

La imputación objetiva  
en Derecho penal

---

GÜNTHER JAKOBS

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE BONN (ALEMANIA)

TRADUCCIÓN DE MANUEL CANCIO MELIÁ

# La imputación objetiva en Derecho penal

26-07-06. \$ 23.000 >

Universidad Externado de Colombia  
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Universidad Externado de Colombia

**Rector**

Fernando Hinestroza

**Secretario General**

Hernando Parra Nieto

ISBN 958-616-215-X

© GÜNTHER JAKOBS, 1998

© MANUEL CANCIO MELIÁ (traducción), 1998

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1998

Derechos Exclusivos de publicación y distribución de la obra  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948

Primera edición: agosto de 1994

Primera reimpresión: febrero de 1995

Segunda reimpresión: abril de 1996

Tercera reimpresión: mayo de 1998

Cuarta reimpresión: agosto de 2004

Ilustración de portada: *La Tentación*, fresco mural de Miguel Ángel,

Capilla Sixtina del Vaticano

Composición: Depto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia

Impresión y encuadernación: Digiprint editores,

con un tiraje de 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

COLECCION DE ESTUDIOS N.º 1

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

## CONTENIDO

Prólogo

13

### CAPTULO I FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACION OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO

- I. EL PECADO ORIGINAL 17
- II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS 19
- III. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS 30
- IV. DE NUEVO: EL PECADO ORIGINAL 42
- V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA 43

### CAPTULO II EL RIESGO PERMITIDO

- I. CONCEPTO 45
  - A. El carácter ubicuo de los riesgos permitidos 45
  - B. ¿Cálculo de costes y beneficios? 47
  - C. La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido 49
  - D. Exclusión de la tipicidad, no justificación 51
- II. CONCRECIÓN 53

|  |    |
|--|----|
| A. Exclusión de las puestas en peligro abstractas<br>contrarias a la norma | 53 |
| B. Compensaciones  | 56 |
| C. Permisos  | 58 |
| III. EL TRASLADO DE LAS REGLAS AL COMPORTAMIENTO                           | 59 |
| A. El problema   | 59 |
| B. El carácter relativo del rol correspondiente                            | 61 |
| C. Excurso   | 64 |
| D. Conocimientos especiales  | 65 |
| 1. <i>El principio</i>   | 65 |
| 2. <i>Combinación de conocimientos y rol</i>                               | 67 |
| IV. RESUMEN  | 70 |
| V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA                                 | 71 |

## CAPITULO III

LA IMPUTACION OBJETIVA EN LA PARTICIPACION.  
ACCESORIEDAD Y PROHIBICION DE REGRESO

|  |    |
|--|----|
| I. ROLES ESPECIALES Y ROLES COMUNES                            | 73 |
| II. COMPORTAMIENTO DE ORGANIZACIÓN                             | 76 |
| A. Lo propio en el reparto de trabajo                          | 76 |
| B. Accesoriedad cuantitativa                                   | 82 |
| C. Sentido del comportamiento                                  | 83 |
| D. En especial: la accesoriedad en caso de ausencia<br>de dolo | 93 |
| III. CONCLUSIONES  | 97 |
| IV. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA                    | 98 |

## CAPITULO IV

REALIZACION DEL RIESGO EN CASO  
DE CONCURRENCIA DE RIESGOS

|   |     |
|---|-----|
| I. LA RELACIÓN ENTRE CONCURRENCIA DE RIESGOS<br>E IMPUTACIÓN OBJETIVA | 103 |
|---|-----|

|  |     |
|--|-----|
| II. EXPLICACIÓN A TRAVÉS DE TIPOS DE RIESGO                          | 104 |
| III. LA EXPLICACIÓN COMO ORIENTACIÓN SOCIAL                          | 108 |
| A. Causalidad  | 108 |
| B. Planificabilidad  | 110 |
| C. Arrogación de organización versus riesgo vital                    | 113 |
| D. Irrelevancia del comportamiento alternativo<br>conforme a Derecho | 114 |
| E. Conclusiones  | 116 |
| IV. CUESTIONES PARTICULARES  | 116 |
| A. Daños consecuenciales (daños secundarios)                         | 116 |
| B. Comportamientos sin procedimientos de seguridad                   | 119 |
| V. ¿EL INCREMENTO DEL RIESGO COMO CAUSA<br>DE RESPONSABILIDAD?       | 122 |
| A. El problema   | 122 |
| B. <i>In dubio pro reo</i>   | 126 |
| VI. RESUMEN  | 128 |
| VII. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA                         | 129 |

## PROLOGO

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

El principio fundamental de esta teoría es el siguiente: el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto. Por lo tanto, el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado

pernicioso, *per se*, no quiere decir nada, pues puede que en el contexto el suceso le competa a otra persona. En este sentido, y a modo de ejemplo, la producción masiva de automóviles también causa accidentes de tráfico y casos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ello, además, de modo perfectamente previsible, pero sin que respondan sin más los productores. De esta problemática tratan las tres conferencias sobre los fundamentos, sobre el riesgo permitido y sobre la accesoria y la prohibición de regreso. Simplificando, se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento socialmente inadecuado.

Una vez realizada esta delimitación, queda claro que el comportamiento se exige en cada contexto de una persona. Si la persona no cumple con esa exigencia, su comportamiento tiene un significado delictivo. Sin embargo, ello no supone que todo resultado producido causalmente pueda ser explicado a través del significado delictivo del comportamiento, ya que el resultado podría haberse producido con ocasión de tal comportamiento, pero por lo demás de modo fortuito. La conferencia sobre la concurrencia de riesgos se ocupa de esta problemática.

Las tesis que aquí se exponen son conocidas en Alemania, pero no aceptadas unánimemente; no he podido tratar todas las controversias esenciales, pues de lo contrario habría quedado desgajada la exposición de la teoría. Hasta el momento, el ámbito en el que de menor reconocimiento goza la teoría de la imputación objetiva es el de la participación; en este campo, la doctrina que sigue siendo ampliamente dominante cree poder operar con subjetivismos ("decisión

común de realizar el hecho"). Sin embargo, aplicando en consecuencia la teoría de la imputación objetiva, también en este ámbito los frutos ya maduros caen del árbol, prácticamente por su propio peso.

La oportunidad de presentar la teoría de la imputación objetiva en Colombia se me ofrece gracias a la generosa invitación del Rector de la Universidad Externado de Colombia, Dr. FERNANDO HINESTROSA; dicha invitación me fue transmitida por mi colega en Derecho Penal de esta misma Universidad, Dr. JAIME BERNAL CUÉLLAR, director del Departamento de Derecho Penal. A ambos expreso mi cordial agradecimiento. Esta invitación también tiene unos antecedentes: dos jóvenes colegas colombianos realizaron una estancia en Bonn como becarios de la Fundación Humboldt y han participado en numerosos seminarios y conversaciones informales en el desarrollo de la teoría que aquí se presenta; también a ellos: Dr. YESID REYES, Madrid/Bogotá y Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Bonn/Bogotá, va dirigido mi cordial agradecimiento. Finalmente, debo mi gratitud al Dr. MANUEL CANCIO MELIÁ, Madrid, quien —estando familiarizado, gracias a una dilatada práctica, tanto con mis opiniones en materia de Derecho como con las peculiaridades de mi estilo— ha llevado a cabo la traducción al castellano.

Bonn, marzo de 1994  
GÜNTHER JAKOBS

## CAPITULO I FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACION OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO

### I. EL PECADO ORIGINAL

Ya en el primer caso del que tenemos conocimiento en la historia de la humanidad, en el que se produce el 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. capítulo), y a 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 pudo haber 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, puesto que Eva



era la 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 colocada a su lado por la propia mano de Dios? ¿Orige en este contexto un principio de confianza, que exonera o al menos atenúa la responsabilidad, con el siguiente contenido: aquello que sea sugerido por una persona responsable, puede ser asumido con los ojos cerrados, teniendo en cuenta que, además, el contacto con ella es grato a los ojos de quien promulgó la norma?

Como es sabido, el creador del mundo no reconoció tal principio de confianza, sino que decidió, por el contrario, que al menos en el caso que nos ocupa, cada uno de los intervinientes había de responder plenamente de lo ocurrido y de las consecuencias de ello derivadas (volveré a referirme de esto al final). Tampoco Eva pudo hacer recaer su responsabilidad sobre la serpiente, más aún: 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, en el sentido 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 dramático significado en la historia de la humanidad, merece la pena discutir acerca de si cualquiera ha de tomar en cuenta toda consecuencia de todo contacto social, o si, por el contrario, hay ciertos comportamientos que implican consecuencias que pueden interpretarse en un contexto más restringido, excluyendo las

consecuencias. Este es el problema de la imputación objetiva del comportamiento, que será tratado aquí en exclusiva, dejando fuera la imputación del resultado.

## II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

### A

Cuando un contacto social produce una defraudación, teóricamente concurren —siempre que se trate de un contacto social— al menos dos personas 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 no tiene relevancia alguna; siempre cabe identificar terceras personas que han configurado de determinada manera el contacto y que por ello también son potenciales autores (quien sea denominado autor y quien tercero depende únicamente de la circunstancia de con qué persona se comience el análisis al intentar resolver un caso). A modo de ejemplo: un agricultor incorpora a su finca una nueva máquina; uno de sus trabajadores la toca, lleno de curiosidad, y resulta herido. Además del agricultor, como autor, y del trabajador, 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. En esta situación hay tres posibilidades —acumulables— de explicar a través de imputación el curso lesivo. “Explicar a través de imputación”

significa lo siguiente: un riesgo del que debe responder uno de los intervinientes (o varios de ellos) se define como causa decisiva, mientras que todas las demás condiciones se consideraran no decisivas, es decir, se estiman socialmente adecuadas. La primera de las posibilidades consiste en imputar el curso lesivo a la misma víctima, esto es, explicarlo a través de la competencia de la propia víctima; por ejemplo: quien manosea una nueva máquina crea a través de la lesión de sus deberes de autoprotección el riesgo de sufrir una lesión. La segunda explicación considera que es decisivo el comportamiento del autor que ha colocado la máquina: quien incorpora 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 bajo todo tipo de condiciones de funcionamiento.

Aparte de estas explicaciones de imputación, también hay una que tiene lugar sin que se impute a nadie, sino que es meramente cognitiva: a nadie debe reprochársele nada. La construcción es de tipo estándar, la puesta en funcionamiento también, y el trabajador curioso actuaba impulsado por un loable instinto de adquirir mayores conocimientos, sólo que tuvo mala suerte, y es imposible evitar todas las desgracias.

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 pueden ser combinadas. Ello es

evidente en lo que se refiere a las explicaciones que se producen a través de imputación. En este sentido, por ejemplo, puede que tanto el autor como el tercero hayan lesionado sus deberes de garantizar la seguridad de la máquina, o puede que sean competentes tanto el autor como la víctima, lo que equivale a la concurrencia de culpas que se conoce en Derecho civil. Sin embargo, también la explicación como desgracia puede añadirse a una explicación a través de imputación, incluso estará presente necesariamente cuando sean leves los reproches que se formularán a los intervinientes: en cuanto menor es el fallo de los intervinientes, en mayor medida el curso es una desgracia, hasta que finalmente, si nadie falla, sólo queda el "infortunio" como explicación.

## B

Se trata de toda una panorámica de posibilidades. Sin embargo, ¿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 en cuestión, es una de las enseñanzas nucleares de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento. Bien es cierto que la *forma* de la imputación se reconduce a los inicios de la cultura humana —como lo demuestra el intento de Adán de defenderse—, pero su *contenido* depende del correspondiente contexto social, como puede fácilmente demostrarse con base en el ejemplo antes mencionado: una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no produzca nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo a

quien adquiere la máquina y a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará un cierto número de riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al usuario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad; puede incluso que esta sociedad considere deseables el espíritu de aventura del adquirente de la máquina y la curiosidad del operario, exonerándolos, respectivamente, del deber de protección o del deber de autoprotección; en ese caso, la lesión se convierte en desgracia. La relación entre el propietario y el obrero se registrará, por un lado, por el grado de conocimientos relativos al riesgo en cuestión, que quepa esperar de modo general de una persona que desempeñe su rol, y, por otro lado, por la configuración más bien paternalista o más bien liberal de su vínculo. En todo caso, la selección de la posibilidad de solución se rige por el contexto social. Por consiguiente, la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta.

## C

Por lo tanto, de la red de relaciones causales cuya existencia cabe determinar con ocasión de cualquier contacto defraudador se selecciona un hilo determinado que se define como riesgo decisivo, que compete a uno o varios de los intervinientes o que la víctima debe asumir a título de desgracia. Pero, ¿por qué se imputa de este modo y no de otra manera, es decir, imputando a cualquiera que sea capaz de evitar el curso lesivo? Después de exponer, hasta el momento, en qué consiste a grandes rasgos la imputación objetiva en el

reparto de responsabilidades, a continuación se intentará dar una fundamentación teórica, es decir, demostrar cómo deriva del cometido de la imputación jurídico-penal la necesidad de las reglas de imputación objetiva.

En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico-penal, se vinculan un suceso en el mundo y un destinatario de 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 mérito, como en lo malo, en la imputación a título de reproche. En este sentido, a aquel que dispara sobre otra persona hasta que ésta muere se le imputa el homicidio como obra que constituye un mérito cuando se trata de eliminar un peligroso enemigo. Como obra reprochable, cuando 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 de modo doloso. 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 víctima; son algunos menos quienes lo han causado de modo adecuado o doloso, pero siguen superando el número de destinatarios útiles de la imputación. En este sentido, el constructor de un arma puede haber causado una muerte de modo adecuado y también conscientemente, sin que simplemente por ello tuviese que imputársele el homicidio.

Por tanto, la causación, aun como causación adecuada o dolosa, de modo evidente es insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. Afecta únicamente al lado cognitivo de lo acontecido y por ello no aporta orientación social. Si a la hora de todo contacto social todos hubiesen de tener en cuenta 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, hasta el punto de que todos deberían prestar atención a la hora de pagar sus deudas a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social quedaría asfixiada por funciones de supervisión y auxiliares.

En la realidad social, sin embargo, al tener lugar un contacto social no se produce una confusión completa de los ámbitos vitales de quienes intervienen, sino meramente una apertura limitada. El constructor de automóviles ha de construir vehículos conformes al estándar, todo lo demás no le atañe; el productor de bebidas alcohólicas ha de respetar el Derecho alimentario y no debe vender a menores de edad, y no tiene que ocuparse de nada más; quien satisface su deuda no responde de aquello que el acreedor haga con lo recibido; quien produce armas y las enajena a personas que se hallan autorizadas a adquirirlas ha hecho suficiente, etc.

Invirtiendo lo anterior, esta separación de los ámbitos vitales fija con mayor claridad los respectivos cometidos de los intervinientes: el constructor de automóviles es competente para que se cumplan los estándares de seguridad y no puede esperar que los clientes realicen pruebas propias. Quien es

propietario de un vehículo *debe* ocuparse de que éste funcione correctamente y no puede partir de que los demás participantes en el tráfico velarán por su seguridad; éstos a su vez deben respetar sus deberes de autoprotección —nada que exceda de ello, pero cumpliendo este mínimo. Las bebidas alcohólicas *han de* cumplir los estándares fijados por el Derecho alimentario, sin que los clientes deban a su vez comprobar la mercancía, pero son ellos mismos a quienes compete evitar beber en demasía.

Formulándolo de modo más general: las garantías normativas establecidas por el Derecho no tienen el contenido de que todos intenten evitar todos los daños posibles —si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social—, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción —y no a todas las personas— determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos, y de este modo hacen posible una orientación con base en patrones generales, sin conocimiento de las características individuales de una persona que actúa. Sólo de este modo pueden hacerse posibles contactos anónimos o al menos parcialmente anónimos; no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, sino que es tomado como portador de un rol. A modo de ejemplo, el comprador de una barra de pan para el panadero es sólo comprador, no tiene que importarle si aquél piensa simplemente 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 conforme a deber el beneficio obtenido con la venta

en su declaración de impuestos. Sin esta desindividualización no podrían realizarse contactos en alto grado anónimos.

## D

De este modo queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan aquellas desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No es decisiva la capacidad de quien actúa, sino la de un portador del rol, refiriéndose la denominación "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo y que puede estar ocupado por individuos cambiantes; se trata, por tanto, de una institución orientada con base en personas.

Las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo curso es imprescindible para que puedan adquirirse un significado socialmente vinculante las acciones individuales. En el ámbito de los hechos imprudentes esto es palmario: conducir un automóvil con velocidad excesiva *constituye* una puesta en peligro de las personas, aunque el conductor no piense en ello; fumar cigarrillos cerca de materiales inflamables es una puesta en peligro de esos objetos, con independencia de la opinión del autor. 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, aunque, al menos en el caso de riesgos de gran entidad, con frecuencia ambas interpretaciones resulten ser congruentes (pero precisamente no es necesario que tengan por qué coincidir). Quien, siendo consciente del peligro de

alcanzar al batidor, dispara sobre la caza, puede que no interprete su comportamiento como lesión o muerte de un ser humano, sino -si tiene una conciencia de riesgo subdesarrollada- como parte de una cacería apasionante; sin embargo, han sido infringidos los límites del rol, por tanto, se trata de un homicidio.

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

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

El carácter drástico del quebrantamiento de la norma que es propio de muchos hechos dolosos ha conducido a que en este ámbito la imputación objetiva del comportamiento haya estado oculta y aletargada, mientras que en el ámbito de los riesgos que se aproximan al riesgo general de la vida, que es un campo en el que se dan fundamentalmente hechos imprudentes, fue necesario desarrollar límites muy precisos para determinar si el significado de un comportamiento es

delictivo o no. Hablando en términos ejemplificativos, no cabe duda de que no está permitido disparar a un ser humano; sin embargo, puede ser discutible cuáles deben ser las medidas de precaución que deben adoptarse a la hora de circular marcha atrás con un automóvil. Por lo tanto, la relevancia práctica de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento se manifiesta más bien (aunque no siempre) en el delito imprudente. Sin embargo, 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.

Por lo tanto, 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 acontecer socialmente relevante o irrelevante, socialmente extraño o adaptado, que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, que se destaca de modo negativo. Sin este material de interpretación, 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 la convierte en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Dicho de otro modo, sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse *en un sentido general* "acción". Por consiguiente, el 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 llega al ámbito de lo social.

## E

Con lo anterior queda concluida la parte fundamental; 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:

1. Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar.
2. Ha de determinarse entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, a quién le compete el acontecer relevante, por sí sólo o junto con otros, es decir, quién ha quebrantado su rol al administrarlo de modo deficiente y por ello responde jurídico-penalmente, o, si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí mismo. Si todos se comportan cumpliendo su 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 con frecuencia—mientras que ello es menos habitual en los hechos imprudentes—el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita de mayor explicación.

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

## B

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

Cuando las leyes determinan cómo ha de configurarse un automóvil o un avión para que sea seguro en el tráfico, o cuándo cabe identificar lo que es un buen estándar de comportamiento médico, ello significa al mismo tiempo que el riesgo residual que subsiste está permitido, al menos en el caso normal. Y es que la sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea la protección máxima de bienes jurídicos, sino que está destinada a hacer posibles las interacciones, y la prohibición de cualquier puesta en peligro, de toda índole, imposibilitaría la realización de todo comportamiento social—incluyendo, por lo demás, también los comportamientos de salvación.

Sin embargo, 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. Ya 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 de modo coherente contrario a todo tráfico rodado. Sin embargo, no se trata de introducir por la puerta trasera de todos modos la maximización de la protección de bienes jurídicos. Numerosos supuestos de riesgo permitido simplemente se han generado por aceptación histórica; estos riesgos son costumbre. Por ejemplo, los riesgos de una fogosa cacería, de llevar a un adolescente a un viaje con un velero o a un recorrido por la montaña o simplemente el de un paseo en automóvil y otros muchos riesgos no pueden traducirse en beneficios para 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 praxis misma, sino son las normas que determinan la práctica las que hacen parte del riesgo permitido. Sin embargo, es 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 respecto de la cual ha de tener vigencia.

El riesgo permitido está y siempre estuvo presente en todos

## III. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS

## A

¿Cómo puede trasladarse esto a la dogmática, a un sistema de imputación que pueda manejarse en la práctica? Antes de nada, cabe dar una respuesta negativa: teniendo en cuenta lo antes dicho, ya no debería intentarse construir el delito tan sólo con base en datos naturalistas –causalidad, dolo–; por el contrario, es esencial que concorra el quebrantamiento de un rol. Por lo tanto, ya no basta la mera equiparación de 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 dañina que estén en condiciones de evitar, sino que sólo se halla obligado a ello quien es titular de una posición de garante. Si examinamos quiénes son titulares de los individuos que 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 en el sistema de salud pública como garantes, 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 derivados de la organización que existen junto a estos deberes institucionales,

se basan en una predeterminación a través de roles. Los deberes de tráfico que pueden traerse a colación aquí, en cuanto deberes de aseguramiento, o, en el caso de la injerencia, como deberes de salvamento, son deberes que pertenecen al rol de aquellos que asumen libertad de organización. El derecho a la libre organización lleva como sinalagma el deber de ocuparse de que ésta no resulte dañina. 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 de suyo que los límites de los roles funcionan a la vez como límites de la responsabilidad: el médico no está obligado a evitar 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 pudiese evitarlo perfectamente. Precisaré esto con base en el ejemplo del médico: debe curar la enfermedad del paciente si éste así lo desea; si el paciente no quiere, ello queda a su propio riesgo. Y el médico sólo ha de dominar el riesgo de enfermedad; que el paciente se incline demasiado hacia fuera mirando por la ventana o que sea amenazado por una visitante iracunda con un arma de fuego, no es asunto suyo, al menos no como médico. Y, finalmente, está obligado a preservar al paciente de riesgos de enfermedad sólo en la medida en que ello corresponda a un buen estándar. Ningún médico está obligado a realizar todas las semanas una revisión general. Lo anterior es opinión totalmente unánime en el ámbito de la omisión, del modo que se ha expuesto o de manera similar.



los ámbitos vitales; no es un hijo de la técnica. En este sentido, por ejemplo, el trato de los padres hacia sus hijos no puede ser asumido sin riesgos permitidos; es imposible poner a salvo a los niños frente a todo tipo de peligros.

*Segundo:* cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo. *Existe un principio de confianza.*

En determinados ámbitos —pero sólo en determinados ámbitos— también cabe vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien siempre está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea y por ello en la mayoría de las ocasiones pierde más respecto de la realización de ésta, de lo que gana a través del control de otros. Pero esto no es la única razón, ni siquiera la razón fundamental. Esta, por el contrario, estriba en que el otro es a su vez un sujeto responsable. La idea de responsabilidad quedaría destruida si el otro fuese concebido de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujeto responsable.

El principio de confianza puede aparecer de dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua, si el autor que actúa a continuación cumple con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien le da a otra persona un reloj ajeno de gran valor; esto sólo dejará de

producir un daño si quien lo recibe lo coge con cuidado. En el caso normal, puede confiarse en que así suceda. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada correctamente por parte de un tercero, de modo que quien hace uso de ella, el potencial autor, si por su parte cumple con sus deberes, no genere daño alguno. De nuevo, un ejemplo: el cirujano confía en que las herramientas que utiliza en la operación hayan sido esterilizadas correctamente.

El principio de confianza está destinado a hacer posible el reparto de trabajo; por consiguiente, finaliza cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que el otro no hace o no ha hecho justicia a la confianza de que satisfará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar una obra exitosa. A modo de ejemplo: no se confía ya en quien de modo evidente se halla en estado de ebriedad o, dentro de un equipo, en el colega que de manera evidente está inmerso en un error.

Al igual que el riesgo permitido, también el principio de confianza aparece 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 un reparto de trabajo muy denso —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, no cabe imaginar una sociedad sin este punto de partida.

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

No pretendo discutir sobre la denominación que debe 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* no tiene 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 los casos, el respectivo tercero —el panadero, el presidente del tribunal, el conductor del taxi— conoce lo que va a acontecer. Puede intentarse solucionar estos casos partiendo de la base de que elementos tan cotidianos como un alimento, o algo que puede definirse arbitrariamente como motivo de un delito, o una posibilidad de transporte, siempre están disponibles, de modo que la prohibición de aportaciones de esta índole no es susceptible de evitar efectivamente el comportamiento del autor. Sin embargo, esta argumentación sólo acertaría a medias; puede suceder, desde luego, que en el caso concreto sea posible evitar el comportamiento del autor, pero incluso si esto es así, y aquí se encuentra el punto decisivo, la aportación del tercero no

sólo es cotidiana, sino que su significado es estereotipadamente inocuo. El autor no puede alterar por su lado esta definición del significado del comportamiento, puesto que el tercero ha asumido con el autor en todo caso un comportamiento común circunscrito, limitado por su rol, y de ello no forma parte un posterior delito. El conductor de un taxi, explicando lo anterior con base en este ejemplo, ha asumido la realización de un transporte; debe ocuparse de que éste se produzca puntualmente y sin poner en peligro al cliente. Esto forma parte de su rol, nada más y nada menos. Lo conjunto con el cliente, por tanto, se limita a un segmento vital limitado: el conductor transporta al cliente que le paga. Como se llame el cliente, lo que quiera hacer en el punto de destino, etc., no le atañe al conductor. 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. Y del mismo modo permanece distanciado de las malas obras, puesto que éstas tampoco forman parte del fragmento de la realidad que está en común.

A diferencia de lo que sucede respecto del principio de confianza, la prohibición de regreso rige aun cuando la planificación delictiva del otro es palmaria, puesto que se trata de casos en los que de todos modos un comportamiento estereotipado no tiene significado delictivo. Por lo tanto, está permitido prestar a un vecino una herramienta común aun cuando se sabe que éste pretende destruir con ella una cosa ajena. Una cuestión distinta es que amenazando daños de dimensiones ingentes todos tengan un deber atenuado, claramente no equiparable a la comisión, de prestar auxilio, en este caso, negando la aportación *per se* inocua.

Pueden discutirse los límites de la prohibición de regreso. Sin embargo, debe reconocerse el principio, quien quiera seguir garantizando que no se ahogue en la masa de los posibles contactos sociales, la libertad de perseguir los respectivos fines propios. Una sociedad que está necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aún, que requiere en general la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar a una prohibición de regreso.

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

La competencia de la víctima por su comportamiento es corriente: el caso más conocido es el del consentimiento. También se reconoce el infortunio de la víctima como posibilidad de explicación única: tratándose de un curso lesivo que no era cognoscible para ninguno de los intervinientes, sólo queda la desgracia. Sin embargo, esto no agota este ámbito. Incluso el autor que conoce las consecuencias dañinas de su comportamiento, puede afirmar frente a la víctima que estas consecuencias son asunto de ella, cuando él mismo se ha comportado conforme a su rol. Un comportamiento del que se sabe que producirá lesiones, sigue siendo adecuado al rol, mientras la víctima no tenga derecho a que no se produzca este comportamiento dañino. Esto es, mientras que el acervo

de bienes, si bien depende desde el punto de vista fáctico de la organización del autor, no depende 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 que allí tiene su vecino. Ciertamente, éste por ello no adquire ningún derecho en el sentido de que no pueda suspenderse la instalación de regadío del campesino situado en la parte superior de la ladera. Dicho de otro modo, los apoyos a bienes ajenos que no son conformes con el rol, sino que exceden de lo que es obligatorio, pueden ser revocados lícitamente. El caso que probablemente sea más importante dentro de este campo se refiere a la medicina intensiva: es lícito suspender determinadas prestaciones realizadas a través de aparatos y que conservan con vida al paciente cuando ya no estén indicadas médicamente. Aunque la desconexión de los aparatos, es decir, un actuar positivo, tenga efectos causales respecto de la muerte del paciente, el médico permanece dentro de su rol y no se arroga una organización ajena; por el contrario, es infortunio del otro el hecho de estar organizado de manera propensa a sufrir el daño.

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

En lo que se refiere al consentimiento, no hay nada que explicar aquí; es conocido, al menos en sus rasgos fundamentales, en todas partes, y también reconocido, al menos en su núcleo. En cuanto a la infracción del deber de autoprotección, constituye el reverso del quebrantamiento no intencionado, especialmente del quebrantamiento imprudente, del rol en el lado del autor. Del mismo modo que el autor no puede comportarse por un lado de modo arriesgado, distanciándose simultáneamente, por otro lado, válidamente de las consecuencias de ese comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin tener que aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias previsibles conforme a un pronóstico objetivo. Quien por sí mismo salta al agua o a un lugar donde debe contarse con la presencia de agua, no puede imputar a otros haberse mojado.

Algunos ejemplos: quien ruega, sin que ello sea necesario, a una persona evidentemente 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. — Quien participa en una dura competición, como, por ejemplo, un combate de boxeo, no tiene derecho a que no se le produzcan lesiones. El ejemplo que actualmente se discute con mayor intensidad es el siguiente: quien tiene trato sexual con una persona drogodependiente o que se prostituye actúa, en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH, a propio riesgo.

En lo que respecta al último caso, hay aún algunas cuestiones oscuras; en este sentido, por ejemplo, no está claro si la

víctima sólo actúa a propio riesgo en caso de que no sólo conozca el modo de vida arriesgado, sino también la infección con el virus del SIDA, o si, por el contrario — como creo que es correcto —, se trata ya de una acción a propio peligro cuando conoce determinadas condiciones bajo las cuales una persona cuidadosa contaría con que concurre una probabilidad superior a la media de que esté presente tal enfermedad. Tampoco está claro en qué condiciones exactamente la competencia de la víctima excluye la del autor de manera radical (como es conocido en el consentimiento), y cuándo existe algo así como una concurrencia de culpas jurídico-penalmente relevante que, disminuye la responsabilidad del autor sin eliminarla por completo. Sin embargo, hay algo que está claro: que la fijación respecto del hecho psíquico del consentimiento en el lado de la víctima, demuestra ser igual de insuficiente que la análoga fijación en el lado del autor sobre 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 una víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a riesgo propio. En su núcleo, la perspectiva normativa en el lado de la víctima constituye una noción tan asegurada, como lo es el punto de vista normativo en el lado del autor.

### C

De este modo, se ha esbozado el traslado de la idea del carácter vinculado a roles del comportamiento social, 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 sentar 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, del mismo modo que la cuestión acerca de si es necesaria la subdivisión presentada o si cabe contentarse con un nivel de detalle menor. En todo caso, quedan delimitados los fundamentos del edificio de la imputación objetiva.

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

Habiendo quedado, por tanto, fijado lo fundamental, permítaseme una observación respecto de un asunto accesorio: ¿por qué en la escena primaria mencionada al comienzo no se le reconoció a nuestro primer padre Adán el principio de confianza? En mi opinión, la denegación de esa posibilidad de descargo fue desde luego acertada. Y es que no se trataba de la cuestión acerca de cómo había de enjuiciarse el comportamiento de Adán en las relaciones de los seres terrenales entre ellos; en esa medida, la idea de un principio de confianza no sería muy desacertada (aunque probablemente no se tratase de un supuesto de exoneración completa). Por el contrario, lo que se ventilaba era la relación de Adán con Dios mismo, y esta relación en la concepción judeo-cristiana no es mediata; en este ámbito, no existe reparto de trabajo en el sentido de que alguien pueda dejar administrar el cumplimiento de los deberes que le competen

por otros, ya que las normas afectan a cada individuo no en cuanto miembro intercambiable de una sociedad, sino, precisamente con independencia de su imbricación social, de manera directa. En el marco de esta solución, el adaptarse al mundo con su sistema de reglas siempre supone adaptarse a un mundo que quizás reniegue de Dios, y cada uno ha de evitar de modo personalísimo caer en esa apostasía. La falta de imputabilidad objetiva, por tanto, no excluye necesariamente la culpabilidad en el sentido de pecado, pero sí excluye —y con esto he llegado al final— la culpabilidad jurídico-penal.

#### V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Los objetos de la presente exposición son tratados 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 edición, 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 edición 1991, referencias bibliográficas previas a 71 antes del §13; REYES 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

delictos dolosos, *cf.*: ARMIN KAUFMANN, en: VOGELER et al. (comp.), "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 confianza: STRATENWERTH, en: BOCKELMANN et al. (comp.), *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 383 y ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986; KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenerkehrsrecht*, 1980. - Respecto de la prohibición de regreso: JAKOBS, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 89, p. 1 y ss.; SCHUMANN, *Op. Cit.*; ROXIN, en: Jescheck et al. (comp.), *Festschrift für Tröndle*, 1989, pp. 177 y ss. - Respecto de las acciones a propio peligro: ROXIN, en: LACKNER et al. (comp.), *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 241 y ss.; DÖLLING, *Goldammer's Archiv (GA)* 1984, pp. 71 y ss.; OTTO, en: Jescheck et al. (comp.), *Festschrift für Tröndle*, 1989, p. 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.

## CAPITULO II EL RIESGO PERMITIDO

### I. CONCEPTO

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

Todo contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos puede que se transmita, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente que era inevitable, al menos mientras exista tal tráfico; un alimento servido por alguien puede estar en mal estado sin que sea posible percibirlo; una anestesia indicada médicamente y realizada conforme a la *lex artis* puede provocar una lesión; un niño puede tener un accidente en su camino a la escuela aunque en éste se hayan establecido medidas de seguridad adecuadas y, al menos para personas de edad, puede que un acontecimiento que es motivo de alegría sea demasiado excitante. Esta constatación trivial, sin embargo, no conduce a la conclusión de que deben evitarse tales contactos sociales, 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 provocar alegría, y ello por una doble razón: en primer lugar, renunciando a tales contactos en la mayoría de los casos no se obtiene un balance positivo —el ermitaño probablemente sólo vive sano y feliz en la leyenda—, y, en segundo lugar, y sobre todo por regla general, no hay alternativa a estos contactos: ¿quién puede permitir convertirse en ermitaño?

Puesto que no es posible una sociedad sin riesgos y no se plantea seriamente la renuncia a la sociedad, no puede haber una garantía normativa de total ausencia de riesgos, sino que, por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social irremediablemente ha de tolerarse, y ello como *riesgo permitido*. Para no desbordar la exposición, resulta 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, ejecuta el comportamiento arriesgado; habiendo otros sujetos responsables que actúan con posterioridad, esto es, si el actuar de la persona en cuestión precede al comportamiento de otro que ejecuta, puede que deban tomarse en consideración determinadas reglas especiales o, al menos, modificaciones de las reglas que han de desarrollarse aquí, por ejemplo, relativas al principio de confianza o a la prohibición de regreso.

“Riesgo permitido”: este término suena como un concepto formal del que no cabe extraer nada acerca de las razones del permiso; hablando en términos ejemplificativos, es sabido que también una situación de legítima defensa permite el

riesgo de lesión del atacante con ocasión de la defensa necesaria, o una situación de estado de necesidad el riesgo de que resulten lesionadas terceras personas. Sin embargo, en la presente exposición únicamente se trata del permiso de aquel riesgo que se halla vinculado necesariamente a la configuración de la sociedad; por tanto, se trata de una concreción de la adecuación social. No se tendrán en cuenta las situaciones de justificación. El riesgo permitido no se refiere a la disolución de una colisión de bienes, sino a la fijación de lo que es el caso normal de interacción, ya que la sociedad de cuyo caso normal se trata no es un medio para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción.

### B. ¿Cálculo de costes y beneficios?

Ahora bien, la referencia a la adecuación social es demasiado genérica para poder obtener de este modo una concreción del riesgo permitido. Por ello, para llegar a esa concreción, frecuentemente se intenta presentar el riesgo permitido como resultado de un cálculo de costes y beneficios: el beneficio sería la libertad de comportamiento obtenida con ayuda del permiso de riesgos, mientras que los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, y ambas cosas habrían de mantener una relación adecuada.

No pongo en duda que tales consideraciones pueden desempeñar un papel en el proceso de formación del permiso de un riesgo; esto puede percibirse claramente, por ejemplo, en el caso del tráfico rodado, en el que, antes que hacer obligatorias costosas medidas de seguridad, suele

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

Sin embargo, la esperanza de haber encontrado una especie de fórmula del riesgo permitido a través de la proporcionalidad de beneficios y costes, concretamente: de 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 queda sin vigencia. A modo de ejemplo: ¿qué vale una vida humana en el tráfico rodado, o, más concretamente, en el tráfico de particulares en días de fiesta? ¿Qué valor corresponde a un riesgo contra la salud en el puesto de trabajo en comparación con condiciones de producción rentables? ¿Dónde está en la educación de un hijo el punto óptimo entre libertad, cargada de riesgos, por un lado, y tutela, que necesariamente comporta restricciones al libre desarrollo, por otro? Sólo puede dar respuestas a tales preguntas quien no mire más allá de un estrecho ámbito social parcial. En este sentido, puede que se reconduzca la solución con base en casos análogos al caso que ha de decidirse. Pero si en esos casos análogos se cuestiona a su vez la fundamentación, etc., el criterio se diluye cada vez más; pues entonces no sólo se trata de completar una determinada configuración social conocida a grandes rasgos, sino de fundamentar por qué una sociedad puede lícitamente tener la configuración que de hecho tiene. Tal fundamentación no puede llevarse a cabo, y en todo caso no puede realizarse con medios jurídicos. A modo de ejemplo: en una sociedad que conoce tráfico rodado individual, no cabe rechazar el establecimiento de accesos a un área urbanizable o de turismo

con el argumento de que el tráfico que cabe esperar conducirá a accidentes, pues mientras sólo se prevea la producción de accidentes en la medida habitual, se mantiene el criterio relativo a cuál es la relación adecuada entre costes y beneficios que se utiliza en otros casos. Sin embargo, para contestar la pregunta acerca de si aquel criterio general es un criterio legítimo, es decir, si el tráfico rodado individual merece los sacrificios que irremediablemente exige, ya no cabe indicar un criterio de respuesta a través de consideraciones jurídicas.

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

Bien es cierto que cabe plantear como problema la cuestión acerca de si debe aceptarse 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. Sin embargo, ello no supone nuevos cálculos dentro de una sociedad que permanece idéntica, sino que se trata de una nueva fijación de la identidad de un ámbito parcial de la sociedad, por consiguiente, se trata de un cambio social. Tal proceso puede ser acompañado jurídicamente, y, cuando ya se haya trazado a grandes rasgos, puede también dársele el último toque a través del Derecho, pero no puede ser iniciado jurídicamente. Dicho de otro modo, lo socialmente adecuado por regla general precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de aquella configuración social que ha de conservarse. Utilizando de nuevo un ejemplo relativo al tráfico rodado: que se considere que el tráfico individual 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 tener costes reducidos, en todo caso, o normales, o incluso altos, depende de la autoconcepción de la sociedad, y ésta es parte de la configuración que el Derecho ha de preservar (mientras que esa autoconcepción no haya pasado a ser internamente contradictoria).

Ha de llegarse a la conclusión de que lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma del permiso de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino es legitimado de manera histórica, es decir, por haber madurado tal como es. Es interpretado, definido en sus rasgos más finos y redondeado jurídicamente. En parte, ello tiene lugar, como veremos, incluso a través de normas jurídicas, pero el Derecho no tiene más que esta función auxiliar.

Desde luego, en una sociedad de libertades sólo puede generarse el permiso de un riesgo, si el beneficio de la actividad de la que se trata 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 otros. De ello deriva, especialmente, que quienes han de soportar el coste aun deben ser anónimos en el momento de tener lugar la actividad. Para ilustrar lo dicho, repetiré el ejemplo extraído del tráfico rodado: si se conociese *ex ante* la identidad de las víctimas que el tráfico rodado causa un determinado día, sería imposible que éste pudiese tener lugar ese día como actividad jurídicamente permitida; el riesgo sólo puede ser

tolerado por ser las víctimas *ex ante* anónimas, porque también pueden ser consideradas *ex ante* como potenciales beneficiarias de las ventajas.

#### D. Exclusión de la tipicidad, no justificación

Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal, y ello no porque se tolere en el caso concreto por el contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. Por lo tanto, los comportamientos que crean un riesgo permitido 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, y esto sucede con mayor frecuencia en caso de imprudencia que concurriendo dolo. Los riesgos que son creados de modo doloso suelen ser (aunque no siempre) tan descuidados "con creces" que, son innecesarias ulteriores disquisiciones. En cambio, 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 se encuentra un estanque. Lanzar al niño suele presentarse como hecho doloso, la dejación en su tutela como 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 un riesgo permitido 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 urgentes o por simple placer: tales comportamientos son socialmente adecuados de manera general. La situación es distinta en el campo 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, 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 hacia el lugar en el que debe prestar su servicio, necesita de la situación de necesidad como contexto para ser tolerado con su comportamiento de modo excepcional (precisamente por ese contexto).

## II. CONCRECIÓN

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

En lo que se refiere a la concreción del riesgo permitido, lo más adecuado es comenzar con una determinación negativa, puesto que ésta es la más exacta: deja de estar permitido aquel comportamiento que el Derecho mismo define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa. A través de la creación de la prohibición de la puesta en peligro —que es al menos de carácter abstracto—, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, es definido como perturbación de la vida social, y ello, además, sin tener en cuenta el resultado del comportamiento, ya por la simple ejecución de un comportamiento configurado de ese modo. Hablando en términos ejemplificativos, esto significa lo siguiente: crea un riesgo no permitido quien conduce un automóvil estando ebrio, quien lo conduce demasiado aprisa o infringe algún otro precepto que regule el tráfico rodado, en la medida en que tal precepto no sólo pretenda facilitar la administración de ese ámbito vital, sino esté destinado a limitar el peligro —aunque sólo sea abstracto— de que se produzca el resultado de un delito de lesión; de modo correspondiente, se comporta de manera no permitida quien trata de modo contrario a las disposiciones pertinentes materiales venenosos o radiactivos o que entrañan otro tipo de peligro, o quien vende armas a personas no habilitadas para ello; también quien presta falso testimonio ante un tribunal, quien siendo comerciante no lleva libros de comercio,

quien se embriaga hasta ser inimputable, etcétera, hasta enumerar todas las normas dirigidas contra puestas en peligro que recogen la descripción de la configuración del comportamiento.

Esta determinación desde el lado de lo no permitido es posible en muchos ámbitos vitales, especialmente en ámbitos genuinamente peligrosos, ya que en los Estados modernos lo que es susceptible de ser regulado, suele estarlo. El tráfico rodado, el tráfico aéreo, la manipulación de sustancias peligrosas, la manipulación de alimentos, la construcción de un edificio, y 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 jurídicos —algunos de ellos con potencial de peligro— en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque puede obtenerse un alto estándar de seguridad de otra forma, por ejemplo, planteando exigencias especiales respecto de formación de quienes actúan en ellos, como sucede en el ámbito médico. En la mayoría de estos casos, probablemente concurren además 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 tal nivel de abstracción que acabarían siendo carentes de contenido. Además, tampoco es conveniente fijar legalmente un estándar en aquellos casos, como —de nuevo— en el campo de la medicina, en los que se produce una evolución permanente. Por ello, la regla profesional reconocida, la *lex artis*, sustituye en estos ámbitos al precepto

jurídico. Lo mismo sucede respecto de las normas técnicas, en Alemania, por ejemplo, las normas DIN (*Deutsche Industriennorm*; norma industrial alemana) o las normas de asociaciones profesionales.

En aquellos ámbitos vitales en los que no existe fijación de la regla, ya sea en el Derecho, ya sea en otros catálogos de normas, lo determinante es el estándar de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente —lo que de cierto 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, más exactamente el Derecho civil, admite incluso en sujetos que son titulares del mismo rol distintos comportamientos como prudentes (al menos, cumpliendo el límite mínimo), al considerar decisiva en cuanto criterio la “diligencia en asuntos propios” (§ 277 BGB [Bürgerliches Gesetzbuch; Código civil]), esto es, la diligencia *quam in suis*. Se trata de roles con una cierta tendencia individual, más o menos inevitable y también deseada, así, por ejemplo, en el caso de la relación entre cónyuges (§ 1359 BGB) o de los padres en lo que se refiere al ejercicio de la potestad paterna respecto de sus hijos (§ 1664 BGB), o de roles en los que el otro ha aceptado esa tendencia subjetiva, por ejemplo, la relación entre socios (§ 708 BGB) o el depositante respecto del depositario a título gratuito (§ 690 BGB). En tales casos, el Derecho reconoce ciertas desviaciones negativas del estándar de una persona cuidadosa como

acordes con la diligencia, mientras no alcancen la entidad de ser culpa lata.

El Derecho penal ha de asumir esta manera individualizada de determinar el cuidado debido, y ello 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 tales ámbitos, es decir, reproduce acertadamente lo que es socialmente adecuado (y no una mera expectativa de quedar libre de responsabilidad), y, en segundo lugar, aunque se trate 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 de modo grave de estándar general—dejan sin vendar en absoluto una herida de su hijo, del mismo modo que suelen proceder respecto de ellos mismos, y no han de reparar el daño que de ello deriva, la omisión tampoco podrá ser castigada jurídicamente como delito de lesiones, a pesar de que ese mismo comportamiento realizado por padres que suelen cuidarse con sumo celo y cuidado sí merecería tal castigo. Por consiguiente, ha de llegarse a la conclusión de que en determinados ámbitos vitales aquello que es el estándar diligente queda formado con cierto componente individual.

## B. Compensaciones

Después de esta descripción relativa de cómo se configuran los estándares, aún ha de tratarse la cuestión acerca de si cabe apartarse de ellos en caso de haber tomado especiales medidas

de seguridad. En lo que se refiere a los estándares fijados por el Derecho, esto es, las normas contra las puestas en peligro *abstractas*, eliminan de manera radical un determinado tipo de comportamiento del ámbito de lo socialmente adecuado; precisamente por esta razón se trata de evitar puestas en peligro *abstractas*. Por lo 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 en él se incluyan elementos destinados a compensar el peligro. Desde luego, un conductor experimentado y atento sigue conduciendo un automóvil con mayor seguridad que un principiante, aun si se halla ligeramente ebrio o supera el límite de velocidad, etc. Sin embargo, su comportamiento, a pesar de ello, no está permitido, mientras que el principiante, sea sólo eso, es decir, un principiante inseguro y no cometa actualmente un error, permanece en el ámbito de lo permitido; pues la prohibición de la puesta en peligro *abstracta* determina un determinado tipo de comportamiento, y no un determinado nivel de riesgo. Por consiguiente, en el ámbito de las regulaciones jurídicas no existe un porcentaje fijo de un permiso general de puesta en peligro, sino que éste está vinculado con 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 mayor cuidado posible, que conducir bajo condiciones ideales superando en un 10% la velocidad permitida; sin embargo, lo primero está permitido, 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 vital general; sin embargo, esta cuestión, perteneciente a la realización de riesgos, puede diferenciarse perfectamente de la determinación del riesgo no permitido.

En el ámbito de las normas no fijadas jurídicamente, la cuestión es distinta a lo que sucede respecto de las normas establecidas por el Derecho en contra de puestas en peligro abstractas: las primeras determinan un estándar que puede alcanzarse de cualquier modo, bien teniendo en cuenta lo descrito, bien por otra vía. Por lo tanto, quien construye un muro de protección con menor grosor de lo que es habitual en los técnicos en la materia, sigue actuando de modo permitido si simultáneamente utiliza un material con una firmeza mayor. Al renunciarse a la regulación jurídica, precisamente se pretende hacer posible la existencia de variantes.

### C. Permisos

Para finalizar el análisis de las regulaciones aplicables, ha de tratarse la cuestión acerca de lo que sucede respecto de las regulaciones positivas, que también existen; una regulación o el catálogo de comportamientos de una persona diligente habitualmente no sólo consta de prohibiciones de puestas en peligro abstractas, sino que también contiene permisos de comportamiento. Sin embargo, existe una diferencia abismal en su alcance. Mientras que al menos las regulaciones jurídicas negativas tienen vigencia de modo categórico, aquellas otras que establecen un permiso sólo rigen de manera relativa, concretamente, sólo de concurrir condiciones acompañantes

ideales. En sentido categórico, sólo cabe extraer de estas últimas que la actividad en cuestión no ha de suprimirse de manera absoluta; todo lo demás se halla sometido a reserva. También esto puede demostrarse fácilmente con ayuda de las reglas del tráfico rodado; nunca cabe sobrepasar la velocidad máxima permitida cuando no hay una causa de justificación, pero de ninguna manera puede pensarse que está permitido utilizarla en toda circunstancia, sino sólo de concurrir condiciones acompañantes ideales.

## III. EL TRASLADO DE LAS REGLAS AL COMPORTAMIENTO

### A. El problema

Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que —con distintos grados de exactitud— existen algunos tipos de comportamiento que no están permitidos y otros que están permitidos, de concurrir condiciones ideales. De este modo, aún queda por determinar quién decide cuando se trata de un comportamiento de un determinado tipo, y cuándo de condiciones ideales. Dicho de otro modo, el aparato de normas y de convenciones de la sociedad determina lo que en un determinado caso aún está permitido o ya no lo está, pero, ¿quién decide de qué caso se trata en un momento concreto? Esta es la cuestión que dentro del ámbito de la imputación objetiva presenta el mayor grado de dificultad, probablemente también es la más discutida, y no puede afirmarse que quepa dar una respuesta absolutamente segura. La afirmación de que lo que en este ámbito es decisivo es el juicio de una persona cuidadosa, no aportada a la respuesta

que aquí debe darse; pues se trata de determinar cómo ha de estar configurado física y psíquicamente el hombre ciudadano: qué es lo que ve, conoce, etc. Formulando la pregunta a través de un ejemplo: un automovilista ciudadano se detiene ante una señal de pare, ¿pero la ve aunque esté doblada? Cabe invertir el problema: ¿qué debe suceder cuando el autor sabe más y tiene mayores habilidades que una persona diligente, es decir, por ejemplo, cuando el taxista, conoedor de la localidad en la que trabaja, sabe que en el siguiente cruce, en el que es él quien tiene preferencia, aparecen continuamente forasteros que se comportan por error como si les correspondiese a ellos la preferencia?

La problemática aparece por la necesidad de administrar las reglas sociales, al menos en parte, de modo descentralizado, esto es, a través de los ciudadanos. Aquello que ha de ser administrado son los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, incluso a veces fijados jurídicamente, en sus distintas concreciones, pero esta administración tiene lugar por parte de personas dotadas de facultades físicas y psíquicas peculiares, y que, especialmente, disponen de un grado de experiencia distinto en cada caso. Ahora bien, ¿es necesario objetivar también a estas personas, con sus correspondientes características individuales, en el sentido de que han de ser imaginadas con las características del rol, o se las toma tal como son? A modo de ejemplo: a nadie le está permitido conducir un automóvil bajo los efectos de medicamentos narcóticos, aunque crea que puede compensar sus efectos negativos a través de una especial atención, pero esto no supone que se decida de modo objetivo cuándo alguien se halla bajo los efectos de un medicamento de este tipo.

El ámbito que posiblemente se administra de manera descentralizada es aún más amplio si la concreción de la norma llevada a cabo de modo centralizado se obtiene sólo en menor grado, o cuando ésta en el caso límite no aporta nada más que la trivialidad de que nadie debe exponer a otra persona a un riesgo especial, que exceda de lo cotidianamente inevitable. Por ejemplo, ¿constituye un riesgo especial, y por ello no permitido, el dejar que un niño de cuatro años de edad suba una escalera de mano, siguiéndolo inmediata y cuidadosamente en la subida? En especial, ¿quién enjuicia en este caso el efecto compensatorio del riesgo del propio ciudadano?

### B. El carácter relativo del rol correspondiente

La respuesta habitual es la siguiente: se dice que el juicio ha de formarse de manera objetiva, por un experto en la materia respectiva, que además ha de ser provisto de todos los conocimientos y aptitudes especiales del autor en cuestión. Es un verdadero monstruo el que aparece compuesto de ese modo: en aquellos casos en los que un experto prácticamente nunca tiene algo que ver, como, por ejemplo, el encender el fuego en la estufa de casa, ha de añadirse le mentalmente; además, si quien enciende el fuego es casualmente un físico, se adjuntarán sus capacidades. Se pretende que respecto de este ampuloso homínulo de ciudadano exista una expectativa social general: se afirma que precisamente su decisión ha de establecer lo que es socialmente adecuado y lo que ya no se considera socialmente adecuado. Esto es erróneo ya simplemente por la razón de que nadie cuenta con la existencia de tal sujeto sin igual, ¿y como iba a existir? Las expectativas

reales se generan en la vida real; los gabinetes de curiosidades no sirven de ningún modo a este efecto.

Esto no significa que lo esencial es el respectivo juicio subjetivo, pues las verdaderas expectativas no se rigen por una individualidad, sino por el estándar que generalmente puede alcanzarse. Por consiguiente, sí se trata de un juicio objetivo, pero no del juicio de un experto o de alguien dotado de especiales facultades, sino del titular de un rol que en desempeño de éste puede realizar tal actividad de modo socialmente adecuado. A modo de ejemplo: en el tráfico rodado también pueden participar personas que no tienen formación de conductor de carreras o de experto en derrapes; por lo tanto, se trata del juicio y de las aptitudes de una persona que no participa en el tráfico de modo profesional. Una pequeña intervención quirúrgica, como la extirpación de una verruga, puede también ser realizada por un médico dedicado a la medicina general; no es necesario que sea cirujano ni, desde luego, que se trate de un especialista de prestigio; por lo tanto, en ese caso serán decisivos el juicio y la capacidad de un médico general, etc. Por lo tanto, el rol relevante no es siempre el del mejor experto; éste es decisivo cuando la actividad sólo pueda ser realizada de modo socialmente adecuado por tal especialista, como sucede, por ejemplo, respecto del funcionamiento de una central nuclear. En los demás, el rol de referencia es el de quien tiene permiso para actuar en ese ámbito vital. Por ello puede ser que, dependiendo del contexto respectivo, rijan condiciones muy diversas respecto de un permiso de riesgo. Por ejemplo, en un contexto profesional éstas serán elevadas; si se trata de un contexto más bien no especializado, serán limitadas. En este

sentido, por ejemplo, la madre que venda una pequeña herida en la pierna de su hijo con un trozo de tela, actúa aún dentro del riesgo permitido, mientras que el médico estaría ya de lleno en el ámbito de lo no permitido a causa de la falta de perfección higiénica.

Por lo tanto, en el trato con *un solo* riesgo descrito de modo naturalista no necesariamente existe también *un solo* riesgo permitido; por el contrario, puede haber tantos permisos de riesgo diferentes, como haya roles distintos en los cuales el riesgo pueda ser administrado de modo socialmente adecuado. Esta variabilidad del riesgo permitido es una señal de que su origen no está en una máquina de calcular, sino en la configuración vivida de la sociedad con todo su colorido. Ya nos encontramos con este origen más arriba al exponer que, por ejemplo, en el ámbito del tráfico rodado se trata de tipos de comportamiento y no de una magnitud de permiso que pudiese enunciarse en porcentajes.

Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que el rol del sujeto cuyo juicio es determinante ha de obtenerse generalizando aquellas facultades de las que disponen aquellas personas cuya participación en la actividad en cuestión se espera. Constituye la base de enjuiciamiento aquello que conoce el titular de tal rol 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 pare totalmente doblada no puede ser reconocida como tal; por consiguiente, para un conductor cuidadoso falta ya la base sobre la cual podría deducirse la existencia de

una regulación especial de la preferencia. Aquello que sabría alguien conceder del lugar es irrelevante, puesto que del rol del conductor no forma parte el conocer el lugar. Cuando el brazo de un riño se hincha de modo extremo, no está permitido prescindir del consejo de un médico; si según el diagnóstico de éste, la hinchazón es inocua, ello sólo significa que actuando en *su rol* no es necesario tomar medidas ulteriores; y es que *él actúa* en un contexto distinto al del lego. Por consiguiente, se trata de un juicio relativo al rol correspondiente.

### C. Excurso

Permítaseme un excurso para afirmar que el carácter relativo de aquello que no está permitido lleva consecuencias para la tentativa. También el comportamiento constitutivo de tentativa ha de suponer un riesgo no permitido, y también en este ámbito 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 crear dolo típico, al faltar una representación comunicativamente relevante de una lesión producida por esa sustancia (se trataría de una mera representación putativa). Sin embargo, un lego en medicina que lea en la ampolla que se trata de cloruro sódico, puede creer de modo comunicativamente relevante que esa sustancia es una peligrosa combinación química que contiene cloro.

## D. Conocimientos Especiales

### 1. El principio

Desde la perspectiva de la conclusión alcanzada, caber resolver la cuestión acerca de cómo ha de decidirse en aquellos casos en los que el autor respectivo está en condiciones de prever un daño en virtud de facultades especiales, mientras que el titular modelo del rol no puede hacerlo. Expondré la cuestión con base en el ejemplo de los conocimientos especiales, ya se refieren éstos a la situación de hecho o a las reglas que han de aplicarse para obtener el juicio. En primer lugar, enunciaré dos ejemplos: un ingeniero ha alquilado un automóvil y descubre gracias a sus especiales conocimientos técnicos que los frenos fallarán en breve. A pesar de ello, devuelve el vehículo al arrendador; el siguiente cliente de éste tiene 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 puede ser desarrollado de modo socialmente adecuado también por un lego, se determinan con base en el arsenal de capacidades propias de un lego, en ambos ejemplos ha de excluirse la responsabilidad, ya que de quien alquila un automóvil nadie espera que tenga especiales nociones en materias técnicas, y del mismo modo, nadie cuenta con que un camarero tenga profundos conocimientos de biología. Por lo tanto, ninguno



de los dos ha roto el rol en el que se mueven y, por lo tanto, su comportamiento no ha generado un riesgo no permitido. Desde luego, es una cuestión totalmente distinta que el comportamiento realizado sea tan extremadamente insolidario que deba responderse por omisión de socorro.

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

Quien considere que el resultado es chocante —en todo caso, sería igual de chocante tratándose de comisión que de omisión—, ha de tener en cuenta que los conocimientos especiales son algo respecto de lo cual no existe deber alguno de adquirirlos o de mantenerlos; es mera subjetividad y nada más. El autor puede entregarse a la más mínima distracción que impida que se genere el conocimiento especial, y puede lícitamente olvidarse inmediatamente de algo que haya llegado a conocer. Dicho de otro modo, la relevancia jurídica penal de los conocimientos especiales quedaría limitada a conocimientos realmente existentes, es decir, al dolo. Sin embargo, el conocimiento sin el deber de conocer sería un elemento del delito ajurídico, al estar definido de manera totalmente psicológica.

## 2. Combinación de conocimientos y rol

Sin embargo, con esto no queda dicho qué es lo que son exactamente capacidades especiales, en particular, qué es lo que son exactamente conocimientos especiales que el autor no ha de aportar porque no forman parte de su rol. En los casos antes enunciados, la decisión es bastante fácil sólo gracias a la circunstancia de que no hay nada que una al autor con la víctima, aparte de la entrega de un objeto, como es cometido del autor: el autor no exige a la víctima que tolere un riesgo en interés del autor, y tampoco le debe una preocupación especial, como se la debe, por ejemplo, el padre o la madre al hijo. Sin embargo, si el autor está vinculado a la víctima de algún modo —que habrá de especificarse más tarde— puede que forme parte de su rol activar todas sus capacidades.

Por lo tanto, 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 estándares de seguridad habituales, y ello con independencia de su comportamiento actual, como, por ejemplo, es garante cualquier propietario de un vehículo de motor de la seguridad en el tráfico de éste 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 de cómo se haya adquirido— de que no se están respetando los estándares obliga a desplegar una actividad dentro del rol, concretamente, a ocuparse de que se restablezca una situación estándar; pues la desviación negativa de éste constituye ya a su vez una perturbación, de cuya eliminación es garante el titular del ámbito de organización. Por consiguiente, quien llega a saber que los frenos de su propio automóvil no están en las condiciones debidas, siempre se entera de ello en su rol de propietario, con independencia de que se lo comunique el taller mecánico o un vecino que ha tenido conocimiento de ello de alguna manera, o que se dé cuenta al mirar casualmente debajo de su vehículo. En este caso, la situación normativa es totalmente distinta de la existente en el caso antes mencionado en el que un ingeniero devuelve un coche de alquiler. El ingeniero se encuentra en el rol de arrendatario de un automóvil, y éste no es en todo caso garante, a la hora de devolver la cosa objeto de arrendamiento, de que el vehículo esté libre de daños que se hayan generado con independencia de su comportamiento. Por lo tanto, ha de llegarse a la conclusión de que el conocimiento y el rol quedan vinculados por medio del deber de no abandonar determinados estándares, deber que existe con independencia del comportamiento actual.

Además, la vinculación entre conocimientos y rol también puede ser organizada actualmente por el autor, si ajusta su propio comportamiento de rol a sus conocimientos, que de este modo pierden la condición de ser conocimientos especiales, conocimientos separados del rol. Esta situación se da en todos aquellos casos en los que el autor asume la

administración del riesgo que ha reconocido gracias a sus conocimientos particulares, especialmente, cuando devía 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 aparece una persona que odia, no ejecuta un destino generado de modo independiente a su persona, sino que lo manipula y con ello 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 el caso límite abarca todo conocimiento del garante, de modo que éste no puede excluir unos determinados conocimientos de su rol como especiales. Esta sea probablemente la configuración de la relación de los padres respecto de los hijos sometidos a su tutela. Cuando un hijo está en una situación de necesidad y los padres —sea como fuere— conocen una salida, este conocimiento se convierte en parte de su rol de padres, al menos por regla general. Cabe reconocer estas instituciones en que quienes resultan favorecidos por ellas han de asumir también las desventajas igual que participan en los beneficios; los hijos de padres con aptitudes por debajo de la media no reciben cuidados estándar. Sin embargo, también hay instituciones menos densas en las que han de ponerse a disposición prestaciones estándar, nada más y nada menos. En este sentido, los servicios médicos de urgencia deben llevar a cabo una asistencia como es debido. Aunque sea un

especialista de gran prestigio el que presta servicio de urgencias, no es necesario que hagamos de lo que es habitual en el país; pues todo lo demás no forma parte del rol de un médico de urgencias. Sin embargo, muy bien puede ser que el director de una clínica, que está obligado a investigar, deba introducir los conocimientos adquiridos en la investigación si actúa en ese su rol. Los detalles han de dejarse a la interpretación de la situación institucional correspondiente. En todo caso, es el rol correspondiente lo que determina el contenido de los deberes, y no un arsenal de peculiaridades individuales.

#### IV. RESUMEN

1. No puede organizarse la vida social sin permiso de riesgo.
2. Aquello que está permitido se rige principalmente por la configuración social generada a lo largo del tiempo y no por un cálculo de costes y beneficios que pudiese aislarse de lo anterior.
3. El riesgo permitido es una exclusión del tipo.
4. El carácter contrario a la norma de una puesta en peligro abstracta en todo caso excluye un permiso de riesgo; los permisos positivos sólo rigen bajo condiciones ideales.
5. El riesgo permitido ha de determinarse de modo relativo al rol de quienes pueden lícitamente organizar un ámbito vital.

6. No han de tenerse en cuenta los conocimientos especiales, 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

Los objetos de esta exposición son tratados con amplias referencias a ulterior bibliografía 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*, 2 edición 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 et al. (comp.), *Festschrift für Jescheck*, 1985, p. 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 particulares, STRUENSEE, *Juristenzeitung (JZ)* 1987, pp. 53 y ss. y GA 1987 pp. 97 y ss.

CAPITULO III  
LA IMPUTACION OBJETIVA EN LA PARTICIPACION.  
ACCESORIEDAD Y PROHIBICION DE REGRESO

I. ROLES ESPECIALES Y ROLES COMUNES

La responsabilidad jurídico-penal siempre se fundamenta en el quebrantamiento de un rol. Entre los roles de cuya infracción se trata cabe diferenciar fácilmente dos clases. Por un lado, se trata de roles especiales que una determinada persona ostenta 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 un conjunto—, 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 urgencia—deben actuar en caso de necesidad por quien no está en condiciones de ayudarse a sí mismo. Estos roles, cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos referidos a personas de aquellas instituciones que dan a la sociedad su configuración fundamental específica, que se considera indisponible en el momento actual, refiriéndose lo específico de esa configuración a que concurren además de la juridicidad de la

constitución de la sociedad, que se toma como presupuesto. Se trata, por ejemplo, de la relación entre padres e hijo (aún), del matrimonio, del Estado como corporación de protección dotada de un monopolio de violencia, etc.

Los titulares de roles de esta índole responden al quebrantarlos generalmente a título de autores, ya que deben a la víctima de manera directa el mantenimiento del ámbito común. En este sentido, por ejemplo, el tutor responde como autor de administración desleal tanto cuando dispone él mismo ilegítimamente de la fortuna de su tutelado, como si induce a un amigo suyo a hacerlo, como si no impide a una tercera persona realizar el acto de disposición: también en los dos últimos casos, no es el carácter conjunto de su comportamiento respecto de la actuación de quien dispone del patrimonio protegido, sino la competencia inmediata respecto de ese patrimonio lo que fundamenta la responsabilidad. En el ámbito de estos delitos, de los delitos de deber, sólo cabe la responsabilidad a título de partícipe cuando quien se halla obligado por el deber especial carece de un elemento especial de autor. No pretendo profundizar más en este asunto, puesto que los delitos de deber aquí sólo tienen relevancia a efectos de delimitación.

En lo fundamental, aquí ha de tratarse el quebrantamiento de roles pertenecientes a un segundo grupo, roles sin características especiales, esto es, roles comunes, o más exactamente, se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, de comportarse como una persona dentro del Derecho, es decir, de respetar los derechos de otros como contrapartida al ejercicio de derechos propios. Para delimitar

esta clase de competencia frente a la competencia institucional existente en el delito de deber, hablo de competencia por organización, lo que no quiere decir que esta competencia no tenga nada 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 su carácter específico no merece mención especial en el marco de consideraciones intrajurídicas.

Este rol común tiene el contenido positivo de constituir la persona en cuanto persona jurídica, persona dentro del ordenamiento jurídico; pero aquí interesa más el lado negativo, es decir, el deber de no lesionar a otros; este deber no apunta a un mundo común —más allá de la juridicidad general—, sino simplemente a 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 podría producirse 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, desde el punto de vista jurídico, basta con distanciarse de él; no es necesario que se produzcan configuraciones comunes.

Por lo tanto, al producirse el quebrantamiento de un rol común se trata de 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 falta de un mundo común—más allá de la situación general de juridicidad—no significa que el rol común sólo 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 generar un mundo común, sino también como deber de evitar consecuencias lesivas de la organización propia. Quien frena su vehículo delante de un peatón no genera un ámbito común especial, sino que permanece 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 en plan de broma o de quien conduce a lugar seguro a una persona achacosa a la que previamente ha llevado a abandonar la acera.

## II. COMPORTAMIENTO DE ORGANIZACIÓN

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

Por consiguiente, el quebrantamiento del rol común tiene lugar por medio de organización, ya sea realizando una organización defectuosa actual, o ya sea que no se elimina el peligro ya insito en 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 ello, además, no sólo de tal manera que dentro de un marco común cada uno lleve adelante su propia obra, como sucede, por ejemplo, en una comida 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 trata de todas las constelaciones posibles, desde la mera complicidad hasta la actividad de bandas en el crimen organizado. Si dejamos a un lado los casos en los que hay personas que participan estando inmersas en un error o siendo coaccionadas o no siendo responsables por algún otro motivo, y permanecemos en el ámbito de los supuestos de participación en los que cabe imputar a todos los intervinientes, la participación es exactamente aquello que en los demás casos suele denominarse reparto de trabajo: el trabajo para lograr *una sola* obra se divide entre varias personas, que aportan cada una su parte.

La obra que es objeto de reparto en el ámbito jurídico-penal es un delito, por ejemplo, la muerte de una persona como asesinato o la rotura de una ventana ajena como delito de daños. Lo punible de este tipo de comportamientos es aquel comportamiento realizado a partir del comienzo de la tentativa; todo lo que sucede antes es comportamiento anterior al hecho, todo lo que acontece después, comportamiento posterior al hecho. De ello deriva que quien no participa en la ejecución del hecho (que empieza con el comienzo de la tentativa) no comete de propia mano un delito, sino que, al inducir o aportar material para la realización del hecho, etc., lleva a cabo un comportamiento anterior al hecho. Y es que en el caso del autor único tampoco se le ocurriría a ningún penalista considerar la ideación del plan o la consecución de materiales como comportamiento perteneciente al hecho delictivo; el hecho es la ejecución, y

nada más. Pero si quien participa sin llevar a cabo actos de ejecución no realiza de propia mano un delito, y si ha de tener vigencia la afirmación de que todos responden de su propio injusto y no de injusto ajeno, ¿cómo puede imputarse a quien no ejecuta todo él mismo?

La solución habitual a esta situación de apariencia un tanto embrollada es que quien actúa sin realizar actos de ejecución participa en el hecho de quien ejecuta; en este sentido, se afirma que *eso* es su propio injusto. Formulado de otro modo: se dice que el injusto puede ampliarse estableciendo la punibilidad de la participación, y aquello que se amplía es precisamente el comportamiento de participación. Sin embargo, esta solución conduciría a un resultado poco plausible. En los delitos de los que ahora hablamos, el injusto es la arrogación de una organización ajena, y el partícipe que actúa antes de la ejecución no se arroga nada. Además, ¿por qué razón habría de constituir injusto un comportamiento de participación llevado a cabo antes de la ejecución, si ese mismo comportamiento, en caso de realizarlo quien posteriormente ejecuta, no es injusto?

Este dilema únicamente puede ser resuelto de una sola manera: ha de reconocerse que quien ejecuta no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos; en ese caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes. No es necesario manipular la aportación del partícipe antes de la ejecución para convertirlo en injusto, sino que esta aportación no es más que la razón para imputar la ejecución llevada a cabo por otro, también al partícipe de la fase previa como injusto suyo.

Desde luego, todos responden exclusivamente de su propio injusto, pero no es cierto que el injusto propio sólo pueda ser injusto realizado de propia mano; tal afirmación, incluso, excluiría completamente toda participación en la fase previa.

A efectos de clarificar lo dicho: Puede ser objeto de controversia que aquí el comportamiento previo no se defina *per se* como injusto. Especialmente, se objetará que ha de existir para quien realiza una aportación un deber derivado de injerencia, deber de evitar que el autor lleve a cabo el hecho o de obstaculizar de algún otro modo la producción del resultado del hecho. Pero una eventual responsabilidad por injerencia a su vez ha de ser accesoria, como puede apreciarse fácilmente, ya que de otro modo la tentativa de omisión debería ser punible antes de la realización del hecho principal—quedarían destruidas las reglas de la accesoriadad cuantitativa. A modo de ejemplo: si aquel que ha dado al ejecutor el arma deja pasar el instante en el que podría recuperarla, de todos modos no responde ya en este momento, sino sólo una vez comenzada la tentativa de ejecución por el autor. Por ello, tampoco el comportamiento omisivo puede ser injusto por sí mismo, sino que sólo constituye la razón para imputar el comportamiento de ejecución también como injusto propio.

De ello deriva una nueva concepción de la accesoriadad: quien participa en la fase previa no responde jurídicamente penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho producido también es el suyo propio. Esta formulación, que puede parecer extraña a primera vista, pierde todo su carácter extraño si es desvinculada del ámbito jurídico-

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

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. Por ello, ha de formularse una pregunta radical, desvinculándonos del mito naturalista de la comisión de propia mano: ¿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 ha de 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 esta persona competente, a su vez, tampoco debe ser entendida como un ser humano de carne y hueso, es decir, de manera naturalista, sino que es el destinatario de la imputación, y no hay nada que impida que tal destinatario también pueda ser un

colectivo, la unión de varias personas. Sin embargo, ¿qué personas constituyen el colectivo? Todas aquellas que se hayan organizado de tal modo que ello objetivamente tenga sentido para llegar a consecuencias delictivas; la expresión de sentido de quien ejecuta ha de serle imputada a estos sujetos como sentido que ellos mismos perseguían. Forman parte de este círculo tanto el inductor como el cómplice; en el marco de esta imputación, el ejecutor sólo constituye un caso especialmente drástico: para quien quebranta el rol, el quebrantamiento de éste siempre tiene objetivamente sentido, pero no por ser él quien realiza un movimiento corporal en último lugar, sino porque, como lo hacen todos los intervinientes, configura su organización de aquella manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas.

El hecho de que no es 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 de comisión de propia mano no tiene sentido delictivo. Esto ocurre en todos aquellos casos en los que el rol de quien produce de propia mano un resultado lesivo se caracteriza precisamente porque se ha de administrar únicamente un ámbito restringido, que no abarca al resultado, verbigracia, siguiendo las indicaciones de otra persona. A modo de ejemplo: el técnico que, siguiendo las instrucciones recibidas, abre una compuerta por la que entran determinadas sustancias químicas en un río, a pesar de su actuación no comete un delito de contaminación de aguas, si no forma parte de su rol el control de los residuos; en tal caso, su comportamiento—con independencia de lo



que sepa más allá de su cometido— tiene nada más el significado de la realización de una tarea limitada dentro de la empresa. Y es que si este técnico permitiese que las sustancias químicas saliesen al río, conforme a lo establecido en su plan de servicio, y sin actuar positivamente, probablemente tampoco se le ocurriría a nadie considerar precisamente al técnico encargado de las compuertas como garante de la composición de los residuos. Por lo tanto, injusto propio es injusto que es imputado; se le imputa a todos aquellos que organiza en un contexto con consecuencias objetivamente delictivas; y en este marco, la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no en todo caso.

### B. Accesoriidad cuantitativa

Si examinamos brevemente la accesoriidad cuantitativa, queda claro que lo antes expuesto no es una concepción nueva 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. El cómplice o el inductor, también el coautor que por su parte no ejecuta, sólo son punibles cuando, como suele formularse, el hecho principal entra en un estadio punible. Esta es la consecuencia de la doctrina aquí desarrollada según la cual la ejecución es propia de cada uno de los intervinientes. Por ello, un hecho, con independencia de que sea preparado y llevado a cabo por un solo autor o por varios, 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, y también una sola vez al

estadio de la tentativa acabada; y es que se trata de un solo injusto, aunque sea propio de varias personas.

### C. Sentido del comportamiento

En este punto se plantea con insistencia la cuestión acerca de cuándo una organización se halla configurada de tal modo que tiene sentido para alcanzar consecuencias delictivas. Por tanto, ¿cuándo participa alguien 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, del mismo modo que en el ámbito de la omisión no basta la capacidad de evitación del resultado para definir a quien tiene esa capacidad como garante. Bien es cierto que la evitabilidad es un elemento necesario (o, en el caso de la omisión: la capacidad de evitar el resultado); 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 también se habría podido evitar. De lo contrario, no podrían considerarse como una prestación, sino sólo como obra del destino. Sin embargo, la evitabilidad, por sí sola, es puramente cognitiva, alguien puede evitar, si lo desea; la evitabilidad carece *per se* de sentido social: ¿por qué habríase de 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, cuidar del comportamiento de quien actúa después. A este respecto,

cabe formar cuatro grupos de casos: dos grupos en los que queda excluida la responsabilidad, y dos en los que ha de haber responsabilidad.

*Primero:* no hay nada en común; por el contrario, un autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otro y desvía este comportamiento hacia lo delictivo; en este caso, sólo él responde. Un ejemplo: un grupo terrorista toma el proceso seguido contra un corregidorario como pretexto para asesinar al ministro de justicia; el asesinato es asunto de los terroristas y no de los jueces que dirigen el proceso. O una mujer amenaza a su amante con que destruirá una cosa ajena de gran valor si éste la abandona; si el amante rompe 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 envenena con ellas a un ser humano o a un animal. Esto no atañe en nada al vecino, aunque en el momento de disponer los cultivos en su jardín conociese los malignos planes del autor. Un comportamiento cotidiano e inoco no adquiere el significado de un delito cuando el autor lo incluye en sus planes. Puesto que ha permanecido dentro del marco de su rol inoco, el sujeto no tiene por qué dejarse imponer la definición de su comportamiento como razón del hecho delictivo que el autor del delito establece. La ejecución no es suya.

*Segundo:* entre el autor y el otro existe algo en común, pero esta comunidad se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que, en todo caso, no contiene un riesgo especial; sin embargo, el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito. Bien

es cierto que en tal caso el otro ya no puede alegar que simplemente no tiene nada en común con el autor—pues la prestación sí que fue transferida de modo consentido por el otro al autor—, pero aquello que hay en común carece de todo significado delictivo, y por ello el otro no ha quebrantado su rol inoco.

Aquí está el ámbito de aplicación principal 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 con tener la voluntad de hacerlo—, a pesar de la no-evitación, no quebrantaron su rol de ciudadanos que se comportan legalmente. En una sociedad organizada en régimen de reparto de tareas, con un intercambio de informaciones y de bienes extremadamente complejo, ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un contacto social y lo que los intervinientes se representan con él, desde el punto de vista subjetivo. Únicamente el sentido objetivo debe ser tenido en cuenta de manera general; éste es el sentido socialmente válido del contacto. El sentido que subjetivamente se persigue no atañe en nada al otro, pues no se objetiva, al menos, no en ese contexto.

En este grupo de casos se trata de los negocios habituales de la vida cotidiana, unilaterales o de intercambio, con independencia de que se transfieran prestaciones consistentes en la entrega de bienes o en la realización de servicios, especialmente, informaciones. Por lo tanto, el comerciante de alimentos, si vende buen género, no responde por participación en un homicidio en caso de que sepa que el

adquirente piensa manipular el género para cometer un asesinato con veneno. El mecánico de automóviles no responde por participación en los delitos contra la seguridad en el tráfico que cometa el conductor del vehículo que ha vuelto a poner en condiciones de circular. El taxista no responde del delito cometido por su cliente una vez llegado al punto de destino, aunque éste se lo haya anunciado durante el trayecto. Nadie responde de las consecuencias del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales. Lo mismo rige respecto de las informaciones. Una información veraz no produce responsabilidad, por ejemplo, si el abogado responde a la pregunta acerca de si el país X extradita delincuentes fiscales o si alguien comunica a un salvador la identidad de la víctima a salvar, por lo que el salvador desiste de su buena obra. Probablemente tenga relevancia práctica la entrega de alcohol a personas responsables; con independencia de que se produzca en el marco de una actividad empresarial o de manera privada, se trata de un acto socialmente adecuado que no tiene como contenido que el receptor vaya a encontrar en la bebida valor para cometer un delito o a reaccionar, a causa de su embriaguez, de manera descuidada, etc.

En estos supuestos, lo común que se objetiva de modo socialmente relevante finaliza con la respectiva transferencia; ésta incrementa el peligro de consecuencias delictivas no por su contenido —no se transfieren prestaciones peligrosas—, sino únicamente por la planificación delictiva del receptor. Sin embargo, esta planificación no tiene expresión alguna en aquello que es común a quien da y a quien recibe. Por consiguiente, tampoco en este caso el emisor puede encontrar algo propio en el delito del sujeto que recibe.

*En cuanto 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 llega a una responsabilidad específica por el comportamiento al que el autor anuda el suyo con consecuencias delictivas. Desde luego, puede que concurra una razón de modo independiente de lo anterior, por la que haya de producirse responsabilidad, y por la que se respondería en cada caso aunque el comportamiento en cuestión ni siquiera hubiese tenido lugar. Tal razón la constituye especialmente una posición de garantía preexistente de todas maneras, que sirve precisamente a la evitación de daños que amenacen al bien en cuestión. A modo de ejemplo: puesto que todos han de proteger la vida de los hijos que se hallan sometidos a su tutela, nadie debe dar a un sujeto decidido a asesinar a los hijos un objeto de por sí inocuo o una información de por sí inocua cuando éste vaya a introducir precisamente esa prestación en su planificación delictiva. Y es que el garante, para cumplir con su deber de protección, estaría obligado a revocar, si pudiese, una prestación similar realizada por terceras personas. O: quien ha debilitado las defensas de una persona, ha de ocuparse de que ésta no resulte dañada por un comportamiento de otra persona que de por sí es inocuo, pero que, a causa de la debilitación producida, sí es peligroso. Las posiciones de garantía que existen con independencia del comportamiento actual, no derogan la prohibición de regreso, pero constituyen *a su vez* una razón fundamentadora de la responsabilidad. Dicho de otro modo: el hecho de que alguien no quebrante su rol general de ciudadano a través de su comportamiento actual, no significa que no pueda quebrantar

ese rol a través de *otro comportamiento* o que no pueda quebrantar *otro rol*, quedando vinculado *por ello* de tal modo con la ejecución que, ésta también es propia. Dicho sea de paso: también la autoridad mediata, es decir, el aprovechar la superioridad sobre un instrumento, puede constituir tal quebrantamiento de un rol.

Además: en la medida en que por debajo de los delitos de comisión y de los delitos de omisión de garante exista una norma que exija que no se niegue la ayuda necesaria en casos de necesidad extrema, esta norma obliga a quien realiza la prestación, a no llevarla a cabo cuando de ser realizada -a causa de la planificación delictiva del receptor- se produciría una situación de necesidad extrema para una víctima. De nuevo, a modo de ejemplo: quien devuelve una pistola que había recibido en préstamo justo en el momento en el que quien se la ha prestado, como es sabido, quiere usarla para cometer un asesinato, responde, si éste se realiza, por un delito de omisión de socorro. Por lo tanto, subsisten los deberes que incumben a todos y existen con independencia del comportamiento actual. Dicho de otro modo: cuando el rol de ciudadano de manera excepcional impone deberes de auxilio, éstos rigen aunque de por sí regiría la prohibición de regreso.

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

*Tercero*: a continuación, siguen consideraciones relativas a aquellos dos grupos de casos en los que ha de responderse,

puesto que quien interviene en la fase previa participa en el comportamiento delictivo del sujeto que ejecuta. En el primero de estos grupos (por tanto, en el *tercero* en la numeración general) se trata de que lo común viene determinado por la configuración de la prestación, que *per se* es peligrosa: a tales prestaciones les es inherente una utilización ulterior -que al menos puede ser también- delictiva, y por ello crean comunidad con quien ejecuta; por regla general, también suelen estar prohibidas en cuanto puestas en peligro de índole abstracta. Por tanto, quien realiza tales prestaciones no puede ser distanciado de las consecuencias delictivas; por el contrario, éstas también le son propias. La comunidad en estos casos se genera de manera normativa: con independencia de lo que quiera quien realiza la prestación, quien lleva a cabo este tipo de prestaciones, se pone en común con aquel que desarrolla lo recibido hacia un comportamiento delictivo. Cabe encontrar multitud de ejemplos: quien entrega armas que requieran licencia o materiales radioactivos o receptores no autorizados, quien suministra explosivos o estupefacientes cuya circulación se halla restringida a una persona cualquiera, quien presta un vehículo de motor que no está en condiciones de circular, etc., ha organizado de tal modo que las consecuencias delictivas forman parte del sentido de su organización. Más aún, ni siquiera es necesario que concurra un acto de prestación; ya el hecho de custodiar tales materiales de manera descuidada, de modo que otro pueda acceder a ellos, vincula a 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 esta razón para afirmar la participación no se halla vinculada a la comisión dolosa, del mismo modo que los grupos de casos de la prohibición de regreso antes formados 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; volveré sobre esto más adelante.

*Cuarto:* el cuarto y último grupo de casos, por tanto, el segundo en el ámbito de lo punible, se refiere a los casos normales de inducción y complicidad: el partícipe no se aviene a realizar una prestación neutral cualquiera, sino que configura su prestación específicamente de tal modo que encaje dentro de un contexto de comportamiento delictivo. Por regla general, esto es palmario en los supuestos de intervención en el estadio de ejecución. Pero piénsese también en los supuestos principales de la inducción, esto es, la determinación final a la comisión del hecho, o de la complicidad psíquica, es decir, prácticamente la asesoría de empresa para empresas delictivas, y de la complicidad física, esto es, la prestación de cosas o servicios específicos que no son estereotipados-socialmente adecuados. Y es que no es lo mismo que alguien solicite de otro la realización de un delito o que sólo cuente que una casa carece de vigilancia, que alguien explique cómo puede neutralizarse el personal de vigilancia de un banco o meramente el funcionamiento de una cerradura común, que alguien establezca una ruta de huida o que sólo aporte un plano de la ciudad, que alguien venda un juego de llaves de reserva o sólo un destornillador, que alguien sierre, como se le ha dicho, un trozo del cañón de

una escopeta o que lo haga de 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 lugar, el sentido del comportamiento —incluso con independencia del sentido perseguido subjetivamente— es el de favorecer un delito, que por ello se convierte también en delito propio del interviniente; en los supuestos enunciados respectivamente en segundo lugar, el sentido se agota en lo socialmente adecuado.

Las intenciones y los conocimientos de aquel que realiza la aportación son irrelevantes, del mismo modo que la omisión de alguien que no es garante no se convierte en omisión de garante por el hecho de que conozca una posibilidad segura de salvamento o por tener malas intenciones. Quien ejecuta algo estereotipado-socialmente adecuado no responde, con independencia de lo que piense y sepa, mientras que aquel que se adecua a un plan delictivo, da una razón para imputarle la ejecución; en todo caso, puede que en estos supuestos falte la imputabilidad subjetiva, por ejemplo, cuando no haya percibido de manera miope el comportamiento delictivo subsiguiente —en tal caso, queda excluida la participación dolosa— o ni siquiera podía preverlo —entonces, no cabe participación imprudente— (que en Alemania se trata como autoría imprudente, véase a este respecto más adelante). A este respecto, un ejemplo: 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 este se comete por su manifestación; en tal caso, ya no se discute la

imputabilidad objetiva de la ejecución, sino tan sólo la relación subjetiva hacia la ejecución: dolo, imprudencia o inevitabilidad.

En lo que se refiere al sentido objetivo del comportamiento, desde luego en el caso concreto aparecen considerables dificultades de delimitación, y ello necesariamente ha de ser así, pues la vida social conoce entre los extremos siempre numerosas transiciones. Partiendo de esta situación, las soluciones de exactitud matemática sólo pueden estar basadas en premisas erróneas. Quien no soporta esto, que se limite al Derecho de la circulación y probablemente fracase también allí. Aquello 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. Especialmente, puede que un contexto drásticamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí es estereotipado-socialmente adecuado.

A modo de ejemplo: ciertamente, la venta de una pala en una tienda para artículos de jardinería es algo inocuo; pero si delante de la tienda se está desarrollando una violenta pelea e irrumpen en aquella personas que participen en esta, estando ya heridas, y requieran que se les de rápidamente una pala, puede que ello sea distinto. Tales dificultades no son razón para volver a un punto de partida naturalista-causalidad, conocimientos-; más aún, son inevitables cuando se utiliza un punto de partida adecuado a la materia.

#### D. En especial: la accesoriidad en caso de ausencia de dolo

Si recordamos la conclusión alcanzada en lo que se refiere al comportamiento en la fase previa (queda excluida aquí la producción de propia mano sin sentido delictivo del resultado, véase supra II. A, último párrafo), -aquellos comportamientos que no tienen el sentido de ser continuados de modo delictivo, no conducen a la responsabilidad, aquellos otros que sí tienen ese sentido constituyen participación-, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que ha sucedido con la accesoriidad. La respuesta es la siguiente: resulta ser parte de la imputación objetiva. Un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar la ejecución realizada por otro; lo contrario de la imputación por accesoriidad es la prohibición de regreso.

Por consiguiente, la accesoriidad nada tiene que ver con una colaboración conocida y deseada, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos o con otro tipo de factores internos. No es necesario que los intervinientes antes de actuar se conviertan en carne y uña, sino sólo que repartan lo que hay que hacer. Sin embargo, incluso esta formulación es aún demasiado amplia; pues el ímpetu final hacia la realización de un tipo que suele asociarse al concepto del reparto de trabajo puede faltar en el ámbito jurídico-penal, ya que aquí también ha de responderse de realizaciones del tipo que no se persiguen subjetivamente. Por lo tanto, hablando en términos ejemplificativos, cuando al ordenar una habitación uno de los intervinientes abre la ventana para que otro pueda lanzar fuera una tabla, alcanzando ésta, si bien de modo imprevisto, a un peatón, ambos intervinientes han organizado

la lesión imprudente del peatón en régimen de reparto de trabajo, puesto que han llevado a cabo el comportamiento que constituye un riesgo no permitido; el lanzar fuera de modo descuidado la tabla, a través de una organización común. Por consiguiente, el reparto de trabajo en Derecho penal no presupone la concurrencia de dolo, sino meramente el reparto del trabajo que es necesario llevar a cabo hasta llegar a la realización del tipo. Bien es cierto que el Derecho penal alemán únicamente delimita las formas de participación cuando todos actúan dolosamente, pero ello constituye un error psicológico: no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino la competencia por lo que sucede, y esta competencia también puede concurrir en caso de ausencia de dolo.

Llevaré esta idea hasta sus últimas consecuencias: en el ejemplo enunciado en el que se producen unas lesiones por lanzar por la ventana una tabla, los intervinientes no pensaron en un posible resultado de lesiones, pero de todos modos había acuerdo acerca de que había de lanzarse un objeto por una ventana que previamente debía ser abierta. Incluso puede faltar esta coordinación consciente respecto de los comportamientos con exclusión del resultado, concretamente, cuando varias personas contribuyan a una obra que comporta un riesgo no permitido sin ser conscientes de ningún modo de hacer algo en común. También respecto de esto, un ejemplo: un cazador cuelga su escopeta cargada del perchero de un mesón sin preocuparse más de ello; otro cliente reconoce la situación y aprovecha la oportunidad de probar el arma; pero ya al hacerse con ella, asíéndola torpemente, se produce un disparo que lesiona a alguien. Si todo el suceso hubiese

sido previsto y acordado por ambos, probablemente nadie dudaría de que se trata de una lesión común; sin embargo, la razón de la responsabilidad no está en los acuerdos, sino en la competencia común por una configuración del mundo que crea un riesgo no permitido. Los intervinientes responden por cometerles el resultado lesivo, sea porque han ejecutado el comportamiento que supone un riesgo no permitido, sea que hay un comportamiento en la fase de preparación que constituye razón para imputarles el comportamiento de ejecución. Que hubiesen acordado algo o que falte todo acuerdo afecta a la comunidad psíquica, que no interesa jurídicamente. La comunidad jurídica deriva de la competencia objetivamente común por las condiciones del resultado lesivo y también por éste mismo. Esta competencia objetiva convierte el comportamiento de ejecución también en propio de quien interviene en la fase previa.

La habitual confusión de accesoriadad y acuerdo, esto es, la psicológización de una situación que ha de aprehenderse normativamente, tiene desde luego una razón comprensible: aquel que no ejecuta la realización del tipo, es decir, que sólo establece la ocasión para aquella, con frecuencia sólo estará creando una razón para adquirir él mismo competencia por la ejecución cuando se adapte al estado de los planes de quien ejecuta; de lo contrario, su comportamiento presentará un sentido socialmente adecuado. En el caso puesto como ejemplo, es necesario que sea un arma peligrosa de cuyo aseguramiento sea garante el titular, si es que ha de ser posible —como he descrito en el tercer grupo de casos— imputarle la ejecución como propia. El mismo manejo de un simple bastón, que posteriormente alguien utiliza para

golpear a su enemigo, conduciría a una prohibición de regreso aún concurriendo 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 responde todo aquel que causa de modo evitable; quien no ejecuta, para que exista responsabilidad ha de haberse comportado de tal modo que la ejecución de otro le pueda ser imputada como su propia ejecución. Si esto no es el caso, existe una prohibición de regreso también en el ámbito de la imprudencia. Un ejemplo sobre esto: quien vende alcohol a una persona responsable, no responde de la conducción bajo los efectos del alcohol que tenga lugar después del consumo, con independencia de que previese que iba a suceder o que pudiese preverlo (o que, por el contrario, no pudiera sospecharlo); en todo caso, su comportamiento fue estereotipado socialmente adecuado. En el campo de la imprudencia, existe un autor unitario sólo en el sentido atenuado de que no se diferencian de manera expresa las formas de participación que concurren en las personas sujetas a responsabilidad; sin embargo, las diferencias en el ámbito de la participación sí habrán de ser tenidas en cuenta en el marco de medición de la pena.

Conforme a estas reglas, también existe participación imprudente en un hecho doloso, que, como acabo de exponer, siempre se denomina autoría imprudente. Por ejemplo, si el poseedor de un arma de fuego la guarda de manera descuidada y otro la usa para cometer un delito, responde por comisión imprudente del delito, tratándose desde el

punto de vista material de una participación imprudente en el delito. Por lo tanto, no es correcta la antigua afirmación de que quien actúa imprudentemente detrás de un autor doloso siempre queda libre de responsabilidad en virtud de una prohibición de regreso.

La situación invertida, es decir, la participación dolosa en una ejecución imprudente, es tratada por el Derecho penal alemán siempre como autoría mediata del hombre de atrás que actúa dolosamente. Esta solución es acertada mientras al hombre de atrás le compete el defecto de conocimientos de quien ejecuta. De no ser así, especialmente tratándose de una falta de conocimiento del ejecutor basada en desinterés, sería preferible la solución a través de la participación.

Por consiguiente, se llega a la conclusión de que la accesoria es independiente del lado subjetivo del hecho. Los comportamientos desarrollados en la fase previa, tanto los dolosos como los imprudentes, conducen a la responsabilidad si llevan 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 abandonar el rol del ciudadano que respeta a los demás. Respecto de estos intervinientes, la ejecución es 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 a una transferencia de prestaciones estereotipada-socialmente adecuada. Desde luego, puede que quede fundamentada la responsabilidad, de manera independiente de ese comportamiento, por otra razón.

2 b. Quebranta su rol quien no mantiene bajo control objetos peligrosos, especialmente, entregándolos, o quien adapta su comportamiento a la planificación delictiva de otro.

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 una razón para imputar la ejecución realizada por el autor. En lo demás, rige la prohibición de regreso.

#### IV. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

El grupo de delitos mencionado al principio a efectos de delimitación, los delitos de deber, fue desarrollado por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª edición, 1963, pp. 352 y ss., 459 y ss.; 5ª edición, 1990, pp. 651 y ss., con una detallada exposición del estado de la cuestión; *cf.* además HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1072, pp. 49 y ss.; CRAMER, en: ARTHUR KAUFMANN et. al. (comp.),

Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 389 y ss., 395 y s., 399; BLOY, *Die Beteiligungsförm 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 Beteiligungsförmlehre*, 1988, pp. 209 y ss. con referencias.

Respecto de los delitos por competencia de organización rige lo siguiente: habitualmente, se suele referir la imputación al interviniente a que haya algo psíquico en común ("decisión común de realizar el hecho" en la coautoría; en contra de esto —aunque no de modo suficientemente radical—, ya JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª edición 1991, 21/40 y ss.) o a que al menos se actualice psíquicamente una dirección común (producción dolosa de un hecho principal doloso). Aún así, existen algunos primeros intentos convincentes de vincular la teoría de la imputación objetiva con la teoría de la participación, *cf.* 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 lo tanto, lo aquí expuesto es contrario a la opinión dominante. Especialmente, la mayoría de los autores rechaza que 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 repercusiones, por 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 accesoriidad, *Op. Cit.*, pp. 96 y ss.

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

En lo que se refiere a la prohibición de regreso, ésta se discute menos en cuanto a su existencia material como en cuanto a sus límites y —aunque ello no aporta nada— en cuanto 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 JAKORS ZStW 89 p. 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.; BROY, *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 éstas al menos reconocen que también la participación ha de tener un significado específicamente delictivo; ROXN, en: JESCHKE et al. (comp.), *Festschrift für Tröndle*, 1989, pp. 177 y ss.; IDEM, en: B. JÄHNKE et al. (comp.), *StGB Leipziger Kommentar*, 11ª edición, 8ª entrega, 1993, § 27 nota marginal 16 y ss.; IDEM, *Strafrecht AT*, 1992, 24/26 y ss.; sin embargo, tal doctrina mezcla necesariamente los comportamientos desarrollados en la fase previa y los comportamientos que se externalizan y se arrojan una organización ajena. La jurisprudencia ha reconocido en varias ocasiones, si bien no en la denominación, sí

materialmente, la existencia de la prohibición de regreso; BGH 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; BGH 4 pp. 107 y ss.; GA 1981 pp. i33 y s.; de modo extremo, RG (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 edición, 1931, § 1 III 2 a.

CAPITULO IV  
REALIZACION DEL RIESGO EN CASO  
DE CONCURRENCIA DE RIESGOS

I. LA RELACION ENTRE CONCURRENCIA DE RIESGOS E IMPUTACION  
OBJETIVA

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

En esta exposición no me ocuparé del ámbito que acabo de esbozar. Por el contrario, se presupone que se conoce cuáles

configuraciones de comportamiento no están permitidas (o infringen un deber de autoprotección). Sin embargo, y con 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, esté fundamentado en este comportamiento o que sólo tenga lugar con ocasión de él, siendo, por lo demás, fortuito.

Dicho de otro modo: en el primer ámbito se trata de determinar el comportamiento socialmente perturbador, y, por tanto, se trata al menos de una tentativa de delito. En el segundo ámbito se analiza si un resultado producido continúa esta tentativa hacia la consumación. Aquí sólo ha de discutirse lo segundo.

## II. EXPLICACIÓN A TRAVÉS DE TIPOS DE RIESGO

Cuando se produce la lesión de un bien, es necesario explicar este suceso para poderse volver a acomodar en el mundo perturbado por el curso lesivo. Por un lado, las explicaciones pueden ser de índole cognitiva: se ha errado el cálculo y en el futuro deberá calcularse mejor, es decir, asegurar mejor los bienes o contar con que se producirá cierta disminución. Por otro lado, la explicación puede tener lugar por medio de imputación, es decir, de modo normativo: alguien ha cometido un error y su comportamiento inadecuado es la razón del daño. Por ejemplo, alguien que ha creado con su comportamiento un riesgo no permitido, o también el sujeto

lesionado mismo, que no ha cumplido con 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 haya dejado durante cinco minutos sin vigilancia su cámara fotográfica en la sala de salidas del aeropuerto de Frankfurt, explicará su desaparición de manera normativa a través del comportamiento inadecuado de un ladrón; su seguro también escogerá una explicación normativa encontrándola en la propia negligencia del viajero; un sociólogo-criminólogo puede apuntar como explicación cognitiva la anonimización de la sociedad, y un psicólogo que haga un dictamen respecto del ladrón, una vez detenido éste, quizás explique el suceso también de modo cognitivo a través de determinadas experiencias en la primera niñez. Evidentemente, sería fácil continuar esta enumeración.

El proceso de explicación —a pesar de las diversas conclusiones— es siempre el mismo desde el punto de vista formal: entre el arsenal de aquellos factores que pueden entenderse como condiciones de la producción del daño se resalta una parte y se define como complejo parcial decisivo; en lo que sigue, denominaré tales complejos parciales “riesgo”. Las distintas perspectivas que conducen a la selección de un determinado complejo parcial en cada caso pueden ser compatibles las unas con las otras. En este sentido, por ejemplo, ciertas experiencias en la primera niñez de una persona no excluyen que se hable de un comportamiento defectuoso por su parte; o esto último no excluye que también

se afirme que la víctima ha infringido sus deberes de autoprotección. Desde luego, rige el principio de contradicción (*principium contradictionis*): en este sentido, por ejemplo, la explicación a través de la intervención milagrosa de un santo sería incompatible con las explicaciones cognitivas habituales, y la explicación como comportamiento inadecuado del que ha de responderse, excluiría la de reconducir lo sucedido a una perturbación mental de la que no se es responsable.

Desde la perspectiva jurídico-penal, sólo aparece directamente la lesión típica de condiciones de interacción, como complejo de condiciones relevante, esto es, como riesgo. De aquí en adelante, denominaré tal riesgo "comportamiento no permitido". Ahora bien, a la hora de determinar si concurre un comportamiento permitido, ello sólo puede tener lugar por medio de una delimitación respecto de otras modalidades de riesgo, que, por lo tanto, sí que han de ser tenidos en cuenta de modo indirecto; pues si debe excluirse la concurrencia de un comportamiento no permitido, ha de encontrarse alguna otra explicación. En este ámbito, desde la perspectiva del Derecho penal es suficiente delimitar el comportamiento no permitido del siguiente modo: si se excluye un determinado comportamiento no permitido, puede que, en primer lugar, otro comportamiento no permitido constituya la explicación; o que, en segundo lugar, que ésta venga dada por un comportamiento de la víctima misma que infringe sus deberes de autoprotección; o, finalmente, que no haya comportamiento defectuoso alguno, entonces se trata, en tercer lugar, del infortunio de la víctima: *casum sentit dominus*.

Un ejemplo a este respecto: un peatón es atropellado por un automóvil. Puede que el suceso se explique por un error del conductor, o, como primera alternativa, a través de un comportamiento defectuoso de una tercera persona, que, por ejemplo, ha arrojado al peatón sobre la calzada, o, como segunda alternativa, puede que el peatón mismo, 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, ofreciendo como explicación que lo que ha ocurrido ha sido una situación desafortunada: por ejemplo, que la calzada estuviese resbaladiza, sin que ello fuese previsible, o una desafortunada constitución de la víctima, como, por ejemplo, un desvanecimiento repentino.

Los riesgos enunciados, no necesariamente han de ser atribuidos en todo caso a una sola persona, sino que puede darse el caso de que deban ser administrados por varias personas. En este sentido, puede que sea 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, siendo perceptible que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos responden conjuntamente del riesgo del trayecto. También puede ocurrir que haya una competencia común de autor y víctima. Esto sucede, por ejemplo, cuando un ciclista lleva su bicicleta de modo descuidado haciendo ligeras eses y al mismo tiempo un automobilista que lo está adelantando no respeta completamente la distancia de seguridad necesaria: el ciclista ha de incorporar a sus cálculos que el automobilista cometa ligeros errores y viceversa; también en este caso han de

responder ambos del riesgo. Puede hablarse—de una manera un tanto aproximativa—de que concurre también culpa de la víctima, más exactamente, de que interviene una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima. Puede suceder incluso que hayan de mencionarse 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 demasiado de prisa resbala sobre una mancha de aceite y se rompe una pierna. En todo caso, se trata de identificar un riesgo como explicación, aunque éste le compete a varias personas.

### III. LA EXPLICACIÓN COMO ORIENTACIÓN SOCIAL.

#### A. Causalidad

La conexión entre riesgo y resultado no ofrece especiales dificultades, cuando de los distintos riesgos sólo uno esté representado en el curso causal como condición: es éste el que entonces sirve de explicación. Este es el caso, por ejemplo, cuando una persona completamente sana es asesinada—nadie habla entonces de una desgracia—o cuando una persona perfectamente atendida muere por la debilidad propia de su avanzada edad; entonces, se trata de su destino. Sin embargo, la decisión puede llegar a ser difícil cuando cabe identificar de modo acumulativo varios riesgos susceptibles de ofrecer la explicación y concurren en este sentido a la hora de constituir la explicación. Cuando, por tanto—en el caso más extremo—fueron varias personas las que se comportaron de modo no permitido y también la

víctima infringió con su proceder sus deberes de autoprotección y además la situación fáctica mostraba una constelación infausa.

Podría pensarse que concurrendo tal configuración del caso bastaría de nuevo examinar cuál de los riesgos aparece en el curso causal y cuál no. De hecho, este examen conduce a una solución en aquellos casos en los que uno de los riesgos sí concurriría, pero no fue tal comportamiento arriesgado o constelación generadora de riesgo, lo que condicionó el resultado; evidentemente, este riesgo queda excluido como explicación. Si, por ejemplo, una persona es extremadamente propensa a sufrir infecciones—infortunio suyo—y, sin que sus peculiares características hayan influido en su modo de vida, otro sujeto lo mata—un comportamiento no permitido—, la desafortunada constitución de la víctima, al no tener 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 trasladada sin más al ámbito positivo: la proposición “lo que condiciona el resultado, también lo explica”, es incorrecta, como puede mostrarse fácilmente con base en el ejemplo antes enunciado: si el sujeto propenso a las infecciones se encuentra a causa de ese riesgo en un hospital y allí lo mata un paciente enloquecido, 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 ello

-prescindiendo de posibles configuraciones exóticas del caso- nadie querrá aceptar la explicación de que la muerte está basada en la propensión a sufrir infecciones. Y es que al hablarse de la explicación de un curso lesivo se hace referencia a algo más que el mero enunciar el contexto de condiciones; por el contrario, se pretende asignar el daño de tal modo que de nuevo quepa orientarse sin perturbaciones, y la relación entre la propensión a sufrir infecciones y el ser matado no aporta orientación alguna, pues se fundamenta en la decisión arbitraria a través de la cual el homicida a elegido a su víctima.

### B. Planificabilidad

Por lo tanto, sólo cabe determinar la conexión entre un comportamiento no permitido y un resultado, si previamente se ha averiguado cómo puede generarse la orientación en una sociedad. Si, por ejemplo, el mundo se entiende como un orden, como un cosmos, forma parte de la orientación el que al producirse una perturbación de ese cosmos haya de contar con que pueda tener lugar prácticamente cualquier consecuencia, como es posible que cualquier cosa pueda ocurrir como consecuencia cuando se cambia la situación en un organismo complejo. Si, por ejemplo, el autor lesiona a la víctima y ésta ha de ser llevada al hospital y allí perece al ser alcanzada por un rayo, quien piense el mundo como cosmos puede que impute incluso esa consecuencia al autor: ha sacado a su víctima de su senda y debe responder de todo. Una perspectiva similar es la que ofrece la doctrina del *versari in re illicita*, y aún en un prestigioso manual de reciente aparición se dice que a través del hecho caen "las

consecuencias sobre el autor" (ROXIN 11/73). O si, como sucedía en la concepción del mundo de la Antigüedad (en la "autoconciencia heroica", HEGEL, *Filosofía del Derecho*, § 118 anotación) el hecho se concibe como aquello impuesto por el destino y de lo que el autor no puede distanciarse, sino que debe aceptar, puede que el valor de un hecho sólo quede demostrado con sus consecuencias. Edipo, quien, sin que él mismo u otro pudiese saberlo, hablando en términos modernos, sin haber creado con su comportamiento un riesgo no permitido, 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 consecuencias terribles 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, sin embargo, y esto dificulta la cuestión, sólo en lo fundamental, y no planificable total y plenamente. De esta manera, cualquier comportamiento implica una modificación planificable del mundo y a la vez una modificación que puede tener lugar como suerte o desgracia. Algo que se planifica como bueno puede llevar a algo malo; algo planificado como malo a algo bueno; algo planificado como bueno puede llevar a una cosa buena distinta; algo planificado como malo, a 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 andando en el bosque le caiga encima la rama de un árbol; quien golpea violentamente a otro, quizás cause además de las lesiones, que la víctima,

atada a la cama, tenga que cancelar un viaje y por ello no sufra un accidente aéreo o muera en un naufragio; quien le da una mano a un amigo inconsciente, en un apuro de dinero, puede que se convierta en la razón de que éste juegue a la lotería y gane el premio principal; y quien dispara sobre un ser humano con dolo de matar puede que cause la muerte de la víctima ya prácticamente recuperada con ocasión de un incendio en el hospital o que muera en el hospital por una persona enloquecida.

A causa de la imprevisible contingencia del mundo, siempre sucede que las modificaciones planificables producen también otras modificaciones no planificables; dicho de otro modo, todo cambio en el mundo varía el riesgo que comporta toda vida conducida de modo socialmente habitual, es decir, el riesgo vital general. Tales variaciones del riesgo vital general ni se consideran hechos encomiables cuando conducen hacia lo bueno, ni fechorías cuando llevan hacia lo 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 aquello que es accesible a tal configuración racional, y las casualidades se hallan excluidas de ésta. De modo correspondiente, nadie que viva de modo socialmente habitual adapta la configuración de su vida al riesgo vital general: ¿quién huye de la vida en el campo para que no le caiga encima de la cabeza una rama, o quién evita estar en el hospital para no morir en un incendio; ¿quién se ata a la cama para estar seguro frente a los peligros que comporta un viaje, o da dinero para que el receptor lo aumente a través de la lotería? Ciertamente, tal comportamiento no sería determinante, y sólo sujetos marginales se orientarían con base en él.

### C. Arrogación de organización versus riesgo vital

Por lo tanto, a través del comportamiento no permitido, el autor entra en una doble relación con la víctima: en primer lugar, la obliga a tolerar un riesgo que de modo planificable puede convertirse en un daño. En esa medida, el autor impone a la víctima su organización, y la víctima correspondientemente sólo puede orientarse remitiéndose al comportamiento inadecuado del autor como explicación de la lamentable situación. Se trata, por tanto, de una relación del autor hacia la víctima sustancialmente no permitida. Por otro lado, el autor varía a través de su comportamiento no permitido el riesgo vital general de la víctima, esto es, el ámbito no planificable de sucesos buenos y malos; también en este sentido, el autor impone algo a la víctima: la variación. No obstante, tal variación es irrelevante para la orientación social al no ser planificables las consecuencias, y por ello el comportamiento queda excluido como explicación de cursos lesivos que derivan de tales variaciones del riesgo vital general. En esa medida, la relación del autor hacia la víctima sólo externamente es 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, sino sus expectativas socialmente apoyadas. En este sentido, por ejemplo, puede que una víctima se niegue a utilizar un ascensor por miedo a estrellarse. Si se la encierra por la fuerza y de modo no permitido en un



ascensor mantenido como es debido y se estrella, puede explicar individualmente el daño remitiéndose a ese comportamiento no permitido, pero esta explicación socialmente se considera caprichosa y por ello no determinante. Invirtiendo la cuestión, una explicación socialmente aceptada no decae simplemente porque no sea asumida individualmente: quien por amor al riesgo siempre suele utilizar un ascensor herrumbroso, puede alegar como explicación el comportamiento no permitido si es encerrado con violencia precisamente en ese mismo ascensor y se estrella; pues el Derecho penal se ocupa siempre de estabilizar una orientación social, y no de fortalecer opiniones privadas.

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

Después de esta fundamentación, habría de ser palmario que es errónea la fórmula muy usada según la cual, un comportamiento no permitido explica un curso lesivo, cuando éste no habría tenido lugar sin el comportamiento. No resulta comprensible —esto como primera cuestión previa— cómo una relación real ha de poder ser descrita adecuadamente mediante la remisión a una hipótesis. Esto rige en este ámbito igual que en todos. A modo de ejemplo: el verdadero amor hacia una persona no se manifiesta en que esa persona, si fuera otra, no sería amada. Pero incluso prescindiendo de esta incoherencia —esto como segunda cuestión previa— las conclusiones obtenidas a través de una operación con hipótesis suelen ser arbitrarias, pues por regla general se dispone de varias modalidades alternativas de comportamiento permitido con sus respectivas y distintas

consecuencias, de modo que el resultado puede ser manipulado a través de la selección de un determinado comportamiento de ese arsenal. Intentaré clarificar esto con base en un caso conocido: un automovilista no respeta un semáforo en rojo y dos kilómetros más allá, un peatón cae de tal forma delante de su 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? En tal caso, se salva el peatón, pero sólo en la medida en que no esté permitido elevar la velocidad después del semáforo hasta quedar compensada la diferencia temporal; en tal caso, el accidente se produciría de igual modo. Sin embargo, también constituiría un comportamiento adecuado a Derecho que el automovilista hubiese pasado el semáforo en el período anterior en el que estaba en verde y después hubiese hecho un breve descanso y de nuevo se produciría el accidente. También sería conforme a Derecho escoger una calle secundaria para aparecer desde esta en el lugar del accidente al mismo tiempo con las consecuencias conocidas. Finalmente, desde luego sería ajustado a Derecho quedarse en casa, lo que salvaría al peatón, etc. Conclusiones alcanzadas de este modo, evidentemente, son todas ellas fortuitas.

Lo único decisivo, y con esto llego a la cuestión principal, es que un comportamiento no permitido en un semáforo sólo es susceptible de desviar el tráfico de modo planificable hacia posibles lesiones en el ámbito de ese semáforo, de manera que sólo se entra en una relación no permitida con personas (o con los bienes de éstas) que se encuentren allí, y no con personas que estén fuera de ese ámbito. En aquellos casos en

los que no existe una relación no permitida hacia la persona lesionada, sino únicamente se varían riesgos vitales, también se habla del "ámbito de protección de la norma".

### E. Conclusiones

Cabe formular la siguiente conclusión: los daños evitables de modo planificado que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido, se deben a ese comportamiento no permitido y pueden, por tanto, ser explicados a través de este. Los daños que no son evitables de modo planificado y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido, se deben a una variación socialmente irrelevante del riesgo vital y no pueden ser explicados a través de ese comportamiento no permitido; pueden deberse a otro comportamiento no permitido; infracción de los deberes de autoprotección de la víctima o, finalmente, simplemente a una situación desafortunada.

## IV. CUESTIONES PARTICULARES

### A. Daños consecuenciales (daños secundarios)

También el tratamiento de los así llamados daños consecuenciales o daños secundarios se rige por estos principios. Se trata de que la víctima es colocada por una lesión, en una situación en la que a causa de un comportamiento posterior ajeno o propio, se produce un ulterior daño; como ejemplos cabe enunciar los siguientes: la víctima es un ataque muere en la necesaria operación de urgencia

por no tolerar la anestesia. Un sujeto que ha resultado parcialmente paralizado por un hecho delictivo sale a la calle a pesar de su invalidez, habiendo una helada, y se cae. También puede tratarse de constelaciones en las que cambie la víctima: después de un accidente de tráfico, un conductor ligeramente descuidado colisiona con los restos esparcidos por la calzada y resulta lesionado.

Construyamos todos los casos enunciados de tal modo que exista una relación planificable entre el comportamiento posterior y el comportamiento inicial; también en este ámbito, las meras variaciones del riesgo vital quedan excluidas del contexto de imputación. Por ejemplo, si una víctima necesita de alguna inyección y la aguja de la jeringuilla se rompe, lo que, concurren otras complicaciones, conduce a la paralización de un brazo, no responde el sujeto competente en primer lugar: ninguna persona determinante tiene en cuenta para su orientación, la posibilidad de que se produzcan tales complicaciones.

En los demás casos, es decir, concurrendo una relación planificable, debería ser claro que el sujeto competente por la primera lesión responde en todo caso de la lesión consecuenencial, cuando el segundo causante se encuentre en una situación desventajosa y ello le compete al primer causante: el segundo causante ni siquiera crea un riesgo no permitido con su comportamiento, o actúa tras una ponderación racional de bienes o estando exculpado, dicho de otro modo, el primer causante responde si el segundo causante es su instrumento. Por lo tanto, si el médico no puede prescindir de la realización de una anestesia de esas

características, si el sujeto parcialmente inválido debe ir a la calle por razones de peso, si un sujeto, enajenado mentalmente por la primera lesión, vaga en invierno por el bosque, sólo aparentemente se trata de organizaciones propias; tras un examen más exhaustivo, sin embargo, queda claro que son organizaciones impuestas por el primer causante, de modo que la explicación ha de obtenerse con el primer causante.

La decisión es más difícil, cuando también el segundo causante incurre en errores imputables. ¿No es entonces asunto suyo que se produzcan daños posteriores? Habrá de diferenciarse: por un lado, desde luego, no puede ser que el primer causante responda incluso de las consecuencias derivadas de comportamientos gravemente insensatos del segundo, pero, por otro lado, también sería insatisfactorio que pudiese configurar el mundo de modo altamente arriesgado y luego escapar de la responsabilidad remitiéndose a pequeños errores de aquellos que intentan minimizar el riesgo. Sucede, por tanto, algo en cierto modo similar al enjuiciamiento de actividades peligrosas en el Derecho del trabajo: mientras quien ejecuta la actividad no falle de modo estrepitoso en su tarea, es aquel que da la orden de que se realice, quien debe tener en cuenta que con ocasión de una actividad peligrosa pueden producirse errores.

Por consiguiente, el hecho de que un segundo causante se comporte de modo defectuoso, no es ya por sí mismo suficiente para exonerar al primer causante, pues éste al menos ha impuesto a aquel sin razón alguna, la necesidad de solucionar el conflicto. Sin embargo, para que la imputación al primer causante no quede interrumpida, el error del

segundo causante ha de ser de naturaleza más bien incidental; si el segundo causante se sale de su rol, es decir, se comporta de modo gravemente irracional, ello sucede con ocasión del primer daño, pero no se debe a éste. A modo de ejemplo: quien lesiona a otro, crea de modo planificable aquel riesgo que comporta inevitablemente un tratamiento médico, y forma parte de él también que cualquier persona pueda incurrir en un error más o menos grave. Pero normalmente, nadie incluye en su planificación que se hagan diagnósticos totalmente insensatos; de lo contrario, sólo cabría ir al médico tomando medidas de seguridad. Concentrándolo en una fórmula: un comportamiento no permitido que, genere una situación en la que ya un mero error produce daños consecuenciales, ya constituye —a diferencia de lo que sucedería de concurrir ceguera ante los hechos o incluso de una organización planificada de esos daños consecuenciales, y por ello es imprescindible para la explicación de estos. El sujeto que lesiona en segundo lugar, dicho sea de paso, no queda exonerado por el hecho de que responda quien lesionó primero; a ambos les compete el riesgo conjuntamente, tal como esta posibilidad fue esbozada al principio.

## B. Comportamientos sin procedimientos de seguridad

Aún precisa de algunas reflexiones, el traslado de esta conclusión a aquellas constelaciones de casos en las que el comportamiento del autor no está permitido, por haber omitido la ejecución de determinados procedimientos de seguridad; dándose, sin embargo, el caso de que en el supuesto concreto, la realización previa no habría aportado nada de

seguridad a causa de un defecto del procedimiento. Un conocido ejemplo (BGHSt [Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen; Resoluciones del Tribunal Supremo Federal en materia penal] 21 pp. 59 y ss.): un odontólogo anestesia a un paciente, sin someterlo previamente a un reconocimiento por un internista, lo que de modo claro estaba indicado; el paciente muere al no tolerar la anestesia; el médico internista no habría diagnosticado la incompatibilidad si se le hubiese consultado. El procedimiento a desarrollar previamente hubiese sido inútil en tales casos, pero esta constatación parece referirse a una hipótesis, pues de hecho, el procedimiento no fue realizado. Así es, desde luego, cuando el procedimiento previo hubiese sido inútil a causa de un comportamiento defectuoso, ya sea del mismo autor, sea de una tercera persona, sea de la víctima. Errores hipotéticos no explican cursos reales; por ello, la explicación ha de buscarse en que el autor actuó en una situación en la que no habían sido tomadas todas las medidas de seguridad necesarias, siendo además idóneas estas medidas de comportarse todos diligentemente. Este resultado puede ponerse en claro con facilidad, modificando el ejemplo en el sentido de que el dentista fuese a la vez médico internista, por lo que habría podido realizar el reconocimiento él mismo. Seguramente, la confesión de que como internista suele ser descuidado y que por ello un reconocimiento por él realizado no habría tenido éxito, no supone una explicación de la muerte, pues su responsabilidad por ese descuido no podría producirse simplemente por la razón de que en la realidad no tuvo lugar ese comportamiento adecuado, es decir, un reconocimiento descuidado como internista. Sin embargo, uno de ambos comportamientos

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 suelen desarrollarse 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 retrospectivamente total claridad acerca del curso real de lo acontecido. El Tribunal Supremo Federal—como ya lo hizo el Tribunal Supremo del Reich— aplica el principio *in dubio pro reo*; en la sentencia fundamental a este respecto (BGHSt 11, pp. 11 y ss.) se trata del siguiente suceso: el conductor de un camión adelanta a un ciclista manteniendo una distancia insuficiente; el ciclista está muy ebrio, títubea y es arrollado. En esa medida, está claro lo que sucedió. Hay algunos datos que abogan en favor de pensar que el ciclista en 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.

De aplicarse el principio *in dubio pro reo*, la decisión es palmaria: el conductor que adelanta, 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 por el ruido sufren los ciclistas ebrios, tampoco con el hecho de que estos sean arrollados si hacen un movimiento excesivo hacia un lado, y puede que sea probable que sucediese de otro modo, pero no está probado. Por consiguiente, el conductor del camión no habría de responder de la consecuencia, es decir, del

homicidio. En favor del conductor del camión, habría que partir de que el ciclista debía adscribirse el accidente a sí mismo como consecuencia de su infracción de los deberes de autoprotección —participación en el tráfico a pesar de su incapacidad para conducir—. Y este fue el fallo del Tribunal Supremo Federal, que ha mantenido esta jurisprudencia hasta el momento actual, siendo aplaudido por una parte de la bibliografía. No obstante, la jurisprudencia ha obtenido algunas condenas en supuestos en los que en realidad procedía la absolución, mediante argumentaciones poco satisfactorias. Por ejemplo y como ya se ha expuesto antes, en el caso del dentista, tomando como dato decisivo el alargamiento—no planificable—de la vida del paciente por el período de duración que habría supuesto la consulta al internista.

Sin embargo, otra parte de la bibliografía afirma que mientras no se haya probado que el comportamiento no permitido no aporta nada a la explicación, sino sólo ha variado el riesgo vital del ciclista, al menos si está claro que el camionero elevó el riesgo de muerte existente para el ciclista; según estos autores, esta elevación del riesgo no está permitida y en esa situación el autor debe responder de las consecuencias; especialmente, sostienen, es inadmisibles fraccionar un riesgo en un segmento base permitido y en un segmento adicional no permitido.

Desde un principio ha de reconocerse que la así llamada teoría del incremento del riesgo, conduce a resultados dierables en casos de comportamientos extremadamente riesgados, en los que hay sólo una probabilidad vaga de

una explicación por medio de otro riesgo distinto, es decir, a la responsabilidad. Por ejemplo, ¿por qué no ha de responder el conductor del camión si ha infringido claramente el margen de seguridad y sólo hay pocos indicios de que la ebriedad del ciclista jugase algún papel en el accidente? Sin embargo, si se trata de un riesgo moderado y concurre una alta probabilidad de explicar lo sucedido a través de otro riesgo, la situación es diferente. ¿Por qué habría de imputarse el resultado cuando habiéndose infringido moderadamente el margen de seguridad casi todo apunta en dirección de que sólo fue la ebriedad del ciclista la causa? Ambos supuestos pueden ser reconducidos a un denominador común: concurre en todo caso un comportamiento no permitido en forma de una tentativa acabada, y puede que tratándose de una tentativa acabada extremadamente peligrosa, ya no se quiera ser tan exacto con la imputación del resultado; sin embargo, habría que fundamentar que haya algo más que una tentativa acabada. Dicho de otro modo, se utiliza la teoría del incremento del riesgo para obtener un castigo en los casos de la tentativa imprudente, a pesar de que conforme al Derecho positivo ésta siempre es impune, cuando al menos se ha producido un resultado que externamente encaja, jugando éste 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 que concurre una tentativa acabada, más un resultado, en aquellos casos en los que la explicación del daño no puede tener lugar a través del comportamiento no permitido. Por lo tanto, si los delitos imprudentes se convierten en delitos de peligro con un resultado como 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 significa lo siguiente: la situación de prueba no debería jugar papel alguno.

### B. *In dubio pro reo*

Ahora bien, como los representantes de esta doctrina, como se ha expuesto, diferencian entre casos dudosos y casos probados, se genera el problema acerca de con cuánta intensidad hay que intentar aclarar la situación en el proceso. ¿Ha de reconstruirse el suceso del accidente en interminables ensayos para poder excluir eventualmente la concurrencia de un incremento de riesgo? Para evitar tales exageraciones, se ha propuesto por parte de algún autor, diferenciar entre cursos que por principio no pueden aclararse y otros que sólo accidentalmente no pueden ser aclarados, 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 aquello inaprehensible por principio y aquello que sólo lo es accidentalmente; probablemente, como ya se ha afirmado críticamente en la doctrina (SAMSON) sea imposible determinarla por razones de principio.

Sin embargo, con lo anterior aún no se ha formulado la objeción principal contra la teoría del incremento del riesgo. Esta consiste, en que es incorrecta la tesis fundamental según a cual, no puede fraccionarse un riesgo en una parte permitida

y otra no permitida, sino que, por el contrario, el autor "crea un riesgo simplemente prohibido en su conjunto" al superar el riesgo permitido y "seguir incrementando el riesgo que justo aún es tolerable" (ROXIN 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 hubiese probado que fue el riesgo vital el que se realizó; pues si la superación del riesgo permitido crease un "riesgo simplemente prohibido en su conjunto", no existiría a su lado riesgo vital alguno: ésta sería la idea del *versari in re illicita*. Frente a ello, la gracia de la orientación social moderna está en que se distingue 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 lo tanto, hemos de llegar a la conclusión de que la necesaria aplicación del principio *in dubio pro reo* ha de 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 concorra un comportamiento no permitido, 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 este ámbito en algo especial. Lo que puede resultar perturbador en el ámbito de la imprudencia es la intensa vinculación de la punibilidad a un resultado, es decir, a la consumación, pero esa vinculación es un problema general y no puede ser resuelta con un punto de partida puntual, teniendo en cuenta además que este punto

de partida simultáneamente conduce, de modo desbordante, a tener que castigar incluso en caso de ser mínima la imprudencia y de ser probable la explicación del resultado a través de otro riesgo.

#### VI. RESUMEN

##### Resumo:

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

La mera causalidad de un comportamiento no permitido o basta como razón de la explicación, puesto que un comportamiento no permitido puede producir efectos causales respecto de un resultado tanto de modo planificable como no planificable, a través de la mera variación de riesgos vitales. El comportamiento no permitido sólo constituye una explicación respecto de los resultados evitables de modo anificado. En esta cuestión, no es determinante el comportamiento alternativo conforme a Derecho.

Los daños consecuenciales han de imputarse cuando el daño causante produce el daño por error, pero no cuando se actúa con ceguera ante los hechos o incluso dolosamente.

La falta de procedimientos previos de seguridad no explica el daño, cuando el procedimiento de modo inevitable resultaba inútil; si el procedimiento hubiese resultado inútil

a causa de un comportamiento defectuoso, su falta sí basta como explicación, puesto que las garantías normativas no pueden ser derogadas por la situación fáctica.

5. La explicación ha de ser objeto de prueba en el proceso. La teoría del incremento del riesgo, que niega esto, es internamente incoherente y deja de lado la diferenciación entre causación planificable y no planificable, importante a efectos de 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*, I, 1, 1992, § 11; JAKOBS, *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edición, 1991, 7/72 y ss.; FRUSCH, *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, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 1991; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992; NAMIAS, *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht*,

1993; respectivamente, con ulteriores referencias. Respecto del problema de los "resultados sobrecondicionados", no tratado en este trabajo, *cf.* JAKOBS, en: KÜPPER *et al.* (comp.), *Festschrift für Lackner*, 1987, pp. 53 y ss. En la exposición no pudieron ser mencionadas todas las posturas; *cf.*, especialmente la de KRÜMBELMANN, en: VOGLER *et al.* (comp.), *Festschrift für Tescheck*, 1985, T. I, pp. 313 y ss.; IDEM GA, 1984, pp. 491 y ss.; le sigue en lo fundamental ERB *Op. Cit.*



Editado por el Departamento de Publicaciones  
de la Universidad Externado de Colombia  
en agosto de 2004

Se compuso en caracteres Palatino de 12 puntos  
y se imprimió sobre proplabond de 70 gramos,  
con un tiraje de 1.000 ejemplares  
Bogotá, Colombia

*Post tenebras spero lucem*