

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Dra. MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante como presupuesto para la imputación objetiva del resultado.* a. *Sus presupuestos dogmáticos.* b. *El pensamiento de la adecuación.* c. *El riesgo permitido.* III. *La realización del riesgo en el resultado.* a. *La justificación de esta exigencia.* b. *Los denominados "comportamientos alternativos conformes a derecho".* 1. *Teoría tradicional o teoría de la evitabilidad.* 2. *La teoría del incremento del riesgo.* c. *"El fin de la norma" como criterio para la constatación de la realización del riesgo.* IV. *Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

En comparación con la del Código Penal para el Distrito Federal, la regulación que el Código Penal español ofrece del homicidio puede calificarse de parca y escueta. Su artículo 407 se limita a disponer: "El que matare a otro será castigado con la pena de reclusión menor".¹ Ello plantea a la doctrina y a los operadores jurídicos el problema de decidir cuando el resultado muerte es objetivamente imputable a un sujeto, es decir, cuando éste ha de responder por un homicidio consumado, obligando a diseñar unos principios que permitan y justifiquen la solución coherente de los múltiples supuestos conflictivos que la práctica puede plantear. A pesar de que muchos de éstos son solucionados expresamente por los artículos 302 y siguientes del Código Penal federal, he considerado interesante exponer, necesariamente a muy grandes trazos, como, a pesar del silencio legal existente en mi país, dichas cuestiones pueden ser abordadas con coherencia a partir de los principios

* Profesora de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ La reclusión menor comprende un periodo de doce años y un día a diez años.

que han de inspirar un Derecho penal moderno.² Por supuesto el problema trasciende el delito de homicidio, siendo común a todos los delitos de lesión.³

La doctrina penal mexicana parece centrada en la discusión sobre qué teoría debe decidir la relación de causalidad a efectos penales y sobre si la casuística regulación del homicidio consagra la teoría de la equivalencia de condiciones o si, por el contrario, supone el reconocimiento de la teoría de la causalidad adecuada.⁴ En España, desde hace ya bastante tiempo, la cuestión del nexo objetivo que ha de unir conducta y resultado para que éste sea objetivamente imputable al sujeto ha dejado de contemplarse como un problema de causalidad para reconocerse mayoritariamente su naturaleza normativa: la relación de causalidad es un requisito necesario pero no suficiente para la afirmación de dicho nexo. La configuración de este ligamen objetivo-normativo es el objeto de la moderna doctrina de la imputación objetiva. Esta, desde una perspectiva histórica, representa la contrapartida a la situación existente bajo el denominado "imperio del dogma causal": la tipicidad en los delitos de resultado se agotaba en la relación de causalidad, a decidir según la teoría de la equivalencia de condiciones, de tal manera que todo comportamiento, por el simple hecho de haber condicionado el resultado, aunque de forma remota e imprevisible, merecía el calificativo de típico. Si bien el finalismo atenuó esta situación con la introducción del injusto personal deja, sin embargo, intacto el tipo objetivo. Para su afirmación seguía bastando la comprobación del nexo causal. En este contexto, la teoría de la imputación objetiva aparece no solamente como un intento de dar solución a los problemas

² Este artículo pretende ser un muy sucinto resumen de mi libro: *La imputación objetiva del resultado*, ed. Edersa, Madrid, 1992. Para evitar continuas referencias, remito a él a quien desee conocer el problema con mayor profundidad.

³ La teoría de la imputación objetiva se ha delineado pensando en los delitos comisivos de resultado. Sin embargo, actualmente se propone la extensión de su ámbito de aplicación también a los delitos de actividad y a los omisivos (así, MIR PUIG, DP, PG, pp. 250-251; Octavio de TOLEDO/HUERTA, DP, PG, pp. 90-91). Incluso se propugna su ampliación a la teoría de la codeinfluencia, tentativa, etcétera (en este sentido TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1986, pp. 43 y ss.). No obstante centraré mis reflexiones en la configuración del nexo entre acción y resultado por ser éste el contenido originario de la teoría de la imputación objetiva. Antes de extender su ámbito de aplicación a otras formas delictivas parece pertinente tratar de precisar sus contornos en primer lugar para aquellos tipos para los que se ideó: los de lesión.

⁴ Sobre esta discusión, *vid.* por ejemplo, con amplias referencias bibliográficas, MÁRQUEZ PIÑEIRO, R., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. 1986, pp. 170 y ss.

concretos que surgen en el marco del mencionado nexo entre acción y resultado, sino que constituye la plasmación, en el ámbito del injusto, de una tendencia doctrinal que rechaza el método axiomático-deductivo inspirado en verdades ontológicas propio del finalismo y propugna la renormativización de la teoría jurídica del delito, inspirada teleológicamente en los fines del Derecho penal. Consecuentemente con este planteamiento se rechaza de forma tajante que la relación de causalidad pueda decidir por sí misma cuando un acontecimiento, ya desde un punto de vista objetivo, es o no relevante para el Derecho penal, emprendiendo la labor de definir el nexo entre acción y resultado sobre criterios eminentemente normativos.⁵

En el marco del concepto clásico de delito⁶ la tipicidad se caracterizaba por su objetividad y neutralidad valorativa. Su afirmación se derivaba de la constatación de una acción —cualquier comportamiento humano dirigido por la voluntad, siendo indiferente el contenido de ésta— y de la relación de causalidad a decidir según la teoría de la equivalencia de condiciones. Esta teoría utiliza, como bien es sabido, un concepto muy amplio de causa —cualquier condición del resultado— lo que, unido a la concepción causalista de la acción, conducía a afirmar la tipicidad de todo comportamiento que haya condicionado el resultado, aunque de forma remota e imprevisible. La limitación de estas consecuencias se llevaba a cabo en el ámbito de la culpabilidad, mediante la exigencia de dolo o imprudencia, correctivo efectivo en algunos casos pero no siempre, fracasando en los supuestos de responsabilidad objetiva donde no era necesario que el sujeto hubiera perseguido, previsto o podido prever el resultado causado para que se le hiciera responder por él. Obsérvense las consecuencias insatisfactorias a las que conducía esta situación: todo comportamiento querido que haya condicionado el resultado, aunque sea remota e imprevisiblemente, será un comportamiento típico, por lo general antijurídico y a veces culpable cuando no fuera necesario ni dolo ni imprudencia para afirmar la responsabilidad.

¿Cómo se abordó la corrección de estas consecuencias? Como no po-

⁵ Como antecedente inmediato de esta concepción normativa de la imputación objetiva suele citarse a HONIG, Richard y su artículo "Kausalität und objektive Zurechnung", publicado en *Festschrift für Frank*, t. I, Tübingen 1930, pp. 174 y ss.

⁶ Delineado fundamentalmente por VON LISZT y BELING. Las líneas básicas de esta concepción se encuentran perfiladas en las siguientes obras: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1981, de VON LISZT, Frank, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, y *Grundzüge des Strafrechts*, 4ª ed., 1912, de BELING, Ernst.

día ser de otra forma teniendo en cuenta el pensamiento causalista y mecanicista que inspiraba la teoría del delito y que llevaba a entender los tipos como simples procesos de causación, esta labor se abordó mediante la elaboración de nuevas teorías de la causalidad que ofreciesen un concepto más restringido de causa. Así aparecieron, por ejemplo, las teorías individualizadoras de la causalidad, pronto criticadas y hoy sin defensores y sobre todo la teoría de la causalidad adecuada, delineada por Von Kries, según la cual sólo puede considerarse causa del resultado aquella condición del mismo que, según la experiencia, es idónea para producirlo.

La teoría de la adecuación conseguía a sus objetivos: el negar el carácter causal a aquellos comportamientos que, a pesar de ser condición del resultado, lo habían producido de manera imprevisible, excluyendo las relaciones condicionales incalculables del campo de la causalidad. A pesar de ello la teoría de la adecuación pronto fue sometida a crítica. Esta consistía fundamentalmente en que no puede hacerse depender la existencia o no de relación de causalidad, la afirmación de un enlace material entre acción y resultado, de la previsibilidad de éste, circunstancia que a su vez dependía del conocimiento del autor. ¿Habría que afirmar la relación de causalidad si el autor conocía la enfermedad de la víctima y negarla en caso de desconocimiento?, y, en este último supuesto, si la lesión inferida no es causa de la muerte, ¿qué es entonces lo que la ha producido? ⁷ El triunfo de la teoría de la equivalencia sobre las demás teorías de la causalidad se debe, a parte de las particulares deficiencias de éstas, a la idea imperante de que "el nexo causal no puede ser estudiado desde un punto de vista jurídico", ⁸ de que la cuestión sobre si existe o no relación de causalidad no puede ser resuelta con criterios normativos sino científico-naturales, idea ésta correcta si se limita a la relación de causalidad pero cuestionable, por razones evidentes, si se pretende hacerla extensiva a otras categorías como, por ejemplo, a la tipicidad.

La insatisfacción producida por la situación descrita se acentúa aún más con el descubrimiento del tipo por Beling, ⁹ pues esta categoría, concebida como ya hemos visto, no podía cumplir la misión de garantía que el propio Beling le había encomendado: ¹⁰ el tipo tiene por

⁷ Así, por ejemplo, VON BURI, *Über die Causalität und deren Verantwortung*, pp. 2 ss.; GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*, pp. 69-70.

⁸ VON BURI, *Die Kausalität und deren Verantwortung*, p. 2.

⁹ En este sentido GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*, p. 64.

¹⁰ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 2 y ss.

misión indicar el qué de la prohibición, es decir, describir material y concretamente la ejecución de la acción prohibida. El fundamento de esta exigencia es evidente: nadie puede ordenar su comportamiento conforme a una norma si no está claro de antemano qué es lo que ésta prohíbe. ¿Cómo puede un sujeto amoldar su comportamiento al imperativo de no matar, si se entiende que para la realización del tipo homicidio basta cualquier comportamiento voluntario que condicione el resultado, aunque sea remotamente? De esta manera el contenido de lo prohibido no se averiguaba hasta llegar a la culpabilidad.

La reacción frente a esta concepción objetiva y valorativamente neutra de la tipicidad que hizo posible el denominado "dogma causal", constituye el motor de la posterior evolución de la teoría del delito, en la que se mantiene las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, pero modificando su contenido, pudiendo quizá afirmarse que la categoría que más profundamente ha sido transformada en esta evolución ha sido la de la tipicidad. Frente a la característica de neutralidad valorativa va a reaccionar el neokantianismo, mientras que el gran logro del finalismo consiste en la introducción del dolo en la tipicidad, configurando así el tipo subjetivo. Ambas tendencias conforman un concepto de tipicidad del que parte y completa la moderna teoría de la imputación objetiva.

A pesar de existir discrepancia a la hora de configurar el contenido de los diversos criterios que definen el nexo de imputación, sí es apreciable un consenso, entre los defensores de esta teoría, en cuanto a la definición general de dicho ligamen: un resultado causado por una acción humana —en el sentido de la teoría de la condición— sólo es *objetivamente imputable cuando dicho resultado constituye la realización del riesgo penalmente relevante en virtud del cual su conducta estaba prohibida*. El necesariamente breve análisis de los principios y criterios utilizados en la concepción de esta fórmula constituye el objeto de este artículo. En ella pueden diferenciarse dos grandes partes, que no son sino dos grandes bloques de problemas: la creación de un riesgo típicamente relevante y la realización de dicho riesgo en el resultado.

En ambos niveles de imputación la idea de riesgo o peligro juega un papel primordial, utilizándose fundamentalmente con dos contenidos:

a. El peligro como una *característica de la acción*, como un atributo del comportamiento para el cual podría reservarse la expresión *peligrosidad* de la conducta.

b. Peligro como una situación de la que se ve precedida la lesión del bien jurídico, como un *estado conceptualmente separable, diferente de la acción a la que sucede: el peligro como estado o "puesta en peligro"*¹¹

La peligrosidad como característica de la acción, como un elemento reconocible y enjuiciables *ex ante*, constituye un *requisito básico del desvalor de la acción*, y ello, tanto en los delitos imprudentes como en los dolosos y cuya exigencia se deriva, como veremos, de la comprensión de las normas penales como normas de determinación. Es ésta la acepción de peligro a la que se refiere la doctrina cuando habla de creación de un riesgo típicamente relevante" como primer requisito o, si se prefiere, presupuesto de la imputación objetiva del resultado, dado que si falla este primer nivel de imputación existe acuerdo en afirmar la impunidad de la conducta, por faltar ya el desvalor de la acción,¹² de tal manera que el sujeto no responderá ni siquiera por tentativa o frustración.

Por lo que al riesgo o peligro como estado, como situación producto de la acción se refiere, su presencia o ausencia no influye para nada en el desvalor del comportamiento, sino que integra la otra parte del injusto penal: *el desvalor del resultado* y ha de constatarse *ex post*, teniendo en cuenta, no sólo los datos reconocibles *ex ante*, sino también los averiguados una vez se ha realizado la conducta.¹³

Lógicamente, para considerar el resultado objetivamente imputable, entre los diferentes estadios de riesgo que preceden a la lesión del bien jurídico ha de existir una correlación. Misión de la doctrina de la imputación objetiva será precisamente el delinear los términos de dicha correspondencia. Al resultado típico ha de preceder, como estado anterior, que excepcionalmente puede estar tipificado como un delito específico, una puesta en peligro del bien jurídico protegido y ésta ha de ser precisamente consecuencia, manifestación de la peligrosidad inicial de la conducta en virtud de la cual su realización estaba prohibida.¹⁴

¹¹ En el mismo sentido, BURGSTALLER, *Das fahr lässigkeitsdelikt...*, pp. 38-39.

¹² Ahora bien, como ya veremos, la expresión "creación de un riesgo" también se utiliza en el segundo gran bloque de la imputación objetiva, cuando se cuestiona la realización o no del riesgo en el resultado, en el sentido de peligro real, de situación de puesta en peligro para el bien jurídico.

¹³ Separando claramente las perspectivas *ex ante* y *ex post*, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 202 y ss.

¹⁴ La necesidad de esta correlación es expresada claramente por RUDOLPHI al afirmar que lo decisivo para la imputación del resultado es "si la peligrosidad de la acción que excede la medida permitida y se deduce de un enjuiciamiento *ex ante*, de hecho ha conducido a una puesta en peligro concreta del bien jurídico protegido.

II. LA CREACIÓN DE UN RIESGO JURIDICO-PENALMENTE RELEVANTE COMO PRESUPUESTO PARA LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE UN RESULTADO

a. Sus presupuestos dogmáticos

La aceptación de la doctrina de la imputación objetiva, tal y como actualmente está siendo desarrollada, presupone —o conlleva— un concepto de injusto definido fundamentalmente desde parámetros objetivo-normativos. La exigencia de que el comportamiento que ha causado la lesión sea un comportamiento peligroso presupone una determinada manera de concebir el desvalor de la acción no compartido de forma unánime.¹⁵

El exigir para la realización del injusto de los delitos de resultado el que el comportamiento cree un peligro relevante para el bien jurídico supone, en primer lugar, la reprobación de una teoría puramente causalista del injusto,¹⁶ según la cual éste se agotaba en la producción del resultado. Actualmente la opinión mayoritaria admite el papel fundamental —algunos piensan que exclusivo— que el desvalor de la acción juega en el injusto penal. Las disputas doctrinales comienzan a la hora de configurar el desvalor del comportamiento, pues no todos están de acuerdo en aceptar el papel esencial de elementos objetivos como puede ser el concepto de peligro, no todos estarán dispuestos, por tanto a admitir la teoría de la imputación objetiva.

A diferencia de lo propugnado por el finalismo y la Escuela de Bonn, entiendo que las características que convierten un comportamiento en disvalioso penalmente, en materia de prohibición, residen, en primer lugar, ya en el ámbito de lo objetivo, lo cual es perfectamente compatible con la comprensión de las normas penales como normas de determinación. El entender las normas penales como imperativos implica una concepción personal del injusto y esto no quiere decir otra cosa

antijurídica por exceder el límite permitido y si esa mayor puesta en peligro se ha realizado en el resultado" *SK*, §1, p. 33, núm. 67.

¹⁵ Acentuando la relación entre imputación objetiva y una determinada concepción del injusto, FRESCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten...*, p. 9.

¹⁶ Como señala SILVA SÁNCHEZ, "la exigencia de la introducción de criterios normativos de imputación objetiva del resultado por encima de la mera relación de causalidad es de difícil fundamentación desde un planteamiento causalista que contempla el hecho *ex post* y, coherentemente, debería asignar al Derecho penal una función retributiva" (*La Ley*, 1984, p. 1042).

que sólo el comportamiento humano, por supuesto con sus características subjetivas, puede constituir materia de prohibición, pero ello no obliga, como acertadamente señala Mir Puig, "a dejar el terreno de lo objetivo y trasladar la materia de prohibición al momento subjetivo de la decisión de voluntad".¹⁷ Si se entiende que la razón de la prohibición de un comportamiento no puede ser la aptitud de desobediencia del individuo hacia la norma, actitud que dicho comportamiento encierra, pues ello sería difícilmente compatible con el principio liberal del mayor respeto posible al fuero interno, con los principios de intervención mínima y estricta protección de bienes jurídicos y con una concepción del Derecho penal como un Derecho penal de hecho y no de autor, y, partiendo de que la función inmediata de nuestra disciplina radica en la evitación preventiva del menoscabo de bienes jurídicos, se llega a la conclusión de que el *objeto* de la prohibición penal es, por supuesto, el actuar externo y la *razón* de dicha prohibición la amenaza que el comportamiento supone para los bienes jurídicos cuya protección constituye el fin del Derecho penal, por lo que aquella relación entre comportamiento y resultado que convierte al primero en penalmente disvalioso reside ya en el ámbito objetivo. El contenido psicológico de la acción podrá ser considerado requisito necesario para considerarla prohibida, pero no razón suficiente o determinante de su incriminación.

Ahora bien, esa relación objetiva conducta-resultado puede configurarse de muy diversas maneras. Si la norma penal quiere cumplir su fin de prevenir el menoscabo de bienes jurídicos, lógicamente tendrá que actuar en el momento en que dicho menoscabo todavía no se ha producido, pues de lo contrario poco quedaría por prevenir, es decir, ha de influir en el ciudadano antes de que éste delinca.¹⁸ Esto presupone en primer lugar, por supuesto, que objeto de la norma entendida como mandato o prohibición sólo puede ser el comportamiento humano y no resultados o procesos causales, pues sólo sobre aquél puede ejercerse influencia y, en segundo lugar, que en cualquier comportamiento relacionado objetivamente con el resultado puede ser prohibido, sino que sólo puede ser decisiva en este sentido una referencia objetiva conducta-resultado de características tales que sea reconocible por el ciudadano en el momento de actuar, *ex ante*, si es que queremos que la norma pueda servir como pauta de conducta. Por ello el criterio

¹⁷ MIR PUIG, *Función de la pena...*, p. 45.

¹⁸ *Vid.* por todos, MIR PUIG, *ADPCP 1985*, pp. 7 y ss.

que decide la materia de prohibición no puede ser algo tan sólo constatable *ex post* como es el que el comportamiento haya causado el menoscabo del bien jurídico. La relación causal queda, por tanto, excluida como criterio.

Pero existe otra característica de la acción, de carácter objetivo, que hace referencia a una relación entre acción y resultado y que es reconocible *ex ante*: su *peligrosidad*, es decir, que la acción cree un riesgo de menoscabo del bien jurídico, de tal manera que, teniendo en cuenta la experiencia, el resultado indeseado aparezca como consecuencia posible del actuar.¹⁹

b. *El pensamiento de la adecuación*

A la hora de decidir la peligrosidad de la conducta como primer requisito o presupuesto de la imputación objetiva, se suele acudir al pensamiento de la adecuación. La idoneidad de la conducta se entiende hoy en día de forma mayoritaria, no decide la relación de causalidad entre conducta y resultado, sino el carácter disvalioso del comportamiento, como presupuesto para poder imputar la lesión del bien jurídico. Un comportamiento es disvalioso cuando es generalmente adecuado para la causación de un resultado típico y es adecuado cuando, en una primera aproximación, aumenta de forma no insignificante las posibilidades de su producción.

Esta idea plantea bastantes problemas de concreción, que suelen conducirse a tres grupos: ²⁰

- La formación de las bases del juicio de adecuación.
- El grado de tendencia necesario para poder afirmar el carácter adecuado de la conducta.
- La determinación del resultado.²¹

¹⁹ A favor de la peligrosidad como factor determinante del desvalor de la acción también se inclinan ENGISCH, *Untersuchungen...*, p. 74; *Die Kausalität...*, p. 54; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 82; MÜNzBERG, *Verhalten und Erfolg...*, pp. 53 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Festschrift für Schaffstein*, pp. 131 y ss.; WOLTER, *GA* 1977, p. 257; *ZStW* 89 (1977) y *Zurechnung*, p. 30; MIR PUIG, *Función de la pena...*, pp. 62-63; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1984, pp. 366-367; TORIO, *Fin de protección...*, p. 384, y lógicamente todos aquellos que han hecho suyos los postulados de la teoría de la imputación objetiva, aunque en su mayoría no se detienen a justificar el papel fundamentador del injusto penal que se atribuye el riesgo al aceptar la mencionada doctrina.

²⁰ Así GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*, pp. 25 y ss.

²¹ No voy a describir el largo y costoso proceso que se siguió en la concreción de

1. Por lo que a la primera cuestión se refiere, es a Traeger a quien se adjudica la formulación que sobre las bases del juicio de adecuación es hoy aceptada mayoritariamente. Según este autor habrá que incluir en el juicio de adecuación aquellas circunstancias conocidas o reconocibles por un hombre prudente en el momento de la acción más todas aquellas conocidas o reconocibles por el autor en base a sus conocimientos excepcionales o al azar,²² denominándose este juicio de probabilidad prognosis posterior objetiva.

2. En referencia al grado de tendencia, la cuestión es la siguiente: ¿en qué medida ha de incrementar una conducta las posibilidades de producción del resultado para que pueda ser calificada de adecuada, concurriendo así el primer requisito para la imputación objetiva? Los innumerables esfuerzos dedicados a precisar el grado de tendencia y los escasísimos resultados obtenidos han conducido a un gran escepticismo sobre la posibilidad de lograr una respuesta definitiva. Los detractores de la teoría de la adecuación, por su parte, aluden continuamente a esta ausencia de resultados positivos como argumento contra dicha teoría. Sin embargo, la situación de escepticismo por no haber conseguido resultados satisfactorios no es razón suficiente para que abandonemos la idea de la adecuación, pues dicho escepticismo es tan sólo producto de unas falsas expectativas. De él no son culpables las soluciones aportadas, sino el hecho de que se les atribuyera una finalidad imposible de cumplir: el aportar fórmulas precisas y concretas, más cercanas a aquéllas con las que trabajan las matemáticas que a las que está acostumbrado el Derecho penal. A dicha finalidad hemos de renunciar pues, como escribe Gimbernat, "no es factible determinar exactamente en qué medida aumenta la probabilidad de producción de un resultado típico una acción jurídico-penalmente relevante (no se puede averiguar, por ejemplo, si una lesión leve aumenta la posibilidad de muerte en 1:1000 o en 1:1300). Pero, aunque fuese posible averiguarlo, el problema seguiría subsistiendo: todo señalamiento de un punto determinado sería arbitrario; y las acciones que se encontrasen inmediatamente a la izquierda y a la derecha del punto elegido para que hubiese grado de tendencia, serían casi idénticas".²³ Parece, pues, que

estos tres interrogantes. Baste remitirme al estudio detallado y crítico que GIMBERNAT realiza al respecto bajo el epígrafe "Problemática interna de las acciones inadecuadas" en *Delitos cualificados...*, pp. 25 y ss.

²² TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, p. 159.

²³ GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*, p. 38.

debemos resignarnos con pautas generales, con ideas rectoras o fórmulas de carácter indiciario.

3. La cuestión del grado de generalización del resultado en la prognosis de adecuación alude a lo siguiente: en el ejemplo paradigmático del que dispara contra otro pero sólo le causa graves lesiones, muriendo la víctima en el incendio que se desencadena en el hospital donde era curado de las heridas, ¿respecto a qué ha de plantearse la adecuación de la conducta?, ¿respecto a la muerte sin más o en relación con la muerte por asfixia o a consecuencia de las quemaduras sufridas en el siniestro? Se trata, pues, de decidir si el resultado ha de ser tomado en consideración en su configuración típica (muerte) o tal y como aconteció (muerte en el incendio), o lo que es lo mismo en este último caso, si la conducta era idónea para desencadenar un curso causal como el que de hecho desembocó en la lesión final del bien jurídico. Evidentemente cuanto más generalicemos el resultado más fácil será afirmar la adecuación de la conducta.

Gimbernat, adhiriéndose a la que, por lo menos en aquel entonces era opinión mayoritaria, se pronuncia a favor de la determinación concreta del resultado.²⁴ Opino, por el contrario, que en el contexto en que hemos situado el juicio de adecuación, éste ha de ir referido al resultado en su configuración típica.²⁵ Y ello porque el pensamiento de la adecuación ya no es utilizado como una teoría de la causalidad, sino como un criterio para decidir si la conducta ha creado un riesgo típicamente relevante, si se trata de un comportamiento peligroso o, lo que es lo mismo, si concurre el requisito básico para poder afirmar el desvalor de la acción. Se trata, por tanto, de decidir si la conducta aparece *ex ante* como peligrosa, si es objetivamente previsible que cause el resultado típico, pudiéndose, tan sólo en caso afirmativo, entender que lesiona la norma de comportamiento expresada en el tipo en cuestión. Por ello, en el ejemplo arriba citado, habría que afirmar sin duda alguna la adecuación de la conducta respecto al resultado típico. El disparar contra otro es evidentemente una conducta idónea para la lesión del bien jurídico vida y por ello puede ser subsumida en el tipo homicidio, pues lo que éste prohíbe es la realización de conductas que, desde un punto de vista *ex ante*, supongan una amenaza para dicho bien. Si en este contexto entendiésemos que el juicio de adecuación ha de ir refe-

²⁴ GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*, pp. 44-45.

²⁵ Así, por ejemplo, ENGLISH, *Die Kausalität...*, p. 54; WOLTER, *ZStW* 89 (1977), p. 672.

rido al resultado en su concreta configuración, tendríamos que negar —la adecuación de la conducta evidentemente el disparar contra otro no es un medio idóneo para producir la muerte por asfixia o por quemaduras—, tendríamos que negar, pues, la peligrosidad del comportamiento y con ello el primer requisito para la afirmación de su desvalor, lo cual en el ejemplo utilizado es a todas luces insostenible. Ahora bien, el afirmar la adecuación de la conducta no significa necesariamente que el sujeto agente tenga que responder por un homicidio consumado, que el resultado le sea objetivamente imputable. Lo que en supuestos como el del ejemplo se plantea es otro problema: el del si el resultado puede ser considerado como la realización de la peligrosidad en virtud de la cual la conducta estaba prohibida, es decir, si es el reflejo del desvalor de la acción ya constatado.

c. El riesgo permitido

Hasta el momento hemos sentado el siguiente principio: el riesgo desempeña un papel básico en la fundamentación del injusto porque constituye la exigencia mínima que ha de satisfacer un comportamiento para poder ser calificado de disvalioso, para que pueda constituir materia de prohibición, y cuándo estamos ante una conducta peligrosa se decide sobre la base de la idea de la adecuación. Ahora bien, la veracidad de esta afirmación no implica la corrección de otra muy parecida. El que sólo sean antijurídicas las conductas creadoras de un riesgo no implica la prohibición de toda conducta peligrosa. Si bien la misión del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, no se trata de una protección a ultranza: cuándo la intangibilidad de los bienes jurídicos se persigue a todo trance y cuándo cede ante otros intereses es el resultado de la ponderación de diferentes expectativas que pugnan en una sociedad desarrollada como la nuestra, de tal manera que no siempre existe el deber de evitar cualquier conducta peligrosa, de omitir cualquier comportamiento del que pudiera preverse o de hecho se previó el resultado disvalioso como consecuencia probable. Por ello una vez se ha aludido a la adecuación o peligrosidad de la conducta como requisito mínimo del desvalor del comportamiento ha de hacerse una brevísima referencia al fenómeno del riesgo permitido, con lo que se alude al hecho de que no toda conducta peligrosa constituye presupuesto suficiente a efectos de la imputación objetiva de un resultado. No toda conducta peligrosa puede fundamentar la

imputación del resultado que causa, sino sólo aquella que sobrepasa la medida de lo que se entiende por socialmente soportable, es decir, las fronteras del riesgo permitido.

III. LA REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO

Una vez constatada la existencia de una conducta que genera un riesgo típicamente relevante en el sentido de una peligrosidad *ex ante* mayor que la permitida, llega el momento de cuestionarse cuándo un delito de lesión puede considerarse consumado y cuándo, por el contrario, el sujeto responde, de ser posible, en grado de tentativa o frustración. Que el disparar contra una persona o el dejar fármacos peligrosos al alcance de los niños constituyen conductas disvaliosas, es algo evidente. Una vez apretado el gatillo u olvidados los medicamentos encima de la mesa, puede suceder que todo quede ahí o que, por el contrario, de dicha conducta se derive un resultado típico. El primer supuesto no plantea excesivos problemas: el sujeto responderá por un delito de homicidio frustrado en el caso del disparo, quedando impune en el de los medicamentos. Cuando a la realización de la acción le sigue la producción del resultado típico las dificultades tampoco parecen excesivas: si entre acción y resultado existe relación de causalidad, por regla general, se afirmará la imputación objetiva de la lesión. Sin embargo, esto no resulta siempre tan evidente. Existen multitud de supuestos en los que, a pesar de concurrir una conducta disvaliosa que genera una lesión típica, no obstante, se entiende, o en muchos casos se intuye, que el autor no debe responder en grado de consumación. Ello es debido a que actualmente, además de la causalidad, a decidir según la teoría de la equivalencia de condiciones, se considera necesaria una especial relación entre lesión del deber de cuidado y resultado: se requiere que éste sea "la realización" del riesgo jurídicamente relevante creado por el comportamiento, la realización del peligro que la norma infringida tenía por finalidad impedir.²⁶

²⁶ Formulaciones de este tenor no son ni mucho menos recientes y poseen una gran acogida. Así, por ejemplo, ENGISCH, *Die Kausalität...*, pp. 61 y ss.; WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, p. 21; *El nuevo Sistema...*, p. 76; ROXIN, *StR*, AT, §11, núm. 37, RUDOLPH, *Jus* 1969, pp. 553-554; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 5/58, p. 94; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt...*, p. 96, etc. En España: BUSTOS, Manuel, PG (1984), p. 272; CEREZO, *Curso* (1985), p. 396; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, también exigen que el resultado "se haya producido precisamente como consecuencia de la falta de cuidado" requisito que denominan "conexión o relación

Los supuestos que acostumbran a plantearse bajo la sospecha de la falta de nexo específico entre lesión del deber y resultado son muy numerosos y pueden presentar muy diversa estructura. El procedimiento que suele seguirse para abordar su resolución consiste en la reunión de dichos supuestos en grupos, en consideración a unos caracteres comunes, intentando, a partir de ahí, la elaboración de criterios que hagan posible su resolución. Esta forma de proceder ha dado lugar a un casuismo desesperante, haciéndose necesario el establecimiento de unas ideas rectoras capaces de guiar la resolución de todos los supuestos planteados en este ámbito, pues, por muy diversa que sea su estructura, todos ellos poseen algo en común: la duda sobre si el resultado constituye la realización de la peligrosidad prohibida.

a. *La justificación de esta exigencia*

El resultado sólo puede incrementar el injusto del hecho y fundamentar el castigo —los delitos imprudentes sólo se castigan por regla general cuando han producido un resultado— o su gravedad —tentativa, frustración o consumación en los dolosos— en tanto dicho resultado pueda ser contemplado como parte integrante del injusto personal y ello sólo ocurre cuando pueda ser considerado “obra” del autor y no una mera consecuencia accidental de su comportamiento, es decir, cuando sea la realización del riesgo jurídicamente relevante en virtud del cual al sujeto le estaba prohibida la conducta. Por tanto, no sólo la acción sino también el resultado ha de poder ser contemplado como obra del autor, debiendo ser éste reflejo o materialización del desvalor del comportamiento. La diferencia entre la postura aquí defendida y la finalista reside en que no entendemos que la configuración del injusto tenga que hacerse necesariamente desde una perspectiva fundamentalmente subjetiva, poniendo el acento en la finalidad que guiaba al autor en su comportamiento. Ya en un plano objetivo, sin prescindir totalmente de referencias subjetivas, es posible establecer cuándo un resultado puede ser contemplado jurídico-penalmente como obra del autor y cuándo no y lo primero ocurrirá tan sólo en aquellos casos en los que el resultado constituya la realización del riesgo jurídicamente relevante creado voluntariamente por el autor con su conducta, es de-

de culpabilidad” (DP, PG (1987), pp. 464-465); MIR PUIG, DP, PG (1990), p. 304; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, PG. (1986), pp. 359-360, etc. Las discrepancias entre los diferentes autores no residen tanto en la formulación utilizada —casi todas suelen ser equivalentes— como en el contenido con que dicho nexo configura.

cir, cuando ese resultado sea objetivamente imputable. Por tanto, si el injusto es un injusto personal, el resultado sólo podrá incrementar el desvalor del hecho, el contenido del injusto, cuando pueda ser contemplado, ya desde una perspectiva objetivo-valorativa, como obra del sujeto.

El problema reside evidentemente en el establecimiento de un criterio que permita decidir cuándo el resultado cuya imputación se cuestiona es la materialización del desvalor de la conducta. Evidentemente no basta la relación de causalidad que hoy se decide de manera casi unánime según la teoría de la equivalencia de condiciones. Según ésta en el paradigmático ejemplo del que atropella a otro muriendo éste a consecuencia del accidente que sufre la ambulancia mientras le trasladaba al hospital, entre el atropello inicial y la muerte existe relación de causalidad, pero algo nos dice que el castigo por un homicidio consumado sería injusto. ¿Cómo configurar ese "algo más" que sería necesario para poder afirmar dicha responsabilidad? El problema de la realización del riesgo en el resultado se ha abordado pensando fundamentalmente en los delitos imprudentes.

b. *Los denominados "comportamientos alternativos conformes a derecho"*

Con esta expresión suele plantearse la siguiente cuestión: ¿Qué relevancia posee para la imputación objetiva de un resultado el que con seguridad, probabilidad o posiblemente, ese mismo resultado también se hubiese producido con el comportamiento conforme a derecho? Es decir, si un sujeto actúa imprudentemente causando una lesión, ¿debe responder aunque se pruebe o se sospeche que la lesión no se habría evitado en el caso de que el sujeto se hubiera comportado correctamente? Sobre este problema se viene discutiendo desde hace más de medio siglo. A pesar de lo antiguo y apasionado del debate y de los numerosísimos trabajos que ha generado, no se ha conseguido una respuesta consensuada; más bien, al contrario, la situación actual es de escepticismo sobre la posibilidad de obtener acuerdo al respecto. Actualmente, dos son las doctrinas que se disputan la primacía en la respuesta: la que podríamos denominar *teoría tradicional o de la evitabilidad* y la *teoría del incremento del riesgo*.

El tema de las "conductas alternativas correctas" suele presentarse y entenderse como un intento de dar solución, en sede del tipo objetivo, a un grupo de casos problemáticos de caracteres peculiares. Sin embar-

go, la importancia del tema planteado es mucho mayor. Realmente, de mano de este grupo de casos se plantea, a veces de no manera consciente, el problema nuclear de esta segunda parte de la imputación objetiva: la necesidad o no de un nexo específico entre lesión del deber de cuidado y resultado. Dos son las cuestiones planteadas que, a pesar de su íntima relación, conviene distinguir:

1. La relevancia del comportamiento alternativo correcto en la valoración penal de un hecho.

2. Necesidad y, en su caso configuración, de un nexo específico entre lesión del deber objetivo de cuidado y resultado.

El problema de los "comportamientos alternativos correctos acostumbra a plantearse y discutirse de mano de unos supuestos de la jurisprudencia alemana que se han convertido en "clásicos" de la literatura penal. Me referiré sólo a dos de ellos".

1. *Caso de "los pelos de cabra"* (RGSt 63, 211 ss.). El dueño de una fábrica de pinceles adquirió pelos de cabra chinos para la elaboración de dicho producto. A pesar de estar obligado a su desinfección, se los dio a las empleadas sin cumplir previamente con dicho deber. Varias trabajadoras contrajeron el bacilo de corbunco, que estaba en los pelos de cabra, muriendo poco después. Posteriormente se puso de manifiesto que ninguno de los tres desinfectantes preceptivos era lo suficientemente eficaz para exterminar totalmente el bacilo, de tal manera que su utilización no excluía con seguridad el peligro de contagio.

2. *"Caso de la cocaína"*.²⁷ En vez de novocaína como establecía la *lex artis*, un médico utilizó cocaína para anestesiar localmente a un niño, lo cual constituye una imprudencia desde el punto de vista médico. El paciente no soporta la anestesia y muere. La autopsia pone de manifiesto que en la víctima se daba un fenómeno nada normal, consistente en la no involución de la glándula timolinfática, lo que convertía al paciente en hipersensible a cualquier tipo de narcosis, de tal manera que la aplicación de la novocaína posiblemente también hubiese conllevado la muerte.

1. *Teoría tradicional o teoría de la evitabilidad*

1. *Exposición*

La tesis básica de esta teoría es la siguiente: El sujeto que causa imprudentemente un resultado no responderá mientras no se pruebe, con

²⁷ Sentencia transcrita por SPENDEL en *Die Kausalitätsformel...*, pp. 65 y ss.

una probabilidad rayana en la certeza, que dicho resultado no se hubiera producido con el comportamiento alternativo correcto.²⁸ El razonamiento que conduce a este aserto es fácil de entender: si entre imprudencia de la conducta y resultado ha de existir una específica relación, de tal manera que el resultado sea la manifestación de la lesión del deber objetivo de cuidado, habrá que negar en el supuesto concreto la existencia de dicha relación cuando, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el resultado también se hubiera producido con el comportamiento correcto.

Tratando de justificar esta tesis, Ulsenheimer parte de que los deberes de diligencia tienen por finalidad la evitación de resultados típicos, por lo que constituirá una condición legal para el castigo que la lesión del bien jurídico fuera finalmente evitable mediante la observancia de la diligencia objetivamente exigida.²⁹ Cuando excepcionalmente, por las circunstancias del caso concreto, la norma no cumple su función protectora de evitar la lesión, la lesión del precepto es irrelevante en relación con los delitos imprudentes³⁰ y deberá ser negada la relación específica entre lesión del deber de cuidado y resultado.

Para constatar la existencia de este nexo Ulsenheimer propone la utilización de la fórmula de la *conditio sine qua non*, de tal manera que si se suprime mentalmente el comportamiento incorrecto sustituyéndolo por el prudente y no desaparece el resultado, queda probada la falta del efecto protector de la norma lesionada y con ello que el resultado no es la realización de la lesión del deber de cuidado, es decir, del desvalor de la acción.³¹ Para poder castigar habrá que constatar con una probabilidad rayana en la certeza que la conducta alternativa hubiese evitado el resultado.³²

²⁸ Entre los defensores de esta teoría pueden citarse BAUMANN, *AT*, pp. 279 y ss.; BOCKELMANN, *AT*, 3ª ed., §20, B, 4b, ee; MEZGER-BLEI, *AT*, pp. 78, 222; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 136; *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, p. 21; WESSELES, *AT*, pp. 125 y ss.; SCHROEDER, *LK*, §16, N. 190; SCHLÜCHTER, *JuS* 1977, pp. 107 y ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, pp. 153 y ss.; el mismo, *SK*, 3ª ed., §16, N. 26 y ss.; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis...*, pp. 134 y ss.; el mismo, *JZ* 1969, pp. 364 y ss. En España, BUSTOS RAMÍREZ, Manuel, p. 272; CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos...*, en *Problemas fundamentales*, pp. 34-35; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1987, p. 343, entre otros.

²⁹ ULSENHEIMER, *Das Verhältnis...*, p. 145. La exposición del pensamiento de este autor también en *JZ*, pp. 364 y ss.

³⁰ ULSENHEIMER, *Das Verhältnis...*, p. 147.

³¹ ULSENHEIMER, *Das Verhältnis...*, p. 148.

³² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1987, p. 543, mostrándose partidario de la teoría de la evitabilidad.

2. Crítica

El gran número de seguidores con que cuenta esta doctrina parece deberse, más que a su corrección, al hecho de que, ante un problema tan complejo, la teoría tradicional ofrece una solución clara, una fórmula familiar y no demasiados problemas de fundamentación dogmática. Sin embargo, la claridad no es siempre sinónimo de corrección. Sintetizo las críticas más importantes que frente a esta teoría pueden esgrimirse.

a. La teoría tradicional ni nos justifica la necesidad de un nexo específico entre lesión del deber y resultado, ni nos explica cuál es su contenido. Tan sólo nos dice cuando no existiría: cuando el resultado también se hubiera producido con el comportamiento correcto. Precisamente de la falta de precisión se deriva la inaceptabilidad de esta teoría ya en un plano teórico. Al afirmar que el fin de las normas es la evitación de resultados lesivos se está olvidando un fenómeno básico: el riesgo permitido. Como ya es sabido actualmente se admiten una serie de actividades a pesar de su virtualidad lesiva. La peligrosidad propia de estas conductas trata de combatirse mediante el establecimiento de normas de cuidado que, si bien limitan dicha peligrosidad, no siempre pueden excluirla totalmente. Esto significa que las normas de cuidado no pueden garantizar de manera absoluta la integridad de los bienes jurídicos, sin que por ello tengan que considerarse ineficaces. En el olvido de este fenómeno reside precisamente uno de los fallos básicos de la teoría de la evitabilidad que la convierte, ya en el plano teórico, en impracticable: si el comportamiento imprudente pertenece a una actividad peligrosa permitida, por ejemplo, una operación que, aún realizada conforme a la *lex artis*, conlleva un quince por ciento de posibilidades de resultado letal, *jamás* podrá asegurarse que el resultado no se hubiera producido con el comportamiento prudente, dado que éste es peligroso, por lo que siempre habría que absolver, a pesar de la causación imprudente del resultado. Por ello sus resultados prácticos resultan insostenibles desde un punto de vista político-criminal.³³

b. Por otra parte, el procedimiento propuesto por la teoría tradicional no nos permite averiguar absolutamente nada sobre lo que realmente ha ocurrido. Tan sólo es posible establecer hipótesis acerca de

³³ Así, GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*, pp. 127-128, nota 65; KRÜMPPELMANN, *GA 1984*, pp. 491 y ss.; ROXIN, *Problemas básicos...*, pp. 150-160; RUDOLPHI, *JuS 1969*, p. 554; SCHÜNEMANN, *JA 1975*, p. 646.

algo que jamás sucedió: los efectos de un comportamiento correcto que nunca tuvo lugar. Pero es que, además, esta forma de proceder nos impide la valoración de lo sucedido desde perspectivas normativas, constituyendo este último uno de sus mayores defectos.³⁴

2. La teoría del incremento del riesgo

1. Exposición

Esta teoría es diseñada por Roxin allá por el año 1962 y su contenido puede resumirse de la siguiente forma: existe realización del riesgo cuando el comportamiento imprudente ha creado un riesgo mayor que el permitido, extremo este último que se constata mediante la comparación entre el peligro de hecho creado y aquel al que la conducta correcta hubiera dado lugar en el supuesto concreto a enjuiciarla.³⁵ En este contexto, al hablar de “creación de un riesgo permitido”, voz riesgo se está utilizando no ya como característica de la acción, sino como una realidad, un “estado” derivado de la conducta y conceptualmente separable de ella.³⁶

³⁴ Para evitar repeticiones me remito a lo que al respecto se dirá al estudiar la teoría del incremento del riesgo.

³⁵ Como seguidores de esta teoría pueden citarse BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitdelikt...*, pp. 135 y ss.; OTTO, *JuS* 1974, p. 708; RUDOLPHI, *SK*, §1, N. 65 y ss.; *JuS* 1969, p. 554; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pp. 582 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Festschrift für Honig*, p. 171; STRATENWERTH, *Festschrift für Gallas*, p. 227; WOLTER, *Zurechnung*, pp. 334 y ss. En España, por ejemplo, BACIGALUPO, *Principios*, p. 122, que aborda el problema en el marco de los delitos dolosos; MUÑOZ CONDE, *Teoría General...* pp. 35-36. CORCOY BIDASOLO mantiene una postura un tanto particular al exigir para la imputación objetiva, además de un incremento del riesgo, la evitabilidad del resultado (*El delito imprudente...*, pp. 191 y ss., 521 y ss.). Esta postura resulta llamativa porque normalmente se entiende que la inevitabilidad del resultado conlleva la ausencia de un incremento del riesgo y la prueba de su evitabilidad, la afirmación de un aumento del riesgo, por lo que la exigencia de la constatación de la evitabilidad hará innecesaria la constatación del incremento del riesgo.

³⁶ La expresión “creación de un riesgo permitido” suele utilizarse con diferentes contenidos y fines. Al hablar del presupuesto de la imputación se vio que con esta expresión se aludía a la peligrosidad *ex ante* de la conducta, como elemento del desvalor de la acción. No es éste precisamente el significado que se atribuye al término riesgo en la problemática que ahora nos ocupa. Como también se apuntó, el legislador no puede condenar a la sociedad a la inactividad y obligarla a que renuncie totalmente a su desarrollo en pro de una absoluta protección de los bienes jurídicos, sino que se ve obligado a admitir una serie de conductas en sí mismas peligrosas, condicionando eso sí, dicha permisibilidad a la observancia de unas reglas de cuidado. De esta manera el fenómeno del riesgo permitido aparece unido a la observancia de las normas de diligencia establecidas para el ejercicio de una deter-

El procedimiento propuesto por Roxin para la constatación del incremento del riesgo es el siguiente: "Examinéese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor, según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se puede cargar el resultado al agente que, en consecuencia, debe ser absuelto".³⁷ Ha de acudirse, por tanto, a una comparación entre el riesgo real creado y el que hubiera generado el comportamiento correcto, acudiendo para la averiguación de este último extremo al enjuiciamiento pericial,³⁸ en el cual deberán tenerse en cuenta todos los factores intervinientes en el suceso, no sólo los reconocibles *ex ante*, sino también los conocidos una vez producido el resultado.

minada actividad, de tal manera que, la persona que las observa, aunque cause un resultado lesivo, no responderá por él mismo. Cuando aludiendo a este aspecto del riesgo permitido se dice que la conducta ha creado un riesgo jurídicamente relevante, un riesgo mayor que el permitido, se está haciendo referencia a que la peligrosidad *ex ante* de la conducta, que lesiona las normas de cuidado establecidas, es mayor que la peligrosidad que *ex ante* se predicaría de una conducta diligente y por eso, precisamente, se trata de una conducta disvaliosa. Sin embargo, el fenómeno del riesgo permitido posee un segundo aspecto, un aspecto referido no ya al desvalor de la conducta, sino al desvalor del resultado. El legislador cuando se enfrenta a la necesidad de admitir actividades peligrosas, ha de decidir, en primer lugar, en qué medida está dispuesto a tolerar los peligros que para los bienes jurídicos emanan de dichas actividades. Tan sólo cuando este extremo se ha decidido podrá establecer las reglas de cuidado necesarias para que dicho límite no se rebase. Esta medida tolerada de peligro es la que constituye el "componente de resultado" del fenómeno del riesgo permitido y la idea nuclear en que se fundamenta la teoría del incremento del riesgo. En este contexto la voz riesgo será utilizada no ya como característica de la acción, sino como un "estado" derivado de la conducta y conceptualmente separable de ella. Si por ejemplo, una norma establece la velocidad máxima de 120 km/h, el conducir a esta velocidad es una conducta peligrosa pero permitida. La peligrosidad *ex ante* de hacerlo a 200 km/h es mayor que la de la conducta correcta. Sin embargo, pueden ocurrir dos cosas: a) que teniendo en cuenta todos los datos conocidos *ex post*, el conducir a 200 km/h haya generado más posibilidades reales de lesión del bien jurídico que hacerlo a 120 km/h, lo que será el supuesto normal, o b) que haya dado lugar a las mismas posibilidades, en cuyo caso la teoría del incremento del riesgo sostendrá que la conducta imprudente ha creado un riesgo permitido de lesión.

³⁷ ROXIN, *Problemas básicos...*, pp. 167-168.

³⁸ ROXIN, *Problemas básicos...*, p. 169.

Según Roxin, la cuestión sobre si el comportamiento hipotético correcto hubiera evitado o no el resultado es en principio irrelevante, a no ser que se constate con seguridad que el resultado también se hubiera producido con la conducta irreprochable, pues esto significaría que el riesgo creado por la acción imprudente ha sido el mismo que el que conllevaría la conducta correcta en las mismas circunstancias, es decir, un riesgo permitido.³⁹ A los cursos causales hipotéticos les atribuye Roxin un simple valor heurístico.⁴⁰ Así, por ejemplo, en el caso de “los pelos de cabra”, si se probase que el desinfectante era absolutamente ineficaz, habría que absolver; si tan sólo lo fuera en cierta medida, el resultado sería objetivamente imputable.⁴¹ El tenor de la sentencia en el caso de la cocaína —posiblemente el paciente también hubiera muerto con la inyección de novocaína—, permite a Roxin propugnar el castigo por homicidio imprudente. Tan sólo admitiría la absolución de poderse probar, por una parte, que el paciente murió por su especial constitución física y, además, que su peculiar defecto le hacía igualmente sensible a cualquier tipo de narcosis. Las dudas sobre cualquiera de estos aspectos conllevarán la responsabilidad.⁴²

Como fundamento de su teoría apela Roxin al principio de igualdad: “una acción que no rebase el riesgo permitido, que no incrementa el peligro de producción del resultado, ha de ser juzgada en este aspecto del mismo modo que la conducta no prohibida”.⁴³

2. Crítica

a. Los defensores de esta teoría se precian de, gracias al método propuesto, poder prescindir definitivamente de los cursos causales hipotéticos y de la fórmula de la *conditio*, sustituyéndolos por el enjuiciamiento pericial o los datos estadísticos en la averiguación del nexo de riesgo. Así evitarían las críticas al respecto dirigidas a la teoría tradicional. ¿Se consigue realmente este objetivo? Aparentemente, sí: la ciencia parece estar en condiciones de poder afirmar con seguridad si, por ejemplo, el empleo de la cocaína como anestesia aumenta en relación con la novocaína las posibilidades de muerte en un sujeto cuya glán-

³⁹ ROXIN, *StR, ST*, §11, N. 64, p. 240.

⁴⁰ ROXIN, *Problemas básicos...*, p. 176.

⁴¹ ROXIN, *Problemas básicos...*, p. 173.

⁴² ROXIN, *Problemas básicos...*, pp. 173-175.

⁴³ ROXIN, *StR, ST*, §11, N. 64, p. 240.

dula timolinfática no ha involucionado, o si un determinado desinfectante tiene capacidad o no de exterminación total de una clase concreta de bacilos. No obstante, la constatación científica del incremento del riesgo no es algo tan factible. Ciertamente resultará más viable científicamente juzgar una disminución del riesgo con el comportamiento correcto que la evitabilidad o inevitabilidad del resultado, pero que el peritaje esté en condiciones de demostrar dicho incremento no es ni mucho menos la regla general, pues desgraciadamente las repeticiones empíricas de los sucesos rara vez son posibles, sobre todo cuando, como ocurre en nuestra materia, se trabaja con comportamientos humanos y se pretende además, mantener intactas todas las circunstancias concurrentes en el suceso. Podría acudir, entonces, a una comparación entre el riesgo que generó el comportamiento incorrecto y el riesgo estadístico que derivaría de la conducta diligente.⁴⁴ Ésta tampoco es una solución viable. El determinar estadísticamente el riesgo que se generaría con el comportamiento correcto es imposible en la mayoría de los casos,⁴⁵ pues no ha de olvidarse que no se trata de un juicio *ex ante* sobre la peligrosidad de una conducta, sino de la constatación de una puesta en peligro donde son relevantes los factores concurrentes en el supuesto real aunque tan sólo se conozcan *ex post*. Que las mismas circunstancias hayan coincidido ya en ocasiones anteriores, de manera que podamos establecer estadísticamente el nivel de riesgo creado por la conducta imprudente, es una quimera. Puede que alguna vez con anterioridad, por ejemplo en el caso de la cocaína, hubiera sido anestesiado con novocaína algún paciente con la misma peculiaridad física que la víctima. Que varias veces sucedió esto es difícil de creer y, aunque así fuese, no es algo sobre lo que tengamos la suficiente información como para establecer un riesgo estadístico.⁴⁶ ¿Cómo aplicar pues la teoría del incremento del riesgo si no es acudiendo a los cursos causales hipotéticos, es decir, planteando la siguiente pregunta: ¿disminuiría el riesgo si mentalmente sustituyo el comportamiento imprudente por el correcto dejando intactos el resto de los factores concurrentes?, pero, ¿no es este interrogante una aplicación solapada de la

⁴⁴ Así, SCHUNEMANN, JA 1975, p. 651.

⁴⁵ PUPPE también afirma la imposibilidad de utilización de la probabilidad estadística tal y como propone ROXIN, siendo tan sólo posible una probabilidad inductiva respecto al comportamiento correcto (ZStW 95 (1983), p. 290, nota 12).

⁴⁶ De hecho en el caso de la cocaína a lo más que pudo llegarse fue a afirmar que *posiblemente* la muerte también se hubiera producido con la anestesia preceptuada.

fórmula de la *conditio sine qua non*? Como vemos, la teoría del incremento del riesgo no logra zafarse tan fácilmente del método hipotético cuya utilización le fue tan criticada a la teoría tradicional.⁴⁷

b. En cuanto a los resultados prácticos existen supuestos en los que la teoría del incremento del riesgo conducirá inexorablemente a la imputación objetiva del resultado. Esto ocurrirá sobre todo cuando, además del comportamiento del autor, intervenga de manera decisiva otro factor humano en la producción del resultado. Imaginemos que alguien conduce su coche a una velocidad de 120 km/h cuando la velocidad máxima permitida era de 80 km/h. Una persona, que pretendía atravesar la carretera, se cruza inopinadamente delante del automóvil. El conductor no puede evitar la colisión y el peatón muere en el acto. En estos casos habrá que examinar, según Roxin, si, dada la forma concreta en que el peatón intentó cruzar la carretera, la velocidad adecuada hubiera disminuido el peligro de producción del resultado.⁴⁸ A pesar de que Roxin afirma que este extremo puede averiguarse de una manera científico-experimental, más bien en estos casos habrá que afirmar la responsabilidad del autor por ser prácticamente imposible negar el aumento del riesgo y ello tanto si la diferencia de velocidad con el comportamiento correcto era de 20 km/h como si era de 50, tanto si en la situación crítica existía una distancia entre el coche y el peatón de 20 metros, como si la distancia era de 5, siendo incluso irrelevante el que con la velocidad permitida tampoco se hubiera podido frenar a tiempo. Esto es así porque son pensables otras muchas reacciones, tanto por parte del peatón, como del lado del conductor. Si éste en vez de conducir a 120 km/h lo hubiese hecho a 80, el tiempo transcurrido desde que ve al peatón hasta que se produce la colisión sería mayor, de tal manera que, al igual que el conductor puede reaccionar frenando, hubiera podido reaccionar de otra forma, por ejemplo, girando el volante y esquivando la colisión, tocando el cláxon para que el peatón se percate de la situación y a su vez pueda reaccionar rápidamente. Las posibilidades de reacción del peatón y del conductor aumentan, pues, a medida que la velocidad disminuye. Aún en el supuesto de que no se consideraran relevantes otras posibles reacciones aparte de la del frenado, habría que afirmar un incremento del riesgo, pues, qué duda

⁴⁷ RANFT también entiende que la teoría del incremento del riesgo concede relevancia a los cursos causales hipotéticos (NJW 1984, p. 1420).

⁴⁸ ROXIN, *Problemas básicos...*, p. 117.

cabe, la fuerza del impacto es mayor a 120 km/h que a 80 con lo que también aumentan las posibilidades del resultado letal.

c. Teniendo en cuenta estas consideraciones, cabría plantearse si no será también pura apariencia una de las virtudes que, en comparación con la teoría tradicional, se le había adjudicado a la del incremento del riesgo: la de conseguir unos resultados político-criminalmente más satisfactorios.⁴⁹ Lo restrictivo de la propuesta de Roxin llama poderosamente la atención. No parece muy coherente atribuir, como lo hace este autor, una gran importancia a la necesidad de un nexo específico entre lesión del deber y resultado para acabar definiéndolo de tal forma y bajo unas condiciones en las que rara vez podrá ser negado. Su persistencia en no admitir el *in dubio pro reo*⁵⁰ en caso de duda sobre el incremento del riesgo es claramente susceptible de crítica, puesto que dicha postura resulta incoherente con la fundamentación dada a dicho nexo: si su no exigencia significaría según este autor una revitalización del *versari in re illicita*, así como una lesión del principio de igualdad, no se entiende cómo estos principios quedan salvaguardados cuando a pesar de la no constancia del incremento del riesgo se propugna el castigo.

d. Ahora bien, la incorrección o invalidez del método empleado no implica necesariamente la incorrección o invalidez del principio que con él se trata de aplicar. Se hace necesario, pues, tratar de dilucidar si el principio del incremento del riesgo es realmente la clave para la definición del nexo específico entre lesión del deber de cuidado y resultado. No lo creo. En muchas ocasiones las conclusiones insostenibles a las que llega la teoría del incremento del riesgo no son consecuencia del método propuesto, por lo que sólo pueden deberse a la incorrección de la forma en que la mencionada relación de riesgo pretende ser configurada. Para la comprobación de esta afirmación no es necesario acudir a supuestos extraños.

En el caso de la cocaína, Roxin propugnaba la absolución tan sólo cuando se probase que el paciente murió por su especial peculiaridad y que "para el estado timolinfático del paciente cualquier narcótico era igualmente peligroso y la cocaína, prohibida, no creaba un riesgo mayor que la novocaína permitida".⁵¹ Partiendo de estos presupuestos Roxin tendría que castigar cuando se probase, o incluso cuando sólo existiera

⁴⁹ Así, SCHUNEMANN, JA 1975, p. 649.

⁵⁰ ROXIN, StR, AT, §11, N. 64, p. 240.

⁵¹ ROXIN, Problemas básicos... , p. 175.

una sospecha al respecto, que, para la muerte a consecuencia de la rarísima circunstancia de la involución de la mencionada glándula, la cocaína también era más peligrosa que la novocaína. Habría que condenar, por tanto, a pesar de que se demostrase el papel determinante que en la muerte jugó ese especial defecto cuya concurrencia *ex ante* era totalmente imprevisible.

En el caso de los pelos de cabra, como vimos, Roxin afirmará la imputación objetiva, no sólo cuando la desinfección omitida hubiera tenido alguna eficacia, sino también cuando, a pesar de los indicios, no se pudiera probar con una probabilidad rayana en la certeza su total inutilidad y esto incluso cuando los bacilos causantes de la muerte fueran de un tipo exótico desconocido hasta entonces en Europa. También este autor analiza como un caso típico de "comportamiento alternativo conforme a derecho" el del peatón que se lanza bajo un coche que circulaba a una velocidad mayor que la permitida. Si se demuestra que, dada la forma en que el peatón apareció en la carretera, la conducta férrea —conducir a menor velocidad— hubiera reducido el riesgo de resultado letal, lo que habrá que afirmar, como hemos visto, en la práctica totalidad de los casos, Roxin castigará por homicidio imprudente, siendo irrelevante, por ejemplo, el que el peatón intentara atravesar un tramo de una travesía urbana, de una carretera o de una autopista. Incluso afirmaría la imputación objetiva en el supuesto ideado por Gimbernat⁵² del conductor que, haciendo caso omiso del artículo 17 del Código de la Circulación —que obliga a reducir la marcha "a la equivalente al paso de un hombre cuando, por exigencias de la circulación, tenga que pasar rozando las aceras... en las proximidades de las escuelas a las horas de entrada y salida de los alumnos"— conduzca a una velocidad endiablada. Esta oportunidad es aprovechada por un suicida para quitarse la vida arrojándose bajo las ruedas del coche. Evidentemente la conducta imprudente ha incrementado el riesgo de muerte del suicida, por lo que, según la teoría del incremento del riesgo existiría el necesario nexo entre imprudencia y resultado y el conductor debería responder por el resultado letal.

¿Son correctas estas conclusiones? Evidentemente, no. Nótese que la respuesta negativa, ahora sí, significa afirmar la inviabilidad del principio del incremento del riesgo en el supuesto a enjuiciar para definir el nexo entre lesión del deber de cuidado y resultado. No se trata ya de un problema de incorrección del método empleado, sino de inca-

⁵² *Delitos cualificados...*, p. 136.

pacidad de la idea básica para cumplir el objetivo encomendado: definir el contenido del nexo específico que ha de existir entre lesión del deber de cuidado y resultado, y ello fundamentalmente por la ausencia de referencias normativas.

El fin de las normas de cuidado, se dice ahora, no consiste en la evitación de resultados, sino en la reducción de los riesgos de lesión a un nivel tolerable.⁵³ Pues bien, esta afirmación tampoco es del todo exacta haciéndose necesaria una nueva precisión: el fin de las normas de cuidado no es la disminución de riesgos en general, sino la reducción de determinados riesgos,⁵⁴ pues, como gráficamente se expresaba Gimbernat, "sería absurdo afirmar. . . que el mandato de disminuir la velocidad en las cercanías de las escuelas persigue proteger, además de a los niños, a los suicidas: son imágenes de niños las que figuran en las señales de peligro, no de personas apuntándose con una pistola en la sien".⁵⁵

Por ello el incremento del riesgo, en el supuesto concreto, a enjuiciar con el método propuesto por Roxin, ni siquiera constituye un requisito mínimo para poder afirmar que el resultado es la realización de la lesión del deber de diligencia. La explicación que la teoría del incremento del riesgo ofrece del fenómeno estudiado es una explicación incorrecta. La concepción de la finalidad de las normas de cuidado como la restricción de determinados riesgos nos ayuda de nuevo en la prueba de la afirmación realizada.

Partiendo en el caso de la cocaína de que esta anestesia era igualmente peligrosa que la novocaína en relación a la muerte como consecuencia de la no involución de la glándula timolinfática, la teoría del incremento del riesgo, recordemos, ofrecía la siguiente explicación:

1. Para que el médico responda tiene que haber creado un riesgo mayor que el permitido.

2. Para constatar este requisito hay que determinar, teniendo en cuenta los factores concurrentes en el caso concreto tan sólo reconocibles *ex post*, qué riesgo habría creado el comportamiento correcto. Este será un riesgo permitido.

⁵³ RUDOLPHI, *JuS* 1969, p. 554; WOLTER, *Zurechnung*, p. 334; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 652; KÜPER, *Festschrift für Lackner*, p. 274. También actualmente Roxin acepta esta fundamentación (*StR, AT*, §11, Ns. 73, 77, p. 244).

⁵⁴ En este sentido se expresaba ya GIMBERNAT: "Las normas que imponen deberes de diligencia los imponen no para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado" (*Delitos cualificados...*, p. 136).

⁵⁵ GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*, p. 137.

3. Habrá que comparar el riesgo creado por el comportamiento imprudente y el que hubiera generado la conducta correcta. Si ambos coinciden, no podrá castigarse por consumación, pues el comportamiento imprudente realmente habrá generado un riesgo permitido, es decir, un número de posibilidades reales de lesión del bien jurídico igual al que hubiera dado lugar el comportamiento correcto.

4. Fundamentación normativa de esta explicación: la norma de cuidado —anestesiarse con novocaína— se ha mostrado ineficaz desde un punto de vista *ex post* para cumplir su objetivo: la reducción de riesgos.

Pues bien, partiendo de la precisión arriba realizada, esta argumentación se muestra incorrecta e incoherente: ni el comportamiento imprudente ha generado un riesgo permitido, ni la norma de cuidado lesionada es ineficaz en el caso concreto para la consecución de sus objetivos. ¿Cómo puede afirmarse al mismo tiempo que el fin de la norma vulnerada es limitar los riesgos a una determinada medida?: la medida del riesgo permitido, de lo tolerable, que la norma ha resultado ineficaz en el caso concreto para conseguir ese fin y que, no obstante, la conducta respetuosa con dicha norma habría creado un riesgo permitido. Si la conducta correcta crea un riesgo permitido en el sentido de posibilidades de producción del resultado que el legislador está dispuesto a tolerar, la norma habrá sido eficaz. Si la norma se demuestra *ex post* como ineficaz, la conducta correcta necesariamente habrá tenido que producir un nivel de riesgo mayor que el que se deseaba tolerar. Analicemos esta paradoja más detenidamente continuando con el ejemplo de la cocaína.

Actualmente el empleo de anestésicos se considera algo necesario y al mismo tiempo peligroso por la toxicidad de todo tipo de narcosis. De entre ellas la novocaína es el medio menos tóxico. La norma que obliga a anestesiarse con novocaína pretende reducir al mínimo los riesgos propios de la toxicidad de todas las anestésicas eficaces.

La conducta imprudente —utilización de la cocaína— ha aumentado el peligro de consecuencias lesivas por envenenamiento por utilización de narcóticos, ha incrementado el riesgo por encima del permitido (el que conlleva la utilización de novocaína). Tanto desde un punto de vista *ex ante* como desde una perspectiva *ex post*, el comportamiento imprudente ha incrementado el riesgo mencionado, ha generado, pues, un riesgo prohibido. Sin embargo, la muerte ha sido la realización no del riesgo inmanente a la cocaína, sino de otro peligro: el derivado de la extrañísima constitución física del paciente.

La norma vulnerada —anestesiarse con novocaína— tanto desde un punto de vista *ex ante* como *ex post* sigue siendo eficaz para la limitación de los riesgos que con ella se pretenden reducir: los propios de la mayor toxicidad de la cocaína; la norma no se convierte en ineficaz porque imprevisiblemente aparezca otro riesgo que la norma vulnerada no puede reducir —peligro de muerte por la especial peculiaridad física—. Puede ser cierto que la norma resulte inadecuada para la reducción de este riesgo, pero no es menos cierto que no se creó con esta finalidad.⁵⁶ Este extremo puede constatarse si tenemos en cuenta que, de haberse conocido la especial constitución física del paciente, el comportamiento correcto ya no hubiera consistido en operar con novocaína, sino posiblemente el no anestesiarse.

e. De la exposición anterior pueden extraerse una serie de conclusiones: ni la teoría tradicional, ni la del incremento del riesgo resuelven correctamente los supuestos de comportamiento alternativo conforme a derecho, ni describen convincentemente el nexo específico que ha de existir entre lesión del deber de cuidado y resultado. La crítica a ambas ha puesto de manifiesto que dicho nexo no puede ser correctamente configurado si se prescinde de un criterio eminentemente normativo: el fin de la norma de diligencia. Para que el resultado sea objetivamente imputable a un sujeto ha de constituir la realización del riesgo que la norma lesionada trataba de reducir o evitar. Lo que hubiera sucedido con el comportamiento hipotético correcto no posee ninguna trascendencia a efectos de la imputación objetiva del resultado. Esta última afirmación podrá sorprender, pero téngase en cuenta que no supone la negación de la necesidad de un nexo específico entre lesión del deber de cuidado y resultado. Este es necesario, pero en su configuración resulta irrelevante qué hubiera sucedido en el supuesto concreto con comportamiento que jamás se verificó: el conforme a derecho.⁵⁷

Imaginemos una variación del supuesto de los pelos de cabra. Éstos están ahora infectados con un bacilo normal para cuya extinción se estableció la obligación de desinfectarlos. Los desinfectantes estipula-

⁵⁶ Así, GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*, p. 139.

⁵⁷ En este sentido GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*, pp. 125, 130, 134. También declaran la irrelevancia de la inevitabilidad o no del resultado con el comportamiento alternativo conforme a derecho, JAKOBS, *AT*, §7, N. 72, p. 185; KRÜPELMANN, *GA* 1984, p. 503; RANFT, *NJW* 1984, p. 1425, aunque su oposición es en gran medida teórica, pues él mismo acude al comportamiento hipotético en las soluciones propuestas (pp. 1429-1430).

dos son perfectamente aptos para la consecución de dicho fin. Al igual que en el supuesto originario, el fabricante incumple este deber y entrega a las trabajadoras los pelos sin desinfectar; algunas de ellas se contagian y mueren. Posteriormente, se comprueba que, aunque el fabricante hubiere actuado correctamente, es decir, hubiese desinfectado previamente los pelos, los virus no habrían sido exterminados porque el desinfectante almacenado pertenecía a una partida defectuosa, siendo completamente ineficaz por un error en su elaboración, sin que este extremo sea atribuible, en modo alguno, al fabricante de nuestro ejemplo. Ante esta nueva formulación la teoría tradicional y la del incremento de riesgos reaccionarían ambas negando la imputación del resultado. Por el contrario, entiendo que habría que castigar. Seguramente sorprenderá esta afirmación. Cuando se constata con seguridad que el resultado también se hubiera producido con la conducta diligente prácticamente nadie duda en excluir la imputación objetiva del resultado. Esta postura resulta perfectamente explicable si tenemos en cuenta cómo la relevancia del comportamiento alternativo correcto nace unida a la necesidad de un nexo específico. Se parte, de una forma más bien intuitiva, de la necesidad de una especial unión entre resultado y lesión del deber objetivo de cuidado, relación que no se sabe con claridad cómo ha de ser definida, si bien se cree saber cuando no concurre: cuando el comportamiento alternativo correcto también hubiera causado el resultado. Con esto se piensa haber obtenido un punto de partida seguro para la configuración del nexo de riesgo: hay que buscar la idea que permita justificar por qué el sujeto no responde cuando el resultado también se hubiera producido con la conducta correcta. Este principio será la evitabilidad o el incremento del riesgo. En esta forma de proceder encontramos la explicación de que el problema del nexo nazca y se mantenga unido a la relevancia de lo que hubiera sucedido —evitabilidad del resultado o disminución del riesgo— con el comportamiento correcto.

Sin embargo, la necesidad de un nexo no conlleva de manera inexorable la relevancia del comportamiento alternativo. Podrá afirmarse que el resultado es la realización de la lesión del deber de diligencia a pesar de que en el caso concreto el comportamiento correcto no habrían evitado la lesión o habría generado un riesgo igual al que el comportamiento imprudente creó. Lo contrario también es posible: puede excluirse la imputación objetiva a pesar de la constatación de la evitabilidad o del aumento del riesgo. Lo decisivo será si el resultado

es de aquellos cuya producción la norma de cuidado tenía por misión evitar o reducir.

A diferencia del supuesto originario, en la variante propuesta de los pelos de cabra se ha producido un resultado consecuencia de un riesgo que la norma sí quería evitar o disminuir —el que las trabajadoras se contagiasen con el bacilo que previsiblemente podía esconderse en los pelos de cabra—, lo que ocurre es que dadas las circunstancias concretas del caso —el mal estado del desinfectante—, la observancia de la norma hubiera resultado ineficaz en este supuesto particular para conseguir la finalidad que tenía encomendada. Es imprescindible no confundir los extremos expresados: la finalidad de la norma con la aptitud de la misma en el caso concreto para conseguir sus objetivos. Veamos otro ejemplo: un médico prescribe a un paciente una dosis mayor que la que establece la *lex artis* de un medicamento muy fuerte —por ejemplo, en vez de una cápsula le indica que ha de tomarse tres—. El enfermo sigue estas instrucciones y muere. Las posteriores investigaciones ponen de manifiesto que, posiblemente por un error de laboratorio, las píldoras contenían un veneno mortal que nada tenía que ver con la composición del fármaco, habiendo muerto el paciente a consecuencia de dicho veneno con la ingestión de una sola píldora. A diferencia de las teorías de la evitabilidad y del incremento del riesgo, pienso que el que el sujeto hubiera muerto o no con el veneno que contenía una de las cápsulas es completamente irrelevante. Aún en el supuesto de que una sola no fuera suficiente para producir la muerte, el médico no responderá por homicidio imprudente, pues el evitar o reducir este tipo de riesgos o este tipo de resultados será la finalidad de la reglamentación donde se establezcan las pautas por las que ha de regirse la elaboración de medicamentos, pero, en modo alguno, es la finalidad del deber de prescribir una dosis adecuada. El médico no responderá por homicidio imprudente pues si bien su conducta es disvaliosa en relación a este tipo, no puede hablarse de desvalor del resultado porque éste no es la realización de la peligrosidad por la cual su conducta estaba prohibida. Por el contrario, tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado y, por tanto, la imputación a efectos del tipo homicidio han de afirmarse en el caso en que el paciente muera a consecuencia de la toxicidad propia del medicamento y ello aunque probablemente el paciente, dado lo deteriorado de su estado físico, no hubiera resistido la dosis adecuada, siendo éste el tratamiento correcto para su enfermedad. En este caso el médico responderá, pues el resultado ha

sido la materialización del riesgo que la obligación omitida trataba de disminuir o de excluir: limitar los riesgos propios de la toxicidad del fármaco, éstos se han incrementado en la medida que la dosis prescrita era mayor que la necesaria. Esta postura es hoy en día absolutamente minoritaria, pues la práctica totalidad de los autores se adhieren bien a la teoría de la evitabilidad, bien a la del incremento del riesgo, siendo para ambas imprescindible el comportamiento correcto hipotético, bien sea para constatar la evitabilidad del resultado, bien para probar el aumento del peligro.

c. *“El fin de la norma” como criterio para la constatación de la realización del riesgo*

Como se ha adelantado en el epígrafe anterior, el rechazo de la relevancia de los comportamientos hipotéticos correctos no significa negar la necesidad de un nexo específico entre lesión del deber y resultado que vaya más allá de la simple relación de causalidad. En qué ha de consistir este nexo también lo hemos adelantado: tan sólo podrá hacerse responder a un sujeto por la causación de un resultado cuando éste suponga la materialización del riesgo que la norma infringida trataba de impedir y que convertía la conducta en disvaliosa. A esta idea o criterio puede denominársele “fin de la norma”.⁵⁸ No se trata de ofrecer una fórmula cuya aplicación nos permita automáticamente obtener el resultado correcto para cada uno de los múltiples supuestos problemáticos que en sede de “realización del riesgo” suelen plantearse. Las “fórmulas mágicas” del tipo de la *conditio sine que non* parecen estar condenadas al fracaso. Se trata más bien de delinear una forma de proceder en el análisis y solución de los supuestos conflictivos, mediante el establecimiento de unas ideas básicas que no han de ser perdidas de vista en la valoración normativa de lo sucedido.

En sede de “realización del riesgo en el resultado” se plantean numerosos problemas o constelaciones de problemas de estructura aparentemente muy diversa —los denominados “cursos causales anómalos” o “desviaciones del curso causal”, la problemática del “Regreßverbot”, los ya analizados supuestos del “comportamiento alternativo correcto”, etcétera—. Para la solución de éstos se suele seguir el método típico del

⁵⁸ Actualmente son pocos los autores que prescinden de este criterio. Sin embargo, el contenido y papel que se le atribuye varía notablemente. La confusión al respecto es inmensa. Nosotros utilizaremos el “fin de la norma” como criterio para la determinación del nexo entre resultado y lesión del deber de cuidado.

pensamiento problemático, consistente en reconducir los diferentes casos a grupos, en consideración a sus caracteres comunes para, a partir de ahí, elaborar criterios para su resolución. Ello ha dado lugar a un maremagnum de criterios y a un casuismo desesperante. Sin embargo, creo en la posibilidad de un principio general que sirva para la resolución de estos problemas y que nos permita dotar de un hilo de unión a los diferentes grupos conflictivos de casos que en esta sede hallamos.

Punto de partida para ello es percatarse de que la disparidad entre las constelaciones de supuestos que en esta sede se plantean es tan sólo aparente: ¿cómo pueden ser tan diferentes entre sí cuando en todos estos grupos de casos se cuestiona el mismo problema: si el resultado es realmente la realización del riesgo propio de la lesión del deber. Si a pesar de que un sujeto ha llevado a cabo una conducta peligrosa que hace temer la producción del resultado típico, como de hecho sucede, no obstante, este resultado no es reconducible a ese riesgo creado por el autor, ello sólo puede deberse a que en la producción de la lesión ha influido otro riesgo u otro factor de riesgo o, si se prefiere, otra condición que no ha sido contemplada a la hora de calificar la conducta del autor como imprudente. El segundo factor de riesgo puede haber sido generado por la conducta del autor o ser independiente de ésta. Se tratará, pues, de un *problema de concurrencia de diferentes riesgos en el mismo curso causal que condujo a la lesión*.⁵⁹ En primer lugar será necesario saber lo realmente sucedido, es decir, determinar qué riesgos han concurrido en el curso causal y el papel que cada uno de ellos ha jugado en la producción del resultado. Ahora bien, del análisis fáctico de lo realmente acontecido no puede extraerse de manera automática una conclusión sobre la existencia o no de relación de riesgo. Será necesario decidir si el riesgo determinante del resultado es *normativamente reconducible* a la conducta del sujeto, de tal manera que podamos decir que ha sido imprudente o dolosamente creado. Con ello se simplifica bastante el problema de la realización del riesgo en el resultado, puesto que es reconducible en gran medida al problema de su creación. Imaginemos que un sujeto ha lesionado con su conducta un deber genérico de cuidado —limpia su escopeta sin haberla descargado previamente. Se dispara un tiro que hiere gravemente a la persona que le acompañaba. La víctima muere en el hospital a consecuencia de una gripe allí contraída, que adquiere efectos mortales dada la debilidad del lesionado por las heridas iniciales—. Para determinar si ese concreto

⁵⁹ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1984, p. 369.

resultado es de aquellos que la norma de cuidado tenía por finalidad impedir o disminuir habrá que decidir si la norma de diligencia vulnerada por A —que obliga a descargar la escopeta antes de limpiarla— tenía por finalidad la evitación de un resultado tal y como el que tuvo lugar, de un riesgo como el que de hecho se realizó en la lesión; tendremos que decidir si el deber de cuidado lesionado sólo quería evitar el riesgo de muerte como consecuencia directa de las heridas o también el consistente en un favorecimiento de los efectos letales de una gripe. Esto es igual que preguntarnos si este último riesgo puede calificarse de riesgo jurídicamente relevante, es decir, si su creación fue imprudente. Para decidir esta cuestión habrá que acudir a los principios que deciden cuando un comportamiento puede ser calificado de disvalioso, lesiva del deber objetivo de cuidado, como la idea de previsibilidad, el concepto de riesgo permitido o el principio de confianza. Evidentemente existe un deber genérico de cuidado que prohíbe incrementar el peligro de morir de gripe por encima de aquel al que cualquier persona está sometida, pero para que dicho deber pueda considerarse vulnerado es necesario que se den los presupuestos necesarios de cualquier lesión del deber de diligencia objetivamente debido, los requisitos para que una conducta pueda ser calificada de imprudente, siendo uno de ellos la previsibilidad concreta del riesgo, en el sentido de que no se puede castigar a un sujeto por la creación de un riesgo que era imprevisible fuera unido a su conducta. Por supuesto que existirán casos en los que la creación de semejante riesgo pueda fundamentar la imputación objetiva del resultado, por ejemplo, la madre que en pleno invierno saca a pasear a su hijo pequeño, afectado por la gripe sin abrigarlo mínimamente, o, una vez afectado por la infección gripal omite los cuidados y medicamentos prescritos por el médico. Sin embargo, estos casos poco tienen que ver con nuestro ejemplo. En ellos cualquier persona mínimamente prudente podía haber pronosticado como probable un aumento de los efectos dañinos de la gripe como consecuencia de la conducta de la madre. En el ejemplo discutido ello era impronosticable, por lo que sería evidentemente injusto valorar ambos supuestos de la misma manera. El sujeto de nuestro ejemplo deberá responder, por lo tanto, por las lesiones imprudentemente causadas, pero nunca por un homicidio culposo. Por lo dicho debe calificarse de incorrecta la afirmación de Rudolph de que “el ordenamiento jurídico no puede tolerar que alguien —de cualquier manera (auf welcher Art immer)— fundamente un riesgo de infección gripal que exceda de la

medida normal de la vida social".⁶⁰ Sería necesario precisar: no es cierto que el ordenamiento jurídico pueda prohibir *cualquier forma* de creación o aumento de dicho riesgo. Ello sería tanto como decir que puede prohibir el establecimiento de cualquier condición del resultado. Más bien, al contrario, las normas penales sólo pueden prohibir la creación de un riesgo en tanto en cuanto pueda objetivamente preverse unido a la acción.

O imaginemos el supuesto en el que un vehículo adelanta a otro sin que exista espacio suficiente para hacerlo holgadamente y vuelve bruscamente a colocarse delante del coche adelantado *sin dejar la separación* entre ambos que preceptúa el artículo 30 de la Ley de Seguridad Vial española —el doble de la del vehículo dejado atrás—. Semejante maniobra asusta al conductor adelantado que sufre un infarto y muere. Evidentemente el autor de la maniobra de adelantamiento descrita ha actuado imprudentemente. Pero ni de la interpretación teleológica, ni sistemática, etcétera, del mencionado artículo, ni de ningún otro que regula los adelantamientos, puede deducirse que el fin de la norma infringida sea reducir los riesgos de infarto, y ello, entre otras razones, por tratarse de una norma inserta en un cuerpo normativo que lo que pretende es reducir los riesgos propios de la actividad que regula, a los que evidentemente no pertenece el peligro de sufrir un paro cardíaco.⁶¹ El conductor ha crado, por tanto, dos riesgos diferentes: el de colisión con el vehículo adelantado, que es precisamente el que la norma infringida trataba de evitar y que no se ha realizado en el resultado, y el de provocar un infarto en el conductor adelantado. Este último acabamos de decir que no es reconducible a la infracción del artículo 30 de la Ley de Seguridad Vial, pero ¿podría reconducirse a la lesión de un deber genérico de cuidado deducido directamente del tipo homicidio? En principio, no, pues falta el primer requisito para poder afirmar la lesión de dicho deber: la previsibilidad del resultado típico.

Con el planteamiento esbozado en estas páginas creo que el problema de la imputación objetiva del resultado se simplifica notablemente. Y es desde esta perspectiva como pienso que podría abordarse el entendimiento y en su caso crítica de la casuística regulacion que del homicidio ofrece el Código Penal federal.

⁶⁰ RUDOLPHI, *JuS* 1969, p. 555, con subrayado nuestro.

⁶¹ En este sentido, ROXIN, *AT*, §11, N. 67, p. 241.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, Parte General, Madrid, 1990.
- BAUMANN, J. y WEBER, U., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9ª ed., Bielefeld, 1985.
- BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Aalen, 1964 (nueva reimpresión de la edición de Tübingen, 1906).
- BURGSTALLER, M., *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besondere Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssache*, Wien, 1974.
- BURI, *Über die Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español*, Parte General, Barcelona, 1986.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, Parte General I, 3ª ed., Madrid, 1985.
- COBO DEL ROSAL/VIVES, Antón, *Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Valencia, 1987.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.
- ENGISCH, K., *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.
- ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Aalen, 1964 (reimpresión de la edición de Berlín, 1930).
- FRISCH, W., *Tatbeständmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.
- HONIG, R., *Kausalität und objektive Zurechnung*, en Festschrift für Frank, t. I, Tübingen, 1930, pp. 174 y ss.
- JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 1983.
- KRÜPELMANN, J., *Zur Kritik der Lehre von Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten*, en GA, 1984, pp. 491 y ss.
- KÜPER, W., *Überlegungen zum sogenannten Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt*, en Festschrift für Lackner, Berlin-New York, 1987, pp. 298 y ss.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ PIÑEIRO, R., *Derecho Penal*, Parte General, 1986.

- MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S., *La perspectiva ex ante en Derecho penal*, en ADPCP, 1988, pp. 5 y ss.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal*, Parte General, 3ª ed., Madrid, 1990.
- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Valencia, 1989.
- MÜNZBERG, W., *Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt, am Main, 1966.
- TOLEDO Y UBIETO E., Octavio de/HUERTA TROCILDO, S., *Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, 1986.
- OTTO, H., *Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung in StR.* OLG, Hamm, en NJW, 1973, pp. 1422 y ss.; también en JuS, 1974, pp. 702 y ss.
- PUPPE, I., *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse der Risikoerhöhungsprinzips*, en ZStW 95 (1983), pp. 287 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal*. Parte General, Barcelona, 1986.
- RANFT, O., *Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom "rechtmäßigen Alternativverhalten"*, en NJW, 1984, pp. 1425 y ss.
- ROXIN, C., *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, en *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 181 y ss., traducido por Luzón Peña.
- ROXIN, C., *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, en *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 149 y ss., trad. por Luzón Peña.
- ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 1989, pp. 237 y ss.
- RUDOLPHI, H.-J., *Voraussehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, en JuS, 1969, pp. 546 y ss.
- RUDOLPHI, H.-J.; HORN, E. y SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Frankfurt am Main, 1988.
- SAMSON, E., *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt. a. M., 1972.
- SCHAFFSTEIN, F., *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht. Insbesondere bei der Beihilfe*, en *Festschrift für Honig*, Göttingen, 1970, pp. 169 y ss.
- SCHLÜCHTER, E., *Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbestände*, en JA, 1984, pp. 673 y ss.

- SCHMIDHÄUSER, E., *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, en *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975, pp. 129 y ss.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1984.
- SCHROEDER, F.-C., *Comentarios al § 16 StGB*, en *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., Berlin-New York, 1985.
- SCHÜNEMANN, B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, en *JA*, 1975, pp. 432 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Aberratio ictus" e imputación objetiva, en *ADPCP*, 1984, pp. 347 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, en *ADPCP*, 1987, pp. 415 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Límites en la responsabilidad por imprudencia*. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 27 de enero de 1984), en *La Ley*, 4, 1984, pp. 1045 y ss.
- SPENDEL, G., *Die Kausalitätsformel der Bedingungslehre für die Handlungsdelikte*, Herborn, 1948.
- STRATENWERTH, G., *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, en *Festschrift für Gallas*, Berlin-New York, 1973, pp. 227 y ss.
- TORIO LÓPEZ, A., *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en *ADPCP*, 1986, pp. 33 y ss.
- TORIO LÓPEZ, A., *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma en Estudios penales y criminológicos*, t. X, Santiago de Compostela, 1985-1986, pp. 381 y ss.
- TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 2ª reimpression de la edición de 1904, Marburg, 1927.
- ULSENHEIMER, K., *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965.
- WEIZEL, H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 4ª ed., Berlín, 1954; 5ª ed., Berlín, 1956; 11ª ed., Berlín, 1969.
- WEIZEL, H., *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* Barcelona, 1964, trad. y notas de Cerezo Mir.
- WEIZEL, H., *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961.
- WESSELS, J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17ª ed., Heidelbergh, 1987, 18ª ed., Heidelbergh, 1988.

- WOLTER, J., *Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeit*, en *GA*, 1977, pp. 257 y ss.
- WOLTER, J., *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem der objektiven Zurechnung. Zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, en *ZStW* 89 (1977), pp. 649 y ss.
- WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung*, Berlin, 1981.