap. 2, ap. II.2.3). Desde este

### 3. El carácter normativo y objetivo del principio de confianza

El principio de confianza, en tanto que manifestación del principio de autorresponsabilidad, se fundamenta en la delimitación negativa de los diferentes ámbitos de responsabilidad. La posibilidad de confiar resulta de la posibilidad de reconocer con carácter general un reparto o delimitación de tareas. Así, en principio, desde el momento en que el tercero tiene asignado un deber de cuidado sobre el riesgo, es posible aplicar el principio de confianza. En este sentido, puede afirmarse que el principio de confianza, al igual que la prohibición de regreso, tiene un carácter *normativo y objetivo*, pues la delimitación se basa en el hecho de que el tercero tenga asignado un deber de cuidado y se realiza con independencia de la representación subjetiva de los distintos intervinientes. El problema es saber hasta qué punto los diferentes presupuestos de aplicación con los que cuenta el principio de confianza en comparación con la prohibición de regreso permiten poner en duda esta afirmación, así como las consecuencias que cabe extraer de la misma.

#### 3.1. IRRELEVANCIA DEL CARÁCTER ACTIVO U OMISIVO DE LA CONDUCTA DEL TERCERO

A diferencia de lo que ocurre con respecto a la prohibición de regreso, a la hora de precisar los presupuestos de aplicación del principio de confianza, la doctrina no suele establecer distinciones en función del carácter activo u omisivo de la conducta del tercero. Da la impresión de que ello se debe a que, por lo general, el principio de confianza se ha ido interpretando como un instrumento dogmático destinado no tanto a determinar la imputación del resultado, como a determinar el deber de cuidado o valorar la conducta que posteriormente ha de ponerse en relación con el resultado. De hecho, son quienes conciben el principio de confianza como un criterio de imputación del resultado los que entienden que este principio no puede operar cuando la conducta del tercero es omisiva y no introduce una nueva causa(118).

Conforme a la interpretación del principio de confianza propuesta en este trabajo, la decisión acerca de la relevancia del carácter activo u omisivo de la conducta del tercero no depende, sin embargo, de que este principio se utilice para valorar la conducta o para establecer la relación entre la conducta y el resultado. Lo importante, al igual que

punto de vista, puede entenderse mejor que, en el ámbito de los accidentes laborales, las infracciones frecuentes de los trabajadores —en el contexto de lo que se denomina «imprudencia profesional»— condicionen de manera distinta la confianza del empresario y la confianza del resto de trabajadores; en contra de lo que propone HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz*, pp. 173-174, para quien esa frecuen-

cia debe limitar la aplicación del principio de confianza tanto para uno como para otros. Puede comprobarse, en este sentido, efectivamente, que los deberes especiales de cuidado que los arts. 14 y 15 LPRL imponen a los empresarios no se reconocen con respecto a los propios trabajadores.

(118) Cfr., en este sentido, RUDOLPH, *JuS*, 1969, pp. 555-556.

ocurre con la prohibición de regreso, es determinar el alcance del principio de autorresponsabilidad, y este principio, como se explicará más adelante, opera con independencia de que se adopte una perspectiva *ex ante* o una perspectiva *ex post*(119). A este respecto, por tanto, el principio de confianza no presenta ninguna particularidad frente a la prohibición de regreso. Se trata en todo caso de delimitar negativamente el ámbito de responsabilidad del sujeto desde un punto de vista normativo, tomando como referencia la presencia de un ámbito de responsabilidad ajeno y no la posible o efectiva relación física entre la conducta del sujeto y el resultado lesivo. La responsabilidad del sujeto sólo llega hasta el punto en el que aparece un tercero responsable que, dentro de su ámbito de responsabilidad, tiene asignado algún deber de cuidado. El sujeto, por regla general, puede confiar en que el tercero no realice una conducta contraria a su deber de cuidado, siendo completamente irrelevante que esa conducta sea activa u omisiva.

### 3.2. IRRELEVANCIA DEL CARÁCTER DOLOSO O IMPRUDENTE DE LA CONDUCTA DEL TERCERO

En relación con la relevancia otorgada por la doctrina al carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero, la situación es bastante parecida: mientras que con respecto a la prohibición de regreso un importante sector de la doctrina introduce una salvedad para los casos de conductas posteriores imprudentes, con respecto al principio de confianza no suelen hacerse distinciones en atención al carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero. El motivo, de nuevo, parece encontrarse en el hecho de que el principio de confianza, al haberse ido configurando como un criterio destinado a determinar el deber de cuidado, no se ha visto afectado por consideraciones basadas en la interrupción de la causalidad o de la dominabilidad, sino por otro tipo de consideraciones de mayor contenido valorativo.

En cualquier caso, hay que insistir en que la decisión acerca de la relevancia de este aspecto de la conducta del tercero no puede venir condicionada por el hecho de que se valore la conducta o su relación con el resultado. Lo importante es saber cuál es el criterio de imputación o valoración con el que se pretende analizar la intervención de los terceros, y si se parte del principio de autorresponsabilidad, hay que tener en cuenta que este principio puede operar igualmente desde una perspectiva *ex ante* y desde una perspectiva *ex post*(120). Si no hay necesidad de conceder relevancia al carácter doloso o imprudente de la conducta del tercero es porque, al igual que ocurre con la prohibición de regreso, se trata de delimitar el ámbito de responsabilidad de un sujeto ante la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, prescindiendo de consideraciones relacionadas con la dominabilidad o con el mayor o menor

(119) Cfr. *infra* cap. 5, ap. III.4.

(120) Cfr. *infra* cap. 5, ap. III.4.

grado de representación subjetiva del tercero. Para poder delimitar el alcance de los deberes negativos de cuidado y utilizar el principio de confianza, basta con que el tercero tenga asignado algún deber de cuidado dentro de su propio ámbito de responsabilidad. Por regla general, aquello de lo que debe cuidar un tercero —y, por tanto, se le puede llegar a imputar a ese tercero, con dolo o con imprudencia—, queda fuera del alcance del deber de cuidado del primer sujeto. Se puede decir, en este sentido, que el principio de confianza, al igual que la prohibición de regreso, tiene carácter objetivo.

### 3.3. IRRELEVANCIA DEL CARÁCTER DOLOSO O IMPRUDENTE DE LA CONDUCTA DEL PRIMER SUJETO

Como se indicó en la exposición sobre la ubicación sistemática que generalmente se le concede al principio de confianza, la doctrina tiende a reservar la aplicación de este principio para los casos de conductas imprudentes del primer sujeto; algo que, como se vio también en esa exposición, no ha cambiado sustancialmente con la implantación de la teoría de la imputación objetiva. A ello han contribuido dos factores: por un lado, el hecho de que en los delitos dolosos la intervención de terceras personas sólo sea tenida en cuenta para diferenciar entre autores y partícipes —haciéndose ver de este modo que sólo en estos delitos es posible reconocer la existencia de un concepto restrictivo de autor—, y, por otro lado, el hecho de que uno de los límites que tradicionalmente se le han reconocido al principio de confianza se refiera a la evidencia de la conducta incorrecta del tercero, lo que ha llevado a pensar que en los casos en los que el sujeto actúa con dolo y se representa la conducta incorrecta del tercero es imposible aplicar el principio de confianza<sup>(121)</sup>.

Anteriormente, se ha indicado que el principio de confianza constituye una manifestación del principio de autorresponsabilidad que permite llevar a cabo una delimitación negativa del deber de cuidado tomando como referencia la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, pero se ha reconocido también, sin embargo, que este principio cuenta además con un particular presupuesto de aplicación relacionado con la existencia de circunstancias en el caso concreto que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero. La pregunta es hasta qué punto este particular presupuesto de aplicación obliga realmente a otorgar relevancia al carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto.

De entrada, se podría pensar que, en realidad, el carácter doloso de la conducta del sujeto no guarda necesariamente relación con el hecho de que el sujeto conozca o considere evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente.

(121) Cfr. *supra* cap. 2, ap. III.2.1.

*Por una parte*, puede ocurrir que el sujeto se represente claramente el comportamiento incorrecto del tercero, pero no pretenda o no se represente suficientemente la producción del resultado lesivo.

Imagínese, por ejemplo, un conductor que observa cómo un peatón ha empezado a invadir la calzada de manera incorrecta, pero no detiene la marcha por pensar que está en condiciones de realizar una maniobra capaz de evitar el atropello. Algo parecido sucede si un médico observa que su ayudante se encuentra claramente cansado o embriagado y, sin embargo, no juzga necesario supervisar el producto o instrumento que le ha facilitado ese ayudante. Desde luego, en estos casos la representación de la conducta incorrecta del tercero puede servir también para determinar el carácter doloso o imprudente de la conducta del primer sujeto, pero no puede afirmarse categóricamente que cuando tiene lugar esa representación se actúa de manera dolosa.

*Por otra parte*, puede ocurrir también que el sujeto persiga o se represente subjetivamente la producción del resultado lesivo, pero no pueda dejar de aplicarse el principio de confianza para delimitar su deber de cuidado porque no haya realmente circunstancias que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero.

Piénsese, por ejemplo, en el conductor que, conociendo la existencia de un tramo de autopista por el que acostumbran a cruzar incorrectamente los habitantes de los poblados colindantes, decide circular todos los días por dicho tramo con el propósito de atropellar a alguno de esos habitantes. Lo mismo podría decirse con respecto a un médico que, con intención de atentar contra la vida o la integridad de su paciente, le envía a otro médico del que sabe que no suele tener éxito en sus intervenciones.

Estos casos son ciertamente poco frecuentes porque lo normal es que el sujeto que tiene el propósito de producir un resultado lesivo busque situaciones en las que es evidente que el tercero se va a comportar incorrectamente, pero sirven para poner de manifiesto que, en última instancia, lo que se plantea es la cuestión acerca de la posibilidad de identificar un deber de cuidado sin entrar a considerar el carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto. Esta cuestión es objeto de una de las discusiones más importantes que se plantean en el debate entre los partidarios y los detractores de la teoría de la imputación objetiva y desde luego no es exclusiva del principio de confianza, pues afecta de alguna manera a todos los criterios utilizados para determinar el deber de cuidado.

En cualquier caso, aunque se llegara a reconocer que la posibilidad de confiar o la posibilidad de delimitar el deber de cuidado por medio del principio de autorresponsabilidad no depende del carácter doloso o imprudente que pueda tener la conducta del sujeto, cabría también poner en duda la naturaleza objetiva del principio de confianza habida cuenta de la importancia que tiene que el sujeto se represente o no la conducta incorrecta del tercero. El problema entonces es saber hasta

qué punto el hecho de que sea necesario tener en cuenta los conocimientos del sujeto impide que un criterio de imputación tenga carácter objetivo, lo que supone nuevamente plantear una cuestión que afecta con carácter general al debate sobre la teoría de la imputación objetiva.

La tesis que se va a sostener en este trabajo es que el principio de confianza es un criterio de imputación que tiene carácter objetivo y que contribuye a determinar el deber de cuidado o el riesgo permitido tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes. El hecho de que su aplicación pueda depender de que el sujeto se represente o no la conducta incorrecta del tercero, además de que no constituye ninguna particularidad de este principio en comparación con otros criterios utilizados para determinar el deber de cuidado, no impide reconocer su carácter objetivo. Esta afirmación será fundamentada en el capítulo siguiente al analizar la posibilidad de definir el principio de confianza como un criterio integrante de la moderna teoría de la imputación objetiva.

**UNIDAD II: INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN  
ENFOQUE NORMATIVISTA (I)**

- **Jakobs – Imputación objetiva**

**GÜNTHER JAKOBS**

Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho  
Universidad de Bonn

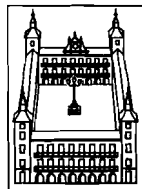
# **ESTUDIOS DE DERECHO PENAL**

Traducción al castellano y Estudio Preliminar:

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS

CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ

MANUEL CANCIO MELÍA



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

## 7. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICO-PENALES DEL “RIESGO PERMITIDO”, LA “PROHIBICIÓN DE REGRESO” Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA” (\*)

### I. Fundamentos de la responsabilidad penal

#### 1. Imputación objetiva también en los delitos dolosos

En el Derecho penal moderno nadie responde sin culpabilidad. La culpabilidad jurídico penal tiene como presupuesto, en cualquier Estado no totalitario, que la persona culpable se haya comportado de un modo socialmente perturbador. No hay una culpabilidad jurídico-penal meramente por malos pensamientos o por un movimiento corporal socialmente insignificante, aunque vaya acompañado por malos pensamientos. La sentencia de Ulpiano, “*cogitationis poenam nemo patitur*” (Digesta 48.19.18; “nadie es penado por meros pensamientos”), no ha de ser entendida en el sentido de que al mal pensamiento se tendría que añadir una conducta externa cualquiera para que pudiera ser castigada, sino en el de que el pensamiento se tiene que haber manifestado externamente en una conducta socialmente perturbadora; con otras palabras: la culpabilidad presupone el injusto.

Pero ¿qué es una conducta socialmente perturbadora? La respuesta habitual a esta pregunta desde el último cuarto del siglo pasado hasta el primer tercio del actual habría sido que el prototipo de la conducta socialmente perturbadora es la lesión de un bien jurídico, la causación de la destrucción de un bien. Expresado con ejemplos: la causación de la muerte sería el injusto del homicidio, la causación de la destrucción de una cosa, el injusto de los daños y así sucesivamente. Porque hace hincapié en la causación, se habla del concepto causal de acción, aunque sería más exacto decir concepto causal de injusto. Sin embargo, una definición semejante del injusto nunca fue tomada al pie de la letra, pues nadie ha estado dispuesto a acusar al constructor de una casa debidamente edificada por la caída de un niño desde la ventana o al fabricante de un automóvil correctamente construido por el ocasionamiento de un accidente, etc. Esta contención no se debe a que tales causantes no habrían podido prever las consecuencias de su conducta —todo fabricante de automóviles prevé accidentes y por ello les incorpora zonas de

(\*) Título alemán: “Objektive Zurechnung, insbesondere im Bereich der strafrechtlichen Institute “erlaubtes Risiko”, “Regreßverbot”

und “Vertrauensgrundsatz” (trabajo elaborado por el autor para esta obra. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos.

absorción de impactos, *airbags* y otros elementos de seguridad—, sino que obedece a la evidente conformidad social de tal conducta.

Por ello no supone ninguna ganancia para la solución de la problemática aquí planteada la subjetivización del injusto —como sucede en el concepto final de acción—. A menudo no falta una referencia subjetiva del autor respecto del riesgo y del resultado. Lo que falta siempre en casos de esta índole es la anormalidad social del hecho y para la determinación de tal anormalidad aporta tan poco el concepto final de acción como el concepto causal.

Cierto es que en el caso de riesgos drásticos existen pocos motivos para decir de ellos que ya no son socialmente correctos. Especialmente en los casos normales de los delitos dolosos, esto es, en el homicidio, el robo, el hurto, etc., es tan evidente que la conducta está más allá de lo socialmente correcto que subrayar esta circunstancia constituiría una trivialidad. Por esta razón, las reglas empleadas para la determinación precisa de los límites entre una conducta socialmente correcta y otra socialmente perturbadora no fueron descubiertas ni desarrolladas en relación con el delito doloso, sino que la búsqueda de tales reglas se emprendió en delitos con riesgos más bien mínimos, casi aún tolerables, y la constitución de tales riesgos se produce casi sin excepción de un modo no doloso. El desarrollo de los rasgos característicos de un riesgo no permitido comenzó por tanto en el delito imprudente, generalmente bajo el nombre de la infracción de cuidado.

Esta afinidad de la infracción de cuidado o, como hoy se dice, de la imputabilidad objetiva de la conducta con la imprudencia, está por consiguiente condicionada de un modo puramente práctico. En el delito doloso, esto es, en el homicidio, el robo o el hurto, la constatación de la imputabilidad objetiva no reviste, casi nunca, dificultad alguna; más aún, la conclusión resulta tan obvia a menudo —aunque ciertamente no siempre— que no tiene que ser establecida de un modo especial. Con toda seguridad constituye un riesgo no permitido hundir un cuchillo en el pecho de otra persona, quitarle un objeto de su propiedad, encerrarla, etc., pero esto está muchas veces fuera de duda y no tiene que ser formulado expresamente.

A todo ello se añade un dato más. La doctrina de la imputación objetiva no trata tan sólo de la problemática de cuándo perturba socialmente o es socialmente normal una conducta, sino también de la problemática de la imputación objetiva del resultado, esto es, de la decisión acerca de cuándo la producción de un resultado típico obedece a la conducta no permitida y cuándo es consecuencia de un riesgo diferente. De este problema de la imputación específica del resultado se trata cuando existen varios riesgos concurrentes y, por tanto, en ámbitos genuinamente peligrosos como el tráfico viario, el tratamiento de enfermedades por los médicos, el contacto con drogas o con productos químicos, etc., y en estos ámbitos predomina también el delito cometido imprudentemente.

Para un observador superficial, de ello se puede desprender la impresión de que sería un problema de la imprudencia la determinación de la conducta que produce decepción de las expectativas, al igual que la determinación de la realización de la conducta en un resultado y, por tanto, el ámbito completo

de la imputación objetiva. Pero esta suposición constituiría un error: un autor doloso no responde porque tenga dolo, sino porque es un hecho socialmente perturbador el que él ejecuta dolosamente y el que se realiza también en el resultado. O dicho a modo de ejemplo: quien provee de alcohol a unos niños y prevé al hacerlo que éstos cometan en su embriaguez un delito, responde por este delito, ya que es socialmente perturbador dar de beber alcohol a los niños; pero quien, coincidiendo por lo demás el aspecto subjetivo, expende alcohol a personas adultas y responsables no responde por las consecuencias, pues entre sujetos responsables la relación con el alcohol pasa por ser algo socialmente normal.

## **2. La imputación objetiva como constatación de una posición de garante**

Mas, concentrándome ahora en este extremo y dejando momentáneamente al margen la imputación del resultado, ¿cómo se ha de determinar la anormalidad social de una conducta? Si las personas entran en contacto no como seres salvajes, sino como miembros de una sociedad, ello sucede en roles más o menos perfilados. Cabe entender estos roles como un haz de expectativas recíprocas y de las correspondientes posibilidades de reacción. Esto suena conocido y lo es en efecto: en el delito omisivo se denomina al portador del rol "garante" y sólo responde en el marco de su posición de garante, si bien en este marco siempre se produce su responsabilidad. La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía; y esto rige tanto para la comisión como para la omisión.

¿De qué pueden ser garantes las personas, tanto en las comisiones activas como en las omisiones? Hay dos grupos en los que se pueden clasificar los roles que han de ser cumplidos. En el primer grupo se trata de que las personas modifican el mundo, lo configuran, y por cierto eso es lo que efectúan todas las personas que hacen uso de su libertad. En la medida en que, pese al uso universal de la libertad, la configuración del mundo debe seguir siendo determinada o al menos determinable para los demás, los que lo configuran han de cuidar de no introducir riesgos insoportables para los otros. Se trata, por tanto, del rol del ciudadano en cuanto persona, que puede exigir no ser dañado por los demás, pero que, por su parte, no puede dañar a otros. Con otras palabras, se trata de un rol recíprocamente determinado de un modo negativo: no dañes y exige no ser dañado. En el delito omisivo corresponden a este rol las posiciones de garante derivadas del dominio sobre cosas, del emprendimiento de actividades peligrosas y de la asunción (o el "contrato"), siendo indiferente si el daño tiene que ser evitado a través de medidas de aseguramiento o de salvamento. Un ejemplo acerca de la relación entre comisión y omisión: así como un automovilista es garante de desviar activamente su automóvil de un peatón que cruza en ese momento la calle, también es garante, cuando no existe ningún peligro de colisión, de no dirigirse activamente contra algún viandante.

Ahora bien, ¿qué significa que una persona no puede dañar a otras? No significa, por decirlo con un ejemplo, que de ella se espere que no conduzca un automóvil o que no construya una casa o que no emprenda una actividad semejante, sino que la expectativa se refiere a que llevará a cabo estas empresas, tal y como las acometa, de un modo correcto, esto es, que conducirá el automóvil de acuerdo con los preceptos establecidos y que sólo erigirá una casa conforme a las reglas de la estática. Si se atiene a este marco de actuación, su conducta no defrauda la expectativa, ni siquiera aunque acarree malas consecuencias, por ejemplo porque un borracho se tambalee ante el automóvil o porque en el curso de una extraordinaria tormenta caigan tejas sobre los transeúntes. La conducta de esa persona era arriesgada—como lo son casi todos los comportamientos humanos—, pero se hallaba dentro del riesgo permitido.

A ello cabría objetar que un ciudadano con conciencia de la seguridad podría exigir quedar a salvo no sólo de riesgos no permitidos, sino más en general de cualquier riesgo. Pero, aparte de que tal ciudadano recortaría de este modo su propia libertad de actuación —pues tampoco a él le estaría permitido conducir automóviles ni construir casas—, no podría administrar de un modo tan positivo el conjunto de sus bienes, ya que en un país sin casas y sin tráfico rodado la vida acostumbra a discurrir en la indigencia. En otros términos, no se obtiene el punto óptimo para el conjunto de los bienes mediante la prescripción de la máxima seguridad para ellos, sino con la autorización adicional de interacciones con un cierto grado de riesgo, en las que se sacrifican ciertamente algunos bienes, pero que ayudan a mantener o incluso a crear muchos más. Con esto no se trata de dar a entender que todo riesgo permitido sería el resultado de un cálculo de costes y beneficios susceptible de comprobación. Mucho de ello es sencillamente el fruto de una recepción histórica: siempre se ha hecho así. Pero también este riesgo permitido no fundamentado de un modo racional, sino tradicional, pertenece a la identidad de la sociedad: ésta no censura aquello a lo que está acostumbrada.

Sea cual sea la fundamentación dominante de esta institución, en absolutamente todas las sociedades existe un riesgo permitido, respetado el cual la conducta no perturba y es por tanto correcta, incluso si, por una desafortunada concatenación de circunstancias, conduce a un daño. En tal caso, este daño es, en la medida en que quede excluida la atribución a terceras personas, infortunio de la víctima, pero no injusto de aquél que se comportó dentro del riesgo permitido.

La posición de garante en virtud de organización o, con otra formulación, el rol general del organizador cuidadoso constituirá en lo sucesivo el punto central de mis consideraciones. Pero hay que hacer una referencia, aunque sea breve, al segundo grupo ya anunciado, en el que se trata de roles especiales, que obligan a su respectivo titular a configurar el mundo en común con el sujeto favorecido y, por tanto a hacer llegar a un ámbito de organización ajeno determinadas prestaciones, siempre que estas sean necesarias y con independencia de dónde resida la causa de esta necesidad. En este grupo se

trata de las instituciones sociales imprescindibles que obligan a la solidaridad, esto es, de la relación entre padres e hijos, (probablemente aún) del matrimonio, de la confianza especial y de las prestaciones estatales elementales, en particular la garantía de seguridad interior y exterior así como los principios fundamentales del Estado de derecho en sentido material y formal.

Esta garantía por competencia institucional no será aquí desarrollada con mayor detalle. Más bien me concentraré en las posiciones de garantía por organización ¿cuándo existe precisamente esta garantía resultante de organización o, con una formulación diferente, cuándo es imputable objetivamente una conducta de organización?

## **II. El riesgo permitido**

### **1. Fundamentos**

De uno de los presupuestos ya se ha hablado: la conducta tiene que entrañar un riesgo no permitido o, siguiendo la terminología usual, una infracción del deber de cuidado. Absolutamente cualquier conducta puede conducir a través de desgraciadas concatenaciones de circunstancias a la producción de un daño; si la conducta se encontraba dentro del riesgo permitido (y queda excluida la conducta no permitida de terceras personas o un comportamiento de la propia víctima contrario a sus deberes de autoprotección), se trata de un infortunio, no de injusto. Los límites de lo que está dentro del riesgo permitido se pueden trazar en parte con exactitud: si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, tal comportamiento entraña, en condiciones normales, un riesgo no permitido. De este modo cabe distinguir con nitidez lo permitido de lo no permitido especialmente en el tráfico viario. Conducir en estado de embriaguez, efectuar un adelantamiento indebido, conducir un vehículo con exceso de carga, etc. son, casi sin excepción, formas de comportamiento que exceden del riesgo permitido. Junto a tales determinaciones legales del límite entre la conducta permitida y la que no lo está, entran en juego reglas técnicas reconocidas de ciertos sectores profesionales, en especial de los médicos y, además las normas técnicas. Todo esto describe el estado debido de las condiciones en que ha de hallarse el marco de la interacción social y, donde estas descripciones faltan, hay que atender al comportamiento del administrador diligente o del cuidadoso padre de familia (o, ciertamente, también de la cuidadosa madre de familia). Expresado con un ejemplo: unos diligentes padres de familia sólo dejan recorrer sin compañía a su hijo de seis años de edad el camino a la escuela en la medida en que el niño lo conozca y de que, teniendo en cuenta incluso las características del comportamiento infantil, ese recorrido entrañe, a lo sumo, un riesgo muy reducido. Y es seguro que un muchacho de dieciséis años no puede ser protegido de tal manera, pues en otro caso nunca se haría adulto; aquí lo que corresponde al riesgo permitido es aceptar más libertad del menor.

Casi siempre es fácil establecer lo que corresponde al estado en que la sociedad debe encontrarse. Ciertamente hay ámbitos en los que la sociedad se transforma y en los que, por ello, cabe discutir sobre los límites de lo permitido. Así, por ejemplo, en Alemania se han vuelto a establecer recientemente los límites para la fabricación de productos industriales y, por cierto, en perjuicio de los fabricantes; pero esto afecta a ámbitos parciales, en los que la sociedad modifica su identidad. En el conjunto de los casos cotidianos, el enjuiciamiento resulta tan evidente como lo es la orientación que una sociedad tiene que prestar para poder sobrevivir.

## 2. Conocimientos especiales

En los últimos tiempos se discute cada vez con más intensidad una cuestión sin importancia práctica, pero de gran interés teórico (y, por cierto, con un interés que no se limita al tema del riesgo permitido). Se trata de si en la formulación del juicio de peligro han de ser considerados los conocimientos especiales de que disponga el autor. La doctrina absolutamente dominante, que toma en cuenta los conocimientos especiales, se ha tenido que defender del ataque de los adversarios de cualquier forma de imputación objetiva, para los que tal proceder sería incompatible con el carácter objetivo que se predica de este nivel de la imputación. Un ejemplo: un estudiante de Biología que trabaja como camarero eventual durante sus vacaciones semestrales reconoce, en la exótica ensalada que tiene que servir, trozos de una planta venenosa, debiéndose tal descubrimiento tan sólo al hecho de que poco tiempo antes había escrito un trabajo de seminario precisamente sobre dicha planta venenosa. Impasible, sirve la ensalada y el cliente fallece.

Tomando como punto de partida el criterio aquí mantenido que está orientado al concepto de rol, se tendrá que decidir del siguiente modo:

*Primero:* A un rol general corresponden tan sólo conocimientos generales, no especiales. Nadie espera que los camareros hayan escrito trabajos de seminario sobre plantas venenosas y, por tanto, no puede defraudarse expectativa alguna por que la conducta de un camarero no se ajuste a tales conocimientos. Está fuera de duda que el estudiante metido a camarero responde por omisión del deber de socorro, ya que respondería también por este delito si contemplase inactivo cómo su colega sirve el plato. La decisión no sería por lo demás diferente si se hubiese tratado de una planta venenosa de general conocimiento, pues los camareros no son en absoluto responsables de la salubridad de los alimentos que sirven y en esa medida tampoco tienen que efectuar ningún control.

*Segundo:* Sin embargo, si el autor introduce por su cuenta el conocimiento especial, éste queda incorporado a su rol. Se tiene que comportar, por consiguiente, si quiere evitar la responsabilidad por un delito de lesión, como si no supiera. En el ejemplo citado, si el estudiante toma la planta venenosa (sea ésta exótica o generalmente conocida) de la ensalada y la sirve a su tío de América en la esperanza de poner así fin a sus días, se trata de un delito de homicidio.

*Tercero:* En algunos roles que se basan en organización, el titular del rol no se presenta como un sujeto cualquiera, sino que tiene que hacer todo lo que sea necesario, ya que introduce un riesgo especial. El espectro abarca desde aquél que conduce un automóvil, pasando por el que explota una línea aérea, hasta el que explota una central nuclear. En tales casos, pertenece a su rol cualquier percepción que tenga el autor respecto del conjunto de riesgo que tiene que gobernar, del mismo modo que cualquier persona que le comunique el acontecimiento crítico le obliga con ello en su rol. Así, si el encargado de material radiactivo observa en su paseo dominical que algo no está en orden en relación con este material en el edificio donde se almacena, esta observación la hace como titular de aquel rol y está obligado en calidad de garante a la evitación del daño.

(En todo caso se tendrá que exceptuar un conocimiento que sólo se origine en la cabeza del titular del rol, un conocimiento al que falte, por tanto, cualquier impulso objetivo. Ejemplo: una persona que, por su interés en estos temas derivado de su profesión de ingeniero, comprueba el estado de los frenos de su automóvil y, al hacerlo, descubre un defecto de fabricación podrá seguir conduciendo su automóvil.)

*Cuarto:* Los deberes institucionales quedan intactos. Por consiguiente, la cuestión de hasta qué punto los padres, por ejemplo, han de hacer entrar en juego sus conocimientos especiales para la protección de sus hijos se ha de decidir atendiendo a la concepción que la sociedad tenga de esta institución.

### III. La prohibición de regreso

Me referiré ahora de un modo especial a la problemática que se plantea cuando varias personas desarrollan un riesgo en común. Tal problemática se divide en dos cuestiones parciales: en primer lugar, la de cuándo alguien que crea una determinada situación es garante de que otro no la continúe hasta producir una consecuencia delictiva; y, en segundo término, la de cuándo a alguien que es garante del desarrollo posterior le está permitido confiar en que un sujeto que actúe después se comportará correctamente. El primer problema parcial afecta a la distinción entre la participación en sentido amplio y el ámbito de la prohibición de regreso. El segundo afecta al principio de confianza.

Comenzaré con la primera cuestión, esto es, la de la prohibición de regreso. En relación con ella, para empezar debería ser evidente que de la terminología empleada no se deriva consecuencia alguna. Si hablo del límite entre participación en sentido amplio y la prohibición de regreso, con ello no me refiero a algo diferente que a la delimitación entre una participación que va más allá del riesgo permitido y una conducta que se atiene al riesgo permitido y a la que otro sujeto, fuera de la competencia del primero, enlaza un comportamiento delictivo. Ninguna consecuencia depende de que la explica-

ción de la causación evitable sin propia responsabilidad se denomine prohibición de regreso o simplemente riesgo permitido.

¿De qué se trata aquí materialmente? Cuando varias personas emprenden algo en común, esta comunidad no es ilimitada. Expresado con un ejemplo: cuando un deudor paga sus deudas, la comunidad con el acreedor se limita a la transferencia del dinero; lo que el acreedor se proponga hacer con él importa en general tan poco al deudor como lo que ha de interesarse el acreedor por el modo en que el deudor se haya procurado el dinero con el que efectúa el pago (dejando al margen los casos en los que la conducta previa fundamenta una receptación). Si el deudor sabe, por ejemplo, que el acreedor cometerá un delito con la suma debida, acaso un tráfico ilícito de armas o un cohecho, esto no le atañe a pesar de su conocimiento, pues tal conocimiento no corresponde a su rol de deudor. Tampoco podría defenderse eficazmente en un proceso civil entablado por el acreedor con el argumento de que éste proyectaba hacer algo malo. El libre intercambio de mercancías, dinero e información sólo es posible, en una sociedad cuyos miembros persiguen preferencias muy diferentes, si la comunidad que respectivamente se establezca entre ellos queda limitada. A nadie que se inserte en una comunidad así restringida se le tiene que reprochar cómo continúe actuando otro sujeto a su propio arbitrio hasta alcanzar el resultado; ello es únicamente cosa del otro.

Esto significa en particular lo siguiente:

*Primero:* Nadie tiene que ser obligado a establecer una comunidad; si otro la quiere producir unilateralmente, tomando arbitrariamente como punto de partida de su conducta un comportamiento del primero, éste no resulta afectado por ello. Expresado con un ejemplo: alguien quiere cambiar su religión o dejar su familia y otro le amenaza con matar en tal caso a un tercero; si se llega a producir un homicidio tras la correspondiente conducta del primero ello no atañe a éste por el mero hecho de haber cambiado de religión o dejado su familia. Su conducta no tenía *per se* el significado de un homicidio y tal significado tampoco puede serle impuesto arbitrariamente por otro. La conducta no constituye, por tanto, participación en un homicidio y, en particular, no supone ni inducción ni complicidad psíquica en el mismo. Análogamente sucede, por ejemplo, cuando terroristas amenazan con asesinar a un Ministro en caso de que se incoe contra unos correligionarios un proceso penal. El proceso no tiene el sentido de privar al Ministro de su vida y tampoco recibe este sentido por la mera voluntad de los terroristas.

Si, por tanto, el primero en actuar no se convierte, por la conexión que otro establece arbitrariamente, en garante de la evitación del curso dañoso en que el otro transforma el acontecimiento, esto no significa sin embargo que aquél no pueda ser competente, por otras razones, de la evitación de dicho curso. Una prohibición de regreso indica sólo que así no se puede fundamentar la responsabilidad, pero no que no se pueda fundamentar de otra manera. Si, en el ejemplo arriba citado, aquél que quiere dejar su familia o cambiar de religión es amenazado en tal caso con la muerte de su propio hijo, no es garante ciertamente de la vida de éste por la conexión arbitrariamente establecida por otro, pero sí por el vínculo que en cualquier caso existe entre padres e hijos. Sería

también garante y tendría que hacer lo que le correspondiera para evitar e impedir la muerte si, con total independencia de cuál fuera su comportamiento, su hijo estuviese en peligro. Por análogas consideraciones tampoco la prohibición de regreso elimina la responsabilidad que a todos incumbe por omisión de socorro o de denuncia de la comisión de delitos. Por tanto, quien rechaza la exigencia de un mendigo para que le dé cinco marcos bajo la amenaza de que éste dará muerte, en otro caso, a un niño secuestrado tiene que pagar lo exigido si no quiere incurrir en la pena de la omisión de socorro, del mismo modo que cualquiera que esté en condiciones de hacerlo se ha de esforzar en evitar una catástrofe semejante.

*Segundo:* si existe una comunidad limitada, nadie tiene que ser obligado a ampliarla. En los negocios habituales de la vida diaria, particularmente en los negocios de intercambio, la comunidad se limita al ámbito pactado. Así el comerciante de herramientas no responde de las consecuencias si vende sus mercancías a un ladrón que las utiliza para robar; al empleado de una gasolinera que llena el depósito de un vehículo no apto para el tránsito no atañen, sólo por esa actuación, las consecuencias que se deriven de su circulación posterior; a quien concede un préstamo no obligatorio no concierne lo que el prestatario emprenda con el dinero recibido, ni siquiera si el prestamista lo sabe; al productor o comerciante de bebidas alcohólicas no atañen las derivaciones delictivas, por ejemplo una conducción en estado de embriaguez, que se produzcan tras su expendición a personas responsables y lo mismo sucede respecto de aquél que suministre alcohol privadamente a sus invitados. Quien refiere que su vecino colecciona cuadros no participa, sólo por ello, en un hurto de tales objetos cometido por alguien que ha oído esa información. Un abogado que comunica que con un determinado país no existe tratado de extradición no participa, sólo por ese hecho, en el encubrimiento del autor de un delito que huya allí precisamente; y así sucesivamente.

La exención de pena rige, nuevamente, sólo a reserva de una garantía que se pueda fundamentar de otro modo y a reserva también de una responsabilidad por omisión de socorro o de denuncia. Por ejemplo: quien transfiere armas contraviniendo una prohibición legal no puede aducir que lo que ocurra con las armas no le atañe, pues la prohibición legal significa *que* a él concierne el uso del arma por su peligrosidad y entre las condiciones de esa peligrosidad se encuentra también la posibilidad de su utilización delictiva. Por ello quien entrega el arma responde por participación en el delito cometido por el receptor; la comunidad, es decir, el sentido objetivamente favorecedor del delito que tiene la entrega del arma no deriva, como alguno podría pensar, del conocimiento de los planes del receptor, sino que viene impuesta por la significación legalmente establecida, esto es, precisamente por la prohibición de la transmisión de armas. Y del mismo modo que cualquier persona tiene que intervenir, bajo la amenaza de una pena por omisión de socorro, para evitar que un sujeto apuñale a su víctima con un cuchillo de cocina, un comerciante de cuchillos no puede, bajo la amenaza de esa misma pena, vender un cuchillo a una persona que, acto seguido, apuñalará con él a otra delante de la tienda. Estos límites de la prohibición de regreso están fuera de duda.

*Tercero* y, a este respecto, último: se supera la frontera entre prohibición de regreso y participación cuando el sentido de la conducta depende de que el otro la prosiga de forma delictiva, pues entonces esta prosecución no es una consecuencia arbitrariamente impuesta por un sujeto diferente, sino el contenido que uno mismo ha elegido para el comportamiento. Nos hallamos ante los

casos normales de la inducción y la complicidad: el primero colabora con otro como con alguien que ejecuta un delito; el sentido delictivo es, entonces, el sentido común a ambos. Con otras palabras, el riesgo no permitido de una participación delictiva no reside ya en la creación de una situación que otro interpretará como incitación o favorecimiento de un delito, sino tan sólo en una conducta cuyo sentido objetivo consiste en la incitación o el favorecimiento de un delito. No se puede decir que este requisito se tome siempre suficientemente en serio, tampoco por la doctrina. En particular, carecen de un sentido específicamente delictivo la entrega de medios que están disponibles por doquier o la comunicación de informaciones que se hallan al alcance de todos y es indiferente si una interacción de este tipo se realiza con un individuo cualquiera, del que nada se sabe, o con un amigo del que se conoce que planea cometer un robo. Sólo cuando uno se introduce con su conducta en una planificación especialmente delictiva rebasa el límite de lo socialmente inadecuado. O dicho una vez más con un ejemplo: Quien alberga a su amigo durante unas cuantas noches del mismo modo como sucedió siempre hasta ese momento cada vez que pasaba por allí, no comete un encubrimiento, ni siquiera si el amigo, en esta ocasión, se encuentra fugado de los órganos de persecución penal y ello con independencia de si el que lo alberga lo sabe. Pero quien oculta al amigo en el desván o en el sótano se comporta objetivamente como un encubridor.

Con ello dejo ya el ámbito de la prohibición de regreso. Puedo resumir así lo que he dicho hasta aquí sobre la imputación objetiva: en la delimitación de los riesgos permitidos y no permitidos se trata de determinar cuando no es lesivo de la norma, sino inocuo, el sentido de un comportamiento, a pesar de que nunca se puede excluir la posibilidad de que de lugar a un curso de daño. "Prohibición de regreso" es el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar un sentido lesivo de la norma. Quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento. Más bien se encuentra ante él como cualquiera y responde por tanto, a lo sumo, por la lesión de garantías dotadas de otra fundamentación o por omisión de socorro.

#### **IV. El principio de confianza**

Ahora deben seguir aún algunas observaciones sobre el principio de confianza, en el que se trata de casos en los que alguien, a diferencia de en la prohibición de regreso, es garante de la evitación de un curso de daño, pero dicho curso no se tornará nocivo si todos los intervinientes se comportan o se han comportado correctamente: ¿se puede confiar en que se realizará o en que ha sido ya realizado este comportamiento correcto?

El ámbito del principio de confianza tiene una genuina analogía con el del riesgo permitido, pero también la peculiaridad de que el desarrollo del acontecimiento no depende de la simple naturaleza, sino del cuidado que pongan otras personas. Piénsese por ejemplo en el tráfico rodado: ¿cuándo se puede confiar en que el conductor que viene por una vía secundaria res-

petará la preferencia de paso? O en intervenciones médicas realizadas en equipo: ¿cuándo puede confiar el cirujano en que su auxiliar comprobará correctamente las compresas? O en el funcionamiento de aparatos técnicos: ¿cuándo puede confiar el piloto en que el copiloto realizará correctamente su cometido?

A este respecto no es necesario que la conducta potencialmente defectuosa sea posterior al comportamiento del primer sujeto; puede también precederlo. Así ocurre, por ejemplo, cuando un médico utiliza su bisturí en la confianza de que habrá sido adecuadamente esterilizado o, algo cotidiano para cualquiera, cuando alguien recoge un vehículo del taller de reparaciones y confía en que las zapatas de los frenos habrán sido correctamente montadas por el mecánico.

Estas y otras divisiones del trabajo serían imposibles si cada uno tuviese que controlar a absolutamente todos los que cooperan con él: de tanto tener que controlar el comportamiento de los demás nadie llegaría a cumplir con plena dedicación sus propias obligaciones; el resultado sería, con bastante seguridad, peor que el que se produce si se reconoce un principio de confianza. Pero esto no es todavía todo lo que habla en favor de este principio. A diferencia del riesgo permitido, en el que —si no entra en consideración una conducta defectuosa de terceras personas o de la propia víctima— todos los peligros que no sean compensados por el agente afectan a la víctima y son, por tanto, su infortunio, otra cosa sucede en el principio de confianza: lo que uno de los intervinientes no tiene que compensar tiene que compensarlo o haberlo compensado el otro, en cuya diligencia cabe legítimamente confiar. Por consiguiente, para la resolución del conflicto no queda sólo la explicación a través de la responsabilidad de un interviniente o del infortunio de la víctima, sino que a ello se añade la solución de que sea responsable el otro sujeto que, defraudando la confianza, fue negligente. Con ello se designa lo específico del principio de confianza: este principio otorga libertad de acción a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona. O, formulado de otra manera, el principio de confianza posibilita la división del trabajo mediante un reparto de la responsabilidad.

La respuesta a la pregunta de cuándo existe tal reparto de la responsabilidad sólo se puede dar, en abstracto, de un modo bastante vago, ya que hay que orientarla al orden concreto de que se trate, esto es, al ordenamiento del tráfico rodado, a las reglas de un equipo médico que efectúa una operación, a las disposiciones vigentes para el personal de vuelo de una compañía aérea, al reparto de las actividades entre varias empleadas de un jardín de infancia, etc. En especial se rige por las reglas del orden correspondiente la cuestión de qué requerimientos se han de establecer respecto de la cualificación de la persona en cuya correcta conducta se puede confiar. No obstante, cabe señalar en términos generales cuáles son los límites del principio de confianza:

*En primer lugar*, este principio queda excluido si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad. Ha-

blando a título de ejemplo, no hay en el tráfico rodado un principio de confianza que se refiera a la corrección de la conducta de niños pequeños.

*En segundo término*, no está permitida la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro cometa; y esto puede suceder recíprocamente. También cabe aportar un ejemplo al respecto: aunque en el tráfico rodado todos tienen que observar también por sí mismos las reglas establecidas para su protección, nadie puede confiar, sin embargo, en que esto resultará siempre así al ciento por ciento, pues también a un esforzado participante en el tráfico le sobrevienen pequeños errores. Por ese motivo nadie puede comportarse en el tráfico viario como si los ciclistas no se balanceasen ni siquiera un poco más de lo habitual, como si los viandantes no diesen traspiés, como si los automovilistas no condujeran un poco más rápido de lo debido, etc. Una conducta semejante pertenece aún al rol del participante en el tráfico, tal y como se presenta fenotípicamente por doquier, incluso si no se corresponde plenamente con el estándar. Ciertamente se puede confiar en que no se producirá un comportamiento que desborde el rol del agente. Por tanto, nadie tiene que contar con que algún participante en el tráfico esté fuertemente embriagado (pero en las inmediaciones de festejos populares esto puede ser distinto, al menos por lo que a los peatones se refiere), con que un peatón dé un brinco colosal y salte a la calzada o con que una firma especializada suministre un líquido corrosivo en un recipiente que se hace ya añicos al menor golpe.

*En tercer lugar*, el principio de confianza cesa cuando concurre la conducta que defrauda las expectativas. Si el primariamente competente no dispone ya de la posibilidad de mantener el curso en un estado inocuo o comienza de un modo manifiesto a dejar pasar tal posibilidad sin aprovecharla, se tiene que revalorizar la competencia, hasta entonces latente, del otro sujeto, porque en tal caso procura un provecho mayor un control generalizado que la concentración, siguiendo las pautas de la división del trabajo, en la propia tarea. Así, en consecuencia, si el copiloto del avión está embriagado, el piloto tiene que retomar las tareas eventualmente delegadas; si un conductor obligado a ceder el paso se aproxima al cruce a tanta velocidad que, a lo sumo, sólo un frenazo de emergencia podría detener el vehículo, el conductor con preferencia de paso tiene la obligación de parar, y así sucesivamente.

## **V. Esbozo respecto de la competencia de la víctima**

Con lo anterior han quedado trazados los tres esbozos que me había planteado realizar: el riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza. Éstos no abarcan, sin embargo, todo el ámbito en el que se determina la conducta socialmente perturbadora: falta, en particular, el ámbito de la competencia de la víctima. Una víctima con una tendencia inusualmente fuerte a resultar dañada no puede pretender siempre que las aportaciones ajenas que afluyen en su favor continúen siendo efectuadas, sino que puede incumbirle la compensación de sus propias debilidades, especialmente cuando tal afluencia sólo se produce "por casualidad". Por tanto, quien desconecta, en un ejemplo de interrupción de cursos de salvamento, el sistema de riego que tiene instalado en su jardín, con la consecuencia de que se

sequen también las plantas del vecino que, de forma casual, venían recibiendo parte del agua en los bordes de la finca, no comete unos daños sobre esas plantas, del mismo modo que, sin interrupción de un curso de salvamento, nadie ha de tener en cuenta al regar las plantas que se encuentran en el límite de su finca que los exóticos cultivos de su vecino no soportan ni una sola gota del agua canalizada.

El ámbito al que pertenecen estos casos es ciertamente sólo un sector del ámbito global de la competencia de la víctima. A él se añade la competencia de la víctima por una actuación precedente. Aquí se trata, por lo pronto, de los casos en los que la víctima por una conducta contraria a su deber de autoprotección desvía en una dirección nociva el comportamiento de otros que se movía dentro del riesgo permitido. Quien se asoma demasiado por encima de la barandilla, correctamente instalada, de un puente tiene que atribuirse su propia caída en caso de que se produzca. El caso más conocido y, por lo que al resultado se refiere, el más indiscutido de competencia de la víctima por un actuar precedente es el del consentimiento. Ciertamente, en los últimos decenios ha quedado demostrado que no es el dato psíquico de la voluntad lo que fundamenta la competencia de la víctima, sino la ampliación de las obligaciones de autoprotección que se expresa en el acto de voluntad. Pero esta ampliación puede tener lugar también sin el dato volitivo, esto es, por una conducta que tiene el significado objetivo de una aceptación de la conducta peligrosa ajena. Se habla en tales casos de una actuación a propio riesgo. Se trata de casos en los que el titular del bien jurídico incita a otro a realizar una conducta dañosa sin una razón poderosa para hacerlo: el otro no tiene entonces la obligación de proteger los bienes del instigador de un modo más cuidadoso que éste mismo; la incitación se produce, por tanto, a riesgo propio. Así sucede, por ejemplo, cuando alguien presta a un amigo un coche de carretera para una carrera a campo través: los resultados nocivos que en su curso se produzcan se los tiene que atribuir éste último, aunque ni siquiera haya pensado en ellos. El caso más importante en la práctica es el del viaje como pasajero en el vehículo de un sujeto que conduce en estado de embriaguez, si bien cabe discutir aquí, según la configuración que presente el caso concreto, si no se ha rebasado el límite entre la hetero y la autolesión. Esto debe quedar aquí sin un tratamiento detallado, en la medida en que me tengo que conformar de un modo general, en el ámbito de la competencia de la víctima, con meras indicaciones.

## VI. Resumen

En síntesis, la falta de imputabilidad objetiva de una conducta puede obedecer a las siguientes razones:

*En primer lugar, la conducta puede mantenerse, por su modalidad y la magnitud del peligro que entraña, dentro del riesgo permitido.*

*En segundo lugar*, la conducta puede ser en sí misma inocua y desviada arbitrariamente por otra persona en un sentido delictivo.

*En tercer lugar*, la compensación de la conducta peligrosa puede ser asunto de un tercero.

*Y, en cuarto lugar*, puede que la consecuencia dañosa incumba a la víctima misma por su propio comportamiento o, sencillamente, porque ella tenga que soportar la desgracia.

En definitiva esto significa que sólo si, al menos, también el autor es garante de la evitación del daño, actúa él fuera del riesgo permitido. Se puede pasar por alto si se construyen como aquí se ha hecho los tipos de posiciones de garante existentes y no existentes o si se eligen unos tipos diferentes de posiciones de garante. Cabe escindir la variedad del mundo social en retículas absolutamente distintas. Pero, en la medida en que se reconozca que no son la causalidad y el dolo, como datos físico y psíquico respectivamente, los únicos que determinan la imputación, sino que se trata también de la decepción de la expectativa social respecto de la forma en que se maneja la causalidad, es decir, del aspecto comunicativo de la conducta en cuanto aspecto socialmente relevante, existe acuerdo acerca de la necesidad de una imputación objetiva: en la imputación jurídico-penal nos hallamos ante un fragmento de sociedad, no de naturaleza.

## VII. Observaciones sobre la bibliografía

Los objetos a los que se refiere este trabajo aparecen tratados, con amplias referencias de bibliografía adicional, en *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Jakobs*, Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.<sup>a</sup> ed., referencias bibliográficas antes de 7/35, antes de 7/56 y antes de 24/1.

Selección. Vid. sobre el riesgo permitido: *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; y *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961. Especialmente sobre la polémica acerca de la vigencia de las reglas de la imputación objetiva y, antes, del riesgo permitido en los delitos dolosos: *Armin Kaufmann* en *Vogler et al.* (a cargo de la ed.), Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 251 y ss.; y *Hirsch* en Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pp. 399 y ss. Especialmente sobre los conocimientos especiales: *Struensee*, JZ 1987, pp. 53 y ss. y GA 1987, pp. 97 y ss. Respecto de la prohibición de regreso: *Jakobs*, ZStW 89, pp. 1 y ss.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; y *Roxin* en *Jescheck et al.* (a cargo de la ed.), Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 177 y ss. Respecto del principio de confianza: *Stratenwerth* en *Bockelmann et al.* (a cargo de la ed.), Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 383 y ss.; *Schumann*, op. cit.; y *Kirschbaum*, Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980.

## 8. REPRESENTACIÓN DEL AUTOR E IMPUTACIÓN OBJETIVA (\*)

A primer vista se trata de *dos* cuestiones. La primera cuestión reza: ¿cuándo supera una tentativa el nivel de riesgo permitido? En la segunda cuestión se trata de si en la valoración de un comportamiento como no permitido deben, en todo caso, ser tomados en consideración todos los conocimientos del autor, o de si existen conocimientos especiales penalmente irrelevantes. Pero ambos problemas, tanto (A) el de la tentativa e imputación objetiva como (B) el de los conocimientos especiales e imputación objetiva, tienen una raíz común: ¿quién es el autor que actúa o que omite, cuyo comportamiento debe pasar el filtro de la imputación objetiva antes de que la imputación sea subjetivada? ¿Se trata simplemente de una persona, sujeto psico-físico, con todas las peculiaridades individuales, o de un ciudadano, o de alguien que desempeña otro tipo de rol, o es un garante —¿determinado cómo?—, u otra cosa? A quien la pregunta le parezca demasiado especulativa, que la formule en el ámbito de la cuestión referente a la concreción naturalista, personal o social del injusto.

En primer término, se perfilará con mayor exactitud la problemática (I); sigue, a continuación, la exposición crítica de las propuestas de solución de *Armin Kaufmann* (II). Mi propio planteamiento de solución de los aspectos del problema, relativos tanto a la tentativa (III) como a los conocimientos especiales (IV), lo concibo como continuación de una discusión que ya fue altamente controvertida cuando *Armin Kaufmann* todavía participaba de ella: el afán de armonización no es el interés primordial. La conclusión (V) hace referencia, de nuevo, a la raíz común de ambos aspectos.

### I.

¿Se prohíbe en la norma contra el delito de homicidio echar demasiada sal a la comida? La respuesta parece evidente. Ya que con un poco de sal en la comida no es posible —en todo caso, en una situación normal (1)— hacer pasar de la vida a la muerte a las personas, la norma contra el delito de ho-

(\*) Título alemán: «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», publicado en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 271 a 288, Carl Heymanns. Traducción de Carlos J. Suárez González.

(1) No se hace referencia aquí a los supuestos en los que la sal es realmente lesiva, como por ejemplo cuando se trata de enfermos de riñón, etc.

micidio no se refiere al comportamiento consistente en salar en demasía la comida. Dicho en otros términos: echar demasiada sal no crea ningún riesgo no permitido de producción de la muerte. De acuerdo con la opinión común, esta situación normativa cambia, radicalmente, cuando el autor yerra, es decir, cuando, por los motivos que sea (2), coge un poco de sal pero cree que se trata de arsénico. En ese caso se dice que no sólo concurre la tentativa de una situación antijurídica, sino una tentativa antijurídica.

Bien es cierto que se argumenta que en la tentativa, el acto salar en demasía no se halla vinculado a la norma contra el delito de homicidio, sino con el imaginario acto de envenenamiento. Formulándolo de nuevo: se sostiene que no es el acto, realmente acaecido, de haber echado demasiada sal el que constituye un riesgo no permitido, sino el acto de envenenar, representado como real. Aunque esté fuera de toda duda que el envenenamiento real constituye, de hecho, un riesgo no permitido, ¿por qué está *realmente* prohibido el acto de envenenar *imaginario*? La respuesta es palmaria en aquellos supuestos en los que, sólo de manera fortuita, el autor no atina la realidad, por ejemplo, confundiendo la sal y el arsénico guardados una al lado del otro en recipientes de igual apariencia. Un comportamiento de estas características puede considerarse realmente peligroso, queriendo así decirse que no es del todo improbable una configuración del mundo en la cual ese modo de proceder conduzca al resultado. Más difícil será, sin embargo, dar una respuesta si el autor con su representación sólo de un modo fortuito puede atinar la realidad, es decir, cuando la puesta en práctica de su representación no sea más peligrosa que la realización de representaciones de contenido lesivo. Piénsese en casos en los que el autor, siguiendo su intuición, cree que la sal de la comida, calentada en seco, se convertirá en arsénico, o que el salitre remanente en el agua de mar sometida a un proceso de evaporación contiene cantidades relevantes de arsénico. Si el derecho positivo se interpreta en el sentido de que valora dichos casos como tentativas antijurídicas, ello se basa, ciertamente, en una larga tradición según la cual «en la tentativa, la voluntad delictiva conforma el fenómeno contra el que se dirige la ley penal» (3); pero si se parte de este punto de vista, ni siquiera cabe preguntarse, de manera razonable, por aquello que conforma lo realmente no permitido y arriesgado de una tentativa.

El riesgo no permitido constituye en la tentativa *uno* de los problemas de la relación existente entre la representación del autor y riesgo no permitido; no todo riesgo que el autor se representa como tal se lo representan también de esa forma las personas juiciosas. Invirtiendo la cuestión se suscita un ulterior problema. Se trata de saber si el autor debe evitar todo riesgo que se

(2) En el caso de motivos supersticiosos se niega, mayoritariamente, un dolo de tentativa; de otra opinión (en la aplicación del § 23 apartado 3 StGB), sin embargo, Baumann-Weber, AT, 9.<sup>a</sup> ed., 1985, § 33 IV 3 b; Otto AT, 3.<sup>a</sup> ed., 1988, p. 280; Stratenwerth AT, 3.<sup>a</sup> ed., 1981, n.m. 694 y s. Sobre la postura de Armin Kaufmann, vid. infra II A.

(3) RG 1, pp. 439 y ss. y 441. En la versión moderna se dice que en la tentativa inidónea «la antijuricidad, esto es, el desvalor de acción (...) viene fundamentado *exclusivamente* por el elemento subjetivo del *desvalor de la intención*»; Rudolphi en: Schünemann (a cargo de la ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 69 y ss. y 82.

represente racionalmente, o de si en la interpretación del comportamiento del autor pueden excluirse algunas representaciones, por constituir éstas conocimientos especiales.

También el tratamiento de los conocimientos especiales se muestra, a primera vista, evidente. Quien conoce lo que no tiene por qué conocer no puede —más allá del § 323 c StGB (\*)— verse obligado a hacer uso de dichos conocimientos. Pero también en este contexto surgen pronto dudas. Expresado por medio de un ejemplo: quién, por medio de un niño que ha ido a recoger la pelota que rodó debajo del coche, tiene noticia de que el líquido de frenos del vehículo gotea, no debe, sin embargo, conducir dicho automóvil aún cuando su uso, desconociendo dicha circunstancia, le hubiera situado en el ámbito del riesgo permitido. El problema puede formularse del modo siguiente: ¿debe toda persona conjuntar permanentemente todos los conocimientos de todos los roles que desempeña con el fin de proteger bienes jurídicos, o le está permitido ignorar en el marco de *un* rol lo que conoce en *otro*? Quien defienda el deber de conjunción debe admitir un delito doloso de lesión si un estudiante de biología, trabajando de camarero, descubre en una ensalada exótica, gracias a los conocimientos obtenidos en la carrera, una fruta venenosa, y a pesar de ello sirve la ensalada. ¿Qué le importa al estudiante de biología el cliente?; formulado en otros términos, ¿por qué en la interacción entre camarero y cliente debe corresponder al camarero un conocimiento derivado de su rol como estudiante de biología?

## II.

A. La solución de *Armin Kaufmann* al problema de cuándo un comportamiento, supuestamente relevante desde el punto de vista del resultado, realmente no está permitido, es clara. La norma está conformada de tal manera que, prácticamente, comprende *todos* los comportamientos, los reales y los supuestamente relevantes para el resultado. De este modo, cuánto se haya distanciado el autor de la realidad debe resultar indiferente no sólo en lo concerniente a la cualidad del «injusto» sino también en lo referente a su cantidad; «la medida de la idoneidad (objetiva) de la tentativa no ofrece criterio de graduación alguno para la medida del injusto de la acción. Aplicando, consecuentemente, el concepto de injusto personal, el sentido que el autor da a su hecho, en el dolo de hecho, determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad. Por tanto, incluso la tentativa supersticiosa *constituye* injusto» (4). «Si el autor, de acuerdo con su plan de

(\*) Este precepto tipifica el delito de omisión del deber de socorro (N. del T.).

(4) *Welzel-Festschrift*, (a cargo de la ed.) *Stratenwerth* y otros, 1974, pp. 393 y ss. y 403; también *Zielinski*, *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 34 y n.14, y 161 y n. 33. En la tentativa omisiva supersticiosa esto no puede tener validez

dado que en la omisión del intento de evitar un mal, generado por fuerzas sobrenaturales, no puede darse una posición de garantía real (sobre la tentativa omisiva como omisión del intento de salvamento cfr. *Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 221 y ss.). Vid. *infra*. lo dicho en n. 25.

hecho, ha realizado todo lo necesario, concurre ya, de forma plena y completa, el desvalor de acción» (5). Según él, en la medición de la pena también puede atenderse a consideraciones preventivas que son independientes del injusto y de la culpabilidad del hecho conectada con el injusto.

Tomemos a *Armin Kaufmann* al pie de la letra: si tan sólo se trata del sentido «que el autor da a su hecho en el dolo de hecho», entonces, el sentido que la víctima o los otros ciudadanos den o pudieran dar al hecho del autor queda evidentemente fuera del ámbito en el que tiene incidencia el injusto penal. Esto a su vez significa que el injusto ya no es así ningún acontecer necesariamente relevante desde el punto de vista social, sino algo que sólo puede tener lugar entre norma e individuo y que con sus elementos determinantes solamente allí tiene lugar. Por supuesto que se podría contraargumentar sosteniendo que el injusto siempre, y sólo, tiene lugar entre norma e individuo, y que la norma que se halla dirigida a posibilitar la vida social ya mantiene la conexión con la sociedad. Esta conexión le falta, sin embargo, a las normas cuya meta es un sentido *individual*.

Este entendimiento literal no es, sin embargo, el único posible. Cabría también sostener que no se produce una desatención de la relevancia social del injusto si el sentido social hubiera de regirse siempre por el sentido individual del autor. En el planteamiento de *Armin Kaufmann* el injusto también tendría, así, una dimensión social, si bien sólo como derivado de los presupuestos individuales. Sin embargo, tal solución solamente es imaginable en una sociedad cuyos miembros idealmente mantengan entre sí relaciones sin cortapisas; que no sólo aceptasen que cada cual tiene, por medio de la experiencia, una idea distinta de los acontecimientos que conforman el mundo, sino que también aceptasen que a algunos no les importa el mundo cognoscible por medio de la experiencia sino, por ejemplo, las intuiciones, sueños o revelaciones... Algo así puede ser válido en pequeños grupos, muy íntimos, o en comunidades religiosas; como hipótesis para explicar el injusto en la sociedad actual no sirve (6). A grandes rasgos: así cabe explicar el pecado, no el injusto (sobre el particular véase infra IIIA).

Con esta crítica no pretende ponerse en duda que las normas pueden ser interpretadas de manera que abarquen tanto aquellos comportamientos realmente aptos para producir el resultado como los supuestamente aptos, aunque no necesariamente deba procederse de esta manera. Cuando una norma establece que «no debes dar comienzo a la producción del resultado X», ello puede significar que «no debes dar comienzo a algo que a tu juicio constituya la causación del resultado X» (así la interpretación de *Armin Kaufmann*). Sin embargo, también puede significar —a la par que otras cosas como «tu no debes producir, de hecho, el resultado X», con lo cual el injusto es entonces toda causación del resultado y sólo ésta— que «tu no debes

(5) *Welzel-Festschrift* (n. 4), p. 403; *el mismo*, ZStW 80, pp. 51 y s.; *el mismo*, *Jescheck-Festschrift*, (de la a cargo de la ed.) *Vogler y otros*, t. I, 1985, pp. 251 y ss. y 263; *Zielinski* (n. 4), pp. 79 y ss, 128 y ss. y 200 y ss.; *Schilling*,

*Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, extrae las consecuencias respecto de la coautoría y de la autoría mediata.

(6) *Jakobs* ZStW 97, pp. 751 y ss. y 754 y s.

dar comienzo a algo que de acuerdo con un juicio racional y objetivo produce el resultado X». Ciertamente el juicio objetivo cabría, de nuevo, imaginarlo sustituido en el plano subjetivo: cuando alguien ejecuta algo objetivamente inidóneo pero considera su comportamiento idóneo, esto podría interpretarse en el sentido de que ha dado comienzo a la ejecución de algo que, al menos, de manera *imaginaria* es objetivamente idóneo, y con ello antijurídico; pero de nuevo ésto no tiene por qué ser así. Más bien, el elemento «dar comienzo a la producción del resultado X» puede también interpretarse como es conocido que se hace tratándose de los así llamados elementos normativos del tipo: así como en estos sólo la suposición (verdadera o falsa) de una situación de hecho realmente adecuada da base a la valoración paralela, en la tentativa también sólo la creencia (verdadera o falsa) de un comportamiento idóneo para producir el resultado, conforme a un juicio objetivo, puede fundamentar el dolo. Ejemplo de elemento normativo del tipo: si un sujeto declara ante Hacienda una falsa transacción comercial en la creencia errónea de que la transacción real conlleva una deuda tributaria, no comete tentativa alguna de defraudación fiscal, sino un delito putativo, pues hace extensivo el elemento «hechos relevantes desde el punto de vista tributario», del § 370 apartado 1 AO, a situaciones de hecho que no son relevantes desde dicho punto de vista (7). Con otras palabras, con esta interpretación el término «supuestos de hecho relevantes desde el punto de vista tributario» se considera como un concepto que engloba todos los supuestos de hecho que realmente son relevantes desde el punto de vista tributario. Estos supuestos de hecho deben ser mentalmente representados tal y como si se enumerasen de manera detallada en la expresión. Quién considera tributariamente relevantes supuestos de hecho en realidad no relevantes (también) ha mal interpretado el concepto jurídico, ya que tales supuestos de hecho no se hallan en la enumeración. Si aplicamos ésto al elemento de la norma «dar comienzo a la producción del resultado X», entonces este elemento debe interpretarse en el sentido que engloba las prohibiciones individuales de todos los comportamientos de hechos idóneos —en un modo aún por determinar—, y nada más. Las «tentativas» de producción mediante la invocación del infierno, o mediante el recurso a un medio que de acuerdo con un juicio racional y objetivo solamente puede ser inidóneo, no están abarcadas y constituyen, por tanto, delitos putativos (8). Aquí no se trata de considerar este punto de vista como vinculante; tan sólo se pretende poner de relieve que la consideración de la idoneidad de la tentativa no contradice la lógica normativa (9).

(7) Muy polémico, en el mismo sentido que en el texto, *Samson* en: *Kohlmann* (a cargo de la ed.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, 1984, pp. 99 y ss. y *passim.*, con referencias; *Jakobs* AT, 1983, 25/42; de otra opinión BGH 16 pp. 283 y ss y 285. En los delitos de expresión *Armin Kaufmann*, *Klug-Festschrift*, (a cargo de la ed.) *Kohlmann*, 1983, t. II, pp. 277 y ss. y 289, llega al mismo resultado con una fundamentación distinta: sin el deber de veracidad no existe respecto de la declaración falsa en cuestión, no existirá en-

tonces delito consumado o intentado de expresión.

(8) De la misma manera puede construirse la norma «no debes producir realmente el resultado X» a la que ya se hizo referencia anteriormente. Esto es, la producción real del resultado X debe interpretarse como un elemento que abarca aquellos comportamientos que realmente producirán X, y nada más.

(9) Alcanzando el mismo resultado, pero con una fundamentación sólo en parte equipa-

B. En lo concerniente a los conocimientos especiales la posición *Armin Kaufmann* no es menos clara. En los delitos dolosos no debe haber, al margen de la causalidad, imputación objetiva alguna con independencia del dolo. En contra de la teoría de la imputación objetiva señala: lo que el autor conoce «(esto) (...) debería ser decisivo para la pregunta de si (...) se puede hablar de la producción de un peligro desaprobado y de la realización de ese peligro» (10). Si el autor conoce la producción del resultado, la desaprobación jurídica de su causación se da «por si misma», porque con el dolo de causar el tipo objetivo ya concurre la totalidad de la *tipicidad*(....) (11). Según *Armin Kaufmann* este resultado también lo alcanza la teoría de la imputación objetiva pero sólo mediante una quiebra en la estructura del delito, esto es, introduciendo el conocimiento del autor en la imputación objetiva (12). A este respecto cabe pensar, precisamente, en los casos que aquí se discuten, en los cuales, de acuerdo con la opinión general, dada la existencia de unos conocimientos especiales por parte del autor (13), se revoca la permisión de riesgo que en principio había sido concedida. El resultado al que llega es que —al margen de ciertas peculiaridades en la interpretación de algunos tipos— no se exime de responsabilidad en caso de causación dolosa de la muerte por causas objetivas. «La tentadora frase "no todo incumbe a todos" no es, en verdad, un principio general. Ya en el ámbito de las omisiones habría que contrargumentar señalando que todo accidente a todos atañe, y en el ámbito de la prohibición de matar tiene validez lo siguiente: a todos los que dolosamente causan la muerte, algo les importa su víctima» (14).

El deber de prestación de auxilio en supuestos de accidente puede obviarse aquí, al ser un deber distinto al imperante en el ámbito de la comisión (15). Por cierto: hasta ahora no se ha precisado si para realizar el tipo del § 323 c (\*) basta cualquier conocimiento del accidente, adquirido «de cualquier manera», y si debe ser tomada en consideración toda capacidad de evitación del daño. En lo que concierne a la frase «a todos los que dolosamente causan la muerte, algo les importa su víctima», no se discute si bajo la expresión «matar» se entiende la relación *típica* entre el autor y el resultado. Pero el que esta relación típica (en los delitos de comisión) tenga que identificarse con la causación de la muerte es discutible, y no sólo lo es (lo que admite *Armin Kaufmann*) como problema de la Parte Especial. Si se pretende desplazar de la Parte General la teoría de la imputación objetiva, concediéndosele, sin embargo, relevancia a la hora de aportar *topoi* para interpretar la Parte Especial (16), entonces la concepción subyacente a esta separación —la lógica de hecho

nable, *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 148 y ss., quien considera que los elementos del autor no son sustituibles subjetivamente; vid. también n. 7 *in fine*.

(10) Jescheck-Festschrift, p. 260. En igual sentido *Hirsch*, en Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pp. 399 y ss., 405.

(11) P. 261.

(12) P. 265

(13) Vid. una crítica sobre el particular, minuciosamente elaborada, en *Struensee JZ* 1987, pp. 53 y ss. y 59 y ss.; *el mismo*, GA, 1987, pp. 97 y ss.

(14) Loc. cit. (n.12), p. 270.

(15) *Jakobs ZStW* 89, pp. 1 y ss. y 26.

(\*) El § 323 c StGB regula el delito de omisión del deber de socorro. (N. del T.)

(16) *Jescheck-Festschrift* (n.5), p. 271.

y normativa de la Parte General frente a la Parte Especial (bien jurídico, técnica de protección y otras materias) vinculada a la realidad social— debe ser revisada. Los principios generales de la imputación tampoco pueden desarrollarse con independencia de las condiciones de comunicación de una sociedad, y de ahí que, dicho con un ejemplo, en un grupo íntimo difieran de los de una macro sociedad secularizada. Pero si se admite, como hace *Armin Kaufmann*, la separación esbozada, conforme a la cual la realidad social se destierra a la Parte Especial, entonces debería pertenecer a ese ámbito no sólo lo que significa «matar» sino también lo que significa «intentar matar».

### III.

A. Hay injusto de una tentativa y no sólo el injusto intentado de una consumación, porque también la tentativa conforma un pleno quebrantamiento de la norma; de modo más preciso, porque la tentativa constituye la ejecución de un comportamiento que expresa de manera plena la no observancia de la norma por parte del autor (17). Supóngase, para mayor claridad, que el autor explicase su comportamiento en el hecho; en el estadio de los actos preparatorios, más o menos, dirá que próximamente va a realizar el tipo; la tentativa comienza cuando es correcta la expresión «ahora realiza el tipo». La formulación de *Armin Kaufmann* en el sentido de que «falta entre el acto preparatorio y la tentativa no acabada una delimitación estructural como la existente, de manera clara, entre la tentativa inacabada y la acabada» (18) atina, sin lugar a dudas, en lo relativo a la cadena de condiciones del resultado que han sido puestas en marcha por el autor, pero no lo hace necesariamente en lo tocante al *significado* del comportamiento. Más aún, si lo decisivo fuera la cadena de las condiciones del resultado, entonces la tentativa inacabada no debiera ser punible, pues en ella el autor tiene «aún en su mano la *última* decisión sobre si realizar el hecho (...)» (19); es decir, la causación del resultado aun no es plena. Posiblemente a pesar de ello el autor ha ejecutado un comportamiento con plena significación, en el sentido de que se verá realizado el comportamiento típico, lo que precisamente acontecerá no en un futuro incierto, ni tampoco próximamente (pues el autor se encontraría entonces en cualquier caso aún en el estadio preparatorio), sino ya (20).

(17) *Jakobs* AT (n.7), 25/21.

(18) ZStW 80, pp. 34 y ss., 52.

(19) p. 52

(20) Si la atención no se pone en las cadenas de las condiciones del resultado sino en el significado, el comienzo de la tentativa dependerá del contexto. Desde esta óptica, una tentativa de robo (o de otro tipo de «visita») puede dar comienzo al manipular la puerta de la casa, mientras que no daría comienzo una tentativa de robo en el mercadillo semanal, a pesar de que en este caso restarían por realizar un nú-

mero de condiciones del resultado similar a las del caso anterior. El significado se entiende aquí como posicionamiento del autor *frente a la norma* y no respecto de la presencia de un bien existente *de facto*. La validez de la norma es condición para la existencia de todos los bienes posibles; por tanto, en la protección de la validez de la norma se contiene una protección *generalizada* de los bienes individuales con independencia de la posibilidad concreta de la existencia de un bien. Esta es una de las consecuencias de una concepción penal sobre la que aquí no se va a insistir ulteriormente.

Es cierto que tomando sólo como criterio relevante el significado del comportamiento aún no se ha avanzado mucho. Un comportamiento sin resultado de lesión de un bien puede entrañar, aunque no necesariamente lo haga, una infracción normativa, y un comportamiento supersticioso no tienen por qué ser necesariamente irrelevantes desde el punto de vista jurídico. La restricción de la punibilidad a la consumación podría defenderse argumentando que sólo en el caso de producirse un resultado de una acción el significado del comportamiento entraña una infracción normativa, de igual modo que invirtiendo la posición de *Armin Kaufmann* se podría decir que también la tentativa irreal hace expresiva una plena infracción normativa. Evidentemente, a la posición aquí mantenida subyace una determinada concepción del contexto interpretativo que debe ser aclarada.

Se debe abordar a continuación por qué en la sociedad actual no solamente deben considerarse como comportamientos contrarios a la norma causaciones de resultados (lesiones de bienes); esto es, ni (A) *toda* causación de resultados, ni (B) *sólo* causaciones de resultado. (A) Una sociedad con complejas interacciones en los comportamientos de sus miembros no puede penalizar toda causación de resultados, porque —debido a las interacciones— para cada resultado pueden ser halladas una innumerable cantidad de causas (por ejemplo: si incumbe al que dispara o a la persona alcanzada la defraudación, cuando el tirador dispara hacia el lugar en donde se encuentra la persona alcanzada, no puede determinarse, únicamente, por medio de una consideración causal) (21). El comportamiento punible debe, por tanto, ser especificado más allá de la causalidad (imputación objetiva, dolo, imprudencia). (B) Además, una sociedad que no prescribe a sus miembros las formas de comportamiento sino que, en la medida de lo posible, deja amplios márgenes para la libre elección, no podrá *solamente* penalizar causaciones de resultados (objetivamente no permitidos y subjetivamente evitables). En una sociedad de estas características, los miembros deben, *por sí mismos*, fijar las formas de comportamiento lícitas, y a ello contribuyen más reglas de comportamiento garantizadas que la garantía de la seguridad de los bienes. Con otras palabras: cuando se puede elegir libremente las formas de acción —considerando los derechos de los demás— un resultado no perturba *per se* sino como objetivación de una *errónea planificación* que también puede objetivizarse sin lesionar bien jurídico alguno.

Con ello, es decir, afirmando que se trata de una *errónea planificación*, aún no se ha establecido en qué medida debe determinarse subjetiva u objetivamente lo que constituye una planificación relevante. No todo lo que el autor considera como una planificación tiene realmente que ser una planifi-

Según esta concepción la *prevención general positiva* no solamente dirige la pena a la generalidad sino que indica también que el hecho entraña una lesión de un bien de la generalidad: la validez de la norma; *Jakobs*, AT (n. 7) 1/4 y ss., y 2/2. Ejemplo: el acto de disparar un arma de fuego, con dolo de matar, sobre una persona a la que se crece erróneamente viva

constituye una tentativa de homicidio, aún cuando en este caso no se lesiona un bien individual que esté realmente presente; hay tentativa porque la lesión de la validez de la norma es plena.

(21) Al respecto, *Jakobs*, en *H. Witter* (a cargo de la ed.) *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, 1987, pp. 271 y ss. y 272 y ss.

cación. *Armin Kaufmann* adopta, sin embargo, el punto de vista del autor: cuando este elige el medio supersticioso, el derecho debe seguirle. *Armin Kaufmann* no ha analizado si dicha individualización puede ser sostenida desde el punto de vista social. Una sociedad que deja al libre arbitrio de sus miembros conformar libremente sus comportamientos, y que para ello no pone a su disposición márgenes de libertad aislados los unos de los otros sino que, de múltiples maneras, hace depender el espacio utilizable del comportamiento de los demás, de tal modo que las respectivas libertades de cada uno se interaccionan con las de los demás, una sociedad de estas características necesita un contexto determinado en el cual las constantes conexiones y delimitaciones de los miembros puedan ser descritas y calculadas. Que a este contexto no pertenece una superstición cualquiera no necesita justificación externa alguna, pudiendo mostrarse de una manera intrasistémica: ¿quién mantendría seriamente que los esfuerzos supersticiosos para evitar un riesgo de resultado real podrían disminuir dicho riesgo real hasta una riesgo permitido, o que en situaciones de necesidad el Derecho exige al supersticioso emprender la salvación con medio supersticiosos, etc.? La carencia de efectividad de los supersticiosos no sería en semejantes casos fortuita, y las explicaciones que podrían ofrecerse —de la inaccesibilidad, fundamentada como fuera, de los poderes invocados (22)— evidentemente no podrían eliminar el conflicto, pues se habría equivocado el contexto en el cual se desenvuelve la evitación del conflicto y su explicación. Esto no sólo debe ser válido con respecto a las representaciones especiales que *exoneran* sino que también sirve para aquellas que *incriminan* (véase, también, *supra* II A). Ciertamente el Derecho penal configura al autor, pero ello no tiene lugar de una manera arbitraria sino sistemática; dicho con un ejemplo, el precio que hay que pagar si se define como injusto el hecho de realizar conjuros de muerte, es definir como comportamiento debido llevar a cabo plegarias de salvación; más aún, quien considera que realizar conjuros de muerte es un comportamiento jurídicamente relevante, reafirma en su ilusión a quienes realizan plegarias de salvación.

El injusto de una tentativa se presenta, por tanto, únicamente cuando el autor ejecuta un comportamiento que *no sólo de acuerdo con su punto de vista* debe ser entendido como acción ejecutiva, pues en ese caso cometería un delito putativo dado que la norma no dispone regulación alguna respecto de las acciones ejecutivas sin relevancia comunicativa. Dicho en términos de la categoría de los elementos normativos del tipo, «disponerse a iniciar algo que de acuerdo con un juicio objetivo y racional conforma un hecho», y quien cree que la irracionalidad es racionalidad o que un juicio subjetivo es un juicio objetivo, ha malentendido qué es racionalidad o qué es un juicio objetivo, errando, entonces, sobre la parte del concepto «racionalidad» o «juicio objetivo» en el ámbito del concepto jurídico «hecho». No existen tentativas irracionales de comportarse racionalmente ni tentativas con relevancia comunicativa y medios comunicativamente irrelevantes. La teoría de la tentativa

(22) Para aquellas sociedades en las que aquí mantenida no tiene validez. basta con esta explicación, la argumentación

basada únicamente en la perspectiva del autor, renuncia a la comprobación de si éste, con su comportamiento «intentado» alcanza el contexto en el que se desenvuelve el fenómeno social jurídicamente regulado.

Es cierto que no basta sólo con excluir lo supersticioso. El ámbito de lo comunicativamente relevante es más limitado que el de lo no supersticioso. Para aclarar ésto traslademos el problema, una vez más, a la esfera de la comunicación lingüística: imaginemos que el autor dé una explicación verdadera a su comportamiento; esto acaba siendo en los delitos comisivos un relato acerca de la configuración del mundo de la que parte y por qué lo hace, qué aspecto singular de esta configuración se propone modificar y cómo quiere llevarlo a cabo, qué efectos tendrá la modificación de dicho aspecto singular y por qué eso será así. Este relato puede ser concluyente en el sentido de que la información ilustre al oyente no sólo sobre el estado psíquico del relator sino que el oyente considere la visión del mundo como algo idóneo en la vida práctica. Un ejemplo de una visión concluyente del mundo: «veo que ante mí se encuentra una persona; en su dirección sostendré con mi mano una pistola cargada; apretaré el gatillo con el dedo índice; la pistola se disparará y la persona será alcanzada y resultará lesionada porque, hasta el momento, en tales situaciones esto siempre ha acontecido así». El ejemplo está sintetizado; un relato completo debe ser tan rico en contenido y complejo como rica en contenido y compleja es la concepción del hombre de su entorno y su relación con el mismo. A pesar de esta mácula, el ejemplo demostrará que es lo que quiere decirse al hablar de una visión del mundo idónea en la vida práctica. El destinatario de relato podría conocer que su contenido es falso, (puede que quizás, justo antes, él mismo haya descargado, subrepticamente, la pistola) pero también podría ocurrir, en relación al caso concreto, que su conocimiento dependa exclusivamente del relato, no pudiendo entonces considerar el anunciado resultado como improbable. Un ejemplo, de nuevo sintetizado, de una visión del mundo no concluyente en varios aspectos: «a través del hormigón noto que mi vecino escucha pegado a la pared; aplicando un fuerte imán a través de la pared le voy a producir dolor de cabeza; esto funcionará, con seguridad, porque próximo a fuertes imanes yo he sentido dolores de cabeza». Este relato informa sobre las abstrusas representaciones referentes a un aura que penetra a través del hormigón, y de la relación entre dolor de cabeza y magnetismo; pero incluso quien sólo dispone del relato, puede excluir como improbable que a su vecino le vaya a ser causado un mal. Como informe sobre una lesión futura, el relato es comunicativamente irrelevante.

Lo anterior ya insinúa el resultado de la traslación que en este momento corresponde hacer: si el relato completo y verídico de un comportamiento nada dice sobre la proximidad de la realización del tipo, el comportamiento relatado no puede constituir comienzo de la ejecución del hecho. Si a pesar de ello se interpreta un comportamiento semejante como comienzo de la ejecución del hecho, entonces la tentativa ya no puede interpretarse como una perturbación social, sino únicamente como un acontecer entre el individuo y la norma; esto da lugar a la ya citada confusión entre injusto y pecado.

Un hecho es un acontecer que puede ser relatado de manera objetivamente concluyente y valorado de acuerdo con un juicio objetivo y socialmente relevante. No se trata de contraponer ninguna perspectiva *ex ante* a una *ex post*, ni tampoco pueden modificarse las cualidades de las personas de referencia que formulan al juicio: la configuración inicial del mundo o se extrae de la experiencia, también obtenida de lo experimentando con utilización de reglas adecuadas, o se basa en especulaciones; y las reglas de deducción aplicadas, o son válidas (eso significa que permiten, cuando menos juicios de probabilidad) o no válidas; ulteriores distinciones de este tipo pueden ser añadidas; en cualquier caso se trata de diferenciar comunicaciones relevantes e irrelevantes sobre la configuración del mundo. Relevante es el relato de un hecho, irrelevante el relativo a una representación irreal de un hecho.

Algunos de los casos que bajo la perspectiva puramente subjetiva se consideran tentativas darán lugar, de acuerdo con la concepción aquí mantenida, a un delito putativo. Y por muy contradictorio que ello puede parecer a primera vista, ésto otorga más fuerza a la protección de la vigencia de la norma. Ciertamente no van a ser consideradas actitudes contrarias a bienes jurídicos que se concretan en planes incomprensibles desde el punto de vista comunicativo, pero esto es sólo una de las caras de la moneda. Del otro lado, se encuentra la infravaloración general de los planes irrelevantes desde el punto de vista comunicativo, también en la medida en que se trate de planes en favor de la vigencia de la norma. La convicción supersticiosa, o adquirida a través de la interpretación de los sueños, de que efectuando un cálculo racional podrá evitarse la probablemente inevitable realización del tipo, es relevante de acuerdo con el derecho vigente, porque el § 16 StGB (\*) excluye el dolo cuando se desconoce la realización del tipo, sean las razones que sean las que fundamenten este desconocimiento, pero esta burda irrupción psicológica en una problemática normativa no sirve como medida de todas las cosas (23). El juicio de peligro que se obvia de manera irracional, así como el que ni siquiera se formula a causa de mecanismos irracionales, no constituye una muestra de actitudes psicológicas favorables a la sociedad si se comparan con los conocimientos que no han sido obviados, sino que sólo son posibles porque el autor atribuye relevancia social a comportamientos socialmente irrelevantes. De este modo, el autor se cierra a las reglas que la sociedad necesita e intenta imponer unas reglas con las cuales no cabe la comunicación en la sociedad. Esto, prescindiendo de la situación existente de *lege lata*, no constituye una razón para la indulgencia. Por tanto, una renuncia consecuente a tomar en consideración comportamientos comunicativamente irrelevantes refuerza la protección de las condiciones imprescindibles de comunicación.

(\*) El § 16 StGB prescribe: «Error sobre elementos del hecho. (1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Queda incólume la punibilidad por comisión imprudente.

(2) Quien en el momento de cometer el he-

cho supone erróneamente que concurren circunstancias que cumplirán el tipo de una Ley más beneficiosa, sólo puede ser penado por comisión dolosa con base en esta Ley más beneficiosa» (N. del T.)

(23) Cfr. *Jakobs* AT (n. 7), 8/5 con referencias.

B. Si se compara cómo deben ser resueltos, de acuerdo con la concepción de *Armin Kaufmann*, los casos de tentativas relevantes en la práctica, se ve que la diferencia no es precisamente dramática, ya que la concepción subjetiva pura de la tentativa se asienta allí donde en la práctica ya no se presentan muchos supuestos. Por otra parte, la concepción aquí mantenida debe someterse a la pregunta cuya respuesta decide si el ámbito de la tentativa realmente relevante debe ser reducido a un mínimo: si lo decisivo es el comportamiento comunicativamente relevante, ¿por qué no existe tentativa sólo en aquellos casos en los que concurre un *dolus ex re* relevante en dicho plano comunicativo?

*Dolus ex re* significa que la parte perceptible por otras personas, es decir, la parte externa del comportamiento da a entender, casi sin más, que el autor actúa con dolo típico. Los principios del razonamiento lógico-formal que conducen al estado subjetivo se deducen de la experiencia cotidiana: habitualmente hay dolo cuando uno se comporta de este modo. Pero sin duda también forma parte de la experiencia cotidiana la existencia de situaciones especiales en las que la conclusión que se extrae del comportamiento habitualmente significativo es errónea, o en las que una conclusión extraída de un comportamiento habitualmente no significativo es correcta; y ello no sólo es así en raros casos individuales. Por ejemplo: para las personas que son propensas a gastar bromas pesadas, un disparo que por poco no alcance a otro, no tiene por qué ser indiciario de dolo de matar, pero para aquellas personas que tienen en su casa una hoja informativa conforme a la cual las ortigas son consideradas plantas venenosas, puede constituir un indicio de dolo el hecho de mezclar ortigas con verduras; como también se deduce la existencia de dolo en aquellas personas que conservan arsénico y sal de cocinar una al lado de la otra en envases semejantes cuando sirven comida salada (equivocarse es fácil). Dicho de otro modo: el dolo se deduce en toda tentativa *ex re*, cuando se conoce el contexto concurrente.

Si se garantizase el respeto de contextos estandarizados, esto es, si para todas las personas fuera igual la configuración de la vida, el contexto para el *dolus ex re* sería siempre conocido; sin embargo, en una sociedad mínimamente libre el contexto debe ser ilimitadamente diferenciado. Ello no significa que en esta sociedad no exista *dolus ex re* alguno, sino tan sólo que este dolo no se puede afirmar o negar sin tomar en consideración las diferencias en la configuración de la vida.

Una sociedad de libertades no puede fijar todas las formas de comportamiento contrarias a la norma del modo en que es usual en los delitos de peligro abstracto, pues el catálogo de normas que entonces sería necesario no podría completarse ni podría ser puesto en práctica por el ciudadano a causa de sus dimensiones necesariamente exorbitantes. Además, en la medida en que fuese puesto en práctica, las posibilidades de interacción que permitiría daría lugar a una relación con los demás ritualizada, pero no libre. Una sociedad de libertades, en lugar de conformar acciones, regula mediante normas que se eviten determinados resultados (que no se lesionen bienes), o que determinadas instituciones se conserven intactas, de-

biendo todo ciudadano juzgar, por sí mismo, cuando la norma —en la terminología de *Armin Kaufmann* (24)— halla concreción en un deber, y cuando concurre, por tanto, la situación descrita en dicha norma. Si se atribuye a los ciudadanos el cometido de efectuar por sí mismos esta concreción, entonces lo que constituye injusto se hace depender de cómo se percibe el mundo desde cada perspectiva individual y, sin duda, como se ha concluido antes, ello obliga a considerar las percepciones individuales de manera comunicativamente relevante. La vieja teoría de la falta de tipicidad había, por tanto, observado correctamente que en la tentativa la realidad no puede ser reemplazada por *cualquier* fantasía: la representación del autor debe ser comunicativamente relevante. La doctrina, sin embargo, no alcanzó este resultado especificando cuál era el medio comunicativo, sino a través de una especificación de partes de la acción (medio, objeto) tal y como ésta discurre en la realidad. Se malinterpreta así las condiciones bajo las cuales el sujeto deduce el deber que emana de la norma (25).

Sólo el comportamiento ejecutivo entraña una perturbación social. De acuerdo con el punto de vista aquí sostenido no se trata, por tanto, de etiquetar como perturbación cualquier fase previa, y de recurrir a la fase previa si una acción ejecutiva no es reconocible como perturbación. Dado que lo injusto conforma una perturbación social, injusto sólo puede ser, siempre, un comportamiento por medio del cual el autor exterioriza algo; esto es, sólo hay injusto cuando tiene lugar la realización de un tipo. Es cierto que también cabe inferir el dolo tendente a la fase ejecutiva de algunos actos previos (la minuciosa preparación de un robo a un banco constituye indicio del dolo de ejecución), pero la preparación es una configuración interna en el círculo de organización del autor que nada exterioriza; en cualquier caso nada delictivo. En un estado de libertades la esfera interna *no debe* ser interpretada. Sin embargo, la libertad que con ello se concede al autor para realizar cualquier tipo de configuración se base en un sinalagma: el autor debe dominar su propia esfera; solamente la responsabilidad por las consecuencias hace soportable la libertad de configuración. De ahí que la esfera de lo privado termine cuando el autor renuncia a su dominio, es decir, ejecuta un delito y por eso el comportamiento ejecutado constituye un injusto (26).

#### IV.

Sólo el conocimiento comunicativamente relevante puede configurar la representación de un hecho en el sentido del § 22 StGB\*. Pero, ¿debe el autor

(24) *Lebendiges und Totes* (n. 9), pp. 138 y ss.

(25) En ZStW 97, pp. 751 y ss., no he recalado lo suficiente que la teoría de la falta de tipo, aunque en alguno de sus resultados sea convincente, no tiene validez en una sociedad cuyos miembros tengan que concretar la norma por sí mismos.

(26) Sobre las consecuencias para los deli-

tos de peligro abstracto y otros delitos en los que se adelanta la barrera de protección, cfr. *Jakobs* ZStW 97, pp. 751 y ss. y 773 y ss.

(\*) El § 22 StGB prescribe: «Definición. Incurrir en tentativa de delito quien, actuando de conformidad con su representación del hecho, da comienzo inmediatamente a la realización del tipo» (N. del T.).

extraer consecuencias de cada conocimiento comunicativamente relevante en cada contexto de comportamiento? De acuerdo con el Derecho penal vigente nadie contesta afirmativamente a esta cuestión sin formular reservas: tratándose de un delito omisivo es evidente que partiendo únicamente de los conocimientos más la no salvación, no puede construirse ni un delito intentado ni uno consumado; a quién conoce, sin ostentar una posición de garantía, no le compete utilizar sus conocimientos. Ejemplo: si un estudiante de arquitectura de una escuela técnica superior, que en vacaciones se pone a trabajar como peón albañil, se percata, dados los conocimientos adquiridos durante su formación universitaria, que una cubierta de un edificio que va a se encofrada ha sido calculada de manera que resulta demasiado endeble, a lo sumo le alcanzan los deberes del § 323 c StGB. Sin embargo, si actúa encofrando él mismo el hormigón, de acuerdo con las instrucciones recibidas, ¿debe responder, como autor, por la catástrofe que se avecina? ¿Y debe verse exonerado de responsabilidad si tan sólo tiene que vigilar la bomba de vaciamiento y no la desconecta? No se trata únicamente de supuestos límites como los citados: tratándose de cosas de las que habitualmente se deriva un abuso (alcohol, etc.), quien las vende debería cerciorarse siempre, que el adquirente que sea propenso a hacer mal uso de ellas conozca de manera actual sus consecuencias (27); de lo contrario, debería responder como autor por la producción, a través de un instrumento casi no doloso (28), de las consecuencias del abuso.

En casos así resulta evidente cómo en la práctica uno podría evitar la responsabilidad: evitando saber algo acerca del daño que amenaza con producirse. Cuando un peón albañil participa, de manera no dolosa, en la construcción de un edificio mal diseñado estáticamente, o un tabernero piensa tan poco en las consecuencias del consumo desmesurado de su alegre parroquiano como éste, será difícil constatar la transgresión de un riesgo no permitido o la existencia de algún tipo de «infracción de cuidado». Se trata de un deber contradictorio: si se sabe lo que ocurre hay plena responsabilidad, pero nada obliga a darse por enterado de la situación amenazante o a no olvidar, de inmediato, lo que se ha llegado a conocer.

El dilema se resuelve por sí mismo si se admite que tampoco el autor por comisión responde, necesariamente cuando causa un resultado evitable, sino sólo cuando además es garante de no causar lo que es evitable, y aunque la posición de garantía frecuentemente resulta evidente, ello no siempre es así, como tampoco lo es en casos de características como las anteriores. Igual que un omitente sin deber de garantía omite de manera arriesgada pero permitida, a pesar de conocer el peligro y de su capacidad para conjurarlo, por-

(27) Bien es cierto que el *conocimiento*, como hecho psíquico, conforma un criterio naturalístico y por tanto inadecuado; lo decisivo es la *competencia*, Jakobs, AT (n. 7), 21/78; Nestler-Tremel, Strafverteidiger 1987, pp. 360 y ss., y 369; desde una perspectiva psicológica, BGH 32, pp. 262 y ss. y 264 y ss., con un comentario de aprobación de Roxin, NSTZ 1984, pp.

41 y s.; también desde una perspectiva psicológica Stree, JuS 1985, pp. 179 y ss. y 183.

(28) El BGH, NSTZ 1984, pp. 442 y s., NSTZ 1985, pp. 319 y ss., 320, sostiene que hay una posición de garante en el momento en que el drogodependiente pierde el dominio; en contra, acertadamente, Fünfsinn, Strafverteidiger 1985, pp. 57 y ss.; Roxin, NSTS 1985, pp. 320 y ss.

que una omisión no se halla vinculada de manera normativa al curso lesivo, también en el ámbito de la comisión existen producciones de resultados que son conocidas pero que a pesar de ello se mantienen en el ámbito de lo permitido. Las causaciones en las que media la intervención de un tercero son objeto de intensa discusión (29); pero la problemática también alcanza a causaciones en las que no media dicha intervención.

Se trata de casos en los que alguien se hace cargo de una parte delimitada de lo que otro organiza, mientras que éste mantiene la competencia organizativa sobre el contexto en el que se inserta dicha parte. Quien se limita a organizar el ámbito parcial, no por este mero hecho es competente en relación con la organización del contexto (30). En la vida diaria una delimitación semejante del ámbito de organización resulta de lo más habitual. Ejemplo: nadie responsabiliza, ni para bien ni para mal, al ordenanza del periódico del contenido de la publicación, o elogia a la camarera (a no ser que ésta represente a toda la casa) cuando la comida fue preparada de manera sabrosa, sino que uno se dirige —sea quien sea el último que actúa— a la persona competente (es decir, el redactor o jefe de cocina). Sin embargo, tratándose de delitos de comisión y, en este ámbito, especialmente en lo que afecta a la determinación de la definición de la comisión propia, la dogmática usual predominante atiende, fijamente, a la mecánica de la protección de bienes jurídicos, no acertando a comprender, de esta manera, el orden propio de las relaciones sociales. Reparto del trabajo *puede* significar reparto del trabajo en orden a la consecución de una obra común (por ejemplo, en el caso de un cuarteto de cuerda a la hora de imputar elogios) pero también *puede* entrañar una restricción del radio de acción de la organización (a un ingeniero de sonido, que interviene *después* de los músicos, sólo le incumbe la calidad del sonido de la reproducción, pero no la quizás chocante interpretación). No hay comisión por parte de quien actúa por el mero hecho de causar de manera directa un resultado, siendo consciente de ello, sino sólo cuando lo organiza, esto es, cuando le compete. De modo especial en el ámbito de las jerarquías empresariales y administrativas el reparto de trabajo entraña, por lo general, una restricción del ámbito organizativo del subordinado; éste no es garante del contexto en el que se ubica su propio trabajo, no respondiendo, en consecuencia, por el resultado global aunque lo conozca. Ejemplo: quien debe proceder a abrir puntualmente una compuerta (§ 324 StGB) (\*) no siendo garante de lo que fluye a

(29) Amplias referencias en *Schumann*, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, 1986.

(30) Se trata de un problema previo al principio de confianza. El principio de confianza comprende sólo casos en los que quien confía es garante, si bien de manera subordinada a otro garante (ejemplo: el deber de garantía de quien tiene derecho de preferencia de paso frente al que aquél que tiene la obligación de cedérselo), de la inocuidad de una relación de interacción. Esto no tiene que conducir, necesariamente, a tomar en consideración *toda* cono-

cimiento especial en favor de *toda* víctima, sino que cabe establecer diferenciaciones; *Jakobs* AT (n. 7), 7/50, 66 y ss.; probablemente de otra opinión *Stratenwerth*, *Jescheck Festschrift* (n. 5) pp. 285 y ss., 301 y s. Sin embargo, si a la otra parte le sigue incumbiendo exclusivamente la relación en la que se introduce el comportamiento, como sucede en los supuestos a los que aquí se hace referencia, falta la posición de garantía que es presupuesto del principio de confianza.

(\*) El § 324 StGB tipifica la contaminación del agua. (N. del T.)

través de ésta, o quién de acuerdo con las instrucciones recibidas descarga un volquete (§ 326 StGB) (\*\*) no siendo garante de la inocuidad de la carga, no responde aunque conozca dicha dañosidad. Si los subordinados estuvieran encargados de la vigilancia del mecanismo *automático* de vaciado tampoco responderían por una omisión impropia (§§ 13, 324, 326 StGB) si conociendo la dañosidad de la carga mantuviesen en funcionamiento dicho mecanismo automático, el cual desde el punto de vista técnico funciona correctamente. Serían garantes de la maquinaria, no de las consecuencias que se deriven para el medio ambiente.

La respuesta a la pregunta de a quién compete la organización puede, en cierta medida, omitirse, precisamente si quien causa se encuentra frente a la víctima en roles distintos. La competencia organizativa puede pertenecer a uno de los roles pero no al otro. Dicho con un ejemplo: el conductor de una automóvil defectuoso organiza el peligro respecto de aquél peatón al que el peligro le afecta, pero no necesariamente en relación con el propietario del vehículo, y no lo organiza respecto de éste salvo que tenga una mayor competencia organizativa. Más en concreto: un ingeniero que quiere adquirir un coche usado y en la conducción de prueba se percata, dados sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos del vehículo pronto van a dejar de funcionar, comete homicidio si él, en un ulterior viaje, lesiona a un peatón, no, sin embargo, si devuelve (actuar) el automóvil a su propietario sin indicación alguna al respecto y éste a causa del defecto sufre un accidente. El rol de un conductor de vehículos es distinto al de un potencial comprador y ello tanto en lo que concierne a la organización activa (acelerar, devolver) como a la omisiva (no frenar; no impedir que el propietario que desconoce el hecho recoja, él mismo, el automóvil).

Las peculiaridades de una responsabilidad por la competencia organizativa no pueden ser aquí desarrolladas. Pero los límites de la exoneración de responsabilidad pueden ser descritos.

Responde quién se halla obligado a conjurar un riesgo especial. Se trata de supuestos en los cuales la víctima potencial o quienes acuden en su ayuda, tendrían derecho a evitar el daño de acuerdo con las normas de la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo a costa del autor, en caso de que éste no hubiese procurado dicha evitación. De igual modo que la víctima potencial podría disponer de los bienes del autor en el marco de lo necesario, el autor debe realizar lo necesario en relación con la evitación: para él no existen conocimientos *especiales*, al igual que para la víctima de la legítima defensa, es decir para el agresor, tampoco existen ámbitos que no puedan verse afectados por la acción defensiva. Si en el ejemplo ya mencionado al principio (*I in fine*), un niño que ha ido a recoger una pelota que ha rodado debajo de un vehículo le cuenta al titular del mismo que aquél pierde líquido de frenos, entonces éste no sólo conoce el hecho en su rol de padre, sino también en su rol de titular de vehículo.

(\*\*) El § 326 StGB eleva a categoría de delito la eliminación de residuos que resulte pe-

ligrosa para el medio ambiente. (N. del T.)

También responde quien introduce, *motu proprio*, sus conocimientos especiales en su relación con la víctima, ya que entonces su comportamiento, sin dicho conocimiento especial, no sería comprensible. Si en el ejemplo ya mencionado al principio (I *in fine*), el camarero retiene el plato que contiene la fruta venenosa hasta que llegue un cliente a quien considere merecedor del daño, debe responder por el comportamiento activo, ya que este acontecer pertenece a su ámbito de organización, al igual que debe responder por omisión si lleva la fruta a su casa y no impide que un pariente, que nada sabe al respecto, la ingiera.

Finalmente responde quien se halla obligado en virtud de una institución que abarca el ámbito del que procede el conocimiento especial. Ese será, al menos en parte, el caso de aquellas instituciones cuya finalidad es la configuración del mundo común (matrimonio, patria potestad en caso de hijos menores), si bien, ciertamente, no de todas las instituciones. Ejemplo: quien de manera fortuita se ha percatado de que el líquido de frenos de coche del vecino gotea, no debe ni animar a su propio hijo a viajar ni permitirle viajar en dicho coche. Es verdad que al rol de padre no pertenece ningún conocimiento sobre el estado de los vehículos del vecino, pero si le incumbe una amplia tutela. El médico de cabecera que en un intenso afán investigador supera el antiguo estandard de tratamiento puede, a pesar de ello, mantener dicho estandard, pues al rol de médico de cabecera no pertenece ningún conocimiento especial fruto de la investigación.

Cuando aquí se habla de exención de responsabilidad, se está haciendo referencia a la exoneración de responsabilidad dimanante de las lesiones de deberes de *garantía*. Pero también los no garantes pueden responder, concretamente en casos de catástrofe, de conformidad con el § 323 c StGB (31), y ello tanto si no impiden un curso lesivo generado al margen de su actuación como si por medio de ésta lo desencadenan.

## V.

No es ninguna coincidencia que ambas respuestas, la concerniente al problema de la tentativa (32) y la referente al problema de los conocimientos

(31) Al igual que en la n. 15.

(32) La pregunta que probablemente cabe formular después de todo lo anterior, de como diferenciar la tentativa comunicativamente irrelevante de la tentativa inidonea por la falta burda de entendimiento, del § 23 apartado 3 StGB, la contesto de manera breve y como mero añadido: la tentativa inidonea por falta burda de entendimiento es una tentativa comunicativamente relevante pero la *cantidad* de su relevancia tiende a cero; por el contrario, en los casos de las «tentativas» que aquí se consideran atípicas, el autor incurre en un error de categorías: no alcanza la *cuali-*

*dad* de lo comunicativamente relevante. Por supuesto que el error cualitativo también puede fundamentarse en la falta burda de entendimiento (los delitos putativos probablemente se fundamenten con frecuencia de esta manera), pero el § 23 apartado 3 StGB no regula un error burdo *que no alcance* el dolo típico, sino que regula el dolo típico burdamente erróneo. Ejemplo: si en una hoja informativa sobre plantas venenosas se incluyen por error las ortigas, una persona sin ningún tipo de conocimientos de biología se atenderá al contenido informativo de la hoja; dado que nada entiende sobre la materia —ni tan siquiera advierte

especiales, difieran de las respuestas dadas por *Armin Kaufmann*; la solución de ambos problemas depende de la contestación a una única cuestión previa: ¿qué es un autor-sujeto en Derecho penal? Para *Armin Kaufmann* la respuesta a esta cuestión previa resulta tan evidente que no la da expresamente, sino que directamente argumenta al respecto cómo el sujeto, en concreto una persona, actúa (u omite). En el problema se discuten las cualidades mínimas que debe aportar una persona, si bien se ocupa de las capacidades individuales en la relación entre norma e individuo, no de la vinculación del hombre con la sociedad. Exagerando un poco, la sociedad sólo penetra en el Derecho penal a través de la Parte Especial. Esta seguridad de poder definir el sujeto antes que a la sociedad no la comparte la solución aquí mantenida. De acuerdo con ésta, debe intentarse concebir al sujeto como parte del contexto social que es el Derecho penal. El abismo entre ambas soluciones no puede obviarse.

---

los errores burdos— actúa de manera burdamente equivocada en el sentido de que no conoce lo que parece evidente. Sin embargo, es prudente atenerse a las hojas informativas en las materias sobre las que se carece de conoci-

mientos. Si hubiese prestado atención a su sueño o hubiese deducido el carácter venenoso en función de haber encontrado alguna vez un animal muerto entre unas ortigas, su dolo hubiese errado el tipo.

**UNIDAD III: INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (II). ORDENACIÓN SISTEMÁTICA EN EL ESQUEMA DE IMPUTACIÓN**

- **Cancio – Exclusión de la tipicidad**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA  
FACULTAD DE DERECHO

# REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**SEPARATA**



2.<sup>a</sup> ÉPOCA

JULIO 1998

N.º 2

## LA EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD POR LA RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA («IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA») (\*)

MANUEL CANCIO MELIÁ

Profesor Titular interino de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Madrid

### I. Introducción

1. No es frecuente que en el marco de reflexiones dentro de la teoría del delito la figura del sujeto lesionado por el hecho penal, la víctima, ocupe un papel destacado. Más bien, la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como «sujeto pasivo» o incluso como «objeto material» del delito. De hecho, es prácticamente un lugar común la afirmación de que el nacimiento del Derecho penal moderno se genera «con la neutralización de la víctima»<sup>1</sup>, en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto. Tal «neutralización» de la víctima ha progresado hasta el punto de que parece que puede describirse el conflicto que está en la base del hecho penal prescindiendo completamente de la figura del sujeto concretamente lesionado: «En materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de de-

---

(\*) El texto es una versión ampliada de la ponencia presentada por el autor el día 5 de septiembre de 1997 en el I Congreso Iberoamericano y IX Latinoamericano de Derecho Penal, desarrollado en la Universidad Nacional de Buenos Aires.

<sup>1</sup> W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., München, 1990, p. 70 (= *Fundamentos del Derecho penal*, traducción [de la primera ed. alemana, 1984] y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, prólogo de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1984).

fenderse»<sup>2</sup>. El ordenamiento jurídico-penal, se dice, es consecuencia de una evolución histórica que ha discurrido desde la reacción privada de la víctima o de su grupo familiar, pasando por los pactos de paz de la Edad Media hasta llegar al monopolio en la imposición de penas y en el ejercicio de la violencia establecido a favor del Estado en la sociedad actual<sup>3</sup>, o, dicho de otro modo, el proceso de publicación del ordenamiento penal es al mismo tiempo una evolución de desvictimización<sup>4</sup>. Con independencia de que esa imagen —la de una «edad de oro» originaria de la víctima y de las soluciones de carácter privado en el marco de la reacción frente a agresiones, sustituida a lo largo de la historia por una marginación de la víctima y un creciente protagonismo del Estado— sea correcta en términos histórico-sociológicos<sup>5</sup>, parece que existe cierto consenso en torno a la idea de que la dogmática jurídico-penal no ha sido ajena a esta desatención hacia la figura de la víctima. En este sentido, se afirma que el Derecho penal tradicionalmente ha dispensado una atención tan sólo secundaria a la víctima<sup>6</sup>, incluso se dice que la «víctima del delito» ha llegado a ser «también una víctima de la dogmática de la teoría del delito»<sup>7</sup>. En este contexto, sin embargo, en los últimos años se ha producido lo que se ha llamado el «redescubrimiento» de la víctima por parte de las ciencias penales. Este redescubrimiento

<sup>2</sup> Así en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>3</sup> Vid. sólo la exposición de NEUMANN, en: HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main etc., 1987, pp. 225 y s., y desde la perspectiva de la criminología, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3.ª ed., Valencia, 1996, pp. 38 y ss.

<sup>4</sup> MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 2.ª ed., Padova, 1988, p. 233.

<sup>5</sup> Se muestran críticos frente a esta interpretación, desde la perspectiva empírica, por ejemplo, MAWBY/WALKLATE, *Critical Victimology. International Perspectives*, London, etc., 1994, pp. 58 y ss., 62 y ss., 67 y s., para quienes un análisis de los sistemas de reacción «penal» de sociedades «primitivas» contemporáneas o pasadas, incluyendo los sistemas existentes en etapas históricas anteriores en las sociedades occidentales, parece indicar que los mecanismos de compensación «privados» (de los que se dice que otorgaban a la víctima una posición central) en realidad servían a la negociación entre determinados subgrupos sociales, siendo el interés dominante no la satisfacción de la víctima, sino el mantenimiento de la paz social dentro de la comunidad o de la situación de dominio de determinados grupos sociales: nada distinto de lo que se puede afirmar del Derecho penal moderno. Desde otro punto de vista —la teoría de la prevención general positiva—, establece un diagnóstico similar JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993 (= «El principio de culpabilidad» [traducción de Manuel Cancio Meliá], en: ADPCP 1992, pp. 1051 a 1083), pp. 10 y ss.

<sup>6</sup> TORIO LÓPEZ, en: *Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 716 y s.

<sup>7</sup> ESER, en: IMMENGA et al. (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1996, p. 1020.

se manifiesta en muy diversos sectores. Por un lado, en el marco de la política criminal, pueden encontrarse tendencias tanto dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del ordenamiento penal como preocupadas por reducir la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra los bienes de víctimas que son especialmente «descuidadas» con éstos. En el plano del Derecho procesal penal, se está desarrollando en algunos países un intenso debate acerca de las modalidades de intervención de la víctima en el proceso. Dentro del Derecho penal material, las consideraciones ligadas a la víctima van desde determinados aspectos de la legítima defensa, pasando por la relevancia que debe corresponder a la reparación de la víctima en el sistema de sanciones, hasta la cuestión del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes.

2. La problemática enunciada en último lugar —de la que se ocupan estas páginas—, la hipótesis de que en Derecho penal la conducta de la «víctima», de la persona lesionada por una conducta de otro, puede adquirir relevancia de algún modo en la producción de la lesión de sus propios bienes, y, concretamente, también en la valoración jurídico-penal del comportamiento del otro sujeto interviniente, del «autor», abre, en principio, un campo de una amplitud enorme. En numerosos supuestos, la contribución de la víctima parece irrelevante, al igual que muchas intervenciones del autor ya desde un principio carecen de significado delictivo. Desde el mero hecho de encontrarse la víctima en un determinado lugar en un determinado momento, siendo lesionada por el autor, hasta la ejecución por parte de la víctima de una autolesión a la que un tercero realiza alguna contribución menor, la «víctima» y el «autor» pueden jugar muchos papeles en el suceso, y en muchos casos estará claro que una u otra de las intervenciones —la de la víctima o la del autor— carece de toda relevancia jurídico-penal. Sin embargo, pueden hallarse con facilidad múltiples supuestos en los que la valoración de las conductas de autor y víctima no resulta unívoca, ni en el sentido de excluir la relevancia de una ni de otra: piénsese sólo en dos sujetos que emprenden conjuntamente una competición irregular de motocicletas sufriendo uno de ellos una caída, o en quien reabre una herida que otro le ha provocado sufriendo lesiones por la infección consiguiente, o en dos sujetos que mantienen relaciones sexuales siendo uno de ellos portador del virus causante de una peligrosa enfermedad.

3. Desde principios de los años noventa, en la doctrina jurídico-penal —sobre todo en la doctrina alemana— viene produciéndose la plasmación en varios estudios monográficos de una etapa de efervescencia

doctrinal y jurisprudencial en relación con esta problemática<sup>8</sup>. La discusión teórica, en este caso, no se debía a consideraciones académicas alejadas de los problemas de la práctica forense. Por el contrario, fue impulsada de modo decisivo por la aparición de supuestos concretos ante los tribunales. En efecto, el intenso debate al que se acaba de aludir se había iniciado sobre todo a partir del año 1984 con una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 14 de febrero<sup>9</sup> —en el llamado caso de la jeringuilla— en la que este tribunal constataba que la «autorresponsabilidad» de la víctima debía tenerse en cuenta en la valoración jurídico-penal de un suceso en el que ésta había intervenido. En el caso concreto, el tribunal —rompiendo así con su *praxis* anterior— absolvió de la acusación de homicidio imprudente al sujeto que le había proporcionado a un heroinómano una jeringuilla con la que inyectarse la sustancia estupefaciente que le produjo la muerte. Poco antes, en España, una sentencia del Tribunal Supremo, dictada el día 17

<sup>8</sup> Quizás las contribuciones más relevantes en este período de tiempo sean las siguientes: FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung - unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frankfurt am Main etc., 1990; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und «Opfer» bei riskantem Zusammenwirken*, Freiburg im Breisgau, 1991; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, 1992; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993. Más referencias próximamente en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, en prensa, para Editorial J. M. Bosch, Barcelona, §§ 4 a 7.

<sup>9</sup> BGHSt 32, pp. 262 a 267. Esta resolución fue saludada por ROXIN como un punto de inflexión en la evolución de la posición de la jurisprudencia (*vid.* NStZ 1984, p. 411; ídem, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., München, 1994, 11/89: «cambio espectacular»); crítica con esta apreciación de ROXIN, sin embargo, WALTHER (*Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], p. 15 con n. 38), para quien el cambio llegó en realidad en el momento en el que se aceptó por parte de la jurisprudencia la nueva línea doctrinal también para los supuestos de entrega de la sustancia estupefaciente, aceptación que se produjo poco después (*cfr.* también W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, pp. 1 y s.).

Indica, por lo demás, la relevancia de la sentencia el hecho de que en uno de los grandes comentarios al StGB se haya afirmado que «en sus resultados, debe ser valorada sin reserva alguna como positiva» (CRAMER, en: LENCKNER/CRAMER/ESER/STREE, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24.<sup>a</sup> ed., München, 1991, § 15 n.m. 156). En todo caso, hay pocas resoluciones de un tribunal que hayan merecido —más allá de un tratamiento muy destacado en las monografías sobre la materia y en los manuales y los tratados dedicados a la Parte General— tantos comentarios como esta sentencia: W. HASSEMER, JuS 1984, p. 724; HORN, JR 1984, pp. 513 y s.; KIENAPPEL, JZ 1984, pp. 751 y s.; OTTO, Jura 1984, pp. 536 y ss.; ROXIN, NStZ 1984, pp. 411 y s.; DACH, NStZ 1985, pp. 24 y s.; STREE, JuS 1985, pp. 179 y ss.; *cfr.* también las consideraciones de W. FRISCH, quien la toma como punto de partida para su monografía *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 1 y ss.

julio de 1990<sup>10</sup>, relativa a un supuesto próximo, había llamado la atención de la doctrina de modo muy especial<sup>11</sup>. Se trataba de un caso en el que con ocasión de un juego irresponsable con un arma de fuego, quien había retado al portador del arma a realizar un alarde de puntería, resultaba muerto al ser alcanzado por el disparo. En su sentencia, el TS llegó a una solución —salomónica en lo material: se pronunció una condena por homicidio imprudente, pero atenuando la pena— en la que se discutían con inusual profundidad las últimas aportaciones de la literatura.

4. Desde un principio llama la atención —como antes se ha dicho— que pueden hallarse con facilidad múltiples supuestos en los que la valoración de las conductas de autor y víctima no resulta unívoca, ni en el sentido de excluir la relevancia de una ni de otra. Hay casos en los que incluso puede decirse que lo que está en juego en la valoración jurídico-penal del suceso es la cualidad misma de «víctima» en quien ha sufrido el daño y, correlativamente, de «autor» en quien ha intervenido junto a la persona lesionada. Esta problemática muestra una peculiaridad decisiva: se trata de introducir la figura de la víctima en el contexto de la valoración normativa del comportamiento del autor, especialmente, de determinar si la conducta de la víctima puede resultar relevante para constatar si siquiera existe una conducta típica. Ha de adoptarse, por lo tanto, una perspectiva que tenga en cuenta la interdependencia entre ambos sujetos. Es en este sentido que se trata de comprobar que haya, en realidad, «víctima» y «autor». Por ello, el término «víctima» se utiliza en el presente contexto en el discurso dogmático en muchas ocasiones en un sentido impropio —sencillamente, por razones de comodidad y economía—, como «persona lesionada», al igual que el término «autor» se usa en el sentido de «persona que ha intervenido en la lesión». Pues la determinación de que se trata en realidad de una «víctima», y, correlativamente, de un «autor», no es una mera constatación fáctica, sino un proceso de valoración que requiere un análisis previo que tenga en cuenta la interdependencia existente entre las conductas de víctima y autor. Dicho de otro modo, constituye un problema jurídico-dogmático.

5. Realizando una primera ordenación del material de casos, puede decirse que en los últimos tiempos han atraído la atención de la doctrina jurídico-penal en este contexto sobre todo dos grupos de casos. *Por un lado*, supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor. A

<sup>10</sup> Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RA) n.º 6728.

<sup>11</sup> *Vid.* sólo el comentario de MIR PUIG, ADPCP 1991, pp. 261 y ss.

este respecto, se han planteado, por ejemplo, los casos en los que se hace entrega a alguien de una determinada cosa o sustancia —por ejemplo, de un medicamento, de una máquina o de una sustancia estupefaciente—, y el receptor resulta lesionado al hacer uso del objeto o consumir la sustancia. También han despertado mucho interés los supuestos en los que se produce un contagio de una persona a otra de una enfermedad mortal —en particular, del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida— o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien resulta lesionado por una colisión se ha comportado de alguna manera de modo descuidado. *Por otro lado*, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor que lesiona o pone en peligro los bienes de ésta. Así, por ejemplo, en los casos en los que una víctima lesionada por un ataque doloso del autor descuida sus heridas o se niega a recibir tratamiento médico<sup>12</sup>.

6. Tras un examen algo más detenido de las contribuciones más recientes a la discusión, pronto se alcanza la impresión de que lo que puede parecer una problemática lo suficientemente asentada como para ser objeto de un debate ya clarificado al menos en cuanto a sus aspectos básicos, en realidad oculta bajo esa apariencia una situación bastante distinta: la intensa discusión iniciada —como antes se ha dicho, sobre todo en la doctrina alemana—, sorprendentemente, no ha conducido a que se fijen siquiera las bases del debate. Por el contrario —como podrá observarse más adelante—, cabe constatar una enorme disparidad en las aproximaciones dogmáticas al problema, tanto en su ubicación sistemática, como en sus puntos de partida materiales, como, finalmente, también en los resultados alcanzados.

7. Una vez dibujado este elemental panorama, queda también predeterminada la estructura de las reflexiones que deben realizarse para abordar el problema de la conducta de la víctima. En primer lugar, resulta necesario —en atención a las inseguridades antes aludidas— explicitar con carácter previo algunas de las bases fundamentales en las que debe asentarse el tratamiento dogmático del problema. En este sentido, primero han de abordarse dos cuestiones preliminares, pero de importancia fundamental para el problema de la conducta de la víctima: la posible relevancia de la reacción del Derecho positivo frente a las conductas de auxilio al suicidio y la influencia en la teoría del tipo de la llamada teoría de la imputación objetiva (*infra* II.). En se-

---

<sup>12</sup> Cfr. referencias sobre supuestos enjuiciados ante tribunales españoles, alemanes, suizos y del círculo jurídico anglosajón en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), sobre todo §§ 1 II., 4 I., 6 I.

gundo lugar, dada la fragmentación de la discusión dogmática a la que acaba de hacerse referencia, en el análisis crítico de los modelos existentes en la doctrina se impone un método de estudio que —prescindiendo de un desarrollo en atención a criterios cronológicos o fijado sobre todo en la unidad de la exposición de cada punto de vista individual— tome como punto de referencia las ideas fundamentales que conviven en las distintas aproximaciones dogmáticas (*infra*, III). Sólo después de esos dos pasos previos —en tercer lugar— puede acometerse el intento de una reconstrucción del régimen jurídico-penal de la intervención de la víctima (*infra*, IV).

## II. Algunos presupuestos del análisis

### 1. *La relevancia de la regulación de la intervención en un suicidio ajeno*

La primera de las cuestiones implica al mismo tiempo una delimitación del objeto de reflexión: se trata de esbozar la relevancia de las normas especiales del Derecho positivo, en particular las referidas a la intervención en un suicidio ajeno, para el problema general de imputación planteado. Como se habrá advertido por la formulación anterior, el punto de vista que aquí se sostiene es que estas normas son eso, normas especiales, es decir, que no prejuzgan fuera de su ámbito de aplicación las soluciones a las que haya de llegar el sistema de imputación. Es ésta una convicción que probablemente es asumida por la mayoría de quienes se han ocupado —sobre todo, en fechas más recientes— del problema que aquí interesa. Sin embargo, por un lado, lo cierto es que existen voces significativas en la doctrina —a las que se alude seguidamente— que quieren establecer una conexión entre la cuestión del suicidio y su respuesta normativa y la relevancia general de la conducta de la víctima. Por otro lado, la convicción más o menos amplia a la que antes se aludía no suele plasmarse en una formulación positiva de las diferencias que separan uno y otro sector.

a) Las posiciones doctrinales que quieren tomar como punto de referencia la regulación jurídico-positiva de la intervención en un suicidio para todo el ámbito de la intervención de la víctima pueden agruparse en torno a dos cuestiones: *en primer lugar*, se ha afirmado que la punición de la intervención en un suicidio ajeno demuestra que la vida es un bien jurídico indisponible, y que como consecuencia de ello, aún en supuestos en los que el titular del bien jurídico no lo quiere sacrificar, sino asume una conducta que lo pone en riesgo —dicho, de mo-

mento, de modo aproximativo—, esta conducta carece de relevancia respecto de la valoración del comportamiento de quien interviene en el hecho junto a ella<sup>13</sup>: en este sentido, dice, por ejemplo, Torío López respecto del consentimiento que «...el consentimiento expreso en una acción imprudente que ponga en peligro, y ulteriormente lesione, la vida de la víctima carecería jurídicamente de significación. En tal homicidio culposo persistiría la responsabilidad jurídico-penal del autor»<sup>14</sup>. O, con una formulación más amplia, Cerezo Mir ha argumentado que «el que el sujeto pasivo haya creado dolosamente el peligro para su vida... no permite excluir la imputación del resultado al sujeto activo... en un Código penal, como el nuestro, en el que se castiga (a diferencia de lo que sucede en el Código penal alemán) la inducción y cooperación necesaria al suicidio. *Estamos ante una decisión político-criminal implícita en nuestro Código* y que obliga a llegar a conclusiones distintas. En los supuestos de creación dolosa del peligro por otra persona, con el consentimiento de la víctima... es difícil admitir que no estén comprendidos en el ámbito de protección de la norma implícita en el homicidio imprudente... cuando la vida no es en nuestro Código un bien jurídico disponible (como se deduce de la punición en el art. 143.3 y 4 del homicidio consentido)»<sup>15</sup>.

Conforme a esta opinión, por tanto, todo el sector de comportamientos relacionados con el bien jurídico vida quedaría abarcado por la valoración expresada por el legislador al incriminar determinadas modalidades de intervención en un suicidio.

*En segundo lugar*, se ha estimado que la estructura de la incriminación de las modalidades de intervención en un suicidio debe ser el punto de partida también en otro plano: en el de la ejecución de la actividad generadora de riesgo. Esta argumentación ha sido desarrollada en la doctrina alemana —si bien tiene relevancia para la española, ya que a pesar de la diferente situación jurídico-positiva, han sido adoptadas por parte de algún sector sus consecuencias— sobre la base de la limitación de la punibilidad en el § 216 StGB<sup>16</sup> a la ejecución por parte del tercero: partiendo de la atipicidad de la autolesión/autopuesta en peli-

<sup>13</sup> Cfr. también las referencias en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 5 II. A. 1.

<sup>14</sup> TORÍO LÓPEZ, LH Fernández Albor (n. 6), p. 720.

<sup>15</sup> *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Teoría jurídica del delito/1*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997, p. 102 (sin cursiva en el original), en polémica con la doctrina de la «participación en una autopuesta en peligro» (vid. aquí *infra*, III, 3).

<sup>16</sup> Este precepto dispone: § 216. «Homicidio a petición. (1) Si el autor ha sido determinado a realizar el homicidio por la petición expresa y seria de quien es muerto, se impondrá pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. (2) La tentativa es punible».

gro se sostiene que también la participación en ésta ha de ser impune. Por el contrario, cuando la conducta del tercero sea de ejecución-autoría, se tratará, en principio, de un comportamiento punible<sup>17</sup>. También estas posturas<sup>18</sup>, como es evidente, parten de que esa regulación de la intervención en el suicidio de otra persona tiene algún tipo de relevancia general-material —el influjo político-criminal del que antes se hablaba— respecto de todo el ámbito de la intervención de la víctima.

b) La regulación de la intervención en un suicidio ajeno, sin embargo, no proyecta el influjo político-criminal que se le atribuye. *En primer lugar*, es habitual señalar —adoptando el punto de vista subjetivo de la víctima— que en las situaciones de puesta en peligro «...conforme a los elementos que integran el concepto de suicidio, es evidente que no estamos ante una ‘muerte voluntaria’». El que acepta la acción peligrosa no tiene ‘voluntad de morir’»<sup>19</sup>. Por otro lado, se dice —respecto del lado subjetivo del autor— que en el caso de las lesiones dolosas (también en la intervención en un suicidio), la «pretensión de respeto» de la vida se ve afectada de modo directo y básico, lo que no puede decirse en igual medida respecto de los «ataques» imprudentes a la vida<sup>20</sup>. Por lo tanto, parece evidente que —permítase la expresión— las situaciones de no-suicidio no pueden confundirse con las de suicidio ya en este plano de la actitud subjetiva de víctima y autor. Sin embargo, el hecho de que las conductas en el ámbito del suicidio muestren una determinada configuración subjetiva que las permita distinguir de aquellos supuestos en

<sup>17</sup> Se trata del así llamado «argumento de la participación», desarrollado por parte de la jurisprudencia alemana en dos pasos partiendo de la premisa del § 216 StGB: de la atipicidad del suicidio se deduce la impunidad de la participación dolosa en el suicidio (= § 216 y §§ 26 y ss. StGB [así ya RGSt 70, pp. 313 y ss., 315]) (cfr. por todos ya en contra de esta premisa FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], pp. 3 y s., 159: que no concurre un hecho principal, no siendo posible, por tanto, «participación», no dice nada acerca de la posible imputación a título de autor del comportamiento; en este mismo sentido ZACZYK, *Selbstverantwortung* [n. 8], p. 7). De esto se deduce a su vez la impunidad de la participación imprudente en el suicidio (BGHSt 24, pp. 342 y ss., 344). Y esta posición finalmente se desarrolla en el sentido de sostener que también la participación en la autopuesta en peligro ha de ser impune (BGHSt 32, pp. 262 y ss., 265) (cfr. la exposición de esta argumentación en OTTO, *Jura* 1984, p. 537).

<sup>18</sup> Que han conducido —entre otros elementos— al desarrollo de la diferenciación de «auto-» y «heteropuesta en peligro» como herramienta central para el tratamiento dogmático de la conducta de la víctima (*vid. infra*, III, 3).

<sup>19</sup> JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, 1994, p. 205; *vid. también*, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 456 con n. 18; PORTILLA CONTRERAS, CPC 1991, pp. 702 y s., n. 31, 724 y s.; LUZÓN PEÑA, en: MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, p. 15.

<sup>20</sup> *Vid.* WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), pp. 229 y s.; cfr. también, por ejemplo, OTTO, *JuS* 1974, p. 710; *ídem*, *Jura* 1984, p. 540.

los que la posterior víctima, tan sólo cuenta con la posibilidad de su muerte sin desearla, o no la prevé siquiera, etc., no implica, en principio, que no pueda decirse que la existencia de las normas incriminadoras demuestra la existencia de la decisión político-criminal de la que habla Cerezo Mir, y que ésta deba trasladarse a otros preceptos, como los delitos de homicidio. Lo que sucede es que, *en segundo lugar*, la diferencia entre unas y otras situaciones no se agota en el lado subjetivo de la víctima. Por el contrario, la intervención en un suicidio muestra características específicas en su significado objetivo, características que son la razón de su tipificación específica y que impiden la extensión de su *ratio* fuera de su ámbito concreto. Dicho de modo sintético, en el ámbito del suicidio se trata de una disposición sobre el bien jurídico vida<sup>21</sup> —intervenir en la disposición está tipificado—, mientras que en el contexto de las puestas en peligro (el ámbito del no-suicidio del

---

<sup>21</sup> Que el legislador, en un conflicto entre la autonomía del sujeto y la vida —u otros intereses colectivos— ha resuelto en el sentido de establecer una regla especial: en este caso, cede la autonomía, y la intervención en el ejercicio de autonomía ajena (suicidio), es constitutiva de un injusto penal. No se trata aquí, desde luego, de llevar a cabo un análisis de esta decisión del legislador —decisión que, como es sabido, ha recibido fuertes críticas—. Pero lo que está claro, desde la perspectiva aquí adoptada, es que se trata de una decisión excepcional, reflejada en una norma especial. A este respecto es de especial interés la interpretación que ha hecho W. HASSEMER del fenómeno —porque precisamente permite comprender el carácter excepcional de este ámbito—, dentro de su análisis de las aportaciones que pueden hacer a la comprensión de la teoría del delito (para HASSEMER, desde el prisma de la teoría del bien jurídico) las consideraciones psicoanalíticas individuales y colectivas (para HASSEMER: comunicación social normativa, el tabú; *vid. Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, reimpresión, Kronberg/Ts., 1975, pp. 160 y ss.). Desde el punto de vista de HASSEMER, en este contexto el fenómeno de la «muerte encubierta», la actitud insegura de la sociedad frente al fenómeno de la muerte (una tabuización) (*op. cit.*, p. 186) queda evidenciado también en la decisión del ordenamiento jurídico en lo que se refiere al tratamiento jurídico-penal de la participación en un suicidio ajeno (*op. cit.*, p. 187): la mencionada actitud insegura de la sociedad ante el fenómeno vida se refleja en la concepción del bien jurídico vida. A pesar de ser un bien jurídico individual, no es disponible. «Aquello que es 'vida' aparece para el Derecho penal bajo un punto de vista muy específico y restringido: el de la final de la vida, la lesión de la vida... Lo que significa la destrucción de su reloj para una persona determinada puede averiguarse. Lo que significa su muerte «para él», no es susceptible de ser averiguado... El «daño» que significa la lesión de la vida queda oculto, el ser humano muerto es el sujeto ajeno absoluto» (*ibidem*). Por ello, el Derecho penal se niega a entrar en una discusión acerca de qué vida tiene sentido (*op. cit.*, p. 188); mientras en la comunicación social la muerte aparezca como «fenómeno oculto» —y así sucede en la actualidad (*op. cit.*, pp. 188 y s.)—, el ordenamiento no podrá aceptar que exista una renuncia válida (*op. cit.*, p. 189). Como muestran estas consideraciones, el punto de referencia de toda la cuestión es la asunción por parte del suicida de la destrucción de su propia vida, un fenómeno de difícil comprensión en el plano social: precisamente, un fenómeno que sólo existe en las conductas de autodestrucción.

que antes se hablaba) el significado de la conducta —ya en términos objetivos, con independencia de que los intervinientes se representen la posibilidad de que se produzca la muerte— es muy distinto. En este otro ámbito, el suceso «viene determinado por la incertidumbre de los acontecimientos»<sup>22</sup>, lo que le priva del significado de constituir una lesión-disposición del bien en el sentido de las normas que incriminan la intervención en un suicidio ajeno. Es por esta razón que la pretensión de deducir «de la imposibilidad de disponer de la propia vida la inadmisibilidad jurídica o moral de exponer a riesgos la propia vida» es «tan equivocada como la equiparación del suicidio a la participación en una escalada alpina arriesgada»<sup>23</sup>. Lo dicho queda expresado con toda claridad en la siguiente argumentación de Mir Puig en relación con los límites del consentimiento: «En cualquier caso, la ineficacia eximente del consentimiento en la conducta voluntaria de matar no implica lógicamente que deba ser igualmente ineficaz el consentimiento en la conducta que pone en peligro imprudentemente la vida... No se trata aquí de que pueda estimarse positivo que el hombre renuncie a su vida, porque no es eso lo que se piensa cuando se valora positivamente el riesgo, sino que dicho riesgo abre *posibilidades de vida*. Ante la *incerteza* de la muerte, puede apostarse por su no producción»<sup>24</sup>.

En efecto, lo que queda claro es que en ningún caso puede sostenerse que exista una protección omnicomprendensiva del bien jurídico vida frente a las conductas de su propio titular (con intervención de otro). Sólo aquellas conductas que se presenten como de *disposición* entrarán en el ámbito de las normas especiales.

c) Como ya se habrá advertido, pueden presentarse, sin embargo, problemas de *delimitación*. En efecto, ¿cuándo la conducta deja de ser una «puesta en peligro» («no suicidio») y empieza a configurarse como un suicidio? Lo cierto es que en este ámbito existe una curiosa «zona gris» en la argumentación<sup>25</sup>, que no se puede despejar sin más con una referencia a la perspectiva subjetiva de quién se pone en peligro o de quien interviene junto a él. En efecto, existen supuestos en los que la proximidad de la muerte es palmaria, y que no son, sin embargo, de modo claro casos de suicidio<sup>26</sup>. Así, mientras Bajo Fernández, por ejem-

<sup>22</sup> ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 8), p. 51.

<sup>23</sup> SCHAFFSTEIN, en: STRATENWERTH *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlín etc., 1974, p. 571.

<sup>24</sup> MIR PUIG, ADPCP 1991, pp. 266 y s., sin cursiva en el original.

<sup>25</sup> En expresión de OTTO, en: JESCHECK/VOGLER (ed.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlín/New York, 1989, p. 169.

<sup>26</sup> Aunque parece claro que no es éste un problema práctico importante —de hecho, estas situaciones intermedias han sido tratado por la doctrina desde otras pers-

plo, ha afirmado que la negativa a recibir una transfusión de sangre no constituye una conducta de suicidio<sup>27</sup>, para otros autores ha de llegarse a una calificación positiva en este sentido en supuestos de esta índole<sup>28</sup>. Desde la perspectiva aquí adoptada, como se acaba de decir, el criterio de diferenciación no puede ser el de la actitud subjetiva de los intervinientes. En efecto, el torero escrupuloso puede pensar antes de cada corrida que ésta va a ser la última, y asumir conscientemente su muerte como sacrificio en el altar del arte. A pesar de ello, no hay —eso parece claro— una situación de suicidio. A la inversa, el testigo de jehová al que todos los médicos le han asegurado que en caso de prescindir de una transfusión morirá sin duda alguna en pocas horas, puede estar convencido, en el marco de sus creencias religiosas, de que sobrevivirá a esa prueba de fe. A pesar de ello, se trata de una situación en la que la conducta de rechazar la transfusión conduce a la muerte, se trata de un suicidio<sup>29</sup>. En este contexto, parece más adecuado acudir a una definición objetiva. Y en un marco determinado por la «incerteza», lo más acertado parece ser adoptar una perspectiva *ex ante*: aquellos casos en los que una determinada conducta pueda calificarse ya *ex ante* como determinante para la lesión<sup>30</sup> —disposición— deberán considerarse como pertenecientes al ámbito del suicidio<sup>31</sup>. Aquellos otros en los que só-

---

pectivas (sobre todo, de la licitud o no de intervenciones salvadoras en contra de la voluntad de quien lleva a cabo la actividad; *vid.* sólo los trabajos de BAJO FERNÁNDEZ, Díez RIPOLLÉS y LUZÓN PEÑA citados en las dos notas siguientes)—, cabe imaginar supuestos en los que sea de interés para el ámbito que aquí importa esta «zona gris»: ¿hay aún un supuesto de no-suicidio (o, por el contrario, ya un auxilio al suicidio) en el caso de quien ayuda a otro a realizar un experimento consistente en estar un tiempo prolongado sin ingerir líquidos?; ¿o en quien juega a la ruleta rusa?, etc.

<sup>27</sup> *Vid.* ADPCP 1979, p. 498: «Esta actitud ni psicológica ni jurídicamente puede calificarse de suicida. Sólo una cierta insensibilidad a las opiniones no comunes mantenidas por sectores sociales minoritarios puede explicar que se califique de suicida al Testigo de Jehová que se niega a las transfusiones de sangre y no a los participantes en competiciones o espectáculos peligrosos (encierros o corridas de toros, automovilismo, boxeo, circo, etc.)»; *cfr.* también ídem, CPC 1985, pp. 132, n. 6, 134 con n. 10; ídem, *Manual de Derecho penal (Parte Especial I)*. *Delitos contra las personas*, 2.ª ed., Madrid, 1991, p. 90, n. 17; ídem, CPC 1993, pp. 722 y s.

<sup>28</sup> *Vid.*, por ejemplo, Díez RIPOLLÉS, CPC 1986, pp. 608 y ss., 610, sobre todo en relación con la huelga de hambre; desde una perspectiva general, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 457; una ulterior diferenciación —curso natural de la enfermedad en el caso de la negativa a transfusión, por lo tanto, no procede la calificación de suicidio; curso no natural en la huelga de hambre (al negarse el sujeto a ingerir alimento), por lo tanto, sí se podría calificar de suicidio— ha propuesto LUZÓN PEÑA, REP 1987, pp. 52 y s.

<sup>29</sup> Respecto de este caso, por lo tanto, en contra de lo sostenido por BAJO FERNÁNDEZ.

<sup>30</sup> Siguiendo la propuesta de OTTO, FS Tröndle (n. 25), p. 169.

<sup>31</sup> Esto no implica que deba existir certeza acerca de la producción del resultado; así, por ejemplo, en el supuesto del juego de la ruleta rusa —en un revólver con seis

lo pueda percibirse *ex ante* un riesgo, han de calificarse como de no-suicidio, de puesta en peligro.

Como conclusión cabe constatar: la existencia de normas que incriminan la conducta de quien interviene en un suicidio ajeno, por tanto, marca los límites del análisis a llevar a cabo en relación con la cuestión dogmática de la relevancia general de la conducta de la víctima. Pero no puede condicionar su desarrollo.

## 2. La teoría de la imputación objetiva

a) La segunda de las cuestiones que parece conveniente abordar en cuanto presupuesto pertenece a un contexto distinto: se trata de explicitar el marco sistemático-dogmático de la solución a delinear. Al igual que otras aportaciones realizadas en los últimos tiempos<sup>32</sup>, desde el punto de vista aquí sostenido, el contexto adecuado para abordar el problema está en la teoría del tipo objetivo. Este sector de la teoría del delito ha sufrido una verdadera revolución producida por la llamada

---

cámaras, se introduce una sola bala—, no se sabe *ex ante* si el resultado va a producirse. Pero sí puede identificarse un acto concreto que —en caso de coincidir el percutor sobre la cámara con bala— producirá bajo determinadas circunstancias el resultado: por lo tanto, conducta de lesión (si bien con incerteza). Compárese este supuesto, por ejemplo, con una carrera de motocicletas arriesgada; el riesgo incluso puede ser *ex ante* superior al del caso de la ruleta rusa. Sin embargo, no puede identificarse un acto concreto de disposición; conducta de puesta en peligro.

<sup>32</sup> En esta línea están, especialmente, las aproximaciones de ROXIN, con su doctrina de «autopuesta» y «heteropuesta en peligro» (cfr. sólo ROXIN, en: LACKNER *et al.* [ed.], *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1973, pp. 241 a 259 [= «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes» (traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña), en: ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 245 y ss.]; ídem, *AT P*, 11/86 y ss.; *vid.* sobre la posición de ROXIN sobre todo la exposición *infra*, III. 3.); OTTO, para quien se trata de un problema de «interrupción del nexo de imputación» (cfr. sólo OTTO, *JuS* 1984, p. 540; ídem, *FS Tröndle*, pp. 169 y ss.; ídem, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4.<sup>a</sup> ed., Berlín-New York, 1992, § 6 II. 3. b); JAKOBS, quien sostiene —al menos respecto de algunos casos— que el hecho de que la víctima «actúe a su propio riesgo» excluye la imputación objetiva (cfr. sólo JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, etc., 1991, 7/129 y s. [= *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo de la segunda ed. alemana), Madrid, 1995]); *vid.* también ídem, *La imputación objetiva en Derecho penal* [traducción de Manuel Cancio Meliá], Madrid, 1996 [= Bogotá, 1994; = Buenos Aires, 1996], pp. 109 y ss.) o W. FRISCH, para quien se trata, con un punto de vista algo divergente del de los autores acabados de citar, de una cuestión de la tipicidad del comportamiento del autor (cfr. sólo FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], pp. 148 y ss.).

teoría de la imputación objetiva<sup>33</sup>. Roxin, quien sin duda es el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al «principio del riesgo»<sup>34</sup>, sintetiza el estadio de evolución de esta teoría —y, al mismo tiempo, el contenido de ese principio— del siguiente modo: «Un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1), cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)»<sup>35</sup>. Cabe estimar que ésta es también la perspectiva que adopta la doctrina actualmente mayoritaria tanto en Alemania<sup>36</sup> como en España<sup>37</sup>. La rápida aceptación que esta teoría ha experimentado en la construcción doctrinal de la dogmática jurídico-penal, e incluso en la *praxis*, contrasta de modo llamativo con las numerosas dudas y discrepancias que aún acompañan a cuestiones fundamentales de su estructura y características. Si bien la doctrina existente en el momento actual permite afirmar que hay una base suficiente para configurar los aspectos esenciales de esta teoría, las dudas y discrepancias antes aludidas aconsejan realizar con carácter previo una muy breve consideración de los rasgos de la teoría de la imputación objetiva tal y como aquí es entendida. Pues de lo contrario, se corre el riesgo de utilizar esta teoría a modo de mera etiqueta.

b) Para la teoría de la imputación objetiva, los tipos penales —y especialmente, los tipos de resultado «pobres» en elementos descriptivos de la conducta— deben ser completados, en todo caso, con elementos normativos que determinen, más allá de la mera realización fáctico-externa de la conducta típica<sup>38</sup>, que en el plano objetivo la con-

<sup>33</sup> Cfr. sólo la exposición en SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÀ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva* (n. 32), pp. 21 y ss.

<sup>34</sup> Cuyo desarrollo se atribuye, con razón, el propio ROXIN, *Chengchi Law Review* 50 (1994), p. 234; cfr. también TORIO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, pp. 33 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, p. 77; WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, 1995, pp. 5 y ss.

<sup>35</sup> ROXIN, *Chengchi Law Review* 50 (1994), pp. 221 y s.; cfr. también MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva* (n. 34), p. 40.

<sup>36</sup> Sobre la evolución de la doctrina en lengua alemana en la materia cfr. sólo las consideraciones de ROXIN, *AT F*, 11/36 y ss., 11/41a y s.

<sup>37</sup> Sobre la evolución de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina española, cfr. sólo la información contenida en LUZÓN PEÑA, «Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto», en ídem, *Derecho penal de la Circulación*, 2.ª ed., Barcelona, 1991, pp. 36 y s., 41 y s., y la exposición de CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito/1*, 2.ª ed., Madrid, 1996, pp. 488 y ss.

<sup>38</sup> Cosa de la que nadie duda en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, como señaló ya hace tiempo JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 2 y s.

ducta es una expresión de sentido típica. Partiendo de esta comprensión sistemática de la función de la teoría de la imputación objetiva, parece claro que las razones existentes para un entendimiento normativo del tipo no quedan limitadas a los delitos de resultado, como se ha señalado por un significativo sector de la doctrina<sup>39</sup>, de manera que no resulta adecuado circunscribir la teoría de la imputación objetiva a la imputación del *resultado*. De este modo, la teoría de la imputación objetiva quedaría configurada por dos raíces distintas: la determinación de la tipicidad de la conducta y los problemas específicos de la conexión del resultado con esa conducta<sup>40</sup>, pues ambas —en los delitos de

<sup>39</sup> En particular, han presentado construcciones de conjunto que llevan a la práctica de modo global este postulado W. FRISCH con su teoría de la conducta típica (*vid. Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], *passim*) y JAKOBS con su desarrollo de la teoría de la imputación objetiva (las aportaciones de JAKOBS en este ámbito dan comienzo sobre todo con su estudio sobre la prohibición de regreso [ZStW 89 (1977), pp. 1 y ss.], y han sido condensadas recientemente en su libro *La imputación objetiva en Derecho penal* [n. 32]; *vid.* sobre la aportación de JAKOBS en este ámbito, detalladamente, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 50 y ss., 59 y ss. y PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 55 y ss.). Cfr., por lo demás, desde distintas perspectivas, por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, 10/60, 10/62 y ss.; una de las primeras aproximaciones en la línea de ampliación es la de TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien-New York, 1985, pp. 138 y ss.; desde una perspectiva de base muy peculiar —asentada en la cibernética— cfr. también la aproximación de KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlín, 1985, pp. 358 y ss.; ídem, en: HERZBERG (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln, etc., 1985, pp. 65 y ss., 69 y ss.; definiendo también una aproximación amplia, por lo demás, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pp. 90 y s., quienes, al vincular la exigencia de imputación objetiva no al resultado externo, sino a la afección del bien jurídico, asumen una extensión de la imputación objetiva a todas las infracciones; también TORIO LÓPEZ, ADPCP 1986, pp. 33 y ss., 45 y ss.; ídem, EPCr X (1987), pp. 384 y ss., ha propuesto extender —aproximándose, según él mismo señala, al punto de vista amplio de TRIFFTERER (*vid.* ADPCP 1986, p. 41)— la teoría de la imputación objetiva fuera de la conexión de acción y resultado, ya que para este autor se trata, en realidad, de un «principio metódico superior» (*loc. cit.*, p. 35); particularmente amplia es la concepción de WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik* (n. 34), p. 3; en cuanto a la coautoría, LESCH, ZStW 105 (1993), pp. 271 y ss., especialmente 274 y ss., 281 y ss.; igualmente con especial amplitud en cuanto al alcance de la imputación objetiva, *vid.* también el exhaustivo desarrollo monográfico de REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994, pp. 72 y ss., 78 y ss., 81 y s.

<sup>40</sup> Y ello con independencia de cuál sea el peso sistemático que se asigne al resultado en la teoría del delito, ya sea como elemento indisolublemente ligado a los demás elementos de la tipicidad objetiva (como es el punto de vista mayoritario, cfr. sólo ROXIN, *AT P*, 11/42; JAKOBS, *AT*<sup>2</sup>, 7/4b con n. 2a) o que se considere que éste ocupa una posición distinta en el ámbito de la tipicidad (W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], pp. 9 y ss., 67 y s., 509 y ss., *passim*; ídem, *Tipo penal e imputación obje-*

resultado— son las que conducen a la afirmación de un hecho penalmente típico consumado.

c) Desde esta perspectiva, por otro lado, no pueden resultar convincentes las críticas que se han planteado —que sin duda constituyen el ataque de mayor relevancia a la vigencia de esta teoría— en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría usurpando determinadas cuestiones pertenecientes a lo subjetivo<sup>41</sup>. Pues si de lo que se

---

tiva, Madrid, 1995, pp. 92 y ss., 107 y ss.; MIR PUIG, *PG*<sup>4</sup>, 10/48; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 34 y s., 434 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 415 y ss.).

<sup>41</sup> En apretada síntesis, pueden resumirse estas críticas en lo siguiente: *por un lado*, se ha señalado que la teoría de la imputación objetiva resulta superflua en el ámbito de los delitos dolosos. En este sentido, se ha afirmado que la imputación objetiva —cuyo origen en el delito imprudente lleva «sellado en la frente», en famosa expresión de ARMIN KAUFMANN (en: VOGLER *et al.* [ed.], *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo I, Berlín, 1985, p. 251)— en realidad ocupa el espacio correspondiente al dolo, y en ese sentido —en igualmente conocida expresión de HIRSCH (en: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, etc., 1988, p. 407)— no respetaría el axioma de que «lo que es objetivo y lo que es subjetivo [es una cuestión que] no está a disposición de la dogmática». En suma: en el delito doloso, la imputación objetiva no tiene nada que hacer, ya que determinados supuestos lo que faltaría es el dolo, mientras que en otros, sin el análisis del lado subjetivo no resulta posible valorar el hecho (cfr. ARMIN KAUFMANN, *FS Jescheck I*, pp. 251 y ss., 271 y s., quien, además, sostiene que en conclusión se trata, en realidad, de problemas de Parte Especial; en sentido próximo HIRSCH, *FS Universität zu Köln*, pp. 403 y ss., 405; ídem, en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland — 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg*, München, 1993, p. 49; CEREZO MIR, *PG I*<sup>5</sup>, pp. 100 y s.; para KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1992, pp. 83 y ss., 92 y s., 96 y s. 115, 197, con un punto de vista algo distinto, faltaría el dominio final del hecho; *vid.* también GRACIA MARTÍN, en: Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993, p. 44, y coincidiendo parcialmente —en cuanto a que es el referente subjetivo el que tiene la «última palabra»— SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, Buenos Aires, 1997 [= Bogotá, 1996], pp. 104 y ss., 107.). *Por otro lado*, se ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva resulta inadecuada también en el ámbito del delito imprudente. En este ámbito, se utilizan dos argumentaciones. En primer lugar, se afirma que la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia, pero no por ser inadecuadas sus propuestas de solución, sino porque éstas en realidad no harían otra cosa que reproducir los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado —en el primer nivel— y con la llamada relación de contrariedad a deber —en el segundo nivel de imputación objetiva— (cfr. sólo HIRSCH, Comentario previo al § 32, en: *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11.ª ed., Berlín-New York, 1994, n.m. 32 previo al § 32; KÜPPER, *Grenzen*, pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y s.). Se trata, por lo tanto, en cierta medida tan sólo de una consecuencia de la crítica anterior planteada en el ámbito del delito doloso: no cabe elaborar una teoría conjunta de la imputación objetiva, ya que ésta resulta inviable en el delito doloso; en el ámbito del delito imprudente, los contenidos planteados por la imputación objetiva ya están recogidos por la dogmática del delito imprudente. Por otro lado, tam-

trata —como acaba de decirse— es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo-natural, de naturaleza «objetiva» o «subjetiva». Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan

---

bién se ha planteado —sobre todo por STRUENSEE— otra argumentación que, ésta sí, es paralela a la esgrimida en el ámbito del delito doloso: sí puede elaborarse una teoría unitaria para los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva, pero en realidad éstos se refieren, tanto en el delito doloso como en el imprudente, al tipo subjetivo, tipo subjetivo que —en contra de la opinión común— habría que elaborar también para todas las formas de imprudencia (STRUENSEE, GA 1987, pp. 97 y ss.; ídem, JZ 1987, pp. 53 y ss.; en la doctrina española, *vid.* CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, 1990, pp. 180 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991, pp. 88 y ss., 109, 110 y s., 118 y ss.). Ambas líneas críticas han de reconducirse, en última instancia, a un determinado entendimiento de lo objetivo y lo subjetivo en la fundamentación del injusto; *vid.* a continuación en el texto.

*Finalmente*, otra reacción reciente proveniente del campo del finalismo, el análisis de la teoría de la imputación objetiva por parte de SANCINETTI (*Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 89 y ss.) se sitúa en realidad en un plano superior respecto de los contenidos dogmáticos concretos de esta teoría, de modo que puede decirse que SANCINETTI lo que discute no es tanto la configuración de la imputación objetiva como su idiosincrasia: la tesis central que este autor sostiene es que en realidad la teoría de la imputación objetiva no es incompatible con un entendimiento subjetivo-monista del injusto (*op. cit.*, pp. 19, 89 y ss., 94 y s., 96 y ss., 122 y ss.). Para SANCINETTI, la teoría de la imputación objetiva tan sólo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo —que debe referirse a esa materia— el elemento decisivo de fundamentación del injusto. En este sentido, la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictoria con un entendimiento subjetivo del injusto, ya que la «subjetivización no prejuiza acerca del contenido que hay que subjetivizar, es decir, acerca del 'tipo objetivo'» (*op. cit.*, p. 94, cursiva en el original). En el contexto de este estudio no puede realizarse un análisis exhaustivo de este original intento de tomar el bastión de la imputación objetiva por sorpresa en vez de combatirlo —como han hecho otros sectores del finalismo a los que antes se ha aludido—. Pero sí puede señalarse que parece dudoso que sea viable la convivencia feliz que SANCINETTI parece pretender alcanzar: en este sentido, lo cierto es que hay una diferencia entre configurar la teoría de la imputación objetiva como una mera concreción de los límites del injusto (subjetivo) y el entendimiento que le suelen asignar sus defensores. Pues para éstos, la imputación objetiva no sólo acota la materia de prohibición como una especie de límite externo derivado de la teoría de las normas, sino que —de acuerdo con una concepción que reconoce la misión social de la construcción dogmática y consiguientemente de la «norma»— contribuye a la constitución del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta. En este sentido, es significativo que el propio SANCINETTI reconozca que hay sectores de la imputación objetiva en los que el ámbito de ésta queda definido de modo completamente objetivo, sin que la adición de datos subjetivos pueda modificar los contornos de lo típico (*op. cit.*, p. 110, n. 29, pp. 111 y ss.).

las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado —en expresión de Mir Puig<sup>42</sup>— «intersubjetivo» de la conducta<sup>43</sup>. Y éste puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante. Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para efectuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva: desde esta perspectiva, las distintas instituciones dogmáticas que la configuran pueden obtener su diferente posición sistemática en función de la clase y cantidad de datos que se incorporen desde el contexto al juicio de imputación, yendo desde valoraciones más abstractas hasta la introducción de elementos más concretos del contexto.

d) La teoría de la imputación objetiva, entonces, viene a reformular la tipicidad objetiva. Desde esta perspectiva, implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad. Uno de los sectores en los que la imputación objetiva puede ser el marco sistemático adecuado es el relativo a la cuestión de la determinación de esos ámbitos de responsabilidad en los

<sup>42</sup> Vid. «Sobre lo subjetivo y lo objetivo en el injusto», ahora en ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, p. 184; ídem, «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», ahora en ídem, *op. cit.*, pp. 233, 241.

<sup>43</sup> A los efectos que aquí se persiguen —mostrar que la introducción de datos subjetivos, como pueden ser determinados conocimientos, en la teoría del tipo objetivo, no supone un sacrilegio sistemático—, baste lo dicho en el texto. Otra cuestión es cuál es el peso que debe asignarse a lo «subjetivo» y a lo «objetivo» —esta vez, entendidas estas expresiones en su sentido habitual— en la fundamentación del injusto. Esta problemática —para MIR PUIG, «Sobre lo subjetivo y lo objetivo en el injusto», en ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (n. 42), p. 181, «el debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito», y cuya consideración como tal, evidentemente, excede del ámbito del presente estudio— se ha manifestado en el contexto que aquí interesa sobre todo, por un lado, en la cuestión de si el hecho de que una conducta sea dolosa puede afectar a su peligrosidad (afirmativamente, por ejemplo, MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», 2.ª ed., en ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 67 y ss., 69; ídem, «La perspectiva *ex ante* en Derecho penal», en ídem, *op. cit.*, pp. 102 y s.; ídem, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en ídem, *op. cit.*, p. 187; ídem, «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», en ídem, *op. cit.*, pp. 236 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* [n. 40], pp. 388 y 400; LUZÓN PEÑA, «La 'determinación objetiva del hecho'», en ídem, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup> [n. 37], p. 116; TORIO LÓPEZ, ADPCP 1986, pp. 39 y s., 42. En contra, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva* [n. 34], pp. 108 y ss.) y en la problemática de los así llamados «conocimientos especiales» (vid. sobre esto sólo la polémica posición de JAKOBS, en DORNSEIFER *et al.*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, etc., 1989, pp. 271 y ss.).

casos en los que concurre en la génesis de un riesgo la persona que posteriormente resulta lesionada.

### III. Modelos dogmáticos de solución

Tomada posición acerca de esas dos cuestiones previas, puede pasarse a realizar un análisis crítico de las aproximaciones dogmáticas existentes. Lo primero que hay que decir respecto de éstas es que en lo que se refiere a la dogmática jurídico-penal, la extendida imagen de que en fechas relativamente recientes se habría producido un «redescubrimiento de la víctima» no se ajusta a la realidad. Lo que sí se puede constatar, en cambio, es que la atención al comportamiento de la víctima se ha venido produciendo hasta cierto punto de modo «encubierto», o, valga la expresión, emboscado en instituciones dogmáticas no configuradas específicamente para el problema. Como segunda cuestión común a las distintas aproximaciones puede observarse que existe una fragmentación notable en el debate. La discusión se produce en gran medida bajo distintos «rótulos dogmáticos», sin tener en cuenta a veces los argumentos y problemas materiales idénticos planteados desde otras perspectivas<sup>44</sup>. En este sentido, puede decirse que esta dispersión en el tratamiento dogmático ha conducido a que el debate doctrinal sobre la intervención de la víctima sea en alto grado desordenado y confuso<sup>45</sup>. Por ello, en el análisis de las distintas aproximaciones dogmáticas, el centro de atención ha de estar sobre todo en la perspectiva material subyacente a las distintas aportaciones, dejando en un segundo plano las cuestiones relativas a la ubicación sistemática. En este sen-

---

<sup>44</sup> Puede servir de ejemplo de lo dicho el hecho de que uno de los estudios más destacados publicados últimamente sobre la incidencia de la conducta de la víctima en la valoración jurídico-penal del hecho, la monografía de WALTHER (*Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung* [n. 8]), de la que se ha dicho que contiene «...el tratamiento monográfico probablemente más exhaustivo de este ámbito hasta el momento» en la dogmática alemana (ZACZYK, *Selbstverantwortung* [n. 8], p. 55, n. 189; ídem, GA 1993, p. 242) no dedique prácticamente ninguna atención a las concepciones «victimodogmáticas», a pesar de que éstas han ocupado un espacio muy amplio en la discusión reciente, y ello sobre todo en Alemania.

<sup>45</sup> También resaltan la confusión y falta de claridad que impera en la discusión doctrinal sobre la cuestión, por ejemplo, ROXIN, FS Gallas (n. 32), pp. 251 y s.; SCHAFFSTEIN, FS Welzel (n. 23), p. 557; SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 716; DACH, *Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten*, Mannheim, 1979, p. 7; R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlín, 1981, pp. 83 y s.; DÖLLING, GA 1984, p. 73; FIEDLER, *Fremdgefährdung* (n. 8), pp. 113 y s.; DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, 1991, p. 284; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 28.

tido, las ideas rectoras que se encuentran en las distintas aproximaciones a la cuestión pueden ordenarse en varios grupos en función de los modelos de solución fundamentales —paradigmas— que están en la base de las diversas construcciones dogmáticas.

## 1. *Tratamiento encubierto de la conducta de la víctima*

a) En un primer grupo cabe reunir aquellos puntos de partida que se mantuvieron sobre todo en una primera fase histórica. *Por un lado*, se trata de determinadas reformulaciones operadas en el marco de la teoría de la causalidad, mediante las cuales con ayuda de las teorías individualizadoras de la causalidad o de la «interrupción del nexo causal» se pretende tener en cuenta la conducta de la víctima<sup>46</sup>. Dentro de estas soluciones, ha de destacarse la doctrina del TS de la «conurrencia de culpas», y determinadas formulaciones jurisprudenciales de los tribunales en el ámbito anglosajón en torno a la llamada «*contributory negligence*»<sup>47</sup>. Estas construcciones jurisprudenciales pretenden introducir la conducta de la víctima en el análisis causal para determinar cuál ha sido la influencia de ésta en el suceso. Dependiendo de esa valoración, la conducta de la víctima podrá disminuir la responsabilidad del autor o incluso excluirla por completo. Para esta doctrina, lo decisivo será determinar, por ejemplo, en el caso del peatón que cruza la calzada de modo descuidado y es arrollado por un vehículo que circula a velocidad excesiva, cuál de las dos aportaciones causales —la del peatón o la del conductor— ha sido más «intensa» o incluso «preponderante». *Por otro lado*, se pueden incluir aquí también algunas soluciones propuestas dentro de la dogmática del delito imprudente, especialmente en lo que se refiere a la previsibilidad del daño en el lado del autor<sup>48</sup>. Desde este punto de vista, lo decisivo es si el resultado en cuya génesis de

<sup>46</sup> Vid. en la doctrina más antigua sólo v. BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, insbesondere im Strafrechte*, 1871, pp. 54 y s., n. 2; ORTMANN, GA 23 (1875), pp. 271 y s.

<sup>47</sup> Que ambas —probablemente, sobre la base de fundamentos en el Derecho común— se ubican a pesar de su denominación en el ámbito de la causalidad; *vid.* respecto de la jurisprudencia española sólo TORIO LÓPEZ, LH Fernández Albor (n. 6), pp. 709 y ss.; JOSHI JUBERT, ADPCP 1989, pp. 731 y ss.; SERRANO MAILLO, *La compensación en Derecho penal*, Madrid, 1996, pp. 82 y ss., 92 y ss. y respecto de la *praxis* en el ámbito anglosajón sólo SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 7.ª ed., London, 1992, pp. 333 y s.; WILLIAMS, CrimLR 1957, pp. 510 y ss. (Inglaterra) y TRESSLER, *Understanding Criminal Law*, 2.ª ed., New York, 1995, pp. 172 y s.; MCCARDELL, TempLR 62 (1989), pp. 784 y ss. (EE.UU.). Cfr. también la exposición en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 4 I.

<sup>48</sup> Cfr. la exposición en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 4 II. A.

algún modo ha intervenido la víctima aún sigue siendo «previsible» para el autor.

**b)** A pesar de que estas soluciones se presentaron con especial frecuencia en una primera fase de desarrollo dogmático del problema, la razón de su ubicación conjunta no está en la adscripción a una determinada etapa de evolución histórica, sino que esta razón se encuentra en su limitado nivel de especificidad respecto del problema tratado. En este sentido, a la hora de determinar cuál es el paradigma fundamental de estas aproximaciones, se puede decir que éste consiste en ofrecer un marco sistemático en el que puedan desarrollarse con cierta libertad las opciones de equidad del juzgador u otros criterios materiales. Esto es evidente cuando las «intensidades causales» son «ponderadas» de distinta forma dependiendo del caso, o cuando sucesos evidentemente pre-visibles se califican de fortuitos<sup>49</sup>. En cierto modo, el criterio fundamental consiste precisamente en no establecer tal criterio, sino crear un marco dogmático para la introducción de criterios materiales de modo encubierto. Queda claro, entonces —y ello al margen de otras críticas que han de plantearse a estos modelos en el plano de la construcción dogmática—, que no son aproximaciones de ésta índole con las que debe contentarse un desarrollo dogmático consistente.

## 2. Consentimiento

**a)** En un segundo grupo cabe concentrar la perspectiva material que (aunque con muy diversas matizaciones) cabe estimar aún hoy mayoritaria: las soluciones que intentan aplicar determinados parámetros derivados de la institución del consentimiento<sup>50</sup>. Aunque ello no suele

<sup>49</sup> Vid. en detalle CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 4.

<sup>50</sup> Cfr. a favor de ubicar la cuestión en el ámbito de la causa de justificación «consentimiento», por ejemplo, RUDOLPHI, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil* (§§ 1 a 37), 6.ª ed., Neuwied etc., 1995, n.m. 81a previo al § 1; SK-SAMSON, Anexo al § 16, n.m. 33 (aunque proponiendo ambos autores en algunos casos la aplicación de la construcción de la «participación [impune] en una autopuesta en peligro», reservándose el consentimiento justificante a la «heteropuesta en peligro» [cfr. *infra* en el texto III. 3.]); S/S<sup>24</sup>-LENCKNER, n.m. 103 y ss. previos a los §§ 32 y ss. (cfr. también n.m. 102, en relación con supuestos en los que el consentimiento conduce a la existencia de un «riesgo permitido» justificante); S/S<sup>24</sup>-ESER, § 222 n.m. 3 (ambos igualmente combinando, además, el consentimiento con la diferenciación acabada de mencionar, cfr. *op. cit.* n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.); BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10.ª ed., Bielefeld, 1995, 14/74, 17/101, 22/53; CEREZO MIR, en: *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 234; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996, § 34 II. 3., § 56 II. 3.; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Mün-

señalarse en la doctrina, esta perspectiva se encuentra no sólo entre quienes afirman abiertamente que el consentimiento debe ser el modelo de solución —y ello en distintas variantes—, sino que se halla también presente en el fondo de otras muchas construcciones dogmáticas que incorporan en sus respectivas definiciones algún tipo de rudimento de consentimiento<sup>51</sup>. El paradigma fundamental es aquí, evidentemente, la idea de que lo decisivo es lo que haya asumido conscientemente la víctima, hasta dónde llegue su consentimiento. Desde esta perspectiva, por ejemplo, en el supuesto de quien permite que un conductor ebrio lo transporte en su vehículo, lo decisivo será determinar si el pasajero conocía la ebriedad del conductor y la posibilidad de, por ejemplo, un resultado de muerte, y si además, aceptó tal riesgo.

**b)** Esta aproximación no puede resultar satisfactoria. La aplicación del consentimiento clásico fuera de los supuestos de lesión, en el ámbito de la puesta en peligro, fracasa entre la Escala de la práctica imposibilidad de dar validez al consentimiento<sup>52</sup> y la Caribdis de una desnaturalización de la institución<sup>53</sup>. Esta objeción, sin embargo, no es más

---

chen, 1994, 17/82 y ss. (también en combinación con la «autopuesta en peligro», que en su opinión excluye la tipicidad); STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.<sup>a</sup> ed., Köln, etc., 1981, n.m. 1116 (quien, sin embargo, no se pronuncia con claridad sobre la cuestión acerca de si la justificación se puede producir por el consentimiento o en virtud del riesgo permitido, subrayando que lo esencial es la «cuestión material» de la «autorresponsabilidad»). En la doctrina italiana, cfr. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, pp. 234 y ss.; SALAZAR, Cass. Pen. 1983, pp. 282 y ss.; LICITRA, Cass. Pen. 1985, pp. 504, 507, 514. Respecto de la situación en Inglaterra —partiendo, como es sabido, de una aproximación sistemática muy distinta a la de los ordenamientos continentales, considerando el consentimiento como elemento procesal (*defence*)—, cfr. recientemente, en el marco de los esfuerzos de codificación en Inglaterra y País de Gales, ORMEROD/GUNN, *CrimLR* 1996, pp. 704 y ss., con referencia a las actividades arriesgadas, pp. 695, 704 y s.

<sup>51</sup> Cfr. la exposición en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 5 I.

<sup>52</sup> Cfr. sólo LK<sup>11</sup>-HIRSCH, n.m. 107 previo al § 32; ROXIN, *AT I*, 11/98; OTTO, *Jura* 1984, p. 539; GEPPERT, *Jura* 1987, S. 672; DONATSCH, *ZStrR* 105 (1988), p. 372; DA COSTA ANDRADE, *Consentimiento e acuerdo* (n. 45), p. 269; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 86 con n. 256.

<sup>53</sup> En este sentido, dicen que la aplicación del consentimiento a este ámbito lleva a una mera «ficción» de consentimiento, por ejemplo, y entre otros muchos, ZIELINSKI, *Comentario a los §§ 15, 16*, en: HASSEMER *et al.* (redacción a cargo de SEELMANN), *Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentare*, tomo 1, §§ 1 a 21, Neuwied, 1990, n.m. 127; PUPPE, *Comentario previo a los §§ 13 y ss.*, en: NEUMANN/JUNG (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 1995, n.m. 176 previo a los §§ 13 y ss.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, 8.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1992, 17/20; MITTERMAIER, *JW* 1925, p. 2251; EB. SCHMIDT, *JZ* 1954, p. 372; HILLENKAMP, *JuS* 1977, p. 171; DACH, *Einwilligung* (n. 45), pp. 15 y s.; LICITRA, Cass. Pen. 1985, p. 504, 507; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* (n. 40), p. 316; FIEDLER, *Fremdgefährdung* (n. 8), pp. 71 y

que el síntoma —y esto afecta a todas las construcciones que incorporen algún tipo de rudimento de consentimiento o de consentimiento atenuado a su concepción como elemento fundamentador— de que el diagnóstico psíquico no puede ser el elemento decisivo: este punto de partida sólo describe un sector parcial del espectro de las consecuencias del comportamiento del sujeto lesionado en la imputación jurídico-penal. Por el contrario, hay que partir de que se trata de imputar también al sujeto lesionado en cuanto sujeto que participa en la interacción generadora del daño en sus bienes. La imputación jurídico-penal, sin embargo, no se produce exclusivamente desde su perspectiva (consciente). Por el contrario, con el análisis jurídico-penal ha de llegarse, en última instancia, a una determinación del ámbito de responsabilidad del autor, y éste no puede depender sencillamente de lo que la víctima sepa o no sepa, desee o no desee fácticamente. Dicho de modo sintético, quien ingiere gran cantidad de vino peleón que otro le ofrece, no puede exigir que su anfitrión responda de sus dolores de cabeza, con independencia de que conociera o quisiera aceptar el riesgo de sufrírselos. Incluso puede haber casos en los que ni siquiera concurre voluntad de participar en el contacto social, en los que el sujeto que resultará dañado entra en él por actos concluyentes, y a pesar de estar «en blanco» su representación, debe atribuirse a sí mismo el daño. Por lo tanto, si por principio se fija una determinada medida de conocimientos o de aceptación de la víctima como base de valoración —y con ello, se establece una perspectiva unilateral—, se está cortando el camino hacia una determinación correcta de los ámbitos de responsabilidad interdependientes de víctima y autor<sup>54</sup>.

### 3. Auto- y heteropuesta en peligro

a) Un tercer grupo viene constituido por la aproximación que ha sido desarrollada con mayor énfasis en los últimos tiempos, especialmente en la doctrina alemana, y sobre todo por Roxin<sup>55</sup>: se trata de las

---

s.; PAREDES CASTAÑÓN, ADPCP 1990, pp. 646 y s.; DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo* (n. 45), p. 296; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), pp. 37 y s.; ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 8), pp. 49 y s., 51.

<sup>54</sup> Vid. también *infra*, IV. 2. c).

<sup>55</sup> Fundamentalmente en su trabajo en FS Gallas (n. 32), pp. 243 y ss. Su discípulo RUDOLPHI había planteado en un contexto similar la idea de la distinción entre auto- y heteropuesta en peligro algunos años antes (JuS 1969, pp. 556 y s., *vid.* ahora ídem, SK, n.m. 79 y ss. previos al § 1); sin embargo, ha sido la construcción formulada ROXIN la que ha dominado la discusión posterior, probablemente, en primer lugar, porque se enmarca en una doctrina general de la imputación objetiva, y, en segundo lugar, porque ROXIN ha seguido desarrollando la diferenciación en numerosos traba-

posturas que parten como base de la solución de la diferenciación entre «participación en una autopuesta en peligro» —en principio, impune—, y «heteropuesta en peligro» —en principio, punible—. Esta diferenciación se ha convertido en una de las aproximaciones dogmáticas más frecuentes en la discusión, sobre todo en Alemania<sup>56</sup>, pero también

jos posteriores. En todo caso, lo cierto es que el trabajo de ROXIN en FS Gallas —como se observará a continuación en la exposición en el texto— ha resultado «fundamental» (así JAKOBS, «La organización de autolesión y heterolesión», en ídem, *Estudios de Derecho penal* [n. 39], p. 411, n. 22) para el objeto de estudio del presente trabajo.

<sup>56</sup> Debe señalarse que la concepción desarrollada por ROXIN se utiliza con mucha frecuencia fuera del contexto sistemático de la construcción de la teoría de la imputación objetiva, en el que se inserta en la construcción de ROXIN, como se acaba de señalar en la nota anterior. Incluso puede decirse que la idea de la autopuesta en peligro (impune) aparece con cierta frecuencia fuera de *todo* marco sistemático, como mero eslógan; en este sentido tiene razón W. FRISCH (NStZ 1992, p. 67) al hablar de un empleo «desenfrenado y ecléctico». En la jurisprudencia alemana, como se ha dicho, la distinción se ha incorporado ya de modo habitual a la doctrina del BGH a partir de la sentencia en el antes citado caso de la jeringuilla BGHSt 32, pp. 262 y ss.; últimamente se ha señalado expresamente que sigue manteniéndose esta doctrina, por ejemplo, en BGHSt 39, 322 y ss., 326 o OLG Zweibrücken, JR 1994, pp. 519 y s. Puede decirse que la opinión mayoritaria se ha sumado a ROXIN al menos en el manejo de la diferenciación (así lo afirma, por ejemplo, S/S<sup>24</sup>-LENCKNER, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.). En sus aportaciones posteriores a la incluida en FS Gallas [n. 32], sigue manteniendo su postura ROXIN (cfr. sólo AT I<sup>8</sup>, 11/86; ídem, NStZ 1985, p. 320). En la restante bibliografía, cabe mencionar entre los partidarios de la diferenciación, en diversas combinaciones y marcos sistemáticos, por ejemplo, a LK<sup>10</sup>-JÄHNKE, § 222 n.m. 21; LK<sup>11</sup>-SCHROEDER, § 16 n.m. 177 y ss., 181; SK-HORN, § 212 n.m. 21a; SK-RUDOLPHI, n.m. 79 y ss., 81a previos al § 1; ídem, JZ 1991, pp. 572 y ss.; S/S<sup>24</sup>-ESER, § 216 n.m. 11a, § 222 n.m. 3; S/S<sup>24</sup>-LENCKNER, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT<sup>5</sup>, § 28 IV. 4., § 54. IV. 3.; MAURACH/ZIPF, AT I<sup>8</sup>, 17/48; KÜHL, AT, 4/87 y ss., 17/82; SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 721; ídem, NStZ 1982, pp. 60 y s.; HIRSCH, JR 1979, p. 430; LOOS, JR 1982, pp. 342 y s.; DÖLLING, GA 1984, pp. 71 y ss., 77; ídem, JR 1994, p. 520; HORN, JR 1984, pp. 513 y s., también comparte las conclusiones, aunque se muestra muy crítico con el concepto de «autopuesta en peligro», que en su opinión no es más que un circunloquio poco afortunado para «autolesión imprudente»; KIENAPFEL, JZ 1984, p. 752; SEIER, JA 1984, p. 533; STREE, JuS 1985, pp. 179 y ss., 183; WEIGEND, ZStW 98 (1986), p. 71; PRITZWITZ, NJW 1988, pp. 2942 y s.; ídem, JA 1988, pp. 431 y ss.; también desarrollan sus respectivas concepciones sobre la base de este planteamiento FIEDLER, *Fremdgefährdung* (n. 8), pp. 5 y s., 94 y ss. y *passim*, y WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), pp. 2 y ss., 128 y s. y *passim*; cfr. también posteriormente BEULKE/SCHRÖDER, NStZ 1991, pp. 393 y ss.; WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik* (n. 34), p. 6. Ya anteriormente en este sentido, GALLAS, JZ 1960, p. 690 y sobre todo, como se ha dicho, RUDOLPHI, JuS 1969, pp. 556 y s. Respecto de la doctrina austriaca, cfr. sólo BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974, pp. 112 y ss. con n. 93; ídem, Comentario al § 80, en: FOREGGER/NOWAKOWSKI (ed.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 1981, § 80 n.m. 38, 69 y ss. En la doctrina italiana, se ha sumado expresamente a la diferenciación establecida por ROXIN CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, p. 210, n. 63, pp. 210 y ss., 220 y ss. En Portugal, parte también de la concepción de ROXIN el análisis desarrollado por DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo* (n. 45), pp. 271 y ss.

en España<sup>57</sup>. Desde esta perspectiva, constituye un caso de participación en una autopuesta en peligro la conducta de quien realiza con otro una competición irregular de motocicletas. Es una conducta de heteropuesta en peligro, sin embargo, la de quien lleva a un pasajero en el asiento trasero con ocasión de tal competición<sup>58</sup>. El paradigma subyacente a esta aproximación consiste, por lo tanto, en atribuir una relevancia decisiva a cómo se reparta la ejecución de la actividad arriesgada entre víctima y autor. Para justificar esta aproximación, se ha acudido en lo esencial a dos vías de fundamentación. Por un lado, se ha sostenido en la doctrina alemana que si —por razón de la peculiar estructura del § 216 StGB, que no incrimina las conductas de mero auxilio al suicidio— es impune la producción de una *autolesión*, ha de serlo también la producción de una *autopuesta en peligro*. Por otro lado, se ha acudido al principio general de accesoriedad de la participación: pues se sostiene que si la autopuesta en peligro es sin duda un comportamiento atípico, y no existe norma especial (paralela al art. 143 CP, que en el ordenamiento español incrimina modalidades de intervención en un suicidio ajeno) que incrimine la conducta de «participar» en esta autopuesta en peligro, tal participación debería ser impune.

**b)** En la valoración de este modelo llaman desde un principio la atención las enormes dificultades que aparecen cuando se intenta trasladar la delimitación a la fenomenología<sup>59</sup>. Piénsese sólo, por ejemplo, lo difícil que resulta distinguir entre conductas de heteropuesta y de au-

<sup>57</sup> Acepta la diferenciación —desde un punto de vista algo divergente del de ROXIN (como el propio MIR PUIG señala, *vid. PG*<sup>4</sup>, 19/28, n. 21)— MIR PUIG, *PG*<sup>3</sup>, p. 563; *PG*<sup>4</sup>, 19/28; ídem, ADPCP 1991, pp. 262 y ss.; cfr. también BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1994, pp. 247 y s.; LUZÓN PEÑA, notas a ROXIN, *Problemas básicos* (n. 32), pp. 189 y s. (aunque con reticencias de Derecho positivo español, por la punición del auxilio al suicidio; sobre el posterior desarrollo de una concepción propia por parte de LUZÓN PEÑA, cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* [n. 8], § 6 II. B. 2.); MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1991, p. 36; de modo destacado en la bibliografía española CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* (n. 40), pp. 316 y ss., 540, 550 y ss., especialmente p. 551; PORTILLA CONTRERAS, CPC 1991, pp. 695, 698, especialmente 703 y s., y *passim*, parte de la diferenciación en todo su planteamiento para la solución de los problemas en cuestión, construida sobre el consentimiento para ambos grupos.

<sup>58</sup> Cfr., respectivamente, STS 25.9.1986 (Jurisprudencia Penal n.º 1149); BGHSt 7, pp. 112 y ss. y STS 23.12.1963 (Jurisprudencia Criminal n.º 1542); RG JW 1925, pp. 2251 y ss. y respecto de la clasificación sólo ROXIN, FS Gallas (n. 32), p. 250 y AT P, 11/87.

<sup>59</sup> Cfr. sólo LK<sup>11</sup>-SCHROEDER, § 16 n.m. 183; S/S<sup>24</sup>-LENCKNER, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; SCHÜNEMANN, JA 1975, pp. 722 y s.; DACH, *Einwilligung* (n. 45), p. 22; ídem, NStZ 1985, p. 25; de modo especialmente incisivo, OTTO, Jura 1984, pp. 536 y ss.; BEULKE/MAYER, JuS 1987, p. 127; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), p. 171; MIR PUIG, ADPCP 1991, p. 264.

topuesta en peligro en el ámbito del contagio de una enfermedad peligrosa por vía sexual<sup>60</sup>. Pero no son decisivas estas dificultades —serias— de delimitación fenomenológica; no son más que indicios del hecho de que la diferenciación carece, en última instancia, de una justificación material convincente<sup>61</sup>. En efecto, no tiene sentido distinguir en este ámbito entre autoría y participación. Y no porque deba ponerse en duda la viabilidad de un concepto restrictivo de autor en los casos —frecuentes en el presente ámbito— en los que no exista dolo respecto del resultado<sup>62</sup>. Por el contrario, esta cuestión general puede aquí quedar abierta. La razón de la inadecuación de esta solución está en que el titular del bien jurídico que resulta lesionado ocupa una posición especial: la adscripción de un ámbito de autoorganización al titular de un bien jurídico y las características de la intervención de terceros en ese ámbito no pueden seguir el mismo régimen que la distribución de responsabilidades entre autores y partícipes que cometen conjuntamente una infracción frente a un tercero. Ello debe ser así en atención a la especial cualidad de uno de los intervinientes de ser el titular del bien jurídico puesto en riesgo. Tiene que ser otra vía la que permita introducir la relevancia de la conducta de la víctima en el sistema de imputación: si la concepción sistemática es correcta, la decisión acerca de la tipicidad o atipicidad de la conducta del autor debe poder fundamentarse tanto desde la perspectiva de la actuación de la víctima como desde la del autor. Y de hecho, esto lo tienen en cuenta implícitamente la mayoría de los defensores de la distinción: pues hay, desde una perspectiva intrasistemática, tanto casos de «participación

<sup>60</sup> De hecho, precisamente en este ámbito la doctrina que maneja la diferenciación ofrece una imagen poco halagüeña para la claridad de la distinción: existen tanto partidarios de considerar en principio estos supuestos como casos de participación en una autopuesta en peligro (cfr., por ejemplo, S/S<sup>24</sup>-LENCKNER, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; EBERBACH, JR 1986, pp. 231 y s.; HERZOG/NESTLER-TREMEL, StV 1987, pp. 366 y ss., 370; PRITZWITZ, NJW 1988, pp. 2942 y s.; probablemente también ROTTLEUTHNER, KJ 1989, p. 264; KUNZ, ZStrR 107 [1990], p. 53; DÖLLING, JR 1990, p. 475; SOLBACH, JA 1990, p. 32; en sentido muy similar también HUGGER, JuS 1990, pp. 976 y s.; también WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], p. 240; en este sentido también se pronunció el BayObLG, NJW 1990, p. 131) como defensores de la tesis de que se trata de heteropuestas en peligro (cfr., por ejemplo, el propio ROXIN, AT P, 11/101; GEPPERT, Jura 1987, pp. 671 y s.; HELGERTH, NStZ 1988, p. 262; MAYER, JuS 1990, p. 787).

<sup>61</sup> Vid. también las consideraciones críticas de OTTO, FS Tröndle (n. 25), p. 170; antes ya ídem, JuS 1974, p. 710; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pp. 87 y ss., 149 y s., 169 y ss., 182.

<sup>62</sup> En contra de los defensores de la diferenciación NK-PUPPE, n.m. 166 previo a los §§ 13 ff.; DACH, NStZ 1985, S. 25; DONATSCH, ZStrR 105 (1988), pp. 375 y s., han argumentado que con ella se suspendería la validez del concepto unitario de autor en los delitos imprudentes para el sector de la conducta de la víctima, mientras que, por ejemplo, WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), pp. 117 y ss. se distancia expresamente del concepto unitario de autor para fundamentar su concepción.

en una autopuesta en peligro» que dan lugar a la calificación de la conducta del autor como típica, como supuestos en los que una «heteropuesta en peligro» se considera atípica, por poder *equipararse*, conforme a este punto de vista, a la «participación en una autopuesta en peligro»<sup>63</sup>. Sin embargo, entonces —pues toda la clasificación se ve puesta en duda a través de ese mecanismo de «equiparación»— la diferenciación se convierte en un mero *topos*. En suma: la clasificación del suceso como «auto-» o «heteropuesta en peligro» no debe prejuzgar la solución material<sup>64</sup>.

#### 4. *Merecimiento de protección («victimodogmática»)*

a) En un cuarto grupo pueden situarse aquellas posturas que, sobre todo bajo el rótulo de «victimodogmática», han introducido últimamente la idea del «merecimiento de protección» en la discusión, especialmente mediante el establecimiento del así llamado «principio victimológico» como criterio de exención de responsabilidad respecto del autor. Desde el punto de vista metodológico, este principio se configura como máxima de interpretación teleológica de los tipos penales<sup>65</sup>. En cuanto a su contenido material, en palabras de Schünemann, quien puede ser considerado su principal impulsor, éste consiste (como denominador mínimo común de los «victimodogmáticos») en la tesis de que «la imposición de la pena como *ultima ratio* del Estado no es apropiada en aquellos casos en los que la víctima no merece protección y no necesita de protección», de modo que han de «eliminarse del ámbito de lo punible ...todas aquellas formas de comportamiento... frente a las cuales la víctima puede protegerse a sí misma de modo sencillo y exigible sin más»<sup>66</sup>. La fundamentación de este principio se obtiene de modo deductivo<sup>67</sup> sobre la base de determinadas consideraciones relativas

<sup>63</sup> Cfr. sólo ROXIN, FS Gallas (n. 32), p. 252; ídem, NStZ 1984, p. 412; ídem, AT P, 11/100.

<sup>64</sup> Cfr. detalladamente CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 6 II.

<sup>65</sup> SCHÜNEMANN, NStZ 1986, pp. 439, 442; SILVA SÁNCHEZ, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la *victimodogmática*», en: DE LA CUESTA *et al.* (comp.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, p. 639; ídem, en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, p. 28.

<sup>66</sup> NStZ 1986, p. 439.

<sup>67</sup> Así SCHÜNEMANN, en: SCHNEIDER (ed.), *Das Verbrechensoffer in der Strafrechtspflege*, 1982, p. 410; de este modo califican el mecanismo de deducción también SILVA SÁNCHEZ, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 65), p. 26; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 110.

a la misión del Derecho penal: partiendo de que sólo es admisible la intervención penal en defensa de bienes merecedores de protección, las conductas tipificadas son merecedoras de pena. Y, de nuevo según Schünemann, de igual modo que sólo la consideración de la víctima en el plano empírico conduce a una criminología completa, «...también desde la perspectiva *normativa* resulta evidente que el merecimiento y la necesidad de pena del autor hallan correspondencia en el merecimiento y en la necesidad de protección de la víctima...»<sup>68</sup>. Entonces, si el Derecho penal debe ser el medio adecuado para la protección de los bienes, especialmente, no debe producir consecuencias desproporcionadas<sup>69</sup>, sólo pueden ser objeto de sanción aquellas conductas del autor que afecten a una víctima «merecedora de protección».

b) Después de un análisis algo más detenido de estas aportaciones ha de llegarse a la conclusión de que su paradigma se halla sencillamente en deducir de las posibilidades fácticas de autoprotección de la víctima la necesidad de que sea ella la que responda del suceso lesivo, lo que significa que el autor queda exento de responsabilidad jurídico-penal. Y este intento de desarrollar una «perspectiva victimológica» en la dogmática jurídico-penal tropieza con serios inconvenientes. A modo de síntesis<sup>70</sup> de éstos puede decirse que la «inspiración» victimológica, sin una adecuada fundamentación material-normativa y sin inscribirse en el sistema de la dogmática jurídico-penal de modo sólido, no pasa de ser una etiqueta atractiva. La mera invocación de la perspectiva «victimo-dogmática» no puede llevar a la resolución del problema de la influencia del comportamiento de la víctima en el sistema de imputación penal. Sin duda alguna, la «victimodogmática» ha revitalizado el debate, y, especialmente, ha llamado la atención sobre las implicaciones político-criminales de la cuestión. Pero con estos elementos positivos, que se resumen en su propia denominación de «victimo»-dogmática, es decir, en su carácter de una construcción específicamente destinada a abordar la problemática de la víctima, aparece ya su debilidad decisiva: la carencia del anclaje en una concepción dogmática general, que no puede obtenerse para un problema aislado, de modo independiente de la estructura ya existente de la teoría del delito. En este sentido, puede decirse que ya existía «victimodogmática» en el sistema de la teoría del delito —en distintos instrumentos dogmáticos—

<sup>68</sup> En: ZEIDLER *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Faller*, München, 1984, p. 362 (cursiva en el original).

<sup>69</sup> SCHÜNEMANN, en: SCHNEIDER (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 67), p. 410; ídem, *NStZ* 1986, pp. 195, 439; en sentido similar, R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit* (n. 45), pp. 22 y ss.

<sup>70</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 7 II.

antes de que se inventara la denominación. Dicho de otro modo: no es necesario crear una especial victimodogmática; es la dogmática sin más la que debe ser capaz de resolver el problema<sup>71</sup>. Y aunque la cuestión de la denominación sea, claro está, de menor importancia, es esta reflexión la que desaconseja también el uso del término «victimodogmática».

#### IV. La víctima en el sistema de imputación objetiva

Una vez finalizado el —necesariamente breve— análisis crítico de los modelos de solución existentes, puede emprenderse el intento de una reconstrucción del tratamiento dogmático. Para ello, es necesario dar varios pasos: en primer lugar, se trata de averiguar cuál debe ser el punto de arranque normativo para la construcción dogmática. Este punto de partida se encuentra en el principio de autorresponsabilidad (*infra*, 1). En segundo lugar, se trata de delinear el tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, tratamiento que desde la perspectiva aquí adoptada —como se ha señalado antes, y coincidiendo con la doctrina dominante— debe ubicarse en el marco de la teoría de la imputación objetiva. En este tratamiento dogmático hay que diferenciar distintos niveles de análisis: Por un lado, la conducta de la víctima requiere de un tratamiento específico —dentro del primer nivel de la teoría de la imputación objetiva— en aquel sector de casos en el que es necesario adscribir el suceso al ámbito de responsabilidad de la víctima. Cabe denominar la institución dogmática que refleja esa necesidad «imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima» o, en breve, «imputación a la víctima». Aquí se propone una definición, que es precisada a continuación (*infra*, 2). Por otro lado, la conducta de la víctima también puede adquirir relevancia en otras instituciones generales de la teoría de la imputación objetiva, tanto en el plano de la tipicidad de la conducta o imputación del comportamiento como en el plano de la imputación del resultado. Acerca de este segundo ámbito sigue un breve esquema (*infra*, 3).

##### 1. El principio de autorresponsabilidad de la víctima

a) Entre los extremos metodológicos de una pura deducción de un «principio de autorresponsabilidad» de premisas axiológicas prejuri-

---

<sup>71</sup> ARZT, MSchrKrim 67 (1984), pp. 113 y s.

cas<sup>72</sup> y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal<sup>73</sup> existe también la vía intermedia —adoptada implícitamente por la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión<sup>74</sup>— de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática.

b) En este sentido, el contenido del art. 10.1 de la Constitución española —o de otras normas constitucionales similares—, que establece el «libre desarrollo de la personalidad» como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo. Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuirsele una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es inculpada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. La especial relación que une al titular con sus bienes —más densa que la que puede existir respecto de los bienes de cualquier otro<sup>75</sup>— debe manifestarse —cuando junto al titular intervenga otro sujeto— en que nadie puede responder antes que el titular de los daños que se puedan generar. Lo contrario implicaría privar al titular de su libertad de organización, e imponer a los demás un deber de tutela<sup>76</sup> que, al no estar formulado de modo ex-

<sup>72</sup> Así especialmente ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 8), pp. 19 y ss., especialmente p. 22, sobre la base del concepto de libertad de Kant.

<sup>73</sup> Así las aproximaciones de W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pp. 148 y ss., especialmente pp. 157, 182 y s. (autorresponsabilidad como función de su teoría de la conducta típica) o DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), pp. 138, 169 y ss., 191 (autorresponsabilidad como función de la prevención general positiva en cuanto fin de la pena).

<sup>74</sup> Cfr. desde una perspectiva más general sólo S/S<sup>24</sup>-LENCKNER, n.m. 100 y ss. previos a los §§ 13 y ss.; S/S<sup>24</sup>-CRAMER, § 15 n.m. 148 y ss.; MIR PUIG, *PG*<sup>2</sup>, 19/10 y ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, pp. 1 y ss., 6 y *passim*; de modo específico respecto de la conducta de la víctima *vid.* NEUMANN, JA 1987, p. 247 y ss.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), pp. 78 y ss.; cfr. además CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 8 II. C.

<sup>75</sup> Cfr. en este sentido JAKOBS, «La organización de autolesión y heterolesión», en: *idem*, *Estudios de Derecho penal* (n. 39), p. 402.

<sup>76</sup> Así ya EXNER, en: HEGLER et al. (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, tomo I, Tübingen, 1930, pp. 590 y s.;

preso, no existe. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad<sup>77</sup> consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente<sup>78</sup> al titular de los bienes.

c) Parece claro que esta elemental determinación sintetizada en el «principio de autorresponsabilidad» no conduce de modo directo a las soluciones dogmáticas concretas. Pero, partiendo de que tal desarrollo dogmático no puede quedar predeterminado plenamente por un concepto previo de autorresponsabilidad, ¿cuáles son las *líneas fundamentales* que, sin embargo, sí cabe extraer del binomio autonomía-responsabilidad, de la existencia de un «ámbito de responsabilidad preferente» de la víctima? *En primer lugar*, parece que la determinación de la atribución a la víctima del daño no es uno de los supuestos en los que

---

en la bibliografía actual, cfr. sólo W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), p. 157.

<sup>77</sup> Ni la terminología ni los contenidos asignados a este principio son uniformes. Así, en la doctrina alemana se usan los términos «Selbstverantwortung» (autorresponsabilidad) (cfr., por ejemplo, S/S<sup>24</sup>-LENCKNER, n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss.; S/S<sup>24</sup>-CRAMER, § 15 n.m. 148 y ss., especialmente 155 y s.; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung* [n. 39], pp. 360 y ss.; ídem, FS Oehler [n. 39], pp. 71 y ss., 74 y ss.; ZACZYK, *Selbstverantwortung* [n. 8], *passim*; desde una perspectiva más general, SCHUMANN, *Selbstverantwortung* [n. 74], *passim*; también en la jurisprudencia, cfr. sólo BGHSt 32, pp. 262 y ss.; BGH NStZ 1991, p. 392), «Eigenverantwortlichkeit», «Eigenverantwortung» (propia responsabilidad, autorresponsabilidad) (cfr. sólo AK-ZIELINSKI, §§ 15, 16 n.m. 104; S/S<sup>24</sup>-LENCKNER, n.m. 101a previo a los §§ 13 y ss.; WK-BURGSTALLER, § 80 n.m. 38, 69; JAKOBS AT<sup>3</sup>, 29/54; KÜHL, AT, 4/83 y ss.; STRATENWERTH, AT<sup>3</sup>, n.m. 1116, 1162; R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit* [n. 45], pp. 34 y ss.; ARZT, MSchrKrim 1984, pp. 112 y ss.; KIENAPFEL, JZ 1984, p. 752; NEUMANN, JA 1987, pp. 244 y ss., 248 y s.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], p. 153; OTTO, FS Tröndle [n. 25], pp. 157 y ss.; FIEDLER, *Fremdgefährdung* [n. 8], pp. 116 y ss.; HOHMANN, MDR 1991, pp. 1117 y s.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], *passim*; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* [n. 8], *passim*; en la jurisprudencia, cfr. sólo BGHSt 37, pp. 179 y ss.); en el contexto de la discusión relativa al suicidio, también se habla de «Freiverantwortlichkeit» (libre responsabilidad) (por ejemplo, S/S<sup>24</sup>-ESER, n.m. 36 previo a los §§ 211 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, pp. 457 y ss.); en otras ocasiones, se ha hablado de «autodeterminación» (*Selbstbestimmung*) (así el TS respecto de la «heteropuesta en peligro» [STS 17.7.1990 (RA 6728)]; finalmente, también se hace uso del término «autonomía» (así, por ejemplo, W. HASSEMER, JuS 1984, p. 724). En España han hablado de un principio de «autonomía» en este contexto, por ejemplo, LARRAURI PUJAN, ADPCP 1988, p. 761; *eadem*, EPCr XII (1989), pp. 240 y s.; BUSTOS RAMÍREZ, EPCr XII (1989), p. 127; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva* (n. 34), pp. 355, 358; desde una perspectiva más general, *vid.* también BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*, Barcelona, 1994, pp. 47 y ss., mientras que, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, en: CGPJ (ed.), *La victimología* (n. 65), p. 26, usa —como aquí se hace— el término «autorresponsabilidad».

<sup>78</sup> Cfr. NEUMANN, JA 1987, pp. 247 y s.; en el mismo sentido, PUPPE habla —si bien de modo limitado al delito imprudente— de una «competencia preferente del titular del bien jurídico» (NK, n.m. 175 previo a los §§ 13 y ss.).

es una causa —excepcional— de justificación la que permite la realización de lo que por regla general está prohibido, sino que tal determinación afecta de modo general precisamente a lo que «está prohibido» o no. Dicho de otro modo: se trata de un problema de tipicidad. *En segundo lugar*, sólo podrá servir de pauta la idea de autorresponsabilidad cuando el contexto normativo efectivamente esté orientado —como sucede por regla general— a garantizar la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima<sup>79</sup>. Cuando, por el contrario, el contexto normativo del ámbito en cuestión prevea tales intromisiones, con una función tuitiva<sup>80</sup>, en la esfera de la víctima, es decir, no se reconozca autonomía —en cierta medida— de organización, la solución dogmática por definición no responderá a la idea de autorresponsabilidad. *En tercer lugar*, aunque ello parezca evidente, hay que señalar que sólo derivarán consecuencias jurídico-penales del principio de autorresponsabilidad para la conducta del autor cuando la actividad pueda ser efectivamente *atribuida* a la víctima. Cuando ello no sea el caso, pueden operar —como se observará a continuación— otras instituciones dogmáticas no específicas de la intervención de la víctima, cuyo funcionamiento, como es lógico, responde a otras bases distintas.

## 2. *La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima*

### a) **Definición**

Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico («víctima») emprende conjuntamente con otro («autor») una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que —en primer lugar— la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, —en segundo lugar— la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de

---

<sup>79</sup> Dicho en la terminología de JAKOBS, cuando las normas en cuestión pretenden garantizar la «separación de ámbitos de organización» (cfr. por ejemplo, AT<sup>9</sup>, 1/7, 28/14; le sigue DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* [n. 8], pp. 181, 192 y ss.); en sentido similar, BALDÓ LAVILLA (*Estado de necesidad y legítima defensa* [n. 77], pp. 55 y s.): el sector de las prohibiciones o mandatos «orientados al desarrollo de la separación entre esferas organizativas autónomas».

<sup>80</sup> Vid. sólo BALDÓ LAVILLA (*Estado de necesidad y legítima defensa* [n. 77], pp. 57 y s.): sectores normativos «orientados al desarrollo del principio de solidaridad entre esferas organizativas autónomas».

la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y —finalmente, en tercer lugar— el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.

En lo que se refiere a la *terminología*, lo cierto es que parece que debe atribuirse más relevancia al contenido dogmático de una propuesta que a su rótulo. Si aquí se propone la denominación —por lo demás, nada original— de «imputación a la víctima», es sobre todo por razones de índole secundaria, relacionadas primordialmente con la evolución de la discusión doctrinal. Que no puede resultar adecuada aquella terminología que implica una perspectiva categorialmente distinta a la aquí sostenida, como la de «consentimiento» o la del «principio victimológico», parece evidente. Pero tampoco se ha recurrido a las denominaciones que han sido propuestas desde sectores doctrinales que han desarrollado un punto de vista próximo al que aquí intenta defenderse, propuestas en las que —como es natural y se observará a continuación— el desarrollo aquí planteado se apoya. En efecto, podría utilizarse la ya asentada denominación de «autopuesta en peligro», acuñada sobre todo por Roxin y que es ya un verdadero lugar común en doctrina y jurisprudencia. Pues en última instancia, cuando se afirma que concurre una «autopuesta en peligro» se está sosteniendo que lo sucedido no entra en el ámbito de responsabilidad de la víctima. Sin embargo, desaconseja el uso de este término el hecho de que aquí se propone una solución que no toma como punto de referencia la distinción de conductas de participación de las de autoría, como sí hace el sector doctrinal encabezado por Roxin y la amplia jurisprudencia que le sigue<sup>81</sup>. Tampoco se opta aquí por hablar de una «actuación», «actuar» o «acción a propio riesgo» (*Handeln auf eigene Gefahr*), como han hecho —si bien con distintos contenidos—, trasladando al ámbito penal una figura proveniente del Derecho civil alemán, por ejemplo, Preuß<sup>82</sup>, Ja-

---

<sup>81</sup> Vid. *supra* III. 3. Recuérdese, de todos modos, que en la doctrina alemana se utiliza esta denominación con frecuencia sin un contexto sistemático claro, por lo que W. FRISCH (NStZ 1992, p. 67) ha afirmado con razón que existe un empleo «desenfrenado y ecléctico» de la misma. Por lo demás, respecto de esta denominación hay que señalar —a modo de ejemplo— que el riesgo de confusión que puede generar el uso de un mismo término con contenidos divergentes ya se ha concretado en alguna ocasión en el resultado de una efectiva identificación discutible de contenidos; así, por ejemplo, al introducir ROXIN (AT I<sup>2</sup>, 11/102) en sus reflexiones las opiniones de ZACZYK en cuanto a la calificación de ciertos supuestos como «autopuesta en peligro» o «heteropuesta en peligro», cuando lo cierto es que el contenido que ZACZYK le asigna a tal término está alejado en puntos esenciales del que es propuesto por ROXIN.

<sup>82</sup> *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlín, 1974, pp. 144 y ss., 147 y ss.

kobs<sup>83</sup>, Bruns<sup>84</sup>, o Derksen<sup>85</sup>, ni de la «competencia de la víctima» (*Opferzuständigkeit*), término utilizado, por ejemplo, por Jakobs<sup>86</sup> o Herzog y Nestler-Tremel<sup>87</sup>. Pues aparte de la discutible «aclimatación» de ambos términos al castellano<sup>88</sup>, hay dos aspectos que no parecen positivos a los efectos que aquí se persiguen: en primer lugar, ninguna de las dos expresiones designa con claridad el carácter específico de lo que en estas páginas quiere proponerse. En efecto, puede pensarse, por ejemplo, que «actúa a su propio riesgo» o «es competente» también aquella víctima que se expone a un riesgo general de la vida, sin que haya en este caso una imputación en sentido estricto a la víctima, sino meramente una aplicación de la regla *casum sentit dominus*. Por otro lado, también queda exonerado el autor —y, en ese sentido, podría decirse que es «competente» la víctima— cuando el riesgo en cuya generación ha intervenido el autor queda cubierto por un riesgo permitido, etc. Sin embargo, de lo que aquí quiere tratarse al hablar de «imputación a la víctima» —como se acaba de adelantar y se verá a continuación— es de los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del tercero está, precisamente, en la atribución de lo sucedido al ámbito de responsabilidad a la víctima, es decir, aquellos casos en los que la exoneración del autor proviene específicamente del carácter responsable de aquella<sup>89</sup>. Por otro lado, el término «competencia de la víctima» parece designar más bien el resultado del proceso dogmático de atribución de ámbitos de responsabilidad, antes que ese proceso mismo.

<sup>83</sup> Cfr. sólo AT<sup>2</sup>, 7/129.

<sup>84</sup> NJW 1987, p. 2282.

<sup>85</sup> *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), *passim*.

<sup>86</sup> Cfr., por ejemplo, *La imputación objetiva* (n. 32), pp. 109 y ss.; ídem, «La imputación objetiva», en ídem, *Estudios de Derecho penal* (n. 39), pp. 220 y s.

<sup>87</sup> Quienes, concretamente, hablan de una «competencia para la autoprotección» (StV 1987, pp. 369 y ss.).

<sup>88</sup> Y los distintos significados —de modo paralelo a lo que puede constatararse respecto de la «autopuesta en peligro»— que han sido atribuidos por los diversos autores a estos términos: así, por ejemplo, PREUB utiliza esta terminología para designar más bien una determinada modalidad de consentimiento (atenuado), mientras que para JAKOBS —más en la línea de lo que puede ser la utilización de la noción de «autopuesta en peligro» en el marco de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por ROXIN, y, como se verá, del punto de vista aquí defendido— se refiere a una causa de exclusión de la imputación objetiva de la conducta.

<sup>89</sup> En contra de esta posición y terminología formula una objeción similar W. FRISCH, al afirmar que hay casos en los que no puede hablarse de «competencia» de la víctima a pesar de concurrir atipicidad (cfr. FRISCH, NStZ 1992, p. 6 con n. 57); pero la crítica de FRISCH va justo en la dirección contraria a la aquí defendida —diferenciar los casos de atribución de responsabilidad al ámbito de la víctima de otros en los que ésta no concurre—, al sostener que todas las constelaciones de casos deben reconducirse a la teoría general de la conducta típica, sin ulterior diferenciación, en principio.

## b) Imputación no accesoria

La imputación de la actividad al ámbito de responsabilidad de la víctima no depende de la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material de víctima y autor *per se*. En este sentido, puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor<sup>90</sup>. Una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima. La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad<sup>91</sup>. En atención a ese carácter preferente del ámbito de responsabilidad de la víctima, la atribución de los daños no puede seguir las mismas reglas que determinan, mediante la teoría de autoría y participación, cuál es el grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta a un tercero. Una vez constatada que es la interacción existente entre autor y víctima a la que hay que reconducir —en los términos que aún han de precisarse más adelante— la actividad arriesgada, la organización conjunta no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución. La distribución de las distintas aportaciones materiales a la ejecución de la actividad arriesgada, como puede ser, por ejemplo, la decisión de quién entre dos sujetos que han decidido participar en una competición de motocicletas conduzca efectivamente

<sup>90</sup> Vid. también *supra* III. 3. Sobre estos últimos supuestos, en los que a pesar de la intervención fenomenológicamente preponderante de la víctima (aún sin concurrir una situación normativa especial) el hecho es obra del autor, cfr. en detalle CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 10.

<sup>91</sup> Por otra parte, es precisamente esta responsabilidad preferente de la víctima la que impide acoger la solución defendida por HERZBERG (JA 1985, pp. 137, 272, 336 respecto de la intervención en un suicidio), opuesta a la aquí delineada. Pues HERZBERG, partiendo también —aunque desde una perspectiva distinta a la aquí adoptada, *vid. supra* III, 3— de una crítica de la distinción apriorística entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro, llega a la conclusión de que siempre que haya una configuración de la colaboración entre víctima y autor que daría lugar a coautoría (de tratarse de la comisión de una infracción penal), puede imputarse al autor en cuanto (cuasi-)coautor. En efecto, esta aproximación fija su punto de vista de modo unilateral en la aportación del autor y no ofrece constestación a la cuestión de por qué razón no se imputa todo lo sucedido a la cuasi-autoría de la víctima (cfr. en este sentido, por todos, la crítica de OTTO, FS Tröndle [n. 25], p. 160). Desde la perspectiva aquí adoptada, la existencia del ámbito de responsabilidad preferente de la víctima es la que justifica, precisamente, la imputación a la víctima.

el vehículo (si es quien no conduce quien resulta lesionado y se presenta *ex post* como «víctima»), no modifica en nada la calidad de todo el suceso de ser una actuación conjunta dentro del ámbito de autorresponsabilidad de la víctima<sup>92</sup>. Pues en este ámbito no se trata de comprobar —como sucede en la distinción entre autoría y participación— la mayor o menor «proximidad» —determinada del modo que sea dentro de la teoría de la participación— de la conducta de distintos sujetos al comportamiento típico —acerca de cuya concurrencia, al menos respecto de uno de ellos, no hay duda—, sino de determinar si la conducta del «autor» puede ser típica. Si la interacción es reconducible al actuar imputable a la víctima, desde el punto de vista normativo el factor dominante es su conducta autorresponsable.

Desde esta perspectiva, no hay obstáculo alguno a afirmar la atipicidad —concurriendo, claro está, los demás requisitos de la «imputación a la víctima»— de la conducta del autor en supuestos en los que es éste el que lleva el peso absoluto de la ejecución. Así, tanto en el famoso caso del barquero<sup>93</sup> como en los distintos casos del copiloto<sup>94</sup>, el caso del ciclomotor<sup>95</sup> o el caso del conductor ebrio<sup>96</sup>, la configuración con-

<sup>92</sup> Por ello, no hay razón alguna para limitar el ámbito de responsabilidad —como ha propuesto de modo explícito y especialmente exhaustivo WALTHER (cfr., por ejemplo, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], pp. 80 y s.)— a lo ejecutado de propia mano.

<sup>93</sup> RGSt 72, pp. 172 y ss.: dos viajeros habían solicitado al acusado, barquero en el río Memel, que les cruzara con su barca a la otra orilla. El barquero se negó inicialmente a ese propósito, indicándoles que la situación del río —con un caudal superior al habitual— hacía extremadamente peligroso el intento de cruzarlo. Los viajeros, sin embargo, insistieron tanto —poniendo incluso en duda la valentía del acusado— que éste accedió finalmente a su petición. En el curso de la travesía, la barca se hundió, muriendo ahogados ambos viajeros.

<sup>94</sup> STS 23.12.1963 (JC 1542): A y B, por un lado, en una motocicleta que conducía A y en la que B iba de pasajero, habían entablado una competición irregular con C, D, E y F, por otro, que iban en otras motocicletas, en una carretera estrecha con mala visibilidad. Al tomar en el curso de la competición una curva muy cerrada, la moto de A y B se precipitó contra un vehículo que de modo correcto circulaba en dirección contraria, muriendo B. RG JW 1925, pp. 2251 y ss.: el acusado había realizado una excursión con un amigo suyo, llevándolo en el asiento de una motocicleta. Al realizar una nueva excursión, el acusado se percató a la ida de que los frenos no funcionaban correctamente. En el trayecto de vuelta, a causa de ese defecto y de la velocidad demasiado elevada a la que conducía el acusado, se produjo una colisión por causa de la cual el mecánico perdió la vida, mientras que el acusado resultó gravemente lesionado; en particular sobre este caso desde la perspectiva de la definición de la actividad conjunta, cfr. *infra* IV. 2. d).

<sup>95</sup> MDR 1959, p. 856: el acusado había participado junto a otras tres personas en un festejo popular. En el transcurso de la fiesta se produjo una pelea, de la que el acusado y sus tres acompañantes huyeron en el ciclomotor del primero, conducido por éste. Al perder el control del vehículo, el acusado y los otros tres sujetos cayeron al suelo; uno de ellos resultó muerto, los demás con lesiones leves.

<sup>96</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1967, pp. 2321 y ss.: el acusado, estando ebrio, se dejó convencer por un amigo suyo para que le llevara a casa. En el trayecto, un error de

creta del reparto de tareas entre autor y víctima en la ejecución no impide *per se* que se impute el suceso a la víctima. Por consiguiente, tampoco es necesario diferenciar —especialmente en aquellos supuestos en los que ello resulta particularmente difícil, como pueden ser los de transmisión de enfermedades por contacto sexual— cuándo la conducta del autor o la de la víctima resulta preponderante en el plano de la ejecución.

### c) Imputación objetiva

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima —concurriendo los demás requisitos— se produce en términos objetivos. Que esto deba ser así viene determinado por un rasgo característico de las constelaciones en cuestión: la interacción entre autor y víctima. En efecto, en el presente ámbito el riesgo para los bienes es creado conjuntamente por autor y víctima. Desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntar de modo aislado respecto de cada uno de ellos qué representación subjetiva debe tener el «autor» para poder ser autor, ni qué representación subjetiva cabe requerir de la «víctima» para que no se la considere víctima en sentido estricto —sujeto pasivo de un hecho delictivo—, sino responsable de sus pérdidas<sup>97</sup>. Pues el horizonte relevante para considerar hasta qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa sólo puede hallarse en lo configurado conjuntamente, en este sentido —y coincidiendo con el significado del término en el marco de la teoría de la

---

conducción tuvo como consecuencia un accidente en el que se produjo la muerte del amigo. Próximo es también el supuesto enjuiciado —en el que igualmente la ejecución estaba en manos del autor— en la resolución OLG Zweibrücken, JR 1994, pp. 519 y ss., en el que el acusado había aceptado transportar en la parte de atrás de una furgoneta —que no contaba con asientos y sólo estaba destinada al transporte de carga— a un compañero de trabajo, que salió despedido (muriendo a causa de las heridas producidas) del vehículo al producirse un choque por un error imputable a la conductora de otro automóvil. Había planteado un supuesto similar con base en un caso de la jurisprudencia civil —y con la misma solución material que aquí se propone— ya P. FRISCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlín, 1973, pp. 24 con n. 73, 127.

<sup>97</sup> Respecto de esta última vertiente —referida a la representación de la víctima— *vid.* también *supra* III. 2.; más allá de lo allí expuesto, hay que recordar que cualquier aproximación que plantee exigencias de principio demasiado elevadas a los conocimientos de la víctima estará excluyendo un nutrido grupo de supuestos de conductas, en las que la víctima actúa de modo inconsciente, grupo que desde el punto de vista empírico es al menos tan numeroso como el de las conductas conscientes (como señala con razón W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], pp. 180 y s.).

imputación objetiva (del comportamiento)—, en un plano objetivo. Dicho de otro modo, en ninguna de las dos direcciones (autor-víctima) la cuestión puede hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Esto no significa, sin embargo, que la representación de víctima y autor carezca de relevancia a la hora de configurar el marco de la actuación conjunta. Ésta, por el contrario, quedará definida en la mayoría de las ocasiones incluyendo las perspectivas, las representaciones subjetivas de los intervinientes. Lo que se quiere decir es que no pueden ser los datos subjetivos «desnudos», no introducidos en la actuación conjunta de autor y víctima, los que deban decidir una u otra calificación. Pues de acuerdo con la estructura interactiva de las constataciones en cuestión, sólo de un modo relativo, introduciendo la perspectiva común de autor y víctima, puede llegarse a la calificación<sup>98</sup>.

Partiendo de esta perspectiva, puede haber incluso casos —como ha propuesto cierto sector doctrinal<sup>99</sup>— en los que ni siquiera exista, en el lado de la *víctima*, conocimiento del riesgo al que se expone. Así, aunque en alguno de los supuestos de entrega de estupefacientes<sup>100</sup> o en el caso del aguardiente<sup>101</sup> la víctima desconozca la posibilidad de que el consumo de las respectivas sustancias pueda producir diversos daños —digamos, de momento, «normales»: los que derivan de la organiza-

<sup>98</sup> De modo coherente con lo acabado de decir, no podrá haber imputación a la víctima cuando el autor ni siquiera se mantenga dentro del ámbito de la actividad conjunta (cfr. sobre esto a continuación en el texto, IV. 2. d).

<sup>99</sup> Cfr. sobre todo JAKOBS, *AT*<sup>2</sup>, 7/129; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pp. 182 y s., 219 y ss.; también DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), pp. 86 y ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (n. 39), pp. 167 y s.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 5 II. C. 2. y 3.; respecto de los supuestos de contagio con VIH, *vid.* también BRUNS, *NJW* 1987, p. 2282; también de respecto de este ámbito, *vid.* HERZOG/NESTLER-TREMEL, *StV* 1987, pp. 369 y s.; desde una perspectiva divergente de la aquí adoptada, pero coincidiendo en la posibilidad que se señala a continuación en el texto, cfr. también, por ejemplo, P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt* (n. 96), pp. 116 y ss., 122 y ss.

<sup>100</sup> *Id.* sólo STS 20.2.1993 (RA 1383): el acusado había vendido a la víctima una determinada cantidad de heroína que resultó ser de gran pureza, sin que el acusado conociera esta circunstancia. La víctima murió al consumir la sustancia.

<sup>101</sup> GA 14 (1866), pp. 532 y ss.: un soldado que se encontraba en una tienda se vanaglorió de que era capaz de beberse de un trago cierta considerable cantidad de aguardiente. Frente a esta afirmación, el tendero replicó que si realmente era capaz de beberse de un trago, le regalaría el aguardiente, debiéndolo pagar si no lo lograba. El soldado bebió en un espacio de tiempo muy corto, y de un trago, el aguardiente ofrecido. A continuación, el tendero le sirvió más aguardiente, que el soldado bebió igualmente de un trago. La ingestión del aguardiente le produjo la muerte por intoxicación etílica al día siguiente. Sin embargo, en este caso, muy probablemente, no sea necesario acudir a la imputación a la víctima, por concurrir ya —con carácter previo, desde el punto de vista sistemático— un supuesto de prohibición de regreso; *vid. infra* IV. 3. b).

ción conjunta<sup>102</sup>— en su persona, el suceso debe imputarse de todos modos a su ámbito de responsabilidad. Pues las respectivas actividades no pueden ser interpretadas de ningún modo sin el riesgo de esos daños. Igualmente, si un sujeto mantiene relaciones sexuales con una persona cuyas circunstancias personales revelan un posible riesgo —supongamos que se trata de una persona dedicada a la prostitución—, y de ese contacto resulta el contagio de una enfermedad de transmisión sexual, es indiferente que la víctima conozca o no la condición de portadora de tal enfermedad de la otra, o siquiera la posibilidad de transmisión en el contacto sexual elegido. Pues la actividad conjunta realizada —contacto sexual con alguien que mantiene frecuentes relaciones sexuales con un gran número de personas— conlleva objetivamente el riesgo de contagio de una enfermedad de transmisión sexual<sup>103</sup>. Por el hecho de que en su peculiar mundo interno, la víctima «decida» desligar su conducta de esa posibilidad no se genera una conducta típica del otro sujeto. La conducta de la persona prostituida no es típica de un delito de lesiones o de homicidio; el suceso debe imputarse a la víctima<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Pues se abandona el ámbito de la organización conjunta —como se verá a continuación— cuando desde la perspectiva del autor se está realizando una actividad que difiere de modo sustancial de lo que es la imagen de esa misma actividad desde la perspectiva de la víctima; *vid. infra*, IV. 2. d) en el texto y, en cuanto a los conocimientos de víctima y autor, en detalle CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 10 II. B.

<sup>103</sup> Y esto es así en un plano verdaderamente objetivo: no se trata de establecer ni siquiera un «síndrome de riesgo» que la víctima deba conocer (por ejemplo: la persona con la que se mantiene el contacto sexual se dedica a la prostitución), como ha propuesto interpretar SANCINETTI los supuestos de una posible exoneración de la víctima en este ámbito (*vid. Subjetivismo e imputación objetiva* [n. 41], pp. 132 y s.). Lo decisivo no es que la víctima se imagine que las personas dedicadas a la prostitución corren un riesgo especialmente elevado de contagiarse con enfermedades de transmisión sexual, sino el hecho de que eso es así. Aunque el cliente —supongamos, en un ejemplo próximo a los de error de prohibición en el Derecho penal material respecto del autor—, oriundo de una isla lejana, desconozca la existencia de enfermedades de transmisión sexual —es decir, no se represente absolutamente nada a ese respecto—, el suceso deberá imputarse a su ámbito de responsabilidad (partiendo de que la definición de los respectivos ámbitos de responsabilidad para este contexto, es decir, del significado objetivo de la conducta, sea correcta, esto es, que se defina la enfermedad en cuestión como un riesgo ubicuo cuyo control no puede asignarse en exclusiva a su portador; en caso de que no se comparta esta valoración, sin embargo, puede acudir-se a otro ejemplo); la situación sólo variará en el momento en el que la candidez del cliente se introduzca en la interacción, de modo que varíe la definición de la organización conjunta (*vid. aquí infra*, IV. 2. d). Si aún en este caso quiere decirse que la víctima conoce «algo» (*vid. SANCINETTI, op. cit.*, p. 132), es decir, en el ejemplo concreto, que sabe que va a mantener relaciones sexuales, ello, sin duda, es correcto: pero ese conocimiento no tiene ya relación alguna con el problema de imputación.

<sup>104</sup> Sobre esta problemática en lo que se refiere a los supuestos de desnivel de conocimientos, *vid.* con más detalle CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 10 II. B. 3.

Por otro lado, si se afirma que la organización conjunta es imputable a la víctima, el mero hecho de que el *autor* tenga una disposición psíquica determinada —con independencia de que pudiera dar lugar a la apreciación de dolo o de imprudencia— no puede variar la calificación de su conducta como atípica<sup>105</sup>. Es decir, en el caso del aguardiente acabado de citar es indiferente para esa determinación que el sujeto que ofrece el aguardiente desee la muerte del soldado (dolo), o que conociendo el riesgo de muerte que puede derivar de la ingestión del alcohol lo infravalore (imprudencia). Lo mismo cabe decir del supuesto de las relaciones sexuales con riesgo de transmisión: es indiferente que la persona prostituida, en el ejemplo antes propuesto, desee que todos sus clientes mueran, o que el bienestar de éstos le sea indiferente, o que ni siquiera haya prestado atención al hecho de que presenta signos evidentes de padecer la enfermedad en cuestión.

En este sentido, es en el plano de la configuración objetiva de la interacción, y en su conexión con el ámbito de responsabilidad preferente que corresponde a la víctima, en el que deben hallarse los límites de la relevancia de la conducta de la víctima. Desde esta perspectiva, no parece convincente la elección sistemática desarrollada sobre todo por Hillenkamp<sup>106</sup>, en el sentido de estimar que la figura de la víctima ocupa un papel totalmente distinto en el ámbito de los delitos dolosos y en el de los delitos imprudentes<sup>107</sup>, hasta el punto de que en su opinión se trata de problemáticas que ni siquiera pueden ser sometidas a un análisis unitario<sup>108</sup>. Pues si bien parecen muy convincentes muchos de los elementos de la exhaustiva crítica realizada por Hillenkamp a los postulados victimodogmáticos —dejando de lado cuestiones que en realidad pertenecen a la Parte Especial<sup>109</sup>—, lo cierto es que los límites a la consideración de la conducta de la víctima —y, por tanto, el rechazo a cualquier tendencia de «culpabilización» de ésta— no pueden hallarse con base en

<sup>105</sup> En este sentido se pronuncia, como es natural, aquel sector de la doctrina que se ha decidido en favor de ubicar —en el marco de diversas construcciones dogmáticas— la cuestión en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva; cfr. por todos ROXIN, *AT F*, 11/85, 11/87, 11/103.

<sup>106</sup> En sus monografías *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981 y *Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat*, Bielefeld, 1983.

<sup>107</sup> Dicho en términos simplificados: posible reducción de la responsabilidad del autor en la dogmática de la imprudencia, anatemización de esa misma reducción —aunque sólo en el ámbito del injusto, porque tal reducción reaparece en la concepción del propio HILLENKAMP en el ámbito de la medición de la pena, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 106), pp. 211 y ss.— para el delito doloso.

<sup>108</sup> Vid. HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 106), pp. 10 y ss., especialmente 16.

<sup>109</sup> Vid. *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 106), pp. 17 y ss., 172 y ss.; ídem, *Der Einfluß* (n. 106), pp. 12 y ss.; cfr. también *supra*, III. 4.

el mero hecho de que en un caso el autor muestra dolo respecto de la lesión, mientras que en el otro, tan sólo se comporta de manera imprudente (de modo que se trataría, como ya se ha dicho, de dos verdaderos «mundos» dogmáticos). El límite ha de encontrarse, por el contrario, en la diferente configuración objetiva de la interacción entre víctima y autor, quedando en unos casos el suceso abarcado por el ámbito de responsabilidad de la víctima y en otros no<sup>110</sup>. Pero esta delimitación puede hacerse —sin fragmentar de modo tan notable y esquemático la discusión, y en coherencia con la más reciente evolución dogmática— en la teoría del tipo objetivo común a delitos dolosos e imprudentes como barrera de imputación previa a la consideración del lado subjetivo.

#### d) Organización conjunta

Presupuesto y objeto de referencia de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima es que lo sucedido —la actividad arriesgada que produce el daño— se corresponda con la organización conjunta de autor y víctima. Esta organización conjunta no debe entenderse —como antes se ha mostrado— en el sentido de una actividad común en la que tanto víctima como autor introducen, de modo paralelo a la coautoría, aportaciones al hecho de cierta relevancia. Por el contrario, la intervención de víctima y autor ser de muy diversas características, yendo desde un mero acto de comunicación —por ejemplo, el ruego al autor o a la víctima de hacer u omitir determinada conducta— hasta la ejecución directa de la actividad generadora del riesgo. Y como acaba de exponerse, además, no resulta *per se* decisivo cuál sea el significado que autor o víctima asignen en su ámbito interno al contexto de interacción. La interacción entre víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo. Este significado objetivo se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son «conjuntos» que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima. Nadie puede ser distanciado de los riesgos implícitos en una actividad suya que pone en peligro sus bienes sin ser autocontradictorio y sin que se ponga en duda su autorresponsabilidad. El punto decisivo, por lo tanto, está en determinar —a la hora de concretar cuándo la actividad conjunta es «suya», le es imputable— en qué medida el contacto puede ser definido por la víctima de modo unilateral como inocuo, cuándo es el autor el

---

<sup>110</sup> Como es lógico, de modo significativo, este será el caso en los supuestos en los que lo que hay es una agresión del autor a la víctima, no una actuación arriesgada conjunta; *vid.* a continuación IV. 2. d) al desarrollar la noción de «organización conjunta».

que instrumentaliza a través de su organización a la víctima, y a partir de qué punto la organización conjunta abandona esa esfera y obtiene un significado objetivo autónomo independiente del arbitrio de los intervinientes.

El concepto de organización conjunta, por consiguiente, no encubre un «*versari in interactio*» perjudicial para la víctima: evidentemente, no concurre organización conjunta cuando se trata de riesgos meramente estadísticos, aunque estos sean muy densos y conocidos por la víctima. Quien da un paseo en un bosque en el que —como todo el pueblo sabe— una banda de cazadores furtivos hace uso de modo muy descuidado de sus escopetas, no ha organizado con ellos el riesgo de una herida por arma de fuego; una mujer no coorganiza un ataque contra su libertad sexual si invita a cenar a un hombre conocido por su comportamiento incorrecto: en estos casos, no existe una actividad arriesgada organizada conjuntamente; la víctima puede mantener la definición del suceso como inocuo. Tampoco hay organización conjunta, por otra parte, cuando la conducta del autor introduce un elemento adicional a los factores de riesgo presentes en el contexto común, o cuando la situación de hecho contiene de algún otro modo un factor de riesgo que no pertenece a la organización conjunta<sup>111</sup>. Tampoco podrá imputarse el daño al ámbito de responsabilidad de la víctima cuando la organización conjunta entre autor y víctima contenga un reparto de tareas que implique —de modo unilateral o bilateral— cometidos de control de ciertos elementos de riesgo y sea precisamente uno de esos elementos el que genere el riesgo que se concreta en la lesión de la víctima<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Este aspecto de la falta de organización conjunta es el elemento que el TS consideró decisivo, con razón, a la hora de resolver el caso de la botella antes citado (texto correspondiente a la n. 10; STS 17.7.1990 [RA 6728]). En efecto, el autor introdujo un elemento adicional al ejecutar la actividad arriesgada de modo contrario al acordado: «...En los hechos probados es indudable que el procesado disparó 'en el instante en que aquél (la víctima) efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima'. Al disparar de esta manera el recurrente introdujo, sin previo aviso del momento de la acción un factor elevador del riesgo...» Destaca este aspecto con razón MIR PUIG en su comentario a la sentencia (ADPCP 1991, p. 264), señalando que concurre un «fallo en la ejecución» por parte del autor «que la desvía de la propuesta inicial de la víctima». También es éste el aspecto decisivo en el antes citado caso del copiloto RG JW 1925, pp. 2251 y ss.: muy posiblemente podría afirmarse que el copiloto (víctima) organizó conjuntamente con el conductor la actividad de un trayecto en motocicleta con un conductor inexperto y a una velocidad excesiva. Pero parece deducirse de los hechos declarados probados que no había organización conjunta de una actividad que contuviera esos elementos y además el de la falta de funcionamiento de los frenos del vehículo —factor que incidió en el accidente—, como sucedió de hecho.

<sup>112</sup> Así, por ejemplo, cuando el autor ha asumido la dirección de una expedición alpina y se produce la lesión por un error en las medidas de seguridad, cuyo estable-

Desde la perspectiva de la organización conjunta, también la ampliamente discutida cuestión del grado de responsabilidad de la víctima —la determinación de qué características personales han de poder predicarse de una víctima para que sea considerada «autorresponsable»— se presenta de modo más sencillo. Pues queda claro que la introducción de la figura de la víctima no puede plantearse de modo reducido a los frentes habituales «solución del consentimiento» y «solución de la imputabilidad»<sup>113</sup>. Ciertamente, ha de darse la razón en lo fundamental a los partidarios de los criterios de imputabilidad, ya que el punto de partida ha de estar en aquel criterio a través del cual el ordenamiento fija las reglas conforme a las cuales los ciudadanos son tratados como iguales y responsables. Pero también queda claro que no puede realizarse una trasposición directa de esos criterios. Más relevante en este contexto es que la característica de la «responsabilidad» de la víctima sea introducida en el contexto de imputación. Pues sólo la imagen de la víctima en ese contexto, en la organización conjunta con el autor, puede influir en la valoración de la conducta de éste<sup>114</sup>.

---

cimiento compete al autor (*vid.* el caso SchwJZ 41 [1945], pp. 42 y ss.). En todo caso, sin embargo, ha de examinarse cuidadosamente el alcance de los deberes de protección en cuestión; se va demasiado lejos, por ejemplo, si se parte de la existencia de un deber cuasi omnicomprendivo de protección del médico frente al paciente, que abarca incluso la evitación de una dosificación y modo de administración temerarios por parte de la víctima de los medicamentos prescritos (así, sin embargo, BGH JR 1979, p. 429; críticos con la resolución, por ejemplo, SK-RUDOLPHI, n.m. 79a previo al § 1; JAKOBS, AT<sup>2</sup>, 29/70 con n. 141).

<sup>113</sup> Por razones de espacio, no puede entrarse aquí en los detalles de esta discusión, que se ha desarrollado sobre todo en la doctrina alemana respecto del ámbito del suicidio. Se han expresado en favor de una aplicación analógica de las reglas del consentimiento, por ejemplo, LK<sup>10</sup>-JÄHNKE, n.m. 26 previo al § 211; SK-HORN, § 212 n.m. 15; S/S<sup>24</sup>-ESER, n.m. 36 previo al § 211; GEILEN, JZ 1974, pp. 151 y s.; MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Köln etc., 1984, pp. 139 y ss., 148 y ss., 221 y ss.; HERZBERG, JA 1985, pp. 340 y ss.; NEUMANN, JuS 1985, pp. 679 y ss.; ídem, JA 1987, pp. 244 y ss., 251 y ss.; BRANDTS/SCHLEHOFER, JZ 1987, pp. 443 y ss.; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pp. 166 y ss., 222 (aunque sólo respecto de los defectos de responsabilidad en la víctima; respecto de defectos cognitivos —desnivel de conocimientos entre autor y víctima—, FRISCH prefiere una solución más objetiva, *op. cit.*, pp. 222 y ss.); OTTO, FS Tröndle (n. 25), p. 174; KÖHLER, ZStW 104 (1992), pp. 25 y s.; WALTHER propone una combinación de ambos criterios (*Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], pp. 107 y s., 109 y s.). A favor de tomar como punto de referencia las reglas de imputabilidad, por ejemplo, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.<sup>a</sup> ed., Berlín-New York, 1994, pp. 236 y s., 645 y s.; HIRSCH, JR 1979, pp. 432 y s.; BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, Berlín, 1982, pp. 247 y ss.; ídem, GA 1983, pp. 30 y ss.; DÖLLING, GA 1984, pp. 71 y ss., 78 y ss.; CHARAMBALAKIS, GA 1986, pp. 489 y ss., 498 y ss.; JAKOBS, AT<sup>2</sup>, 21/71, 21/97 y s.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (n. 39), pp. 178 y ss.; ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 8), pp. 43 y s.

<sup>114</sup> Cfr. W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pp. 160 y ss., 162; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), pp. 183, n. 58, 185 y ss.; CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 10 II. A.

### e) Recortes normativos de la autorresponsabilidad

Finalmente ha de apuntarse que existen ámbitos, sin embargo, en los que a pesar de concurrir varios sujetos autorresponsables en una actividad arriesgada, el ordenamiento del sector en cuestión establece reglas especiales conforme a las cuales a uno de esos sujetos corresponde una especial obligación de tutela frente a los demás intervinientes en esa actividad. Se trata de supuestos en los que una razón normativa específica desplaza al principio de autorresponsabilidad y sus consecuencias dogmáticas<sup>115</sup>. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones laborales, en el que el ordenamiento obliga —en cierta medida— al empleador a prevenir imprudencias autolesivas de los trabajadores.

## 3. Imputación a la víctima e imputación objetiva

De lo antes expuesto se deduce fácilmente que desde la perspectiva aquí adoptada, la «imputación a la víctima» debe configurarse como una institución dogmática incluida en el primer nivel de la imputación objetiva: la imputación del comportamiento<sup>116</sup> o de la conducta<sup>117</sup>. En efecto, si el suceso realizado de modo conjunto es atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, no puede ser típica la conducta del autor<sup>118</sup>. A continuación, se expondrá muy brevemente cómo ha de integrarse la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima en la teoría de la imputación objetiva (*infra*, a). Finalmente, se presenta una breve sinopsis acerca de la relevancia de la conducta de la víctima en otras instituciones de la teoría de la imputación objetiva, tanto en el ámbito de la imputación de la conducta (*infra*, b) como de la imputación del resultado (*infra*, c).

### a) Ubicación sistemática de la imputación a la víctima

La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima introduce en la construcción dogmática de la teoría del tipo un dato —la respon-

<sup>115</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 9 I. C.

<sup>116</sup> Término utilizado por JAKOBS, *La imputación objetiva* (n. 32), pp. 89 y ss.

<sup>117</sup> Término utilizado por MIR PUIG, *PG*<sup>4</sup>, 10/48 y ss.

<sup>118</sup> Coinciden materialmente en esta ubicación sistemática, por ejemplo, AK-ZIELINSKI, §§ 15, 16 n.m. 104; NK-PUPPE, n.m. 164 previo al § 13 (ambos respecto del delito imprudente); JAKOBS, *AT*<sup>2</sup>, 7/129; ídem, *La imputación objetiva* (n. 32), pp. 109 y ss.; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pp. 76 y s., 148 y ss., 156 y ss., 182 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *EPCr XII* (1989), pp. 125 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva* (n. 34), pp. 365 y ss. (respecto del delito imprudente).

sabilidad preferente del titular del bien jurídico— adicional sobre otros mecanismos de distribución de responsabilidad de carácter más genérico. Por ello, dentro del primer nivel de la imputación objetiva, la imputación a la víctima debe ser distinguida de otras instituciones, respecto de las cuales mantiene una relación de especialidad. En efecto, la «imputación a la víctima» no sólo debe ser diferenciada de la imputación de resultados, sino que aún dentro del primer nivel de la imputación objetiva —la constatación de la tipicidad de la conducta— debe ser distinguida de otras instituciones. En este sentido, el factor normativo de la autorresponsabilidad de la víctima añade un dato adicional y diferencial al juicio de imputación. Cabe observar que existe esta relación con base en el hecho de que muchos de los supuestos en los que se plantea la cuestión de la relevancia de la conducta de la víctima constituyen de modo evidente conductas que en principio —de no concurrir la conducta, precisamente, de la víctima— estarían sin duda alguna dentro del ámbito típico: si, por ejemplo, en el caso de una competición irregular de motocicletas<sup>119</sup>, en el de la entrega de heroína<sup>120</sup> o en el supuesto antes aludido de la botella<sup>121</sup> se hubiera visto afectado un tercero no interviniente en la interacción o un sujeto no responsable, nadie dudaría de que las correspondientes conductas deberían ser consideradas típicas<sup>122</sup>.

Algunas aproximaciones a la problemática no reconocen, sin embargo, este carácter específico a la conducta de la víctima<sup>123</sup>, si bien pue-

<sup>119</sup> Cfr., por ejemplo, BGHSt 7, pp. 112 y ss.

<sup>120</sup> Cfr., por ejemplo, STS 20.2.1993 (RA 1383).

<sup>121</sup> STS 17.7.1990 (RA 6728).

<sup>122</sup> Como denota, por ejemplo, el TS al afirmar en la sentencia del caso de la botella (*vid.* n. anterior) que el autor ha «...causado el resultado infringiendo el deber de cuidado», a pesar de lo cual el TS examina si la intervención de la víctima puede exonerar al autor. Parece claro que esto significa, como se sostiene en el texto, que en un sentido genérico la conducta del autor es típica, infringe el deber de cuidado, y que la cuestión de la intervención de la víctima es introducida en la valoración en un momento posterior y puede, a pesar de ello, conllevar la exclusión de la tipicidad del comportamiento del autor (como el TS de hecho se plantea como posibilidad, que excluye en atención al fallo en la ejecución del autor).

<sup>123</sup> Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la ubicación de la cuestión en el ámbito de la participación, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva* (n. 34), pp. 344 y ss. «...estos supuestos no son más que un grupo particular de una problemática más amplia: la de la contribución o provocación imprudente de la conducta dolosa de otra persona» (p. 344; cursiva en el original; *vid.*, sin embargo, *eadem, op. cit.*, pp. 352, 355, reconociendo materialmente la especificidad al invocar el principio de autonomía de la víctima); en sentido similar —ubicando la cuestión como supuesto perteneciente al ámbito de la cointervención— en Alemania, por ejemplo, S/S<sup>24</sup>-LENCKNER, n.m. 101 previo al § 13; S/S<sup>24</sup>-CRAMER, § 15 n.m. 155 y ss.; SCHUMANN, *Selbstverantwortung* (n. 74), pp. 107 y ss., 110 y s. De modo equivalente —en lo que se refiere a la falta de especifici-

de decirse que la mayoría de los autores reservan —aunque sea tácitamente o por vía de una organización del material en distintos *topoi*— un marco autónomo a la cuestión<sup>124</sup>. Lo cierto es, sin embargo, que el hecho de que la conducta que «en principio» es típica (en relación con terceros, por ejemplo), no lo sea finalmente cuando se trata de una contribución de la víctima, se explica por el hecho de que —en palabras de Puppe— hay casos en los que la intervención del autor en un emprendimiento en el que se ponen en peligro los bienes de la víctima «precisamente es impune *porque el otro interviniente es idéntico con el titular del bien jurídico...*»<sup>125</sup>; es así como se concreta en el plano dogmático la existencia de un ámbito de responsabilidad *preferente* del titular de un bien jurídico. Frente a esta posición, podría argumentarse que, en primer lugar, no resulta conveniente desde el punto de vista de la construcción dogmática fragmentar el primer nivel de la imputación objetiva mediante la introducción de una nueva subcategoría, o, en segundo lugar, que no existe, en última instancia, diferencia entre la apreciación de un supuesto de imputación a la víctima o la afirmación de la concurrencia de un riesgo permitido o típicamente irrelevante, ya que en todo caso se llegará a la conclusión de que no existe imputación objetiva del comportamiento. Sin embargo, la especial posición de la víctima en relación con sus bienes y la valoración de la interacción entre autor y víctima a la que esa especial posición obliga —en los términos que se ha venido exponiendo— conducen a que los criterios materiales para decidir los casos en cuestión sean distintos a los que corresponden a otras instituciones de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, la determinación de si la conducta del autor se halla cubierta por un riesgo permitido, o de si concurre un caso en el que la conducta del autor debe ser desvinculada de un suceso lesivo posterior (prohibición de re-

---

dad— está construida también, por ejemplo, la aproximación de W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pp. 148 y ss., quien no establece una institución propia relativa a la conducta de la víctima, sino quiere reconducir los problemas en cuestión a la categoría general de la tipicidad.

<sup>124</sup> Cfr. sólo ROXIN, *AT P*, 11/86 y ss.; JAKOBS, *AT*<sup>2</sup>, 7/129 y s.; más decidido —en la línea aquí propuesta— ídem, *La imputación objetiva* (n. 32), pp. 109 y ss. Coincide desde el punto de vista sistemático materialmente con esta diferenciación de planos ya la posición de PREUB (*Untersuchungen* [n. 82], pp. 144 y ss., 147 y ss., 157 y s.) al distinguir entre supuestos de «actuar a riesgo propio» en sentido estricto (*op. cit.*, pp. 147 y ss.) —en los que este autor, por otra parte, plantea la exigencia de conocimiento del riesgo— de otros en los que se trata de una «consideración generalizada» del comportamiento de la víctima (*op. cit.*, pp. 157 y s.), referidos a conductas generalmente permitidas que en su opinión no necesitan de una implicación subjetiva tan intensa, precisamente porque en estos sectores —desde la perspectiva aquí sostenida: pertenecientes al ámbito del riesgo permitido, *vid.* a continuación en el texto— la aceptación social de los contextos de interacción es evidente.

<sup>125</sup> NK-PUPPE, n.m. 175 previo a los §§ 13 y ss.

greso), etc., se llevará a cabo conforme a criterios centrados en la perspectiva del autor, aunque en el caso concreto intervenga la víctima de algún modo en el suceso. Si, por ejemplo, un sujeto —en un caso de riesgo permitido— conduce con su vehículo de modo correcto por una vía que es invadida repentinamente por la víctima, la valoración se producirá en atención a si la conducta del autor se mantuvo dentro del marco del riesgo permitido, al igual que si la víctima no hubiera tenido intervención alguna en el suceso o ni siquiera existe víctima como víctima de lesiones personales, por ejemplo, en un supuesto en el que se producen unos daños. Si se trata, sin embargo, de un supuesto de interacción entre víctima y autor, de un caso en el que debe examinarse si puede producirse imputación a la víctima —con la correspondiente falta de imputación del comportamiento al autor—, la perspectiva a adoptar —como se ha intentado mostrar al delinear la «imputación a la víctima»— debe superar la perspectiva unilateral del autor para situarse en el plano superior de la interacción entre víctima y autor. Y si se aplican criterios materiales distintos, parece conveniente distinguir: *qui bene distinguet, bene iudicat*.

#### **b) La conducta de la víctima en otras instituciones de la imputación objetiva del comportamiento**

En particular, en lo que se refiere a esas otras instituciones generales de la imputación objetiva del comportamiento, si la conducta del autor en relación con la cual aparece la conducta de la víctima está cubierta por un *riesgo permitido*<sup>126</sup> o puede ser desvinculada del posterior desarrollo lesivo por no estar conectada objetivamente con éste (*prohibición de regreso*)<sup>127</sup>, no será necesario examinar si debe imputarse lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima: la conducta será atípica sin necesidad de un ulterior juicio centrado en la conducta de la víctima.

En lo que se refiere al *riesgo permitido*, la víctima puede adquirir relevancia sobre todo en dos ámbitos. *En primer lugar*, las expectativas de (potenciales) víctimas pueden ser uno de los criterios determinantes a la hora de *fixar el nivel del riesgo permitido*. Cabe corroborar esta afirmación, a modo de ejemplo, en relación con el ámbito de la responsabilidad jurídico-penal por la fabricación o distribución de determina-

---

<sup>126</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 9 II. A. 1.

<sup>127</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 9 II. A. 2.

dos productos<sup>128</sup>. En principio, parece claro que quien asume la actividad de fabricar ciertos bienes para que sean accesibles a un gran número de personas, tiene también el deber de respetar todas las reglas existentes para evitar posibles daños a los consumidores<sup>129</sup>. Y precisamente esas reglas vienen codeterminadas por las expectativas, la «confianza»<sup>130</sup> que el consumidor pueda tener en el producto, o, en palabras del TS —en la sentencia en el caso de la colza<sup>131</sup>—: «El criterio general al que cabe remitir para posibilitar una concesión [*sic*] precisa de las exigencias de cuidado en este ámbito está constituido por las 'expectativas del consumidor'... el productor debe tomar en cuenta como medida del cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable»<sup>132</sup>. En segundo lugar, existen determinados ámbitos en los que el *permiso genérico de una actividad arriesgada necesita de una aceptación de la víctima*: el riesgo permitido puede estar formulado de tal modo que tenga como presupuesto el «consentimiento» en la realización de la actividad plurisubjetiva<sup>133</sup>. En

<sup>128</sup> Cfr. desde una perspectiva general sobre este ámbito, respecto del cual ha aparecido numerosa bibliografía en los últimos tiempos, sólo S/S<sup>4</sup>-CRAMER, § 15 n.m. 223; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pp. 200 y ss.; KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, pp. 93 y ss., 101 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 21 y ss. y *passim*, todos ellos con ulteriores referencias.

<sup>129</sup> Cfr. sólo SCHUMANN, *Selbstverantwortung* (n. 74), pp. 116, 119 y s.; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pp. 200 y s.

<sup>130</sup> Cfr. especialmente W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), p. 202 con n. 176; bajo el rótulo del principio de confianza —es decir, adoptando el punto de vista del autor— KUHLEN, *Produkthaftung* (n. 119), pp. 137 y ss., especialmente 138 y s. Cuáles sean esas expectativas, a su vez, no es una mera constatación fáctica, sino que depende de factores normativos (*vid.* FRISCH, *op. cit.*, pp. 202 y ss.), especialmente, del estadio de desarrollo de la valoración social de la necesidad de los productos en cuestión: como dice JAKOBS (*La imputación objetiva* [n. 32], p. 93), «...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...».

<sup>131</sup> STS 23.4.1992, reproducida en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial n.º 12 (1992), pp. 69 y ss.

<sup>132</sup> Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial n.º 12, p. 182; cfr. también p. 180, donde se identifica el «cuidado» al que se alude en el pasaje citado en el texto con el riesgo permitido, y p. 181, en relación con el horizonte de conocimientos de posibles víctimas.

<sup>133</sup> Por ejemplo: obviamente, no puede jugarse de manera permitida al fútbol o entablar un combate de boxeo (y crear de modo permitido el riesgo correspondiente) con alguien que no desea participar en tal actividad.

estos casos, puede decirse que riesgo permitido y consentimiento son congruentes<sup>134</sup>; o dicho de modo más exacto: el riesgo permitido tiene como presupuesto el consentimiento en la participación en el comportamiento conjunto<sup>135</sup>. Esto no cambia en nada el hecho de que el conjunto de comportamientos «fútbol», por ejemplo, está permitido de manera desvinculada del contexto subjetivo —más allá de la asunción de la intervención en el contexto social— de los intervinientes. En este sentido, lo relevante aquí no es el consentimiento (que introduce el contexto de interacción), sino el permiso general<sup>136</sup>.

En cuanto a la llamada *prohibición de regreso*, institución introducida en la discusión moderna en materia de imputación objetiva sobre todo por Jakobs<sup>137</sup>, consiste en lo fundamental en desvincular un comportamiento inicial correcto de posibles conductas autolesivas posteriores. También esta institución es aplicable a casos en los que adquiere relevancia una conducta de la víctima. Así, por ejemplo, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente si se sigue circulando con el vehículo, esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión<sup>138</sup> —doloso o imprudente, dependiendo del lado subjetivo—<sup>139</sup>. Lo mismo sucede si un

<sup>134</sup> Cfr. en este sentido, por ejemplo, JAKOBS, *AT*<sup>2</sup>, 7/113.

<sup>135</sup> En este sentido, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* (n. 40), pp. 318 y s. Cfr., por ejemplo, los supuestos en el ámbito de los deportes, JAKOBS, *AT*<sup>2</sup>, 7/126; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), p. 115: el comportamiento reglamentado está «vinculado a permisos previos»; FRISCH también habla en este contexto de la existencia de «esquemas de coordinación» (NSTz 1992, pp. 65 y s.)

<sup>136</sup> Cfr. sólo MIR PUIG, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya* 1987, p. 40; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), p. 24.

<sup>137</sup> Vid. sólo JAKOBS, *La imputación objetiva* (n. 32), pp. 145 y ss. Como es claro, en este ámbito no puede entrarse en la discusión acerca de la fundamentación y ubicación sistemática de esta institución dogmática (cfr. por todos últimamente ROXIN, FS Tröndle [n. 25], pp. 177 y ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* [n. 39], pp. 320 y ss., con ulteriores referencias). En todo caso, lo cierto es que, como ha afirmado el propio JAKOBS (vid. *La imputación objetiva* [n. 32], pp. 171 y s.; ídem, GA 1996, pp. 260 y s., n. 15), las diferencias materiales —más allá de la denominación o de la ubicación sistemática dentro de la imputación objetiva— con aquellas posturas que incorporan delimitaciones normativas de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo, no son determinantes (cfr. a título de ejemplo las consideraciones, muy próximas en cuanto a su contenido material, de STRATENWERTH, *AT P*, n.m. 1162 y ss.).

<sup>138</sup> Sin perjuicio de una eventual responsabilidad por un delito de omisión del deber de socorro, como señalan, por ejemplo, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), p. 215; JAKOBS, *La imputación objetiva* (n. 32), p. 108.

<sup>139</sup> Ejemplo de JAKOBS ZStW 89 (1977), p. 4; también ídem, *AT*<sup>2</sup>, 7/52; llegan a la misma solución STREE, JuS 1985, p. 181 (respecto de un supuesto similar); HERZBERG,

sujeto —sin tener ningún tipo de conocimientos sobre el particular— afirma en una reunión social que en el mes de marzo, en determinada zona de montaña, suele haber una temperatura muy alta, lo que alguien que le escucha toma como base para realizar una excursión a esa zona con un equipo de verano, por lo que sufre lesiones por congelación<sup>140</sup>. También puede sostenerse que la conducta del autor no tiene significado delictivo si éste guarda en un recipiente de apariencia inocua —por ejemplo, en una botella de refresco— un líquido venenoso, en circunstancias también aparentemente inocuas —por ejemplo, en la nevera—, y la víctima, quien penetra de modo no autorizado en la vivienda, ingiere el líquido y sufre lesiones<sup>141</sup>. Y muy probablemente se tratará también de un supuesto de prohibición de regreso cuando se produce la entrega de sustancias de tráfico permitido, como es el caso del alcohol; en este caso, que sea evidente que el sujeto a quien se está expendiendo alcohol va a poner en peligro su salud, no es asunto del vendedor o expendedor. Sólo si de modo evidente el sujeto que recibe el alcohol ya no es imputable, podrá plantearse una eventual responsabilidad del autor.

c) La conducta de la víctima también puede alcanzar, finalmente, relevancia en el segundo nivel de la teoría de la imputación objetiva, la *imputación del resultado*. En este ámbito, han de seguirse las reglas generales, según las cuales ha de comprobarse que existe una relación normativa entre la conducta típica y el resultado conectado causalmente a ésta. En este contexto, existen conductas de la víctima que, si bien no conllevan la falta de tipicidad del comportamiento del autor —por no concurrir los elementos de la imputación a la víctima<sup>142</sup>—, sin embargo, sí pueden hacer desaparecer la imputación objetiva del resul-

---

JA 1985, p. 272; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), p. 198; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 199.

<sup>140</sup> Cfr. los ejemplos similares en S/S<sup>24</sup>-CRAMER, § 15 n.m. 157: no habría responsabilidad del sujeto que, sabiéndose perseguido, entra a alta velocidad en una curva peligrosa, o del cliente que sube a un taxi y observa que el vehículo no está en condiciones de circular; sí habría imputación si en el caso de la persecución el sujeto perseguido decide cruzar por un puente que sabe defectuoso; *vid.* también SCHUMANN, *Selbstverantwortung* (n. 74), pp. 107 y s., 115; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), p. 198; en todo caso, estos autores formulan estos y similares ejemplos desde una perspectiva sistemática algo diversa (en el caso de CRAMER y SCHUMANN: el principio de autorresponsabilidad —genérico, no limitado a la víctima— como delimitación de una intervención típica; en el caso de FRISCH: la teoría de la conducta típica).

<sup>141</sup> En este sentido, por ejemplo, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), p. 220; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), pp. 198 y s.; de otra opinión, sin embargo, probablemente S/S<sup>24</sup>-CRAMER, § 15 n.m. 154.

<sup>142</sup> Y partiendo de que tampoco haya de excluirse la tipicidad de la conducta del autor por concurrencia de un riesgo permitido o en virtud de la prohibición de regreso, cfr. en el texto *supra*..

tado<sup>143</sup>. En este sentido, como dice Silva Sánchez, también en este sector, el de la realización de riesgos, la imputación objetiva es el instrumento dogmático que permite aprehender la conducta de la víctima de modo adecuado<sup>144</sup>. Las constelaciones de casos que pueden aparecer en este contexto son de características muy diversas<sup>145</sup>, y pueden ser resultados, como acaba de decirse, de modo satisfactorio con las reglas generales de la teoría de la imputación objetiva, por lo que su discusión ha de quedar fuera del marco de este trabajo<sup>146</sup>. Tan sólo conviene señalar que desde el punto de vista aquí adoptado, en aquellos casos en los que el resultado es consecuencia tanto de la conducta típica del autor como de una conducta inadecuada de la víctima —que pueden denominarse supuestos de *confluencia de conductas*—, ello podrá *disminuir* —en atención al carácter autorresponsable de la víctima— la responsabilidad del autor, introduciéndose así una regla específica.

---

<sup>143</sup> En este sentido, no se comparte aquí el criterio de W. FRISCH (vid., por ejemplo, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], pp. 447, 452 y s., n. 301), para quien —al igual que respecto de otros sectores no relacionados con la conducta de la víctima— la imputación del resultado está poco menos que «vacía» de contenidos normativos.

<sup>144</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, en: CGPJ (ed.), *La Victimología* (n. 65), pp. 32 y s.

<sup>145</sup> Cfr. sólo el elenco de casos recogidos por ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal del trabajo*, Madrid etc., 1988, pp. 111 y ss., para el ámbito laboral, y REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (n. 39), pp. 338 y ss.

<sup>146</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 9 II. B.

**UNIDAD III: INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE  
UN ENFOQUE NORMATIVISTA (II). ORDENACIÓN SISTEMÁTICA EN EL  
ESQUEMA DE IMPUTACIÓN**

- **J.Caro – Conductas neutrales**

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT  
JOSÉ ANTONIO CARO JOHN  
(EDITORES)

**EL SISTEMA PENAL NORMATIVISTA  
EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO**

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR  
GÜNTHER JAKOBS EN SU 70 ANIVERSARIO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

## CONDUCTAS NEUTRALES NO PUNIBLES EN VIRTUD DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

JOSÉ ANTONIO CARO JOHN\*

### HOMENAJE AL MAESTRO

Son muchas las cosas por las que siempre mantendré una enorme deuda de gratitud con GÜNTHER JAKOBS. Con motivo de su septuagésimo cumpleaños, le dedico este pequeño trabajo con el deseo de corresponder de alguna manera a la paciente y extraordinaria dirección científica que recibí de su parte durante mi estancia doctoral en Bonn<sup>1</sup>. La impresionante capacidad inagotable por la discusión y el espíritu sincero y abierto a la innovación del maestro alemán constituyen un ejemplo de lo que un verdadero científico y un hombre de honor debe reunir. ¡Feliz cumpleaños, querido maestro!

### I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Si tuviese que elegirse un instituto dogmático que, en el ámbito de la teoría de la imputación, ha alcanzado en la última década un predominio en las investigaciones, éste sería, sin duda, el de la “imputación objetiva”<sup>2</sup>. Y no es para menos, sobre todo, después de que el pensamiento naturalista quedó superado en la sistemática de la teoría del delito –superación contra la que incluso lo que queda del finalismo lucha para no dejarse arrastrar por sus corrientes–, y ha terminado imponiéndose en dicha sistemática el pensamiento normativista<sup>3</sup>. Y

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Profesor de Derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> La tesis doctoral fue defendida el 22 de septiembre de 2006 en la facultad de Derecho de la Universidad de Bonn. Posteriormente fue publicada con la siguiente referencia; JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, *Das erlaubte kausieren verbotener latén*, Ed. Nomos/Dike, Baden Baden, 2007, 220 pp.

<sup>2</sup> Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, Lima, 1998, passim. Es oportuno resaltar en este Libro Homenaje que el instituto dogmático de la imputación objetiva, con una notoria adscripción en la sistemática de nuestro homenajeado, ha recibido una importante acogida en la jurisprudencia penal peruana. Sin exagerar, hoy es posible reconocer en muchas sentencias el surgimiento de una doctrina jurisprudencial sobre la imputación objetiva, con lo que muchos casos se vienen resolviendo de una manera sistemática al compás de los más modernos planteamientos dogmáticos; véase el estado actual de estas sentencias en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima, 2007, voz: “imputación objetiva”.

<sup>3</sup> El normativismo actualmente tiene un lugar preponderante en la literatura penal alemana, aunque no existe un consenso con respecto a cómo debería concretarse sistemáticamente. En esta línea cabe mencionar, entre las obras generales más representativas: FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und*

que este pensamiento haya logrado consolidar un importante lugar en el sistema de la teoría del delito se ha visto favorecido, en gran parte, precisamente por los aportes de la teoría de la imputación objetiva, esto es, por una teoría que, en sí misma, presenta una constitución irreconciliable con cualquier elemento naturalista en la construcción de las categorías dogmáticas<sup>4</sup>.

Y no es para menos que el Derecho penal en la actualidad esté atravesando por una fuerte normativización de sus categorías dogmáticas, y en especial del concepto de delito, puesto que el fenómeno de la normativización ha sido impulsado en gran medida por la realidad que el Derecho penal debe enfrentar en la búsqueda de soluciones, esto es, por la complejidad de las relaciones sociales que ha obligado prácticamente al penalista a una reformulación de sus esquemas de interpretación, a fin de poder captar, explicar y resolver normativamente esa dificultad muy propia de la sociedad moderna. Se trata, entonces, de un proceso ante el cual los criterios tradicionales, basados en una concepción del delito como lesión natural de bienes jurídicos, tienen cada vez menos potencia explicativa. Baste como muestra los ámbitos ocupados por los bienes jurídicos colectivos o difusos –por decirlo en el lenguaje de la dogmática penal tradicional–, como es el caso de las actividades económicas, financieras y empresariales, en general, donde los fundamentos de la imputación jurídico-penal y la propia determinación de los límites de la participación punible difícilmente podrían explicarse de manera satisfactoria con una dogmática de base naturalista. Esto, porque la propia actividad en estos sectores de la sociedad se estructura sobre bases estrictamente normativas.

En el contexto de un Derecho penal moderno, que tiene como función hacer frente de una manera normativa a aquel fenómeno de relaciones sociales complejas, uno de los capítulos más discutidos del sistema de la teoría de la imputación, el de la intervención delictiva, tampoco ha quedado ajeno a la influencia de la imputación objetiva. Precisamente esta cuestión será objeto de un breve estudio en la presente contribución, bajo el nombre de “prohibición de regreso”<sup>5</sup>, el mismo que, dicho sea de paso, constituye uno de los temas de la dogmática jurídico-penal a cuyo estudio nuestro homenajeado ha dedicado

---

*Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin/New York, 1991; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.<sup>a</sup> ed., München, 2006; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2005.

- 4 Cfr. LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et al., 1999, pp. 210 y ss.
- 5 Véase por todos JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 67 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Lima, 2002, pp. 341 y ss. *Sobre los orígenes de la prohibición de regreso*, CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima, 2003, *passim*.

gran parte de su producción científica con una asombrosa originalidad. No cabe duda que después que el capítulo de la intervención delictiva fuera reexaminado dogmáticamente por GÜNTHER JAKOBS, bajo la lente de la teoría de la imputación objetiva, la discusión en torno a los fundamentos y límites de la intervención punible nunca más ha sido ni será la misma. Esos fundamentos y límites son estudiados por nuestro homenajeado bajo la denominación "prohibición de regreso".

La prohibición de regreso en el pensamiento de JAKOBS tiene como punto de partida la realidad que al Derecho penal le toca enfrentar en el estado actual de evolución alcanzando por la sociedad. En este contexto, un fenómeno que caracteriza la configuración actual de la sociedad es precisamente la creciente complejidad y anonimización de los contactos sociales. No es difícil imaginar, así, que una persona al ejercer un oficio o una actividad cotidiana pueda verse de pronto involucrada en la comisión de un delito por prestar a un tercero un bien o un servicio que luego será utilizado delictivamente por éste. Por ejemplo, en los negocios cotidianos, en las actividades de intercambio de informaciones, y, en general, en las diversas prestaciones de bienes y servicios, pueden darse algunos supuestos como los siguientes: que el dueño de una gasolinera venda un galón de gasolina a un tercero que usará indebidamente el producto para incendiar la casa de su enemigo; que un taxista transporte a su cliente al palacio de justicia donde éste dará un falso testimonio para favorecer a unos narcotraficantes; que un vendedor entregue materia prima a una fábrica a pesar de que ésta es conocida por no adoptar las medidas dispuestas por las leyes para evitar la contaminación ambiental; que una persona alquile una habitación a unos requisitoriados por la comisión del delito de terrorismo; que un empresario realice donaciones periódicas de fuertes sumas de dinero a una fundación destinada a obras caritativas, a pesar de existir rumores de malversación de fondos por parte de sus directivos, etc.

La determinación de la relevancia o irrelevancia penal de la conducta de quien presta bienes o servicios, en el marco de un oficio o actividad cotidiana, constituye el centro de la cuestión de la prohibición de regreso, y la consecuencia directa derivada de ella es que las conductas descritas como cotidianas o adecuadas a un oficio sean denominadas de una forma más convencional como *conductas neutrales*. Pero el calificativo "neutral" no se refiere aquí a un concepto desprovisto de valoración, puesto que en el Derecho no existe neutralidad alguna, sino que más bien alude al *espacio de libertad* jurídicamente reconocido al ciudadano en un "Estado de libertades", coincidente con su actividad, profesión u oficio. Así, pues, el ciudadano concreta su personalidad general mediante el ejercicio de una actividad u oficio, el cual incluso es un

derecho fundamental reconocido por la Constitución Política en el art. 2, inc. 1, en la medida en que forma parte del derecho garantizado de “toda persona (...) a su libre desarrollo y bienestar”. La mencionada neutralidad de la conducta reúne, en consecuencia, un *significado normativo* que inmuniza de una imputación jurídico-penal a título de instigación o de complicidad (arts. 24 y 25 CP) a las conductas practicadas en el ejercicio *libre* de un oficio o actividad cotidiana, por representar la concreción de la personalidad en la actual configuración de la sociedad.

Si se parte, entonces, de que la consecuencia inmediata de la prohibición de regreso es afirmar la neutralidad de la conducta cotidiana, estandarizada o adecuada a una profesión u oficio, el tema de las *conductas neutrales* constituye, actualmente y más que nunca, un “tema central”<sup>6</sup> en la discusión acerca de la intervención delictiva. Mientras la doctrina avanza en la dirección descrita, es de advertir que el Código penal no se refiere expresamente a esta cuestión, sino solamente establece que una conducta puede alcanzar el nivel de una *instigación* o una *complicidad* cuando es practicada dolosamente, mejor dicho, con el conocimiento de estar posibilitando o favoreciendo la comisión de un delito. En este sentido, según el Derecho positivo, instigador, es quien dolosamente “determina a otro a cometer el hecho punible” (art. 24), y cómplice quien también dolosamente “presta auxilio para la realización del hecho punible” (art. 25). De esta manera, la regulación positiva fija en el dolo del actuante —en la parte subjetiva del hecho— el criterio determinante de la relevancia e irrelevancia penal de la conducta de participación. Sin embargo, a esta prescripción legal subyace un entendimiento psicologizante de la intervención delictiva, por cuanto ignora que, en un nivel previo de valoración —en la parte objetiva del hecho—, existe un condicionamiento social provisto de una fuerza normativa suficiente para excluir o fundamentar de cabo a rabo la relevancia o irrelevancia penal de la conducta. Este condicionamiento social es de carácter objetivo, porque se encuentra sustraído completamente a la mente del actuante, y es lo que se conoce dogmáticamente como “imputación objetiva”. En virtud de la imputación objetiva, toda conducta puede ser declarada imputable objetivamente, sólo por

6 Resaltan la trascendencia de las conductas neutrales como el fenómeno de moda en la discusión de la participación delictiva, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, 26/219; FRISCH, *Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe*—, en FS Lüderssen, 2002, pp. 539 y ss.; ROBLES PLANAS, “Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid/Barcelona, 2003, p. 20.

su signi-  
ficación  
tener e  
causad  
doloso  
de que  
social

De lo  
fijar lo  
interv  
a su v  
pract  
estan  
haya  
otras  
rol es  
porq  
marc  
favor  
una i  
más  
no a  
en u  
a re  
probl  
pert

y su  
de u  
ade  
qui  
terc

su *significado social perturbador*, y no por la representación psíquica que pueda tener el actuante sobre su hecho, ni por la modificación del mundo exterior causada por la conducta. Esto es evidente porque la atribución del sentido doloso o culposo a la conducta corresponde a un momento posterior, después de que la conducta fue definida previamente de modo objetivo como un hecho social perturbador.

## II. GRUPOS DE CASOS

De lo anterior se colige que la función de la prohibición de regreso consiste en fijar los límites generales de la imputación objetiva de la conducta, en los casos de intervención plural de personas en un hecho. Pero, al fijar esos límites, establece, a su vez, qué conducta dentro del colectivo de intervinientes, por haber sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión, o una actividad estandarizada, no es punible aun cuando, en el plano de la pura facticidad, haya favorecido la realización del hecho delictivo en su conjunto. Dicho con otras palabras: no es imputable objetivamente la conducta que se adapta a un rol estereotipado en el contexto social concreto donde se desarrolla la acción, porque no supera el riesgo permitido. Si una conducta se mantiene dentro del marco del riesgo permitido es porque rige una prohibición de regreso en su favor. Por el contrario, cuando una conducta supera dicho límite, se fundamenta una intervención delictiva, con lo cual decae la prohibición de regreso. Una vez más se esclarece que la prohibición de regreso establece cuándo la conducta no alcanza el nivel de una intervención punible; por esta razón se encuentra en una relación inversa a la intervención delictiva. Ambos conceptos vienen a representar las dos caras de una misma moneda; a una le corresponde la prohibición de regreso, como exclusión de la participación, mientras que a la otra pertenece la intervención delictiva como superación del riesgo permitido.

Para una mejor comprensión de los alcances de la prohibición de regreso y sus efectos, mediante la declaración de neutralidad de la conducta, se parte de un grupo de casos donde podrá apreciarse que el ejercicio de una conducta adecuada a un rol estereotipado no vincula de modo penalmente relevante a quien lo practica con la imputación de responsabilidad que corresponde a terceras personas que cometen el delito.

## CASOS DONDE CORRE SANGRE

### 1. CASO DEL PANADERO

Un panadero vende panes a un cliente, sabiendo que éste los utilizará para envenenar a su suegra. ¿Complicidad del panadero en el delito de homicidio?

### 2. CASO DE LA VENTA DE CUCHILLO

En el marco de una pelea desencadenada dentro de una tienda, uno de los sujetos involucrados le pide al vendedor que le venda un cuchillo. El vendedor le entrega el objeto con el que el aguerrido comprador produce lesiones serias a su contrincante<sup>7</sup>. ¿Complicidad del vendedor del cuchillo en el delito de lesiones?

### 3. CASO DEL CAMARERO

Un estudiante de biología que por las noches trabaja como camarero en un restaurante, al servir un plato de ensalada descubre entre las verduras un hongo venenoso. En esa situación ningún camarero hubiese podido descubrir el hongo venenoso, sino sólo éste, gracias a sus estudios de biología. Pero a nuestro camarero le da lo mismo y sirve igualmente la ensalada<sup>8</sup>. ¿Complicidad del camarero en el delito de homicidio?

### 4. CASO DEL TAXISTA

Un taxista, al transportar a un cliente, observa por el espejo retrovisor cómo éste prepara un revólver cargándolo de balas. Al ser interrogado por el taxista, el cliente comenta que, al llegar a su lugar de destino, dará muerte a una persona acusándola de traidora. ¿Complicidad del taxista en el delito de homicidio?

---

7 Ejemplo mencionado por LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main, 1982, p. 283.

8 Ejemplo de JAKOBS, "Tätervorstellung und objektive Zurechnung?", en *GS Armin Kaufmann*, Köln et al. 1989, p. 273.

## CASOS DONDE NO CORRE SANGRE

### 1. CASO DEL ASESOR TRIBUTARIO

Un asesor tributario ingresa a una tienda para comprar un bolígrafo. Justo cuando el vendedor le hace entrega del objeto, el asesor tributario le comenta que finalmente podrá concluir sus planes delictivos de consignar datos fraudulentos sobre la contabilidad de su cliente en unos formularios de declaración de impuestos. El vendedor pone interés en el asunto, y, de una forma inimaginada, felicita al asesor tributario por dejar de pagar los impuestos que establecen las leyes, ya que él también suele hacer lo mismo. ¿Complicidad del vendedor en el delito de defraudación tributaria?

### 2. CASO DEL ABOGADO

Un abogado explica detalladamente a su cliente, sobre quien pesa una acusación seria de corrupción de funcionarios, el panorama legislativo de los países que no conceden la extradición<sup>9</sup>. ¿Autoría del abogado por el delito de encubrimiento?

### 3. CASO DEL ARRENDADOR

Una persona arrienda su vivienda a una pareja de jóvenes, a pesar de saber que éstos están requisitorizados por el delito de pornografía infantil. Incluso tiene la sospecha de que los arrendatarios utilizarán la vivienda para desarrollar sus propósitos delictivos. ¿Complicidad del arrendador en el delito de pornografía infantil?

### 4. CASO DEL CARTERO

Un sujeto, deseando vengarse de su ex-novia, una modelo muy famosa, por haberlo dejado plantado en el altar el día de la boda, le pregunta en confianza a un cartero, muy amigo suyo, si en los próximos días cubrirá el reparto de cartas en la dirección de un periódico sensacionalista, porque desea enviarles una carta acompañada de fotos sobre la intimidad de la susodicha, e información calumniosa sobre una supuesta adicción a las drogas. Además, le muestra al

---

9 Ejemplo de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 78.

cartero las fotos y demás documentos que desea enviar mediante el servicio postal. Un par de días después, al realizar su labor cotidiana, el cartero reconoce el mismo sobre, que, esta vez, para despejar toda duda, lleva anotado inclusive el nombre del remitente. Sin embargo, él piensa para sí que "ese lío" no es asunto suyo, por lo que entrega sin más el mensaje al periódico. Días después es difundida esa noticia. ¿Complicidad del cartero en un delito contra el honor?

En todos estos casos se observan dos aspectos importantes: Primero: que el actuante brinda su aportación en el ejercicio de un oficio estereotipado socialmente, o, cual es lo mismo, en el marco de una profesión socialmente adecuada, a saber: panadero, vendedor, camarero, taxista, asesor tributario, abogado, arrendador y cartero. Segundo: que la participación de estos actuantes no se da en un contexto general de libertad de actuación, sino en un contexto social concreto, donde la profesión u oficio imprimen a la conducta que realizan un sentido social estereotipado y jurídicamente estandarizado.

Justamente estos ejemplos corroboran lo afirmado al comienzo, que las relaciones sociales en la sociedad moderna se desenvuelven en el marco de una complejidad social cada vez más creciente que fuerza al Derecho penal a trabajar con instrumentales modernos capaces de captar y resolver con idoneidad los conflictos que se puedan suscitar en el ejercicio de esas actividades. Pero la pregunta que surge a partir de los casos antes referidos es si la conducta practicada en el marco de esas profesiones u oficios cotidianos supera el riesgo permitido, alcanzando con ello el sentido de una intervención punible, o, por el contrario, reviste en sí misma unas características de inocuidad o de neutralidad, que conducen a la exclusión de la imputación objetiva, bien a título de autoría o de participación delictiva.

La respuesta a esta interrogante obliga a esclarecer dos cuestiones fundamentales: ¿Con base en qué elementos puede afirmarse la neutralidad jurídico-penal de una conducta?; ¿existe algún contexto especial que obligue a la conducta neutra a replegar su neutralidad, activando al mismo tiempo algún determinado deber de solidaridad? Estas cuestiones serán vistas a continuación.

### III. LA NEUTRALIDAD JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCTA ADECUADA A UN ROL

Se ha dicho que la mencionada neutralidad de la conducta reúne un *significado normativo* que inmuniza a las conductas practicadas en el ejercicio *libre* de un oficio o actividad cotidiana de una imputación jurídico-penal a título de instigación o de complicidad (arts. 24 y 25 CP).

En realidad, la principal dificultad a remontar por las conductas neutrales es el papel de lo subjetivo en la determinación de la relevancia penal de la conducta. Esta cuestión puede verse ya con ayuda de los supuestos antes mencionados. Por ejemplo: si en todos estos supuestos la persona que ejerce una actividad o un oficio (el dueño de la gasolinera, el taxista, el vendedor, etc.) obra desconociendo que su aportación favorecerá la comisión de un delito por parte de quien recibe dicha aportación, nadie discutiría que la conducta practicada es penalmente irrelevante, es decir, neutral. Con otro ejemplo: ¿quién podría atribuir una imputación a título de colaboración con el terrorismo a la persona que alquila una habitación ignorando que sus inquilinos realizan actos de terrorismo o de narcotráfico? Sin embargo, el consenso alcanzado empieza a diluirse cuando a todos esos supuestos se les agrega el dato del “conocimiento”. Con esto, ¿seguiría afirmándose la neutralidad de la conducta de quien alquila una habitación teniendo conocimiento de que sus inquilinos están requisitoriados por el delito de terrorismo o narcotráfico? Asimismo, ¿sería neutra la conducta del dueño de una gasolinera que, al momento de vender la gasolina, supo que ésta iba a ser usada para causar un incendio? ¿Actuaría de manera neutral el hotelero que sabe que uno de sus clientes utiliza la caja fuerte de su habitación para guardar droga, o, igualmente, que utiliza el bar del hotel para cerrar negocios ilícitos con unos conocidos narcotraficantes? El conocimiento de quien brinda una aportación en el ejercicio de una actividad cotidiana sobre el uso delictivo de dicha aportación viene a convertirse, de este modo, en el causante de las discordias en la solución de los problemas surgidos en torno a las conductas neutrales.

Un concepto propio de “conducta neutral” expresa el sentido jurídico válido que reúne una conducta que no alcanza el nivel de una intervención punible. El carácter neutro de la conducta indica que se ha practicado dentro de los márgenes de la adecuación social reconocida por el Derecho, o dentro del riesgo permitido, de tal manera que la posibilidad de una imputación por intervención delictiva queda excluida de plano. El tema no tiene una terminología uniforme, pero, refiriéndose a la misma problemática, la doctrina especializada suele denominarla frecuentemente de un modo diverso como “conductas neutrales”<sup>10</sup>, “conductas cotidianas”<sup>11</sup>, “conductas socialmente

<sup>10</sup> WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, München, 1996, passim; FRISCH, *FS Lüderssen*, p. 539; KUDLICH, “‘Neutrale Beihilfe’ bei der Mitwirkung an der Sicherung der innerdeutschen Grenze BGH, NJW” 2001, 2409”, en: *JuS* 2002, pp. 751 y ss., 753.

<sup>11</sup> ROXIN, *Strafrecht. AT II*, 26/220.

estereotipadas"<sup>12</sup>, "conductas sin relación de sentido delictivo"<sup>13</sup>, "conductas inocuas o inofensivas"<sup>14</sup>, "conductas adecuadas a una profesión u oficio"<sup>15</sup>, entre otras. Con todo, la idea central radica en afirmar que la conducta neutral tiene la garantía *per se* de no ser punible, aun cuando, en algunos supuestos, puede en sí misma coincidir de modo fáctico con una colaboración o favorecimiento a un delito cometido por un tercero.

La fundamentación parte del reconocimiento de que existe un principio general de organización, en virtud del cual toda conducta de una persona en sociedad se desenvuelve dentro de un sinalagma de libertad de organización y responsabilidad por las consencuencias. Así, la libertad de actuación de las personas no es ilimitada, sino que está jurídicamente organizada; como punto de partida, condiciona que todo actor social obre respetando la esfera de derecho de los demás. La existencia de un principio personal de organización indica una esfera personal de responsabilidad que, al mismo tiempo, delimita jurídicamente los contornos de la libertad de actuar. La delimitación jurídica de la libertad de actuar es un asunto del deber jurídico, toda vez que cualquier orden jurídico comienza con deberes. Y este esquema ordena la sistemática de la imputación jurídico-penal, a partir del cual luego podrá determinarse si la conducta es de participación delictiva, o si más bien rige una prohibición de regreso.

Todos los actores sociales ocupan una posición de deber en la sociedad, de tal manera que la interacción es posible en la medida en que cada actuante se organiza responsablemente en su posición de deber, de acuerdo con el mandato general de "no dañar" a los demás en sus derechos, el mismo que se resume en la máxima de HEGEL: "sé persona y respeta a los demás como personas"<sup>16</sup>. En este sentido, el cumplimiento de deberes vincula de un modo general a las

12 JAKOBS, "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", en: *GA*, 1996, p. 260.

13 FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten*, pp. 280 y ss.

14 SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, Berna, 1995, *passim*.

15 Cfr. HASSEMER, "Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung", en: *WISTRA*, 14, 1995, pp. 41 y ss., 81 y ss.; WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Baden-Baden, 1995, *passim*; AMELUNG, "Die 'Neutralisierung' geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands", en: *FS Gründwald* 1999, pp. 9 y ss.; WOHLERS, "Gehilfenschaft durch 'neutrale' Handlungen - Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?", en: *SchwZStr*, 117, 1999, pp. 425 y ss.; OTTO, "Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens", en: *JZ*, 2001, pp. 436 y ss.; LESCH, "Strafbare Beteiligung durch 'berufstypisches' Verhalten", en: *JA*, 2001, pp. 986 y ss.

16 HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts - oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlin, 1821, ed. al cuidado de EVA MOLDENHAUER y KARL MARKUS Michel, 6.ª ed., Frankfurt am Main, 2000, § 36.

personas en una relación jurídica de carácter negativo, en la cual la libertad general de actuación se encuentra asegurada como condición básica para una convivencia pacífica en sociedad<sup>17</sup>.

La posición de deber también adquiere la denominación de *rol social*, término que si bien tiene sus orígenes en la sociología, en el Derecho penal contribuye perfectamente a delinear los contornos de los deberes de la persona en su relación con los demás. La posición de deber se interpreta en el sistema social concreto donde se desarrolla la acción, porque la referencia al ámbito social en particular permite identificar claramente las expectativas normativas que vinculan al titular de la posición de deber con el ámbito social determinado, en el cual su conducta tiene un sentido comunicativo. Por ejemplo, lo que deben o no llevar a cabo el panadero, el vendedor, el camarero, el taxista, el asesor tributario, el abogado, el arrendador, o el cartero, solamente podrá conocerse en el contexto social del ejercicio de dichas conductas cotidianas, oficios y profesiones.

La posición de deber fija un principio general: que todo actor social es imputable objetivamente sólo en el marco de su rol, o, lo que es lo mismo, en su posición de garante. De allí que JAKOBS opine con razón que “la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante y de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía”<sup>18</sup>. Quien es garante es competente jurídicamente para evitar lesiones de derechos. Esa competencia obliga a su titular a mantener incólume la relación jurídica que lo define como persona capaz de administrar una determinada posición de deber, o un rol, en la sociedad<sup>19</sup>. El rol es definido como el conjunto de expectativas vinculadas a la conducta del portador de una determinada posición<sup>20</sup>, y, como tal, permite establecer los límites de los ámbitos de competencia de los actores sociales. En el plano jurídico concreto, el rol se muestra como una posición de deber que cada interviniente tiene y administra como parte del sistema jurídico, para posibilitar su funcionamiento.

17 En profundidad, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin, 1999, pp. 67 y ss.

18 JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, trad. PEÑARANDA RAMOS, en: ídem, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 211.

19 En profundidad, concibiendo el deber de garante como el deber de no lesionar un “derecho garantizado”, JAKOBS, “Zum Begriff des Delikts gegen die Person”, en: *Geilen-Symposium (Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen)*, Köln et. al. 2003, p. 66.

20 Cfr. DAHRENDORF, *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, [1958], 15.ª ed., Opladen, 1977, pp. 32 y ss.; LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3.ª ed., Opladen, 1987, pp. 86 y ss.

El rol más general es el de *persona*. Ningún actor social válido puede sustraerse a este rol, porque constituye la posición de deber más general por cumplir, para poder hablar de una sociedad en funcionamiento. El ser persona y respetar a los demás como personas es la garantía fundamental para una interacción basada en expectativas de comportamientos extraídos del inabarcable mundo individual de los actores sociales<sup>21</sup>. Este rol está configurado sobre la base de una relación jurídica “negativa”, del *neminem laede*, que fija la expectativa de conducta más general en la sociedad: “no dañes a los demás”, y que el filósofo HEGEL resume magistralmente en su sentencia antes citada: “sé persona y respeta a los demás como personas”. De este modo, se constituye un mandato que caracteriza la constante de toda relación social, donde los intervinientes en los contatos sociales tienen el deber general de estructurar su libertad de acción respetando a los demás, tratándolos como iguales, es decir, como personas titulares de derechos y deberes.

Características del rol:

a) El rol trasciende al individuo, facilitando contactos sociales anónimos. Es decir, en el mundo social –por ejemplo, en un banco–, al empleado bancario se le identifica por el papel que representa y no por su individualidad (que sea comunista o de derechas, cristiano o ateo, etc., es irrelevante, lo único válido es que sea diligente en el cumplimiento de su deber en ese contexto social concreto).

b) El rol delimita las expectativas que van a caracterizar la posición del actuante en los contactos sociales, de manera que se pueda distinguir fácilmente entre sus deberes y derechos. Por ejemplo: la fijación de expectativas de conductas que debe cumplir un ingeniero aclara qué derechos y deberes le conciernen, diferenciados de otras expectativas de conductas –que no le atañen–, y que recaen más bien en el albañil, o en los vendedores de la empresa de cementos por vender un producto defectuoso, etc.

c) El rol fija una garantía para su titular de que no se le exija conocer más allá de lo que debe saber dentro de los límites de su competencia. Pensemos en el caso de un estudiante de ingeniería del tercer semestre, que se decide por unas prácticas como peón de albañil durante un fin de semana. Justamente, con base en los conocimientos de sus estudios universitarios, advierte que en la remodelación de una escuela, según los cálculos del trazo de una pared, más el

---

21 Muy ilustrativo al respecto, SÁNCHEZ-VERA, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 71, 2002, pp. 409 y ss.

grosor del hormigón añadido, la obra podría derrumbarse en pocos días. Pero como piensa "aquí solamente estaré este fin de semana, no quiero meterme donde no me llamen, no tengo vela en este entierro", decide callarse e irse lo más pronto de aquel lugar. Unos días después, justo en el día de la inauguración, se derrumba la pared, causando la muerte de profesores y niños. Pues, por muy dura que suene la solución, sus conocimientos especiales no le son exigibles en el marco de su rol de peón de albañil, porque no se espera que un peón de albañil deba reunir conocimientos universitarios. Por tanto, sus conocimientos especiales no fundamentan para él una imputación objetiva por participación en el homicidio, lo que no impide que su insolidaridad sí le haga merecedor de una autoría por el delito de omisión de socorro, pero esto en su rol de persona o ciudadano, y no de peón de albañil. El porqué de esta solución es tratado más adelante.

La última característica atribuida al rol evidencia uno de sus aspectos nucleares: que se sustrae al ser humano en su individualidad, porque las expectativas normativas no se vinculan a individuos, sino a determinados roles sociales. Si las expectativas tuvieran que referirse a los individuos, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de anonimización de los contactos sociales. La individualidad es demasiado amplia y compleja, pues comprende todos los sentimientos, pensamientos, motivaciones individuales, con los que no se puede entablar una comunicación en sociedad. Con relación a la individualidad, los roles señalan sólo una parte del mundo de las representaciones del ser humano en sí mismo inabarcable. Por decirlo de alguna manera, el rol es la tarjeta de presentación del individuo que, de una parte, lo habilita como un actor social, como una persona en Derecho y, de otra, que permite distinguirlo en una determinada posición de deber, que delimita su libertad de acción jurídicamente garantizada. Esa tarjeta indica, a su vez, lo que se espera del titular del rol en su posición de deber concreto en la sociedad: llámese taxista, farmacéutico, notario, etc. Imaginemos qué pasaría si el administrador de una empresa al desempeñar sus funciones tuviera que involucrar su individualidad con su trabajo. No es difícil suponer que pronto fracasará como administrador dentro de la estructura de la empresa, porque sencillamente la relación laboral no funciona de esa manera.

Que el rol se sustraiga al individuo explica también que las posiciones sean intercambiables. Por ejemplo: el salvavidas es tal mientras desarrolla su actividad en la playa, con expectativas normativas fijadas en un deber de auxiliar a las personas en peligro de ahogarse, pero cuando se encuentra en un restaurante cenando con su novia, está en su rol general de ciudadano o de

persona. Entonces, la condición de titular de un rol social obliga a la persona que la ostenta a comportarse de acuerdo con los deberes y derechos que dan contenido a su posición de deber en la sociedad. La correcta administración de roles por parte de todos los actores sociales permite el funcionamiento del sistema social, así como el mantenimiento del ordenamiento jurídico.

Haciendo un balance en este punto, se puede afirmar que quien infringe los deberes pertenecientes a su posición de deber asume una responsabilidad penal directa por las consecuencias de su mala administración. Sin embargo, quien actúa correctamente en el marco de su rol estereotipado, tiene la garantía de no responder penalmente. Existe aquí una prohibición de regreso que excluye su participación delictiva. La conducta en este caso es neutra, socialmente adecuada, perteneciente al riesgo permitido, ubicándose así en una *zona libre* de responsabilidad jurídico-penal<sup>22</sup>.

#### IV. EXCEPCIÓN A LA NEUTRALIDAD DE LA CONDUCTA EN VIRTUD DE CONTEXTOS DE SOLIDARIDAD

Si bien la conducta practicada de acuerdo con un rol estereotipado da lugar a una prohibición de regreso en virtud de la cual se excluye la relevancia penal de esa conducta como intervención punible, esto no significa en lo absoluto que siempre y en todo contexto el actuante queda librado completamente de responsabilidad penal. En determinados casos, el titular del rol tiene un deber subsidiario que cumplir, como el de socorrer a la víctima, especialmente cuando, al ejercitar su aportación adecuada al rol, coloca simultáneamente a un tercero en una situación de peligro. Por ejemplo, sirviéndonos para esto de los casos mencionados al principio, específicamente en los *casos donde corre sangre*, el panadero tiene el deber de hacer algo para impedir el envenenamiento de la suegra del cliente, según las circunstancias –si le es posible–, llamando por teléfono a la víctima, dando aviso a la policía, etc. Lo mismo sucede con el vendedor de cuchillo, con el camarero, con el taxista, que tienen el deber de auxiliar a la víctima, o de dar aviso a la autoridad competente para que neutralice la situación de necesidad generada, dando cumplimiento a lo preceptuado en el art. 127 del Código penal, que reprime el delito de omisión de socorro o de dar aviso a la autoridad. Sin embargo, lo mismo no ocurre en los *casos donde no corre sangre*, pues el vendedor de bolígrafo, el abogado, el arrendador y el cartero no tienen el deber de impedir el resultado, salvo que exista alguna norma en el Código

---

22 Cfr. LESCH, "Strafbare Beteiligung durch 'berufstypisches' Verhalten?", en: *JA*, 2001, p. 988.

penal que les obligue a avisar al titular del derecho en peligro, o a la autoridad competente, situación que el Código penal peruano no contempla.

Que el Derecho penal reconozca expectativas de conductas acordes con deberes de solidaridad no está ausente de polémica. Que el vendedor de cuchillos sea responsable penalmente por vender un arma en medio de una riña a uno de los participantes y resulte el otro herido no está en debate. Es decir, creo que todos estamos de acuerdo en que su conducta no queda impune. Pero que su responsabilidad sea por el delito de omisión de socorro y no por complicidad en el delito de lesiones, o de homicidio en caso de muerte, sí crea polémica.

La solución aquí defendida es que el vendedor sólo deba responder por el delito de omisión de socorro. La solución basada en el deber de solidaridad es relativamente reciente, al igual que el deber de solidaridad en el Derecho penal, y, precisamente, por encontrarse todavía en plena juventud, corre la suerte de tener que abrirse camino contra el peso de la tradición, que siempre ha contemplado la resolución de los casos de otra manera, sitúandolos sólo en el marco de la infracción de deberes negativos. Pero esta doctrina tampoco es responsable de resolver los conflictos de ese modo, pues es heredera de la enorme influencia ejercida por la tradición filosófica del idealismo alemán sobre el sistema del Derecho penal de los últimos dos siglos, la misma que negó validez jurídica a los deberes de solidaridad, reconociéndoles a lo sumo la condición de deberes morales. Aquel pensamiento filosófico respondió a una forma de ver el Estado y las relaciones sociales de una manera estrictamente liberal. Sólo por citar a KANT en este lugar, al negar la posibilidad de crear deberes jurídicos a partir de situaciones de necesidad: "la necesidad carece de ley (*necessitas non habet legem*), y, con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto"<sup>23</sup>. Lo contrario conduciría a una "contradicción de la doctrina del derecho consigo misma". De allí que el ilustre pensador de Königsberg concluya que lo único que fundamentaría el deber de auxilio, para con quien se encuentre en una situación de necesidad, sería un "deber moral". La solidaridad, entonces, es, para este pensamiento, sólo un deber moral, por lo tanto, no vinculante jurídicamente.

Pero la fundamentación del deber de solidaridad como un deber jurídico de carácter positivo tiene otra orientación. Como se anotó antes, la constitución de un sistema de deberes cumple la función de garantizar al máximo los derechos y autonomía de la persona. En este sentido, el sistema jurídico diseña su

---

23 KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1.<sup>a</sup> ed. 1797 (A), 2.<sup>a</sup> ed. 1798 (B), *Obras completas*, editada por WILHELM WEISCHDEL en 12 tomos, t. VIII, Frankfurt amMain, 1977, p. 343.

conjunto de deberes procurando el máximo aseguramiento de la autonomía de la persona porque, al asegurar a la persona, el sistema jurídico también asegura las condiciones fundamentales para el mantenimiento de su vigencia. Asimismo, en la medida en que la persona resulte lesionada en sus derechos, también se ve afectado el sistema jurídico, por cuanto la persona, al reunir en sí misma una configuración jurídica, es parte de aquél. Con otras palabras: la máxima garantía de la autonomía de la persona estabiliza a la vez la vigencia del sistema jurídico.

El sistema jurídico emprende la función de garantía de dos formas:

a) De una parte, estatuye deberes negativos, que trazan los límites más generales de una libertad organizada de actuación de la persona en sociedad. Esos límites están basados en el sinalagma de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias. Es decir, según como se administre la libertad, se responderá por las consecuencias. Este modelo constituye la base de todos los deberes. También se le conoce como *neminem laede*: “no dañes” a los demás. En el Código penal abunda este tipo de deber, por ser el más general. Por ejemplo, se encuentran el “no matar”, “no injuriar”, “no contaminar el medio ambiente”, “no falsificar documentos públicos”, “no dejar de pagar los impuestos que establecen las leyes”, etc.

b) Junto a este tipo de deber existe otro, de carácter positivo, cuyo aspecto normativo no resalta por el deber de “no dañar”, que es general, sino por otro, especial, consistente en hacer algo positivo en favor de la esfera de derechos sometida a una situación de necesidad. Éste es precisamente el deber de solidaridad mínima, en virtud del cual la expectativa de conducta no se dirige a la persona, por ejemplo, en el sentido de “no mates”, sino más bien de “auxilia”, “socorre”, “denuncia ante la autoridad los hechos punibles que te sean manifiestos”. Pero el deber de solidaridad mínima no agota el grupo de los deberes positivos, porque ocupa sólo una posición descentralizada, en comparación con los deberes positivos centralizados, o institucionales, que se caracterizan por el estatus especial del titular del deber. Por ejemplo: el estatus de padre, o el de policía. La infracción del estatus especial da lugar a un delito de infracción de deber, cuya base está en la lesión de una institución positiva. Es decir, el fundamento del injusto está en la violación de una relación institucional. Pero baste aquí esta mención sobre los deberes institucionales, sólo a modo de ejemplo para ilustrar el tema de los deberes de solidaridad mínima.

Antes de considerar el deber de solidaridad mínima, conviene aclarar por qué el deber negativo constituye la base de todos los deberes. Cuando salimos a la calle, el primer deber que tenemos que cumplir no es el de velar por la integridad corporal de todos los transeúntes, sino sólo el de no lesionarlos en

sus derechos. De acuerdo con el contexto, este deber se redefine por la situación de necesidad plasmándose en un deber positivo de solidaridad, que, en este caso, nos impondría la obligación de auxiliar al transeúnte herido, a pesar de no haber sido los autores de esa situación de necesidad. Es decir, el punto de partida lo configura el deber negativo, mientras que al deber de solidaridad le corresponde una posición subsidiaria.

La sociedad funciona con base en este sistema de deberes. En el fondo, se trata de un solo deber, porque también se trata de una sola sociedad, que varía según el contexto social<sup>24</sup>. De este modo, el sistema jurídico diseña normativamente la máxima garantía de los derechos de la persona.

En cuanto al deber de solidaridad mínima, éste ha estado arraigado en la conciencia de los pueblos más como un deber moral que jurídico<sup>25</sup>, y baste como ejemplo la acción salvadora del Buen Samaritano, que se recoge en el Evangelio de San Lucas, Capítulo 10, versículos 25-37 donde, con base en el principio cristiano de amar al prójimo como a uno mismo, la solidaridad manifiesta su validez como parte de la caridad. Pero la pregunta que surge es: ¿puede una solidaridad, concebida de ese modo, tener cabida en el ordenamiento jurídico? La respuesta sin duda es: no. El Derecho no puede exigir de un modo vinculante sentimientos solidarios basados en el amor entre las personas, no al menos en sociedades modernas caracterizadas por su elevado nivel de secularización y contactos anónimos, donde nadie está obligado a amar a los demás, sino más bien a respetarlos como personas. En esta misma línea, tampoco cabe fundamentar el deber de solidaridad en ideas de co-humanidad, o de compasión para con el necesitado, cargadas evidentemente con una buena dosis de moralidad.

Recién en el siglo XX, los códigos penales comenzaron a admitir el deber de solidaridad mínima. En el Derecho penal alemán, el paso trascendente se dio con la Reforma Penal del 28 de junio de 1935, en pleno apogeo del nacionalsocialismo, la cual introdujo el parágrafo 330 c, actualmente parágrafo 323 c, que regula el delito de omisión de socorro<sup>26</sup>. Pero, con independencia del trasfondo ideológico que orientó esta decisión político criminal, porque, conforme a la redacción original, el deber de socorro se basaba en el eslogan nacionalsocialista del "sano sentimiento del pueblo", la presencia del deber de solidaridad mínima en el Código penal indicaba ya el reconocimiento de que,

24 Cfr. JAKOBS, "La competencia por organización", trad. PEÑARANDA RAMOS, en: ídem, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 348.

25 Cfr. SEELMANN, "Solidaritätspflichten im Strafrecht?", en: JUNG et. al (eds.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, pp. 296 y ss.

26 Por todos, SEELMANN, *NK-SIGB*, 2.ª entrega de 1995, § 323 c, n.º marg. 1 y ss.

junto a los deberes negativos, los deberes positivos de una solidaridad mínima contribuyen al aseguramiento y funcionamiento del sistema social.

Naturalmente, al haber recibido el deber de solidaridad mínima un reconocimiento como categoría del deber jurídico en este momento histórico, no obtuvo una buena acogida por el penalismo alemán. Sin embargo, gracias a la pronta recepción de este pensamiento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, el carácter jurídico de este deber quedó consolidado, por resultar además legítimo y compaginable con el modelo de Estado social de derecho. La solidaridad muestra, así, una potencia argumentativa como principio del Estado moderno, que viene a suplir los vacíos de protección que puedan dejar el Estado y el sistema jurídico mediante la instauración de deberes negativos. Esto porque los deberes negativos por sí solos no garantizan la totalidad de expectativas de protección de la persona. Conforme a los deberes negativos, todos tienen el deber, dentro de su rol, o de su posición en el contexto social, de “no dañar”, “no lesionar”. El Estado, como garante del ordenamiento jurídico, toma para sí el monopolio de la protección, pero no puede intervenir allí donde el actuante obra cumpliendo su deber negativo. El ser titular de un rol, de una posición de deber, es una garantía para no alcanzar una responsabilidad penal por la correcta administración del rol. Ejemplo: el vendedor se gana la vida vendiendo, y si un día vende correctamente de acuerdo con su rol, tiene la garantía de que no se la haga responsable por las consecuencias concomitantes que puedan derivar de su venta.

Esto es, en el plano del deber negativo, mediante el ejercicio del rol dentro de los deberes que corresponden a esa posición, la conducta se convierte en neutra; por tanto, existe una prohibición de regreso que excluye la participación en ese delito. Pero como la conducta neutra deja latente una situación de peligro o de necesidad para terceros, su portador sí tiene el deber de socorrer o de auxiliar, porque en ese punto las expectativas de conducta se dirigen a que actúe solidariamente en su deber de ciudadano. Como el Estado no puede intervenir más sobre él en el plano del deber negativo, ahora *delega* al actuante portador del rol estereotipado el deber de accionar para asegurar la máxima protección de la autonomía de la persona. El ciudadano es tomado en ese contexto como un *colaborador de la administración*<sup>27</sup>. El ciudadano se integra al servicio estatal de protección y contribuye a asegurar la autonomía de la persona, y por esa vía garantiza la estabilización del sistema jurídico mismo. Se trata de una lucha

---

27 Cfr. por todos PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlín et al., 2002, pp. 186 y ss.

contra las situaciones de necesidad. En este contexto el deber de solidaridad muestra con fuerza su función subsidiaria con relación a los deberes negativos puros, que se ven respetados mediante la conducta neutral.

La solidaridad es, entonces, una tarea del ciudadano en ejercicio de un deber delegado —por parte del Estado— para la protección y máximo aseguramiento de la autonomía de la persona. La defensa de la autonomía de la persona prevalece ante cualquier situación de necesidad sobre la que el Estado no puede intervenir directamente, ya que su poder de despliegue normativo se agotó en la exigencia de cumplimiento del deber negativo, que, en este caso, queda satisfecha mediante la conducta adecuada al rol estereotipado. El Estado tiene el monopolio de protección sobre los derechos de la persona, por lo tanto, no puede dejar la solución sencillamente en manos de la persona privada, a su arbitrariedad, porque, si lo hace, el deber de solidaridad perdería su fuerza normativa vinculante, es decir, su calidad de deber jurídico, exponiéndolo a regresar a su original constitución de un deber moral basado en los buenos sentimientos o asunción voluntaria de una acción de aseguramiento o auxilio, dependiente sencillamente de la subjetividad del actuante. El Estado, al monopolizar la solución jurídica de los conflictos sociales, se convierte en el garante por excelencia de la vigencia del deber *neminem laede*, esto es, del deber más general que establece los límites de la libertad de actuación de la persona. Sin embargo, como una sociedad no funciona solamente con deberes negativos basados en el *neminem laede*, sino que conforme a su evolución ha ido contemplando cómo en contextos sociales específicos han desarrollado determinados deberes positivos de actuación, si bien restringidos inicialmente al propio ámbito social (por ejemplo, comunidades especiales como la familia, el círculo íntimo de amigos, los grupos religiosos, etc.), el Estado, con la finalidad de impedir el surgimiento de deberes paralelos al deber negativo, a causa de la creciente fuerza institucionalizadora de estos deberes positivos, les reconoce un estatus jurídico, pero sólo mediante una ficción de delegación de la potestad estatal a la persona privada para intervenir en situaciones de necesidad, a fin de concederle un reconocimiento de juridicidad a la solución de conflicto.

Por esta razón, en el caso de las conductas neutrales, la persona privada situada detrás del rol estereotipado tiene un deber de socorrer ante una situación de peligro generada con la prestación de su aporte neutral, porque las expectativas de conducta en esta circunstancia concreta le fijan el deber de hacer efectivo su obligación estatal de protección: el Estado se hace presente en la situación de necesidad por medio del ciudadano. El ciudadano aporta, de este modo, una cuota en favor del aseguramiento de la completa autonomía de la persona y, por ende, del sistema jurídico.

En el ejemplo de los casos narrados, del vendedor de cuchillo y del vendedor de bolígrafo: como la estructura de ambos es la misma, sólo que en uno se vende un cuchillo y en el otro un bolígrafo, entonces pareciera lógico que también debieran tener la misma solución. Sin embargo, en virtud de la naturaleza de los deberes en funcionamiento, la fuerza del sentido comunicativo de los mismos muestra que en uno existe la infracción del deber de solidaridad mínima (venta de cuchillo en el contexto de una pelea), mientras que en el otro, la aportación del actuante (vendedor de bolígrafo) se enmarca dentro del ejercicio de su rol inocuo, dentro del riesgo permitido, por tanto, no se adapta al colectivo típico llevado a cabo por el autor del delito de defraudación tributaria. En este último caso, rige plenamente una prohibición de regreso, con su consecuencia inmediata de afirmar la neutralidad de la conducta y fundamentar la exclusión de responsabilidad a título de interviniente delictivo. Ambos casos presentan la misma estructura fenomenológica, pero con una diferencia normativa: en lo fenomenológico la venta favorece, en el primer supuesto, la lesión de la integridad corporal, mientras que en el segundo la lesión del sistema tributario. Fuera del parecido fenomenológico, que en uno corre sangre y en el otro tinta, en el plano normativo ambos casos se diferencian porque en el primero existe una infracción del deber de solidaridad mínima, porque el vendedor se comporta de modo insolidario y con una indiferencia manifiesta al vender un cuchillo en un contexto donde el tercero necesita más bien de su auxilio o socorro. En el segundo supuesto, rige la neutralidad plena de la conducta.

El problema surge cuando se mezcla lo fenomenológico (ontológico) con lo normativo, esto es, cuando por el solo hecho del derramamiento de sangre se piensa, incluso intuitivamente, en declarar autor o cómplice de un homicidio al vendedor de cuchillo, rechazándose con ello el sentido estandarizado de su conducta, el mismo que sólo en virtud del contexto excepcional de necesidad o de peligro a que se ve expuesto un tercero retrocede para exigirle al actuante, ya no en su rol de vendedor, sino en el de persona solidaria, el deber de socorrer o auxiliar a quien se vea expuesto a peligro. Pero no es bueno dejarse llevar sólo por el poder cautivador de la sangre, porque en el Derecho penal puede destruir toda reflexión sistemática y exponer las soluciones a la intuición, mientras que en otros ámbitos, como en la literatura, o en uno de los pasajes conmovedores de la Biblia, sí pueden gozar a lo mejor de un valioso predicamento. Baste recordar a este respecto el pasaje del Antiguo Testamento, del Génesis, 4, 9-11: "Y Jehová dijo a Caín: ¿Dónde está Abel tu hermano? Y él respondió: No sé. ¿Soy yo acaso guarda de mi hermano? Y él le dijo: ¿Qué has hecho? La voz de la sangre de tu hermano clama a mí desde la tierra. Ahora, pues, maldito seas tú de la tierra, que abrió su boca para recibir de tu mano la sangre de tu hermano".

Entonces, si no intentamos resolver el problema de manera sistemática y compaginada con el sistema de los deberes, y, todo lo contrario, confiamos la solución al mayor peso de la sangre derramada, el fantasma naturalista no dejará de estar presente detrás de las elaboraciones dogmáticas. No en vano tendría en su favor el anquilosamiento del ontologismo dentro de la teoría de la imputación con más de un siglo de duración. Estamos de acuerdo por eso con CANCIO MELIÁ cuando señala que sería “aconsejable [que] la teoría jurídico-penal [se] desligue hasta cierto punto de la sangre (esto es, de los delitos de lesión tradicionales) para poder ver el conjunto del sistema del Derecho penal con ojos más despiertos”<sup>28</sup>.

La cuestión es que no todos los códigos penales establecen típicamente el delito de omisión de socorro, o el delito de omisión de denuncia de hechos punibles. Por ejemplo, el Código penal alemán lo establece expresamente en los §§ 323c y § 138, respectivamente. En el caso peruano, el Código penal sólo castiga el delito de omisión de socorro en el art. 127 a todo aquel que, encontrando a un herido o a cualquier otro en estado de grave e inminente peligro, omite prestarle auxilio inmediato, pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero, o se abstiene de dar aviso a la autoridad. El delito de omisión de denunciar hechos delictivos está contemplado en el art. 407 de una forma restringida, sólo para las personas que, por razón de su “profesión o empleo”, tienen el deber especial de comunicar a la autoridad las noticias acerca de la comisión de algún delito. Esta regulación debe ser modificada sin lugar a dudas porque el deber de solidaridad corresponde a todas las personas, y no sólo a un grupo especial, lo cual puede crear serios problemas de vacíos y excesos de punibilidad desde el lado que se mire.

---

28 CANCIO MELIÁ, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en: *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. 1, Madrid, 2004, p. 67.

**UNIDAD III: INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN  
OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (II). ORDENACIÓN  
SISTEMÁTICA EN EL ESQUEMA DE IMPUTACIÓN**

- **Jakobs – Prohibición de regreso**

**GÜNTHER JAKOBS**

Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho  
Universidad de Bonn

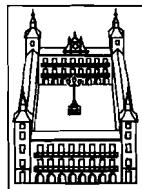
# **ESTUDIOS DE DERECHO PENAL**

Traducción al castellano y Estudio Preliminar:

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS

CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ

MANUEL CANCIO MELIÁ



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

## 9. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN LOS DELITOS DE RESULTADO.

*Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión (\*)*

### I. Esbozo del problema

De acuerdo con la concepción más habitual hoy en día, en el ámbito de los delitos de resultado por comisión, la causalidad evitable (esto es, la causalidad que es objeto de dolo o imprudencia) constituye siempre, en un doble sentido, fundamento de la responsabilidad: se sostiene por un lado que si no concurre la causalidad evitable del comportamiento, no se responde del resultado (1), y, por otro, que ésta constituye siempre uno de los elementos de la imputación, esto es, uno de los presupuestos de la responsabilidad. Esta última afirmación constituye el objeto de este trabajo. De acuerdo con esta concepción, es posible que el comportamiento causante del resultado esté permitido en virtud de circunstancias especiales, que se haya cometido sin culpabilidad, o que se halle exculpado por concurrir circunstancias especiales, pero nunca es insuficiente por sí mismo para generar responsabilidad. Se afirma, por tanto, que no existe una causación evitable del resultado que no pueda ser elemento de imputación en el delito de resultado, sino que, por el contrario, de no concurrir permisos especiales y siempre que sea culpable, todo comportamiento que causa el resultado de modo evitable debe conllevar responsabilidad, y ello *aunque este comportamiento se vea mediado por el de otras personas* (2). Se sostiene así que la causación evitable siempre atañe al causante.

Para esta doctrina, en el laberinto de las causas individuales no hay pasadizos prohibidos al regreso de la responsabilidad. Esto no se fundamenta con la consideración de que una imputación de tal amplitud es necesaria, sino más bien afirmando que es posible. Se sostiene que la libertad de acción, que es lo que corre peligro de asfixiarse de llevarse a la práctica de modo es-

(\*) Título alemán: «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung»; publicado en: ZStW 89 (1977), pp. 1 a 35. Traducción de Manuel Cancio Meliá, con algunas modificaciones introducidas por el autor para la versión castellana.

Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, pp. 49 y ss., 160 y ss., con referencias; respecto de la situación en los supuestos de desistimiento, cfr. *Lenckner*, *Galas-Festschrift*, 1973, pp. 281 y ss., 290 y s.; *Grünwald*, *Welzel-Festschrift*, 1974, pp. 701 y ss., 708.

(1) Esta afirmación es discutida en el ámbito de la participación; cfr. a este respecto

(2) Respecto de las teorías que se diferencian de esta concepción habitual, cfr. *infra* II.

tricto esta concepción, puede contraponerse a esta extensión de la responsabilidad, de modo que al menos resulta un riesgo permitido.

La concepción que brevemente se ha esbozado sufre, como tendremos ocasión de observar al analizarla más detenidamente, de una especie de hipertrofia de imputación que es hija del prejuicio naturalista según el cual, concurriendo el mismo grado de evitabilidad, la equivalencia de causas conlleva necesariamente equivalencia de imputación. Bien es cierto que este prejuicio puede explicarse por las necesidades de la protección de bienes, pero sigue siendo un prejuicio, ya que con la protección de bienes aún no entra en consideración aquello que es específicamente jurídico-penal en la imputación, ni mucho menos queda trasladado al plano dogmático.

Por el contrario, en el ámbito de los delitos de resultado de omisión impropia, resulta evidente que el equivalente de la causación evitable, esto es, la capacidad de evitación, no comporta la imputación del resultado si no se constata la existencia una relación específica del sujeto con el suceso que es capaz de modificar. El no-salvamento evitable no siempre atañe al sujeto capaz de salvar.

Esta «generosidad» se puede soportar en el ámbito de la omisión porque en las situaciones que allí se dan es más fácil fundamentar de manera aceptable que el conflicto (3) pueda resolverse sin contar con el sujeto capaz de evitar, que sostener en el ámbito de la comisión que se pueda alcanzar la solución dejando de lado al causante de la lesión evitable. Un peatón que da un traspies estando el suelo helado, y al que otro peatón no ayuda a evitar la caída, ha tenido mala suerte (no era previsible que el suelo estuviese helado), no tuvo cuidado (la helada era previsible), o es víctima de la Administración responsable de las vías públicas, etc. Por el contrario, la explicación de que el segundo peatón habría tenido que prestar ayuda y la fundamentación de que éste era su deber y tenía que asumirlo, probablemente no baste para aclarar el suceso. Sin embargo, si el primer peatón ha sufrido la caída a causa del comportamiento de un tercero, parece que en primer lugar habrá que investigar este comportamiento para comprobar si es imputable, y si se obtiene un resultado positivo, ello impide que se impute a la propia víctima. No pretendo analizar aquí cuál es la razón de la actual configuración de esta diferencia (4); ya con la mera contraposición de ambos

(3) Fundamental respecto del procesamiento de defraudaciones: *Luhmann*, Rechtssoziologie I, 1972, pp. 53 y ss.; *idem*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 2.<sup>a</sup> edición 1972, pp. 251 y ss.

(4) Respecto de las propuestas de solución de *Engisch*, en función de la cantidad de energía a emplear (Gallas-Festschrift, 1973, p. 173) y en función de la medida de la limitación de libertad (MSchrKrim. 30, p. 423), cfr. la crítica, a mi modo de ver plenamente acertada, de *Samson* (Welzel-Festschrift, 1974, p. 586). Sin embargo, la solución de *Samson* tampoco es satisfactoria. *Samson*

considera que el deber de incrementar las posibilidades de supervivencia de un bien (norma de mandato) constituye un deber de solidaridad, que sólo puede justificarse de modo excepcional, y que el deber de omitir la disminución de posibilidades de supervivencia (norma de prohibición), por el contrario, es el deber de respetar el *status quo* (op. cit., p. 595). Sin embargo, este *status quo* se determina sin el sujeto que actúa. Si se incluye al sujeto que actúa junto a su plan de acción real, la destrucción del bien se halla implícita en el *status quo* —del mismo modo que sucede en el delito de omisión—. Al pretender *Samson* dejar fuera de consideración el hecho, incorpora

campos se advierte que la cadena de fundamentación de la imputación es más larga en la omisión que en la comisión: en la omisión, la imputación jurídico-penal es una de las posibles soluciones del conflicto, respecto de la cual siempre es necesario fundamentar de modo positivo que es plausible y que debe llevarse a cabo. En la comisión, por regla general, ya no se investigan ni la plausibilidad de la solución ni la posibilidad de solucionar el conflicto de otra manera. Dicho de otro modo: en el ámbito de la omisión, la finalidad de la imputación jurídico-penal puede determinar el contenido de la imputación, mientras que en la comisión este contenido se halla petrificado.

En lo que sigue, se pretende tener en cuenta para la comisión la finalidad de la imputación jurídico-penal, y ello en un ámbito en el que los contenidos petrificados de la imputación, la causalidad y la evitabilidad, conducen a soluciones que deben ser corregidas: en el ámbito de la prohibición de regreso. Para clarificar el problema, enunciaré en primer lugar algunos ejemplos (5) en los que al menos no resulta evidente que deba responderse del resultado. Todos estos casos se configuran de tal modo que el resultado se producirá *con certeza* y ello es conocido o cognoscible; por consiguiente, la solución no puede estar en un riesgo permitido.

1. Los magistrados que dirigen un proceso en el que se juzga a los miembros de un grupo terrorista tienen conocimiento de la amenaza de asesinar a un político si siguen adelante con el proceso. Lo hacen y un político es asesinado (6).

2. El ama de llaves de un estafador lava y plancha los cuellos de sus camisas; etc. O un deudor satisface su deuda, aunque conoce que el acreedor quiere utilizar el dinero para preparar un delito; etc. O el jefe de un taller de reparaciones le devuelve a petición del cliente su automóvil, que ya no puede ser reparado y se encuentra en un estado totalmente inadecuado para participar en el tráfico. El cliente conduce a pesar de los defectos, produciéndose el daño correspondiente. O el empleado de una gasolinera llena el depósito de gasolina de un vehículo cuyas ruedas están gastadas; etc. O un asesino no sólo adquiere del farmacéutico un insecticida para utilizarlo como veneno, sino que compra al panadero una pieza de bollería en la que quiere administrar el veneno, lo que hace con las consecuencias correspondientes. O un fabricante de elementos eléctricos suministra sus productos, de buena calidad, a una empresa que los usa para fabricar unos aparatos cosméticos nocivos para la salud y que sólo pueden ser distribuidos por medio de engaño; etc.

3. Un observador minucioso comunica a su amigo en un local de mala reputación, en el que también están a la escucha maleantes, determinadas oportunidades de cometer delitos, que él, sin embargo, no quiere aprovechar, y sin pretender con ello inducir a nadie; etc. (7).

con ello subrepticamente al sistema la omisión de todas las acciones que lesionen a otras personas, esto es, la solidaridad ilimitada.

(5) Vid. más casos *infra* III C.

(6) Un caso análogo constituye la base de la sentencia BGHSt 7, pp. 268 y ss., en lo que se refiere a la comisión; cfr. además *Schroeder*,

*Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 155.

(7) Ejemplo tomado de *Schmidhäuser*, *Strafrecht AT*, 2.<sup>a</sup> ed. 1975, 14/126 (aunque refiriéndose a la imprudencia); cfr. los conocidos casos de inducción a desistir de un plan de salvamento haciendo afirmaciones ciertas, vid. al respecto *Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 200; *Welzel*, *Das Deutsche*

4. Un sujeto que desprecia a un determinado partido prende fuego a una bandera de un determinado color. Un miembro de ese partido sufre graves quemaduras al intentar, corriendo un riesgo desproporcionado, salvar el paño sagrado (8).

## II. Crítica de las propuestas de solución existentes

Respecto del ámbito que acabo de esbozar de manera aproximativa, se discuten propuestas de solución que van más allá del esquema de causalidad más evitabilidad: adecuación social, prohibición de regreso, principio de confianza y teoría del fin de la norma.

### 1. Adecuación social

Es posible constatar con bastante rapidez que la solución no puede hallarse en la adecuación social de los comportamientos. Es imposible determinar cuáles son las «modalidades de comportamiento... [que] rompen gravemente el marco de los órdenes históricamente generados de la vida social» (9) sin fijar la medida en la que debe tenerse en cuenta el respectivo contexto al interpretar el comportamiento. Si el comportamiento se contempla de manera aislada, en la mayoría de los casos deberá considerarse socialmente adecuado, por la simple razón de que en el ámbito de los delitos de resultado, el comportamiento, si se le priva de su referencia al resultado, carece de toda vinculación a algo delictivo, esto es, no resulta posible constatar que esté prohibido, y también es completamente insulso en relación con el criterio de los «órdenes históricamente generados». Si, por el contrario, se amplía el contexto a tener en cuenta al menos hasta las circunstancias de cuya presencia cabe deducir la producción del resultado (y sólo entonces tiene interés jurídico-penal el concepto de adecuación social), en los casos que no están estereotipados (y por tanto no pueden ser resueltos a través del riesgo permitido) falta toda concreción mínimamente clara de dicho orden, de modo que en este contexto, el concepto de adecuación social no aporta nada a la averiguación de los principios de la imputación, pero tampoco impide llegar a una determinada conclusión. Refiriendo esto a los ejemplos en los que se puede llegar a discutir la adecuación social [1-3], lo anterior significa lo siguiente: por supuesto, [1] dirigir un procedimiento penal, [2] llevar una casa, cumplir un contrato, vender objetos de comercio corriente, producir piezas intactas de determinados aparatos y [3] informar de que se puede aprovechar el descuido de otras personas para

Strafrecht, 11.ª ed. 1969, p. 56; cfr. además los casos en los que se causa un plan delictivo informando verazmente de una determinada situación o haciendo posible que se tenga conocimiento de una situación; respecto de esto último, cfr. *Stratenwerth*, Strafrecht, 1971, n.m. 931.

pp. 359 y ss.; cfr. respecto de este problema *Roxin*, *Honig-Festschrift*, 1970, pp. 142 y s.; *idem*, *Gallas-Festschrift*, 1973, pp. 246 y s.; *Roxin-Schünemann-Haffke*, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 2.ª ed. 1975, pp. 138 y ss.; *Schünemann*, *JA* 1975, pp. 721 y s.

(8) Un caso análogo aparece en BGHSt 17,

(9) *Welzel*, op. cit. (n. 7), p. 55.

cometer un delito, son actividades socialmente adecuadas en todos los sentidos. Sin embargo, el juicio acerca de si estas modalidades de comportamiento siguen siendo socialmente adecuadas en aquellas situaciones en las que de manera cognoscible conllevan graves consecuencias, requiere instrumentos más diferenciados y no se puede llevar a cabo a través del concepto de adecuación social, que sólo es correcto en un pequeño núcleo.

## 2. Prohibición de regreso

La teoría de la prohibición de regreso, de acuerdo con su comprensión habitual, pretende recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado (10), mientras que sus detractores consideran precisamente que tal proceder es incompatible con «la esencia de la teoría de la equivalencia de condiciones» (11). Ahora bien, antes de formular esta crítica habría que fundamentar en primer lugar que la determinación de la tipicidad en los delitos de resultado deba referirse necesariamente a causaciones en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones (12), puesto que el ámbito social en el que se trata de resolver conflictos no es, con seguridad, genuinamente idéntico al de la causación conforme a la teoría de la equivalencia. Cuando en la antigua teoría de la prohibición de regreso se habla de una interrupción del nexo causal (13), cabe entender esto como una metáfora de que las condiciones establecidas conforme a la teoría de la equivalencia no se trasladan plenamente al tipo objetivo como presupuestos de la imputación (14); por consiguiente, al hacer una crítica a la teoría de la prohibición de regreso, lo único decisivo es determinar si esta limitación es útil desde la perspectiva de la imputación, y no si puede llevarse a cabo sin modificar la teoría de la equivalencia de condiciones (15), ya que la teoría de la equivalencia es un vehículo de la imputación sin valor propio.

Conforme a la teoría de la prohibición de regreso, ha de renunciarse a los resultados que se obtengan con la teoría de la equivalencia respecto de aquellas condiciones en las que para la producción del resultado haya mediado la actuación dolosa y culpable (16) de un tercero. Dichas condiciones no cumplen ningún tipo objetivo de autoría; por consiguiente, en caso de impruden-

(10) Con respecto a la situación legal y de la dogmática anteriores, cfr. *Naucke*, ZStW 76 (1964), pp. 432 y ss.

(11) *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, 2.<sup>a</sup> edición 1972, p. 210 n. 14.

(12) Acertadamente *Naucke*, op. cit. (n.10), p. 416.

(13) *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 5.<sup>a</sup> ed. 1903, p. 16 (antes del § 1).

(14) Claramente *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18.<sup>a</sup> ed. 1931, antes del § 1 (pp. 14 y s.).

(15) También las «ventajas decisivas de la teoría de la equivalencia» invocadas por *Baummann*, Lehrbuch, 7.<sup>a</sup> ed. 1975, p. 229, deben ser identificadas como ventajas de una teoría de la imputación y no de la causalidad, ya que de lo contrario no son decisivas —y, de ser así, probablemente no sean ventajas, sino un lastre—.

(16) Esto lo defiende también respecto de la omisión *Ortmann*, GA 23, pp. 279 y s.; de un modo similar *Otto*, Maurach-Festschrift, 1972, p. 99; el efecto interruptor de la omisión al menos se toma en consideración en RG JW 1930, p. 2962.

cia, su creación es impune (17), y habiendo dolo, quedan abarcadas por las ampliaciones del tipo de autoría: los preceptos relativos a la participación.

Sin embargo, si se pretende que el límite de la imprudencia sea el límite de la prohibición de regreso, la exención de responsabilidad sólo puede fundamentarse de tal manera que no afecte por principio a toda imprudencia y a todo tipo de complicidad. La teoría de la prohibición de regreso en su concepción habitual no ha elaborado tal fundamentación ni tampoco la puede elaborar, ya que al utilizar el límite entre dolo e imprudencia y la diferenciación entre participación mediata e inmediata no llega más allá de realizar cuantificaciones dentro de la cibernética del comportamiento, en vez de determinar ámbitos de responsabilidad, como sucede con la posición de garante en el delito de omisión. Es imposible fundamentar de esta manera que todo autor imprudente detrás de un autor doloso deba ser impune, como tampoco puede fundamentarse el lado opuesto, esto es, la punibilidad de todo comportamiento doloso detrás de un hecho imprudente.

Veamos a este respecto un ejemplo de la jurisprudencia (18): en el supuesto en el que la amante le procura a su amante casado un veneno, puede diferenciarse perfectamente, tanto si hay dolo como si hay imprudencia, entre que, por un lado, este veneno sea una sustancia que, además de tener otras finalidades que el amante pueda razonablemente perseguir con su ayuda, también pueda destinarse al fin de matar a su esposa, y que, por otro, el amante no pueda hacer con la sustancia ninguna otra cosa razonable mas que cometer un asesinato; y también puede diferenciarse entre que el veneno sea una mercancía que puede obtenerse en cualquier parte y que constituya un riesgo poco corriente. No me refiero a la medida de previsibilidad (19) —puede que prestando una atención mínima quede claro que es seguro que va a producirse un uso delictivo—, sino a la posibilidad, que difiere según los casos, de distanciarse de las consecuencias del hecho de haber proporcionado el veneno señalando que dichas consecuencias no forman parte del material a partir del cual debe interpretarse la acción propia, y esto, de ser así, tanto si concurre dolo como imprudencia.

De este modo, no es extraño que de los argumentos dogmáticos de los representantes de la teoría de la prohibición de regreso sólo pueden mantenerse aquellos elementos que no determinan la situación existente en la prohibición de regreso como situación en la que concurre una constelación de dolo e imprudencia. En lo que se refiere al argumento principal, cabe rebatirlo con relativa facilidad. Se sostiene que «no es posible considerar un hecho como la obra de la voluntad de un autor y al mismo tiempo también de un hombre de atrás» (20). El alcance del argumento depende de lo que se en-

(17) Y en el marco de la fundamentación a través de la dominabilidad objetiva (*Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 39 y ss., 59 y ss.; *idem*, NJW 1955, p. 1011; *H. Mayer*, Strafrecht AT, 1953, pp. 138 y s.), probablemente tampoco esté prohibida.

(18) RGSt 64, pp. 370 y ss.

(19) O al grado de seguridad de la previsión, a este respecto vid. *infra* III C 2 y 3.

(20) *H. Mayer*, op. cit. (n. 17), p. 138; *Larenz*, NJW 1955, pp. 1011 y s.; *Naucke*, op. cit. (n. 10), pp. 426 y ss.; *Lampe*, ZStW 71 (1959), p. 615.

tienda por «obra de la voluntad», y para autores hegelianos —y así debe calificarse a los representantes de esta tesis en el contexto de este argumento— la «obra de la voluntad» no es un concepto que se refiera a un suceso, sino a la conexión entre un suceso y un sujeto; no se trata de llevar a cabo una descripción de la naturaleza, sino del «derecho de la voluntad» (21), esto es, se trata de imputación en sentido estricto (22), con lo cual es evidente que la argumentación es circular: la imposibilidad de imputar objetivamente se fundamenta a través de la afirmación de que es imposible imputar objetivamente. Por consiguiente, por medio de este argumento ni puede negarse que esté justificado que la ley prevea la participación dolosa, ni queda fundamentada la exclusión de la imputación en los casos de causación imprudente mediata (23).

En lo que se refiere al argumento dogmático adicional —aunque más bien se trata de una tesis con el atractivo de lo inusual— consistente en afirmar que la exclusiva punición del autor doloso puede satisfacer el fin de la pena (24), *Roxin* ha formulado la objeción de que la punición de uno de los autores por «ambos hechos» infringe «el principio de responsabilidad individual» (25); sin embargo, lo que se sostiene a través de este argumento no es que uno responda por los dos, sino que la situación queda resuelta respondiendo el autor doloso exclusivamente por su hecho. Por lo tanto, el argumento ha de entenderse en el sentido de que la pena impuesta al autor doloso es al menos una causa de exclusión de la pena respecto del autor imprudente; por consiguiente, rige un estricto principio de absorción respecto de hechos de autores diferentes (26). Pero si la pena al autor doloso puede zanjar todo el suceso, ello se debe exclusivamente a que todo el asunto queda liquidado con esta pena. Sin embargo, si no se quiere que esto signifique que habiendo pena por un hecho doloso no es necesario ser muy minucioso con la pena por imprudencia, entonces no puede bastar con construir una causa de exclusión de la pena; por el contrario, la imputación del hecho doloso ha de resolver el conflicto en su conjunto, esto es, debe quedar excluido que pueda imputarse algo del hecho imprudente. Dicho de otro modo: el hecho

(21) *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 117, 3.ª oración.

(22) Y en este sentido, tampoco se mantiene consecuentemente la solución propuesta en caso de que quien actúa directamente se comporte conforme a Derecho: sigue cabiendo la posibilidad de que haya autoría mediata del sujeto que causa dolosa y mediatamente (*Mayer*, op. cit. [n. 17], pp. 306 y s.), de modo que tampoco la imprudencia puede decaer a través de la prohibición de regreso; este aspecto —justificación por estado de necesidad— también debería haber sido discutido en la sentencia del LG Düsseldorf (NJW 1957, p. 1031) comentada por *Larenz*, op. cit. (n. 17).

(23) Vid. también la crítica formulada por *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, p. 543.

(24) *H. Mayer*, op. cit. (n. 17), pp. 138, 312, formulando el argumento político-criminalmente: no hay necesidad de imponer una pena adicional; cfr. también *Naucke*, op. cit. (n. 10), p. 425; *Lampe*, op. cit. (n. 20), pp. 625 y s.

(25) *Roxin*, op. cit. (n. 23), p. 543.

(26) La afirmación de que la pena impuesta por el comportamiento imprudente llega al límite extremo de la responsabilidad por culpabilidad (por lo tanto, sigue habiendo responsabilidad por culpabilidad) es la que sugiere que se trata de una causa de exclusión de la pena (cfr. *H. Mayer*, op. cit. [n. 17], p. 138). Dicho sea de paso, el argumento es incompatible con la tesis según la cual no hay obra de la voluntad. Este argumento implicaría considerables consecuencias en caso de causación directa del autor imprudente o de omisión imprudente.

de que el resultado se produzca sólo a través de un comportamiento doloso, debe —si es que existe una prohibición de regreso— excluir la imputación de la causación mediata, y *esta* causa de exclusión, cualquiera que sea la denominación que quiera dársele, aparece tanto en el ámbito de la imprudencia como en el del dolo, del mismo modo que la posición de garante rige en el delito de omisión respecto de todas las modalidades de evitabilidad.

Por consiguiente, el argumento de que la pena impuesta al autor doloso puede satisfacer ya plenamente el fin de la pena, es sólido solamente en la medida en que se trate de que la pena impuesta a quien (dolosamente) actúa en último lugar satisface el fin de la pena, y ello sólo en algunos casos, ya que algunos otros deben quedar para la participación, y, por consiguiente, también para la participación imprudente (27); en todo caso, el beneficio de la prohibición de regreso, si se pretende que sea algo más que un gesto bastante extraño de generosidad frente al autor con culpabilidad imprudente, no puede quedar limitado a los casos de imprudencia (28). El abandono del criterio de decisión configurado por la contraposición de dolo e imprudencia no constituye una pérdida, ya que no se puede fundamentar de modo convincente que la responsabilidad del sujeto que causa de manera directa no haga decaer también la imputación a aquel cómplice doloso que no hace otra cosa que su cometido habitual, siendo su aportación desviada hacia lo delictivo por el autor; y tampoco cabe fundamentar de manera plausible por qué la responsabilidad del autor ha de hacer decaer la necesidad de imputar al sujeto que, ensamblado en el contexto de comportamiento del autor, favorece

(27) Aun resta un argumento sistemático bastante simple y frecuentemente utilizado: los §§ 26, 27 StGB[\*] requieren dolo —por consiguiente, la participación imprudente es impune—; sin embargo, de este modo no es posible rebatir que la imprudencia rija de modo uniforme para la autoría y la participación; a este respecto, *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, pp. 82 y s.; llegando a la misma conclusión, *Gallas*, Materialien zur Strafrechtsreform I, 1954, pp. 128 y s., sosteniendo que en el ámbito de la imprudencia resulta imposible diferenciar las modalidades de intervención en el hecho; sin embargo, cabe diferenciar perfectamente según el grado de dominación las modalidades imprudentes de comportamiento de varios sujetos.

(\*) Los §§ 26 y 27 StGB se refieren a las modalidades de participación:

§ 26. «Inducción. Será penado como inductor con la misma pena que el autor quien haya determinado dolosamente a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico.»

§ 27. «Complicidad. (1) Será penado como cómplice quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico.» (N. del T.).

(28) A esta conclusión llega también *Otto*, Maurach-Festschrift, 1972, pp. 95 y ss. Sin embargo, su solución, que se basa en la «dominación», excluye la posibilidad de la participación. Según *Otto*, la dominación solamente puede ser descrita fácilmente de manera negativa: falta «cuando otra persona —libre en sentido jurídico— configura el suceso conscientemente conforme a sus propios planes o excluye a quien ha actuado antes del ámbito de influencia sobre el riesgo» (p. 97). Sin embargo, ¿por qué excluye la dominación por otro la imputación al primero? Probablemente, porque la imputación al tercero es suficiente o porque sin dominación no se genera la necesidad de llevar a cabo la imputación. En todo caso, entonces los §§ 26, 27 no pueden explicarse. Aún menos cabe sostener consecuentemente la idea de la dominabilidad si se utiliza respecto de una prohibición de regreso en un supuesto de dolo e imprudencia, como lo hacen *Naucke*, op. cit. (n. 10), pp. 428 y ss. y *Larenz*, NJW 1955, p. 1011. Aquello que no cabe dominar concurriendo imprudencia, tampoco es susceptible de ser dominado si hay dolo, y la participación deviene imposible. Respecto de la crítica a la dominabilidad, cfr. además: *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, p. 134.

la actuación delictiva y que no advierte a causa de su negligencia qué es lo que favorece y en interés de quién lo hace.

En el contexto de la determinación del deber jurídico derivado de ingerencia se han desarrollado ulteriores tomas de postura respecto de la prohibición de regreso.

*Rudolphi* analiza la prohibición de regreso al discutir la cuestión acerca de si cabe responsabilidad por no evitar hechos dolosos ajenos (29). Rechaza la prohibición de regreso por considerar que «lo único que puede ser decisivo para determinar si un único resultado de injusto puede ser imputado a varias personas... es la cuestión acerca de si ha sido... infringido, y de ser así, en qué medida,... un deber impuesto en interés de la protección de bienes jurídicos y provisto de sanciones penales» (30), lo que, según *Rudolphi*, —y como ya argumentó *Roxin* (31) anteriormente— «no puede determinarse con ayuda de deducciones llevadas a cabo a partir de conceptos abstractos y de pretendida validez general» (32). Sin pretender iniciar en este contexto —ni siquiera de manera implícita— una discusión entre tópica y sistemática, cabe de todos modos afirmar lo siguiente: existe la posibilidad, si no de deducir la prohibición de regreso de conceptos abstractos, sí de desarrollarla, con un método más complejo, partiendo del fin concreto de la pena o del Derecho penal, al que con certeza corresponde vigencia general (33); en todo caso, los criterios en función de los cuales ha de determinarse el «deber impuesto en interés de la protección de bienes jurídicos y provisto de sanciones penales» deben ser generales, y, por lo tanto, susceptibles de ser determinados de manera general, si se quiere obtener algo más que el producto de un enjuiciamiento *ad hoc*.

*Welp* enuncia tal momento general, desde un punto de partida inverso al de *Rudolphi*, encontrándolo en la conexión entre prohibición de regreso e ingerencia: la prohibición de regreso se presenta como una consecuencia de la teoría desarrollada respecto de la ingerencia (34). Según ésta, frente al «carácter necesario» de la causación mecánica» se encuentra como «modalidad de la causación humana la motivación de la libertad ajena que se distingue por la *autoresponsabilidad* de la otra persona» (35). Por lo tanto, los procesos causales se ordenan en función de aspectos de imputación. A causa de la autoresponsabilidad, todo intento de motivación desde fuera sólo es una «tentación» a la «libertad», que «*de iure*» debe «estrellarse en la fidelidad al Derecho» (36). Sin embargo, lo que *de iure* carece de efectos, *de iure* no existe,

(29) Op. cit. (n. 28), p. 133; sin embargo, su planteamiento es demasiado estrecho desde un principio, al referirse, de acuerdo con la limitación habitual de la prohibición de regreso a los supuestos de imprudencia, solamente a la no evitación dolosa; acertadamente *Welp*, *Vorange-gangenes Tun als Grundlage einer Handlungs-äquivalenz der Unterlassung*, 1968, p. 299 n. 56.

(30) Op. cit., p. 134.

(31) Op. cit. (n. 23), p. 548.

(32) Op. cit., p. 135.

(33) Vid. al respecto *infra* III A.

(34) Op. cit. (n. 29), p. 299; ciertamente, tanto *Welp* como *Rudolphi* buscan un principio común; es innecesaria la discusión acerca de cuál es el lugar adecuado para su introducción (a este respecto, *Schünemann*, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 210, y también *Welp*, op. cit. [n. 29], p. 299, n. 56).

(35) Op. cit., p. 275; cursiva en el original.

(36) Op. cit., p. 276.

y «de este modo, quien actúa directamente» cierra a quien le ha tentado «en cierto sentido el acceso a la responsabilidad por el resultado» (37). La víctima sólo puede dirigirse por su lesión contra quien ha actuado de manera directa (38), y la causación mediata pasa a ser un supuesto especial del favorecimiento de un hecho ajeno, que sólo es punible en el marco de los preceptos relativos a la participación (39).

En los argumentos de *Welp* se advierte bajo el ropaje de la construcción normativa la tesis antes expuesta según la cual la imputación a quien actúa de manera directa puede resolver el conflicto, y ello refiriéndose, acertadamente, a la imputación y no a fracciones de punibilidad. Y su postura también coincide con el modelo arriba esbozado y que aquí se sostiene en la medida en que considera irrelevante para la fundamentación de la prohibición de regreso al límite entre el dolo y la imprudencia, aunque con justificación o sin ella esté dotado de efectos de Derecho positivo.

Sin embargo, la solución de *Welp* ni se halla fundamentada respecto de todos los casos abarcados por la prohibición de regreso ni abarca todos los casos de la prohibición de regreso.

No se halla fundamentada la total ausencia de imputación en la causación mediata. Si —para *Welp*— se fundamentan de distinto modo autoría y participación dolosa, de todos modos el fundamento de ambas fundamentaciones puede ser común, y ese elemento común puede justificar que en el ámbito de la imprudencia se traten de manera uniforme todas las formas de participación, sin renunciar a abarcarlas en su conjunto. Dicho de otro modo: mientras el fundamento común de la imposición de penas sea idéntico para la autoría dolosa, para la participación dolosa y para la imprudencia, es posible que sus respectivos fundamentos penales concretos (esto es, las modalidades de aparición de una determinada especie, concretadas conforme a ciertos fines) difieran, sin que de ello se pueda extraer ninguna conclusión respecto del alcance de otras especies. No se puede determinar si realmente «no existe pena alguna... para la participación imprudente» (40) utilizando un procedimiento constructivo, sino sólo a través de una deducción teleológica.

En la concepción de *Welp*, la prohibición de regreso no abarca los supuestos de causación mediata dolosa. Según *Welp*, todos ellos son (al menos) casos de participación. Sin embargo, la afirmación de que los preceptos relativos a la participación deben extenderse a *todos* los supuestos de causación dolosa es tan poco evidente como lo es el paralelismo criticado por el propio *Welp* entre equivalencia de las causas y equivalencia de imputación. La causación mediata, en primer lugar, solamente es —y ello también en la concepción de *Welp*— un resultado obtenido a través de la substracción de las cau-

(37) Op. cit., p. 277.

(38) La afirmación de que le corresponde de todos modos a la víctima soportar el peligro de una tentación de esta magnitud (op. cit., p. 277) sólo es cierta si el material con base en el cual

se determina la magnitud es seleccionado a su vez a través de un procedimiento normativo.

(39) Op. cit., p. 279.

(40) *Welp*, op. cit. (n. 29), p. 283.

saciones directas; por consiguiente, aún no supone un elemento que deba ser relevante respecto de la responsabilidad, y menos un elemento que deba adquirir sin excepción relevancia para la responsabilidad.

Las tesis de *Welp*, cuyo núcleo (esto es, la afirmación del carácter dominante de la imputación respecto de la causalidad) desde luego suscribo a pesar de estas objeciones, han tenido poca aceptación. Además de que se le formulan objeciones intrasistemáticas, se le reprocha a *Welp* que la «rígida» prohibición de regreso «abandonaría la misión de protección del Derecho penal en un punto esencial» (41), o que es «incompatible con la misión fundamental de las normas jurídico-penales —es decir, la protección de bienes» (42)—. Tal y como se formula, este argumento también podría dirigirse contra la tesis (superflua por indiscutida) de que no es deber de todos paralizar la tendencia del prójimo a cometer un delito a través de una *intervención activa*, igual que se ha dirigido y aún se dirige contra el establecimiento del riesgo permitido y del principio de confianza, y desde luego puede dirigirse contra la impunidad de numerosas tentativas, a pesar de existir una prohibición, y contra la impunidad de numerosas modalidades de comisión imprudentes etc. Solamente prohibiendo todo movimiento y estableciendo la correspondiente pena, con excepción de las medidas (¡cuidadosas!) de salvamento, es cuando se llegaría al límite de lo que cabe exigir con ayuda del argumento de la protección de los bienes. Sin embargo, la protección de bienes a través de prohibiciones y penas no puede entenderse de esta manera. Bien es cierto que el hecho de la lesión del bien se halla vinculado al hecho de la causalidad. Sin embargo, no toda lesión de un bien conlleva pena, y si se impone la pena, ello no resucita el bien muerto (43). Lo que es susceptible de ser reparado a través de la pena no tiene por qué estar vinculado al hecho de la causalidad; la imputación no es un concepto naturalista.

### 3. Principio de confianza

El principio de confianza se halla estrechamente vinculado a la problemática de la prohibición de regreso. Bien es cierto que el principio de confianza puede concebirse también como caso especial del riesgo permitido, y con ello como descendiente del estado de necesidad justificante (44), pero sólo *prima facie* parece indiferente que se trate, por ejemplo, del porcentaje de errores de una máquina, o de seres humanos. Que sea soportable el porcentaje de errores de una máquina, esto es, la modalidad de uso de esa máquina que aún se encuentra dentro del riesgo permitido, depende únicamente de qué precio máximo de desgracia se pueda pagar por los beneficios a obtener. Por lo tanto, los defectos solamente pueden ser liquidados (esto es, ser considerados tolerables) a través de su compensación con los beneficios.

(41) *Schünemann*, op. cit. (n. 34), p. 211.

(42) *Herzberg*, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 305.

(43) Cfr. *H.Mayer*, *Strafrecht AT*, 1967, p. 20.

(44) Cfr. las referencias en *Jakobs*, *Beiheft zur ZStW*, 1974, p. 12 (vid. la traducción castellana de este trabajo contenida en este tomo (n.º 5). N. del T.)

Sin embargo, tratándose del comportamiento defectuoso de seres humanos, existe además la posibilidad de liquidación consistente en imputar a quien ha defraudado la confianza. Por consiguiente, el principio de confianza es algo más que una magnitud estadística (45). Ha sido especialmente *Stratenwerth* quien ha elaborado la conexión entre el principio de confianza y la posibilidad de imputar a otro: «En aquellos casos de la vida social en los que entran en contacto los comportamientos de varias personas, por regla general cada uno de los implicados debe poder confiar en que los demás se comporten conforme al cuidado debido, ya que también éstos se hallan sometidos a las exigencias del ordenamiento jurídico. Esto no tiene nada que ver con probabilidades fundamentadas de manera estadística o con reglas de experiencia; por el contrario, la experiencia nos demuestra que las infracciones del cuidado debido se producen con considerable frecuencia. Solamente el hecho de que el otro reviste el carácter de ser una persona responsable es lo que justifica la expectativa de que vaya a actuar conforme a su responsabilidad, esto es, de que vaya a cumplir con sus deberes de cuidado» (46).

Sin embargo, si se parte de esta concepción, el principio de confianza carece de límite alguno mientras el destinatario de la confianza sea responsable; la justificada expectativa de que el otro actuará conforme a su responsabilidad no puede restarse al lado fáctico, sino sólo al lado normativo. Desde este punto de vista, el principio de confianza no queda limitado ni en el supuesto —como sostiene, en cambio, la jurisprudencia— de que exista una probabilidad especialmente elevada de que se produzca un comportamiento inadecuado (47), ni cuando concurren determinados indicios que apunten a que va a tener lugar un comportamiento defectuoso, pero que —como el hecho de que el sujeto esté distraído o que se encuentre en un estado de (moderada) ebriedad (48)— no eliminan la responsabilidad, ni tampoco en los supuestos en los que quepa esperar que se va a cometer un hecho doloso, incluso cuando el destinatario de la confianza —que pasa a ser plenamente contrafáctica— está decidido de manera cognoscible a cometer el delito (49), ya que sigue siendo responsable. En cuanto se fundamenta así la impunidad de la creación dolosa de una situación en la que otro sujeto se decidirá a cometer un delito (50), pierde su fundamento la pena de la participación, ya que en la complicidad, ésta consiste en el caso de mayor intensidad consiste en la creación de una situación en la que un sujeto puede llevar

(45) *Stratenwerth*, Eb.Schmidt-Festschrift, 1961, p. 392; *idem*, Strafrecht AT, 1971, n.m. 1230. Abandono mi posición contraria expuesta en: Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, p. 88 y s., n. 170. Por supuesto, también el riesgo permitido, en lo que se refiere a la ponderación de consecuencias de la acción y libertad de acción, es más que una estadística.

(46) Eb. Schmidt-Festschrift, *ibid.* (n. 45).

(47) BGHSt 13, pp. 169 y ss., 173.

(48) Ejemplos enunciados entre otros por *Stratenwerth*, Eb.Schmidt-Festschrift, op. cit.

(n. 45), p. 392; *idem*, Strafrecht (n. 7), n.m. 1232.

(49) Difiere *Stratenwerth*, Strafrecht (n. 7), n.m. 1239.

(50) *Stratenwerth*, Strafrecht (n. 7), n.m. 930, 1240. *H.Mayer*, op. cit. (n. 17), pp. 321 y s.; *Schmidhäuser*, Strafrecht (n. 7), 14/104 (con referencias) y *Welzel*, op. cit. (n. 7), p. 117, consideran, sin embargo, que cabe complicidad. Sin tomar una decisión (en todo caso, no hay inducción) *Jescheck*, Strafrecht (n. 11), p. 521.

a la práctica con éxito su decisión de realizar un delito, y en parte es aún menos que eso; en todo caso, no se advierte la diferencia relevante entre que una decisión deba aún ser tomada o se mantenga tras su adopción.

Por lo tanto, la fundamentación del principio de confianza realizada por *Stratenwerth* solamente admite el establecimiento de límites que probablemente sean demasiado amplios. Será necesario buscar un equilibrio entre el permiso de confiar (apoyado en la estadística) establecido por la jurisprudencia y la confianza de origen normativo (abiertamente contrafáctica en casos extremos), que solamente admite autoría y quizás inducción. El camino a seguir ya se ha insinuado antes al hacer referencia a la sentencia del *Reichsgericht* en el caso del veneno: se tratará de la delimitación de ámbitos de responsabilidad.

#### 4. Teoría del fin de la norma

La valoración crítica del estado actual de la cuestión aún ha de referirse a un ámbito en el que la prohibición de regreso aparece de manera encubierta (51): la teoría del fin de la norma. Se sostiene que en este campo hay un grupo de casos en los que el resultado puede imputarse a quien resulta lesionado, de modo que resulta superflua la solución jurídico-penal. Se trata del ámbito, tratado especialmente por *Roxin* (52), de la asunción consciente de un peligro de autolesión para salvar bienes que el autor ha puesto en peligro de manera imputable. Un ejemplo extraído de la jurisprudencia (53): el autor causa imprudentemente la infección con viruela de algunas personas, contagiándose posteriormente —como era previsible— el personal sanitario que le trata y el sacerdote de la clínica. Aquí se sostiene que la ayuda se produce conforme a una disposición legal o con base en la propia responsabilidad de quienes la prestan, por lo que las consecuencias deben ser imputadas al legislador (54) o a quien presta ayuda, como resultado de su valentía (55) o de su riesgo profesional (56).

Esta es la idea (57) de la prohibición de regreso —la separación de imputación y causación (evitable)— pero aplicada respecto del deber legal y del

(51) Así lo sostiene respecto de la teoría del fin de la norma acertadamente *Baumann*, *Lehrbuch* (n. 15), p. 229 n. 19.

(52) Vid. *supra* n. 8.

(53) BGHSt 17, pp. 359 y ss.

(54) *Roxin*, *Honig-Festschrift* (n. 8), pp. 142 y s. —se trata de una valoración exactamente opuesta a la contenida en BGHSt 3, pp. 203 y ss., 205—: allí se afirma que sólo la posibilidad de un actuar subsiguiente conforme a Derecho atañe a quien ha actuado en primer lugar.

(55) *Roxin*, *Honig-Festschrift*, *ibid.*; *idem*, *Gallas-Festschrift* (n. 8), pp. 246 y s.

(56) *Roxin-Schünemann-Haffke*, op. cit. (n. 8), p. 140.

(57) Este argumento es apoyado por argumentos adicionales:

(1) Se sostiene que en caso de existir un deber jurídico, el Estado también «participa» al establecer ese deber jurídico (*Roxin-Schünemann-Haffke*, op. cit. [n. 8], p. 140.; *Roxin, Honig-Festschrift* [n. 8], pp. 142 y s.) Sin embargo, esta participación tiene las mismas características que la participación del salvador en una situación de estado de necesidad: se halla justificada. Del mismo modo que el establecimiento por el ordenamiento jurídico de un

riesgo profesional a casos en los que el destinatario de la imputación de la acción lesiva directa (la víctima) sólo acepta la imputación en tránsito para transmitírsela a quién ha puesto en marcha el mecanismo establecido en la ley o en las características de la profesión: al autor.

Quien crea una situación en la que terceros pueden ponerse a sí mismos en peligro, no responde de las consecuencias que el libre arbitrio de éstos (¡que son imputables!) genere en ellos mismos: tales consecuencias quedan suficientemente explicadas al ser reconducidas al arbitrio, y la génesis de este arbitrio es asunto exclusivo de quien lo ejerce; no puede, por tanto, trasladarse. Nadie aceptaría la pretensión de que respondan quienes desencadenan el arbitrio ajeno (58).

Sin embargo, ciertamente el riesgo profesional y la obligación legal atañen en primer lugar a quien ejerce la profesión y al legislador; pero el riesgo profesional y la obligación legal, como es evidente, existen para evitar perjuicios mayores, de modo que esta imputación resuelve tanto y tan poco como la explicación de una lesión a través del estado de necesidad justificante (59), esto es, sólo resuelve la cuestión acerca de para quien el dilema fi-

deber no constituye una coacción antijurídica a quien queda obligado, aunque el deber en el caso individual *ex post* demuestre ser un deber inútil, la constitución del deber de intentar minimizar un daño no supone la génesis antijurídica de las consecuencias de ese intento.

(2) Se afirma que se plantea un «cálculo indigno» (Roxin-Schünemann-Haffke, op. cit. [n. 8], p. 140) al sujeto que debe prestar la ayuda al resolver la cuestión acerca de si debe ayudar, y al autor al determinar si debe solicitar ayuda, incluso se sostiene que se les empuja hacia el «conflicto irresoluble» (Roxin, Honig-Festschrift [n. 8], p. 143) entre no hacer nada para llevar a cabo el salvamento o abocar al autor — o el autor a sí mismo — a ser sometido a pena. Este conflicto es consecuencia de la circunstancia de que en aquellos supuestos en los que las consecuencias de un comportamiento delictivo son susceptibles de ser trasladadas a otros bienes (estado de necesidad justificante), frecuentemente, desde el punto de vista exclusivo del Derecho positivo (esto es, sin consideraciones materiales respecto de este ámbito, sino como consecuencia de consideraciones materiales relativas a un ámbito de problemas heterogéneo) la máxima responsabilidad posible aún no se halla determinada antes del traslado, por ejemplo, a causa de la impunidad de la tentativa. A través de la medición de la pena, al menos no castigando más levemente a aquel autor que permite que la víctima (a la que en primera instancia había puesto en peligro) muera indefensa que a aquel otro autor que pide ayuda con la consecuencia de varias muertes, puede resolverse el conflicto. Además, los intervinientes probablemente sólo serán conscientes de la

situación de conflicto en contadas ocasiones, ya que en los supuestos relevantes, ex ante siempre es más probable la reducción del daño en su conjunto que su incremento.

(3) Schünemann ha propuesto últimamente (JA 75, p. 722) imputar los daños sólo cuando se trate de acciones de salvamento debidas, y solamente si concurre el presupuesto adicional de que «tenga efecto causal en sentido estricto una fuente de peligro creada o dirigida por el sujeto causante, pero no imputarlos cuando la responsabilidad inicial solamente consista en entregar a otras personas a fuentes de peligro ya existentes» (subrayados en el original) — probablemente se trate de un derivado del «dominio sobre la causa del resultado» (idem, op. cit. [n. 34], p. 237 y *passim*)—. La solución no llega más allá de una clasificación aparente de fenómenos, ya que las fuentes de peligro no son tales si no aparece en su ámbito algún bien: sería necesario demostrar que la diferenciación naturalista entre que el peligro llegue al bien o el bien al peligro supone también una diferencia en materia de imputación.

(58) Un argumento análogo aparece en Schroeder, Straßengesetzbuch, Leipziger Kommentar, 1974, § 59 n.m. 202: «De otro modo, cualquiera podría convertir en autor a quien causa el peligro». A este respecto cfr. también idem, Der Täter... (n. 6), p. 198 con referencias.

(59) O —en cuanto supuesto derivado del estado de necesidad (vid. *supra* n. 44)— a través del riesgo permitido. Cuando el legislador (o la jurisprudencia) admite en el tráfico rodado un riesgo permitido, en cuanto permiso de confiar, para no restringir en demasía la liber-

nalmente *tiene efecto*. La *génesis* del dilema, sin embargo, no puede ser adscrita al legislador o a quien ejerce la profesión; en la solución de *Roxin*, queda sin resolver. Más adelante se analizará cuándo debe imputarse en el grupo de casos tratado por *Roxin* la autolesión de la víctima al autor conforme a los principios generales del delito de comisión (60); existe la necesidad de proceder de este modo mientras la imputación a la víctima no resuelva el conflicto en su conjunto (61).

### III. Causalidad e imputación

#### 1. Fundamentos

Como conclusión de la sinopsis crítica de algunas posturas relativas a la prohibición de regreso, cabe constatar que el recurso a la causalidad evitable en el marco de la imputación no puede tener lugar sin más en toda la amplitud de la causalidad evitable, sino que, por el contrario, ha de discutirse con mayor intensidad de lo que se ha hecho hasta el momento. Por supuesto, el hecho de que hasta ahora este problema se haya reducido a un problema de supuestos dogmáticos marginales tiene una razón; razón que se halla en el punto de partida de la protección de bienes. En primer lugar, una dogmática de imputación concebida sobre la base en la protección de bienes, o dicho de modo más genérico, sobre la base en la no producción de resultados descritos típicamente, está vinculada al momento temporal anterior a la comisión del hecho: el punto de partida está en aquello que es necesario para evitar futuros resultados; esto es, en el ámbito de la comisión: han de omitirse las causaciones. Desde esta perspectiva, ni siquiera la inevitabilidad de la causación, esto es, la exigencia de comisión dolosa o imprudencia, se convierte en un límite impuesta desde fuera; en realidad, desde el punto de vista de la evitación de resultados, sería más conveniente que hubiese que omitir la causación de modo ilimitado, esto es, no sólo en el ámbito de lo evitable (62). La

tad de actuación, aquel que se comporta de manera inadecuada no puede invocar que si se hubiese actuado desconfiadamente no hubiese tenido lugar el accidente, de modo que el asunto sólo atañe al legislador o a quien había confiado. El Derecho penal en materia de tráfico vive de lo contrario.

(60) Habitualmente se determina si el riesgo que se corre es razonable de modo análogo a como se procede en el estado de necesidad justificante; *Rudolphi*, JuS 69, p. 557; cfr. también *Deutsch*, JZ 67, pp. 642 y s., respecto de la cuestión de la indemnización jurídico-civil; además, probablemente, *Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973, respecto de la solución conforme al carácter necesario para el tráfico del comportamiento arriesgado (pp. 151 y s.), aunque realizando una ponderación de bienes demasiado

naturalista; sin embargo, los casos de exigibilidad (pp. 152 y s.) son supuestos de protección penal a pesar de irracionalidad objetiva. Respecto de la ponderación de los *topoi* enunciados y de otros muchos: *Cramer*, en: *Schönke-Schröder*, 18.<sup>a</sup> ed. 1976, § 15 n.m. 155 y s.; *Schünemann*, JA 75, pp. 721 y s. —vid. respecto de todo esto *infra* III C 5—.

(61) De no ser así, la salvación del bien que estaba en peligro en todo caso exonera al autor desde el punto de vista jurídico-positivo (impunidad de la tentativa).

(62) Al escribir *Engisch* (MSchrKrim.Biol. 1932, p. 425) que la norma formulada con independencia de la capacidad de motivación tiene «más fuerza y severidad», ello caracteriza desde luego que la incapacidad humana es tenida en cuenta a disgusto: lo fuerte y severo es aque-

causación evitable se convierte en presupuesto de la imputación porque lo contrario, la evitación de la causación, es presupuesto de que no se produzca el resultado. Esta dogmática de imputación orientada hacia el mantenimiento de la protección, que ocupa una perspectiva *ex ante*, es una dogmática de la seguridad en sentido policial.

No procede de este modo aquella dogmática de la imputación que en vez de la hipótesis de la no producción del resultado parte del hecho de que éste se ha producido, es decir, toma como punto de referencia el momento temporal posterior a la comisión del hecho y determina retrospectivamente tanto la imputación *como la prohibición*, con base en aquello que aparezca como objeto idóneo de la reacción jurídico-penal. Dicho de otro modo: desde la perspectiva de la evitación de resultados, es consecuente prohibir las causaciones evitables hasta en sus últimas ramificaciones. Pero esto no demuestra que sea necesario establecer garantías jurídico-penales de semejante intensidad, puesto que la estabilización de un determinado orden, como nos enseña el delito de omisión, también puede llevarse a cabo sin imputar un delito a todos aquellos que eran capaces de evitar, y ello concretamente al definirse el conflicto no como consecuencia de la infracción del deber de quien podía salvar, sino como consecuencia de un mundo que no atañe al sujeto con capacidad para salvar, aunque la configuración de este mundo deba especificarse aún con mayor exactitud y matices: bien como delito de otras personas, como destino, casualidad, o como configuración merecedora de ser modificada, aunque no precisamente con la severidad que el Derecho penal comporta, etc. Esta modalidad de solución tiene lugar cuando el sujeto capaz de salvar no es garante. El hecho de que pueda responder por omisión del socorro o por omisión de denuncia de un delito, no implica que responda del resultado, afirmación ésta que por ahora puede verse fundamentada con una remisión a las palabras iniciales (Quien omita la evitación de un resultado...) del § 13 párrafo 1.º StGB (\*), precepto que precisamente no se creó para aquellos otros tipos.

Ahora bien, la imputación como delito tiene precisamente la finalidad de determinar, o de modo más exacto, de definir la causa de un conflicto a través de la identificación de quien causó el resultado (comisión) o de quien no evitó la producción del resultado (omisión), ya que al destinatario de la imputación, en los casos en los que la imputación es plena, no se le permite recurrir a la posibilidad —que siempre está presente— de llevar a cabo un ulterior regreso a la génesis de su voluntad, por ejemplo, en el desarrollo de su socialización (63). La imputación en cuanto delito sirve para establecer una garantía segura respecto del comportamiento de otros, «segura» en el sentido de

llo que en realidad sería acertado, y sólo la indulgencia puede exonerar de la dureza que ello comporta.

(\*) El § 13 I StGB dispone:

«Comisión por omisión. (1) Quien omita la evitación de un resultado que forma parte del tipo de una ley penal, sólo podrá ser penado conforme a esta ley si conforme a Derecho debe

responder de que el resultado no se produzca, y si la omisión es equivalente a la realización del tipo legal a través de un actuar.» (N. del T.).

(63) *Luhmann*, Rechtssoziologie, I, (n. 3), p. 58; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976 (*Recht und Staat* Heft 452/453) [cf. la traducción castellana de este trabajo contenida en este tomo (n.º 1) (N. del T.)], p. 25.

que a pesar de la defraudación, del conflicto, no es necesario abandonar la expectativa de que se produzcan comportamientos que no defrauden, y esto supone que, que la expectativa de comportamiento está «estabilizada contrafacticamente» (64). Esta estabilización tiene lugar a través de la imputación, en cuanto definición de la «causa» relevante del conflicto, mientras que la pena funciona como símbolo de la seriedad de la definición, y en todo caso opera de manera indirecta como medio de prevención en sentido habitual (65).

Esta modalidad de solución del conflicto sólo es necesaria cuando no es posible definir otros subsistemas distintos del autor como causa relevante del conflicto, o no cabe definirlos plenamente como tal, o cuando —con base en la planificación social— no deben ser definidos como causa relevante (66), y significa siempre que el conflicto atañe al autor, esto es, que el autor no forma parte de aquel ámbito que posiblemente es causal o disponía de capacidad de evitación, pero en todo caso no se halla jurídico-penalmente vinculado al conflicto.

El Derecho penal no puede estabilizar como expectativa respecto del comportamiento de otros que nadie le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo. Esto no significaría otra cosa que esperar que casi ningún comportamiento tenga lugar, ya que prácticamente todo puede convertirse en una pieza funcional de algún plan delictivo. Sólo puede tenerse la expectativa de que nadie complete (de manera evitable) las condiciones de un curso delictivo. Esto significa en primer lugar (¡pero no solamente!) que en el delito de comisión producen una defraudación aquellos comportamientos que (de manera evitable) generen directamente (67) el resultado. (*Definición*: en lo que sigue, la voluntad de realizar el comportamiento que de modo evitable lesiona directamente se denomina *plan delictivo*, con independencia de que el resultado delictivo se conozca o sólo sea cognoscible). En el campo de los comportamientos que de manera evitable causan el resultado mediatamente, la cuestión decisiva es la de determinar si el comportamiento debe adscribirse al plan delictivo en cuanto raíz de la defraudación, o si se puede distanciar del plan delictivo, es decir, si se trata de un comportamiento que está al menos tan lejos del plan delictivo como el mundo, en general no exento de otras causas de conflicto distintas de la planificación delictiva. Por ejemplo: si nadie puede esperar que deje de producirse un robo porque quien lo quiera llevar a cabo no disponga de un vulgar destornillador, ¿por qué ha de estabilizarse entonces la expectativa de que nadie venda un vulgar destornillador a un sujeto que de manera cognoscible se halla determinado a llevar a cabo un robo? Cuando amenaza un daño mayor del que constituye un hecho de estas características, este tipo de acción puede ser extremadamente insolidario —pero esto ya

(64) Luhmann, Rechtssoziologie, I, (n. 3), p. 43.

(65) Jakobs, op. cit. (n. 63), p. 10.

(66) Vid. el ejemplo enunciado respecto de la comisión y de la omisión al principio, en la parte I, texto correspondiente a las n.s. 3 y 4.

(67) Esto es, de manera que el resultado ya no puede ser evitado por otra persona en cumplimiento de un deber de evitación del resultado; sin embargo, no pretende resolverse aquí si siempre es preciso imputar a quien lesiona directamente o si, por el contrario, existe un «deber de regreso por encima del último».

afecta a la analogía con el § 330 c StGB (\*) y no se refiere a la responsabilidad derivada del resultado.

Por consiguiente, en los casos en los que concurre un comportamiento que no es directamente lesivo, es necesario averiguar cuándo hay razones para que el plan del otro atañea a quien causa de manera mediata. Ahora bien, todo plan es el esbozo de una determinada configuración del mundo, y cuando actúan varias personas, sea de modo ensamblado o sea apoyándose respectivamente en la actuación del otro, puede que concurren *distintos* esbozos, y ha de determinarse si *uno* de esos esbozos puede constituir la definición válida de todo el conjunto de actuación. En todo caso, un conjunto de actuación que finaliza en un plan delictivo no es *eo ipso* un contexto delictivo, puesto que la configuración que el último en actuar quiera dar al mundo sólo atañería siempre a los demás si a todos atañese todo aquello en lo que se pueda influir (a través de una omisión), y esta última afirmación nunca se ha fundamentado de otro modo que a través del dogma de la evitación de resultados (dogma limitado a los delitos de comisión y que ni siquiera en este ámbito puede mantenerse sin fisuras) (68): es decir, que nunca ha sido fundamentado desde la perspectiva del fin de la pena.

Si la garantía jurídico-penal de la norma ha de garantizar seguridad de expectativas, la pena debe reaccionar frente a un comportamiento que no pueda ser interpretado como compatible con el modelo de mundo esbozado por la norma. Esto, en primer lugar, sucede siempre cuando una determinada configuración de un ámbito se halla adscrita como cometido a una persona y la configuración concreta se aparta del plan: en el ámbito de los garantes, conforme a los principios del delito de omisión impropia. Aquí, el garante no tiene ninguna posibilidad de retirarse; ha de responder de la configuración de este sector del mundo, le está adscrito. La situación es distinta cuando es un no-garante quien comete; éste puede generar efectos derivados en ámbitos que le son ajenos, pero ha de poder demostrarse que estos efectos derivados pertenecen aún a *su* interpretación del mundo para que sea precisamente él quien haya defraudado la expectativa. En el ámbito que es específico de la comisión, debe ser posible interpretar la actuación como esbozo contrario a la norma con base en el curso lesivo, de donde quiera que provenga y a donde quiera que vaya; el contexto de interpretación está limitado solamente en el ámbito de los garantes. En todo caso, se trata de interpretar qué es lo que el comportamiento «lleva dentro» de esbozo de realidad. Solamente si se toma como elemento esencial este «significado expresivo» (69) del comportamiento, la pena en cuanto «posibilidad(des) de expresar que se mantiene la expectativa a pesar de la defraudación» (70) se refiere a la misma base que el comportamiento defraudador.

(\*) El § 330 c StGB, vigente en el momento de redactarse el presente trabajo, se corresponde con el § 323 c actual (omisión de socorro) (N. del T.).

(68) Vid. *supra* II.

(69) *Luhmann*, Funktionen... (n. 3), p. 256.

(70) *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, p. 235; *idem*, Rechtssoziologie I (n. 3), pp. 58 y ss.

Si la garantía jurídico-penal se refiere a que las expectativas son resistentes frente a las defraudaciones, ello no significa que deba regir la garantía de que todos omitan cualquier tipo de comportamiento que tiene efecto causal, de que incluso se omitan aquellos comportamientos que sólo causan en sentido naturalista, pero no tienen el significado de causar. Y ello es así puesto que tal comportamiento puede ser distanciados del plan delictivo y no defrauda, sino que es parte de un mundo que inevitablemente contiene causas de lesiones y que sólo recibe de otras personas con plan delictivo su configuración defraudadora, configuración cuya irrelevancia respecto de la seguridad de expectativas ha de garantizar y garantiza el Derecho penal a través de la imputación al autor del plan delictivo (71).

## 2. Fórmulas

Para resolver la cuestión acerca de cuándo se trata todavía de una actuación en un mundo cuyas defraudaciones no tienen que ser resueltas jurídico-

(71) Se advierte con especial claridad que la imputación a otro puede resolver el conflicto al analizar la configuración de la responsabilidad por el actuar precedente: la contrariedad a deber del comportamiento previo es una metáfora de la imposibilidad de imputar el conflicto a otro, sea con o sin pena, o de resolverlo sin imputación alguna. De este modo, sólo se exonera al responsable del local en la medida en que se va grabando al cliente (BGHSt 19, pp. 152 y ss.), y la exoneración finaliza cuando el cliente, estando absolutamente ebrio, ya no puede ser gravado (*ibid.*, p. 155), y quien se defiende después de haber sido objeto de un ataque queda liberado de la posición de garante porque «la defensa frente al atacante ... fue provocada y generada por el comportamiento antijurídico del atacante» (BGHSt 23, pp. 327 y s., 328); por lo tanto, el atacante tiene el mismo la «culpa» de su dilema, el conflicto se le adscribe a él mismo (de modo análogo al exceso en la legítima defensa y a la «causación» del estado de necesidad exculpante; a este respecto cfr. *Jakobs*, op. cit. [n. 63], pp. 20 y ss. con referencias). O: quien ha creado una situación que previsiblemente será modificada de manera antijurídica por «terceros responsables», de modo que se convierta en una situación de peligro, en caso de producirse un daño puede remitirse a la responsabilidad de los otros (BGHSt 3, pp. 203 y ss., 205). La formulación que aparece en esta sentencia es la formulación de una prohibición de regreso: «Quien actúa conforme a Derecho no está obligado a contar con la posibilidad de que con base en la situación de hecho creada por él lícitamente, el comportamiento antijurídico de terceros responsables pudiese generar un peligro; de otro modo, se le im-

pondría una responsabilidad por culpabilidad ajena, responsabilidad que es ajena al ordenamiento jurídico.» Esta conexión entre exoneración y gravamen también se manifiesta en la última sentencia pronunciada hasta el momento, cuando respecto de la responsabilidad del automovilista que no presta ayuda después de un accidente que ha tenido lugar a pesar de que condujo correctamente se advierte que la víctima «creó por sí sola a través de su comportamiento contrario a las reglas del tráfico de manera culpable la causa del accidente de tráfico y con ello del peligro en el sentido del § 221 StGB(\*)» (BGHSt 25, pp. 218 y ss., 222). Por lo tanto, con esto no queda resuelto cuál es la decisión a tomar cuando se trata de pura desgracia, es decir, cuando *ambos* se han comportado correctamente. Dicho sea al margen: tampoco queda prejuzgada la cuestión acerca de si es tolerable, de negarse la existencia de una posición de garante en el caso del daño fortuito, la diferencia existente entre las penas previstas para el aseguramiento de la solución jurídico-civil del suceso (§ 142 StGB [\*\*]) y el aseguramiento —en supuestos extremos— de la supervivencia (§ 330 c StGB [\*\*\*]).

[\*] El § 221 StGB tipifica el delito de abandono de personas que se encuentran en una situación de desamparo.

[\*\*] El § 142 StGB tipifica el delito de abandono no permitido del lugar en donde se ha producido un accidente de tráfico en el que el autor estuvo implicado.

[\*\*\*] El § 330 c StGB vigente en el momento de redactarse el presente trabajo se corresponde con el § 323 c actual (omisión de socorro). (N. del T.)

penalmente y cuándo ya se trata de una actuación en un mundo que defrauda con consecuencias jurídico-penales, se proponen antes de la discusión de ejemplos las siguientes fórmulas (que, desde luego, han de ser precisadas) (72):

El comportamiento que causa de forma mediata ha de definirse a través del plan delictivo:

a) cuando el mismo sujeto que causa mediatamente tiene que definir su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, sólo puede motivarse por el plan delictivo, aunque —concurriendo imprudencia— el carácter delictivo del plan le sea meramente cognoscible —en este caso, quien causa de manera mediata— al igual que quien causa directamente —actúa configurando un mundo que se halla determinado por un plan delictivo, esto es, por el plan de realizar un comportamiento defraudatorio, no siendo, por tanto, ya un mundo que contiene meras causas de lesión;

b) cuando quien causa de forma mediata adapta su comportamiento al plan de otro, siendo éste un plan que no puede estar motivado como plan no delictivo (73) —en este caso, el causante mediato toma como base de su comportamiento un mundo que sólo se determina por el plan delictivo; tampoco él, por tanto, permanece en el mundo que contiene meras causas de lesión—;

c) cuando quien causa de manera mediata conforme a los principios del delito impropio de omisión es garante de que no se produzcan daños derivados de comportamientos delictivos en el bien amenazado (protector) o de que no se produzcan partiendo de una fuente de peligro (control); en este caso, quien actúa, ni actúa configurando un mundo con un plan delictivo, ni lo toma como base de su comportamiento, pero ha limitado su mundo a un sector demasiado reducido.

En cambio, la causación mediata está exenta de responsabilidad

d) si quien causa de modo mediato no es garante de la evitación de tal curso lesivo (no c) y ni actúa configurando un mundo con plan delictivo (no a) ni lo toma como base de su comportamiento (no b).

### 3. Ejemplos

Ha de explicarse ahora con base en unos ejemplos que tanto la causación evitable como la no evitación evitable de un resultado necesitan de una determinada razón de imputación. Queda claro desde un principio que el ámbito descrito por las fórmulas de imputación a-c abarca parte de la prohibición

(72) La necesidad de ser precisada afecta especialmente a la fórmula c —sólo que la «posición de garante» nunca puede estar delimitada con mayor exactitud de lo que pueda determinarse el funcionamiento del aparato de estabilización jurídico-penal—. Quede acotado que

tampoco la imputación ilimitada a quien actúa de manera directa es una solución inamovible; vid. a este respecto en n. 67.

(73) Más exactamente: o se adapta a un comportamiento adaptado a su vez según la primera parte de esta fórmula, etc.

de regreso en sentido tradicional, parte del principio de confianza y parte de la teoría del fin de protección de la norma, pero, respectivamente, no todo, y también incluye algunos aspectos que trascienden estos institutos.

#### A. *El ámbito de la prohibición de regreso*

En la prohibición de regreso (74) en sentido tradicional, se causa imprudentemente la comisión por otro de un delito. Son casos de la jurisprudencia discutidos a este respecto, aparte [1] del supuesto arriba enunciado en el que se le consigue a otro una cantidad de veneno (75), por ejemplo, los siguientes: [2] la madre deja sola a su hija, que acaba de dar a luz a un hijo no matrimonial; la hija mata al niño (76); [3] el marido abandona a su esposa; ésta mata al hijo común (y se suicida) (77); [4] se construye una vivienda que corre peligro de sufrir un incendio y se alquila a personas que conocen esta situación. La vivienda se incendia por un motivo desconocido, sin que quepa excluir un hecho doloso, con la consecuencia de que mueren algunas personas (78).

En la medida en que puede argumentarse que (respecto de 1 y 4) quien posee una cosa peligrosa debe mantenerla fuera del alcance de otros, o que (respecto de 2) el bienestar de los nietos atañe a los abuelos o que el delito de un hijo atañe a sus padres, o que (respecto de 3) el bienestar de los hijos atañe a su padre, dicho brevemente, en la medida en la que el autor sea garante, por supuesto queda excluida la exención de responsabilidad (fórmula c).

Desde luego, en todos estos casos ya concurriría responsabilidad conforme a los principios del delito de comisión en su concepción habitual; [1] se entregó el veneno, [2] la madre abandonó a su hija desesperada y [3] el marido a su esposa sumiéndola en la desesperación y [4] se hizo entrega de la vivienda peligrosa. Sin embargo, ello aún no fundamenta que el delito doloso atañe en algo a quien actúa imprudentemente, y de ser así, en qué medida. Es evidente que el sujeto imprudente lesiona un bien con su actuación, pero esto, como hemos demostrado, no es lo único decisivo; sino que también es determinante la posibilidad de interpretar el comportamiento imprudente en atención al plan delictivo (79). Y en este ámbito, la teoría de la prohibición de regreso en su concepción habitual, al excluir la responsabilidad por la causación imprudente de un hecho doloso, abarca un campo en el que frecuentemente, aunque no siempre, el comportamiento imprudente no puede ser interpretado como parte de un plan delictivo porque el autor no actúa configurando un mundo en el que está planeado actuar delictivamente (por consiguiente, resulta inaplicable la fórmula a). Y de hecho, en los ejemplos

(74) Vid. *supra* II B.

(75) Vid. *supra* n. 18.

(76) RGSt 64, pp. 316 y ss.; en p. 319 formulado desde la perspectiva de la comisión (posibilitar el hecho al irse), en p. 320 desde el

punto de vista de la omisión (no-evitar).

(77) BGHSt 7, pp. 268 y ss.; en la sentencia, el caso se trata como omisión.

(78) RGSt 61, pp. 318 y ss.

(79) Vid. *supra* III A.

enunciados, evidentemente el sentido, es decir, la motivabilidad de la actuación de los sujetos imprudentes, no depende del hecho ajeno. Como ejemplo contrario puede encontrarse en la jurisprudencia el caso de una participación imprudente en una autolesión (a su vez imprudente): [5] el director de una productora de cine contrata a un artista para participar en una película de acción. El artista debe saltar a un lago desde un avión que vuela a unos cincuenta metros de altura y pierde la vida al saltar (80). Parece claro que en el ejemplo enunciado en último lugar, la acción del director carecería de motivación sin el salto del artista; aquí el autor actúa para un mundo en el que el comportamiento directamente lesivo es necesario: puede salvarlo de que responda, sin que ello pretenda resolverse aquí, la circunstancia de que se trata de una causación imprudente de una autolesión; en todo caso, la prohibición de regreso en la concepción aquí desarrollada no impide la responsabilidad (81).

En los ejemplos enunciados [1-4] aún puede derivarse una responsabilidad específica de la comisión del aspecto de la adaptación del propio comportamiento al plan delictivo de otro (fórmula b), esto es, del hecho de tomar en cuenta planes ajenos que sólo son susceptibles de ser motivados como planes delictivos. Esto sería posible en algunos casos, por ejemplo, si [1] el veneno sólo puede ser utilizado razonablemente por el amante para un fin delictivo, o si [2] la madre abandona la habitación a ruego de su hija y esta petición sólo puede ir dirigida a estar sola para cometer el hecho. Sin embargo, en los supuestos en los que se causa imprudentemente un hecho doloso, sucederá con más frecuencia que el hecho del autor imprudente sea ambivalente para el autor doloso; en todo caso, el autor doloso intentará evitar que ello sea de otro modo, ya que de lo contrario se expone a un riesgo incrementado de ser descubierto. Por lo tanto, la teoría de la prohibición de regreso en su concepción habitual afecta a un ámbito en el que queda excluida con frecuencia una responsabilidad específica por comisión (esto es, conforme a las fórmulas a) o b).

### B. *Ampliación al dolo*

El diagnóstico expuesto no cambia en nada si en quien causa de manera mediata concurre dolo en vez de imprudencia, ya que la configuración del mundo para el que se actúa o que se toma como base no se ve afectada, sino solamente la consciencia de ello. Sin embargo, cambia la plausibilidad de algunas posibilidades de motivación. Concurriendo dolo puede suceder que [2] la madre abandone a su hija o [3] el marido a su mujer sólo porque la madre o el marido saben lo que hará quien es dejado solo por el hecho de ser abandonado.

(80) LG München II, JW 1920, p. 922.

(81) Debe decidirse de otro modo el caso enjuiciado en BGHSt 7, pp. 112 y ss.: en una carrera de motocicletas el conducir haciendo eses tiene precisamente la finalidad de evitar intentos de adelantamiento; que el motorista

que viene desde atrás se acerque de modo arriesgado al otro que le precede haciendo eses es asunto suyo, salvo que el que ocupa la primera posición, por la peligrosidad de tal comportamiento, sea garante de conducir por la derecha (fórmula c) —lo que probablemente sea el caso—.

Si ello no es meramente un motivo sustituible para esa persona en esa situación (y entonces es un motivo sin hecho), quienes actúan lo hacen por un mundo en el que se produce la lesión (fórmula a). Pero si esto queda excluido y las personas tampoco han tomado como base de su comportamiento los planes delictivos de otros (82), entonces, ciertamente, causan, pero el resultado no les atañe porque las condiciones de producción del resultado no son necesarias en el mundo que configuran actuando o que toman como base. Su comportamiento puede interpretarse sin plan delictivo propio o ajeno, y son los otros los que desarrollan en una dirección delictiva los resultados del comportamiento.

Ahora bien, puede ser adecuado exigir la evitación de la causación sin imputar el resultado, precisamente como aportación de solidaridad, teniendo en cuenta que se trata de un daño grave e irreparable. Esto puede ser procedente, de la misma manera que el legislador ha considerado adecuado ordenar en situaciones de necesidad a quien se halla capacitado para evitar el daño que realice acciones de salvamento, aunque éste no sea garante de que no se produzca el resultado o que no tenga lugar el curso que conduce al resultado (§ 330 c StGB). En todo caso, no es ésta una responsabilidad derivada del delito de lesión. Probablemente quede claro el paralelismo respecto de la omisión de socorro si se reduce en los ejemplos la magnitud valorativa del bien que resulta respectivamente lesionado: ¿quién consideraría adecuado establecer una responsabilidad si (de modo análogo a 2 y 3) el marido abandona la vivienda, sabiendo que a causa de ello su mujer, enfurecida, destruirá una cosa ajena o si (de manera análoga a 4) se alquila un cobertizo del cual resulta imposible salvar los bienes en él depositados, de valor limitado, en caso de un incendio provocado? De este modo quedan resueltos también los casos planteados al principio de este trabajo para esbozar el problema (83): en todo caso, no ha de responderse por la producción del resultado (84).

### C. El ámbito del «instrumento» no doloso

Esta conclusión no se ve modificada si quien actúa directamente (85) sólo causa imprudentemente (86), aunque el sujeto que causa mediatamente

(82) Como ya se ha descrito arriba respecto de la imprudencia al tratar la fórmula b.

(83) Vid. *supra* I *in fine*.

(84) En algunos de los ejemplos contenidos en el segundo grupo de los supuestos enunciados en la parte I *in fine*, quien causa mediatamente actúa a requerimiento de aquél que está decidido a cometer el delito, y para éste, la acción sólo tiene sentido para la comisión del delito (especialmente en el caso en el que el empleado de una gasolinera llena el depósito de un automóvil inadecuado para participar en el tráfico). Sin embargo, en estos casos el contenido del comportamiento está estereotipado, y lo único que pueden hacer terceros es desenca-

denarlo, pero no pueden configurarlo; además, decae una eventual responsabilidad conforme a la fórmula c. Sin embargo, si el contenido se configura en atención al plan ajeno —si, por ejemplo, el panadero hace para quien quiere realizar un asesinato un determinado tipo de pan, que no está en venta normalmente, y que sólo puede servir para ocultar el veneno— no cabe duda alguna de que hay responsabilidad. Se trata probablemente de un problema residual del ámbito de la adecuación social.

(85) Vid. la definición *supra* en n. 67.

(86) Esto también rige sin modificación alguna respecto de la inducción a una autolesión, sin que ello determine, sin embargo, las conse-

actúe dolosamente (87), puesto que de nuevo no cambia la configuración del mundo para el que se actúa o que se toma como base, sino que se modifica exclusivamente el conocimiento de ello. Respecto del caso en el que concurren causación mediata dolosa y causación directa imprudente, esto es, el supuesto de una posible autoría mediata, se viene discutiendo desde hace mucho tiempo la posible responsabilidad del sujeto que causa dolosamente, especialmente cuando éste realiza una aportación más bien incidental (88). Conforme al modelo aquí desarrollado, la solución es la siguiente: el sujeto que causa mediatamente no responde si la motivabilidad de su actuación no se halla vinculada para él mismo al acto directamente lesivo y los planes ajenos que toma como base no sólo pueden estar motivados como planes delictivos. Esta limitación se fundamenta en que la imprudencia de quien causa directamente no atañe a quien causa mediatamente mientras no actúe para ella o la tome como base, ya que el hecho de que el otro actúe imprudentemente no significa nada distinto a que se le imputa la causación como error suyo, por lo que debe decaer la imputación a quien causa mediatamente, a no ser que éste también actúe para el mundo en el que se produce el error o lo tome como base. Pero si ello es así, quien causa de forma mediata responde, aunque su aportación sea limitada. Del mismo modo que el sujeto que causa de modo directo tampoco puede exonerarse aduciendo que la causación fue para él un asunto incidental. Por consiguiente, en el conocido ejemplo en el que concurre una acción lesiva directa realizada con imprudencia, para la cual quien causa mediatamente entrega, conociendo el error del sujeto imprudente, un instrumento (89), es absolutamente decisivo determinar qué es lo que se entrega y en qué situación: si, por ejemplo, la entrega sólo adquiere sentido si el receptor realiza la acción directamente lesiva,

cuencias derivadas de la atipicidad de la autolesión. Por lo tanto, en el caso antes referido del LG München II (vid. *supra* el texto correspondiente a la n. 80) es irrelevante quién actuase dolosa o imprudentemente, en todo caso cabe imputar al director, ya que el plan del comportamiento directamente lesivo, el plan del salto, fue lo que le motivó a realizar su comportamiento. A la inversa, en el supuesto en el que la mujer de un bebedor notorio coloca de buena fe sobre el poyete de la ventana una botella de bebida que contiene un veneno disuelto en líquido (RGSt 1, pp. 373 y ss.), con la consecuencia de que su marido bebe de la botella y muere, la muerte no puede imputarse a la mujer en concepto de comisión, ya que ni la elección del lugar para colocar la botella estaba motivada exclusivamente por la pretensión que el marido bebiese de la botella (fórmula a) ni tuvo lugar con base en un plan de estas características de otro (fórmula b). Sin embargo, es una cuestión distinta que la mujer ocupe una posición de garantía respecto del objeto peligroso o respecto de que su marido no sufra lesiones (fórmula c).

(87) También si concurre imprudencia en

todos los implicados. El caso más conocido a este respecto es el de RGSt 34, pp. 91 y ss.: en un guardarropa cae un revólver cargado del bolsillo lateral de un abrigo. Alguien cree que el arma está descargada, apunta en broma a otro y aprieta el gatillo; éste muere. La solución ha de partir no de la responsabilidad específica por una comisión, sino de la custodia insuficientemente cuidadosa de una cosa peligrosa (fórmula c). Estando configurado el supuesto de hecho de otro modo, por supuesto cabe que concurre una causación mediata imprudente que comporte responsabilidad: el propietario hace entrega del revólver, que erróneamente considera descargado, a otro, requiriéndole para que en clave de broma dispare sobre otro (fórmula a) o se lo entrega porque el otro se lo pide para el mismo fin (fórmula b).

(88) Fundamental *Roxin*, *Täterschaft...* (n. 23), pp. 175 y ss. con referencias; *Stratenwerth*, *Strafrecht* (n. 7), n.m. 819.

(89) *Nowakowski*, *JZ* 1956, p. 549; *Roxin*, *Täterschaft...* (n. 23), p. 175; *Stratenwerth*, *Strafrecht* (n. 7), n.m. 819.

porque el instrumento es inútil a otros efectos, entonces el contexto de la actuación es delictivo (90).

#### D. *El ámbito del principio de confianza*

La solución aquí desarrollada resuelve aquella parte del principio de confianza (91) que no es un mero supuesto particular del riesgo permitido, sino consecuencia del carácter responsable del destinatario de la confianza (92). En la parte crítica ya se ha expuesto la problemática de este sector del principio de confianza, que consiste en que hay casos en los que la confianza ha de existir, al vincularse al carácter responsable del otro, de manera plenamente contrafáctica. Y ello puede ser el caso en el ámbito de una prohibición de regreso que —como sucede en el modelo aquí defendido— abarque también supuestos dolosos. Al argumentar *Stratenwerth* que si «en la vida social» entran en contacto «los comportamientos de varias personas... por regla general cada uno de los participantes debe poder confiar en que los demás se comporten cuidadosamente, puesto que ellos también están sometidos a las exigencias del ordenamiento jurídico» (93), ello no puede regir, incluso tratándose de no-garantes, en los supuestos en los que la acción propia sólo puede estar motivada para obtener un comportamiento directamente lesivo (fórmula a) o depende de los planes de otro que sólo pueden estar motivados de manera delictiva (fórmula b). Quien forja una ganzúa para alguien que va a cometer un robo, actúa de manera delictiva, con independencia de que lo que a él mismo le importe sea sólo la contraprestación a recibir o también el delito. Sin embargo, a quien toma como base o actúa para un mundo en el que no (necesariamente) se ven completadas las condiciones de la lesión, es decir, en el que no (necesariamente) aparece un comportamiento directamente lesivo, no le atañe el comportamiento erróneo del otro por el mero hecho de la causación, y la confianza es una metáfora de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad, ámbitos que siguen estando separados incluso aunque no quepa duda alguna acerca de que se va a producir un comportamiento delictivo del «receptor de la confianza». Por consiguiente, la «confianza» puede llegar a ser plenamente contrafáctica. No termina cuando concurre una probabilidad de que se produzca el comportamiento inadecuado (94), ni cuando concurren determinados indicios de que va a tener lugar un comportamiento inadecuado (95), sino que no termina nunca y en todo caso puede superponérsele una posición de garante de quien «confía» o —con

(90) En contra de lo sostenido por *Roxin*, *Täterschaft...* (n. 23), la aportación puede quedar reducida a un «movimiento afirmativo con la cabeza» o a una «palabra acompañante», si estas manifestaciones conducen a la génesis de la decisión de actuar del sujeto imprudente o a que ésta se mantenga, puesto que también el autor imprudente lleva a cabo —con la excepción de los comportamientos automatizados— una decisión de actuar, sólo que lo hace

desconociendo las consecuencias de su acción.

(91) Vid. *supra* II C.

(92) Vid. *supra* el texto correspondiente a las n.s 44 y 45.

(93) Eb.Schmidt-Festschrift (n. 45), p. 392.

(94) Vid. *supra* n. 47.

(95) Vid. *supra* n. 48.

menor intensidad— un deber de solidaridad del tipo del § 330 c StGB. *La causación fuera de un contexto delictivo no es más que la creación de una situación en la que otro cometerá un delito* (96), y esto significa algo más que una mera reducción de una eventual inducción a una complicidad (97): significa actuar sin responder por la causalidad por el mero hecho de conocerla.

Por consiguiente, por ejemplo, y en lo que se refiere al ámbito específico de la comisión, está permitido prestar un automóvil aunque se sepa que el receptor del vehículo se embriagará por el camino, a no ser que la entrega del vehículo (fórmula a) o la petición de su entrega (fórmula b) sólo puedan estar motivadas por un recorrido en estado de embriaguez. ¿O es que acaso no puede proponerse realizar un trayecto en coche a personas de las que se sabe que suelen conducir embriagadas, al menos no cuando concurren indicios (y de ser así, ¿qué indicios distintos de los que conforman la experiencia?) de que volverán a embriagarse? Si el repartidor de bebidas bebe, ¿ya no pueden hacerse pedidos a la empresa para la que éste trabaja? Este tipo de consideraciones puede que ayuden a la protección de bienes, pero los principios del orden social son otros; y es que el hecho de que no todo atañe a todos separa a la imputación de la red de la causalidad. Ahora bien, la cuestión acerca de si a la hora de prestar un automóvil queda reducida la libertad bajo el aspecto de la responsabilidad por la fuente de peligro que es el vehículo, ya no es un problema específico de la comisión.

Probablemente, las consecuencias del modelo aquí desarrollado sean bastante reducidas en los supuestos en los que entran en contacto distintos participantes *en* el tráfico rodado mismo, que es el ámbito de aplicación principal del principio de confianza (98) (aún prescindiendo de los deberes de actuación [fórmula c] que aparecen de forma masiva en este campo). Y ello es así porque en este ámbito será difícil determinar en la práctica si alguien desarrolla el comportamiento neutral de terceros en una dirección delictiva o si alguien, por el contrario, ya ha configurado (de modo evitable) la situación de tal forma que en el supuesto en el que los terceros se comporten después confiadamente, sea imposible evitar un daño. Dicho de otro modo: no necesariamente es el que lesiona de manera directa quien comete el error más grave (99). Así, por ejemplo, a quien conduce por una vía sin preferencia se le adscribe como asunto suyo que no haya respetado la preferencia si ello produce un accidente y el automovilista que conducía por la vía principal confiaba en que esperase; esta imputación, sin embargo, no se produce porque se haya constatado que fue el conductor proveniente de la vía sin preferencia quien puso la última condición. Por lo tanto, en este ámbito no es la prohibición de regreso la que puede liberar al conductor con derecho de preferencia del peligro de tener que quedar inmóvil por desconfianza, sino que esto sólo puede ser alcanzado a través de un permiso de lesionar, aun de lesionar de modo directo: esto es, de un riesgo permitido; y puede que el per-

(96) Vid. *supra* n. 50.

(97) En este sentido, sin embargo, Schmidhäuser y Welzel, op. cit. (n. 50).

(98) Vid. las referencias en Cramer, en: Schönke-Schröder (n. 58), § 15 n.m. 210.

(99) Vid. *supra* la definición en n. 67.

miso se establezca de manera generosa teniendo en cuenta que en caso de conflicto puede imputarse a otro, es decir, que existe una posibilidad diferente de resolver el conflicto.

E. *El ámbito de la teoría del fin de la norma*

En los supuestos en los que se desencadena una medida de salvamento (100), destacados especialmente por *Roxin* respecto del fin de la norma, esta posibilidad de imputar a otro solamente concurre de modo parcial: como ya se ha expuesto, el «riesgo profesional» o la «obligación legal» son explicaciones válidas de la necesidad de exponerse a un determinado riesgo, pero no explican el surgimiento del peligro. Y lo mismo sucede en cuanto al eventual deber de tolerar, correspondiente a la «obligación legal», que afecta a un tercero cuando el riesgo le provoca una lesión, ya sea porque le lesionen las actividades de salvamento (justificadas por estado de necesidad), ya sea porque le falten los medios de salvamento, estando él mismo en una situación de necesidad, por estar ocupados en otro lugar. Sin embargo, hay que conceder a *Roxin* que aquel que desencadena el riesgo, en los supuestos de imprudencia relevantes en la práctica —en la terminología aquí utilizada—, ni actúa para ni en atención a un mundo en el que hayan de completarse las condiciones de la lesión que se produce con ocasión del salvamento (por lo tanto, no hay responsabilidad conforme a las fórmulas a y b). Sólo puede haber responsabilidad en estas dos modalidades si la motivación del comportamiento que desencadena el salvamento se halla vinculada precisamente al desencadenamiento del salvamento peligroso (fórmula a) o si el sujeto que lo ocasiona sigue un plan ajeno correspondiente (fórmula b), es decir, si alguien produce una catástrofe para darle a un tercero la posibilidad (que éste a su vez desea) de realizar maniobras peligrosas, o para obligar a quien corre el peligro a buscar una determinada salida a la catástrofe (estado de necesidad por coacción). Esto último, sin embargo, no resuelve los supuestos imprudentes relevantes en la práctica y tampoco todos los supuestos dolosos; concretamente, no resuelve aquellos casos en los que quien realiza la acción de salvamento desvía el proceso que se dirige hacia la lesión de un bien hacia otro bien (posiblemente propio), sin que ello afecte a quien ha ocasionado la situación peligrosa de la manera desarrollada en este trabajo hasta el momento. Esta desviación llevada a cabo por el salvador es aquello que *Roxin* denomina su «arbitrio»; en los casos en los que concurre ese arbitrio, el conflicto se resuelve imputando a quien lo ejerce, y no a quien ha generado la situación de peligro. En esta medida, no es necesario corregir las fórmulas a y b par añadirles alguna otra cosa.

Sin embargo, no siempre concurre ese arbitrio, y además se trata de un concepto extremadamente indeterminado. También conviene adoptar una actitud escéptica frente a este concepto, ya que, como se ha expuesto, las consecuencias hacia las que otros conducen el comportamiento propio no tienen

---

(100) Vid. *supra* II D.

por qué pertenecer, con total independencia de que se ejerza arbitrio alguno, al esbozo de mundo que rige respecto de quien actúa. El mero desencadenamiento de una causación ajena directa, esto es, la actuación de un no-garante sin vinculación a un plan delictivo propio o ajeno, no conduce a la responsabilidad por el resultado delictivo (fórmula d). Esto, sin embargo, es distinto si la lesión no le es imputable a quien la ha causado directamente porque el Derecho le ordena la acción causante o, en caso de omisión, porque le prohíbe la evitación de la causación. En este caso, el propio Derecho selecciona la alternativa de la defraudación (tratándose de riesgos: de la posibilidad de defraudación) (101).

A modo de ejemplo (102): el médico, al tratar a un enfermo de viruela, debe asumir determinados peligros inevitables dentro de un marco moderado o está autorizado a desencadenar, si es necesario llevar a cabo un traslado del enfermo, determinados peligros inevitables y moderados para terceros. Por consiguiente, quien crea de manera completa las condiciones de la situación de justificación o del deber de someterse a un riesgo, ha creado con ello las condiciones de la retirada de la garantía de expectativas, es decir, ha elegido un mundo en el que no rige la resistencia frente a la defraudación de las expectativas afectadas, y su elección tuvo lugar sin justificación, siendo, por ello, una toma de postura en contra de la existencia del bien, una toma de postura que desde el punto de vista jurídico carece de razón alguna; por consiguiente, es una toma de postura en contra de la norma.

Ahora bien, es fortuito que en una situación de necesidad se genere un deber de salvamento; si quien se encuentra en la situación de necesidad es capaz de ayudarse a sí mismo con seguridad, o si otros sujetos que no tienen el deber de salvar han asumido el salvamento por solidaridad, no es necesario que proceda al salvamento un sujeto en quien concurre el deber de salvar. Igualmente es casual que (por ejemplo) un garante por su presencia en el lugar de los hechos esté en condiciones de evitar. El Derecho reconoce la posibilidad de que las personas obligadas sean sustituidas por otras igualmente capaces de evitar, al no vincular el § 34 StGB (\*) a un deber el permiso para proceder a un salvamento con un riesgo moderado o con un daño seguro igualmente de moderada magnitud. Con independencia de cuáles sean las razones existentes para renunciar a establecer un deber de ayuda general, desde luego no es una de ellas —como demuestra el § 34 StGB— la de preservar al tercero que queda gravado moderadamente por una acción de salvamento de la defraudación que puede derivar de ese gravamen. Aunque no

(101) Vid. a este respecto *supra* III A.

(102) De modo análogo a BGHSt 17, pp. 359 y ss.

(\*) El § 34 StGB dispone:

«Estado de necesidad justificante. (1) Quien estando en una situación de peligro actual para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, y no pudiéndose conjurar el peligro de otro modo,

comete un hecho para apartar el peligro de él o de otro, no actúa antijurídicamente si al ponderarse los intereses en conflicto, especialmente los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que les amenazan, es esencialmente superior el interés preservado al interés que queda afectado.

(2) Sin embargo, lo anterior sólo rige si el hecho es un medio adecuado para conjurar el peligro.» (N. del T.).

se establece un deber para quien salva, se obliga al tercero que sufre el gravamen moderado a tolerar; su seguridad de expectativas ya no se halla garantizada. Tampoco es posible remitirle por su defraudación a el arbitrio del salvador, ya que en la medida en que éste solamente emprende algo que el Derecho admite, emprende más de lo que está obligado a hacer, pero en todo caso hace lo correcto, y un comportamiento correcto no es una razón que explique defraudaciones (103).

Lo anterior proporciona la clave para resolver los casos en los que se lleva a cabo una autolesión, sin que concurra un deber para ello, y la autolesión constituye un sacrificio moderado para evitar graves daños ajenos o propios. Quien lleva a cabo la acción de salvamento es libre de poner en peligro o sacrificar bienes propios o, por el contrario, de dejar que el peligro siga su curso, del mismo modo que el titular de un bien que corre peligro puede apartar a quien está obligado al salvamento del intento de salvar el bien. Sin embargo, si sólo se utilizan bienes que un tercero que pretendiese salvar podría tomar justificadamente, su uso es jurídicamente correcto, aunque en el ámbito de la autolesión, al faltar el injusto, no es necesaria una determinación formal de la justificación. Por supuesto, quien se lesiona a sí mismo sigue actuando correctamente si utiliza una medida desproporcionada de bienes: puede poner en juego lo que tiene; lo que él mismo desea no puede defraudarle. Sin embargo, si asume una lesión moderada para evitar defraudaciones mayores, ello no puede explicarse suficientemente con su arbitrio, puesto que el salvador sólo sacrifica su bien para no sufrir una defraudación mayor en otro lado: actúa exclusivamente para atenuar la defraudación constituida ya en la situación de peligro. La garantía de ausencia de lesiones en general ya ha decaído con la creación de la situación de peligro.

Por consiguiente, las fórmulas a y b han de ser completadas como sigue:

El comportamiento de efectos causales mediatos también ha de definirse por un plan delictivo si se crea directamente una situación en la que es inevitable de hecho o de Derecho que se produzca la defraudación de expectativas.

Sin embargo, si el salvador crea un riesgo excesivo, o un riesgo comprensible (exculpado), pero en todo caso jurídicamente incorrecto, de que se produzca una heterolesión (o la produce con seguridad), también si emplea bienes propios de manera excesiva, es decir, cuando se incrementa el riesgo de defraudación o la defraudación segura frente al potencial de defraudación ya contenido en la situación de peligro, entonces, ciertamente, el creador de la situación de riesgo también ha causado lo anterior, incluso puede que lo haya causado de manera previsible. Pero el exceso de defraudación no le afecta por el simple hecho de haber causado de modo previsible, sino que en primer lugar afecta a quien se comporta de manera jurídicamente incorrecta, y ello significa en Derecho: de modo arbitrario. De todos modos, la explicación dada a través de este arbitrio no necesariamente significa la resolución del conflicto. En primer lugar, no implica la solución del conflicto si

---

(103) Con un criterio más estricto (sólo si n.m. 156. concurre un deber): *Cramer*, op. cit. (n. 58), § 15

quien ha creado la situación de riesgo es garante de la evitación incluso de acciones de salvamento arbitrarias; además, tampoco se llega a la solución del conflicto si el sujeto que actúa de modo arbitrario puede explicar de manera comprensible su voluntad o su debilidad con base en la situación de riesgo. Por consiguiente, si después de llevar a cabo la imputación a quien causa de manera directa e incorrecta, ha de recurrirse a la génesis de su plan delictivo con base en la situación de riesgo y a su creador, del mismo modo que el § 35 StGB (\*) no siempre asume la situación de riesgo, sino que —por ejemplo, si es el sujeto mismo quien la ha causado— la reconduce a su creador. Desde esta perspectiva, se llega fácilmente a la conclusión de que en los supuestos aquí tratados de causación mediata, por ejemplo, la responsabilidad puede diferir dependiendo de que quien se comporta de modo arbitrario sea un sujeto imputable o un niño. En general, desde este punto de vista es fácil fundamentar la vinculación de la responsabilidad del «hombre de atrás» a posibles disminuciones en la imputabilidad de quien causa directamente, y ello sin violentar la dinámica de grupo del caso. *En este ámbito, la imputación en el delito de comisión y la fundamentación de una posición de garante pasan a ser una misma tarea.* Teniendo en cuenta que tanto en el ámbito de la comisión como en el de la omisión, lo decisivo es la determinación de ámbitos de responsabilidad, ello no debería llamar la atención. Los problemas concretos de este problema forman parte de la teoría de la imputación en la autoría mediata, que no ha de desarrollarse en este lugar.

---

(\*) El § 35 StGB dispone:

«*Estado de necesidad exculpante.* (1) Quien estando en una situación actual de peligro para la vida, la integridad corporal o la libertad, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de él, de un familiar o de otra persona cercana, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en la medida en que pudiese exigirse al autor, según las circunstancias, especialmente si fue él mismo quien causó el peligro o porque estaba in-

merso en una relación jurídica especial, que soportase el peligro; sin embargo, puede atenuarse la pena conforme al § 49, párrafo 1.º, si el autor no estaba obligado a soportar el peligro en atención a una relación jurídica especial.

(2) Si el autor supone erróneamente en el momento de cometer el hecho que concurren circunstancias que le exculparían conforme al párrafo 1.º, sólo será penado si podía evitar el error. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, párrafo 1.º.» (N. del T.).