

El incremento del riesgo como factor de atribución de resultados en la imprudencia*

Alfonso Cadavid Quintero**

RESUMEN

Se aborda el problema relativo a la imputación de responsabilidad penal por la realización de conductas imprudentes, en particular, se analiza el elemento tradicionalmente denominado “nexo de determinación”. El autor presenta dos diferentes opciones teóricas que hoy plantean alternativas a la teoría del nexo, como son la del incremento del riesgo defendida por ROXIN y la teoría del fin de protección de la norma de conducta, desarrollada por GIMBERNAT. Adicionalmente, se exponen las críticas más relevantes a las teorías antes mencionadas y, para finalizar, alude a los problemas teóricos que plantea la estructura del tipo objetivo del delito culposo y la posibilidad de la identidad del injusto para el caso de los delitos culposos y dolosos.

PALABRAS CLAVE

Delito imprudente - Nexo de determinación - Nexo causal - Incremento del riesgo - Fin de protección de la norma – Imputación.

* Una primera versión de este artículo será incluida en el volumen 2 de la publicación que bajo la coordinación de Miguel Ontiveros Alonso y con el título “La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica” constituye un homenaje organizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México al prof. Claus Roxin.

** Profesor de derecho penal, U. EAFIT, Medellín, Colombia

Para la generalidad de la doctrina, la estructura del delito imprudente supone, además de la causación de un resultado de afectación del bien jurídico protegido por la acción infractora del deber de cuidado, una relación específica entre los dos extremos de la relación (infracción del deber de cuidado y resultado típico).

Esa relación específica es explicada por la doctrina mayoritaria en términos de determinación del resultado por la infracción del deber de cuidado, lo que implica la exigencia de que el resultado tenga con dicha infracción una relación normativa específica que supere o complemente lo causal. Ello, como consecuencia de la convicción, hoy indiscutida, acerca de la insuficiencia del nexo causal a efectos de la atribución del resultado al comportamiento.

Sin embargo, el consenso respecto a la insuficiencia del nexo causal en la fundamentación del injusto imprudente, no se extiende hasta lo que habría de ser la configuración específica del nexo complementario. Por el contrario, el catálogo de conceptos desarrollados por la doctrina para cumplir con la referida misión es muy amplio, y comprende una serie de teorías que ni siquiera se presentan como complementarias unas de otras, sino que en la mayoría de los casos parten de presupuestos metodológicos y de opciones político-criminales totalmente divergentes¹.

El profesor Roxin mediante el desarrollo de la teoría del incremento del riesgo, ha sido uno de los autores más activos y determinantes en la polémica acerca del elemento al que se acaba de hacer referencia, cuestión a la que él mismo califica como “el problema más discutido desde la postguerra en conexión con la idea de riesgo”².

La pretensión de las líneas siguientes es la de efectuar una mirada al problema, revisando con detalle los planteamientos al respecto del prof.

Una alusión a los variados criterios propuestos para la configuración de un nexo normativo que complemente el causal en la fundamentación de la responsabilidad por imprudencia puede encontrarse en obras como las siguientes: GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad* (1966), reimp., Madrid, Ceura, 1990, Segunda parte, Capítulo Tercero; ROXIN, “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes” (1962), en *Problemas básicos del derecho penal* (Trad. D-M Luzón Peña), Madrid, Reus, 1976, passim; SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal* (1972), (Trad. M Sancinetti-P Ziffer), Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 21 y ss. ROXIN, *Derecho penal, Parte General, T. I.* (trad. de la 2 ed. alemana (1994) por D-M. Luzón Peña/M. Díaz/J. De Vicente), Madrid, Civitas, 1997, p. 379, nro. 72.

ROXIN, en el entendido de que el estudio y análisis de sus ideas constituye una forma adecuada de rendir homenaje a quien sin lugar a dudas, por su originalidad y agudeza, y por su excepcional capacidad de transmitir su pensamiento con sencillez y claridad, se ha convertido en el penalista más influyente en nuestro ámbito de cultura jurídica a partir del último tercio del siglo pasado.

1. La teoría del nexo (de evitación o de determinación o de antijuridicidad)

El planteamiento al que pudiera calificarse de tradicional caracteriza el nexo valorativo complementario al causal indagando por los efectos que de cara a la producción del resultado se hubieran derivado de la ejecución de un comportamiento cuidadoso. Si la conclusión de dicho juicio fuera la de que aun con un comportamiento cuidadoso el resultado hubiera podido producirse, éste no se le atribuiría al actuar del sujeto, y por consiguiente no se estructuraría el injusto de resultado. Lo anterior significa que debe existir certeza respecto a que el comportamiento ajustado a derecho (cuidadoso), hubiera evitado el resultado³.

La idea básica que subyace a este planteamiento es aquella según la cual la observancia del deber de cuidado debe manifestarse eficaz para la protección del bien jurídico, es decir, debe ser idónea para evitar su afectación. Si la observancia del cuidado debido en la situación concreta no hubiera producido el resultado esperado de indemnidad del bien jurídico, el comportamiento, con todo y haber sido descuidado, no fundamentaría un ilícito penal.

Para establecer si la infracción del deber de cuidado determinó la afectación del bien jurídico, habrá de formularse un juicio hipotético en el que se hará una supresión mental de la conducta imprudente, para reemplazarla por una conducta cuidadosa, con el propósito de evaluar el discurrir posible de los hechos en esa situación⁴: si con el comportamiento

³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992, p. 197

⁴ Lo que hace que este planteamiento desarrolle la misma estructura de la teoría de la *conditio sine qua non*. Sobre esta última teoría pueden verse los planteamientos críticos, por ejemplo, de GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y calificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 25 y ss., y MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 219 y ss.

de reemplazo no imprudente también se hubiera producido la afectación del bien jurídico, no habrá lugar a afirmar la configuración del injusto⁵.

Este planteamiento ha sido objeto de no pocas críticas.

Algunos autores destacan los problemas probatorios que acarrea: en muchos casos no es posible establecer lo que hubiera sucedido con un comportamiento alternativo cuidadoso o ajustado a derecho, o lo que hubiera sido la suerte futura del bien jurídico⁶.

Otros aluden al inconveniente de que la responsabilidad penal del ciudadano no dependa de la actuación realizada por él y de sus efectos, sino de "lo que hubiera sucedido si..."⁷. De esa manera, afirman los críticos, no sería propiamente el comportamiento desplegado por el sujeto, sino otro que no se llevó a cabo, el que determinara si al sujeto habría de considerársele o no penalmente responsable.

Además de lo anterior, en un contexto argumental en el que se reivindica cada día con mayor énfasis la identidad estructural entre el tipo objetivo de los delitos dolosos y el de los imprudentes, resulta extraña la propuesta que hace del concepto al que viene haciéndose referencia, un elemento de los delitos imprudentes, y no de los dolosos⁸; pues en el ámbito

⁵ Entre los autores latinoamericanos que asumen esta postura puede destacarse a BUSTOS RAMÍREZ: "no se da la relación de imputación objetiva si a pesar de que la persona actuante hubiese aplicado el cuidado exigido, de todos modos se hubiese producido el resultado jurídico afectante. Por eso es que se habla de procedimientos o procesos hipotéticos a tener en cuenta, que no es sino una argumentación valórica sobre la base del principio lógico de contradicción", *El delito culposo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 79-80; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual de derecho penal*, 2 ed., Bogotá, Temis, pp. 316-318; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal, Parte General*, 1 ed., Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 533-534.

⁶ Así por ejemplo, GIMBERNAT en el marco de la discusión acerca de si el resultado ha de ser valorado en concreto o en abstracto a efectos de la formulación del juicio de atribución señala que una objeción a las fórmulas que emplean un concepto abstracto de resultado es la de que "toda condena por homicidio culposo lesionaría el principio in dubio pro reo, pues nunca se podría llegar a un conocimiento seguro sobre lo que le hubiera podido pasar a la víctima en los próximos días", *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, p. 33.

⁷ "En definitiva, pues, y en contra de lo que ENGISCH con la doctrina dominante, afirma, es irrelevante lo que habría sucedido si...". GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, p. 141, nota 83.

⁸ Así también, GIMBERNAT, "...desde el punto de vista de los que aplican la fórmula de la *conditio sine qua non* es difícil explicar satisfactoriamente por qué el proceso causal hipotético ha de tener relevancia en los delitos culposos y no en los dolosos", *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, p. 145.

de la responsabilidad por dolo nadie parece haber avalado la pertinencia del nexo así configurado.

Un argumento de carácter lógico, ya sugerido, destaca la práctica imposibilidad de atribuir responsabilidad en los espacios de actividad social a las que es inherente un cierto nivel de riesgo (y podría decirse que de alguna manera lo son todas): dicen los críticos de la teoría que se viene exponiendo, que el *in dubio pro reo* conduciría a absolver en todos los casos, porque siempre existiría alguna posibilidad de que los riesgos permitidos inherentes a la actividad hubieran dado lugar a la materialización del resultado.

Y es aquí donde emerge uno de los aspectos más álgidos de la discusión doctrinal: el relacionado con la necesidad de observar el cuidado debido en los eventos en los que no exista certeza acerca de los efectos que ello hubiera de tener para el bien jurídico. Los críticos con la idea del nexo de determinación reivindican la necesidad de obrar cuidadosamente aun en dichas situaciones. Roxin, por ejemplo, señala que “el ordenamiento jurídico no tiene ningún motivo para tolerar siquiera una conducta que **posiblemente** rebase los riesgos dados en caso de observar las normas de cuidado... ¡Las reglas de cuidado exigen su observancia incluso cuando su incumplimiento, no con seguridad, pero sí probable o posiblemente aumenta los peligros para la víctima!”⁹.

Otra crítica, proveniente de los partidarios de la teoría del fin de protección de la norma, a la que se hará alusión ulterior, en consonancia con sus puntos de partida, sostiene que “la teoría de la evitabilidad encierra el peligro de infringir el principio de culpabilidad por imputar resultados que no tienen nada que ver con la infracción del deber de cuidado. Aunque se constate que se podría haber evitado el resultado, es preciso demostrar además que se debía evitar”¹⁰; conclusión a la que arriban considerando que desde el punto de vista político-criminal, las soluciones que ofrece la teoría defendida por ellos al problema debatido, son las más satisfactorias.

Finalmente, hay que destacar una de las dificultades mayores a que se ve abocada la teoría del nexo: la indefinición de los criterios que determinen en el caso concreto la opción por uno entre los varios comportamientos alternativos cuidadosos que para el caso concreto podía desplegar el sujeto.

⁹ ROXIN, DP, PG, T. I., cit., p. 382, nro. 78. Con negrita en el original.

¹⁰ FELLÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, JM Bosch, 2001, p. 331.

En efecto, es posible que en el caso concreto exista una amplia gama de comportamientos o de abstenciones que el sujeto hubiera podido llevar a cabo; y es posible también que los efectos de lesión o de indemnidad para el bien jurídico resulten sustancialmente distintos en cada uno de los casos.

Ante dicha situación se le reprocha a esta teoría el no haber propuesto con claridad cómo ha de establecerse el criterio que se deba tomar en consideración para la formulación del curso causal de reemplazo¹¹.

2. La teoría del incremento del riesgo

Como se intuye ya desde las críticas a la teoría del nexo, ROXIN ha sido uno de los autores que con mayor énfasis ha expresado su desacuerdo con los resultados de dicha teoría. Asumiendo en gran medida las críticas a las que se acaba de hacer referencia, propone edificar el vínculo normativo entre la acción generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado, a partir de la comparación cuantitativa entre el riesgo generado por el comportamiento ilícito, es decir, el riesgo jurídicamente desaprobado, y el riesgo permitido (criterio que de todas maneras, en el planteamiento de este autor, habrá de acompañarse por otros complementarios, como el del fin de protección de la norma de conducta o de cuidado infringida en el caso concreto).

El análisis de la propuesta demanda su exposición lo más detallada posible, precedida a su vez de una precisión previa.

Uno de los grandes méritos de ROXIN es el de haber incorporado la teoría del riesgo a la estructura del injusto penal de manera coherente y sistemática. Para él, la imputación de la afectación del bien jurídico depende básicamente de que con su comportamiento el sujeto haya generado un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien objeto de protección, lo que será valorado desde una perspectiva *ex ante*; y de que el riesgo desaprobado generado por el sujeto haya sido el mismo que se materializó en el resultado, lo cual habría de ser objeto de una constatación

¹¹ CORCOY, *El delito imprudente*, Barcelona, PPU, 1989, p. 457. También se refiere a la multiplicidad de alternativas de comportamiento, aunque en un contexto diferente, SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva” (1999), (Trad. M Sacher), pp. 82-83, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.

ex post. (-Estos dos momentos del juicio de imputación objetiva se verán complementados, siempre en la teoría de Roxin, por un tercero en el que se analizará lo que ha venido en denominarse el alcance del tipo penal-)¹².

El incremento del riesgo cumpliría su función en sede del segundo de dichos momentos, que es también en el que habría de manifestarse relevante el nexo de determinación o de antijuridicidad; lo que significa que se determinará desde una perspectiva ex post¹³.

2.1. El contenido básico de la propuesta

En concreto, el método propuesto por ROXIN para atribuir normativamente el resultado a la infracción del deber de cuidado es el siguiente:

“Examínese 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 le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia, debe ser absuelto”¹⁴.

ROXIN señala que uno de los méritos de su propuesta consiste en que delimita adecuadamente los elementos relevantes en el juicio de imputación:

“Lo que realmente hubiera sucedido de facto es irrelevante y, como no es objeto de prueba, no puede dar lugar a ningún tipo de

¹² ROXIN, *DP, PG, T. I.*, prg. 11; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal, Parte General*, 5 ed. (1996) (Trad. M. Olmedo C.), Granada, Comares, 2002, pp. 307-310.

¹³ ROXIN, *DP, PG, T. I.*, p. 381, nro. 77.

El contenido de la propuesta teórica de ROXIN respecto a la teoría del incremento del riesgo, se hará mediante alusión a su artículo de 1962 y al contenido de su obra de Parte general del Derecho penal, de 1994, por considerar que entre las dos obras no hay ruptura, sino -por el contrario- una continuidad y reafirmación de los argumentos expuestos en un primer momento.

¹⁴ ROXIN, “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”, pp. 167-168, sin negrita en el original.

¹⁵ ROXIN, “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”, p. 169, sin negrita en el original.

dificultades probatorias ni se pueden infringir las reglas generales de la prueba por no tenerlo en cuenta”¹⁵.

En otras palabras, la propuesta de ROXIN es la siguiente: una vez acaecidos los hechos se determinará el umbral máximo de riesgos a los que hubiera quedado expuesto el bien jurídico como consecuencia de la realización de un comportamiento ajustado a derecho (es decir, el nivel máximo de permisión del riesgo); y ello habrá de compararse con el nivel de riesgos derivados de la ejecución del comportamiento que en concreto se hubiere desplegado. Si los resultados de dicha comparación fueran desfavorables para el comportamiento ejecutado, en el sentido de haber desmejorado la situación del bien jurídico, por exponerlo a riesgos mayores que los permitidos, que finalmente tuvieron como consecuencia la realización del resultado, la afectación del bien jurídico se le atribuirá al sujeto.

Por ello, solamente se negará la imputación en los casos en los que de haber generado un riesgo permitido el bien jurídico hubiera estado determinado ya a la lesión, pues sólo en esos casos no se habrá incrementado el riesgo¹⁶.

¹⁶ La asunción de que hay casos en los que el bien jurídico estaba abocado a la lesión, que comparte un amplio sector de la doctrina, el propio ROXIN incluido, relativiza el argumento de que nunca se hubiera podido establecer el desarrollo de las cosas cuando se efectúa la supresión mental del riesgo desaprobado que se atribuye al sujeto.

Sobre esta base, JAKOBS ha planteado que los casos de conducta generadora de un riesgo desaprobado que causa la lesión de un bien irremediamente perdido deben ser tratados como eventos de peligro abstracto, si el sujeto tiene una imagen cabal de la situación, “en la medida que al autor no tiene por qué achacársele la pérdida *duradera* de un bien”, JAKOBS, *Derecho penal, Parte general* (Trad. de la 2 ed. alemana (1991) por J. Cuello y J.L. Serrano), Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 283, nro. 92. La cursiva en el original.

Esta postura es asumida por BACIGALUPO, quien señala que en los casos en los que “el bien estaba irremediamente perdido el hecho tiene la estructura de un delito de peligro abstracto, lo que debería conducir a la correspondiente atenuación de la pena en el momento de la individualización. Tal atenuación se fundamentará en el art. 21,6 CP. -español- (-que consagra la posibilidad de aplicar atenuantes análogas de responsabilidad penal-), pues el contenido de la ilicitud será en estos casos menor” *Principios de derecho penal, Parte general*, 5 ed. Madrid, Akal-Iure, 1998, p. 195.

También asume esta propuesta PÉREZ DEL VALLE, “La repercusión de los cursos causales hipotéticos en la atenuación de la pena”, en A.J. Cancino, (coord.) *El Derecho penal español de fin de siglo y el Derecho penal Latinoamericano, Homenaje a E. Bacigalupo*, Bogotá, Eds. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 205 y ss.

Concretados los caracteres básicos de su propuesta, ROXIN pasa a explicar "por qué el aumento del peligro ha de acarrear necesariamente una pena aunque el desenlace hubiera sido posiblemente el mismo con una conducta conforme a lo ordenado"¹⁷, señalando que el Legislador asume que como consecuencia de la permisón del riesgo han de producirse algunos eventos de afectación del bien jurídico, que desde una perspectiva *ex ante* han de tenerse por generales y muy reducidos, pero que:

*"sería totalmente desacertado suponer que la producción del resultado mediante una acción que implica un riesgo superior, que ya no está autorizado habría de quedar impune sólo porque quizás también se hubiera producido el resultado en caso contrario. Lo que en un caso el legislador deja impune en atención a las necesidades generales del tráfico, ya no tiene por qué admitirlo si se rebasan, con el consiguiente aumento del peligro, los límites por él marcados... El incremento del peligro que aún se toleraba hace que la balanza se incline a favor de la protección de bienes jurídicos y que resulte imprudente una producción del resultado a la que en otro caso no hubiera habido nada que objetar"*¹⁸.

¹⁷ ROXIN, "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", p. 169.

¹⁸ ROXIN, "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", p. 169, sin negrita en el original.

GIMBERNAT comparte la inquietud ante las absoluciones que generaría la aplicación de la teoría del nexo en los casos en que la conducta generadora del riesgo ilícito produjo el resultado típico: "la fórmula de la *conditio sine qua non*, que ya se había demostrado inapropiada como instrumento para averiguar la relación de causalidad material, fracasa también cuando se la utiliza -tanto si se toma el resultado en concreto, como si no- para determinar qué resultados típicos pueden ser atribuidos a una acción contraria al deber. Su fracaso reside no sólo en que hay casos en los que no existe una realización del deber de diligencia que no son abarcados por esta fórmula, sino también en que su aplicación llevaría a dejar sin castigo comportamientos en los que se ha realizado la lesión del cuidado debido", *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, pp. 135-136, sin cursiva en el original.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, que no asume la teoría del incremento del riesgo, comparte sin embargo la idea de que la incertidumbre acerca de la eficacia protectora de la norma no tiene por qué beneficiar al sujeto: "La eficacia de la norma se ha utilizado como fundamentación normativa tanto de la teoría de la evitabilidad como de la teoría del incremento del riesgo, sin embargo, nadie ha justificado suficientemente por qué el que la norma lesionada se muestre *ex post* inservible en el caso particular ha de redundar en beneficio del sujeto", *La imputación objetiva del resultado*, p. 241.

Esta última idea, de capital importancia, resulta complementada por otra que permite esclarecer el núcleo de la argumentación del profesor alemán: entendiendo que la permisón del riesgo impone un límite cuantitativo al mismo a efectos del mantenimiento de la licitud, señala que la superación de ese nivel máximo se torna ilícito todo el proceso de riesgo, impidiendo diferenciar en el mismo una parte permitida y otra desaprobada:

*"no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido, y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido, y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado"*¹⁹.

Como se manifestó unas líneas atrás, en el fondo de la cuestión subyace el problema de la eficacia de la norma para la protección del bien jurídico en el caso concreto, y la aplicación, en relación con ello, del *in dubio pro reo*: la infracción de la norma, entendida como pauta de actuación, habría de generar responsabilidad en todos los casos de afectación del bien jurídico, con la única excepción de los casos en los que *ex post* se demostrara con certeza que con la conducta generadora de riesgo permitido, el bien jurídico estaba abocado a la lesión.

De esa manera, es clara la pretensión de invertir la aplicación del *in dubio pro reo* a que conduciría la denominada teoría del nexo: según la propuesta que se viene analizando, el incremento en las posibilidades de ocurrencia del resultado debe asumirla el actor, sobre quien gravitará también el efecto de la incertidumbre al respecto²⁰.

No sería justo con esta teoría imputarle el ignorar la necesidad de un vínculo normativo entre actuación imprudente y resultado; lo que sucede es que como dicho vínculo es establecido en función de la apreciación

¹⁹ ROXIN, *Derecho penal, Parte General, T. I*, p. 380, nro. 74; y con base en ello concluye que su teoría no comporta una infracción del *in dubio pro reo*. En sentido prácticamente idéntico, RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, (Trad. Claudia López Díaz), Bogotá, U. Externado de Colombia, 1998, p. 45, nro. 68. Asume también esta idea, CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 74.

²⁰ Al respecto, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: "Con argumentos preventivistas se ha pretendido que sólo se excluye el nexo de determinación cuando la acción alternativa hubiese evitado con seguridad el resultado. Es un caso extraño en que el preventivismo llega al extremo de pretender cancelar el *in dubio pro reo*", *DP, PG.*, p. 534.

cuantitativa de los procesos de riesgo, y la infracción misma del deber de actuación comporta un incremento en las posibilidades de afectación del bien jurídico, según se intentará demostrar en el apartado siguiente, en la generalidad de los casos, bastará que la actuación imprudente haya causado el resultado, para que se entienda configurado el nexo normativo por el que se viene indagando.

2.2. Los efectos prácticos de la teoría

Esta teoría propicia una ampliación cuantitativamente muy relevante del ámbito de lo ilícito penal. La razón básica para ello consiste en que, a diferencia de la teoría del nexo de determinación o de antijuridicidad, avala la punición de una serie de comportamientos en los que es dudoso que la observancia del deber de cuidado hubiera podido evitar el resultado típico.

Por ello, es mínima la capacidad limitativa de la responsabilidad penal fundada en la causación del resultado por parte de esta teoría, y prácticamente en todos los eventos en los que un comportamiento infractor del deber de cuidado haya causado el resultado, habría lugar a la atribución objetiva de éste.

Ello se debe a varias razones. Para empezar, el planteamiento de ROXIN no propicia una diferenciación estricta entre los dos momentos que dan lugar a la imputación objetiva del resultado, que interesan en este momento; puesto que, como se verá a continuación, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado termina constituyéndose en un factor que acredita *per se* la realización del riesgo en el resultado.

Para validar esta afirmación bastaría pensar que el sentido de las normas de cuidado, no parece ser distinto al de menguar o aminorar la peligrosidad de un comportamiento, evitando que se sobrepase el umbral de lo permitido. Por esa razón, todo aquél que con su actuación infrinja el deber de cuidado incrementará los riesgos a los que, sin dicha infracción, estaba expuesto el bien jurídico. Y por ende, en la práctica, toda infracción del deber de cuidado implicará un incremento del riesgo²¹.

²¹ En sentido similar, LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, 1 reimp. de la 1 ed., Bogotá, U. Externado de Colombia, 1997, p. 184; y destacando la necesidad de efectuar una adecuada diferenciación entre las perspectivas *ex ante* y *ex post*, que en su sentir no efectúa ROXIN, CEREZO MIR, *Curso de*

En consecuencia, en los casos en los que se considera que no existe incremento del riesgo, porque se logra establecer que el mismo resultado se hubiera producido en el mismo momento aun sin la inobservancia del deber de actuación, lo que sucede es que en realidad habría operado un factor de riesgo distinto al derivado de dicha inobservancia, que es al que debería atribuirse el resultado. Con ello, más que el incremento del riesgo, habrá que determinar cual de los riesgos que confluyen en el caso concreto, fue el que se materializó en el resultado²².

Este planteamiento también ha sido criticado por no diferenciar las dos perspectivas desde las cuáles temporalmente se evalúa el riesgo (la *ex ante* y la *ex post*), señalando que la comparación estadística con los procesos de riesgo derivados de una actuación lícita, impide establecer lo específico del riesgo permitido para el caso concreto, porque el peligro estadístico se corresponde más con un juicio de peligrosidad que con un juicio de peligro efectivo constatado *ex post*²³.

Derecho penal español, Parte General, II, 6 ed., 2 reimp., Madrid, Tecnos, 2000, pp. 181-182; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, Parte General I*, 1 ed., Madrid, Ed. Universitas, 1996, p. 385.

²² Algún sector de la doctrina ha expresado su especial preocupación por los problemas que generaría la existencia de autores de reemplazo, situación en la que se considera que de ninguna manera debería legitimarse el actuar del sujeto que en efecto lesionó el bien jurídico. En este sentido, ROXIN: "... si el legislador sólo le permite una acción típica a determinadas personas o funcionarios,, esa restricción sólo se puede imponer eficazmente si la prohibición se mantiene incólume frente a los demás", *DP, PG, T. I*, p. 369, nro. 50; y FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (coord. de la Trad. A. Ventura P.), Madrid, Colex, 1995, pp. 55-56.

Por otra parte, JAKOBS desarrolla una serie de criterios en los que el curso causal de reemplazo no podría ser tenido en cuenta como factor generador de responsabilidad por un delito de peligro abstracto o de tentativa, que son los efectos que propone conferir a dichos cursos cuando el bien jurídico estuviera "irremediamente perdido": cuando hubiera autores de reemplazo disponibles dentro de una organización criminal; cuando hubiera derecho de intervención (como causal de justificación) en cabeza del ejecutor material del hecho y no en el agente de reemplazo; y cuando "el desplazamiento del curso causal dañoso hipotético depende de datos aleatorios en la continuación de la configuración vital de la víctima", *DP, PG*, p. 284, nros. 93 a 95.

²³ MIR PUIG fusiona las dos críticas anteriores manifestando, al analizar la teoría del incremento del riesgo que: "Es cierto que en algunos de los casos aquí contemplados esta teoría llega a absolver por entender que no existe incremento del riesgo. Pero ello sólo puede hacerlo a costa de manejar un concepto de riesgo *ex post* que, aparte de no hallarse claramente diferenciado

Como el riesgo no se tendría por incrementado en los casos en los que el mismo resultado se hubiera producido como efecto de un riesgo permitido, y el riesgo es permitido cuando es el producto de una conducta en la que se observa el deber de cuidado, en la práctica (lo que quiere decir, en la gran mayoría de los casos) la teoría de ROXIN termina renunciando a la formulación de un nexo complementario al causal entre los dos plurimentados extremos de la relación jurídica que caracteriza al delito imprudente (infracción del deber de cuidado y afectación del bien jurídico), que sirva para acotar la responsabilidad derivada de la causación del resultado²⁴.

Es decir, sólo se descartará la imputación objetiva del resultado en aquéllos supuestos en los que se pruebe con certeza que el riesgo permitido, o el riesgo general de la vida, o el riesgo remanente después de la adopción de las medidas de precaución cuya adopción demandaba el ordenamiento jurídico (que son todas expresiones que a estos efectos tienen un similar significado), también hubiera causado la lesión.

del riesgo *ex ante*, ya no constituye un verdadero concepto de riesgo efectivo, sino de probabilidad estadística que puede fallar en el caso concreto", *Derecho Penal, Parte General*, 4 reimp. de la 5 ed., Barcelona, Reppertor, p. 286.

También REYES ALVARADO destaca la confusión de los planos *ex ante* y *ex post* en que incurre esta teoría poniendo de presente los efectos de violación del *in dubio pro reo* que ello acarrea, *Imputación Objetiva*, 1 ed., Bogotá, Temis, 1994, pp. 249-250.

La consideración de que esta teoría presenta problemas de diferenciación en los momentos del riesgo ha dado lugar a que con mucha frecuencia se le impute el hacer de los delitos de resultado de lesión de peligro. Al respecto, por ejemplo, SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, pp. 45 y 150 y ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, p. 253

La réplica a esta crítica en ROXIN, *DP, PG, T. I*, p. 381, nro. 76; y RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, pp. 48-49, nro. 70.

²⁴ En esa medida no parece correcta la afirmación de RUSCONI según la cual "La solución ofrecida por Roxin no difiere en verdad demasiado de la llamada "teoría del nexo" salvo en la elección terminológica. Sucede que en los casos en los cuales el comportamiento alternativo conforme a derecho no hubiera evitado el resultado, no hay ninguna elevación del riesgo", "La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho", en *Jueces para la democracia*, nro. 27, noviembre 1996, p. 65; pues, como este mismo autor manifiesta, sí existe una diferencia fundamental en cuanto a la solución que se deberá dar a los supuestos en los cuáles se incrementan las posibilidades de ocurrencia del resultado, sin que exista certeza respecto a que como consecuencia de la actuación hubiera de producirse el resultado.

2.3. Otras críticas a la teoría a la teoría del incremento del riesgo

En el apartado anterior, en la medida que se aludía a los efectos de esta teoría, se expresaron algunas críticas que se le han formulado. Sin embargo, en la doctrina se han planteado otras que también vale la pena mencionar.

Se ha dicho que el procedimiento de determinación del incremento del riesgo le abre las puertas a la consideración de los cursos hipotéticos tan denostados por el autor de la teoría. Eso es lo que ocurre cuando se supone el desarrollo del proceso de riesgo a partir del comportamiento generador de un riesgo permitido, a efectos de compararlo con el desarrollo que tuvo el proceso de riesgo fruto de la actuación imprudente.

ROXIN admite que para efectos de la imputación objetiva del resultado, es verdad que se estarían teniendo en cuenta los efectos causales del riesgo permitido, pero señala que las dificultades epistemológicas son superables en la medida que se trataría básicamente de efectuar un cálculo pericial de los efectos del riesgo permitido y del jurídicamente desaprobado²⁵.

Así las cosas, es evidente que la propuesta de ROXIN asume, con otra presentación, el empleo de cursos causales hipotéticos, y que sólo se trata de cambiar el referente que ha de servir de base para la comparación. El profesor alemán considera que los problemas epistemológicos se solucionan mediante una estimación científica, pericial, de los riesgos asociados a un comportamiento lícito; sin embargo, ello no puede ocultar la contradicción con el planteamiento inicial: aquí también se está condicionando la imputación del resultado a los efectos posibles de un comportamiento que nunca tuvo lugar, que es justamente lo que quería combatir la teoría a la que se viene haciendo alusión.

La teoría del incremento del riesgo presenta otro problema adicional: no es cierto, como pretende ROXIN, que todos los problemas de incremento del riesgo se puedan solucionar mediante la estimación pericial del grado de exposición al riesgo como consecuencia de un comportamiento infractor del deber de actuación, simplemente porque con mucha frecuencia la ciencia desconoce el nivel de peligrosidad asociado a determinados comportamientos²⁶.

²⁵ "No estamos aquí ante una cuestión de prueba de hipotéticos cursos causales, sino ante un problema de enjuiciamiento pericial que se puede solucionar de modo general conforme a criterios científicos", ROXIN, "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", p. 169.

²⁶ En este sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 220.

Una prueba de las dificultades que afronta la teoría del incremento del riesgo emerge del análisis de su aplicación a los casos concretos.

ROXIN desarrolla las líneas básicas de la imputación objetiva a partir del análisis de una serie de supuestos problemáticos (los famosos casos del ciclista, del farmacéutico, de los pelos de cabra, y de la novocaína). Y en cada uno de los casos propuestos se detiene a examinar lo que, en su sentir, constituye el problema básico de determinación del nivel de incremento del riesgo. En algunos casos las conclusiones propuestas son inseguras, o muy discutibles.

*Así, por ejemplo, su conclusión en el caso del ciclista consiste en que: "...dada la relación de los hechos no se puede decir con total seguridad cuál habría sido la solución correcta. Sólo sabemos que a juicio del Tribunal, "con gran probabilidad" también habría ocurrido el accidente aunque la conducta hubiera sido conforme a lo ordenado. En tal caso todo dependería de que el riesgo de todos modos hubiera sido algo menor -en cuyo caso habría que condenar- o de que hubiera sido exactamente el mismo -en cuyo caso habría que absolver-".*²⁷

En el caso citado por el prof. ROXIN, el método propuesto implicaría que un perito certificara el grado de riesgo de que un ciclista ebrio que se desplazaba por la berma de la carretera, resultara atropellado por un camión que lo adelantaba a una distancia de 0.75 o de 1 metro (conductas generadoras de un riesgo desaprobado y de uno permitido, respectivamente, en la medida que la última distancia de adelantamiento era la autorizada por el Código de Circulación alemán), teniendo en cuenta que en algunos casos los ciclistas en dicha situación reaccionan lanzándose ciegamente contra los vehículos que los adelantan.

Para ROXIN la solución correcta en el caso del ciclista obliga a reconocer, respecto al comportamiento del conductor del camión, que

*"...no significó una puesta en peligro de una vida mayor que la puesta en peligro generalmente permitida, por lo que afirmar que ha habido homicidio imprudente supondría volver de hecho a la punición por el mero versari in re illicita"*²⁸.

La solución es problemática por dos razones. En primer lugar, porque parece supremamente improbable que un perito pueda conceptuar sobre

²⁷ ROXIN, "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", p. 170, sin negrita en el original.

²⁸ ROXIN, "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", p. 168.

los riesgos de atropello de un ciclista cuando el vehículo que lo adelanta se desplaza a 0,75 o a 1 metro de distancia, si lo que provoca el movimiento del ciclista y su caída bajo las llantas del camión es una reacción debida a la embriaguez que padece. Establecer la distancia máxima de alejamiento de la berma a la que el ciclista hubiera podido caer como consecuencia de la reacción ética parece de muy difícil, sino imposible, comprobación.

Más allá de ello, sólo queda recurrir a una intuición: la de que a mayor cercanía del automotor, mayor probabilidad de caer bajo sus ruedas, y de perecer arrollado por ellas. Pero tal solución tampoco convence. Por el contrario, si la distancia de adelantamiento fuera supremamente escasa, inferior a treinta centímetros por ejemplo, es posible que el ciclista se golpeará contra la parte lateral del camión sin que hubiera ocasión de que cayera bajo sus ruedas, por lo que incluso a mayor infracción del deber de cuidado habría menor riesgo de muerte²⁹.

Pero además, porque la estimación del caso según la ponderación del riesgo abstracto de afectación del bien jurídico con la conducta infractora del deber de cuidado, termina desentendiéndose de la hipótesis fáctica que se juzga en concreto.

En efecto, parte ROXIN de la premisa de que algunos ciclistas reaccionan al adelantamiento de camiones dirigiéndose contra ellos. Aparte la problemática de si se trata de una autopuesta en peligro, ¿no sería adecuado indagar para la solución justa del problema, si el ciclista fallecido en el caso concreto era o no uno de los que reaccionan así?. El desarrollo lógico de esta teoría, sin embargo, nada tiene que ver con la situación del ciclista concreto: bastaría demostrar cuál es el porcentaje de ciclistas borrachos que tienden a tener reacciones que los impulsan bajo las ruedas de los camiones; situación que francamente parece muy difícil de someter a estimación cuantitativa.

En el caso de la novocaína, ROXIN propone una solución condicionada por un dato extraído de un análisis de Spendel:

²⁹ FEJÓO criticando al juicio de imputación de la afectación del bien jurídico basado en el análisis de causas hipotéticas del resultado destaca uno de sus problemas: "...es preciso constatar algo más que la hipotética evitación del resultado lesivo mediante una conducta conforme a la norma para poder imputar el resultado a título de imprudencia. La mejor prueba de ello es que muchas veces la referencia a hipótesis nos demuestra que una conducta todavía más imprudente también habría evitado el resultado", *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 331.

“la suposición de que quizás también hubiera muerto el paciente de inyectarle novocaína, como era lo correcto se basaba, como ha averiguado Spindel, en la circunstancia de que el caso de aquél era anormal por subsistir en él la glándula timolinfática (que por regla general sufre una involución en los diez primeros años de vida del hombre). Esta glándula, cuya presencia no puede comprobar el médico de ningún modo, da lugar a una hipersensibilidad contra todos los narcóticos, con la consecuencia de que durante la narcosis puede sobrevenir la muerte repentina del paciente –uno de los llamados incidentes de narcosis-”³⁰.

Lo anterior lleva al autor a concluir que no hay lugar a la imputación del resultado, porque “para el estado timolinfático del paciente cualquier narcótico era igual de peligroso”³¹.

La falta de certeza que se deriva del uso en la misma oración de expresiones como la de “suponer lo que quizás hubiera podido suceder”, parece contrariar la claridad y certeza que ROXIN quiere atribuir a las soluciones derivadas de su propuesta. Además, porque de desarrollar coherentemente el punto de partida de la teoría, el que el resultado “quizás también se hubiera producido” con la conducta ajustada a derecho, implicaría afirmar que se incrementó el riesgo, y que debería atribuírsele al sujeto la afectación del bien jurídico.

Y desde una perspectiva de argumentación diversa habría que llamar la atención acerca de las dificultades, insuperables en una gran cantidad de ocasiones, inclusive desde una perspectiva *ex post*, de establecer el nivel máximo de riesgos derivados de una actuación permitida.

Así, en eventos de aplicación de medicamentos a una persona, en muchos casos es imposible la determinación previa al uso de la sustancia de que el sujeto es alérgico a ella, o la intensidad de los efectos del rechazo a la sustancia; de manera que en muchos supuestos no se puede establecer si el medicamento genera al individuo concreto un riesgo de lesión o de muerte.

La práctica judicial demuestra que el método de ROXIN es impracticable en una gran cantidad de supuestos en los que no existe la posibilidad, ni siquiera *ex post*, de establecer la magnitud del riesgo asociado a un

³⁰ ROXIN, “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”, p. 174, sin negrita en el original.

³¹ ROXIN, “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”, p. 175.

comportamiento en el que se observara el cuidado debido; y en los que por ende no puede establecerse el baremo de comparación.

Además, la opción en estos casos de anular los efectos del *in dubio pro reo* no resulta político-criminalmente satisfactoria, en la medida en que grava al ciudadano con los efectos de las limitaciones del Estado para acreditar las condiciones que determinan o no el desarrollo del riesgo permitido³².

Finalmente, debe señalarse que al frente de las expuestas hasta el momento, se ha desarrollado la teoría del ámbito de protección de la norma de conducta infringida. Su contenido será mencionado a continuación. De momento sin embargo, baste reiterar que en consonancia con las premisas de esta última, se ha afirmado que la imputación del resultado con base en el incremento del riesgo es incorrecta porque conduce a la absolución en algunos casos en los que se debería condenar, y a la inversa³³, dando lugar a una crítica similar a la que se formula a la teoría del nexo en relación con esta misma cuestión (que ya fue mencionada).

³² CORCOY entiende que en la discusión sobre la aplicación del *in dubio pro reo* debe diferenciarse la duda sobre los efectos del comportamiento desplegado y los del juicio hipotético, y entiende que el principio probatorio sólo es de aplicación en el primero de los casos: “El principio “*in dubio pro reo*” es de aplicación únicamente en el juicio sobre la concreta situación que se ha realizado, pero no respecto de la hipotética, con lo que, por la falta de prueba fehaciente de esta relación hipotética, no se puede entender infringido este principio, ni conculcadas las exigencias de política criminal”, *El delito imprudente*, p. 521.

Sin embargo, parece evidente que si se admite la comparación de los efectos del comportamiento desplegado con aquéllos que desde una perspectiva *ex post* hubiera tenido otro ajustado a derecho, no puede perderse de vista que esos efectos deben quedar debidamente establecidos. Y que la duda al respecto sí debe beneficiar al procesado.

³³ Refiriéndose a la teoría del incremento del riesgo, señala GIMBERNAT: “Es innegable que la tesis de Roxin consigue superar limpiamente la dificultad, tantas veces repetida, en que se encuentran los que, bien tomando el resultado en concreto, bien tomándolo en abstracto, acuden a la fórmula de la *conditio sine qua non*: o absolución en la mayoría de los casos en base al principio *in dubio pro reo*, o lesión de dicho principio. Pero lo que Roxin no consigue superar son las dos objeciones que hemos hecho hasta ahora a todas las teorías que hemos examinado: que existen casos en los que hay que absolver, a pesar de que la acción imprudente no representa un riesgo mayor para el resultado que la acción prudente; y que son imaginables otros en los que, aun cuando el riesgo de los comportamientos prudente e imprudente son iguales, no existe ningún motivo para eximir de responsabilidad al autor”. *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, p. 139.

Es evidente que el acierto o no de esta crítica presupone la asunción de sus puntos de partida; es decir, que la oportunidad o conveniencia o justicia de absolver o de condenar en un determinado caso, que ella propone, dependerá de la manera en que se compartan o no sus postulados fundantes; pero por lo pronto se puede señalar que en el argumento así expresado parece darse por supuesto lo que apenas ha de ser objeto de comprobación.

3. La teoría del fin de protección de la norma de conducta

El profesor GIMBERNAT ideó una propuesta alternativa a las anteriores, para configurar el nexo normativo, complementario del causal, que debe vincular a la acción infractora de un deber de actuación con el resultado.

Como ya se señaló, la propuesta parte de lo erróneo de la fundamentación dada a las teorías anteriores y por ello propone que en su lugar se atienda al fin de protección de la norma de conducta que debía observarse en el caso concreto. Para el autor español: "las normas que imponen deberes de diligencia los imponen no para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado. Cuál es ese resultado determinado, es algo que habrá que determinar caso por caso"³⁴.

Es decir, se determinará el criterio que permite considerar que el riesgo jurídicamente desaprobado que se generó con la actuación fue el que se realizó en el resultado, sobre la base de que los deberes de cuidado siempre apuntan a la evitación de algunos tipos determinados de resultados. Seguidamente, se determinará si el resultado producido era uno de los que pretendía evitar la norma de conducta infringida. De ser así, se imputará el resultado. En caso contrario, no.

Sin embargo, existe una discusión entre los partidarios de esta teoría respecto al grado de idoneidad de la norma en el caso concreto para la protección del bien jurídico: mientras que algunos exigen la constatación de una eficacia protectora de la norma en abstracto, otros exigen una comprobación de la eficacia protectora para el caso específico³⁵.

³⁴ GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, p. 141.

³⁵ Así por ejemplo, FELDÓO: "Las normas de conducta no pretenden evitar todos los resultados que se puedan derivar casualmente de la conducta infractora del deber, sino sólo unos resultados concretos: los planificables *ex ante* para el autor desde el punto de vista de la norma penal, en concreto en el delito

Para GIMBERNAT, esta fórmula ofrece soluciones satisfactorias en los casos de actuación imprudente, y también en los de actuación con dolo³⁶.

Esta teoría ha encontrado amplia acogida en la doctrina y goza de amplia aceptación³⁷.

Lo que se discute entre sus partidarios, es si resulta excluyente de las dos teorías anteriores, o si por el contrario, es compatible con ellas. Para algún sector de la doctrina, esta teoría es excluyente de aquéllas³⁸; sin embargo, hay quienes consideran que sí son compatibles³⁹.

Las razones de la aceptación del criterio al que se viene haciendo alusión pudieran expresarse con claridad desde el punto de vista de las funciones de protección conferidas a la norma de conducta: la protección

imprudente, de la norma de cuidado", *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 334. Más adelante afirma este mismo autor que: "No estoy de acuerdo con MARTÍNEZ ESCAMILLA, ..., cuando se conforma con que la norma de conducta sea idónea en general para evitar este tipo de resultados, aunque en el caso concreto fuera incapaz de conseguir sus objetivos"... "En Derecho penal nos interesan personas concretas que planifican situaciones y riesgos en situaciones concretas. Las penas se imponen por lo que ha hecho una persona concreta en una situación concreta", pp. 334, 335, nota 979.

³⁶ GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, p. 147.

³⁷ Lo que no significa que no existan opiniones muy críticas frente a este concepto. Tal es el caso de REYES ALVARADO, para quien: "...se trata de un concepto sin contenido, cuya extrema vaguedad le transforma en inservible dentro de una teoría de la imputación objetiva. No es que sea incorrecto...; lo que ocurre es que se trata de una afirmación que siendo correcta, no brinda ninguna ayuda al momento de determinar cuándo un resultado penalmente relevante debe serle imputado a alguien como "su obra". *Imputación objetiva*, p. 216.

³⁸ Este es el sentido de la propuesta de GIMBERNAT, cfr. nota 41, y de su discípula, MARTÍNEZ ESCAMILLA, según la cual "el criterio del fin de la norma de cuidado *no complementaría el principio de la evitabilidad o del incremento del riesgo, sino que lo sustituiría, siendo posible*, como ya he apuntado, que la aplicación de dichos criterios a un mismo supuesto de hecho conllevara soluciones diferentes", "¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?", p. 107, en Gimbernat-Schünemann-Wolter (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, U. Complutense-Centro de Estudios Judiciales, 1994.

³⁹ Ese es, por ejemplo, el sentido de la propuesta de Roxin, quien considera asumibles al tiempo los resultados de la teoría del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma, entendiendo que esta última es complementaria de la anterior, *DP, PG, T.I.*, pp. 385-386, nro. 84; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, pp. 40-45; p. 50, nro. 70; CORCOY, *Delito imprudente*, p. 522.

del bien jurídico frente a riesgos específicos, de manera que los supuestos que no materialicen lo que constituía la pretensión de evitación del ordenamiento jurídico debieran resultar ajenos al ámbito de intervención del Derecho penal.

Lo que a continuación habrá que preguntarse entonces, es si la admisión de dicho criterio, que como ya se señaló es mayoritaria en la doctrina, puede coincidir con otros planteamientos⁴⁰, o si resulta excluyente de ellos⁴¹. Los problemas que representa la asunción de la teoría del incremento del riesgo a la que se hiciera mención en las páginas anteriores, hará que se preste una atención especial a la relevancia que para el Derecho penal pudieran tener los comportamientos alternativos hipotéticos. Ello se analizará intentando dar respuesta a los dos problemas básicos que de conformidad con lo que se señaló en su momento, han sido determinantes en el desarrollo de la polémica: el de la naturaleza del riesgo incrementado, y el del sentido de la protección penal, mediante la observancia de las normas, en los eventos en que la eficacia de éstas resulta incierta.

4. La relación entre desvalor de acto y de resultado

En los últimos años la relación entre el concepto de norma jurídica (y sus funciones) y el injusto penal, ha adquirido una especial relevancia, hasta el punto de llegar, la doctrina mayoritaria, a fundar el injusto sobre las funciones reconocidas a la norma jurídico-penal.

⁴⁰ Por ejemplo, asumen los resultados de la teoría del nexo y del fin de protección de la norma, asignándole a la última una función correctora de los resultados de la primera, CEREZO MIR, *Curso de DP español*, T. II, p. 183; GRACIA MARTÍN, en Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN (coords.) *Comentarios al Código Penal*, T. I, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, p. 149, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual de DP, PG.*, p. 317, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, hablando de un doble juicio hipotético, en concreto y en abstracto, *DP, PG*, pp. 535-536.

⁴¹ Consideran que el del fin de protección de la norma es un criterio de imputación del resultado excluyente de los demás, GIMBERNAT: "no es sólo que no es preciso acudir a la fórmula de la conditio sine qua non ni a determinar si la acción imprudente representa o no un incremento del riesgo: es que si acudimos a alguno de dichos procedimientos, el resultado será incorrecto (responsabilidad del agente)", *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, p. 142; y MARTÍNEZ ESCAMILLA: "el criterio del fin de la norma de cuidado no complementaría el principio de la evitabilidad o del incremento del riesgo, sino que lo sustituiría", "¿Relevancia de los comportamientos alternativos ajustados a derecho en la imputación objetiva del resultado?", p. 107.

De manera también muy extendida, se reconoce a la norma una función dual: de determinación por un lado y de valoración por el otro. La primera estaría relacionada con la propuesta al ciudadano de una determinada forma de actuación y la segunda por la valoración de los efectos del comportamiento correspondiente. Y se reconoce que la situación fáctica a valorar ha de estar condicionada por aquéllas modalidades de comportamiento que hubieran quedado comprendidas por la función de determinación.

Las premisas acabadas de referir, objeto de general aceptación, si se entiende que ambas funciones han de ser consonantes⁴², sugieren que a continuación se indague por el sentido de la observancia de la norma en aquellas situaciones en las que no sea constatable su eficacia protectora para el bien jurídico⁴³.

En estos casos es perceptible la colisión entre libertad de actuación y maximización de la protección de bienes jurídicos⁴⁴.

Las posturas que destacan la necesidad de asegurar las posibilidades de protección de los bienes jurídicos, aun frente a los efectos inciertos de la actuación, se enmarcan en una perspectiva político-criminal que termina

⁴² Así, por ejemplo, CEREZO MIR, lo que lo lleva a concluir que "Entre el desvalor de acción y el desvalor del resultado tiene que existir una conexión interna. Es preciso que el resultado se haya producido precisamente *como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido*", *Curso de DP español*, II, p. 179, la cursiva en el original.

En sentido similar, refiriéndose a normas de prohibición y de sanción, SCHÜNEMANN, "Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva", p. 81.

⁴³ En este sentido, por ejemplo, RUSCONI: "Una representación del fin del derecho penal en "frecuencia" político-criminal no podría escapar de reconocer que en estos casos el respeto a la norma como tal no mejora la situación de los bienes jurídicos. Ello debe alcanzar como para no convocar al sistema penal a cumplir un papel que no tiene ninguna justificación o explicación funcional. El derecho penal debe intervenir solo en los casos en los cuales este "efecto protector" acompañe el devenir del caso", en "La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente", pp. 66-67.

⁴⁴ RUDOLPHI, asumiendo la teoría del incremento del riesgo, refiere una colisión entre principios, de diferente tenor pero similar contenido, que entiende que debe resolverse en beneficio de lo que denomina el "bienestar social", y que se relaciona con la protección de bienes jurídicos, *Causalidad e imputación objetiva*, pp. 44-45.

resultando claramente expansionista, y que en gran medida apuntala la sanción en la desobediencia del mandato de actuación (de lo que deriva la generación de un riesgo desaprobado)⁴⁵ que ha causado la afectación del bien jurídico (sobre lo que fundamenta la realización del riesgo en el resultado).

Pero más allá de ello habría que preguntar, de un lado, qué significa que el segundo momento del juicio de imputación implique que en el resultado se materialice “el mismo riesgo que de manera desaprobada creó el sujeto”; y del otro, si debe cargarse al ciudadano con los efectos de la duda respecto a la eficacia de la observancia en el caso concreto del mandato normativo.

A la segunda pregunta (pues la primera se responderá en el apartado siguiente) debería responderse de manera negativa en un modelo Estado que pretenda también asegurar las libertades ciudadanas frente al poder punitivo; y que entienda que la razón de ser de la intervención penal se deriva de la afectación de bienes jurídicos en virtud de la inobservancia de los mandatos normativos.

Si el sentido de la norma es el de sancionar la afectación de bienes jurídicos fruto de la inobservancia de las pautas de actuación pertinentes en el caso concreto, parece indispensable acreditar, y la carga de ello corresponde al Estado, que la norma habría tenido eficacia protectora en el caso concreto: el desvalor de resultado no debe afincarse sobre la sola afectación del bien jurídico, sino sobre la ocurrencia de dicha situación como consecuencia de la inobservancia de la norma de conducta.

De lo contrario, se sancionaría la existencia de una relación fáctica, meramente causal, entre la infracción de un deber de cuidado y el resultado, sin atender a la exigencia normativa de que éste sea fruto de aquélla, privando de relación los conceptos de desvalor de acto y de resultado, cuando el reconocimiento de la dualidad de éstos en la fundamentación del injusto obliga a reconocer que el segundo debe estar conectado o ser desarrollo del primero.

⁴⁵ Refiriéndose a la teoría del incremento del riesgo manifiestan ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, de una manera excesiva en lo que respecta a la situación de pérdida irremediable del bien jurídico, que: “Este planteamiento sólo es admisible absolutizando por completo el pensamiento preventivista y complementándolo con un cerrado desvalor de acción: de otro modo no se explica que la norma pretenda tutelar bienes insalvables. Se trata de un preventivismo tan idealista que pretende tutelar lo que nadie puede salvar”, *DP., PG.*, p. 533.

5. La concurrencia de diversos factores de riesgo

En el fondo, en los supuestos problemáticos lo que subyace es una cuestión de superposición o concurrencia de riesgos, que la teoría del incremento del riesgo opta por resolver mediante la afirmación de la existencia de un único riesgo, al que se declara ilícito o jurídicamente desaprobado en su totalidad.

Con ello, la realidad fáctica en que consiste el proceso de riesgo material (es decir, el valorado desde una perspectiva *ex post*) se somete a una única apreciación global que sin embargo, requiere de matizaciones y diferenciaciones.

En efecto, puede decirse que dos situaciones básicas dan lugar a la imputación de imprudencia al sujeto concreto: o la realización de una conducta *ab initio* ilícita, aunque desplegada sin el propósito de lesionar bienes jurídicos⁴⁶, o la ejecución de conductas de lícita ejecución que, sin embargo, al salir del control del sujeto que las desplegaba, terminan por afectar el bien jurídico.

En el primero de los casos, el sujeto no podía emprender la realización de la actuación de riesgo, por lo que gravitaba sobre él, un deber de abstención, de no ejecutar el comportamiento; en la segunda hipótesis planteada, la posibilidad de actuación del sujeto implica la adopción de medidas de contención o de control de riesgos, para no exceder el límite de lo permitido en el caso concreto; pues en los casos en los que el sujeto está facultado para emprender la realización del comportamiento peligroso, es claro que en principio los riesgos generados por la actuación son lícitos, y que es la errónea ejecución del comportamiento peligroso, lo que termina por producir la afectación del bien jurídico.

Si de lo que se trata, además de la protección de bienes jurídicos de los ciudadanos, es de reconocer la posibilidad de actuar dentro de los ámbitos de libertad reconocidos por el ordenamiento jurídico, y de sopesar adecuadamente los conflictos entre ambos⁴⁷, en el caso de la afectación

⁴⁶ Este es el caso de la denominada culpa por asunción. Al respecto, entre otros, ROXIN, *DP., PG., T. I.*, p. 1010, nro. 34; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 74.

⁴⁷ SCHÜNEMANN propone una valoración que sea fruto de la ponderación entre dichos intereses en los casos en los que sea discutible la eficacia *ex post* de la norma para la adecuada protección del bien jurídico, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 84.

del bien jurídico habrá que esclarecer a cuál de los procesos de riesgo, el lícito o el desaprobado, habrá de atribuirse la afectación del bien jurídico: si el reconocimiento de espacios de libertad de actuación conferían licitud a determinados riesgos, no puede descartarse *a priori* que hayan sido esos riesgos, cuando en efecto fueron generados, los que se materializaran en el resultado, salvo que el proceso de riesgo se someta a una valoración global a partir de su existencia material, entendida como una única realidad, susceptible también de un único juicio de (des-)valor. Ello contrariaría la introducción de elementos normativos orientados a la diferenciación de la relevancia de los procesos de riesgo que ha pretendido la teoría de la imputación objetiva.

Frente al planteamiento que considera que en casos como los propuestos hay un único proceso de riesgo desaprobado en su totalidad, el reconocimiento de la capacidad de actuación que se deriva de la existencia de espacios de libertad de obrar en determinadas circunstancias, posibilita reconocer que en casos como los referidos, existen riesgos de base, derivados de la licitud de la actuación, y riesgos desaprobados jurídicamente, que son los que cuantitativamente los desbordan y que emergen de la pérdida de control sobre el proceso de riesgo.

En consonancia con los planteamientos básicos de la teoría de la imputación objetiva, que obligan a constatar que en el resultado se realizó el riesgo jurídicamente desaprobado y no uno distinto, la labor del juez en esta situación deberá orientarse a establecer de qué clase (permitidos o desaprobados) son los riesgos que se materializaron en el resultado, pues es claro que los riesgos permitidos no pueden fundamentar la imputación al sujeto de la afectación del bien jurídico, y a cuáles de entre los eventuales plurales riesgos jurídicamente desaprobados concurrentes se les puede imputar el resultado⁴⁸.

Por ejemplo, cuando se establece que la velocidad máxima de conducción de automotores en vías urbanas es de 60 kilómetros por hora, y un conductor que se desplaza a 70 kilómetros por hora arrolla a una persona y la mata, el proceso de riesgo puede analizarse como una unidad. Que es justamente la propuesta de la teoría del incremento del riesgo: el conductor incrementó el riesgo por encima de lo permitido al imprimirle a

⁴⁸ Destaca también esta cuestión, resaltando la trascendencia de diferenciar los distintos factores de riesgo eventualmente concurrentes, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 346 y ss.

su vehículo una velocidad superior a la permitida, lo que limitaba su margen de maniobra para detener la marcha frente a la eventual aparición de un obstáculo en la vía. Y como mediante la conducta generadora del riesgo jurídicamente desaprobado se causó el resultado, lo que hubiera sucedido de haber sido de 60 kilómetros por hora la velocidad de desplazamiento no tiene por qué beneficiar al automovilista.

Sin embargo, más allá de ello debe reconocerse que el sujeto podía lícitamente con la conducción misma crear un riesgo, por ejemplo, el de lesiones y muerte de otros participantes en el tráfico, y que ese riesgo al ser incrementado mediante la superación de la velocidad máxima de circulación por vías urbanas, o mediante cualquier otra infracción de preceptos de cuidado, se torna desaprobado. Si el sujeto lícitamente podía conducir y crear riesgos hasta determinado nivel, ¿tiene sentido que se le diga que carece de justificación su invocación al riesgo remanente a su libertad de actuación, y que pretenda demostrar que el accidente es realización de dicho riesgo?

En el fondo lo que ha hecho la doctrina tradicional es indagar a cuál de dichos procesos de riesgo, debidamente diferenciados, pudiera atribuirse el resultado. Y si se comparte la opinión de que en el caso concreto convergen factores de riesgo diversos, la solución tradicional no tiene por qué ser considerada un despropósito político-criminal.

Por ende, si de lo que se trata en el caso concreto es de determinar cuál de los riesgos fue el que se materializó en el resultado, para los efectos de la acreditación de la relación de riesgo en un caso o en otro, los cursos causales hipotéticos se constituyen en un mecanismo auxiliar de importancia nada desdeñable: en un caso de éstos, más que de excluir o no la responsabilidad penal con base en algo que nunca se realizó, de lo que se trata es de demostrar cuál de los riesgos fue el que se materializó en el resultado.

A los efectos referidos, los cursos causales hipotéticos son un elemento auxiliar de interpretación de no poca relevancia⁴⁹, sin que sean ellos los

⁴⁹ El propio ROXIN reconocía que el examen de los cursos causales hipotéticos "si bien no conduce al núcleo del problema, posee, sin embargo, un cierto valor heurístico. Porque si alguien se comporta incorrectamente y el resultado no se hubiera producido con una actuación adecuada, existe alguna probabilidad de que se haya rebasado el riesgo permitido; exactamente igual que, a la inversa, frecuentemente no se podrá constatar que haya habido ningún incremento del peligro si el resultado también se hubiera producido con una

que por sí mismos condicionen la relevancia jurídica del comportamiento desplegado; más bien se constituyen en un instrumento auxiliar en la identificación del proceso de riesgo que se concretó en el resultado⁵⁰.

Así las cosas, críticas tan inteligentes como las de GIMBERNAT y MARTÍNEZ ESCAMILLA en el sentido de que la teoría tradicional tendría que conducir a la absolución si en una cirugía con un riesgo inherente de muerte para el paciente del 10 o del 15% por ejemplo, la muerte se hubiera producido por una protuberante falla del cirujano, pues siempre existiría la posibilidad de que la muerte se hubiera presentado por causa del riesgo cuantificado en los porcentajes referidos, no necesariamente es correcta⁵¹; pues la imputación de responsabilidad habrá de depender de la determinación por parte del juez del riesgo causante de la muerte: o el inherente al procedimiento, o el derivado de la falla en la actuación del profesional.

La imputación del resultado implicará entonces que en el caso concreto se determine, con toda la información disponible *ex post*, si el resultado se produjo como consecuencia de un riesgo desaprobado, fruto de la infracción del deber de actuación; o si dicho resultado, a pesar de dicha infracción también hubiera podido presentarse, debido a la materialización de uno de los riesgos inherentes al procedimiento, remanentes a la actuación cuidadosa.

Si el médico actuó de manera imprudente en la ejecución de su labor, pero el resultado de afectación del bien jurídico se hubiera podido producir en iguales circunstancias como consecuencia del riesgo subyacente entonces podrá entenderse que no hay lugar a atribuírselo al autor.

Y que esa operación mental es posible lo han demostrado los jueces de este y del otro lado del océano desde hace ya muchísimos años.

⁵⁰ FELDÓO SÁNCHEZ propone entenderlos como criterio auxiliar en aras de establecer si el resultado producido es uno de los que quería evitar la norma de conducta infringida: "En definitiva, el procedimiento hipotético utilizado por la "teoría de la evitabilidad" o "teoría del nexo" -mayoritaria en nuestro país- se debe entender nada más que como un criterio de ayuda para demostrar que el resultado no tiene nada que ver con el fin de protección de la norma de cuidado. Por esta razón sólo depende de la determinación de la infracción de la norma de cuidado la elección de la conducta que debe ser elegida para realizar el juicio hipotético", *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 336.

⁵¹ GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, pp. 137-138; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 200.

En conclusión, si se asume la teoría de la imputación objetiva y se parte de que la responsabilidad por la afectación del bien jurídico ha de depender de la realización en el resultado del riesgo jurídicamente desaprobado que creó el sujeto, en todos los eventos de confluencia o concurrencia de procesos de riesgo, es necesario determinar cuál de ellos fue el o los que se materializaron en el resultado.

En dicho ejercicio es de especial importancia la determinación de lo que hubiera sucedido en caso de no desarrollarse el riesgo o riesgos jurídicamente desaprobados que llevan a considerar ilícita la actuación del sujeto.

En el fondo, no se trata de que la responsabilidad del sujeto quede condicionada a "lo que hubiera sucedido si...", sino de adelantar un procedimiento que permita establecer cuál de los procesos de riesgo se materializó en el resultado.

La aceptación que de esta manera se ha hecho del empleo de los cursos causales de reemplazo, no soluciona la crítica referente a lo inaceptable que devendría el empleo de la fórmula de la *conditio sine qua non*, que ha fracasado en la determinación de la causalidad, en el proceso de imputación de resultados. La razón básica para justificar dicho empleo en el proceso de atribución de resultados, sería la de que en este momento no se trata de desarrollar criterios lógicos o materiales de vinculación entre extremos, sino más bien de atribuir normativamente determinados efectos a los eventuales autores. Y a los efectos de la atribución normativa de un determinado efecto a la actuación del agente puede tomarse como pauta relevante la del desarrollo del proceso de riesgo sin la aportación del sujeto.

Por supuesto que ello exigirá una adecuada definición de la forma como habrá de desarrollarse el proceso de riesgo de reemplazo. A ello se hará alusión en el apartado siguiente.

Finalmente, los resultados alcanzados mediante la operación anterior deben ser complementados con la determinación de si el resultado es uno de los que la norma de conducta infringida en el caso concreto buscaba evitar. Este criterio se ha convertido en una pauta irrenunciable de imputación de resultados para la moderna doctrina jurídico penal. Y como antes se manifestó lo que se discute básicamente es su compatibilidad con otros criterios, cuestión que parece ameritar como se desprende de todo lo expuesto, una respuesta afirmativa.

6. La posibilidad de operar con un número ilimitado de causas de reemplazo

Como se manifestó en su momento, una de las críticas que se le formulan a la teoría tradicional es la de no concretar cómo se integraría el proceso de riesgo que habría de operar como causa de reemplazo; lo que daría lugar a que en el universo tan amplio de comportamientos que hubieran podido llevarse a efecto, en unos casos sí, y en otros no, se hubiera podido producir el resultado.

A esta crítica, plena de validez, habrá que responder señalando que lo que habrá de ser objeto de supresión mental hipotética es el factor constitutivo de imprudencia en el actuar del sujeto, y que su reemplazo habrá de darse por un comportamiento en el que se observen las medidas de precaución, cuya inobservancia, en el caso concreto, permitió calificar de imprudente la actuación. Y lo cuidadoso habrá de establecerse, determinando las condiciones en las que se hubiera comportado un sujeto perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor.

Ello quiere decir que el referente de comparación ha de ser el comportamiento esperado por el ordenamiento jurídico del sujeto concreto, lo que implicará por un lado la determinación de lo que se le exigía al sujeto actuante en la situación específica en relación con la neutralización de riesgos desaprobados.

Como de lo que se trata es de imputar responsabilidad por la propia actuación, en los casos en los que la conducta era inicialmente permitida, al radicar la imprudencia en la pérdida de control del proceso de riesgo, la comparación se establecerá con el comportamiento del mismo sujeto en el que se adoptaran las medidas de control que se exigían en quien realizara conductas como la desplegada.

Y en los casos de imprudencia por asunción o por emprendimiento, como el sujeto carecía de facultades o de competencias para el desarrollo de procesos de riesgo para el bien jurídico, la operación mental hipotética implicará la supresión de la actuación en cuanto tal, en la medida que en ella lo imprudente consiste en la realización misma de una actuación para la que se carece de la competencia o idoneidad suficientes.

Y si efectuando las referidas operaciones, quedan dudas acerca de la suerte del bien jurídico en el caso de haberse adoptado las medidas de precaución, o en el caso de haberse omitido el comportamiento imprudente realizado en los eventos de culpa por asunción, no podrá imputarse al agente el resultado de lesión del bien jurídico.

7 El problema de la identidad del injusto y el consiguiente traslado de la cuestión a la actuación dolosa

En el desarrollo de los problemas a los que se ha hecho referencia en este trabajo, la doctrina ha prestado una atención muy especial al problema del traslado de las soluciones que se alcancen al ámbito de la responsabilidad por dolo. En el fondo del debate lo que se plantea es la existencia de una identidad estructural entre el tipo "objetivo" de los delitos doloso e imprudente, lo que viene entendiéndose en el sentido de lo que intersubjetivamente infringe el ordenamiento jurídico, que constituiría un momento de análisis previo a la concurrencia de dolo en la actuación correspondiente.

El célebre caso de quien, presenciado la ejecución de la pena de muerte del condenado por la muerte de un ser querido del primero, desplaza al verdugo en el mismo momento en que debía activarse el mecanismo que pondría fin a la vida del condenado, plantea bien el objeto del debate.

Como se manifestó en un comienzo, la doctrina tiende a entender, de manera cada vez más extendida, que el tipo objetivo de los ilícitos doloso e imprudente son idénticos, lo que implicará que las consecuencias a las que se arribe en la decisión de este asunto habrán de operar también en los delitos dolosos. Sin embargo, dicha identidad estructural y la posibilidad del traslado de las soluciones alcanzadas al ámbito de la responsabilidad por dolo pueden plantearse posteriormente, sin afectar el desarrollo de lo expresado hasta el momento.