

Günter Jakobs

---

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA  
en el  
DERECHO PENAL

Editorial  
**Ad-Hoc**

Primera edición: mayo 1996  
Primera reimpresión: septiembre 1997

DIRECCIÓN EDITORIAL  
Dr. Rubén Villela

Copyright by AD-HOC S. R. L.  
Viamonte 1450 - Tel. 371-0778  
Av. Córdoba 1377 - Tel. 813-3092  
1055 Buenos Aires, República Argentina

Printed in Argentina  
Derechos reservados por la ley 11.723  
ISBN: 950-894-034-4

## ÍNDICE

<i>Prólogo</i> . . . . .	9
--------------------------	---

### CAPÍTULO I FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO

I. <i>El pecado original</i> . . . . .	13
II. <i>Fundamentos teóricos</i> . . . . .	14
III. <i>Instituciones dogmáticas</i> . . . . .	25
IV. <i>De nuevo: el pecado original</i> . . . . .	38
V. <i>Observaciones acerca de la bibliografía</i> . . . . .	39

### CAPÍTULO II EL RIESGO PERMITIDO

I. <i>Concepto</i> . . . . .	43
1. El carácter ubicuo de los riesgos permitidos . . .	43
2. ¿Cálculo de costes y beneficios? . . . . .	45
3. La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido. . . . .	47
4. Exclusión de la tipicidad, y no justificación. . . .	49
II. <i>Concreción</i> . . . . .	50
1. Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma. . . . .	50
2. <i>Compensaciones</i> . . . . .	54
3. <i>Permisiones</i> . . . . .	56
III. <i>El traslado de las reglas al comportamiento</i> . . . . .	57
1. El problema. . . . .	57
2. El carácter relativo del rol correspondiente . . . .	59
3. <i>Excursos</i> . . . . .	62
4. <i>Conocimientos especiales</i> . . . . .	62
4.1. El principio. . . . .	62
4.2. <i>Combinación de conocimientos y rol</i> . . . . .	64

IV. Resumen . . . . .	67
V. Observaciones acerca de la bibliografía. . . . .	68

CAPÍTULO III  
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA  
EN LA PARTICIPACIÓN.  
ACCESORIEDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESO

I. Roles especiales y roles comunes. . . . .	71
II. Comportamiento de organización. . . . .	74
1. Lo propio en el reparto de trabajo. . . . .	74
2. Accesoriedad cuantitativa. . . . .	80
3. El sentido del comportamiento. . . . .	80
4. En especial: la accesoriedad en caso de ausencia de dolo. . . . .	90
III. Conclusiones. . . . .	95
IV. Observaciones acerca de la bibliografía. . . . .	96

CAPÍTULO IV  
REALIZACIÓN DEL RIESGO  
EN CASO DE CONCURRENCIA DE RIESGOS

I. La relación entre concurrencia de riesgos e imputación objetiva . . . . .	101
II. La explicación a través de tipos de riesgo. . . . .	102
III. La explicación como orientación social. . . . .	106
1. Causalidad. . . . .	106
2. Planificabilidad. . . . .	107
3. Arrogación de organización <i>versus</i> riesgo vital. . . . .	110
4. Irrelevancia del comportamiento alternativo conforme a Derecho. . . . .	112
5. Conclusiones. . . . .	113
IV. Cuestiones particulares. . . . .	114
1. Daños derivados (daños secundarios) . . . . .	114
2. Comportamientos sin procedimientos de seguridad. . . . .	117
V. ¿El incremento del riesgo como causa de responsabilidad?. . . . .	120
1. El problema. . . . .	120
2. <i>In dubio pro reo</i> . . . . .	123
VI. Resumen. . . . .	125
VII. Observaciones acerca de la bibliografía. . . . .	127

## PRÓLOGO

Probablemente, la imputación objetiva es aquel instituto de la teoría jurídico-penal de la imputación que ha recibido el tratamiento más intenso en las últimas dos o tres décadas. Por un lado, parece claro que esto tiene razones externas: un mundo tecnificado y complejo y, además, consciente de la existencia de riesgos, a la hora de la atribución de riesgos y de la imputación de resultados exige un trabajo de filigrana del que puede prescindir una cultura organizada de modo tradicional. Pero esto solo, si bien explica la avalancha de resoluciones judiciales producidas sobre la imputación objetiva, especialmente en materia de tráfico rodado, no explica la fascinación científica del tema. Ésta probablemente estribe más bien en la idea, o al menos en la intuición, de que la dogmática tradicional, referida al sujeto (una norma se encuentra con una "cabeza", y a partir de ahí se deduce todo lo demás) ha quedado desfasada. Las expectativas garantizadas por el Derecho penal no se dirigen a sujetos, sino a portadores de un rol, pues de lo contrario no podrían ser mantenidas en una sociedad en alto grado anónima. Por decirlo con un ejemplo: ¿qué interés tiene la subjetividad de un automovilista que se nos aproxima por una calle sin preferencia? Se espera que respete las normas aplicables, y él a su vez pue-

de legítimamente esperar que sólo ha de cumplir con las tareas que le corresponden y que los demás cumplirán con las suyas; esto es lo único que importa.

La teoría de la imputación objetiva —también podría hablarse de imputación personal, de imputación a personas en cuanto portadoras de un rol— dogmatiza las consecuencias de este cambio de perspectiva. El primero de los capítulos que siguen ofrece una panorámica sobre los problemas y los intentos de solución en lo que se refiere a la construcción del comportamiento no permitido. A continuación, ello se ve precisado respecto de dos institutos: en primer lugar, respecto del instituto del riesgo permitido, que en la actualidad ya goza de una aceptación prácticamente indiscutida, y, en segundo lugar, respecto de aquel otro instituto que desde hace mucho tiempo es el que más controversias ha generado, la prohibición de regreso. El último capítulo trata los problemas de la imputación de resultados.

Mi gratitud por esta oportunidad de poder presentar a la ciencia del Derecho argentina algunas ideas va dirigida a la editorial, a Gustavo Bruzzone y al Prof. Dr. Sancinetti por el interés puesto en la realización de esta publicación, al traductor, Manuel Cancio Meliá, de la Universidad Autónoma de Madrid, quien ya ha demostrado su gran valía en numerosas publicaciones, y *last but not least* a la Universidad Externado de Colombia, que ha autorizado la edición del texto, que ella fue la primera en publicar.

Bonn, enero de 1996, Jakobs

## *Capítulo I*

# Fundamentos de la imputación objetiva del comportamiento

**SUMARIO:** *I. El pecado original. II. Fundamentos teóricos.  
III. Instituciones dogmáticas. IV. De nuevo: el pecado original.  
V. Observaciones acerca de la bibliografía*

## I. EL PECADO ORIGINAL

Ya el primer caso conocido en la historia de la Humanidad de un quebrantamiento de una norma, trasluce —aunque débilmente— un problema de la imputación objetiva. Después de creado el ser humano y nada más promulgada la primera norma, con el contenido “mas del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás”, como nos cuentan los primeros dos capítulos del Génesis, esta norma fue inmediatamente quebrantada (Génesis, 3<sup>er</sup> capítulo), y Adán, cuando se le pidieron explicaciones, declaró en una mezcla de relato y defensa: “La mujer que me diste por compañera me dio del árbol, y yo comí”. Esta declaración probablemente sea algo más que una mera narración de lo que había sucedido; además, supone una referencia a que desde la perspectiva de Adán, todo lo acontecido tenía una apariencia inocua, puesto que, en primer lugar, fue una persona responsable, la hembra, Eva, quien inició el proceso, y en segundo lugar, Eva era una persona que le había sido entregada por Dios mismo, de modo que éste debía aceptar la realidad de la que había surgido el hecho como su propia realidad. Por tanto, ¿está obligado Adán a ocuparse él mismo de que se respeten las normas divinas cuando sigue a una persona responsable, que además ha sido puesta a su lado por la propia mano de Dios? ¿O rige en este contexto un principio de confianza que exonera, o al menos atenúa la responsabilidad, con



el siguiente contenido: lo que una persona responsable sugiere, puede ser asumido con los ojos cerrados, teniendo en cuenta que, especialmente, el contacto con dicha persona es grato a los ojos de quien promulgó la norma?

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

## II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

### 1.

Cuando un contacto social produce una defraudación —siempre que se trate de un contacto so-

cial—, teóricamente al menos dos personas se ven implicadas, una víctima y un autor, utilizándose aquí la denominación “autor” sólo de modo provisional: *prima facie* no puede excluirse que la persona en cuestión sea el autor. Desde el punto de vista práctico, sin embargo, la pura relación circunscrita a dos personas carece de toda relevancia, pues siempre cabe identificar a terceras personas que han configurado de determinada manera el contacto y que por tanto también son potenciales autores (quién sea denominado “autor” y quién “tercero” depende únicamente de la circunstancia de cuál sea la persona con la que se inicie el análisis al intentar resolver un caso). A modo de ejemplo: un agricultor incorpora a su finca una nueva máquina; uno de sus peones la toca lleno de curiosidad y resulta herido. Además del agricultor, como autor, y del peón, como víctima, también el fabricante y el distribuidor de la máquina han configurado la situación. Todos los participantes —partamos de esta base— tenían la misma posibilidad de conocer el curso lesivo. Así las cosas, hay tres posibilidades —acumulables— de explicar, a través de la imputación, el curso lesivo, y “explicar a través de la imputación” significa lo siguiente: un riesgo del que debe responder uno de los intervinientes (o varios de ellos) es definido como causa determinante, mientras que todas las demás condiciones se consideran no determinantes, es decir, se estiman socialmente adecuadas. La primera de las posibilidades consiste en imputar el curso lesivo a la propia víctima, esto es, explicarlo a través de su propia competencia; por ejemplo: quien manosea una nueva máquina, crea, por medio de la lesión de sus deberes de autoprotección, el riesgo de sufrir un daño. La segunda explicación considera que lo deci-

sivo es el comportamiento del autor que ha colocado la máquina; quien pone en funcionamiento máquinas nuevas debe ocuparse de que ningún curioso se lesione. Finalmente, el curso lesivo puede imputarse también al fabricante y al distribuidor, esto es, a terceros: quien construye y suministra máquinas, debe ocuparse de que todas las piezas peligrosas sean seguras cualesquiera que sean las condiciones de funcionamiento.

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

Comportamiento incorrecto de la víctima, comportamiento incorrecto del autor, comportamiento incorrecto de un tercero o —sin que se produzca imputación alguna— desgracia; estas son, por tanto, las posibles explicaciones de un curso lesivo. Todas estas explicaciones admiten ser combinadas. Ello es evidente en lo que se refiere a las explicaciones que se producen por medio de la imputación. En este sentido, por ejemplo, puede que tanto el autor como el tercero hayan infringido sus deberes de garantizar la seguridad de la máquina; o puede que tanto el autor como la víctima sean competentes, lo que equivaldría a la concurrencia de culpas que se conoce en Derecho civil. No obstante, también la explicación como desgracia puede añadirse a una explicación por medio de la imputación, incluso estará presente

de forma necesaria cuando los reproches a formular a los intervinientes sean leves: cuanto menor sea el fallo de los intervinientes, en mayor medida el curso constituye una desgracia, hasta que en último extremo, si nadie falló, sólo resta el "infortunio" como explicación.

## 2.

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

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

### 3.

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

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

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

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

etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares.

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

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

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

#### 4.

Con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino



las de un portador de rol, refiriéndose la denominación "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas.

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

Esto también puede invertirse: si un mecánico repara un automóvil sabiendo que es notorio que su conductor suele circular a velocidades con mucho exceso, puede que el mecánico defina su actuar como apoyo a la conducta imprudente del conductor, pero

objetivamente ésta no le atañe, puesto que no forma parte del rol del mecánico el preocuparse del modo de conducción del propietario del vehículo.

Desde luego, en la mayoría de los hechos dolosos el quebrantamiento del rol será tan drástico que las interpretaciones individual y objetiva coinciden; quien, por ejemplo, hunde un cuchillo de grandes dimensiones en el vientre de otro, realiza desde el punto de vista objetivo un comportamiento homicida y suele saber que lo hace; pero para la imputación objetiva del comportamiento sólo lo primero es de interés.

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

que producen una perturbación *social* y no de peculiaridades individuales.

La teoría de la imputación objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, como que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, como que destaca de modo negativo. Sin este material interpretativo, lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, en el mejor de los casos, algo que el individuo perseguía, un curso causal, o un curso causal psíquicamente sobredeterminado; en todo caso, no es más que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social. Sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Con otras palabras: sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse *en un sentido general* "acción". Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social.

## 5.

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

- 1) Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado standard.
- 2) Entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quién compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quién por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico-penalmente —o, si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma—. Si todos se comportan conforme al rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.
- 3) Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; sólo que en el ámbito de los hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita de mayor explicación —lo cual es menos habitual en los hechos imprudentes.

### III. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS

#### 1.

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

Puesto que se trata de desvincularnos de prejuicios de índole naturalista, intentaré comenzar con aquel lado del comportamiento humano que desde una óptica naturalista tiene una apariencia desmedrada: con la omisión. En el ámbito de la omisión es evidente que no todos responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar, sino que obligado sólo lo está quien es titular de una posición de garantía. Si examinamos quienes son titulares de posiciones de garantía, en primer lugar, llaman la atención quienes participan en las organizaciones constitutivas de la sociedad: el padre y la madre como garantes de los hijos, el Estado como garante de la seguridad interior y exterior, determinados médicos como garantes en el sistema sanitario, servicios de protección civil, etc. La configuración del contenido del deber a través de roles estrictamente predeterminados es palmaria en estos casos. Sin embargo, también los deberes en virtud de la organización, que existen junto a estos deberes institucionales, se basan en una predeterminación a través de roles. Los deberes que comporta el tráfico en general —que son los que principalmente han de traerse aquí a colación—, en cuanto deberes de aseguramiento, o, en caso de injerencia, como deberes de salvamento, son deberes que pertenecen al rol de aquellos que asumen libertad de organización. El derecho a la libre organización conlleva como sinalagma el deber de ocuparse de que dicha organización no resulte lesiva. En esta medida, se trata del rol genérico de toda persona de reclamar derechos —libertad— y de reconocer los derechos de los demás.

En este sentido —permaneciendo en el ámbito de la omisión— va prácticamente implícito que los

límites de los roles funcionan a la vez como límites de la responsabilidad: el médico no está obligado a evitar los daños patrimoniales de su paciente, el automovilista, si bien debe apartar su vehículo cuando éste se convierte en un obstáculo, no es garante general de la libre circulación, etc. Por consiguiente, quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo aun en el caso en que bien pudiese perfectamente evitarlo. Precisaré esto sobre la base del ejemplo del médico: el médico debe curar la enfermedad del paciente si éste así lo desea; si el paciente no quiere, lo que le suceda lo será a su propio riesgo. El médico, además, sólo ha de dominar el riesgo derivado de la enfermedad: que el paciente se incline demasiado hacia fuera al mirar por la ventana, o que sea amenazado con un arma de fuego por una visitante iracunda, no es asunto del médico, al menos no en cuanto médico. Y finalmente, está obligado a preservar al paciente de los riesgos de enfermedades sólo en la medida en que ello se corresponda con un buen standard. Ningún médico está obligado a realizar semanalmente a sus pacientes revisiones generales. En lo que concierne a la omisión, lo anterior es opinión unánime, ya sea del modo en que se ha expuesto o bien de manera similar.

Al trasladar esto al campo de la comisión es necesario describir, por tanto, determinados límites a los roles —del mismo modo como sucede en las posiciones de garantía— sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo aunque haya sido causado de modo perfectamente evitable. A este respecto, enunciaré a continuación, con una breve fundamentación, cuatro instituciones. No se pretende afirmar con ello que el ámbito de la imputación objetiva del

comportamiento sólo pueda ser configurado a través de los conceptos que a continuación se van a exponer, sino que tan sólo se intentará ofrecer *una* de las posibles configuraciones coherentes —eso sí— de este ámbito en su conjunto.

### 2.1.

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

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

No obstante, en determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes. Simplemente, quien sale a la calle se pone en peligro, y quien llama a un médico para que le atienda en su casa no puede ser, al menos de modo coherente, contrario a todo tipo de tráfico rodado. No se trata, sin embargo, de introducir por la puerta trasera el llevar al máximo la pro-

tección de los bienes jurídicos. Numerosos supuestos de riesgo permitido se han generado sencillamente por aceptación histórica; estos riesgos constituyen costumbres. Por ejemplo, los riesgos de una intensa cacería, de llevar a un adolescente a un viaje en un velero o a un recorrido por la montaña, o, simplemente, el de un paseo en automóvil y otros muchos, no pueden traducirse en beneficios para los bienes jurídicos. Forman parte de la configuración de la sociedad, concretamente de la configuración que debe tener la sociedad.

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

El riesgo permitido está, y siempre estuvo, presente en todos los ámbitos vitales; no es hijo de la técnica. En este sentido, por ejemplo, el trato de los padres hacia sus hijos no puede ser asumido sin que haya riesgos permitidos; poner a salvo a los niños frente a todo tipo de peligros es imposible.

## 2.2.

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



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

El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo coge con cuidado. Normalmente, puede confiarse en que así suceda. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno. De nuevo, un ejemplo: el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado.

El principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, con-

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

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

### 2.3.

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

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

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

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

Los límites de la prohibición de regreso pueden ser discutidos. Sin embargo, este principio ha de ser aceptado por quien pretenda seguir garantizando que la libertad de perseguir los respectivos fines propios no se ahogue en la masa de los posibles contactos sociales. Una sociedad que está necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aun, que requiere en general la existencia de condiciones

estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar a una prohibición de regreso.

#### 2.4.

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

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

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

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

En lo que se refiere al consentimiento, nada hay que explicar aquí; al menos en sus rasgos fundamentales el consentimiento se conoce en todas par-

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

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

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

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

### 3.

De este modo, queda esbozado el traslado de la idea del comportamiento social, como comportamiento vinculado a roles, a cuatro instituciones jurídico-penales: 1) riesgo permitido, 2) principio de confianza, 3) prohibición de regreso y 4) competencia de la



víctima. En este marco, en el que tan sólo se trata de asentar los fundamentos, queda sin discutir la cuestión acerca de si sólo son relevantes las cuatro instituciones mencionadas o si, por el contrario, sería más conveniente fragmentarlas más, al igual que queda sin discutir la cuestión acerca de si la subdivisión presentada es necesaria o si cabe contentarse con un menor nivel de detalle. En todo caso, los fundamentos del edificio de la imputación objetiva quedan delimitados.

#### **IV. DE NUEVO: EL PECADO ORIGINAL**

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

solución, adaptarse al mundo con su sistema de reglas siempre supone adaptarse a un mundo que quizás reniegue de Dios, por lo que cada uno ha de evitar de modo personalísimo caer en esa apostasía. El hecho de que no se pueda imputar objetivamente no excluye, por tanto, de forma necesaria la culpabilidad en el sentido de pecado, pero sí excluye —y con esto concluyo— la culpabilidad jurídico-penal.

### V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Las materias abordadas en este capítulo son tratadas con amplias referencias a la demás bibliografía por FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed. 1991, referencias bibliográficas previas a 7/35, 7/56, 24/1; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 1992, referencias bibliográficas § 11 previas a 1., § 24 previas a 1.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *StGB*, 24ª ed., 1991, referencias bibliográficas previas al núm. 71, antes del § 13; REYES, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 105, pp.108 y ss.

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

fianza: STRATENWERTH, en: BOCKELMANN y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp.383 y ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986; KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, 1980. Respecto de la prohibición de regreso: JAKOBS, *ZStW* 89, pp.1 y ss.; SCHUMANN, op.cit.; ROXIN, en: JESCHECK y otros. (comp.), *Festschrift für Tröndle*, 1989, pp.177 y ss. Respecto de las acciones a propio riesgo: ROXIN, en: LACKNER y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 241 y ss.; DÖLLING, *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 1984, pp.71 y ss.; OTTO, en: JESCHECK y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Tröndle*, 1989, pp.157 y ss.; FRISCH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1992, pp.1 y ss., 62 y ss.; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993.

## *Capítulo II*

# El riesgo permitido

**SUMARIO:** *I. Concepto. 1. El carácter ubicuo de los riesgos permitidos. 2. ¿Cálculo de costes y beneficios? 3. La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido. 4. Exclusión de la tipicidad, y no justificación. II. Concreción. 1. Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma. 2. Compensaciones. 3. Permisiones. III. El traslado de las reglas al comportamiento. 1. El problema. 2. El carácter relativo del rol correspondiente. 3. Excurso. 4. Conocimientos especiales. 4.1. El principio. 4.2. Combinación de conocimientos y rol. IV. Resumen. V. Observaciones acerca de la bibliografía.*

## I. CONCEPTO

### 1. El carácter ubicuo de los riesgos permitidos

Cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos puede transmitirse, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente que, al menos mientras exista tráfico, sea inevitable; un alimento que alguien ha servido puede estar en mal estado sin que sea posible percatarse de ello; una anestesia médicamente indicada, y aplicada conforme a la *lex artis*, puede provocar una lesión; un niño puede sufrir un accidente de camino a la escuela aunque se hayan establecido medidas de seguridad adecuadas, y, al menos para personas de avanzada edad, puede que un acontecimiento que es motivo de alegría sea demasiado excitante. Esta trivial constatación no conduce, sin embargo, a la conclusión de que esos contactos sociales deben ser evitados: desde el contacto corporal, pasando por el tráfico rodado, la invitación a comer y beber, el tratamiento médico y que los niños acudan a la escuela, hasta el hecho de provocar alegría; y ello por una doble razón: en primer lugar, porque en la mayoría de los casos renunciando a este tipo de contactos no se obtiene un balance positivo —el ermitaño probablemente sólo viva sano y feliz en la leyenda—, y, en

segundo lugar, y sobre todo, porque por regla general no hay alternativa a estos contactos: ¿quién puede permitirse el convertirse en un ermitaño?

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

“Riesgo permitido”: este término suena como un concepto formal del que nada cabe extraer acerca de las razones de la permisión; por decirlo con un ejemplo, es sabido que también una situación de legítima defensa permite, con ocasión de la defensa necesaria, el riesgo de lesión del agresor, o que una situación de estado de necesidad permite el riesgo de que resulten lesionadas terceras personas. Sin embargo, la presente exposición únicamente se refiere a la permisión de aquel riesgo que necesariamente se halla vinculado a la configuración de la sociedad; se trata, por tanto, de una concreción de

la adecuación social. Aquí no se toman en consideración las situaciones de justificación. El riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece lo que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad —cuyo estado normal es el que interesa aquí— no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción.

## 2. **¿Cálculo de costes y beneficios?**

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

No pongo en duda que consideraciones de esa índole pueden jugar un papel en el proceso de formación de la permisión de un riesgo; esto es perceptible claramente, por ejemplo, en el caso del tráfico rodado, en el que, antes de convertir en obligatorias costosas medidas de seguridad, suele contraponerse la limitación de la libertad a la ganancia de seguridad en los bienes, intentando explicar esa relación a la población del modo más convincente posible.

Sin embargo, la esperanza de haber encontrado una especie de fórmula del riesgo permitido por medio de una proporcionalidad entre costes y benefi-

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



zado en otros casos. Sin embargo, para contestar a la pregunta acerca de si ese criterio general es un criterio legítimo, es decir, si el tráfico rodado de los particulares merece los sacrificios que irremediablemente conlleva, ya no son consideraciones jurídicas las que pueden ofrecer un criterio.

### **3. La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido**

Bien es cierto que cabe plantear como problema la cuestión acerca de si se debe aceptar la relación habitual entre costes y beneficios, como sucede en la actualidad, por ejemplo, a través de la articulación de los costes ecológicos del tráfico rodado. Esto, sin embargo, no supone realizar nuevos cálculos en el seno de una sociedad que por lo demás sigue siendo la misma, sino que se trata de una nueva determinación de la identidad de un ámbito parcial de la sociedad, y, por consiguiente, se trata de un cambio social. Este proceso puede ir acompañado por el Derecho, y, una vez trazado a grandes rasgos, puede también dársele el último toque a través del Derecho, pero no puede iniciarse jurídicamente. Dicho de otro modo: por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de la configuración social que ha de ser preservada. Utilizando de nuevo un ejemplo relativo al tráfico rodado: el hecho de que se considere que el tráfico de los particulares en un día de fiesta es un lujo fácilmente renunciable, o que sencillamente es lo normal, o incluso una manifestación especialmente importante de la libertad general de actuación, es decir, que pueda conllevar, en todo caso, costes reducidos, nor-

males o incluso altos, depende de cómo la sociedad se defina a sí misma, y esta autodefinición es parte de la configuración que el Derecho ha de preservar (mientras que esa idiosincrasia no se haya convertido en algo internamente contradictorio).

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

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

#### **4. Exclusión de la tipicidad, y no justificación**

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

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

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

## II. CONCRECIÓN

### 1. Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma

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

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

Esta determinación realizada desde el lado de lo no permitido es posible en muchos ámbitos vitales,

especialmente en ámbitos genuinamente peligrosos, pues en los Estados modernos lo susceptible de regulación suele estar regulado. El tráfico rodado, el tráfico aéreo, la manipulación de sustancias peligrosas y de alimentos, la construcción de edificios, así como otras muchas áreas están aprehendidas jurídicamente de tal modo que cabe delimitar lo que no está permitido de lo que sí lo está con cierta claridad.

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

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

correspondiente, lo que ciertamente constituye una determinación de límites imprecisos.

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

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

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

## 2. Compensaciones

Después de esta descripción, relativa a cómo se configuran lo que es standard, aún hay que abordar la cuestión acerca de si cabe apartarse de lo standard en caso de haberse adoptado especiales medidas de seguridad. En lo que se refiere a lo que el Derecho establece como standards, esto es, a las normas contra las puestas en peligro abstractas, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un determinado tipo de comportamiento; de ahí que haya que evitar puestas en peligro *abstractas*. Por tanto, si el sujeto que ejecuta el comportamiento no respeta estas reglas jurídicas, su actuar no se convierte en socialmente adecuado por el hecho de que el comportamiento incorpore ele-



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

En el ámbito de las normas no fijadas jurídicamente, la cuestión difiere de lo que sucede con respecto a las normas establecidas por el Derecho y dirigidas contra las puestas en peligro abstractas: las

primeras determinan un standard que puede alcanzarse de cualquier modo, bien teniendo en cuenta lo descrito en la norma, bien por otra vía. Por tanto, quien construye un muro de protección con un grosor menor del habitual entre los técnicos en la materia, sigue actuando de modo permitido si a la vez utiliza un material con una resistencia mayor. Cuando se renuncia a la regulación jurídica precisamente se pretende posibilitar la existencia de variantes.

### **3. Permisiones**

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

permitido alcanzar esa velocidad máxima en cualquier circunstancia, sino que sólo lo está cuando concurren unas condiciones ideales.

### III. EL TRASLADO DE LAS REGLAS AL COMPORTAMIENTO

#### 1. El problema

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

diligente, esto es, cuando, por ejemplo, el taxista, conocedor de la localidad en la que trabaja, sabe que en el siguiente cruce, en el que él tiene preferencia, aparecen continuamente forasteros que por error se comportan como si a ellos les correspondiese la preferencia?

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

El ámbito que se administra de manera descentralizada posiblemente se amplía aún más cuando sólo se logra de modo imperfecto la concreción centralizada de la norma, por ejemplo, cuando dicha norma, en casos límite, no establece más que la trivialidad de que nadie debe exponer a otro a un

riesgo especial que exceda de lo cotidianamente inevitable. Por ejemplo, ¿constituye un riesgo especial, y por tanto no permitido, el consentir que un niño de cuatro años de edad se suba a una escalera de mano, siguiéndolo de cerca y con sumo cuidado? En especial, ¿quién enjuicia en este caso el efecto compensatorio que el cuidado puesto tiene sobre el riesgo?

## **2. El carácter relativo del rol correspondiente**

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

Esto no significa que lo esencial sea el respectivo juicio subjetivo, pues las verdaderas expectativas no

se rigen por la individualidad, sino por el standard que por lo general puede alcanzarse. Por consiguiente, sí que se trata de un juicio objetivo, pero no del juicio de un experto o de alguien dotado de especiales facultades, sino del juicio del titular de un rol que en el desempeño de ese rol puede realizar la actividad de modo socialmente adecuado. A modo de ejemplo: en el tráfico rodado también pueden participar personas que carecen de la formación de un conductor de carreras o de un experto en derrapes; por tanto, se trata de tomar en consideración el juicio y las aptitudes de una persona que no participa en el tráfico de modo profesional. Una pequeña intervención quirúrgica, como por ejemplo la extirpación de una verruga, también puede ser realizada por un médico de medicina general; no es necesario que sea cirujano ni, desde luego, que se trate de un prestigioso especialista; de ahí que, en un caso así, lo decisivo será el juicio y la capacidad de un médico de medicina general. En consecuencia, el rol relevante no siempre es el de el mayor experto; éste únicamente constituye el rol decisivo cuando la actividad sólo pueda ser realizada de modo socialmente adecuado por especialistas, como sucede, por ejemplo, respecto del funcionamiento de una central nuclear. En los demás casos, el rol de referencia es el de quien esta autorizado a tomar parte en ese ámbito vital. En consecuencia, puede suceder que, dependiendo del contexto respectivo, rijan condiciones muy diversas respecto de una permisión de riesgo; por ejemplo, en un contexto profesional dichas condiciones serán elevadas, mientras que si se trata de un contexto más bien de legos serán limitadas. En este sentido, por ejemplo, la madre que venda con un trozo de tela una pequeña herida en la pierna de su hijo, actúa aún dentro del riesgo permitido, mientras que el médico ya esta-

ría de lleno en el ámbito de lo no permitido a causa de la falta de perfección higiénica.

De lo dicho se desprende que a *un único* riesgo descrito de modo naturalista no necesariamente le corresponde, a su vez, *un único* riesgo permitido; por el contrario, puede haber tantas permisiones de riesgo diferentes como roles distintos haya en los que se pueda administrar el riesgo de modo socialmente adecuado. Esta variabilidad del riesgo permitido es un signo de que su origen no está en una calculadora, sino en la configuración de la sociedad tal y como se vive, con todo su colorido. Con este origen ya nos hemos topado antes al exponer que, por ejemplo, el ámbito del tráfico rodado consiste en tipos de comportamiento y no en magnitudes de permisión que puedan enunciarse en porcentajes.

Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que el rol del sujeto cuyo juicio resulta determinante ha de obtenerse por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión. La base del enjuiciamiento la constituye lo que conoce el titular de dicho rol acerca de la situación correspondiente. Su juicio sobre el proceso, con base en reglas comunicativamente relevantes y no especulativas, es el juicio determinante. De nuevo a modo de ejemplo: una señal de stop que esté totalmente doblada ya no puede ser reconocida como tal; por consiguiente, para un conductor cuidadoso ya faltaría la base sobre la cual cabría deducir la existencia de una normativa especial del derecho de preferencia. Lo que alguien conocedor del lugar supiera es irrelevante, puesto que no forma parte del rol de conductor conocer los distintos lugares. Cuando el brazo de un niño se hincha de modo extremo, no está

permitido prescindir del consejo de un médico; si según su diagnóstico la hinchazón es inocua, ello sólo significa que de acuerdo con su rol no es necesario adoptar ulteriores medidas, y es que él actúa en un contexto distinto al del lego. Por consiguiente, se trata de un juicio relativo al rol correspondiente.

### 3. Excurso

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

### 4. Conocimientos especiales

#### 4.1. EL PRINCIPIO

Desde la perspectiva de la conclusión acabada de alcanzar también puede resolverse la cuestión



acerca de la decisión a adoptar en aquellos casos en los que el autor está en condiciones de prever un daño en virtud de sus facultades especiales, en tanto que el titular modelo del rol no puede hacerlo. Expondré la cuestión con base en el ejemplo de los conocimientos especiales, ya se refieran éstos a la situación de hecho o a las reglas a aplicar para obtener el juicio. En primer lugar, enunciaré dos ejemplos: un ingeniero alquila un automóvil y descubre, gracias a sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos van a fallar en breve. A pesar de ello, devuelve el vehículo al arrendador; el siguiente cliente en usar el coche sufre un accidente. Un estudiante de biología gana algún dinero trabajando por las tardes como camarero. Cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de la que sabe por sus estudios que es venenosa. De todos modos, sirve la ensalada.

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

Esta solución se ve confirmada si trasladamos lo sucedido al ámbito de la omisión: el ingeniero se percata del fallo justo después de haber devuelto el

vehículo, y el estudiante descubre la fruta venenosa justo después de haberla servido. En estos casos probablemente a nadie se le ocurriría pensar que concurre una posición de garantía, pues el comportamiento previo (el único punto de conexión posible) no creó un riesgo especial del que tuviesen que responder los intervinientes. En consecuencia, la responsabilidad se limitaría a la omisión del socorro.

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

#### 4.2. COMBINACIÓN DE CONOCIMIENTOS Y ROL

Con lo expuesto no queda dicho en qué consisten exactamente las capacidades **especiales**, en particular, que es lo que son exactamente los conocimientos especiales de los que el autor no ha de hacer uso porque no forman parte de su rol. En los casos antes enunciados, la decisión es bastante fácil sólo gracias a la circunstancia de que nada hay que vincule al autor a la víctima aparte de la entrega de un objeto, comportamiento que en estos casos constituye el cometido del autor: el autor no exige a la víctima que tolere un riesgo en interés del propio autor, ni tampoco esta obligado a mostrar una pre-

ocupación especial, como se la debe, por ejemplo, el padre o la madre al hijo. No obstante, si el autor está vinculado a la víctima de algún modo —que se especificará más adelante—, puede que forme parte de su rol activar todas sus capacidades.

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

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

che de alquiler. El ingeniero se encuentra en el rol de arrendatario de un automóvil y no es garante, a la hora de devolver la cosa arrendada, de que el vehículo esté libre de los daños que se hayan generado al margen de su comportamiento. En consecuencia, ha de llegarse a la conclusión de que el conocimiento y el rol quedan vinculados por medio del deber de mantener determinados standards, deber que existe con independencia del comportamiento que tiene lugar en un momento dado.

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

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

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

#### IV. RESUMEN

- 1) La vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgo.
- 2) Lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo, y no por un cálculo de costes y beneficios que se pueda aislar de lo anterior.
- 3) El riesgo permitido excluye el tipo.
- 4) El carácter contrario a la norma de una puesta en peligro abstracta excluye, en todo caso,

- una permisión de riesgo; las permisiones positivas sólo rigen bajo condiciones ideales.
- 5) El riesgo permitido sólo puede determinarse de modo relativo de conformidad con el rol de quienes en cada caso pueden lícitamente organizar un ámbito vital.
  - 6) Los conocimientos especiales no han de tomarse en cuenta, pero existen supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a conocimientos que son especiales en los demás casos.

## V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Las materias de esta exposición son tratadas con amplias referencias bibliográficas por FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988; ROXIN, *Strafrecht AT*, t. 1, 1992, 11/36 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, referencias bibliográficas previas a 7/35, 7/56, 24/1.

Selección: Vid. respecto del riesgo permitido BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974; WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961; especialmente sobre la discusión acerca de la validez de las reglas de la imputación objetiva, sobre todo del riesgo permitido, en el ámbito de los delitos dolosos, ARMIN KAUFMANN, en: VOGLER y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp.251 y ss.; HIRSCH, en: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, pp.399 y ss.; —especialmente respecto de los conocimientos especiales, STRUENSEE, *Juristenzeitung (JZ)*, 1987, pp. 53 y ss., el mismo, *GA*, 1987, pp.97 y ss.

## Capítulo III

# La imputación objetiva en la participación. Accesoriedad y prohibición de regreso

**SUMARIO:** *I. Roles especiales y roles comunes.*  
*II. Comportamiento de organización.* 1. Lo propio en el reparto de trabajo. 2. Accesoriedad cuantitativa. 3. El sentido del comportamiento. 4. En especial: la accesoriedad en caso de ausencia de dolo. *III. Conclusiones.*  
*IV. Observaciones acerca de la bibliografía*

\*

## I. ROLES ESPECIALES Y ROLES COMUNES

La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol. Entre los roles cuya infracción aquí se aborda se pueden diferenciar fácilmente dos clases. Por un lado, están los roles especiales, los que una determinada persona tiene porque debe configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo; este es el caso, por ejemplo, del rol de padre —los padres deben formar con los hijos una comunidad—, o del rol de cónyuge —junto al esposo o a la esposa ha de construirse un mundo conyugal común—, o el de los servicios de asistencia en casos de emergencia —deben actuar en caso de necesidad en interés de quien está desamparado—. Estos roles, cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos, referidos a personas, de las instituciones que confieren a la sociedad su configuración fundamental *específica*, es decir, aquella configuración que se considera indisponible en el momento actual; esa configuración es *específica* porque dichas instituciones concurren con independencia de la juridicidad de la constitución de la sociedad, que es tomada como presupuesto. Se trata, por ejemplo, de la relación entre padres e hijos, (aun) del matrimonio, del Estado como corporación de protección dotada de un monopolio de violencia, y de algunas otras.



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

En lo fundamental, aquí se trata de abordar el quebrantamiento de roles pertenecientes a un segundo grupo, roles sin características especiales, esto es, roles comunes, o dicho con mayor precisión: se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios. Para delimitar esta clase de competencia frente a la competencia institucional existente en los delitos consistentes en la infracción de un deber, hablo de competencia por organización, lo que no quiere decir que esta competencia nada tenga que

ver con una institución; ciertamente, la juridicidad también es una institución, sólo que se trata de la institución más general posible en Derecho y, por ello, carece de una especificidad que merezca una mención especial en el marco de consideraciones intrajurídicas.

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

Por tanto, el quebrantamiento de un rol común implica la infracción de aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robes, etc.; el “no” respectivo resalta el lado negativo del rol.

Este elemento negativo, la ausencia de un mundo común —más allá de la situación general de juridicidad— no significa que el rol común pueda ser infringido sólo por una acción y no a través de una omisión. El deber de evitar que otro resulte lesionado no sólo puede generarse como deber

institucional de crear un mundo común, sino también como deber de evitar las consecuencias lesivas de la organización propia. Quien frena su vehículo delante de un peatón, no genera un ámbito común especial, sino que se mantiene dentro del marco de la juridicidad general. Lo mismo sucede respecto de quien asegura las tejas en su tejado para que no caigan, o vuelve a recoger a un niño que previamente ha lanzado al aire jugando, o de quien conduce a lugar seguro a una persona achacosa a la que previamente ha obligado a salirse de la acera.

## II. COMPORTAMIENTO DE ORGANIZACIÓN

### 1. Lo propio en el reparto de trabajo

El quebrantamiento del rol común tiene lugar, por consiguiente, por medio de organización, ya sea llevando a cabo una organización defectuosa por medio de una conducta actual, bien lo sea porque no se conjura el peligro que conlleva el ámbito de organización. Ahora bien, también existe la posibilidad —y con esto llego al campo de la participación— de organizar conjuntamente con otros, y no sólo de forma que dentro de un marco común cada uno lleve a cabo su propia obra, como sucede por ejemplo en un almuerzo común, sino también de manera que todos se unan en una sola obra: en el ámbito de las buenas obras podrían traerse a colación, por ejemplo, los logros de una empresa industrial o de una orquesta sinfónica; en el campo de las obras que se imputan de manera negativa, se trataría de todas las constelaciones posibles, desde la mera complicidad hasta la actividad de bandas en el crimen organizado. Si dejamos de lado los casos en los que participan personas que actúan inmersas en un error,

o que han sido coaccionadas, o que no son responsables por cualquier otro motivo, y nos mantenemos en el ámbito de los supuestos de participación en los que cabe imputar a todos los intervinientes, la participación consiste exactamente en aquello que en los demás casos suele denominarse reparto de trabajo: el trabajo para lograr *una obra única* se reparte entre varias personas cada una de las cuales aporta su parte.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho penal, la obra cuya realización es objeto de reparto constituye un delito; así, por ejemplo, la muerte de una persona como asesinato o la fractura de una ventana ajena como delito de daños. Lo punible en este tipo de comportamientos es el comportamiento que tiene lugar a partir del comienzo de la tentativa; todo lo anterior es comportamiento previo al hecho, todo lo que acontece después, comportamiento posterior al hecho. De esto se deduce que quien no participa en la ejecución del hecho (que tiene su inicio en el comienzo de la tentativa) no comete de propia mano un delito, sino que al inducir, aportar medios para la realización del hecho, etc., lleva a cabo un comportamiento anterior a dicho hecho. Desde luego que tratándose de un único autor, a ningún penalista se le ocurriría considerar la ideación del plan, o la consecución de medios, como un comportamiento perteneciente al hecho delictivo; el hecho lo conforma la ejecución, y nada más. Pero si el participe que no realiza actos ejecutivos no comete de propia mano un delito, y si la afirmación de que todos responden de su propio injusto y no del injusto ajeno ha de mantener su vigencia, ¿cómo puede imputarse a quien no realiza el mismo todos los actos de ejecución?

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

Este dilema únicamente puede ser resuelto de una manera: ha de reconocerse que quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes. Por tanto, no es necesario manipular la aportación del partícipe previa a la ejecución para convertirla en injusto, sino que esa aportación no es más que la razón por la cual también al partícipe en la fase previa se le imputa como injusto suyo la ejecución llevada a cabo por el otro. Desde luego, todos responden exclusivamente de su propio injusto, pero no es cierto que el injusto propio sólo pueda ser el injusto realizado de propia mano; tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa.

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

\* De lo dicho deriva una nueva concepción de la accesoriadad: quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio. Esta formulación, que puede parecer extraña a primera vista, pierde todo lo que de extraño presenta si se desvincula del ámbito jurídico-penal en el que está encallada y, por ejemplo, se traslada al campo civil: bien es cierto que el contrato de sociedad, por poner un ejemplo, en el caso de una compañía mercantil colectiva, es un puro negocio interno de los socios (fase previa) sin tener *per se* efectos *ad extra* (no hay por tanto injusto),

pero constituye la razón por la que los negocios *ad extra* realizados dentro del marco del contrato se imputan a todos los socios como negocios propios. Por consiguiente, puede decirse que algo es "propio", ya sea en un negocio jurídico, ya lo sea en la comisión de un injusto, no sólo cuando concurre una realización de propia mano —sostener esto sería incurrir en un error naturalista—, sino cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido.

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

cución ha de serle imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían. De este círculo forma parte tanto el inductor como el cómplice; en el marco de esta imputación, el ejecutor sólo conforma un caso especialmente drástico: para quien quebranta el rol, el quebrantamiento del rol siempre tiene objetivamente sentido, pero no por ser él el último en realizar un movimiento corporal, sino porque al igual que lo hacen todos los intervinientes, configura su organización de tal manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas.

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



mente tampoco se le ocurriría a nadie convertir precisamente a dicho técnico encargado de las compuertas en el garante de la composición de los residuos. Por tanto, injusto propio es el injusto que es imputado; se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas; y en este marco la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no siempre.

## **2. Accesoriedad cuantitativa**

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

## **3. El sentido del comportamiento**

En este punto se plantea con insistencia la cuestión acerca de cuándo una organización se halla con-

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

*Primero:* no hay nada en común; por el contrario, un autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho

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

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

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

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

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

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

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

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

se convierta en algo suyo. Dicho sea de paso: también la autoría mediata, es decir, aprovechar la superioridad sobre un instrumento, puede constituir este tipo de quebrantamiento de un rol.

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

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

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

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

Se impone la conclusión de que la razón expuesta para afirmar la participación no está vinculada a la comisión dolosa; al igual que los grupos de casos



de la prohibición de regreso antes contruidos tampoco están vinculados a la ausencia de dolo. Y es que la imputación objetiva no depende de las circunstancias psíquicas de los intervinientes, sino del sentido social del comportamiento; sobre esto volveré más adelante.

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

taxi, etc. Puede que todos estos comportamientos tengan el efecto de favorecer el delito, pero sólo en los supuestos enunciados respectivamente en primer término, el sentido del comportamiento—incluso con independencia del sentido perseguido subjetivamente— es el de favorecer un delito que de este modo también se convierte en propio delito del interviniente; los supuestos enunciados en segundo término agotan su sentido en lo socialmente adecuado.

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

la relación subjetiva para con la ejecución: el dolo, la imprudencia o la inevitabilidad.

En lo que se refiere al sentido objetivo del comportamiento, desde luego que en cada caso concreto aparecen considerables dificultades de delimitación, lo que necesariamente ha de ser así; esto es debido a que la vida social siempre ofrece entre los extremos numerosos estadios intermedios. Partiendo de esta situación, las soluciones matemáticamente exactas sólo pueden estar basadas en premisas erróneas. Quien no tolere esto, que se circunscriba al Derecho de la circulación, donde probablemente también fracasará. Lo que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se enmarca. De manera especial, puede que un contexto marcadamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí está estereotipado como adecuado en la sociedad.

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

#### **4. En especial: la accesoriedad en caso de ausencia de dolo**

Si recordamos la conclusión alcanzada en lo referente al comportamiento en la fase previa (dejando

aquí al margen la causación de propia mano del resultado con ausencia de sentido delictivo, vid. *supra* II A, en el presente capítulo, último párrafo) —conclusión de que los comportamientos que carecen del sentido de una continuidad delictiva no dan lugar a responsabilidad; los que sí tienen ese sentido constituyen participación delictiva—, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que ha sucedido con la accesoriedad. La respuesta es la siguiente: se revela como parte de la imputación objetiva. *Un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso.*

Por consiguiente, la accesoriedad nada tiene que ver con una colaboración conocida y deseada, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos o con otro tipo de factores internos. No es necesario que los intervinientes antes de actuar se conviertan en uña y carne, sino sólo que se repartan el trabajo a realizar. No obstante, incluso esta formulación aún resulta demasiado amplia, pues el impulso finalmente dirigido a la realización de un tipo que suele ir asociado al concepto del reparto de trabajo puede faltar en el ámbito jurídico-penal, ya que aquí se responde de realizaciones típicas no perseguidas subjetivamente. De ahí que, por expresarlo con un ejemplo, cuando al poner orden en una habitación uno de los participantes abre la ventana para que otro pueda lanzar fuera una tabla, alcanzando ésta de modo imprevisto a un peatón, ambos intervinientes han organizado la lesión imprudente del peatón en régimen de reparto de trabajo, porque al lanzar fuera la tabla de modo descuidado han llevado a cabo a través de una organización común, un comporta-

miento que constituye un riesgo no permitido. En consecuencia, en Derecho penal el reparto de trabajo no presupone la concurrencia de dolo, sino el mero reparto del trabajo que es necesario llevar a cabo para alcanzar la realización del tipo. Bien es cierto que el Derecho penal alemán únicamente delimita las formas de participación cuando todos actúan dolosamente, pero esto constituye un error de carácter psicologizante: no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontezca, competencia que también puede concurrir faltando el dolo.

Llevaré esta idea hasta sus últimas consecuencias: en el ejemplo acabado de citar en el que se producen unas lesiones por lanzar por la ventana una tabla, claramente los intervinientes no pensaron en un eventual resultado de lesiones, aunque sí había acuerdo sobre la necesidad de lanzar un objeto por una ventana que previamente había que abrir. Incluso puede faltar la coordinación consciente respecto de estos comportamientos (privados de su conexión con el resultado); concretamente, cuando varias personas contribuyan a realizar *una* obra que comporta un riesgo no permitido sin ser en modo alguno conscientes de estar haciendo algo en común. Un ejemplo al respecto: un cazador cuelga su escopeta cargada en el perchero de un mesón sin preocuparse de nada más; otro cliente se percata del hecho y aprovecha la oportunidad para probar el arma; pero en el momento de hacerse con ella, asiéndola torpemente, se produce un disparo que lesiona a alguien. Si el suceso en su totalidad hubiese sido previsto y acordado por ambos sujetos, probablemente nadie dudaría de que se trata de una

lesión producida en común; sin embargo, el porqué de la responsabilidad no estriba en los acuerdos tomados, sino en la común competencia por una configuración del mundo que genera un riesgo no permitido. Los intervinientes responden por ser competentes por el resultado lesivo, sea porque han llevado a cabo el comportamiento que entraña un riesgo no permitido, sea porque concurre un comportamiento en la fase de preparación que constituye la razón para imputarles el comportamiento ejecutivo. Que hubiesen adoptado un acuerdo o que falte todo tipo de acuerdo afecta a lo que de común hay desde el punto de vista psíquico, pero esto no interesa desde el punto de vista jurídico. Lo que de común hay desde el punto de vista jurídico deriva de la competencia que objetivamente hay en común respecto de las condiciones del resultado lesivo y, por tanto, también respecto del propio resultado. Esta competencia objetiva también convierte el comportamiento ejecutivo en comportamiento propio de quien interviene en la fase previa.

La habitual confusión de accesoriedad y acuerdo, esto es, el hecho de psicologizar una situación que ha de ser aprehendida normativamente, tiene desde luego un motivo comprensible: quien no ejecuta la realización del tipo, es decir, quien sólo establece la ocasión para que se produzca, por lo general sólo estará generando un motivo para convertirse en competente por la ejecución cuando se adapte al estado de los planes de quien lleva a cabo dicha ejecución; de lo contrario, su comportamiento presentará un sentido socialmente adecuado. En el caso puesto como ejemplo, es necesario que se trate de un arma peligrosa de cuyo aseguramiento sea garante el titular, si es que ha de resultar factible —como he descrito en el tercer grupo de casos— imputar a éste la ejecución como propia. Si en el caso

en cuestión el sujeto procediese del mismo modo, pero con un simple bastón, y posteriormente alguien lo utiliza para golpear a su enemigo, esto daría lugar a una prohibición de regreso, incluso de concurrir previsión o previsibilidad.

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

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

afirmación de que quien de modo previo a un autor doloso actúa imprudentemente siempre se ve exonerado de responsabilidad en virtud de una prohibición de regreso.

La situación inversa, es decir, la participación dolosa en una ejecución imprudente, siempre es tratada por el Derecho penal alemán como autoría mediata del hombre de atrás que actúa dolosamente. Esta solución es acertada mientras el hombre de atrás sea competente por la carencia de conocimientos de quien ejecuta. De no ser así, especialmente tratándose de una falta de conocimientos por parte de quien lleva a cabo la ejecución basada en desinterés, sería preferible la solución a través de la participación.

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

### III. CONCLUSIONES

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

2 a) No hay quebrantamiento del rol cuando el autor anuda su actuación de modo arbitrario a la de otro o cuando la comunidad existente entre el autor y el otro sólo abarca una transferencia de prestaciones socialmente



estereotipada como adecuada. Desde luego, puede que por otras razones distintas la responsabilidad se fundamente de manera independiente a ese comportamiento.

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

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

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

#### IV. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

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

Respecto de los delitos por competencia de organización sucede lo siguiente: habitualmente, la im-

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

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

En lo concerniente a la prohibición de regreso, la discusión es menor en lo que se refiere a su existencia material que lo que respecta a sus límites y —aunque ello nada aporta— a su denominación; cfr. una fundamentación minuciosa (pero que en parte

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

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

## Capítulo IV

# Realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgos

**SUMARIO:** *I. La relación entre concurrencia de riesgos e imputación objetiva. II. La explicación a través de tipos de riesgo. III. La explicación como orientación social. 1. Causalidad. 2. Planificabilidad. 3. Arrogación de organización versus riesgo vital. 4. Irrelevancia del comportamiento alternativo conforme a Derecho. 5. Conclusiones. IV. Cuestiones particulares. 1. Daños derivados (daños secundarios). 2. Comportamientos sin procedimientos de seguridad. V. ¿El incremento del riesgo como causa de responsabilidad? 1. El problema. 2. In dubio pro reo. VI. Resumen. VII. Observaciones acerca de la bibliografía.*

## **I. LA RELACIÓN ENTRE CONCURRENCIA DE RIESGOS E IMPUTACIÓN OBJETIVA**

En el tratamiento de la imputación objetiva se genera habitualmente una separación en dos ámbitos de problemas. En el primero se trata de separar el comportamiento no permitido, es decir, el quebrantamiento del rol de un ciudadano fiel al Derecho, del comportamiento permitido, esto es, aquel comportamiento que es acorde al rol de ciudadano. En este ámbito han de tratarse el riesgo permitido y el principio de confianza, además las acciones a propio riesgo de la víctima, las reglas aplicables en caso de participación, es decir, la prohibición de regreso, y en general todas las determinaciones de los ámbitos de responsabilidad, incluyendo las posiciones de garantía.

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

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

## **II. LA EXPLICACIÓN A TRAVÉS DE TIPOS DE RIESGO**

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

Dependiendo del interés que rija el análisis cabe dar distintas respuestas a la pregunta acerca de cómo ha de explicarse un daño. En este sentido, un viajero que en la sala de embarque del aeropuerto de Frankfurt haya descuidado durante cinco minutos la vigilancia de su cámara fotográfica, explicará su desaparición de manera normativa a través del comportamiento inadecuado de un ladrón; su compañía de seguros también optará por ofrecer una expli-

cación normativa, que encontrará en la propia negligencia del viajero; un sociólogo-criminólogo puede que apunte como explicación cognitiva el progresivo grado de anonimidad de la sociedad, y un psicólogo que haga un informe del ladrón, una vez detenido éste, quizás explique el suceso también de modo cognitivo a través de determinadas experiencias del ladrón en su niñez. Evidentemente, continuar con esta enumeración resultaría fácil.

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

Desde la perspectiva jurídico-penal, sólo la lesión típica de condiciones de interacción aparece di-

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

Un ejemplo al respecto: un peatón es atropellado por un automóvil. Puede que el suceso se explique por un fallo del conductor o, como primera alternativa, por el comportamiento defectuoso de una tercera persona que, por ejemplo, ha empujado al peatón sobre la calzada; como segunda alternativa puede que el propio peatón, infringiendo sus deberes de autoprotección, se haya expuesto al riesgo de ser arrollado y, como tercera alternativa, puede que todos los intervinientes se hayan comportado de modo correcto, en cuyo caso la explicación de lo que ha ocurrido la ofrece una situación desafortunada, como por ejemplo, que la calzada estuviese resbala-



diza no siendo esto previsible, o también la desgraciada constitución de la víctima, como sería, por ejemplo, un desvanecimiento repentino.

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

### III. LA EXPLICACIÓN COMO ORIENTACIÓN SOCIAL

#### 1. Causalidad

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

Podría pensarse que con semejante configuración del caso bastaría, de nuevo, con examinar cuál de los riesgos aparece en el curso causal y cuál no. De hecho, este examen ofrece una solución en los casos en los que uno de los riesgos sí concurre, pero no fue ese comportamiento arriesgado o esa constelación generadora de riesgo lo que condiciona el resultado; evidentemente, este riesgo queda excluido como explicación. Si, por ejemplo, una persona es extremadamente propensa a sufrir infecciones —infortunio suyo— y, sin que sus peculiares caracte-

rísticas hayan influido en su modo de vida, otro sujeto la mata —comportamiento no permitido—, la desafortunada constitución de la víctima, al carecer de efectos causales respecto de la muerte, no es susceptible de explicar la lesión, mientras que la explicación a través del comportamiento del otro, que constituye un riesgo no permitido, es palmaria.

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

## **2. Planificabilidad**

Por tanto, sólo cabe determinar la conexión entre un comportamiento no permitido y un resultado si

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

Sin embargo, la "perturbación de un cosmos" o el "destino", actualmente ya no son modalidades de

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

A causa de la imprevisible contingencia del mundo, siempre sucede que los cambios planificables producen también otros cambios no planificables; dicho de otro modo, todo cambio en el mundo varía el riesgo que comporta la vida social que habitualmente se lleva a cabo, es decir, el riesgo general de la

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

### **3. Arrogación de organización versus riesgo vital**

Por tanto, a través del comportamiento no permitido, el autor establece una doble relación con la víctima: en primer lugar, la obliga a soportar un riesgo que planificadamente puede convertirse en daño. En esa medida, el autor impone a la víctima su organización, y en correspondencia, la víctima sólo puede orientarse remitiéndose al comportamiento inadecuado del autor como explicación de la lamentable situación. Se trata, por tanto, de una relación sustancialmente no permitida que parte del autor hacia la víctima. Por otro lado, el autor, a través del comportamiento no permitido, varía el riesgo gene-

ral de la vida que la víctima soporta, esto es, el ámbito no planificable de aconteceres buenos y malos; también en este sentido el autor impone algo a la víctima, la variación, pero tal variación es irrelevante para la orientación social, al no poderse planificar sus consecuencias, y de ahí que el comportamiento quede excluido como explicación de cursos lesivos que deriven de tales variaciones del riesgo general de la vida. En esa medida, la relación del autor hacia la víctima sólo externamente resulta no permitida; desde el punto de vista sustancial, sin embargo, es socialmente irrelevante y por ello inadecuada como explicación.

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

#### **4. Irrelevancia del comportamiento alternativo conforme a Derecho**

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



cho que el automovilista pasase el semáforo antes de que estuviese en verde y después hubiese hecho un breve descanso, produciéndose no obstante de nuevo el accidente. También sería conforme a Derecho escoger una calle alternativa para llegar, al mismo tiempo, al lugar del accidente, con las consecuencias conocidas. Finalmente, desde luego sería ajustado a Derecho quedarse en casa, lo que salvaría al peatón; las conclusiones así alcanzadas, evidentemente, son todas de tipo casual.

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

## 5. Conclusiones

Cabe formular la siguiente conclusión: los daños que de modo planificable son evitables y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido son debidos a ese comportamiento no permitido y pueden, por tanto, ser explicados a través de éste. Los daños que no son evitables de modo planificable y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido, se deben a una variación socialmente irrelevante del riesgo que entraña la vida y no pueden ser explicados a través de

ese comportamiento no permitido; pueden deberse a otro comportamiento no permitido, o a una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima o, finalmente, simplemente a una situación desafortunada.

#### **IV. CUESTIONES PARTICULARES**

##### **1. Daños derivados (daños secundarios)**

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

Construyamos todos los casos enunciados de tal modo que entre el comportamiento posterior y el comportamiento inicial exista una relación planificable; también en este ámbito las meras variaciones del riesgo de la vida quedan excluidas del contexto de imputación. Por ejemplo, si una víctima necesita que se le ponga una inyección y la aguja de la jeringuilla se parte, lo que en unión de otras complicaciones

conduce a la paralización de un brazo, el sujeto que en primer lugar resulta competente no responde: ninguna persona a la que se tome como referencia tiene en cuenta en su orientación la posibilidad de que sobrevengán esas complicaciones.

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

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

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

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

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

## **2. Comportamientos sin procedimientos de seguridad**

El traslado de la conclusión alcanzada en el apartado anterior a aquellas constelaciones de casos en las que el comportamiento del autor no está permitido por haber omitido el poner en marcha determinados procedimientos de seguridad, cuando en el supuesto concreto su adopción previa no habría incorporado, sin embargo, seguridad adicional alguna a causa de un defecto del propio procedimiento, aún requiere algunas reflexiones. Un conocido ejemplo (BGHSt 21, pp.59 y ss.): un dentista anestesia a un paciente sin someterlo previamente al reconocimiento por parte de un internista, lo que claramente estaba indicado; por no tolerar la anestesia el paciente muere; de haber sido consultado el médico internista éste no hubiera diagnosticado la incompatibilidad existente. En estos casos, el procedimiento a poner en práctica en un primer momento no hubiera sido de utilidad alguna, constatación que aparentemente<sup>1</sup> hace referencia, sin embargo, a una hipótesis, pues de hecho, el procedimiento no se puso en práctica esto es así, ciertamente, cuando el procedimiento previo no hubiese sido de utilidad alguna por

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

miento no permitido o contrario a un deber de autoprotección. Dicho en términos extremos: después de haber cometido un homicidio nadie puede invocar como causa de exoneración que de no haberlo cometido él el delito lo hubiese cometido otra persona.

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

De pasada sólo mencionaré que al igual que en los demás casos, aquí no se toman en consideración las modificaciones del riesgo general de la vida. Si, por ejemplo, en el supuesto antes tratado, el reconocimiento que el internista tenía que haber llevado a cabo hubiese resultado demasiado gravoso para el paciente y, a la vista de ello, el dentista, comportándose de modo correcto hubiese prescindido por

completo de la anestesia, la lesión no se habría producido, si bien no por darse una constelación planificable distinta, sino a causa de una variación en el ámbito de lo no planificable. En pocas palabras: tampoco es decisivo que el paciente de camino a la consulta del internista hubiera sido atropellado por un automóvil. En consecuencia, que el Tribunal Supremo Federal en el caso enunciado dictase una sentencia condenatoria porque de haberse comportado correctamente el médico el paciente habría sobrevivido un día más —el día de la consulta al internista—, no resulta convincente a la luz de los principios aquí desarrollados.

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

### 1. El problema

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



este respecto (BGHSt 11, pp.11 y ss.) se ocupa del siguiente suceso: el conductor de un camión adelanta a un ciclista sin mantener la suficiente distancia de seguridad; el ciclista va muy ebrio, titubea y es arrollado por el camión. En esa medida, está claro lo que sucedió. Hay algunos datos que inducen a pensar que el ciclista, dada su ebriedad, se asustó por el ruido producido por el camión y —supongamos esto para no complicar innecesariamente el caso— sobresaltado, hizo un movimiento reflejo lateral incontrolado de tal magnitud que la distancia del camión ya no jugó papel alguno en la catástrofe.

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

damentado condenas en supuestos en los que en realidad procedía la absolució, como por ejemplo, como ya se expuso antes, en el caso del dentista, en donde tomó como dato decisivo la prolongación —no planificable— de la vida del paciente por el tiempo de duración que habría supuesto la consulta al internista.

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

Desde un principio hay que reconocer que la así llamada teoría del incremento del riesgo conduce a resultados admisibles, esto es, a afirmar la responsabilidad en casos de comportamientos extremadamente arriesgados en los que sólo hay una probabilidad remota de poder alcanzar una explicación por medio de otro riesgo distinto. Por ejemplo, ¿por qué no debe responder el camionero si claramente ha infringido el margen de seguridad y hay pocos indicios de que la ebriedad del ciclista jugase algún papel en el accidente? No obstante, cuando se trata de un riesgo moderado, y concurre una alta probabilidad de explicar lo sucedido a través de otro riesgo, la situación difiere. ¿Por qué habría de imputársele el resultado cuando a pesar de haber infringido moderadamente el margen de seguridad casi todo apunta en dirección a que la causa fue exclusivamente la ebriedad del ci-

clista? Ambos supuestos pueden ser reconducidos a un denominador común: al menos, concurre un comportamiento no permitido en forma de tentativa acabada, y puede que ante una tentativa acabada extremadamente peligrosa ya no se desee ser tan minucioso en lo que respecta a la imputación del resultado; de todos modos habría que fundamentar que haya algo más que una tentativa acabada. Dicho de otro modo: a pesar de que conforme al Derecho positivo la tentativa imprudente acabada siempre es impune, se utiliza la teoría del incremento del riesgo para obtener el castigo en algunos de los casos en los que se da esta tentativa imprudente, cuando al menos se ha producido un resultado que externamente encaja en los hechos, jugando el resultado aquí el papel de una condición objetiva de punibilidad.

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

## **2. *In dubio pro reo***

Ahora bien, puesto que los representantes de esta doctrina diferencian, como se ha expuesto en-

tre casos dudosos y casos probados, surge el problema acerca de la intensidad con la que hay que intentar probar los hechos en el proceso. ¿Ha de procederse a la reconstrucción del accidente por medio de interminables constataciones para poder excluir, eventualmente, la concurrencia de un incremento de riesgo? Para evitar esas exageraciones se ha propuesto por parte de algún autor diferenciar entre cursos que por principio no admiten aclaración y aquellos que sólo accidentalmente no pueden ser explicados, gravando al autor únicamente cuando haya dudas que por principio no puedan ser resueltas, y aplicando el principio "*in dubio pro reo*" cuando la duda sólo accidentalmente sea irresoluble. Sin embargo, hasta el momento no se ha logrado describir ni siquiera de modo aproximativo la frontera entre lo que es inaprehensible por principio y lo que sólo lo es accidentalmente; probablemente, como ya se ha afirmado críticamente en la doctrina (Samson), incluso este límite sea de imposible determinación.

No obstante, con lo anterior aún no se ha formulado la objeción principal a la teoría del incremento del riesgo. Esta consiste en que es incorrecta la tesis fundamental según la cual no puede fraccionarse un riesgo en una parte permitida y otra no permitida, sino que, por el contrario, el autor "crea un riesgo sencillamente prohibido en su conjunto" al superar el riesgo permitido y "seguir incrementando el riesgo que justamente aún es tolerable" (Roxin, AT, 11/74). Precisamente, esta perspectiva no es acertada, y si se quisiese tomar como base, ello excluiría que pudiese negarse la responsabilidad del autor cuando se hubiera probado que fue el riesgo de la vida el que se realizó, pues si la superación del riesgo permitido crease un "riesgo simplemente

prohibido ***en su conjunto***", junto a este riesgo no existiría ningún tipo de riesgo de la vida: ésta sería la idea del *versari in re illicita*. Frente a esto, la gracia de la orientación social actual está precisamente en que hay una distinción entre las consecuencias planificables de un comportamiento y los meros trasvases de riesgos vitales que excluyen la planificabilidad y nada aportan a la orientación.

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

## VI. RESUMEN

Resumo:

- 1) Para mantener la posibilidad de orientarse en el mundo es necesario que los daños que se

producen sean atribuidos a determinados riesgos, y explicados en ese sentido.

- 2) La mera causalidad de un comportamiento desaprobado no basta como explicación, pues un comportamiento no permitido puede tener efectos causales respecto de un resultado, tanto de modo planificable como no planificable, y en este último caso, a través de la mera variación de riesgos generales de la vida. El comportamiento no permitido sólo constituye una explicación respecto de los resultados evitables de manera planificable. El comportamiento alternativo conforme a Derecho no resulta aquí determinante.
- 3) Los daños derivados han de ser imputados cuando quien interviene en segundo lugar produce el daño por error, pero no cuando actúa con ceguera ante los hechos o incluso dolosamente.
- 4) La ausencia de procedimientos previos de seguridad no explica un daño cuando de manera evitable el procedimiento hubiera resultado inútil; si a causa de un comportamiento defectuoso el procedimiento hubiese resultado inútil, su adopción sí bastaría como explicación, puesto que las garantías normativas no pueden ser anuladas por la situación fáctica.
- 5) La explicación debe ser objeto de prueba en el proceso. La teoría del incremento del riesgo, que niega esto, es internamente incoherente en sí misma y deja de lado la diferenciación entre una causación planificable y una no planificable, lo que resulta importante a efectos de permitir la orientación.

## VII. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

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