

ALICIA GIL GIL

**Profesora titular de Derecho penal
Universidad Nacional de Educación a Distancia.
Madrid**

**Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la
determinación de la norma de cuidado y los
criterios de imputación objetiva**

Las siguientes líneas no pretenden constituir un estudio exhaustivo de los diferentes criterios de imputación objetiva elaborados por la doctrina para la determinación del tipo del delito imprudente, sino, por el contrario, suponen una mera reflexión sobre la utilidad de dicha elaboración cuando se parte de una concepción de lo injusto diferente a la que fundamenta la necesidad de todos esos criterios¹. En mi opinión los criterios de

1 Personalmente asumo una concepción dualista de lo injusto que aúna desvalor de acción y desvalor de resultado y en la que la antijuridicidad vendría determinada por la infracción de normas de determinación destinadas a la protección de bienes jurídicos: prohibiciones de realizar acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos (delitos dolosos de acción) o que encierran en sí el peligro de dicha lesión (delitos imprudentes de acción) o mandatos que ordenan la realización de acciones para evitar las lesiones de bienes jurídicos (en el caso de los delitos de omisión) -CEREZO, Curso de Derecho penal Español, I, 5ª ed., p. 37. Lo injusto completo queda constituido por la suma del desvalor de acción (que puede estar integrado por el dolo o la imprudencia, otros elementos subjetivos de lo injusto, infracción de deberes especiales, modo, forma o grado de desarrollo de la acción, grado de peligrosidad de la misma) y por el desvalor del resultado (lesión o peligro del bien jurídico), cuya pertenencia a lo injusto tienen su fundamento, además de en el Derecho positivo, en los juicios de valor que constituyen el presupuesto lógico de las normas y sin los cuales éstas carecerían de sentido, pues la norma es solo un instrumento de protección de bienes jurídicos -CEREZO, *Curso... II*, 6ª ed., pp. 154 y ss. y 186 y ss.-. El desvalor de resultado puede faltar cuando el legislador ha decidido castigar injustos parciales, como por ej. en el caso de la tentativa, los delitos de peligro abstracto -CEREZO, *Curso... II*, pp.154-155, GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, pp. 162 y ss. y 175 y ss., la misma, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, 2002, pp. 61 y 107 y ss.

imputación objetiva elaborados por la doctrina para la delimitación tanto de los tipos dolosos como de los imprudentes provienen de la concepción, aquí no compartida, de que el tipo del delito doloso y el del delito imprudente coinciden en la exigencia de la creación de un riesgo no permitido² y en la equiparación también aquí rechazada de las normas subyacentes a los delitos dolosos y a los imprudentes con la consiguiente afirmación de que las normas de conducta en que se basan los tipos penales sólo se dirigen contra aquellas acciones que no se encuentran en el marco del riesgo permitido o que sobrepasan la medida de dicho riesgo³. Estas afirmaciones se derivan a su vez con frecuencia de determinadas conclusiones extraídas de la concepción de la norma como norma de determinación, que considero equivocadas, como por ej. la afirmación de que si la norma pretende motivar al ciudadano sólo pueden prohibirse con sentido aquellas conductas que *ex ante* aparecen como peligrosas para el bien jurídico⁴, y/o en una, en mi opinión también mal entendida, idea del principio

2 FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, p. 67 y pp. 95 y ss.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, PG, 4ª ed. Akal, Madrid, 1997, pp. 191-192. En la construcción de JAKOBS la imputación objetiva del comportamiento depende de la desviación de aquellas expectativas referidas al sujeto como portador de un rol -*La imputación objetiva*, pp. 20 y ss. y en el mismo sentido su discípulo LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, UEC, Bogotá, 1995, p. 67-, lo que es lo mismo que decir que el riesgo no permitido es aquel que sobrepasa los límites del rol, aquel que sobrepasa las expectativas normativas asignadas a una determinada posición.

3 RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, UEC, Bogotá, 1998, p. 31.

4 En esta línea argumenta MIR PUIG, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1994, p. 7 y ss. Aunque en la 5ª edición de su Derecho penal PG, ha relajado algo sus afirmaciones al respecto, sigue fundamentando en la concepción imperativa de la norma la exigencia de peligrosidad para afirmar la antijuridicidad -véanse las pp. 553 y ss.-. En mi opinión la falta de motivabilidad no excluye lo ilícito sino la culpabilidad y la comprensión de las normas como normas de determinación no implica la concepción contraria. Sobre ello en detalle y sobre las incorrecciones de la posición de MIR PUIG en particular véase mi Proyecto docente y de investigación, (inédito) UNED, Madrid, junio 2001, pp. 108 a 119.

de respeto al fuero interno⁵, que ha llevado a algunos autores a afirmar que una concepción del desvalor de acción que se fundamenta (sea o no de manera exclusiva) en el desvalor de intención, iría en contra de tal principio⁶. Esta afirmación es errónea, pues, en primer lugar, estos argumentos y estas concepciones desconocen que la acción es una unidad causal-final que no puede ser escindida⁷. Y en segundo lugar, es imposible determinar la peligrosidad de una tentativa inacabada sin tener en cuenta la voluntad de actuar del sujeto (el dolo)⁸. El criterio de la peligrosidad de la acción es incapaz de sustituir al dolo en la fundamentación de lo injusto. Pero el argumento esencial para demostrar esto y con ello para descartar el criterio de la peligrosidad como

- 5 Véase sobre la relación entre estas concepciones y la doctrina de la imputación objetiva MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva*, p. 33 y pp. 61 y s. y 73 y ss.
- 6 Así por ej. JAKOBS, G., "Criminalización ..." en *Fundamentos del Derecho penal*, Ad Hoc, 1996, p. 208 y ss., FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, pp. 70- 71; MIR, PG, 5^a, p. 233 y s., marg., 54; GIMBERNAT, "¿Qué es la imputación objetiva?" en *Estudios Penales y Criminológicos (EPC)*, X, pp. 181 y ss.
- 7 RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bosch, 2001, p. 159.
- 8 Véase CEREZO MIR, *Curso II*, p. 125. Para quien defiende que no deben castigarse los "malos propósitos del autor", sino sólo las conductas peligrosas no debería bastar una mínima apariencia delictiva -GIMBERNAT, EPC, X, pp. 181-, sino que tampoco se debería castigar por ej. por homicidio ninguna conducta de la que externamente -sin tener en cuenta los propósitos del sujeto- no pudiese afirmarse que era capaz de producir la muerte. Pero si tuviésemos que esperar a que la conducta tuviese la apariencia exterior delictiva necesaria para no tener en cuenta los propósitos del autor a la hora de prever el resultado sólo podríamos castigar las tentativas acabadas lo que sin duda es contrario a nuestra legislación, y las tentativas inacabadas de homicidio, por ej., sólo podrían castigarse en su caso como delitos consumados o tentativas acabadas de lesiones. Sobre el concepto de peligro y sobre la incoherencia de quienes en una posición "aparentemente objetivista" exigen lesión o peligro del bien jurídico para afirmar la antijuridicidad y quieren, sin embargo, castigar tentativas inacabadas y actos preparatorios véase GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 109 y ss., en especial nota 274 o mi Proyecto docente y de investigación, (inédito), UNED, 2001, pp. 150 a 154.

fundamento de lo injusto no es que éste último deba incorporar necesariamente el dolo por deber tener en cuenta los conocimientos del sujeto⁹, (ya que sólo se tienen en cuenta los conocimientos, no las representaciones que no se ajustan a lo realmente

9 Opina RUEDA MARTIN, M. A., *La imputación objetiva del resultado...* pp. 161 y ss. y 167 y ss., que el criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la acción debe incorporar el dolo necesariamente a su propio juicio al incluirse en él los conocimientos especiales del autor. En contra de la idea de que los conocimientos especiales del autor determinen el propio tipo objetivo al influir en el criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la acción haciendo que por lo tanto, como decía STRUENSEE, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales 1987, 423 y ss., la imputación objetiva no sea tan objetiva como sus partidarios defienden, responde FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 85 y 98 a 102 y 138-139, que el conocimiento especial por parte del autor de determinados puntos de referencia es “una circunstancia personal de carácter objetivo determinante para la desaprobación de la creación de un peligro”. El conocimiento de elementos de peligro que los demás desconocen fundamentaría la expectativa de que el sujeto los considere en la orientación de su conducta, pero ello no significaría una referencia al dolo pues es indiferente lo que el sujeto piense en el momento del hecho - “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p. 56-. Ello no cambia el hecho, sin embargo, de que para el nacimiento del deber (o para la constatación de un peligro desaprobado) haya que acudir a los conocimientos del sujeto, pero esto puede suceder en la construcción de estos autores tanto en el delito doloso como en el imprudente. Personalmente he rechazado que los conocimientos especiales del autor determinen un cambio en la norma de cuidado infringida cuando ésta viene regulada explícitamente para la situación típica realmente dada –véase infra en el texto-, por lo que tampoco comparto la idea de que sea el conocimiento especial de elementos de peligro lo que fundamente en los delitos imprudentes un deber de cuidado especial, pero también es cierto que en los casos de ausencia de regulación explícita de la norma de cuidado la misma ha de concretarse entre otros criterios con el de la previsibilidad objetiva que incorpora los conocimientos del autor. La identificación del “riesgo objetivamente desaprobado” no es, efectivamente, “objetivamente identificable”, salvo que se excluyan los conocimientos especiales que no puedan esperarse del rol ejercitado por el autor en el momento del hecho, como hace JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 62 y ss., lo que le lleva a la conclusión, en mi opinión desafortunada, de excluir la imputación del resultado y castigar sólo por omisión de socorro en tales casos, o salvo que el juicio de previsibilidad incorpore datos no cognoscibles *ex ante* por un espectador objetivo. En tal caso, sin embargo, el ámbito de la tentativa punible resultaría drásticamente limitado, pues se excluirían todas

existente, estos conocimientos también se tienen en cuenta en la imprudencia y además desde nuestra concepción el dolo no se limita a las representaciones del autor sino que incorpora también un elemento volitivo -que no existe en cambio en la imprudencia-), sino el de que de ninguna manera se puede evitar la apelación al elemento subjetivo en la fundamentación de lo injusto (y de la

las tentativas que en el momento de iniciarse aparecieran como inidóneas por la concurrencia de una circunstancia que sin embargo no era cognoscible en aquel momento pero sí *ex post*, y sólo serían punibles aquellas que comienzan como idóneas pero durante su realización surge una circunstancia nueva que las frustra. Esta solución resultaría desaconsejable (además de que dependiendo del número de datos que incorporemos esa circunstancia “nueva” aparecerá como nueva o como existente desde un principio, por ej.: si añadimos el dato de que el dueño de la casa tiene un sueño ligero, el hecho de que se despierte en mitad del intento de robo sin violencia ni intimidación no aparece como una circunstancia nueva sino que el sueño ligero del dueño convierte a la tentativa de robo en inidónea desde el principio; si añadimos el dato de que en las condiciones atmosféricas posibilitan las ráfagas súbitas de viento en la zona, la tentativa de alcanzar a la víctima con una flecha deja de ser peligrosa, si contamos con que el inmigrante estaba despierto y tenía acceso a la puerta situada en el extremo contrario a aquél por el que fue prendida fuego la chabola la tentativa de quemarle es inidónea desde el principio, si tenemos en cuenta que el helicóptero de la policía tenía previsto su vuelo sobre el banco, la tentativa de robo sería inidónea desde el principio, aunque la policía viera a los ladrones cuando estos ya habían comenzado la ejecución del delito -en contra de la afirmación de MIR PUIG, “Sobre la punibilidad...”, p. 31 y p. 41- con lo que resulta cierto que *ex post* toda tentativa es inidónea -CEREZO, Curso III, p. 204-). La solución más adecuada es estimar que para evaluar la peligrosidad *ex ante* de la acción deberán tenerse en cuenta las representaciones del autor y sólo podrán descartarse aquellos datos o situaciones concretas representadas en la mente del autor cuya verdadera concurrencia rechazaría un observador imparcial en un juicio *ex ante* como absolutamente improbable, pero no aquellas otras que el autor tiene y el observador imparcial no habría tenido si no incorporamos a su juicio los conocimientos del autor pero cuya existencia sin embargo este observador imparcial tampoco puede rechazar en ese juicio *ex ante*. De ese modo se convierten en peligrosas y por lo tanto en tentativas idóneas los ejemplos de quien dispara a un bulto en una cama pensando que es la víctima cuando un observador imparcial no podría haber reconocido *ex ante* que no lo era, y demás ej.: propuestos por CEREZO MIR, Curso III, p. 204. El criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la acción deberá así incorporar las representaciones del autor (pero también la determinación de la norma de cuidado no regulada explícitamente en el delito imprudente) y la

peligrosidad) de la tentativa inacabada¹⁰. Por otra parte estas concepciones que fundamentan lo injusto en la peligrosidad o en la creación de un riesgo desaprobado se encuentran luego con la dificultad de explicar cómo es posible entonces que el dolo, elemento ajeno a tal fundamento, haga variar el contenido de injusto, o incluso cómo se explica su propia pertenencia al tipo, sin que por lo general la respuesta a esta cuestión permita mantener su inicial pretensión de que el tipo objetivo es idéntico para el delito doloso y para el imprudente¹¹.

figura del observador imparcial servirá únicamente para restringir el tipo objetivo del delito doloso excluyendo la peligrosidad y por lo tanto la realización del tipo en los casos en que el observador imparcial descartaría *ex ante* como absolutamente improbable la concurrencia de dichas representaciones.

10 El criterio de la peligrosidad objetiva viene así a restringir el ámbito de los tipos dolosos, pero en ningún caso exime de la constatación del dolo, verdadero fundamento de lo injusto de los delitos dolosos. Con esta interpretación el criterio de la peligrosidad objetiva no puede entenderse como el elemento fundamentador de lo injusto, como esencia de la antijuridicidad, sino sólo como un criterio limitador por razones de política criminal, que al limitar cofundamentará lo injusto. Su inclusión en el Código penal español no obliga a cambiar la concepción de lo injusto pues otros preceptos, como el que establece el castigo de la tentativa inacabada, no nos permiten mantener un concepto de injusto cuya esencia radique en la peligrosidad objetiva (sin tener en cuenta el elemento subjetivo de la acción). La peligrosidad de la acción se integrará por tanto en lo injusto como un elemento más para graduar el desvalor de la acción, con tal relevancia que un desvalor de acción que no alcance determinada peligrosidad no resulta punible por decisión del legislador, pero ello no obliga a renunciar a una concepción de lo injusto como infracción de la norma protectora de bienes jurídicos para sustituirlo por la concepción de lo injusto como creación de peligros, pues como hemos visto esta concepción no es sostenible. En contra de la oportunidad de esta limitación de lo injusto punible en los delitos dolosos mediante el criterio de la peligrosidad véase CEREZO, *Curso*, II, p. 105 y RUEDA, *La imputación objetiva del resultado...*, pp. 196 y ss., en especial p. 206 y 207.

11 El argumento de MIR PUIG, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 1994, p. 16; PG, p. 142, marg. 56, de que en los delitos dolosos la peligrosidad para el bien jurídico es mayor que en los imprudentes no resulta en absoluto convincente: que el disparo tenga más o menos posibilidades de acertar a un órgano vital y producir la muerte no depende del dolo del sujeto, sino de la forma en que apunta, lo que es observable por un espectador externo sin necesidad de conocer las intenciones del sujeto. El sujeto puede disparar con

Desde la concepción aquí sustentada la mayoría de los ejemplos incluidos en los distintos criterios de imputación objetiva

la intención de matar y errar el tiro porque al temblarle el pulso finalmente apretó el gatillo cuando dirigía su arma hacia el hombro de la víctima, y puede también disparar sin la intención de matar, sino sólo de advertir, con tal mala fortuna de que tropezó en el momento en que iba a disparar y la bala salió cuando la pistola apuntaba directamente al corazón de la víctima. En ambos casos el observador imparcial habrá podido observar la dirección de la pistola en el momento en que se aprieta el gatillo y por lo tanto juzgar como más peligrosa (con mayores posibilidades de lesión del bien jurídico vida) la segunda acción que la primera y la intención o falta de intención del sujeto para nada han modificado la peligrosidad de la acción. Por otra parte, según esta fundamentación el dolo y la imprudencia sólo serían relevantes para lo injusto en la medida en que aumentan la peligrosidad de la conducta, siendo finalmente sólo ésta el elemento esencial y no aquellos, y al haberse incluido ya el conocimiento del sujeto en el juicio de peligrosidad objetiva-subjetiva, ese posible aumento de la peligrosidad ya ha sido tenido en cuenta -véase al respecto la acertada crítica de RUEDA MARTÍN, *La imputación objetiva del resultado...*, pp. 169 y ss. Además, el propio MIR reconoce lo falso de este argumento al tratar el "caso Thyren", donde admite que un riesgo insignificante debe llevar a la imputación del resultado si se actúa con dolo pero excluirlo si se actúa de modo imprudente (el dolo no ha hecho crecer el riesgo insignificante!) -PG, 5ª, pp. 233 y s., margs., 52 y ss., y en el mismo sentido CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 63, admite directamente que el dolo no aumenta la probabilidad de lesión sino la "idoneidad" del riesgo (refiriéndose a su relevancia penal)-. Con esta solución se está admitiendo al mismo tiempo la diferencia del tipo objetivo del delito doloso y el imprudente (el riesgo permitido en el primero es menor que en el segundo). Comparte la opinión de que el dolo aumenta la peligrosidad GIMBERNAT, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1990, fasc. II, p. 430. En contra de la misma véase JAKOBS, DP, p. 312, marg. 5, LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 244 y s., nota 23. La solución de estos últimos autores no está sin embargo exenta de problemas. Ambos fundamentan la diversidad valorativa que merece el dolo frente a la imprudencia en su mayor trascendencia desde el punto de vista de la vigencia de la norma. En la construcción de LAURENZO, sin embargo, ello supone fundamentar un aumento de injusto en un elemento extraño al propio contenido de la norma, pues no es posible entender que la norma protege bienes jurídicos y al mismo tiempo se protege a sí misma. Ni siquiera si se argumenta, como hace esta autora, que el comportamiento doloso pone en entredicho las propias valoraciones de la norma, creando así una mayor inseguridad para el conjunto de los bienes por ella tutelados. Dicha "teórica" mayor inseguridad no es

todavía el objeto de la norma, sino solamente un efecto de la infracción de la misma, externo, por lo tanto, al contenido de dicha infracción, en resumen, algo distinto al contenido de lo prohibido. (SILVA ha intentado - “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? en *Modernas Tendencias en el Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 573 y ss.- aunar las concepciones de la norma de determinación y la norma como re-estabilización de expectativas, pero ello en mi opinión no es posible, pues la norma de determinación es la norma primaria, pero la norma primaria no puede protegerse a sí misma, garantizar su propia vigencia, lo que re-estabiliza la expectativa es la sanción, que para mí no es una norma secundaria sino la consecuencia jurídica del delito. Pero aunque se entienda como norma secundaria su destinatario sería el juez -Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992, p. 360- y no la sociedad como debería serlo si se tratase de la re-estabilización de expectativas. En todo caso sólo se podrían aunar ambas concepciones como funciones de la ley penal, pero no de la norma en sentido estricto). Pero aunque se aceptara la argumentación de LAURENZO, o aunque se partiera de la posición de JAKOBS para quien el contenido de las normas penales es exclusivamente la protección de la vigencia de la norma, no se podría argumentar que el delito doloso cuestiona la vigencia de una misma norma más que el imprudente. En primer lugar porque desde una concepción normativa del dolo como la que este autor defiende - PG, pp. 327, marg. 23 y 333, margs. 30 y ss.-, ese argumento carece de toda fuerza: Si son la importancia del bien jurídico y la magnitud del peligro normativamente determinadas las que convierten la percepción del sujeto como insignificante de un peligro en dolo (peligro significativo), en realidad el significado comunicativo de la conducta del sujeto se está atribuyendo también normativamente con independencia de la representación psicológica del propio sujeto y ya no tiene mucho sentido defender que el dolo supone un significado distinto en la negación de la vigencia de la norma al que conlleva la imprudencia cuando precisamente tal significado ha sido construido de esta manera sobre elementos que no pertenecen al dolo -es la magnitud objetiva de un riesgo reconocido lo que transforma a un delito de imprudente en doloso, conclusión: *el tipo objetivo es diferente en el delito imprudente y en el doloso* (lo reconoce expresamente LAURENZO, *Dolo*, p. 251)-. Pero aún prescindiendo de la construcción normativa del dolo nos encontraríamos con otro problema: JAKOBS, *Fundamentos*, pp. 27 y ss., pretende distinguir entre los defectos cognitivos que afectan al mundo exterior y los que afectan a la norma. Los primeros tienen un efecto exonerador porque un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo de estas características no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad de manera racional; no puede tener carácter ejemplar, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante... Además debe tenerse en cuenta lo siguiente: un comportamiento con defectos cognitivos conlleva el peligro de una *poena naturalis*”. Pero reconoce: “Que un comportamiento con un defecto cognitivo no sea determinante en el plano comunicativo es independiente en principio de que

aplicados a los delitos dolosos son solucionables sin necesidad de tales criterios, sino mediante una correcta comprensión del dolo¹², en otras ocasiones mediante la mera alusión al ámbito de

se trate de un defecto cognitivo puro e inevitable -en el sentido de que, incluso de haber concurrido un querer saber óptimo, el defecto no podría haberse evitado-, o de un defecto cognitivo que provenga de un defecto volitivo, esto es, que se habría evitado en caso de haber sido óptima la voluntad de conocer". Por lo tanto "la irrelevancia comunicativa no depende de que el comportamiento se malograra por imprudencia o de manera inevitable". ¿Cómo se fundamenta entonces el castigo de la imprudencia? "Si el autor contempla su obra con disgusto y pesar al verla, ¿para qué condenar y penar?" -Fundamentos p. 91-. La respuesta está en que el nivel dado de descuido socialmente intolerable no se manifiesta en el pesar individual (*poena naturalis*) sino sólo en la reprensión pública, por lo que esos estándares de riesgo deben establecerse de manera objetiva, con independencia de los sentimientos de los autores. Por lo tanto está diciendo aquí JAKOBS que la norma a la que sirve esa pena pública es la norma de cuidado -el estándar-. En sus palabras "la imputación y la pena en caso de error *evitable* garantizan determinados estándares y evitan que haya aprendizaje selectivo" -Fundamentos, p. 42 (cursiva añadida)-. En la imprudencia la acción sigue siendo expresión de un sentido, pero desde luego se trata de un sentido diferente al que tiene en el delito doloso. Como el propio JAKOBS admite, el conductor que distraído por un cartel fascinante no ve el paso de cebra y atropella a un peatón no ha convertido el perjuicio del peatón en contenido expreso de su comportamiento, sino la distracción -Fundamentos p. 92-. Según JAKOBS a su comportamiento se le atribuiría el significado "los automovilistas están autorizados a distraerse aunque con ello generen el peligro de que se produzca un daño" -Fundamentos, p. 92-. JAKOBS pretende, a pesar de ello, que la norma cuya vigencia se cuestiona es en ambos casos "no emprendas nada que de manera evitable pudiera lesionar" o más concreto "no emprendas nada que en el esquema de interpretación válido signifique lesionar" -Fundamentos, p. 113-. En mi opinión, en cambio, el sujeto no está expresando que la norma que prohíbe matar no es la máxima de comportamiento, sino que la norma que prohíbe distraerse no es la máxima de comportamiento, con lo que llegamos a que es la existencia de *normas diferentes para el delito doloso y para el imprudente* lo que justifica que la infracción de una o de otra conlleve un distinto grado de injusto. A esta misma conclusión de que en el esquema de JAKOBS son diferentes ya en el tipo objetivo el delito doloso y el imprudente (y en general para cualquier defensor de un dolo meramente cognoscitivo como son muchos de los defensores de la imputación objetiva) llega también SANCINETTI, *Observaciones*, pp. 58 y ss., con interesantes argumentos.

- 12 Así ocurre con los ejemplos del sobrino que deseoso de heredar sugiere a su tío un viaje en avión o el que envía a otro al bosque en una tormenta con la

protección de la norma¹³ o acudiendo a las causas de justificación y no a la exclusión del tipo¹⁴, mientras que en otros ejemplos no se ve la razón por la que no se deba castigar la producción del resultado si ha habido relación de causalidad y dolo¹⁵. Personalmente admito en los delitos dolosos la existencia de dos criterios de determinación del tipo llamados por la doctrina “de imputación

esperanza de que le caiga un rayo -véase CERESO MIR, *Curso*, II, p. 106. La contestación de ROXIN, *Strafrecht*, AT, 3ª ed., p. 310, marg. 39, de que “esta respuesta no convence” desconoce el concepto de finalidad y de dolo a él asociado de la doctrina finalista. El dolo no es sino finalidad referida a la realización de un tipo, y la finalidad es dirección dominada de la causalidad hacia un fin. Quien envía a otro al bosque en la tormenta sabe que no domina el curso causal puesto que no puede influir de ninguna manera en que el rayo caiga, por lo que su deseo subjetivo de aquello que objetivamente se ha causado no puede denominarse dolo sino sólo deseo. Si el sujeto pensara que puede conjurar al rayo para que caiga, es decir, si se atribuyera realmente una influencia en la dirección del curso causal no estaría sino cometiendo una tentativa irreal puesto que su representación del dominio del rayo no coincide con la existencia un curso causal posible.

- 13 Por ej. la muerte del socorrista al intentar salvar al niño al que la profesora no vigiló -CERESO MIR, *Curso*, II, p. 108-. Todos los supuestos incluidos por ROXIN, en el criterio de “falta de realización del riesgo no permitido” -AT, pp. 321 y ss., margs. 63 y ss., lo son en realidad de resultados excluidos del ámbito de protección de la norma de cuidado, y en el ejemplo de los pelos de cabra infectados en su variante de delito doloso -marg. 68- se excluiría el dolo respecto del resultado por error sobre el curso causal, pudiéndose castigar solamente por tentativa -excluido además el delito imprudente por no ser previsible el resultado concreto producido-.
- 14 Los ejemplos de supuestos de disminución de un riesgo lo son del ejercicio de una causa de justificación y no de atipicidad -CERESO MIR, *Curso*, II, pp. 108-109-.
- 15 Así por ej. en los casos de cursos causales hipotéticos o “causas sustitutorias”, los de comportamiento alternativo conforme a Derecho y en los supuestos de intervención imprudente o dolosa de la víctima en la creación del peligro o consentimiento de la misma (si la ausencia de consentimiento no es un elemento del tipo) -CERESO MIR, *Curso*, II, pp. 107-108-. No se puede hacer aquí un estudio exhaustivo de todos los supuestos. Dado el carácter de este trabajo he optado por apuntar las líneas fundamentales que me llevan al rechazo de estas teorías desde la concepción del delito por mí defendida. Un estudio profundo de los criterios de imputación objetiva desde la óptica finalista puede verse en la obra de RUEDA MARTÍN, *La imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bosch, 2001.

objetiva”, pero el primero de ellos, el de la peligrosidad objetiva, me parece una imposición equivocada del legislador, y el segundo, el del ámbito de protección de la norma, no creo que sea un criterio de imputación objetiva propiamente dicho, en el sentido de que venga a recortar el ámbito del tipo, sino que se trata más bien de un mero criterio de interpretación legal.

El criterio de la peligrosidad objetiva de la conducta¹⁶, ha sido introducido en el Código penal por nuestro legislador mediante la nueva definición de la tentativa¹⁷ y supone una restricción excesiva de los tipos penales, pues por un lado no era necesaria para la exclusión de la punición de la tentativa irreal o nomológicamente inidónea¹⁸ y por otro, al deber ser concretado el criterio de la peligrosidad mediante la elección de un grado de probabilidad, se pueden dejar sin castigo conductas dirigidas a la lesión del bien jurídico nomológicamente posibles pero no peligrosas (que no alcancen el grado de

16 Este criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados es defendido en la doctrina, entre otros muchos por ROXIN, AT., pp. 310 y ss. margs. 39 y ss.; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, pp. 25 y ss.; FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 95 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, pp.285 y ss.; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 101 y ss., TORÍO, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1986, pp. 33 y ss.; LUZÓN, *Curso*, p. 378 y ss.; MIR, PG, 5ª, pp. 231 y ss., marg. 48; BACIGALUPO, *Principios...* 4ª ed., pp. 188-189; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva*, pp. 114 y ss.;

17 Véase CERESO MIR, *Curso*, II, pp. 104 y ss.

18 Para este fin no es necesario reducir el tipo objetivo mediante la inclusión de un criterio de imputación objetiva pues la “tentativa irreal” resulta ya excluida del tipo, como ha demostrado STRUENSEE, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1990, pp. 934 y ss., puesto que el tipo incluye como elemento una relación de causalidad real, conforme a una ley natural, y quien imagina un curso causal que no se corresponde con esa ley natural no conoce ese elemento del tipo y queda excluido su dolo. Es decir, de la misma manera que quien imagina matar a un jabalí no realiza un homicidio doloso porque la representación del autor no coincide con el elemento típico (una persona), el que quiere matar con un curso causal no típico (un curso causal putativo, que no responde a una ley natural, en error nomológico) tampoco realiza una tentativa de homicidio pues su representación no coincide con el elemento típico, al contrario de quien quiere matar con arsénico y toma por error el azúcar. Aquí la representación del autor (el arsénico) coincide con el curso causal típico. No existe error nomológico sino ontológico, se da la tentativa.

probabilidad exigido), lo que parece desaconsejable¹⁹. Este criterio de peligrosidad debe concretarse en el sentido propuesto por ENGISCH para la teoría de la causalidad adecuada²⁰: la producción del resultado debe aparecer *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción²¹, pues si se elige lo posible tal requisito sería de escasa trascendencia, pues se excluirían únicamente los casos de imposibilidad *ex ante* de la producción del resultado delictivo por razones ontológicas, mientras que si se opta por lo probable sería excesivo el número de conductas que podrían resultar impunes. El segundo criterio de imputación objetiva, único que me parece admisible, es el de que el resultado esté comprendido en el ámbito de protección de la norma²², pues el mismo se deriva de la simple aplicación teleológica de los tipos penales. Rechazo, por el contrario, otros criterios de exclusión de la imputación objetiva propuestos por la doctrina²³ como son el de la observancia del cuidado objetivamente debido²⁴, y el principio de confianza²⁵, el criterio de la disminución del riesgo²⁶, el de

-
- 19 También en contra de esta restricción CEREZO MIR, *Curso*, II, p. 105. Conscientes de esta posibilidad algunos defensores de este concepto se conforman con un riesgo mínimo de producción del resultado, véase por ej. TORÍO, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1986, p. 40 y p. 42. MIR, PG, 5ª, p. 233-234.
- 20 Así CEREZO, *Curso*, II, p. 105.
- 21 ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931, p. 46.
- 22 CEREZO, *Curso*, II, p. 106 y s. Como señala el autor citado este criterio es independiente del anterior. En contra, sin embargo, FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 108 y ss.
- 23 Sobre la resolución de los supuestos incluidos en los mismos véase supra las notas 10, 11, 12 y 13.
- 24 Defienden este criterio de imputación objetiva entre otros ROXIN, AT, p. 312, marg. 44 y p. 319, margs. 59 y ss.; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, p. 31 y s. y p. 38; JAKOBS, PG, pp. 245 y ss., margs. 39 y ss.; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 103 y ss; el mismo, EPC, X, pp. 181 y ss.; BACIGALUPO, *Principios... 4ª*, pp. 189 y s. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva*, p. 153 y ss.
- 25 BACIGALUPO, *Principios... 4ª*, p. 191; JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 13 y ss. y 38 y ss.; PG, pp. 253 y ss., margs. 51 y ss.; FEIJOO, en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, nº 1 extraordinario, marzo, 2000, pp. 101 y ss.
- 26 Seguido por ROXIN, AT, pp. 314 y s., margs. 47 y s.; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, p. 26 y pp. 32 y ss.; MIR, PG, 5ª, p. 232, marg., 49;

la autopuesta consciente en peligro²⁷, el de la posición de garante²⁸ y la prohibición de regreso²⁹, el de la adecuación social³⁰ o el de la causa sustitutoria³¹.

En los delitos imprudentes de acción el tipo está constituido por una acción que infringe del deber objetivo de cuidado, el resultado y la relación de causalidad determinada conforme al criterio de la equivalencia de las condiciones y el mismo criterio de imputación objetiva que admitíamos en los delitos dolosos: que el resultado sea de aquellos que trata de evitar la norma de cuidado infringida³², si se trata de un delito de resultado o sólo por la acción que infringe el cuidado debido si se trata de un delito imprudente de mera actividad³³.

El primer elemento del tipo lo constituye por tanto la realización de una acción que infringe el cuidado debido. Dicho cuidado se establece de un modo objetivo, independientemente de la capacidad de cada individuo³⁴. La persona que no pueda observar el cuidado debe abstenerse de realizar la actividad

BACIGALUPO, *Principios...* 4ª, p. 190; TAMARITSUMALLA, *La víctima en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1988, pp. 99 y ss.

- 27 Seguido por ROXIN, AT, pp. 334 y ss., margs. 90 y ss.; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, pp. 62 y ss.; JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 34 y ss.; el mismo, PG, pp. 289 y ss., margs. 104 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva*, p. 355 y 358; CANCIO MELIÁ, "La exclusión...", en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-hoc, 1998, especialmente pp. 119 y ss., con determinados requisitos y limitaciones; FEJOO, en RDCUNED, nº 5, 2000, p. 309.
- 28 JAKOBS, PG, pp. 258 y ss., margs. 56 y ss.; BACIGALUPO, *Principios...* 4ª, pp. 192 y ss.
- 29 JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 31 y ss., el mismo, PG, pp. 258 y ss., margs. 56 y ss.; BACIGALUPO, *Principios...* 4ª, pp. 192 y ss.
- 30 WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...* pp. 55 y ss.; MIR, PG, 5ª, pp. 234 y s., marg., 56.
- 31 Seguido por RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, p. 34 y s. ROXIN, AT, pp. 316 y ss., margs. 52 y ss.
- 32 CEREZO, *Curso*, II, pp. 183 y ss.
- 33 CEREZO, *Curso*, II, pp. 160 y 179 y ss.
- 34 CEREZO, *Curso*, II, p. 161

correspondiente³⁵, puesto que las normas subyacentes a los delitos imprudentes de acción no son normas que obliguen a la observancia de un determinado cuidado³⁶, sino que en realidad prohíben la realización de conductas que no se ajustan al cuidado objetivamente debido, o como afirma JAKOBS, la norma subyacente al delito imprudente de acción no obliga a actuar con cuidado, sino que prohíbe actuar descuidadamente³⁷, por lo que el respeto de la norma puede lograrse o bien realizando la conducta de manera que observe el cuidado debido o bien si no se es capaz de observar el cuidado, omitiendo la conducta. Rechazo por tanto una concepción subjetiva del deber de cuidado, y estimo con mi maestro, CEREZO MIR, que en los casos de sujetos con facultades especiales sólo podrá castigarse por omisión dolosa si el sujeto era consciente de la situación y de su capacidad de evitar el resultado mediante el uso de sus facultades excepcionales, pero habrá de quedar impune en otro caso, pues no puede castigarse por delito imprudente si no ha infringido el cuidado objetivo³⁸. Respecto de los conocimientos del autor éstos tampoco son relevantes para determinar la infracción o no del cuidado debido³⁹.

35 CEREZO, *Curso*, II, p. 161

36 Esta errónea concepción ha llevado con frecuencia a la confusión entre los delitos imprudentes de acción y los delitos de omisión -Véase sobre ello CEREZO, *Curso* III, p. 262-

37 JAKOBS, PG, p. 384, marg. 6

38 CEREZO MIR, *Curso*, II, pp. 162 -163.

39 Según STRUENSEE, "El tipo subjetivo del delito imprudente", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1987, p. 424 y ss., el hecho de incluir en el juicio de previsibilidad objetiva para la determinación del cuidado debido los conocimientos especiales del autor supone la relevancia del contenido de la voluntad del sujeto en la concepción de lo injusto imprudente -se adhiere a esta opinión CUELLO, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1991, p. 806 y en sentido similar argumenta también SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, Ad-Hoc, 1997, pp. 134 y ss.-. Pero ello no es cierto, pues no es la representación del sujeto lo que convierte la conducta en imprudente, ya que para establecer las posibilidades lesivas de la conducta se atiende únicamente a los conocimientos especiales del sujeto, pero no a sus representaciones cuando las mismas son erróneas (tanto si imagina un peligro inexistente como si desconoce un peligro existente que la persona cuidadosa conocería), por lo tanto no es cierto que se conceda relevancia al

En el delito imprudente, la infracción de la norma de determinación se constata de una forma objetiva⁴⁰. Los conocimientos especiales se tendrían en cuenta únicamente a la hora de establecer el juicio de previsibilidad objetiva cuando fuera necesario reemplazar la norma expresamente formulada porque esos conocimientos nos sitúan en una situación atípica no comprendida en ella. Por otra parte, cuando la norma de cuidado está definida explícitamente y no tiene que deducirse de un juicio de previsibilidad objetiva, ya no juegan ningún papel los conocimientos especiales del autor más que en lo que puedan convertir la

contenido de la voluntad ya que en tal caso el mismo debería ser relevante tanto si era como si no, acorde con la realidad.

- 40 NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Mohr, Tübingen, 1951, p. 63. No sería así, sin embargo, si se castigaran las "tentativas imprudentes inacabadas", en cuyo caso, para constatar si el sujeto ha comenzado una acción que infringe el cuidado debido o por el contrario ha comenzado una acción dentro del riesgo permitido habría que conocer su voluntad de realización. Por ej. quien invade la calzada contraria para realizar un adelantamiento en una zona y momento permitido realiza una acción lícita; quien realizara la misma conducta pero con la intención de permanecer en el carril contrario habría comenzado una acción imprudente. Quien sobrepasa en 20 Km/h la velocidad permitida con la intención de adelantar a otro vehículo se mantiene dentro del riesgo permitido, quien lo hace con la intención de conservar dicha velocidad ha infringido la norma de cuidado que establece el límite de velocidad. Pero como no sucede de esta manera no puede aceptarse la argumentación de SANCINETTI, *Subjetivismo*, pp. 134 a 154. La renuncia a adelantar la punición en los delitos imprudentes al momento de comienzo de la conducta imprudente permite la objetivación de lo injusto imprudente. En cambio, el adelantamiento de la punición a la tentativa inacabada exige siempre una subjetivación de lo injusto. La objetivación de lo injusto en los delitos imprudentes permite el castigo de la imprudencia inconsciente a costa de renunciar al adelantamiento de la punición, exigiendo por el contrario normalmente la consumación (la mayoría de los delitos imprudentes son de resultado) o al menos la tentativa acabada que permite ya una constatación objetiva de la mera actividad (por ello los delitos de peligro abstracto suelen ser dolosos -se trata de conductas imprudentes en las que el autor conoce y quiere los factores de riesgo- y los escasos delitos de peligro abstracto imprudentes que existen en nuestro Código lo son de resultado o de estructura equivalente a una tentativa acabada -pues la constatación de la tentativa inacabada exigiría contar con el elemento subjetivo trascendente y ello sería incompatible con una realización inconsciente-) sobre los delitos de peligro abstracto véase GIL GIL, *Derecho penal internacional*, pp. 164 y ss.

conducta en delito doloso, pero no para decidir la infracción o no de la norma de cuidado, es decir, no para determinar lo injusto imprudente. Sólo las situaciones atípicas no comprendidas en el ámbito de regulación de la norma explícita hacen que debamos sustituir ésta por otra deducida de los criterios de peligrosidad objetiva y conducta que observaría una persona inteligente y respetuosa con el Derecho. Si el dato que sólo el sujeto conoce convierte la situación en atípica, es decir, en otra distinta a la prevista por la norma de cuidado expresamente formulada para ella, habrá que variar la norma de cuidado, pero si está comprendido en el ámbito de regulación de la norma resultará indiferente. Si el sujeto, dados sus conocimientos especiales, ha previsto que de la observancia de la norma de cuidado explícitamente regulada resultará la lesión de un bien jurídico, no puede decirse que infrinja dicha norma, y tampoco que la norma varíe si se trata de un supuesto típico que dicha norma precisamente trata de comprender. El sujeto se mantiene dentro del riesgo permitido. Sin embargo su conducta no quedará necesariamente impune, pues al haber previsto la posibilidad de la producción del resultado podrá incurrir en responsabilidad por un delito doloso de omisión - siempre que la omisión sea equivalente a la acción desde el punto de vista de lo injusto-, pues su propia conducta (conforme al cuidado debido) ha originado el peligro para el bien jurídico, de donde nace para él una posición de garante, y además tenía la posibilidad de evitar tal lesión omitiendo su propio actuar. Cuando la omisión fuera inconsciente (el sujeto no ha previsto, aunque podría haberlo hecho conforme a su propia capacidad especial para prever y evitar la posibilidad de la lesión del bien jurídico) la conducta será impune, dado que no existe ninguna norma de cuidado que le obligue prever más allá de lo previsible por el hombre cuidadoso, aunque tenga una capacidad mayor para ello⁴¹.

Explicado todo lo anterior con un ejemplo: si la norma de cuidado establece que una curva debe tomarse a una velocidad

41. Véase sobre la objetividad del cuidado debido CEREZO MIR, *Curso*, II, p.162 y ss.

de 30 Km/h el hecho de que el ingeniero conozca que su vehículo de tracción a las cuatro ruedas es capaz de tomarla a mayor velocidad sin ningún peligro no le exime del respeto de la norma, pues de lo contrario la determinación del cuidado debido se dejaría a la estimación de cada uno y carecería de sentido la estandarización de normas de cuidado. Por otro lado, si el conductor excesivamente pusilánime, entiende que el tomar la curva a 30 km/h es ya muy peligroso e imagina que a tal velocidad su vehículo se deslizará sin control por el carril contrario, ello no convierte su conducción a 30 km/h en infractora del cuidado debido, pues la determinación de la norma no depende de su juicio sobre la peligrosidad. Si el ingeniero de caminos estima correctamente que el límite de velocidad establecido en esa curva es superior al no peligroso y que por lo tanto la regulación es errónea ello tampoco convierte su conducción a la velocidad permitida en infractora del cuidado debido, pero si al tomar la curva a tal velocidad permitida prevé la producción de un resultado de lesión de un bien jurídico, se convierte en garante obligado a conjurar el peligro por él creado dentro del riesgo permitido, lo que conduce a que deba disminuir la velocidad hasta convertir la conducta en no peligrosa si no quiere convertirse en autor por omisión dolosa del resultado lesivo que se produzca. Sin embargo, si aún habiendo podido prever por sus conocimientos que la velocidad permitida era excesiva, no pensó en ello, no existe delito doloso y tampoco imprudente, ya que el sujeto respetó la norma explícitamente regulada para tal supuesto

Cuando el cuidado objetivo viene determinado de forma explícita en normas como por ej. las reglas de tráfico u otros reglamentos, ordenanzas, normas de carácter administrativo o reglas técnicas (*lex artis*), etc., que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de determinadas actividades o profesiones, fijando con ello a su vez el ámbito del riesgo permitido⁴², quien se comporte conforme a estas reglas en una situación comprendida en su ámbito de regulación no infringe el cuidado

42 Como ha señalado el Tribunal Supremo alemán (BGHSt 4, 182, (185)), en palabras recogidas por ROXIN, AT, p. 924, marg. 15, respecto de las normas de tráfico: estas normas son “el resultado de un pronóstico, basado en la amplia experiencia y reflexión, sobre posibles peligros; ellas dicen con su simple existencia, que, de ser infringidas, el peligro de un accidente se ubica en el ámbito de lo posible”.

debido, faltando ya por lo tanto el primer elemento del tipo: la realización de una acción que infringe el cuidado objetivamente debido. Sólo en las situaciones atípicas que no vienen reguladas en aquellas normas⁴³ y en los ámbitos de actuación que carecen por completo de una regulación explícita, el cuidado objetivamente debido deberá determinarse conforme al criterio de previsibilidad objetiva completado por el criterio sugerido por WELZEL⁴⁴: sólo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas (previsibilidad objetiva) de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata, criterio que incluye la no necesidad de prever la infracción del cuidado debido por otras personas salvo que existan circunstancias en el caso concreto que lleven a pensar lo contrario (principio de confianza⁴⁵)⁴⁶.

Una vez comprobada la realización de una acción que infringe el cuidado debido y que ha causado (conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones) un resultado típico, es preciso comprobar que dicho resultado pertenece al ámbito de protección de la norma infringida. Cuando la norma de cuidado está expresada de modo explícito no es necesario acudir a

43 CEREZO MIR, *Curso II*, p. 169.

44 *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 132-133; *El nuevo sistema del Derecho penal*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 71.

45 Entiendo el principio de confianza por tanto no como un criterio de imputación objetiva que venga a limitar de entre las conductas que infringen la norma de cuidado aquellas que son típicamente relevantes, sino como un criterio que ayuda a determinar el cuidado debido cuando éste no está expresamente regulado. Sobre la aplicación del principio de confianza véase infra el texto.

46 Como señaló Armin KAUFMANN, *ZfRV*, 1964, pp. 49 y 50, dónde se pone el límite del cuidado debido, si en las acciones de las que es previsible un resultado como posible o como probable o como no absolutamente improbable, o cómo construimos al observador imparcial en un lugar entre el sujeto que no sabe ni puede conocer nada y el que todo lo sabe, son cuestiones de descripción típica, es decir, son en realidad decisiones valorativas que no se pueden convertir en pronóstico objetivo, sino que exigen consideraciones político-criminales, valorativas, etc. Las reflexiones sobre la esencia y la estructura del delito imprudente no pueden suplir el establecimiento jurídico político y axiológico del contenido de la norma de cuidado.

posteriores criterios de imputación objetiva para determinar la infracción del cuidado debido pues la misma resulta de la mera contradicción de la norma⁴⁷. En realidad los dos criterios de imputación objetiva aceptados mayoritariamente por la doctrina: que el resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y que sea de aquellos que trata de evitar la norma de cuidado infringida⁴⁸, son en mi opinión reconducibles al segundo (que como ya hemos visto, no supone otra cosa que un criterio de interpretación de la ley), pues si la norma de cuidado traza la frontera entre el riesgo permitido y el no permitido, pertenecen al ámbito de protección de la norma los resultados evitables cuando se sigue el riesgo permitido, pero no los no evitables dentro del riesgo permitido. Dichos resultados han sido expresamente excluidos del ámbito de protección al dar preferencia al derecho a la libertad en la utilización del bien jurídico frente a su absoluta protección. Por ello al ámbito de protección de la norma sólo pertenecen aquellos resultados de los que se pueda demostrar con una probabilidad rayana en la certeza que se hubieran evitado en caso de observarse el deber objetivo de cuidado y todos aquellos resultados cuya producción aparece como posible o probable aunque se hubiera observado el cuidado objetivamente debido son resultados que quedan fuera del ámbito de protección de la norma. Así por ej. el atropello de un niño que sale de repente de detrás de un coche aparcado e irrumpe sin mirar en la calzada en una zona sin otra especial señalización no es un resultado evitable por la norma de cuidado que fija el límite general de velocidad en las ciudades, por lo que el resultado queda fuera del ámbito de protección tanto si el conductor respetaba dicho límite como si no. Si la doctrina no lo ve así, e incluso si ha tratado de sustituir el primer criterio por otros como el del aumento del riesgo, es probablemente por los problemas que la actuación conforme a Derecho plantea en los delitos dolosos para los autores que

47. Estimo que incluso el principio de confianza resulta superfluo en los ámbitos en los que la norma de cuidado está fijada expresamente para el caso concreto, como se explica infra en el texto.

48. CEREZO, *Curso II*, pp. 179 y ss.

defienden la unidad del tipo objetivo en los delitos dolosos e imprudentes y la aplicación por lo tanto de los mismos criterios de imputación objetiva en unos y en otros. El rechazo mayoritario que el criterio de la actuación alternativa conforme a Derecho suscita entre los propios partidarios de la imputación objetiva en el ámbito de los delitos dolosos debido a las inadecuadas consecuencias a las que llevaría en este ámbito, obliga, para mantener la coherencia de las premisas iniciales, a sacrificar este criterio también en los delitos imprudentes. Así el criterio del aumento de riesgo permite a ROXIN afirmar un homicidio consumado en el caso de que el camionero hubiese conducido demasiado cerca del ciclista ebrio con la intención de provocar el accidente mortal⁴⁹, mientras que el criterio de la conducta alternativa conforme a Derecho le obligaría a concluir la punición por tentativa⁵⁰. Y lo mismo ocurriría en el ejemplo del médico que somete al paciente a una terapia no indicada por la *lex artis* con la intención de matarle cuando no se sabe con seguridad si mediante un tratamiento indicado o sin tratamiento hubiera sobrevivido. Aplicar aquí el criterio correcto para los delitos imprudentes llevaría al mero castigo por tentativa, lo que resulta a todas luces inadecuado, mientras el criterio de elevación del riesgo, que se produce siempre que se infringe el cuidado debido y de la conducta alternativa aparece como posible⁵¹ la salvación, le permite castigar este supuesto como homicidio doloso consumado.

49 AT, p. 331, marg. 83

50 Esta solución del castigo por tentativa es en cambio correcta para el caso de los pelos de cabra infectados, pero por un argumento diferente, ya que el ejemplo es sustancialmente diferente. Mientras en aquel ejemplo el resultado se produjo mediante un curso causal desconocido por el autor (la muerte se produjo por bacilos resistentes al desinfectante aunque él quería matar con bacilos no resistentes al desinfectante, el curso causal y el resultado efectivamente dados son distintos de los planeados), en el del camionero se produce por el curso causal elegido por el autor (acercarse demasiado al ciclista). Como puede verse se llega así en los delitos dolosos a las mismas soluciones que pretende ROXIN sin necesidad de acudir a criterios de imputación objetiva y sin pervertir el tipo de los delitos imprudentes.

51 AT, p. 330, marg. 83.

El criterio de ROXIN del aumento de riesgo⁵² me parece, sin embargo incorrecto⁵³ y evidentemente contradictorio con otros criterios por él mantenidos como el de no realización del riesgo no permitido⁵⁴. Cuando no existe la absoluta seguridad sino sólo la posibilidad o probabilidad de que la conducta conforme a Derecho hubiera impedido la producción del resultado no puede tampoco afirmarse que el riesgo del resultado se ha realizado efectivamente como pretende este autor⁵⁵. Volvamos al ejemplo

52 AT, p. 327 y ss. margs. 76 y ss.

53 También en contra pero con otros argumentos CERESO MIR, *Curso*, II, pp. 181 y ss.

54 El conducir a una velocidad excesiva no eleva el riesgo de producir un accidente cuando se vuelve a la velocidad normal desde el punto de vista *ex ante*, pero sí *ex post* -que es el juicio que pretende ROXIN, (pp. 329-330, marg. 81)- porque entonces se tiene en cuenta que el niño saldrá a la calle en el momento preciso en que pase el coche. En realidad ROXIN resuelve estos casos conforme al ámbito de protección de la norma (p. 325, marg. 69) -al que también intenta reconducir después aunque sin acierto su juicio *ex post* de peligro, (marg. 81)-, y entonces no se comprende como no aplica también este criterio correctamente a los supuestos de conducta alternativa conforme a Derecho.

55 GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados* *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 130 y 135 y s., afirma que en algunos supuestos la solución de ROXIN lleva a la exclusión del delito imprudente de forma inadecuada, como en el ej. del farmacéutico que no exige receta para expender un veneno a un asesino que sin embargo llevaba en el bolsillo la receta hecha por un médico amigo suyo. En este caso según GIMBERNAT el farmacéutico no aumenta el riesgo y por lo tanto no se da el criterio de imputación exigido por ROXIN y sin embargo ello parece injusto. Sin embargo, aunque rechazo el criterio de ROXIN estimo que según el criterio aquí propuesto -y que también es el defendido por GIMBERNAT, pp. 137 y ss.-, la conducta resultaría igualmente impune, pues la norma que prohíbe expender venenos sin comprobar que han sido recetados, que el farmacéutico infringe, pretende evitar los resultados causados por venenos no recetados, (GIMBERNAT, p. 139, argumenta que pretende evitar una administración de la medicina en contra de la *lex artis*, pero éste fin sólo podría serlo de una norma dirigida al médico, pues el farmacéutico puede expender todo medicamento recetado, lo haya sido o no conforme a la *lex artis*) mientras que en nuestro supuesto tenemos un resultado causado por un veneno recetado, fuera, por tanto, del ámbito de protección de la norma. No se trata de introducir en la prueba cursos causales hipotéticos ni sucesos que no se han dado en el caso concreto, mi argumentación no pretende que el resultado no es imputable porque si el

de los pelos de cabra infectados y variémoslo ligeramente para que no se trate en realidad de un resultado sin duda no comprendido en el ámbito de protección de la norma de cuidado. Imaginemos que el bacilo de carbunco no es indestructible con absoluta seguridad con el desinfectante que los reglamentos ordenaban utilizar sino que existía un 50% de probabilidades de que los bacilos muriesen y un 50% de que sobreviviesen. En tal caso no es posible afirmar que tan sólo se ha realizado el riesgo permitido de contagiar una enfermedad no eliminable por el desinfectante, pero tampoco que se ha realizado el riesgo no permitido de contagiar una enfermedad eliminable. Pero no se trata, como afirma ROXIN de que no se pueda separar y delimitar a qué parte del riesgo (la permitida o la no permitida) hay que imputar el resultado, o qué parte del riesgo ha causado el resultado⁵⁶. El problema no tiene nada que ver con esto. Lo que ocurre es que no sabemos qué resultado se ha producido, uno permitido o uno no permitido. Lo relevante, en suma, es saber si el resultado es de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida o por el contrario no lo es porque han intervenido factores de los que la norma no pretende proteger. En el caso de los pelos de cabra infectados hay que averiguar si la muerte de los trabajadores se produjo por el contagio de una enfermedad evitable mediante la desinfección (resultado dentro del ámbito de protección de la norma que prohíbe entregar material sin desinfectar) o no evitable por la desinfección (bacilos resistentes al desinfectante- resultado

56 AT, p. 328, marg. 78. Y más adelante exclama: ¡Las normas de cuidado también reclaman atención cuando su descuido no aumenta con seguridad, sino sólo probable o posiblemente, los peligros de la víctima!" (p. 330, marg. 83). Ciertamente, pero de la misma manera se puede decir que las normas de cuidado también reclaman atención cuando *ex post* no se ha producido un resultado, sin embargo el legislador ha renunciado al castigo de la conducta imprudente sin resultado y ello no nos autoriza a modificar su decisión imputando resultados fuera del ámbito de protección de la norma.

fuera del ámbito de protección de la norma); en el caso del ciclista habrá que saber si se produjo un atropello evitable mediante el cumplimiento de la norma que prohíbe adelantar sin respetar la distancia de seguridad o no evitable mediante tal cumplimiento (ciclista ebrio que hace “eses” o que reacciona de forma extraña al verse adelantado). En el caso en que no pueda determinarse si el resultado es de una u otra clase (muerte por bacilos eliminables prohibida o muerte por bacilos resistentes no prohibida) deberá absolverse *in dubio pro reo*⁵⁷. Esto no significa la renuncia a toda exigencia de cuidado, como sentencia ROXIN⁵⁸, pues las normas de cuidado siguen siendo las mismas, pero con esta solución se respeta su ámbito de protección y no se castiga por el desconocimiento del juzgador⁵⁹.

Como he señalado, cuando la norma de cuidado viene expresada de forma explícita no son necesarios otros criterios de imputación objetiva que el del ámbito de protección de la norma. Incluso el principio de confianza resulta superfluo en los ámbitos en los que la norma de cuidado está fijada expresamente para el caso concreto. Quien conduce observando las normas de cuidado no tiene por qué preocuparse de si es o no previsible que los demás las incumplan. Creo que este criterio utilizado como criterio de imputación objetiva para todos los tipos proviene de nuevo del error de empezar la determinación del cuidado por el criterio de la previsibilidad, de la peligrosidad, o de la creación o el aumento de un peligro, e intentar luego reducirlo mediante los

57 Por supuesto dado que estamos en un juicio hipotético no se puede exigir una certeza absoluta sino una probabilidad rayana en la certeza -CEREZO, *Curso*, II, p. 180-.

58 AT, p. 329, marg. 79

59 Si el estado de la ciencia fuera más avanzado o si se hubiera filmado en vídeo el accidente quizás podría establecerse con seguridad y no sólo de manera probable si los bacilos eran o no eliminables por el desinfectante o si el ciclista se hubiese introducido de todos modos bajo las ruedas del camión aunque éste le hubiese adelantado dejando el margen de un metro de distancia lateral.

criterios de imputación objetiva (incluido el del riesgo permitido⁶⁰) es decir, de nuevo de las concepciones que defienden que el tipo objetivo consiste en todos los delitos en la creación de un riesgo⁶¹ o que fundamentan la responsabilidad en la previsibilidad de un resultado lesivo⁶². Si se acepta en cambio la existencia de normas en los delitos imprudentes que prohíben la realización de conductas que infrinjan el cuidado debido se invierte totalmente el esquema: las normas específicas de cuidado conforman las prohibiciones de actuar sin cuidado, y donde no existen normas específicas las prohibiciones se completan mediante los criterios de la peligrosidad objetiva y el hombre prudente (integrado éste por el principio de confianza). Quien cumple con las normas de cuidado que regulan la situación específica no es que pueda confiar en que los demás también lo harán sino que no realiza ninguna conducta contraria a la prohibición. En cambio, si observa circunstancias que le lleven a pensar que otros participantes no van a cumplir las normas de cuidado no es que deje de poder aludir al principio de confianza, sino que la situación se convierte en atípica, deja de ser una de las reguladas por la norma de cuidado en cuestión y por lo tanto se excluye del ámbito de la norma de cuidado que el sujeto estaba respetando y la norma aplicable a la nueva situación pasa a ser otra. Por ej. el límite de velocidad general para vías urbanas de 50 km./h deja de ser la norma de cuidado aplicable cuando concurren circunstancias que hacen que pueda verse la presentación de un obstáculo -por ej. niños que juegan a la pelota en la acera- y en tal caso la norma de cuidado es la que obliga a adecuar la velocidad de manera que se pueda detener el vehículo dentro de los límites de su campo de visión teniendo en cuenta la posibilidad de la presentación del obstáculo -por ej. que un niño invada la calzada sin mirar-⁶³. De la misma

60 Como señala GIMBERNAT, EPC, X, p. 179, si la acción se ha mantenido dentro del riesgo permitido no hay delito imprudente porque no ha habido imprudencia, y no porque falte la imputación objetiva.

61 Así ROXIN, AT, p. 922, marg. 10.

62 FEIJOO, RDCUNED, n° 1 extraordinario, 2000, p. 103.

63 En nuestra legislación esta nueva situación no es atípica sino que está prevista expresamente en la Ley y la nueva norma de cuidado no hay que elaborarla

manera, no podrá invocar que cumple con las normas de cuidado quien se adentra en un cruce teniendo la prioridad de paso cuando ha advertido la cercanía de un vehículo que a pesar de no tener preferencia circula a tal velocidad que hace previsible que no cederá el paso, pero ello no es porque se haya percatado de circunstancias que hacen decaer el principio de confianza, sino porque ante esas circunstancias la norma aplicable es la que obliga a detener el vehículo ante la inminente presencia de un obstáculo (el otro vehículo) en la vía⁶⁴. Por ello tiene también una explicación que se afirme que sólo puede invocar el principio de confianza el conductor que a su vez observe el cuidado debido, ya que en realidad no se trata de esto, sino de que si ya ha incumplido la norma de cuidado menos rigurosa no tiene sentido seguir indagando si ha cumplido la más rigurosa establecida para la situación específica. Así, por ej., si el conductor circula a 80 km./h pese a la presencia de niños jugando en la acera es evidente que tampoco ha disminuido la velocidad máxima permitida para adecuarla a tal circunstancia.

Con esta solución se resuelven también los problemas de si basta o no con que la conducta imprudente de la otra persona fuera previsible, pues tampoco se trata de esto. De lo que se trata es de si existen las circunstancias (por lo tanto ya necesariamente dadas y cognoscibles) que definen la situación a la que es aplicable la nueva norma, pues en el caso de que existan tales circunstancias cognoscibles para cualquier conductor en la situación del autor, éste tenía la obligación de tenerlas en cuenta⁶⁵. En el caso de que no fuera consciente de las mismas, ni por lo tanto de la nueva

a partir de los criterios de la previsibilidad y el hombre prudente, sino que viene de nuevo expresada explícitamente en los arts. 45 y 46 del Reglamento General de Circulación. Pero si no fuera así la situación dejaría de todos modos de ser la contemplada para la aplicación de la norma de cuidado que establece el límite general de velocidad que no está pensado para esas circunstancias especiales y en tal caso habría que elaborar con los criterios mencionados la norma aplicable a la nueva situación.

64 La nueva situación y la norma aplicable a ella están en este supuesto también previstas de forma explícita en el art. 46. j) RGC.

65 Así se prevé expresamente en el art. 45 RGC.

situación que hacía variar la norma de cuidado aplicable, se tratará de un error de prohibición⁶⁶. Que el otro vehículo haya infringido de manera más grave el cuidado debido al pasar un cruce sin ceder debidamente el paso, no impide que nuestro sujeto haya a su vez infringido su deber de cuidado al no haber disminuido su velocidad o detenido su vehículo en el cruce con otro vehículo cuyas circunstancias (velocidad excesiva), advertibles por nuestro conductor si no hubiera ido despistado, no permitían realizarlo con seguridad (art. 46 j) RGC).

Todo ello es igualmente trasladable al principio de confianza aplicado a las actividades realizadas en equipo. Cada miembro del equipo tiene que cumplir su tarea conforme al cuidado debido en la situación en la que actúa. El cirujano que observa durante la operación que uno de sus auxiliares acusa un excesivo cansancio no es que ya no pueda invocar el principio de confianza respecto de ese auxiliar, sino que tiene que adaptar su conducta a las exigencias de cuidado que presenta la nueva situación. Las conductas que favorecen la comisión de un delito doloso se solucionan igualmente sin necesidad de acudir al principio de confianza si se acepta que la conducta prudente no tiene que determinarse conforme a si se ha creado o no un peligro

66. No existe en los delitos imprudentes un tipo subjetivo. Sobre ello con detalle véase mi Proyecto Docente y de Investigación, (inédito) UNED, Madrid, 2001, pp. 162 a 165. Cuando un sujeto infringe de manera inconsciente una norma de cuidado por desconocer cuál ha sido su actuar concreto y desconocer por tanto que el mismo no se ajusta al cuidado debido, o porque no se planteó siquiera la posibilidad de producción del resultado delictivo y por tanto tampoco cuál era el cuidado debido para la evitación de tal resultado (ambos casos constituyen supuestos de imprudencia inconsciente) concurre lo injusto específico del delito imprudente (en efecto ha habido infracción de la norma de cuidado) si se dan los demás elementos del tipo, pero el sujeto ha actuado en error de prohibición (el sujeto desconoce la ilicitud de su conducta) de la misma manera que actúa en error de prohibición el sujeto que se equivoca sobre cuál sea el cuidado debido. Dicho error de prohibición (que concurre necesariamente en toda imprudencia inconsciente) podrá ser vencible (atenúa la culpabilidad) o invencible (elimina la culpabilidad). Véase sobre ello en detalle GIL GIL, A. *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, 2002, pp. 170 a 173, a esta opinión se ha adherido CEREZO MIR, *Curso*, III, p. 135.

o si es o no previsible un resultado, sino a si está o no dentro del riesgo permitido. Así, quien vende un cuchillo a otro que luego lo utiliza para matar no infringe ninguna norma de cuidado puesto que está permitido vender cuchillos. Sólo para quienes quieran argumentar también en la participación dolosa la creación de un riesgo en estos casos será necesario después acudir a otro criterio (el principio de confianza) para excluir la imputación del resultado en los delitos imprudentes. El farmacéutico que vende un veneno sin receta, en cambio, ha infringido el cuidado debido pues la norma de cuidado exige la comprobación de la receta, pero esto se puede afirmar sin necesidad de acudir al principio de confianza.

Todo lo dicho demuestra, en mi opinión, que la teoría de la imputación objetiva parte de un principio falso (de una errónea concepción de la antijuridicidad) y luego va poniendo parches (criterios de imputación objetiva) para solucionar los errores que se le presentan. Con otra concepción de lo injusto que a su vez nos lleva a una determinación diferente de la norma de cuidado no es preciso acudir a la artificiosa construcción de la imputación objetiva de resultados.