

CÁTEDRA DE DERECHO PENAL  
Prof. Dr. JOSÉ URQUIZO OLAECHEA

# ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

*Con ocasión de su visita a la  
Universidad Mayor de San Marcos*

Lima, 21 de junio de 2016

*Coordinador*

*David Emmanuel Rosales Artica*

*Colaboradores*

*Cinthia Jeanette Ruiz Arpe*

*Zara Silvana Rosales León*

*Alejandra Mariel Mori Saenz*



ISBN: 978-612-48012-2-8



9 786124 801228

CÁTEDRA DE DERECHO PENAL  
Prof. Dr. JOSÉ URQUIZO OLAECHEA

# ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

*Con ocasión de su visita a la  
Universidad Mayor de San Marcos*

Lima, 21 de junio de 2016



**ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG**

Primera edición digital, Enero del 2022

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra  
sin consentimiento expreso de su autor.*

Editado por :

© Copyright 2022: Sociedad Estado y Pena Fondo Editorial SAC  
Calle Bernardo Monteagudo N° 265 San Isidro

Lima- Perú

Telf. (511) 2640548

Disponible en: <http://rpcp.pe>

ISBN: 978-612-48012-2-8

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N.º 2021-10999

Universidad San Mayor de San Marcos: Por la visita del Doctor Enrique  
Gimbernát Ordeig a la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Editado en Perú -Edited in Perú



**Prof. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.



## PRESENTACIÓN

La Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Decana de América, de larga solera, tradición e historia recibe en sus aulas al distinguido catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid Profesor Doctor don Enrique Gimbernat Ordeig. Al socaire de esta historia académica y de los 465 años que la avalan, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de San Marcos rinde su homenaje sentido a la tradición y prestigio personal de éste gran jurista español, que, para la cultura jurídico penal de su patria y del mundo representa un punto de referencia ineludible.

En este lado del mundo, superados los avatares de la distancia y el tiempo, hoy, el influjo de España y de sus juristas es nítido. En esa línea, el pensamiento de este gran penalista don Enrique Gimbernat Ordeig es de lo más destacado. Aquí, tomare las palabras del profesor Silva Sánchez a fin de ayudar a entender lo significativo del catedrático de la Complutense:

«Leyendo a Gimbernat a principios de los ochenta. I. A quienes nos iniciábamos en el Derecho penal a principios de los años ochenta, nos parecía que la dogmática la había descubierto Gimbernat. La cosa empezaba, normalmente, con la lectura de sus trabajos sobre la violación intimatoria o sobre el ocasionamiento de la muerte que empieza como asesinato, cuya lectura se recomendaba al estudiar la Parte Especial, en tercer curso. Instantáneamente uno quedaba fascinado por el estilo claro y directo de sus textos, por la potencia racional de su discurso, por el lenguaje persuasivo.

Entonces, uno se animaba a comprar los Delitos cualificados y, tras separar cuidadosamente, con un cuchillo, sus páginas todavía no bien guillotizadas, se asombraba de lo que Enrique había dicho quince años atrás ¡y uno sin enterarse! Allí estaba la teoría de la “reprochabilidad objetiva” en toda su expresión. Pero en

particular se podía leer la doctrina del “fin de protección de la norma”, el criterio central de la imputación objetiva para Gimbernat, que ya se había impuesto también en Alemania y era citado por todo el mundo. Al tiempo que leía sus escritos, uno descubría que Gimbernat creía en la dogmática; creía en ella y la defendía a capa y espada. Ello, hasta el extremo de que ni más ni menos que Welzel les reprochaba a sus colegas alemanes que, ante el clima de crisis que por entonces se vivía, hubiera tenido que ser un joven español el que rompiera una lanza por la ciencia dogmática de progenie germánica» [Jesús María Silva Sánchez. *Tiempos de Derecho penal. Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira-editor, 2009, p. 61, 62*].

Las palabras de Silva Sánchez catedrático de la Pompeu Fabra de Barcelona describen un espacio-tiempo que gráfica la importancia y el reconocimiento al intelectual del Derecho penal, al jurista, al pensador. Y tales afirmaciones tienen asidero, por ejemplo, en el Seminario de Derecho penal de mi maestro Juan Bustos en la Universidad Autónoma de Barcelona, en la mesa de trabajo se encontraba el reconocido trabajo: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? que apareció en 1971 en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, publicado en Salamanca [aquí, al referirnos al artículo hacemos mención a *Estudios de Derecho penal*, 3<sup>era</sup> edición, Madrid, 1990, pp. 140-161] y las obras del profesor Gimbernat eran lecturas obligadas, por la fuerza de su poderoso pensamiento.

El artículo ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? que fue la contribución científica al libro *Homenaje de Luis Jiménez de Asúa*, bordea hoy los cuarenta y cinco años de publicado y no ha perdido frescura ni lozanía y por supuesto el vigor del pensamiento de aquel extraordinario trabajo se puede redescubrir una y otra vez. Dicho artículo es una propuesta de trabajo que se sustenta en la idea que la culpabilidad [entendida como libre decisión de voluntad en el marco del libre albedrío que fue declarado indemostrable] puede fundamentarse la pena. Así, ciertamente no se podrá definir si en un caso concreto una persona que lesionó bienes jurídicos actuó libremente o no, por tal razón dicha secuencia es una “batalla perdida de antemano” p. 144. Pero, precisa que las tesis psicoanalíticas al poner en duda la culpabilidad no significa la supresión de la pena y del Derecho penal. «... lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho penal» p. 146. La posición de Gimbernat queda graficada en el siguiente párrafo: «... la pena no está ahí para retribuir una culpabilidad inexistente, por lo menos indomesticable en el caso concreto. (...) la Sociedad, ... tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la connivencia social, para conferir en fin a -con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas- un es-

pecial vigor que eleve la instancia de la conciencia su efecto inhibitor. 3.- En un Derecho penal así concebido, la pena no es ya algo irracional sino racional, es más razonable» p. 148. Pero, la pena es una fuerza destructiva y por tanto la pena no debe ser arbitrariedad. Así, menciona el profesor Gimbernat: «... es un abuso de derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena (innecesario quiere decir aquí: cualquier excedente de pena)» p. 150. Y explica cómo se debe entender la pena: 1.-sobre la base del valor del bien jurídico protegido; 2.- diferenciando la lesión dolosa de la culposa, esto es, la pena debe ser más vigorosa cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento. Es preciso -dice Gimbernat- que establezca una graduación según la importancia que da al bien jurídico lesionado, p. 152.

Enrique Gimbernat define el núcleo de su concepción frontalmente. En primera línea, la “dignidad humana”. En una sintética explicación nos dice: «confesar abiertamente que es irracional admitir la existencia del libre albedrío y, no obstante, decidirse a favor de él, supone trasladarse a un plano donde queda excluida, de antemano, cualquier posibilidad de discusión y de argumentación» p. 142-143. Agrega, sino hay culpabilidad, hay peligrosidad y vía peligrosidad se podrían imponer los más severos castigos por delitos de poca importancia o quedar impunes crímenes de mayor gravedad si lo cometen delincuentes con prognosis favorable y concluye: «sería, en fin, un Derecho penal basado en una idea “que, en definitiva, solo puede ser realizada por un Estado autoritario y que en su desarrollo consecuente lleve al ilimitado Derecho de prevención del Estado autoritario y al desprecio a la dignidad humana”» p. 143.

Los valores que exhibe el Derecho penal de Enrique Gimbernat deben ser entendidos en función del tiempo de publicación de su trabajo (1970), dado, que el mundo era otro y muy pocos penalistas o casi nadie expresaba con claridad y certeza lo que debería ser el Derecho penal, sustentado, en un Estado de Derecho, con base en la libertad, la seguridad jurídica, la igualdad y como se señaló líneas arriba, piedra de toque, es sin duda la “dignidad humana”. Así, precisa: «Si un Estado comete crímenes en forma de leyes penales es porque, previamente, se ha negado todo valor a la dignidad humana, y a las ideas fundamentales de libertad, de seguridad jurídica y de igualdad. Y si a esto se le ha negado todo va, entonces, de una manera o de otra, se llegara al terror jurídico» p. 146.

Finalmente, y con el brillo que lo caracteriza explico la dogmática penal en los siguientes términos: «La dogmática nos debe enseñar lo que es debido en base a Derecho, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídica penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son sus presupuestos



que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y donde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables condena o absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, mas lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que «por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y límite» p. 158. Ciertamente, no hay nada que agregar a la reflexión del maestro Enrique Gimbernat, sino, beber de la fuente de su sabiduría.

Como todo pensamiento científico se puede estar de acuerdo con él o no, pero, no puede ser ignorado, esta frase, tomada de Aracelli Manjón Cabeza [“Un jurista cuya obra resiste el paso del tiempo” El Mundo, 26 de julio de 1999, p. 11] describe con claridad quién es Enrique Gimbernat Ordeig.

La Universidad Nacional Mayor de San Marcos, su Facultad de Derecho y Ciencia Política, la cátedra de Derecho penal que regento y los alumnos de esta Casa de Estudios, lo saludan y lo reciben con cariño, admiración y respeto a su ejecutoria como maestro de Derecho penal. Bienvenido Don Enrique Gimbernat Ordeig.

**José Urquiza Olaechea**  
Profesor principal de Derecho Penal en la UNMSM

## SU VIDA

Enrique Gimbernat Ordeig, hijo de catalanes, nació en Sevilla en 1938 pero creció en Madrid. Debido a que su padre gozaba de una estable situación económica y tenía un pariente cercano que residía en Londres, su familia optó por enviarlo a Inglaterra durante los veranos de 1954 y de 1956. Durante este tiempo mantuvo largas conversaciones con su tío, quien era licenciado en Derecho y una persona muy culta, acerca de política, religión y literatura.

En junio de 1955 finalizó el bachillerato y debía decidir su futuro. De acuerdo a una tradición catalana, los hijos tenían que seguir la misma profesión de sus padres, por lo que Gimbernat debía ser comerciante. Sin embargo, durante los últimos cursos de bachillerato se planteó la posibilidad de estudiar medicina, filosofía o Derecho, decidiéndose por esta última.

Desde un principio Gimbernat tuvo claro que estudiaba Derecho para dedicarse al Derecho penal. En su *Auto Semblanza* redactó lo siguiente: “(...) yo no estudié Derecho para ser un jurista, sino para convertirme – todavía no sabía muy bien si como abogado, juez, fiscal o profesor universitario – en un penalista”.

Durante el segundo o tercer curso de carrera, Gimbernat ya había decidido que quería ser catedrático de Derecho penal, por lo que pensó que era recomendable ampliar sus conocimientos en Alemania.

En el verano de 1959, se trasladó a Hamburgo para poder especializarse en Derecho penal. Como tenía que financiar por sí mismo su estancia, trabajó en tareas de carga y descarga debido a sus escasos conocimientos de alemán. Sin embargo, durante sus horas libres se dedicó a estudiar este idioma, por lo que compró el *Manual de Derecho Penal de Parte General* de *Reinhard Maurach*.

Tiempo después su padre le comunica sobre una convocatoria en España de una beca de intercambio en la Universidad de Hamburgo. Gimbernat envió la documentación requerida y, poco tiempo después, recibió la noticia que había sido admitido.

En el verano de 1960, solicitó una entrevista con *Rudolf Sieverts*, catedrático ordinario de Derecho Penal de Hamburgo, a fin de mencionarle el porqué de su presencia en Alemania. *Sieverts* le preguntó si deseaba especializarse en Criminología o en Dogmática Penal, a lo que Gimbernat contestó, sin dudar, que en esta última. Tras ello, dicho catedrático lo envía con *Heinrich Henkel*. En la primera entrevista de Gimbernat con *Henkel*, éste le propuso como tema de tesis doctoral la *teoría de causalidad adecuada*, para lo que tenía que ponerse en contacto con su asistente y discípulo: *Claus Roxin*.

En el verano de 1961, Gimbernat concluía su beca de la Universidad de Hamburgo, pero consiguió la concesión de una nueva subvención por parte de la *Fundación Juan March*, lo que le permitió dedicarse exclusivamente a su proyecto de investigación.

En junio de 1962, Gimbernat presentó su tesis doctoral. Empero, consideró que necesitaba un tiempo más para poder preparar y superar la *exégesis* y *rigorosum* –trámites necesarios para concluir el doctorado–, por lo que solicitó una beca a la DAAD, la cual le fue concedida. El 15 de enero de 1963 rindió su examen *rigorosum*, y de esta manera concluyó el doctorado en Hamburgo.

Tras su estancia en Alemania, Gimbernat retornó a España. Los primeros años en su país fueron de mucha angustia debido a su difícil situación

económica. El único trabajo que consiguió fue el de profesor ayudante en la cátedra de *Quintano Ripollés*.

En 1965, Gimbernat obtuvo nuevamente una beca de la *Fundación Juan March* para desarrollar una investigación sobre la participación delictiva, que le permitió concluir su célebre monografía: *Autor y cómplice en Derecho penal*. A finales del mismo año, solicitó una beca de la *Alexander von Humboldt* para el período de enero a septiembre de 1966, a fin de investigar en el *Instituto Max Planck para Derecho penal extranjero e internacional* de Friburgo en Alemania, la cual le fue concedida sin ninguna dificultad debido a las referencias de *Roxin, Henkel y Quintano Ripollés*.

Durante su estancia en Friburgo, Gimbernat se dedicó a preparar las primeras oposiciones a cátedra que había firmado para las plazas de Oviedo y La Laguna. No obtuvo plaza en las oposiciones de 1967 y 1969, logrando obtenerla recién en el año de 1970 para enseñar en la Universidad Complutense de Madrid. Sin embargo, debido a diversas razones, decidió abandonar la universidad madrileña para convertirse en un “catedrático de ciudades”. Comenzó su periplo académico enseñando en la Universidad Autónoma de Barcelona, luego permaneció durante dos cursos académicos en Salamanca y Alcalá de Henares. En 1977 regresó definitivamente a la Universidad Complutense de Madrid, donde fue nombrado catedrático emérito en el año 2008.

A lo largo de estos años, la doctrina de Enrique Gimbernat Ordeig ha traspasado fronteras influyendo manifiestamente en diversas generaciones de penalistas y sus ideas incluso han sido aplicadas por los tribunales de justicia penal. Nos encontramos, pues, ante un jurista de talla mundial que nos sigue entregando sus ideas y reflexiones para cada día alcanzar un mejor Derecho Penal.



## ÍNDICE GENERAL

Presentación .....	5
Su Vida.....	9
<b>ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: Teoría de la Evitabilidad versus</b>	
Teoría del Aumento del Riesgo.....	15
I. Introducción .....	15
II. Lossupuestosjurisprudenciales.....	15
1. El caso del shock anafiláctico.....	16
2. El caso de la novocaína .....	18
3. El caso de los pelos de cabra (1929) .....	19
4. El caso del ciclista .....	19
III. Las características que presentan este grupo de casos.....	19
IV. La teoría de la evitabilidad. ....	21
1. Su contenido .....	21
2. Distintas posiciones que se mantienen sobre el grado de probabilidad (o de posibilidad) que, para que excluya la imputación objetiva, debe concurrir en la circunstancia de que la acción correcta hubiera causado el mismo resultado	

V. La teoría del aumento (o del incremento) del riesgo .....	23
VI. Crítica a la teoría de la evitabilidad .....	28
VII. Las críticas a la teoría del aumento del riesgo.....	36
1. La teoría del aumento del riesgo convertiría los delitos de lesión en delitos de peligro .....	36
2. La teoría del aumento del riesgo infringiría el principio <i>in dubio pro reo</i> .....	39
VIII. Toma de posición .....	43
IX. Conclusiones .....	63
<b>ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal.....</b>	<b>65</b>
I. ....	65
II. ....	69
III ....	91
Bibliografía Jurídica.....	97

# TEORÍA DE LA EVITALIDAD VERSUS TEORÍA DEL AUMENTO DEL RIESGO

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid*

---

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo expongo los postulados fundamentales de las dos teorías –la de la evitabilidad y la del aumento (o del incremento) del riesgo- que tratan de dar una respuesta al problema del “comportamiento alternativo conforme a Derecho”, las someto, posteriormente, a un análisis crítico, y finalizo el trabajo con mi toma de posición. Me ocupo únicamente de las cuestiones fundamentales que plantea este grupo de casos y dejo al margen cuestiones de detalle. Y prescindo, asimismo, en una gran medida, de referencias bibliográficas y jurisprudenciales; para quien esté interesado en profundizar en los problemas que presenta este criterio de imputación objetiva del comportamiento alternativo conforme a Derecho, le remito a una monografía de próxima publicación sobre esta materia en la que encontrará esas amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales a las que aquí he renunciado.

## II. LOS SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES

En el presente apartado voy a describir cuatro supuestos resueltos por la jurisprudencia en los que se presenta el problema del comportamiento



alternativo conforme a Derecho. Del primero de ellos se ocupó una sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca. Los tres restantes, muy conocidos, fueron juzgados por los tribunales alemanes y constituyen los “*leading cases*” en torno a los cuales gira fundamentalmente la discusión de este problema en la dogmática alemana.

## 1. El caso del shock anafiláctico

“La menor Sara M. G. venía padeciendo desde hacía años una bronquitis asmática, estableciéndose, tras las pruebas pertinentes, como diagnóstico el de asma extrínseco por hipersensibilidad a neuroalérgenos, más concretamente a los ácaros del polvo, a los anfigenos de gato y al polen de <parietaria>”. Para combatir esta enfermedad se le había prescrito a Sara la administración de una vacuna de un extracto hiposensibilizante de ácaros, “mediante inyecciones subcutáneas, de dosis progresivamente crecientes ..., y para conseguir la finalidad deseada es estrictamente preciso que se respeten la dosificación e intervalos de administración establecidos ... [pretendiendo] la dosificación creciente de antígeno a intervalos de una o dos semanas ... la formación de anticuerpos IgG e ir alcanzando niveles plasmáticos crecientes de este tipo de anticuerpos”. “En la correspondiente <Pauta de continuación de tratamiento> [para Sara] del Servicio de Alergia e Inmunología Clínica del Complejo Hospitalario de esta ciudad [Salamanca] se expresaba claramente que <la vacuna será puesta siguiendo rigurosamente el esquema de tratamiento siguiente, en cuanto a dosis, número de inyecciones y frecuencia de administración. Comenzará con 0,05 cc. e irá aumentando a 0,1, 0,2, 0,4, 0,7 cc. Se administrará una dosis cada DOS SEMANAS. Alcanzada la dosis de 0,7 cc., continuará con ella, sin aumentarla, hasta terminar el envase. A partir de la dosis 0,7 cc., su administración se efectuará UNA VEZ POR MES>” [mayúsculas en el texto original de la sentencia 31/2001, de 23 de febrero (“caso del shock anafiláctico”), de la Audiencia Provincial de Salamanca, que es de la que me estoy sirviendo como introducción para plantear, y tratar de resolver, los problemas del delito imprudente cuando el resultado típico causado por la acción negligente se habría provocado también –con seguridad rayana en la certeza o

con probabilidad o con mera posibilidad- aunque el autor hubiera actuado tal como exigían las reglas de diligencia].

La administración de la referida vacuna encierra considerables peligros, por lo que la “Circular 27/87 de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios ... , y con la finalidad de reducir al mínimo las consecuencias de los accidentes que pueden producirse por la administración de hiposensibilizantes, ... establece la necesidad de que se incluyan en los prospectos de extractos alergénicos un epígrafe de <precauciones> que, entre otras, indique que <este tratamiento puede entrañar riesgo de shock anafiláctico grave>”, figurando entre esas precauciones, por ejemplo, que la vacuna sea inyectada por personal sanitario en un centro de salud, donde debe disponerse de adrenalina 1/1000, permaneciendo el paciente en observación durante 30 minutos después de la aplicación de la dosis correspondiente, debiendo abrirse una ficha en la que se registren las dosis administradas y las fechas de las mismas. Como entre la dosis anterior de 0.5 cc. (administrada el 4 de marzo de 1998) y la que le causó la muerte a Sara habían transcurrido –sin respetarse los intervalos de tiempo pautados- dos meses y medio, se habría tenido que volver a iniciar la inmunoterapia con la dosis mínima inicial de 0,05 –“si se distancian los intervalos entre las dosis, el nivel de IgG decrece hasta el punto de que puede necesitarse iniciar el proceso de inmunoterapia de nuevo con la dosis mínima inicial”-, no obstante lo cual la ATS María Cristina G. M. aplicó a la menor, el 19 de mayo de 1998, una dosis de 0,4 cc., estableciéndose en la sentencia que “la causa de la muerte de la menor Sara M. G. fue una fibrilación ventricular determinante de una parada cardiorrespiratoria derivada de una reacción anafiláctica o de tipo anafilactoide provocada por la dosis vacunal que le había sido administrada momentos antes”.

De lo expuesto hasta ahora se sigue que, al administrar la ATS a la paciente una dosis de 0,4 cc., en lugar de la de 0,05 que, de acuerdo con la *lex artis*, le debería haber aplicado, al haber transcurrido dos meses y medio desde que se le inyectó la última dosis de 0,5 cc., estamos ante una conducta imprudente causante del resultado típico de muerte, por lo que nada hay que oponer, en principio, a la condena decretada por la AP de

Salamanca de la ATS María Cristina por un delito de homicidio imprudente. Pero, como también puede deducirse de lo expuesto hasta ahora, la administración de esa vacuna encerraba ciertos riesgos, *ya desde su dosis inicial*, que se trataban de contrarrestar con toda una serie de precauciones, y ello porque la complicación de un shock anafiláctico y, según la sentencia, “puede producirse aun en supuestos de administración de dosis correcta”, si bien son “más frecuentes [las complicaciones] si no se respeta la pauta de administración de la inmunoterapia o se alteran las dosis”.

Si he iniciado este artículo con una exposición relativamente detallada del supuesto de hecho de esta sentencia de la AP de Salamanca es porque, de la mano de él, pueden examinarse, teniendo a la vista un supuesto de hecho concreto, y con variantes casi matemáticas, la fundamentación, los argumentos y los inconvenientes de las dos teorías (la teoría de la evitabilidad y la del incremento del riesgo) que tratan de dar solución a estos casos en los que el resultado (en este caso determinado: muerte por shock anafiláctico) producido por una acción imprudente (administración de una dosis vacunal de 0,4 cc.) también se podría haber producido con la acción correcta (con la administración de una dosis de 0,05 cc.), teorías que llevan –o pueden llevar– a resultados contrapuestos (absolución por un homicidio imprudente para la primera, condena para la segunda).

## 2. El caso de la novocaína

En el “caso de la novocaína” (1926)<sup>1</sup>, el médico empleó cocaína para anestesiar localmente a un niño, omitiendo utilizar la novocaína –como exigía entonces la *lex artis*–, muriendo el paciente a consecuencia de la anestesia y de su disposición física desfavorable, aunque posiblemente habría fallecido también si se le hubiera aplicado la novocaína científicamente indicada.

---

1 RG ID 555/26, dado a conocer por *Exner*, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, Frank-FG I, 1930 p. 583.

### 3. El caso de los pelos de cabra (1929)<sup>2</sup>

En este supuesto, el dueño de una fábrica de pinceles adquirió a una empresa china pelos de cabra para elaborar sus productos, y, a pesar de que estaba obligado a desinfectarlos, se los entregó a sus empleadas omitiendo esa desinfección, contrayendo cuatro de ellas el bacilo de corbunco, lo que les provocó la muerte. El informe pericial puso de manifiesto, no obstante, que, aunque el empresario hubiera cumplido con su deber, las operarias *tal vez* habrían fallecido también, dado que no resultó acreditado que los desinfectantes hubieran podido destruir los gérmenes.

### 4. El caso del ciclista

En el “caso del ciclista”<sup>3</sup> (1957), el conductor de un camión, al adelantar a una bicicleta guardando una distancia lateral demasiado pequeña –0.75 m.–, atropelló con las ruedas delanteras del remolque del vehículo, y mató, a un ciclista, omitiendo aquél efectuar la maniobra con observancia de la distancia reglamentaria de al menos 1.5 metros, aunque, como pudo establecerse *ex post*, y debido a la embriaguez de la víctima, *posiblemente* también habría caído bajo las ruedas del camión, y periclitado, aunque el camionero hubiera adelantado correctamente.

## III. LAS CARACTERÍSTICAS QUE PRESENTAN ESTE GRUPO DE CASOS

Este grupo de casos viene caracterizado por que una acción imprudente ha causado un resultado típico, presentando la peculiaridad de que el comportamiento alternativo conforme a Derecho –esto es: de que aunque el autor hubiera ejecutado la acción correcta, por ejemplo: aplicar la médicamente indicada novocaína en lugar de la contraria a la *lex artis* cocaína– se hubiera podido producir el mismo resultado lesivo.

2 RG 63, 211 ss. Lo describo siguiendo la referencia que de él hace *Roxin*, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW 74 (1962), pp. 411/412.

3 BGH 11, 1 ss.

En sus orígenes este problema se trató como uno de causalidad, ya que, según la fórmula de la *conditio sine qua non*, la existencia de una relación de causalidad se acredita cuando, suprimiendo el comportamiento cuya condicionalidad se quiere determinar, el resultado desaparece. Por ello, habría que poner en cuestión la existencia de causalidad en el supuesto de que –volviendo al caso de la novocaína– no se pudiera despejar, con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, si, suprimiendo la acción imprudente –la inyección de cocaína–, la muerte del paciente no habría desaparecido, porque la aplicación de la novocaína habría conducido al mismo resultado letal.

Este enfoque del problema, como problema causal, ha dejado de tener vigencia, ya que no se puede discutir que en estos casos, e independientemente de lo que hubiera podido suceder con el comportamiento alternativo conforme a Derecho, la realidad es que las muertes han sido causadas, por encima de cualquier discusión posible, porque a la menor se le aplicó una dosis vacunal de 0,4 cc., porque al niño se le anestesió con cocaína, porque las operarias resultaron contaminadas por los pelos de cabra que el dueño de la fábrica les entregó sin desinfectar, y porque el conductor del camión atropelló al ciclista.

Como, por consiguiente, en todos estos casos estamos ante conductas imprudentes causantes del resultado típico, la condena o absolución de los respectivos autores sólo puede encontrar una solución razonable dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva, una teoría elaborada hace ya unas décadas, que, entre tanto, se ha convertido en dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, y que postula que esa imputación objetiva es un elemento más que tiene que concurrir –junto a la causalidad, la imprudencia y, en su caso, el dolo– para emitir un juicio definitivo sobre la tipicidad de una conducta. Lo que sucede es que, sobre la eventual relevancia de la conducta alternativa conforme a Derecho, existen dos teorías –que paso ahora a examinar– que llevan a resultados no coincidentes: la teoría de la evitabilidad y la teoría del aumento (o del incremento) del riesgo.

## IV. LA TEORÍA DE LA EVITABILIDAD.

### 1. Su contenido

Para la teoría de la evitabilidad que es, con mucho, la mayoritaria, el resultado no se le puede imputar objetivamente al causante imprudente del resultado cuando éste se hubiera producido también si el autor hubiera ejecutado la acción correcta. En estos casos se afirma que falta la “conexión de la infracción del deber” (“*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*”), aunque existen otros términos, menos utilizados, para denominar esa conexión, como, entre otros, los de “realización de la lesión de cuidado precisamente en la producción del resultado” o “conexión de antijuridicidad” o “conexión de riesgo” o “conexión de la realización del peligro”. Otros autores fundamentan la ausencia de imputación objetiva en estos casos en que “el resultado no ha descansado en la infracción del deber” o en que el resultado “no se ha causado por imprudencia”.

### 2. **Distintas posiciones que se mantienen sobre el grado de probabilidad (o de posibilidad) que, para que excluya la imputación objetiva, debe concurrir en la circunstancia de que la acción correcta hubiera causado el mismo resultado**

A diferencia de la tesis inicial, especialmente en la jurisprudencia del Reichsgericht, de que, para que se pudiera absolver al autor, había que exigir que el comportamiento correcto hubiera llevado al mismo resultado con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, las posteriores tomas de posición se alejan de un criterio tan estricto y se conforman, para estimar que no concurre la “conexión de la infracción del deber”, con que el comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiera causado la lesión del bien jurídico con una probabilidad o posibilidad más o menos elevada. En la jurisprudencia alemana, ese giro se inicia con el auto del BGH 11, 1 ss. (caso del ciclista), el cual, frente a la opinión del Tribunal Superior de Justicia (Oberlandesgericht = OLG) de Hamm, partidario de condenar al conductor del camión, porque no existía seguridad rayana en la seguridad de

que el resultado también se hubiera producido si el conductor del camión hubiera adelantado al ciclista guardando la distancia reglamentaria de 1,5 m.<sup>4</sup>, resuelve, apartándose de su jurisprudencia anterior, que, para absolver al autor, basta con que concurra una “alta probabilidad” de producción del mismo resultado con el comportamiento correcto<sup>5</sup>.

- 4 El OLG de Hamm se apoya en anteriores sentencias del BGH y de los Oberlandesgerichte “en las que se manifiesta la opinión de que habrá que afirmar siempre la relación de causalidad entre un comportamiento contrario a las reglas del tráfico y un resultado lesivo cuando no se pueda constatar, con seguridad o con una probabilidad rayana en la seguridad, que ese resultado no se habría producido sin aquella infracción de las reglas del tráfico; sólo cuando, según un cálculo humano, sea seguro que se habría llegado al mismo resultado con un comportamiento del acusado conforme a las reglas del tráfico, está justificado negar la responsabilidad penal del autor por el resultado por él producido. La mera posibilidad, o la más o menos alta probabilidad, de que también sin el comportamiento reprochable se hubiera producido el mismo resultado no puede impedir la condena del acusado por un homicidio imprudente”. (Como se puede apreciar de lo expuesto en esta resolución del OLG de Hamm, éste ubica el problema del comportamiento alternativo conforme a Derecho dentro todavía del de la causalidad material entre acción y resultado).
- 5 Según el BGH, “la cuestión nuclear es la de qué requisitos deben concurrir en la prueba de la relación de causalidad. Su respuesta no presenta dificultad cuando, bien consta que el resultado se habría evitado sin el comportamiento contrario al deber del autor, bien consta que también se habría producido con un comportamiento conforme al deber. En el primer caso hay que afirmar la relación de causalidad y en el segundo debe ser negada. Hasta ahí no existe evidentemente ninguna discusión”. El BGH prosigue su resolución afirmando que, para negar esa relación de causalidad, no basta “la mera posibilidad intelectual de que el resultado también se habría producido con un comportamiento del autor conforme al deber ... , porque la posibilidad de que el resultado también se habría producido mediante otra cadena causal, es algo que nunca puede excluirse por completo”. Para la absolución del autor no es suficiente, según el BGH, la “probabilidad”, sino que hay que exigir la “alta probabilidad” –tal como concurriría en el presente caso, según el tribunal de instancia- de que el resultado también se habría producido con la acción correcta, lo que lleva al BGH a decretar la absolución del conductor del camión: “Si, de acuerdo con el convencimiento del juez de instancia, se hubiera producido el mismo resultado o, sobre la base de hechos relevantes, ello no se puede excluir, entonces la condición colocada por el autor carece de significación jurídicopenal para la apreciación del resultado. En este caso no puede afirmarse la relación de causalidad entre acción y resultado”. (De acuerdo con los párrafos del auto del BGH que acabo de reproducir, la fundamentación del BGH de que en esos casos, y bajo esas circunstancias, está excluida la responsabilidad penal se basa en la ausencia de “causalidad”, si bien matiza el tribunal que con ese término no se refiere a la “causalidad material”, sino a una, por así decirlo, “causalidad jurídica”. “Naturalmente”, aclara el BGH (cursivas añadidas), “que la con-

Y, por lo que se refiere a la doctrina, las diferencias entre los defensores de la teoría de la evitabilidad surgen en relación al grado de probabilidad o posibilidad que hay que exigir para que entre en juego esa exención de responsabilidad: en la versión más restrictiva –y actualmente prácticamente abandonada–, dicha exención sólo estará justificada cuando se pueda acreditar que el comportamiento alternativo conforme a Derecho habría producido el mismo resultado con una probabilidad rayana en la seguridad; en su versión intermedia, cuando exista una probabilidad o posibilidad más o menos elevada de que el comportamiento correcto habría desembocado en idéntica lesión del bien jurídico; y en su versión más amplia –y que, por consiguiente, llevaría a la absolucón en un número muy superior de causaciones imprudentes de resultados típicos–, cuando lo que tiene que constar con una seguridad rayana en la certeza es que el comportamiento correcto no habría producido el mismo resultado.

## V. LA TEORÍA DEL AUMENTO (O DEL INCREMENTO) DEL RIESGO

En 1962, en un artículo publicado en la ZStW<sup>6</sup>, *Roxin*, después de reconocer que en la relevancia de los procesos causales hipotéticos “se encierra algo correcto”<sup>7</sup>, escribe: “La primera dificultad práctica [que presenta este grupo de casos] reside en la circunstancia de que casi nunca es seguro que el resultado no se habría producido con el comportamiento correcto. Por lo general, sólo puede precisarse una mayor o menor probabilidad de que ello hubiera sido así. Y cuanto menos probable sea que el resultado también se habría producido con un actuar inobjetable, menos evidente le parecerá una absolucón al sentido jurídico. Si se comprueba que manteniendo la distancia adecuada,... que desinfectando los pelos de cabra o que aplicando

---

duccón del acusado fue, en un sentido mecánico-científico natural, una condición de la muerte del ciclista. Pero con ello no queda dicho que la contradicción con las reglas del tráfico contenida en su comportamiento, el adelantamiento excesivamente ceñido, *sea causal, en sentido juridicopenal*, para la realización del tipo del homicidio en el sentido del § 222 StGB [homicidio imprudente]”).

6 ZStW 74 (1962), pp. 411-444.

7 Op. cit., p. 421.



la novocaína presumiblemente –pero no con una probabilidad rayana en la seguridad– todo habría salido bien, entonces no se comprende por qué no se le ha de reprochar al autor su comportamiento prohibido. O piénsese en la constelación –de importancia práctica– de que un médico causa en una operación la muerte del paciente a consecuencia de una grave infracción de la *lex artis*. ¿Podrá liberarse de toda responsabilidad mediante la indicación de que, teniendo en cuenta la dificultad del caso, una operación verificada conforme a la *lex artis* habría llevado también posiblemente a la muerte? No creo que esto sea defendible. Pues, conforme a ello, y como la mayoría de las operaciones tienen algún riesgo, se podría prescindir confiadamente de todas las medidas de cuidado; sería difícil rebatir el argumento de que, en cualquier caso, la operación podría haber salido mal”<sup>8</sup>.

Para superar todas estas dificultades de la doctrina hasta entonces dominante, *Roxin* propone introducir el criterio del “incremento del riesgo”, que formula de la siguiente manera: “Por consiguiente, la pregunta decisiva tiene este tenor: ¿Cómo puede reconocerse si una lesión del cuidado que ha llevado a la causación de la muerte fundamenta un homicidio imprudente? Como método para responderla propongo el siguiente procedimiento: Examínese, de acuerdo con los principios del riesgo permitido, qué comportamiento no se le hubiera podido imputar al autor como lesión del deber, y compárese con la forma de actuación del acusado. Y ahora compruébese si en el supuesto de hecho concreto, sometido a enjuiciamiento, mediante el comportamiento incorrecto del autor se ha incrementado la posibilidad de la producción del resultado frente al riesgo permitido. Si es ese el caso, entonces existe una lesión del deber que cumple el tipo, y procede una condena por imprudencia. Si falta un aumento del riesgo, entonces no se le puede cargar al agente con el resultado, y debe ser, por ello, absuelto”, ya que “una acción que no aumenta el riesgo permitido, que no incrementa el peligro de producción del resultado, tiene que ser enjuiciada cuando causa un resultado, y según criterios de justicia, igual que un comportamiento no-prohibido”<sup>9</sup>.

8 Op. cit., p. 422.

9 Op. cit, pp. 431/432.

De acuerdo con su criterio del “incremento del riesgo”, *Roxin* rechaza, por consiguiente, que la probabilidad o posibilidad de que el resultado también se habría producido con el comportamiento alternativo conforme a Derecho pueda fundamentar una absolción: por el contrario, si sólo es probable –pero no *seguro*– que la acción correcta habría causado el mismo resultado, ello significa que el comportamiento imprudente causante efectivo del resultado era al menos algo más peligroso que aquélla, que, por consiguiente, ha elevado el riesgo (permitido) de producción del resultado, y que, por ello, debe fundamentar un homicidio imprudente: si el médico, en una intervención de alto riesgo, actúa contra la *lex artis*, muriendo el paciente, el que éste hubiera podido fallecer también en una operación ejecutada conforme a las reglas de la medicina, no anula la responsabilidad por homicidio imprudente, porque con su actuación concreta –y frente a la correcta– el cirujano ha “incrementado el riesgo” (permitido) de producción del resultado<sup>10</sup>.

En su artículo de la ZStW de 1962 *Roxin* intenta aplicar su teoría a los distintos casos que eran –y siguen siendo– objeto de discusión, y en referencia concreta al de la novocaína, estima, de acuerdo con los datos suministrados por *Spendel*<sup>11</sup>, que, como el paciente era uno en el que no se había reducido la glándula timo linfática –circunstancia ésta indetectable ex ante–, su hipersensibilidad frente a *cualquier* clase de anestésico habría conducido *con seguridad* –tanto con cocaína como con novocaína– a un llamado “incidente de narcosis”, y, con ello, a su muerte. En el caso concreto, por consiguiente, la aplicación de la cocaína no supuso un peligro mayor que el “riesgo permitido” que conllevaba la anestesia, médicamente indicada, con novocaína, por lo que lo procedente era absolver al médico de un homicidio imprudente: “Si la inyección de cocaína ha provocado un incidente mortal de narcosis, entonces habría que absolver al médico. Porque para el *status*

10 Cfr. *Roxin*, ZStW 74 (1962), p. 422; *el mismo*, Literaturbericht. Allgemeiner Teil, ZStW 78 (1966), pp. 218/219.

11 Cfr. Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte 1947, p. 70 n. 4, donde *Spendel* refiere la información que le había facilitado el catedrático de medicina de la Universidad de Heidelberg H. *Sarres*.

*thymolymphaticus* del paciente, cualquier anestésico era igual de peligroso, y la cocaína prohibida no creó un riesgo mayor que la novocaína permitida”<sup>12</sup>.

En cambio, en el caso de los pelos de cabra *Roxin*<sup>13</sup> propone la condena por los homicidios imprudentes causados a cuatro operarias: “El perito... únicamente había expresado <que las tres modalidades autorizadas de desinfección... no ofrecían una garantía suficiente de desinfección real de los pelos, y que, por consiguiente, no estaba excluido que la infección se hubiera también producido después de la aplicación del procedimiento de desinfección>. Aquí, por consiguiente, la entrega sin control significaba un incremento considerable del riesgo, por lo que se imponía el castigo. A ello no se le puede oponer... que la desinfección en este caso sólo posiblemente hubiera tenido éxito y que la mera posibilidad no basta para condenar... El peligro consistente en la manipulación de pelos de cabra chinos, y que aquí ha llevado a varios resultados de muerte, sólo puede quedar impune cuando se han tomado todas las medidas que hubieran conducido a su reducción. Si no es ese el caso, entonces ese hacer peligroso sobrepasa el límite de tolerancia establecido por el legislador, y sus consecuencias deben caer sobre el autor”.

Por otra parte, y en referencia al caso del ciclista, *Roxin* escribe: “Cómo debería haber sido decidido correctamente el caso del ciclista enjuiciado por el Bundesgerichtshof, teniendo en cuenta el hecho probado comunicado, no se puede afirmar con absoluta certeza. Sólo se nos dice que, según la convicción del tribunal, el accidente habría sucedido <con alta probabilidad> con un comportamiento reglamentario. Aquí todo depende de si éste al menos hubiera disminuido –entonces era obligada la condena– o si éste era exactamente el mismo –en ese caso tendría que haberse absuelto–”<sup>14</sup>, por lo que la “cuestión [de si hay que condenar o absolver al camionero en el caso del ciclista] debe permanecer abierta”<sup>15</sup>. Posteriormente, y aplicando más consecuentemente su teoría del aumento del riesgo, *Roxin*, en el caso del ciclista –y teniendo en

12 *Roxin*, ZStW 74 (1962), pp. 439/440.

13 Op. cit., p. 438. V. también *el mismo*, ZStW 78 (1966), pp. 217/218.

14 Op. cit., p. 434.

15 ZStW 78 (1966), p. 220.

cuenta que no existe certeza (sino sólo una “alta probabilidad”) de que el resultado también se habría producido si en el adelantamiento se hubiera guardado la distancia reglamentaria— mantiene ya que el conductor del camión debería haber sido condenado por un homicidio imprudente: “En el caso del ciclista la aproximación demasiado estrecha del conductor del camión *ha elevado el riesgo* para el ciclista y, por ello, al conductor del camión se le debe imputar la muerte de aquél, si es que se sigue mi teoría del aumento del riesgo”<sup>16</sup>.

*Roxin* opina también que su “procedimiento hace posible una solución fácil y satisfactoria de los casos dudosos en los que, con el comportamiento conforme con la norma, sólo posiblemente se habría producido el resulta-do. El tratamiento jurídico de tales supuestos de hecho no depende de lo que habría sucedido realmente —lo que, por lo general, no se puede saber—, sino únicamente de si un comportamiento conforme con el deber hubiera disminuido, de un forma mensurable, el peligro de producción del resultado. Esto no es una cuestión de prueba de procesos causales hipotéticos, *sino un problema de prueba pericial que puede ser resuelto generalmente con reglas científicas*”<sup>17</sup>, un problema, por consiguiente, de “apreciación pericial”<sup>18</sup> y que puede ser resuelto “de manera científico-experimental”<sup>19</sup> Por lo demás, y frente a la indefinición de *Roxin* en su primera toma de posición sobre la teoría del aumento del riesgo, y para hacer frente a una objeción de *Ulsenheimer*, *Roxin* ha mantenido desde 1966 —y en ello están de acuerdo sus partidarios— que el juicio sobre si el comportamiento conforme a Derecho ha aumentado o no, frente al comportamiento imprudente, el riesgo de lesión debe emitirse *ex post* sobre la base de los conocimientos nomológicos y ontológicos vigentes al tiempo de dictar sentencia<sup>20</sup>. No obstante seguir siendo minoritaria, la teoría del incremento del riesgo —aunque no siempre

16 Die Lehre von der objektiven Zurechnung, *Chengchi Law Review* 1994, p. 252, cursivas en el texto original.

17 ZStW 74 (1962), p. 433, cursivas añadidas.

18 Op. cit., p. 433

19 Op. cit., p. 442.

20 Cfr. *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-FS, 1970, p. 139. Doctrina unánime entre los partidarios de la teoría del aumento del riesgo: v.

en la formulación ortodoxa de *Roxin*, sino, más bien, con la introducción de matices y variantes más o menos importantes, *que a veces desvirtúan esa teoría hasta hacerla irreconocible*— ha encontrado bastantes seguidores en la doctrina<sup>21</sup> (no así en la jurisprudencia alemana, donde ha sido objeto de un rechazo expreso)<sup>22</sup>.

## VI. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA EVITABILIDAD

1. La teoría de la evitabilidad introduce, como *nuevo requisito de la tipicidad*<sup>23</sup> una “conexión misteriosa”<sup>24</sup> cuya presencia llevaría, consecuentemente, a la absolucón del autor, por faltar uno de los elementos de esa tipicidad así concebida, no existiendo unanimidad sobre cómo designar a dicho requisito, empleándose, entre otras denominaciones, la de “realización en el resultado de la lesión del deber de cuidado” o la de “conexión de antijuridicidad” o la de “conexión de la infracción del deber” o la de “conexión de riesgo” o la de “conexión de realización precisamente entre el comportamiento incorrecto y el resultado producido”.

Pero estas denominaciones *no fundamentan nada*, sino que se agotan en constituir una *mera descripción* de lo que es común a este grupo de casos: que la acción correcta podría haber producido el mismo resultado que efectivamente causó la imprudente. Pero por qué en tales casos debe desempeñar un papel un proceso causal hipotético (del que, además, sólo se ha podido constatar que *probablemente* o *tal vez* habría llevado al mismo resultado) y, encima, hasta el punto de que debería anular la punibilidad de un autor que imprudentemente ha provocado un resultado lesivo, es algo para lo que la teoría de la evitabilidad nun-

---

sólo *Stratenwerth*, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, Gallas-FS 1973, pp. 229 ss.

21 Indicaciones en *Roxin*, AT I, 4ª ed., 2006, § 11 n. 188

22 Indicaciones en *Roxin*, op. cit. § 11 n. 189

23 Y como nuevo requisito de la tipicidad distinto del indiscutible e indiscutido de la existencia de relación de causalidad entre acción y resultado.

24 Arthur *Kaufmann*, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, Eb. Schmidt-FS, 1961, p. 233.

ca ha proporcionado una explicación razonable: esta teoría se limita a formular la afirmación apodíctica de que la “conexión de la infracción del deber” es un (nuevo) elemento del tipo, sin que proporcione la razón última de por qué ello es así.

2. Un conato de fundamentación de la teoría de la evitabilidad se encuentra en aquéllos que sostienen que en estos casos no se puede afirmar que el resultado haya sido causado “por imprudencia”<sup>25</sup>, por lo que no puede afirmarse que el autor haya cumplido el tipo del § 222 StGB, que define el “homicidio imprudente” de la siguiente manera: “El que *causare* la muerte de una persona *por imprudencia*, será castigado con la pena de prisión de hasta cinco años o con multa”<sup>26</sup>. Pero, que un comportamiento correcto tal vez hubiera causado el mismo resultado, no altera en nada el hecho de que ha sido una acción imprudente (una imprudencia) del conductor del camión la que causó el resultado<sup>27</sup>.
3. Para la teoría de la evitabilidad, en cualquiera de sus variantes –por lo que se refiere al mayor o menor grado de probabilidad o de posibilidad de que el comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiera causado el mismo resultado que el imprudente–, forma parte del tipo imprudente, además de los elementos tradicionales del comportamiento imprudente y de la relación de causalidad entre éste y el resultado, *como tercer elemento adicional*, que “la imprudencia haya

25 Así, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana, la Audiencia Provincial (*Landgericht*) de Münster, que, en el caso del ciclista, fundamentó la absolución en que, como “el accidente mortal también podría haberse producido con un comportamiento [del conductor del camión] conforme al deber”, no consideró probado “que él [el acusado] haya causado la muerte *por imprudencia*” (cursivas añadidas). En la doctrina acuden a este mismo argumento, entre otros, *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, p. 100, y *Puppe*, Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?, Roxin-FS, 2001, p. 288.

26 Una definición análoga se encuentra en el CP, cuyo art. 142.1 tipifica así el homicidio imprudente: “El que *por imprudencia grave* causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

27 En el mismo sentido ya *Lampe*, Tat und Unrecht bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 101 (1989), p. 43: “... porque para el resultado fue causal el comportamiento imprudente, por mucho que el comportamiento conforme al deber hubiera producido el mismo resultado”.

causado el resultado” o que exista una “conexión de la infracción del deber o de la antijuridicidad” entre comportamiento activo imprudente y lesión. Pues bien, si este tercer elemento fuera tan integrante del tipo imprudente como el de la causalidad material entre acción y resultado, entonces habría que exigir, para afirmar la presencia de la tipicidad, la misma seguridad de concurrencia que se exige respecto de la causalidad.

Si, según la concepción del delito imprudente de la teoría de la evitabilidad, aquél exige, además de la relación de causalidad entre acción negligente y resultado, también que éste haya sido “causado por imprudencia” o que exista una “conexión entre la infracción del deber y la producción del resultado”, en el sentido de que no se habría “causado por imprudencia” si también se hubiera producido con la conducta correcta, o en el sentido de que no existe conexión entre infracción del deber y resultado porque también sin esa infracción (es decir: con la conducta correcta) podría haber sucedido lo mismo, entonces, al considerar que la conducta del autor únicamente es atípica (por ausencia de imputación objetiva) cuando se demuestra que la acción conforme a Derecho habría provocado, con una mayor o menor probabilidad o posibilidad, la misma lesión que la imprudente, con ello está afirmando la presencia de imputación objetiva respecto de numerosos comportamientos *formalmente* imprudentes, a pesar de que, en una escala que va desde una altísima probabilidad hasta la mera posibilidad, *no se puede descartar que la acción conforme a Derecho también podría haber producido el resultado*, es decir: a pesar de que en dichos comportamientos imprudentes (muy probablemente, o sólo probablemente o simplemente posiblemente) *puede* faltar también la “causación por imprudencia” o la “conexión entre infracción del deber y resultado”.

Con otras palabras: Si, como mantiene la teoría de la evitabilidad, la circunstancia de que el comportamiento correcto habría podido producir el mismo resultado que el negligente efectivamente ejecutado, *es tan elemento del tipo imprudente como lo es la conexión de causalidad fisiconatural entre movimiento corporal y lesión*, entonces, así como en

relación con el elemento de la causalidad la *mínima duda* de que no haya concurrido lleva –sobre la base del principio *in dubio pro reo*– a suponer, en favor de éste, que esa relación de causalidad no ha existido y que, por consiguiente, no se ha cumplido el tipo imprudente, así también la mínima duda sobre si el comportamiento alternativo conforme a Derecho habría producido la misma lesión, debe llevar –igualmente en aplicación del *in dubio pro reo*– a estimar, en favor de éste, que dicho comportamiento alternativo habría llevado con seguridad también al mismo resultado, es decir: a que ha concurrido ese elemento *excluyente* de la tipicidad, y, por consiguiente a que, por ausencia de imputación objetiva, no se ha cumplido el tipo imprudente, de tal manera que, así como en relación al elemento típico causalidad hay que exigir *certeza* de que ésta ha existido efectivamente en la realidad, así también, y en relación a ese ulterior elemento (excluyente) del tipo, hay que exigir la *certeza* de que el comportamiento alternativo conforme a Derecho no habría producido el mismo resultado. Por ello, y partiendo de los principios que informan la teoría de la evitabilidad, la fórmula que ésta, consecuentemente, debería establecer sería ésta: no existe imputación objetiva cuando, *por mínima que sea la duda sobre ello*, no se puede descartar *con seguridad* que el comportamiento correcto no habría llevado al mismo resultado que el que causó la acción imprudente.

De acuerdo con ello, y en una aplicación estricta y consecuente del principio *in dubio pro reo*, para la teoría de la evitabilidad, en el caso del shock anafiláctico, la enfermera sólo podría ser condenada si se hubiera podido acreditar con seguridad que la dosis vacunal correcta de 0.05 cc. –en lugar de la de 0,4 cc. que, imprudentemente, fueron administrados por aquélla– no habría provocado el mismo resultado mortal y, como según los Hechos Probados, dicho shock, aunque con menor frecuencia “también puede producirse en supuestos de administración de dosis correcta”, de ahí que procedería la absolucón de la enfermera por no constar con seguridad que no existió “conexión de la infracción del deber” o, expresado con otras palabras, que el resultado no se habría causado “por imprudencia”.



4. Pero con todo lo expuesto hasta ahora todavía no hemos llegado a la principal objeción que hay que formular a la teoría de la evitabilidad, objeción que desconoce cuál es el sentido del “riesgo permitido”, entendido como puesta en peligro de un bien jurídico que –si no excede de los límites fijados por ese riesgo– excluye la responsabilidad por imprudencia, aunque la acción peligrosa haya sido causante de un resultado típico.

Y así, por ejemplo y acudiendo al caso del shock anafiláctico, de acuerdo con la *lex artis*, que es la que en el Derecho penal médico marca la frontera entre lo que es –si se observa– una acción permitida y una –si no se observa– prohibida por imprudente, el legislador, *al remitir a dicha lex artis la determinación del contenido de la imprudencia*, pondera los bienes jurídicos en juego, en este caso: la *presencia real* de una grave enfermedad, como lo es la bronquitis asmática (menoscabo en la salud de la paciente), frente a un *cierto riesgo* de que la terapia adecuada para curarla pueda provocar en el paciente un shock anafiláctico. Para hacer frente a este peligro realmente existente, la *lex artis* fija unas pautas, tanto en lo que se refiere a la administración progresivamente creciente de las dosis –desde la inicial de 0,05 cc.–, como a los intervalos máximos de tiempo que deben observarse entre las inyecciones por vía subcutánea de las dosis, y todo ello “con la finalidad de reducir al mínimo las consecuencias que pueden producirse en la administración de hiposensibilizantes” (cuanto más alto sea el nivel de anticuerpos protectores en la sangre menos riesgo de sufrir un shock anafiláctico, y viceversa), es decir: que en esa ponderación se prefiere curar la enfermedad que Sara está *realmente* padeciendo –beneficio–, reduciendo –aunque no eliminando–, al mismo tiempo, y en lo posible, el *riesgo* de que pudiera sobrevenir un shock anafiláctico. Y como ese era el procedimiento idóneo –por ser el menos peligroso–, de acuerdo con el estado de la ciencia al tiempo del inicio de la terapia, ahí, en ese procedimiento, es donde, de acuerdo con la *lex artis*, que es la que determina –cuando se sobrepasa– el contenido de la imprudencia, se fijó el límite del *riesgo permitido* al que se podía someter a la paciente.

La *lex artis* no puede tolerar una terapia al margen de esas dosis escalonadas a partir de la inicial de 0,05 cc. y al margen de los intervalos máximos de tiempo pautados, entre otras razones porque, *si se prescindiera de esa inmunoterapia que, en sus dosis y en su cadencia, es la menos peligrosa*, habría que establecer una *nueva ponderación* —que tal vez llevaría a la prohibición de la administración de la vacuna— entre la realidad del padecimiento actual de bronquitis asmática (*menoscabo de la salud*) y el *peligro, ahora ya mucho más elevado*, de que se desarrollara un shock anafiláctico que amenazaría a la enferma con la *pérdida de la vida*, ya que, obviamente, es preferible estar vivo con bronquitis, que sin bronquitis, pero muerto.

La teoría de la evitabilidad suprime ese papel que desempeña el riesgo permitido en el delito imprudente, porque, al excluir la responsabilidad cuando la acción conforme a Derecho podría haber producido el mismo resultado, desconoce que *pertenece a la esencia* del delito imprudente, cuando éste se manifiesta como una acción infractora del riesgo permitido que provoca un daño típico, que en estos casos la acción correcta no lo es porque no represente ningún riesgo para el bien jurídico protegido: lo es, porque ese riesgo es el jurídicamente tolerado y encierra una posibilidad de lesión de dicho bien jurídico menor (o mucho menor o incomparablemente menor) que aquella otra acción en la que se somete a dicho bien a un riesgo prohibido.

Para la teoría de la evitabilidad, la probabilidad o posibilidad de que la acción que, manteniéndose dentro del riesgo permitido, *hubiera podido causar* el mismo resultado, excluye la imputación objetiva del resultado al autor que lo ha causado con una acción que ha sobrepasado dicho riesgo permitido. Pero es obvio que este entendimiento del delito imprudente no puede ser correcto, porque entonces, y por así decirlo, sería el autor imprudente quien, al margen del Derecho, fijaría *su propio riesgo permitido*, derogando el riesgo permitido establecido por la *lex artis* o por las medidas de prevención de riesgos que se establecen en las normas extrapenales que regulan el ejercicio de actividades peligrosas (normas que regulan la circulación rodada o la construcción de

edificios o la explotación de minas o el tráfico aéreo, por ejemplo). Y es que, frente a esta concepción de la teoría de la evitabilidad, hay que oponer que, en tal caso, la prohibición de exceder del riesgo permitido se convertiría en papel mojado, ya que, por definición, y porque encierra también un (aunque mucho menor) peligro de lesión, la acción correcta *siempre* puede causar el mismo resultado.

Cuando hablamos de riesgo permitido y de riesgo prohibido nos estamos refiriendo a dos distintos niveles de posibilidades o probabilidades de que una acción produzca un resultado típico: ejecutando la acción respetuosa del riesgo permitido esas posibilidades están reducidas a un mínimo, mientras que si aquél no se respeta, si lo que se crea es un riesgo prohibido, esas posibilidades o probabilidades son mayores, o mucho mayores, y como, *por lo general*, no es reproducible experimentalmente qué es lo que habría sucedido si se hubiera actuado conforme a Derecho, frente a la *especulación* de que también con la acción correcta podría haber sobrevenido el mismo resultado (una mera especulación, por lo general, de imposible verificación, porque ésta requeriría disponer de unos conocimientos que están fuera del alcance humano), se alza la *realidad incontestable* de que el daño ha sido causado materialmente por una acción cuyo potencial lesivo era superior (o muy superior) al que el Derecho se había declarado supuesto a tolerar.

Para la teoría de la evitabilidad, la mera posibilidad de que el comportamiento correcto pudiera haber causado el mismo resultado que provocó el comportamiento imprudente excluye la imputación objetiva del resultado al causante negligente del mismo. Pero esta concepción no puede ser correcta, porque entonces, y como con el riesgo permitido *siempre* se puede producir el mismo resultado que con el prohibido (por definición, ambos encierran un riesgo –si bien de diversa magnitud– de lesión), *nunca* se podrá castigar la acción imprudente que, por encima del riesgo permitido, causa un resultado típico.

La realidad es, por consiguiente, que una acción por encima del riesgo permitido encierra más (o muchas más) probabilidades de causar un daño típico que la correcta. Y como esa acción encierra más probabili-

dades, y ha lesionado *efectivamente* un bien jurídico, y el ordenamiento jurídico –y precisamente por ello– ha prohibido su ejecución, de ahí que el autor de tal acción no pueda quejarse de que se le castigue por un delito imprudente, porque, si en lugar de ese comportamiento contrario a Derecho, hubiera ejecutado uno conforme con el mismo, al ser el riesgo generado mucho menor (justamente el riesgo que el legislador, después de una ponderación de intereses, está dispuesto a permitir), con un alto índice de probabilidad ese bien jurídico no habría sufrido menoscabo alguno. Si la finalidad del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, no se entiende qué razón puede existir para no castigar las acciones imprudentes cuando su mayor peligrosidad se materializa en las causaciones de resultados típicos, ni cómo puede servir como coartada para no hacerlo la indemostrable especulación de que también una que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido podría haber causado esa lesión, que, ciertamente, también podría haberla causado, pero sometiendo al bien jurídico a una probabilidad mucho menor de menoscabo.

5. Con todo lo expuesto he llegado al final de mi crítica a la teoría de la evitabilidad, cuyo rechazo fundamento en que:

Primero. Con su postulado de incorporar, como nuevo elemento de la tipicidad, que concurra lo que mayoritariamente se domina “conexión de la infracción del deber” –conexión cuya ausencia determina, consecuentemente, la atipicidad de la conducta– está únicamente *describiendo* un grupo de casos caracterizados por que la acción correcta podría haber causado el mismo resultado que realmente causó la imprudente, pero sin *fundamentar* por qué esa conexión debe pasar a constituir un nuevo elemento del tipo.

Segundo. Si, realmente, la “conexión de la infracción del deber” es tan elemento del tipo como lo es la causalidad material entre acción y resultado, entonces no se explica por qué si no consta –según las distintas direcciones de la teoría de la evitabilidad– con una probabilidad rayana en la certeza, o con una mayor o menor probabilidad o posibilidad, que la acción correcta habría producido el mismo resultado que

la infractora del deber, debe afirmarse, no obstante, la tipicidad de la conducta imprudente causante del resultado típico, siendo así que esa tipicidad sólo puede afirmarse cuando concurre con seguridad cada uno de sus elementos, lo que en este caso significaría que lo que debe acreditarse es la certeza de que la acción conforme a Derecho *no* habría causado el mismo resultado.

Y tercero. Cuando la acción imprudente que ha producido el resultado dañoso, lo es porque ha rebasado el riesgo permitido, nunca puede descartarse que la acción alternativa conforme a Derecho, que también representa un peligro menor, o mucho menor, de lesión –aunque sólo fuera con una mayor o menor probabilidad–, no hubiera podido causar el mismo resultado, con lo que el riesgo permitido, en lugar de fijarlo el legislador penal o extrapenal o la correspondiente *lex artis* a la que aquél se remite, se convertiría en papel mojado y lo fijaría –modificando sus parámetros– el mismo autor que siempre podría acudir a la coartada, para fundamentar su absolución, de que el resultado tampoco se podría haber evitado con la acción correcta.

## VII. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL AUMENTO DEL RIESGO

### 1. La teoría del aumento del riesgo convertiría los delitos de lesión en delitos de peligro

La primera objeción que la teoría de la evitabilidad dirige contra la del aumento del riesgo es la de que ésta convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro.

En este sentido se han manifestado, por ejemplo, *Erbert/Kühl*, quienes escriben<sup>28</sup>: “Según la teoría del incremento del riesgo, el concepto central de los delitos de resultado no es la lesión, sino la puesta en peligro de la víctima. La esencia del delito no reside en la producción de un resultado jurídicamente desaprobado, sino en la infracción de una norma de com-

28 *Erbert/Kühl*, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, p. 572

portamiento que regula el curso social ... Hay que dudar, sin embargo, de que con ello se esté acertando con el sentido de precisamente los delitos de resultado, de que su concepto central sea realmente la puesta en peligro y no, más bien, la lesión de la víctima, de que esos delitos de resultado estén basados en prohibiciones de incremento del riesgo y no en prohibiciones de lesión y de que penalicen la mera infracción de deberes de diligencia. Por consiguiente, la objeción más importante contra la teoría del aumento del riesgo es la de que, contra *legem*, convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro”.

Contra esto hay que decir:

En primer lugar, que la objeción de que la teoría del incremento del riesgo convierte los delitos de lesión en otros de peligro debe ser rechazada, porque, si una acción por encima del riesgo permitido causa efectivamente el menoscabo de un bien jurídico, entonces estamos en presencia, no de un peligro para, por ejemplo, la vida, sino de una *lesión real* de ese bien jurídico, es decir: de un delito de lesión: de un homicidio imprudente, cuya indubitada existencia, *porque se ha producido una muerte*, es imposible de poner en cuestión. Para la teoría del incremento del riesgo ciertamente que uno de los requisitos, para que se pueda imputar objetivamente un resultado, es que el bien jurídico protegido *haya sido sometido a un peligro* (por encima del riesgo permitido), pero también exige, *además*, que esa lesión del bien *se haya producido efectivamente*, por lo que es incompresible que se le reproche que convierte los delitos de lesión en delitos de peligro —siendo así que éstos se caracterizan por poner en peligro, *sin lesionar*, el bien jurídico—, cuando, si no hay lesión real, para la teoría del aumento del riesgo tampoco hay responsabilidad por un daño no-causado<sup>29</sup>. La falta

29 En el mismo sentido, *Stratenwerth*, Gallas-FS, p. 237: “Si, tal como lo exige el asunto, se parte de que el autor ha creado o incrementado precisamente el peligro que ha desembocado realmente en el resultado, entonces ningún proceso causal hipotético puede modificar en nada que al autor no sólo hay que cargarle el peligro, sino también el resultado. El que al autor la existencia de causas sustitutorias pueda beneficiarle de alguna manera, es un asunto distinto. Así consideradas las cosas, en ningún caso puede hablarse de una transformación de delitos de lesión en delitos de peligro”. V. también *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Lei-

de solidez de esta objeción se pone de manifiesto también en que algunos detractores de la teoría del aumento del riesgo rechacen, como crítica válida contra ésta, la de que convierte los delitos de lesión en delitos de peligro<sup>30</sup>.

Y, en segundo lugar, que, si con el reproche de que la teoría del aumento del riesgo convierte los delitos de lesión en otros de peligro, lo que se quiere decir es que el *mayor peligro* de menoscabo del bien jurídico que encierra, frente a la acción correcta, la ejecutada por encima del riesgo permitido es lo que justifica que a ésta se le impute el resultado causado, no hay nada que oponer a esa *descripción* que se hace del contenido de la teoría del incremento del riesgo: en efecto, es ese mayor peligro (por encima del permitido) *materializado en una lesión real del bien jurídico protegido* el que fundamenta la punición del comportamiento por, por ejemplo, un homicidio imprudente; pero, por mucho que la acción prudente hubiera podido causar también el mismo resultado (en cuyo caso sería –por haberse mantenido dentro del riesgo permitido– una acción impune), no se alcanza a comprender por qué de ahí habría de derivarse la consecuencia de que, entonces, se estaría convirtiendo a los delitos de

pziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, p. 355: “Porque la teoría del aumento del riesgo, en los delitos de comisión, no lleva a la sustitución, sino a la *complementación* del requisito de la causalidad entre acción y lesión del bien jurídico, y, por consiguiente, no tiene un efecto de ampliación, sino de *limitación* de la punibilidad, y es, por lo demás, perfectamente compatible con el concepto de los delitos de resultado, porque ..., desde el reconocimiento del *riesgo permitido*, ese concepto no consiste obviamente en la evitación de cualquier lesión de bienes jurídicos, sino únicamente en su *reducción* a una medida soportable” (cursivas en el texto original). V., finalmente, *Kahlo*, Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen GA 1987, p. 75 n. 35: “También con los criterios de la teoría del aumento del riesgo, por consiguiente, y por ejemplo, el ciclista (ebrio) de la resolución BGH 11, 1 no sólo ha sido puesto en peligro, sino que ha sido matado realmente”.

30 Así, *Frisch*, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 540; *Erb*, *Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Bedeutung auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 1991, p. 132: “En primer lugar, hay que sostener que la exigencia de causalidad entre acción y lesión del bien jurídico, como fundamento de la imputación, se mantiene también según la teoría del aumento del riesgo. Qué relación hay que exigir, *además*, no es algo previamente dado, sino que constituye precisamente el problema que hay que resolver en la discusión sobre la conexión de antijuridicidad” (cursivas en el texto original).

lesión en otros de peligro, ya que *el menoscabo de un bien jurídico causado por una acción que excede del riesgo permitido es una definición precisa de lo que es un delito imprudente.*

## 2. La teoría del aumento del riesgo infringiría el principio *in dubio pro reo*

- a) Por lo que se refiere a la infracción del *in dubio pro reo*, lo primero que hay que decir es que los partidarios de la teoría de la evitabilidad, que son quienes dirigen esta objeción contra la teoría del aumento del riesgo, carecen de legitimación para formularla, ya que, como creo haber demostrado supra VI 3, la infracción de ese principio es precisamente una de las críticas de las que no puede escapar la teoría de la evitabilidad, porque, si ésta afirma —como lo afirma— que, si la acción correcta hubiera producido el mismo resultado que la acción imprudente efectivamente ejecutada, quedaría excluida la imputación objetiva al autor del daño causado, entonces sólo si se despeja, *sin duda de ninguna clase* —es decir: con *certeza*— que la acción correcta no habría llevado al mismo resultado, sólo entonces se podrá castigar a quien negligentemente provocó la lesión. Pero a este resultado, el único consecuente con los principios de los que parte la teoría de la evitabilidad, esta teoría no llega en ninguna de sus variantes: se conforma con que sea probable rayano en la seguridad o más o menos probable o sólo posible —es decir: *no con que sea seguro al 100%*— la presencia del elemento *excluyente* de la imputación objetiva de que el comportamiento correcto hubiera causado el mismo resultado, siendo así que, para condenar, debería exigir la certeza de que la conducta conforme a Derecho no hubiera producido la misma lesión que la imprudente efectivamente ejecutada: por consiguiente, la teoría de la evitabilidad aplica, en contra del reo, esa más o menos verosímil duda sobre lo que habría sucedido, interpretando la probable posible *no producción del mismo resultado* por la acción conforme a Derecho “*como si*” hubiera sido segura.

Pero, naturalmente, el hecho de que la teoría de la evitabilidad sea la primera en infringir el principio *in dubio pro reo* no desactiva —si fuera



cierta— la objeción de sus partidarios contra la del aumento del riesgo de que ésta también lo hace.

- b) La objeción de que la teoría del aumento del riesgo infringe el principio *in dubio pro reo* se fundamenta en lo siguiente: si, según la teoría del aumento del riesgo, procede la absolución siempre que la acción imprudente causante de resultado típico no haya supuesto un peligro mayor de producción del resultado que el que habría encerrado la acción alternativa conforme a Derecho —conforme a Derecho, porque se habría mantenido dentro del riesgo permitido—, entonces, y como esa acción correcta es una hipotética que no ha tenido lugar en la realidad, y como, precisamente por ello, nunca podremos averiguar si esa acción hubiera encerrado el mismo riesgo (permitido) de lesión que la incorrecta efectivamente ejecutada, de ahí que, si la teoría del incremento del riesgo fuera consecuente con el principio de que es a la acusación a la que corresponde la carga de la prueba, tendría que interpretar, en favor del reo —y ante la imposibilidad por parte de la acusación de demostrar si la acción correcta hipotética habría supuesto o no un riesgo igual de producción de resultado que la incorrecta—, que efectivamente la imprudente no habría supuesto un mayor riesgo de lesión que la conforme a Derecho, con lo que en este grupo de casos habría que llegar *siempre* —si se quiere tomar en serio el *in dubio pro reo*— a la absolución del acusado.

Sin embargo, y como ya se ha expuesto, no es ésta la posición de *Roxin*. En el caso del ciclista, por ejemplo, existía la “alta probabilidad” de que, aun guardando la distancia correcta, el conductor del camión, y debido al estado de embriaguez de aquél, también le habría atropellado, causándole la muerte. No obstante lo cual, *Roxin*, y ante la duda de si el adelantamiento incorrecto hubiera supuesto o no un incremento del riesgo permitido, se inclina por la condena del autor y lo fundamenta de la siguiente manera: “Si, a pesar de haber guardado la distancia debida, el ciclista hubiera muerto, entonces en este curso se habría realizado un riesgo como el que reside siempre en un adelantamiento; pero de este riesgo, mediante su autorización, le ha liberado

el legislador al conductor, de tal manera que el resultado no sería imputable. En cambio, si el conductor sobrepasa el riesgo permitido, y se produce el resultado como consecuencia del peligro contenido en el adelantamiento, entonces es imputable como realización de un peligro prohibido. No existe ningún motivo para, también aquí, liberar al autor del riesgo y absolverle; porque el límite máximo del riesgo tolerable se establece mediante la distancia legal de seguridad. Cualquier aumento de ese riesgo hace caer las consecuencias sobre el autor<sup>31</sup>. Por consiguiente, la tesis de *Roxin* es extraordinariamente restrictiva<sup>32</sup>, en cuanto que sólo niega la imputación objetiva en aquellos supuestos en los que consta, no con una mayor o menor probabilidad, sino *con seguridad*, como en el caso de la novocaína, que, debido a la predisposición física desfavorable del paciente, la acción imprudente había supuesto el mismo riesgo de lesión que la conforme a la *lex artis*: independientemente de si se hubiera administrado la cocaína (prohibida) o la novocaína (permitida), se sabe que en *cualquier caso* se habría producido la muerte.

Que la teoría del aumento del riesgo vulnera el principio *in dubio pro reo* es una crítica que ya formuló en 1969 *Ulsenheimer* y que, a partir de entonces, se ha utilizado continuamente como argumento contra esta teoría. Según *Ulsenheimer*, “como *Roxin* afirma una lesión del deber fundamentadora de la tipicidad siempre que se da un aumento del peligro, y sólo niega la relevancia de la infracción del deber cuando el riesgo de producción del resultado no se ha incrementado, el aumento del riesgo representa una circunstancia, que, bien como elemento de

31 *Roxin*, AT I, 2006, § 11 n.m. 89. V. también *Roxin*, *Chengchi Law Review* 1994, p. 252: “En el caso del ciclista, en cambio, la aproximación demasiado estrecha del conductor del camión *aumentó el riesgo* para el ciclista y, por ello, hay que imputar al conductor la muerte de aquél, si se sigue mi teoría del aumento del riesgo” (cursivas en el texto original).

32 Cfr. Arthur *Kaufmann*, *Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie*, *Jescheck-FS*, 1985, pp. 275/276: „La teoría del aumento del riesgo –al menos en la versión representada por *Roxin*- lleva en *prácticamente* todos los casos de causalidad hipotética a la condena del autor y, con ello, a una altamente insatisfactoria extensión de la punibilidad (también esto ha de ser considerado un inconveniente)” (cursiva en el texto original).

la antijuridicidad bien de la culpabilidad<sup>33</sup>, *fundamenta* la punibilidad del autor. Por tanto, pertenece, sin lugar a dudas, a los *presupuestos del delito*, que, según el principio fundamental del proceso penal <*in dubio pro reo*>, y antes de que pueda producirse un pronunciamiento de culpabilidad, debe constar para la convicción del tribunal con una probabilidad rayana en la seguridad. En mi opinión, este principio de la prueba –de general reconocimiento– sería contradicho si una actuación infractora del deber que, posible o probablemente, *no* hubiera aumentado el peligro para el bien jurídico en cuestión, a pesar de esas dudas, fuera calificada de incrementadora del riesgo y, con ello, conforme al tipo de resultado. Esto significaría prácticamente: El aumento del peligro de una actuación imprudente debe ser afirmada mientras no se demuestre su ausencia. Sin embargo, no puede ser aceptada la inversión de la carga de la prueba que con ello se pondría de manifiesto<sup>34</sup>.

- 33 Como estamos todavía en los años 60 del pasado siglo, *Roxin* todavía no había situado el aumento del riesgo como una cuestión a discutir dentro del marco de la imputación objetiva.
- 34 *Ulsenheimer*, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen de Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, p. 367. Desde entonces la crítica a la teoría del aumento del riesgo, en el sentido de que vulnera el *in dubio pro reo*, aparece continuamente en los escritos de sus detractores. Cfr. *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, pp. 47/48 (“Como la impunidad del autor sólo se produce cuando el curso hipotético es tan efectivo como el real, cuando, con otras palabras, el curso hipotético hubiera llevado al resultado con absoluta seguridad, la condena depende de si el juez está en situación de averiguar todas las circunstancias. Si tiene dudas sobre si concurría la circunstancia de que el resultado también habría sobrevenido con el curso hipotético, y no se puede esclarecer esta circunstancia, tendría que condenar, a pesar de que la misma circunstancia habría conducido a la absolución si hubiera sido probada ... Con ello se pone de manifiesto que la teoría del aumento del riesgo lleva a una vulneración del principio *in dubio pro reo* siempre que la base del juicio esté centrada sólo en el estado de conocimientos del juez”); *Schlüchter*, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1977, pp. 107/108; *la misma*, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen, JA 1984, p. 676; *Krümpelmann*, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Bockelmann-FS, 1979, p. 462; *Ebert/Kühl*, Jura 1979, p. 572; *Erb*, Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht JuS 1994, p. 455; *el mismo*, Rechtmässiges Alternativverhalten, 1991, pp. 135/136, 145, 292; *Wachsmuth/Schreiber*, Sicherheit und Wahrscheinlichkeit – juristische und ärztliche Aspekte, NJW 1982, p. 2096; Arthur *Kaufmann*, Jescheck-FS 1985, p. 277; *Toepel*, Kausalität und Pflichtwi-

La teoría del aumento del riesgo sigue siendo minoritaria, existiendo, en opinión de *Samson*<sup>35</sup>, “una sospecha inicial de que, previsiblemente, en un futuro no muy lejano tendremos que despedirnos del aumento del riesgo”. Si es verdad que tendremos que despedirnos de ella o no, y hasta qué punto está justificada la crítica de que vulnera el in dubio pro reo –la otra crítica de que convierte a los delitos de lesión en otros de peligro creo haberla rebatido ya en las anteriores páginas– y, en el caso de que lo esté, si esa crítica puede ser superada mediante una modificación de la teoría del aumento del riesgo, es algo de lo que me voy a ocupar a continuación en el siguiente apartado.

## VIII. TOMA DE POSICIÓN

1. Como para resolver el problema del comportamiento alternativo conforme a Derecho, y como en la actualidad sólo existen dos teorías que pueden considerarse vigentes: la del incremento del riesgo y la de la evitabilidad, lo que hay que examinar ahora es si la primera presenta una solución convincente para este grupo de casos, puesto que supra VI ya han sido expuestas las razones por las que la de la evitabilidad no puede ser acogida: porque no ha acertado a explicar por qué la llamada conexión de la infracción del deber ha de ser considerada un elemento del delito imprudente de acción; porque si, no obstante esta falta de fundamentación, la teoría de la evitabilidad mantiene que la conexión de la infracción del deber es un elemento del tipo, tendría que exigir, sobre la base del in dubio pro reo, y consecuentemente, para que pudiera condenarse por un delito imprudente, que constase con seguridad –y no con una mayor probabilidad o posibilidad- que

---

dreiketszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, pp. 153 ss., 171/172; *Feijoo*, Límites de la participación criminal, 1999, p. 56 n. 119; *el mismo*, Teoría de la imputación objetiva, 2000, p. 35; *Morselli*, Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva, La ciencia penal, 2001, p. 397; *Cadavid*, El incremento del riesgo como factor de atribución de resultados en la imprudencia, Nuevo Foro Penal 67 (2005), pp. 64 ss.; *Kindhäuser*, Risikoerhöhung und Risikoverringung, ZStW 120 (2008), passim.

35 *Hypothetische Kausalverläufe*, 2002, p. 598.

la acción alternativa conforme a Derecho *no* habría causado el mismo resultado<sup>36</sup>; y, finalmente, porque, al considerar impunes acciones que, rebasando el riesgo permitido, causan un resultado típico, ya que, con una acción que lo hubiera observado, también se podría haber producido el mismo resultado, de hecho esta teoría convierte al riesgo permitido en papel mojado<sup>37</sup>, ya que considera no punibles acciones que suponen un peligro mucho mayor de producción del resultado que en comportamientos ejecutados sin rebasar el riesgo tolerado: lo decisivo no es –ni debería ser– que la acción correcta también habría podido producir el mismo resultado (lo que es una verdad de Perogrullo), sino que, al encerrar un menor riesgo de lesión, *podría haberlo evitado*.

- 36 La posición de una minoría de sus defensores de negar la conexión de la infracción del deber sólo cuando se puede acreditar que la acción conforme a Derecho hubiera producido el mismo resultado con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza coincide prácticamente, en sus resultados, con la teoría del aumento del riesgo, pues, formulado de otra manera, ello quiere decir que únicamente procede la absolución cuando se ha demostrado que la acción infractora del deber, con certeza o con una probabilidad rayana en la seguridad, no ha aumentado el peligro de lesión encerrado en el comportamiento respetuoso con el riesgo permitido: cfr. *Roxin ZStW* 78 (1966), pp. 215/216: “La teoría desarrollada por mi, según la cual existe siempre un delito imprudente cuando el comportamiento causante del resultado ha traído consigo para la víctima –frente al riesgo permitido– un peligro incrementado, esto es: que una absolución presupone que el hacer prohibido era indiferente, en el caso concreto, para el riesgo de producción del resultado, lleva en la mayoría de los casos a las mismas soluciones [de quienes sólo admiten la absolución por la acción imprudente cuando consta, con certeza o con una probabilidad rayana en la certeza, que la acción conforme a Derecho habría llevado al mismo resultado]”; *el mismo*, AT I, 4ª ed., 2006, § 11 n. m. 100: “El RG [en el caso de los pelos de cabra] llegó, sin embargo, a una condena con la fundamentación de que una causalidad del comportamiento del autor sólo puede excluirse <cuando concurre la certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el acontecimiento dañoso también se habría producido cuando no le hubiera precedido el comportamiento culpable> (RGSt 63, 214). Esto es insostenible –dentro del marco de la prueba causal– como inversión de la carga de la prueba, pero, en el resultado, lleva a una aplicación correcta de la teoría del incremento del riesgo”.
- 37 Riesgo permitido que se ha establecido por el legislador sobre la base de una *ponderación* entre, por una parte, el beneficio de la acción arriesgada para que, por ejemplo, se puedan construir edificios o se puedan llevar a cabo, en las mejores condiciones posibles, intervenciones quirúrgicas y, por otra parte, la reducción al mínimo de las nunca descartables lesiones de bienes jurídicos que pueden sobrevenir aun respetando los límites de dicho riesgo.

2. En el artículo de 1962, en el que formula por primera vez su teoría del incremento de riesgo, *Roxin* se muestra *demasiado optimista* sobre la posibilidad de despejar la difícil cuestión de si la acción imprudente, frente a la que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido, ha incrementado o no el riesgo de producción del resultado. Para *Roxin*, que está operando, entre otros supuestos, con el caso de la novocaína y con el de los pelos de cabra, el problema de si la acción imprudente ha incrementado o no el riesgo (permitido) es “un problema de prueba pericial”<sup>38</sup>, un problema, por consiguiente de “apreciación pericial”<sup>39</sup> que puede ser resuelto “de manera científico-experimental”<sup>40</sup>. Y ciertamente que en esos dos casos la prueba pericial permite acreditar “de manera científico-experimental” qué habría sucedido si el autor hubiera obrado correctamente: de acuerdo con los conocimientos científicos, y debido a la no reducción de la glándula timo linfática, la “apreciación pericial” podría haber llegado a la conclusión de que el riesgo de muerte, *dadas las características del paciente*, era idéntico, tanto con la aplicación de la cocaína (infractora de la *lex artis*) como de la novocaína (medicamento indicada), por lo que, al no suponer la inyección de aquel anestésico un peligro mayor que el que se hubiera corrido con la aplicación de este último, y de acuerdo con la teoría del incremento del riesgo, hubiera procedido eximir al médico de responsabilidad criminal<sup>41</sup>; y, por lo que se refiere al caso de los pelos de cabra, también

38 ZStW 74 (1962), p. 433.

39 Op. cit. loc. cit.

40 Op. cit. p. 442

41 Los datos científicos que maneja *Roxin*, décadas más tarde de dictarse la sentencia – igual riesgo de muerte con la aplicación de la cocaína que con la de novocaína–, no se corresponden con los que, al parecer, estaban vigentes al tiempo de dictarse aquella sentencia (1926): bien porque no se detectó al paciente esa predisposición física desfavorable, bien porque aún no se conocía la ley fisiconatural de que un paciente con la reducción de esa glándula habría sufrido un incidente de narcosis hubiera sido el que fuera el anestésico empleado, los tribunales alemanes partieron de la base de que *no era seguro* que la víctima hubiera estado sometido *al mismo peligro de muerte* si se le hubiera aplicado novocaína: cfr. *Exner*, Frank-FG I, 1930, pp. 587/588: “Ciertamente que para el tribunal constaba que el paciente había muerto como consecuencia de la inyección de cocaína y que lo pericialmente correcto hubiera sido emplear novocaína; pero los peritos no pudieron decir con seguridad cuál

parece que puede resolverse científicamente si la acción alternativa conforme a Derecho habría sometido o no a las obreras a un riesgo igual de resultar intoxicadas y muertas, puesto que en este caso, y a diferencia del de la novocaína, y según el informe pericial, sí que la acción imprudente de entregar el material no desinfectado incrementó el riesgo de lesión<sup>42</sup>.

Alentado por la aplicación factible a estos dos casos de su teoría del aumento del riesgo –en el sentido de que los conocimientos científicos pueden dar una respuesta inequívoca sobre si la acción alternativa conforme a Derecho, y frente a la acción imprudente, ha aumentado o no el peligro de producción del resultado–, *Roxin* –y por ello he hablado anteriormente del “optimismo” que manifiesta en su primer artículo de 1962– piensa que en todos los casos que presenta la realidad puede llegarse a una conclusión tan tajante sobre si la acción imprudente ha aumentado o no el riesgo de lesión. Y así, en el caso del ciclista, *Roxin* se abstiene de dar una solución definitiva, achacando ese *su non liquet*, no a la *imposibilidad objetiva* de determinar si el riesgo creado por la acción imprudente era igual al que habría generado la correcta, sino a que el tribunal de instancia no *investigó suficientemente* –si lo hubiera hecho, lo habría podido determinar– el grado de peligro de lesión encerrado en el comportamiento alternativo conforme a Derecho: “Cómo hubiera sido la decisión correcta en el caso del ciclista, juzgado por el Bundesgerichtshof”, escribe *Roxin*<sup>43</sup>, “no puede decirse con última seguridad de acuerdo con el supuesto de hecho tal como se nos ha

---

habría sido el resultado con el empleo de novocaína; *tal vez* el paciente también habría muerto en este caso. A la vista de este dictamen, la primera instancia absolvió al médico acusado. Pero el RG revocó la sentencia y declaró: <*Sólo cuando se hubiera constatado que, por lo demás y bajo las mismas circunstancias, con la aplicación de la novocaína la muerte se habría producido también con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, no concurriría una acción punible. Ciertamente que también en este caso se daría una relación de causalidad entre el comportamiento del agente y la muerte del niño, pero entonces no se le podría hacer culpable al acusado de la consecuencia de su acción*> (RG I D 555/26” (cursivas en el texto original).

42 Cfr. supra n. 13.

43 Op. cit., p. 434. V. también *el mismo*, ZStW 78 (1996), p. 221.

comunicado. Sólo se nos dice que el accidente, según la convicción del tribunal, también habría acaecido con <alta probabilidad> con el comportamiento reglamentario. Aquí todo dependería de si con él el riesgo se hubiera disminuido –entonces procedería la condena– o de si hubiera tenido la misma dimensión –entonces se tendría que haber absuelto–”.

De estas afirmaciones de *Roxin* se deduce que éste no parece ser consciente de que existen casos en los que, *en virtud de la concurrencia de una circunstancia especial* –y ello es lo que sucede en el caso del ciclista–, surge la duda –no esclarecible científicamente– de si la acción imprudente representaba, *también en abstracto*, un peligro mayor o igual de producción del resultado que la correcta.

3. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, y manejando supuestos de hecho jurisprudenciales a los que ya hemos hecho referencia, y por lo que se refiere a la determinación o determinabilidad de si la acción imprudente, frente al comportamiento correcto, ha aumentado el riesgo de lesión, pueden establecerse los tres siguientes grupos de casos.
  - a) En primer lugar, aquéllos en los que, tomando en consideración todas las circunstancias, se llega a la conclusión de que las razones que, *en abstracto*, llevaron al establecimiento de los límites del riesgo permitido –mayor peligro de la acción que lo rebasa que no de la que se mantiene dentro de sus márgenes- *se reproducen y concurren también en el caso concreto*. De este grupo puede servir, como ejemplo, el caso de la vacuna para controlar el asma: la prohibición de la administración de una dosis de 0,4 cc. –porque, *en general*, representaba un mayor peligro de lesión que la dosis permitida de 0,05 cc.- *conserva toda su vigencia en el caso concreto*, ya que no existe ningún indicio de que, *en la aplicación a la paciente individual Sara*, no siguiera concurriendo también un mayor peligro de desarrollo de un shock anafiláctico si se le administraba la dosis prohibida en lugar de la correcta. Para la teoría de la evitabilidad –en su vertiente más laxa de que, para la absolucón, basta la mera posibilidad de que el comportamiento



conforme a Derecho también podría haber producido la lesión—, en este caso habría que absolver a la enfermera, porque no se puede descartar que la dosis correcta no hubiera causado el mismo resultado. Para la teoría del incremento del riesgo, en cambio, como la administración de la dosis vacunal por encima del riesgo permitido *aumentó* —frente a la dosis correcta— *el peligro de lesión*, la enfermera debe responder —como también apreció la AP de Salamanca— por un homicidio imprudente.

- b) El segundo grupo de casos está integrado por aquellos supuestos en los que el criterio del riesgo permitido, cuyos límites se han establecido *en abstracto*, distinguiendo la acción respetuosa con el riesgo permitido —y que entraña los peligros que la ley está dispuesta a asumir— de la que lo infringe, y que representa un mayor peligro de menoscabo de bienes jurídicos que aquélla, *ese criterio quiebra en el caso concreto, ya que, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en ese supuesto determinado, y debido a la presencia de una variante no prevista al establecer los límites generales del riesgo permitido, se llega a la indubitada conclusión* de que la acción imprudente no ha supuesto un mayor peligro de producción del resultado que la que exigía la diligencia debida, esto es: de que *no ha habido un incremento del peligro de menoscabo del bien jurídico protegido*. Un ejemplo claro de este segundo grupo de casos es el de la novocaína, en el que, debido a las circunstancias particulares concurrentes en ese supuesto determinado, a saber: debido a la no reducción en el paciente de la glándula timo linfática, la anestesia con la novocaína habría llevado *al mismo resultado letal* que produjo la aplicación de la (medicamento no indicada) cocaína. Para la teoría del aumento del riesgo —y precisamente porque aquí no ha habido tal aumento del riesgo— falta la imputación objetiva del resultado y procede, por ello, la absolución del autor. (Como ya he indicado, *sólo* en este grupo de casos coinciden la solución absolutoria de la teoría del aumento del riesgo y la de la evitabilidad, porque si para ésta basta la mayor o menor probabilidad o posibilidad de que el mismo resultado se

habría producido con el comportamiento correcto, con mayor motivo debe regir lo mismo cuando esa probabilidad o posibilidad ha devenido en certeza).

- c) Frente al primer grupo de casos, en los que *conserva toda su vigencia en el supuesto de hecho concreto* el principio general del riesgo permitido de que la acción ejecutada por encima del riesgo permitido representa un peligro mayor de lesión que la acción que lo respeta, *porque no concurre ninguna circunstancia especial* que desvirtúe que la acción prohibida (administrar una dosis vacunal de 0,4 cc. al paciente asmático) encierra efectivamente un riesgo de menoscabo del bien jurídico superior (o muy superior) al que habría supuesto la ejecución de la acción correcta (administración de una dosis de 0,05 cc.), y frente al segundo grupo de casos, en los que *la regla abstracta sobre los límites establecidos del riesgo permitido* (el anestésico prohibido cocaína es, en general, más peligroso que el permitido novocaína) *quiebra en el caso concreto, porque concurre una circunstancia especial* (la no reducción de la glándula timo linfática) que *equipara los riesgos* de la conducta prohibida y de la permitida (la novocaína habría sido igual de peligrosa para el bien jurídico lesionado que la cocaína realmente aplicada), el tercer –y último– grupo de casos, que ahora paso a estudiar, se caracteriza por que, a diferencia del primer grupo, *sí que concurre una circunstancia especial*, pero –y en esto se distingue del segundo– no se puede determinar con la *seguridad* con la que se ha llegado, por ejemplo, en el caso de la novocaína, si dicha circunstancia ha condicionado que la acción imprudente haya supuesto un riesgo mayor o igual que el que hubiera representado la acción ejecutada dentro de los márgenes del riesgo permitido.
4. A este tercer grupo de casos pertenece el caso del ciclista, en el cual concurre una circunstancia especial (la embriaguez del ciclista), en virtud de la cual no se puede establecer con seguridad si dicha circunstancia ha convertido o no en *igual de peligrosas* las acciones prohibida y permitida.

Como ya he descrito anteriormente, en el supuesto de hecho del auto del BGH 11, 1 ss. (de 25 de septiembre de 1957) –“tal vez la más famosa, pero, con seguridad, la resolución del BGH que ha sido comentada con más frecuencia”<sup>44</sup>– el conductor del camión adelantó a un ciclista con una distancia lateral de 75 cm. –en lugar de la reglamentaria de entre 1,5 y 2 m. prevista en Alemania y que coincide con la prescrita por nuestro Reglamento General de la Circulación (RGC)<sup>45</sup>–, cayendo aquél bajo las ruedas delanteras del remolque que estaba acoplado al camión, lo que le produjo la muerte instantánea. El ciclista tenía, en el momento del accidente, una tasa de alcohol en la sangre de 1,96 o/oo, como pudo verificarse por la correspondiente extracción que se le hizo al cadáver. En las distintas instancias alemanas que entendieron del caso se dio por probado que, “con una alta probabilidad”, el accidente mortal también se habría producido aunque el acusado se hubiera comportado conforme al deber. El BGH, como los restantes tribunales inferiores, llegó a esa conclusión “en coincidencia con la probabilidad afirmada por el perito de que el ciclista, al principio, no percibió el ruido del motor del camión y de que después, de repente, cuando se dio cuenta de ello, sufrió un intenso susto, reaccionó bruscamente, girando su bicicleta, de manera absolutamente desordenada e irrazonable, hacia la izquierda, un comportamiento que es característico de ciclistas fuertemente ebrios”.

*Roxin*, tras sus dudas iniciales<sup>46</sup>, mantiene que, en contra de lo acordado por el BGH, el conductor del camión debería haber sido condenado por un homicidio imprudente, “porque el límite máximo de riesgo tolerable se establece mediante la distancia legal de seguridad.

44 *Puppe*, Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung, ZJS 5/1998, p. 495.

45 El art. 85.4 RGC establece que “[c]uando se adelante fuera de poblado ... un vehículo de dos ruedas ... la separación lateral no será inferior a 1,50 metros”. La misma regla de “al menos 1,5 metros” es la que se establece en la reciente Ley de 2015 sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.

46 Cfr. supra nn. 15 y 16.

Cualquier aumento de ese riesgo hace caer las consecuencias sobre el autor”<sup>47</sup>.

5. Permítaseme, antes de tomar posición de una manera definitiva, volver un momento a la teoría de la evitabilidad: la objeción más grave –que no la única– que hay que formularle es la de que, para ella, quien fija el riesgo permitido no es el legislador –o las normas de la *lex artis* a las que éste se remite para interpretar qué es lo que debe entenderse por “diligencia debida”–, sino, a su propio arbitrio y conveniencia, el mismo autor del homicidio o de las lesiones imprudentes. Y así, en el caso del shock anafiláctico, en el que la enfermera administró una dosis de 0,4 cc., en lugar de la médicamente indicada de 0,05 cc., si variamos el supuesto de hecho de la sentencia de la AP de Salamanca en el sentido de que la dosis administrada hubiera sido mucho menor –pero también prohibida– de 0,1 cc., y con esta dosis se hubiera producido también la muerte de la niña, es obvio que la intolerancia del paciente en relación a la inyección de una vacuna que ya se aproxima –sólo la supera en 0,05 cc.– a la dosis permitida, puede hacer pensar que incluso con una cantidad de 0,05 cc. también se habría producido el desenlace letal, es decir: que la acción correcta *probablemente* habría producido el mismo resultado. Pero si, como quiere la teoría de la evitabilidad, en un caso así hubiera que propugnar la absolución de la enfermera, entonces el índice de peligro de producción del shock anafiláctico que el legislador –con remisión a la *lex artis*– estaba dispuesto a asumir, para obtener la ganancia de tratar al niño de su asma, sería enmendado y derogado por la propia autora y en su propio beneficio. Aquí lo decisivo, en contra de la teoría de la evitabilidad, no es que la acción correcta hubiera podido causar también, hipotéticamente, el mismo resultado, *sino que la acción correcta, por encerrar un menor riesgo de lesión, podría también –asimismo hipotéticamente– haberlo evitado*. Como no podemos reproducir, por ser objetivamente imposible, cuál habría sido el resultado de la acción correcta, no sabemos tampoco si

47 *Roxin*, AT I, 4ª ed., 2006, § 11 n. m. 89.

la muerte habría sobrevenido en cualquier caso, pero lo que sí sabemos es que, si se hubiera ejecutado, la paciente habría tenido más chances de sobrevivir, lo que constituye precisamente el sentido del riesgo permitido: someter al bien jurídico protegido –dado que, por definición, algún riesgo encierra siempre la acción correcta– a un menor peligro de lesión: no es posible determinar si la acción alternativa conforme a Derecho habría producido el mismo resultado, pero lo que sí que es fijo es que no habría sometido a la vida de la menor Sara al mismo riesgo de lesión que le ha hecho correr –materializándose, desgraciadamente en el resultado muerte– la acción imprudente y que, por consiguiente, con la acción correcta la niña *tal vez* habría salvado la vida de la que le privó el comportamiento infractor del deber.

Todavía sin movernos del Derecho penal médico, existe una objeción contra la teoría de la evitabilidad que *Roxin* formuló ya en su escrito pionero<sup>48</sup> y que, con toda razón, no ha cesado de repetir a lo largo de más de medio siglo: “Porque el legislador debe aferrarse a la obediencia la norma de cuidado también –y precisamente allí– donde su observancia incrementa claramente la chance de la conservación del bien jurídico, pero no la garantiza con absoluta seguridad. Cuando el cirujano, en una operación de riesgo médicamente indicada, provoca la muerte del paciente, a consecuencia, por ejemplo, de un grosero fallo técnico, según la opinión contraria [la de la teoría de la evitabilidad] debería quedar impune, porque no se podría excluir la posibilidad de un resultado mortal en una operación llevada a cabo conforme a la *lex artis*. Esto significaría una renuncia a cualquier exigencia del cuidado debido precisamente allí donde se exige un cuidado especialmente riguroso. La sentencia del BGH StrV 1994, 25, en cambio, absuelve de la causación de la muerte en un tratamiento médico incorrecto, si no es seguro que el paciente habría vivido más tiempo con un tratamiento efectuado conforme a la *lex artis*. Sin embargo, lo correcto es que,

48 ZStW 74 (1962), p. 434.

para una imputación del resultado, basta con que el fallo técnico haya incrementado el riesgo”<sup>49</sup>.

Contra esta argumentación de *Roxin* ha opuesto *Frisch*: “Quien estime inadecuada la consecuencia de la impunidad, en el campo de la imprudencia, en graves infracciones del deber –por ejemplo, en el comportamiento groseramente deficiente de un cirujano–, deberá buscar la solución fuera de los delitos de resultado; por ejemplo, en la penalización de determinados comportamientos groseramente deficientes. Lo que no es aceptable es tratar toda la imputación del resultado para poder aprehender tales casos puntuales”<sup>50</sup>. Y en el mismo sentido de *Frisch* se manifiesta *Jakobs*<sup>51</sup> cuando escribe: “Cuando la aplicación equivocada de un medicamento lesiona con seguridad, pero la correcta también lo hace en raros casos, no puede convencer la limitación de la responsabilidad a la responsabilidad por tentativa –lo que, en los delitos imprudentes significa ausencia de responsabilidad–. La solución correcta no reside, sin embargo, en la teoría del incremento del riesgo, sino en una ampliación de la responsabilidad de intentos peligrosos concretos en los casos de peligros masivos. Ello debe suceder mediante la creación de tipos especiales”.

Por consiguiente, lo que confirman tanto *Frisch* como *Jakobs* es que, según la teoría de la evitabilidad –y en oposición a lo que mantiene la teoría del incremento del riesgo–, habría que absolver al cirujano que, en una operación de alto riesgo ejecutada imprudentemente, causa la muerte del paciente, siempre que se

49 *Roxin*, AT I, 4ª ed., (2006), § 11 n. m. 91. V. también *Roxin*, ZStW 74 (1962), p. 422: “O, piénsese en la constelación –de importancia práctica– de que un médico, a consecuencia de un fallo técnico grosero, provoca la muerte del paciente. ¿Debería liberarse de toda responsabilidad con la indicación de que, teniendo en cuenta la dificultad del caso, de cualquier manera una operación llevada a cabo conforme a la *lex artis* posiblemente habría llevado también a la muerte? No creo que tal suposición sea sostenible. Porque, según ello, y como la mayoría de las operaciones no están ausentes de riesgo, podría prescindir confiadamente de todas las medidas de cuidado; difícilmente podría rebatirse la objeción de que, en cualquier caso, las cosas también podrían haber salido mal”.

50 *Frisch*, Tatbestandsmässiges Verhalten, 1998, p. 546.

51 *Jakobs*, AT, 2ª ed., 1991, 7/102. V. también *Feijoo*, La teoría, 2000, p. 41 n. 91.

pueda afirmar que lo mismo podría haber sucedido aunque la operación se hubiera ejecutado conforme a la *lex artis*. Pero, por lo que se refiere al Derecho vigente, esa solución absolutoria –en contradicción con la práctica generalizada de los tribunales y con el sentido (común) de la justicia– no debería de preocuparnos demasiado, así se nos dice, ya que sólo afecta a “casos puntuales”, afirmación de *Frisch* que debe ser rechazada: en primer lugar, porque, por muy pocas veces que se presenten, también los “casos puntuales” deben recibir una solución satisfactoria y, en segundo lugar, porque ni siquiera es cierto que esos casos de imprudencia quirúrgica sean puntuales, sino que, muy al contrario, están, desgraciadamente, a la orden del día, tal como pone de manifiesto un seguimiento, aunque sólo sea superficial, tanto de la jurisprudencia del TS como de los tribunales inferiores, sentencias en su mayoría condenatorias, sin más, por homicidios o lesiones imprudentes, *sin que los magistrados se suelan plantear –como tampoco lo hicieron los magistrados del caso del shock anafiláctico– la pregunta de qué es lo que habría sucedido con el compor-tamiento alternativo conforme a Derecho, ni si de la respuesta a esta pregunta debe depender la absolución o la condena del autor*. Como ni *Frisch* ni *Jakobs* parecen quedarse muy tranquilos con su solución de eximir de toda responsabilidad al cirujano imprudente que causa resultados lesivos, ambos proponen, de *lege ferenda*, la creación de tipos de peligro que sancionen las operaciones ejecutadas infringiendo la *lex artis*; pero tampoco esta segunda línea de defensa de la teoría de la evitabilidad puede convencer: en primer lugar, porque, aunque a consecuencia de esas intervenciones quirúrgicas contrarias a la *lex artis* se causaren muerte o lesiones de los pacientes, si en un futuro se introdujeran en los Códigos Penales esas modificaciones que proponen *Frisch* y *Jakobs*, el cirujano nunca respondería por esos resultados lesivos, sino sólo por un delito de peligro, y, en segundo lugar, porque, como el legislador no está ahí para salvar los pocos muebles que le quedan por salvar a la teoría de la evitabilidad, en ninguna parte existen movimientos de reforma legislativa dirigidos a crear tipos penales que sancionen –como delitos de peligro, que no de lesión– las intervenciones quirúrgicas imprudentes con resultados lesivos.

6. Frente a la teoría de la evitabilidad, y como vamos a ver a continuación, la del aumento del riesgo no sólo supera todas las objeciones que hemos dirigido contra aquélla en páginas anteriores, sino que está también en situación de fundamentar los resultados a los que llega, algo que nunca ha hecho la teoría de la evitabilidad, la cual, prescindiendo de afirmaciones apodícticas, jamás ha conseguido explicar satisfactoriamente cuál es la razón última por la que en los delitos imprudentes hay que exigir esa “misteriosa conexión de la infracción del deber”. Si, introduciendo una variante en la sentencia del BGH 11,1, el conductor del camión adelanta a un ciclista que se encontraba *sobrio, y no ebrio*, como en el supuesto de hecho de aquella sentencia alemana, efectuando la maniobra con una distancia antirreglamentaria de 0,75 m –en lugar de la permitida de 1,5– y le atropella y le mata, como esa maniobra encierra siempre un cierto peligro, nadie nos puede garantizar que, en el caso concreto, no se habría producido el mismo resultado, aunque la separación entre el camión y la bicicleta hubiera sido la correcta y aunque el ciclista no hubiera probado ni una gota de alcohol; y, no obstante esa inseguridad sobre lo que habría sucedido si se hubiera observado la distancia reglamentaria, la condena por un homicidio imprudente estaría plenamente justificada: en primer lugar, porque el conductor del camión habría sometido a la víctima a un riesgo de lesión *mayor* que el que hubiera corrido si se hubiera efectuado la maniobra reglamentariamente, *riesgo mayor* que se ha materializado, efectivamente, en la producción del resultado típico, siendo así que el Derecho penal está ahí para proteger bienes jurídicos, protección que, naturalmente, es más eficaz cuanto menor sea el peligro al que se somete a esos bienes jurídicos; y, en segundo lugar, porque lo decisivo no es, en contra de lo que cree la teoría de la evitabilidad, que con la acción correcta se podría haber producido el mismo resultado, sino que éste –en cuanto que las posibilidades de causación habrían sido menores- *se podría haber evitado*.

Cuando el legislador fija el riesgo permitido –bien directamente mediante normas penales o extrapenales, bien mediante una remisión a la correspondiente *lex artis*–, lo hace, obviamente, porque, *en*



*general*, la acción ejecutada con observancia del riesgo tolerado (la prudente) presenta menos peligros de lesión del bien jurídico que aquella otra que lo sobrepasa (la imprudente), fijándose los límites de ese riesgo permitido, tal como ya he expuesto anteriormente, después de una ponderación efectuada por el legislador que tiene en cuenta tanto el inconveniente de *permitir* una cierta amenaza de lesión, como los beneficios (sociales, económicos, industriales, médicos o puramente de esparcimiento, entre otros) que pueden reportar tales comportamientos arriesgados, comportamientos que sólo son penalmente lícitos si no se altera la relación: riesgo de lesión-beneficio concreto que se puede alcanzar con su ejecución. El único legitimado para llevar a cabo esa ponderación es el legislador y el autor de una conducta imprudente causante de un resultado lesivo ni está legitimado –ni es quien– para modificar los límites legales del riesgo permitido, apelando, tal como en el fondo hace la teoría de la evitabilidad, a que el resultado también se podría haber producido –*lo decisivo es que también se podría haber evitado*– con la acción correcta, para, de esta manera, alcanzar la impunidad.

Pero, como acabo de señalar, el establecimiento de los límites del riesgo permitido se hace de manera *abstracta*: por ejemplo, en el caso de la novocaína obviamente ésta presentaba, *en general*, un menor riesgo de provocar algún daño que la cocaína, y por ello la administración de aquélla estaba permitida, mientras que la de ésta suponía una infracción del deber de diligencia. Pero si, *debido a la concurrencia de una cir-cunstancia especial* –en el caso de la novocaína, debido a la no reducción en el paciente de la cláusula timo linfática–, se llega a la conclusión de que, *excepcionalmente*, el peligro de lesión era *idéntico*, independientemente de que se hubiera inyectado el anestésico prohibido o el que exigía la *lex artis*, entonces desaparecen las bases de la ponderación que, con remisión a la *lex artis*, ha efectuado de *manera genérica* el legislador, porque, si la administración de la novocaína encierra un peligro de lesión igual al de la cocaína, *entonces desaparece el motivo que ha llevado a la prohibición de aplicar este producto*, ya que la razón de esa prohibición –la del mayor peligro– deja de tener vigencia en el caso concreto: el

motivo de la prohibición era evitar un riesgo mayor al permitido, pero si, con la administración (imprudente) de la cocaína, ese riesgo, por las circunstancias del caso concreto, no se ha superado, entonces el autor tampoco ha sometido la vida del paciente a un peligro mayor del que el legislador estaba ya dispuesto a asumir como legítimo, o, con otras palabras: porque, aunque sea por casualidad, la acción imprudente, paradójica y excepcionalmente, no ha sobrepasado el riesgo permitido y, como no la ha sobrepasado, debe considerarse también permitida.

7. En defensa de su teoría, *Roxin*<sup>52</sup> alega también que, si la acción imprudente ha creado un riesgo igual al que hubiera generado la correcta, entonces la punición de aquélla –y la impunidad de ésta– desembocaría en un *versari in re illicita*. Pero este ulterior argumento a favor de la teoría del aumento del riesgo no me parece decisivo, porque la razón (mejor, la sinrazón) del *versari in re illicita*<sup>53</sup> reside en hacer responsable al autor, cuando la acción inicial fue ilícita, aunque el resultado se haya causado *sin dolo ni imprudencia*. Y que, por ejemplo en el caso de la novocaína, fue imprudente la administración de la cocaína causante de la muerte del paciente, no admite discusión: de lo que se trata precisamente es de argumentar por qué, *a pesar de ser imprudente*, no obstante, y como acertadamente fundamenta la teoría del aumento del riesgo, no hay responsabilidad penal.
8. Anteriormente (supra VII 1) ya se ha rebatido la objeción dirigida por la teoría de la evitabilidad contra la del aumento del riesgo de que ésta convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro. Pero aquélla ha formulado contra ésta una segunda objeción (supra VII 2) sobre cuya solidez aún no me he pronunciado: la de que infringe, además, el principio in dubio pro reo.

Esta segunda objeción carece de fuerza de convicción cuando se formula en relación con el primer grupo de casos que hemos descrito

52 Cfr. ZStW 74 (1962), p. 432.

53 Sobre el contenido del *versari in re illicita* y, en general, de la responsabilidad por el resultado, cfr. *Gimbernat*, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, 1966 (2007), pp. 179 ss.

supra 3 a), es decir: en aquellos casos en los que “tomando en consideración todas las circunstancias, se llega a la conclusión de que las razones que, *en abstracto*, llevaron al establecimiento de los límites del riesgo permitido –mayor peligro de la acción que lo rebasa que no de la que se mantiene dentro de sus márgenes– se reproducen y concurren también en el caso concreto”, grupo de casos del que hemos puesto como ejemplo el del shock anafiláctico. Como en ese supuesto no existe ninguna circunstancia que permita poner en cuestión que la inyección imprudente de 0,4 cc. de dosis vacunal suponía un peligro mayor de desarrollo del shock que la médicamente indicada de 0,05, es decir: como el mayor riesgo de lesión de la dosis prohibida, frente a la permitida, fue el que llevó al legislador –con remisión a la *lex artis*– a establecer, de manera general, los límites del riesgo permitido, y como esos límites establecidos de manera abstracta siguen teniendo vigencia en el caso concreto –la víctima habría tenido más posibilidades de supervivencia si se le hubiera administrado la dosis correcta– no existe motivo alguno para no calificar la conducta de la enfermera de un homicidio imprudente.

La única duda que existe es la de si la menor pudiera haber fallecido también con el comportamiento alternativo conforme a Derecho de habersele administrado la dosis correcta de 0,05 cc.; pero esa duda, por mucho que lo sea para la teoría de la evitabilidad, es jurídicopenalmente irrelevante para la teoría del aumento del riesgo: para ésta, lo único determinante es si, en el caso concreto, la dosis imprudente sobrepasó los límites del peligro (permitido) y como, en efecto, los sobrepasó, *no existe incertidumbre alguna* sobre la circunstancia de que ha concurrido un incremento del peligro, que es precisamente el criterio del que la doctrina del aumento del riesgo hace depender la responsabilidad del autor. Con otras palabras: En este primer grupo de casos (del que puede servir de ejemplo el del shock anafiláctico) la teoría del aumento del riesgo, cuando llega a la conclusión de que el autor debe responder por un homicidio imprudente, no incurre en infracción alguna del principio *in dubio pro reo*, ya que –si bien no sabemos si la acción correcta, probable o posiblemente, podría haber producido el

mismo resultado— *de lo que no existe duda alguna* es de que, con la imprudente, se ha incrementado el riesgo (permitido) de lesión y de que ese riesgo incrementado (generado por el autor) ha desembocado efectivamente en la producción del resultado típico.

Por consiguiente y resumiendo: Cuando la teoría de la evitabilidad objeta a la del aumento del riesgo que la aplicación de ésta supone una infracción del *in dubio pro reo*, lo hace sobre la base de querer imponer a esta última su propia concepción del delito imprudente, desconociendo, con ello, que la teoría del aumento del riesgo parte de una concepción distinta de la de aquélla. Para la teoría de la evitabilidad, la mera posibilidad de que el comportamiento correcto pudiera haber causado el mismo resultado que provocó el comportamiento imprudente excluye la imputación objetiva del resultado al causante negligente del mismo. Pero, como ya he indicado, esta concepción no puede ser correcta, porque entonces, y como con el riesgo permitido *siempre* se puede producir el mismo resultado que con el prohibido (por definición, ambos encierran un riesgo —si bien de diversa magnitud— de lesión), *nunca* se podrá castigar la acción imprudente que, por encima del riesgo permitido, causa un resultado típico.

La teoría del aumento del riesgo, en cambio, *niega toda relevancia a la circunstancia de que, hipotéticamente, la acción correcta también podría haber causado el mismo resultado*; y, como lo niega, no es que afirme que, aunque exista una duda, hay que partir, en contra del reo, de que esa acción correcta no habría causado el mismo resultado: lo que afirma es que, aunque tal vez también podría haberlo causado, ello no modificaría en nada —no excluiría— la imputación objetiva del resultado al causante imprudente de aquél, siempre y cuando *conste* que, en el caso concreto, la acción correcta no ejecutada representaba un riesgo menor (justamente, el permitido) de provocar el resultado lesivo efectivamente causado por el imprudente.

Frente al primer grupo de casos, como el del shock anafiláctico, que acabamos de examinar, y respecto del cual creo haber demostrado que la teoría del aumento del riesgo no incurre en ninguna infracción del

principio in dubio pro reo, y frente al segundo grupo [supra 3 b)], en el que está acreditado *con seguridad*, tal como sucede en el de la novocaína, que, en virtud de la concurrencia de una circunstancia especial –la no reducción de la glándula timo linfática del paciente–, tanto la acción correcta como la imprudente habrían producido el mismo resultado, lo que excluye igualmente que pueda haber vulneración de aquel principio –porque existe *certeza* de lo que habría sucedido si se hubiera ejecutado el comportamiento conforme a Derecho–, en este trabajo he construido un tercer grupo [supra 3 c)], del que puede servir como ejemplo el del ciclista, caracterizado por que, a diferencia del primer grupo, *sí que concurre una circunstancia especial*, pero –y en esto se distingue del segundo– no se puede determinar con la *seguridad* con la que se ha llegado en el caso de la novocaína, si dicha circunstancia ha condicionado que la acción imprudente haya supuesto un riesgo mayor o igual que el que hubiera representado la acción ejecutada dentro de los márgenes del riesgo permitido.

9. Y es en este tercer grupo de casos donde la teoría del incremento del riesgo necesita, efectivamente, una corrección. Ciertamente que, en el caso del ciclista, *si éste no se hubiera encontrado ebrio*, y se le hubiera adelantado con una distancia antirreglamentaria de 0,75 m., siendo atropellado y muerto por el camión conducido por el autor, no se podría haber excluido que, con un adelantamiento con la distancia reglamentaria de 1,5 m –y porque esa maniobra también encierra un cierto peligro–, no se hubiera podido producir el mismo resultado. Pero, como ya he repetido, para la teoría del aumento del riesgo ello no varía en nada la calificación de la conducta como un homicidio imprudente, porque la conducta antirreglamentaria ha supuesto un peligro mayor de lesión que la correcta y porque lo que el Derecho penal persigue es no someter a los bienes jurídicos a un riesgo superior (del permitido) del que es estrictamente necesario.

Lo que sucede es que en el caso de la sentencia del BGH 11,1 *concorre una circunstancia especial*, a saber: la embriaguez de aquél, *que hace surgir la duda de si, en ese caso concreto, el adelantamiento antirreglamen-*

*tario creó un riesgo mayor de producción del resultado que el que habría corrido la víctima si, mediante un adelantamiento no infractor del deber, se hubiera observado el riesgo permitido.* Ciertamente que este supuesto no es como el de la novocaína, donde la concurrencia de una circunstancia especial (no reducción de la glándula timo linfática) permite determinar *con seguridad* el no aumento del riesgo permitido de la acción imprudente frente a la correcta, pero tampoco lo es como el del shock anafiláctico, donde se reproducen en el caso concreto las razones que, en abstracto, llevaron a concluir que cualquier dosis que excediera del 0,05 de la vacuna rebasaba el riesgo permitido.

En el caso del ciclista, en cambio, y según se expone en el dictamen pericial, “el ciclista, al principio, no percibió el ruido del motor del camión y ... después, de repente, cuando se dio cuenta de ello, sufrió un intenso susto, reaccionó bruscamente, girando su bicicleta, de manera absolutamente desordenada e irrazonable, hacia la izquierda, *un comportamiento que es característico de ciclistas fuertemente ebrios*” (curсивas añadidas). De ese dictamen, por consiguiente, no sólo se deduce que el atropello también se podría haber producido si el conductor del camión hubiera guardado la distancia correcta —esa posibilidad, irrelevante para la teoría del aumento del riesgo, habría existido también aunque en ciclista se hubiera encontrado sobrio—, sino lo que hay que poner en cuestión es si, efectivamente, el adelantamiento (imprudente) guardando una distancia de sólo 0.75 m. aumentó, frente a la acción correcta (separación entre el camión y la bicicleta de 1,5 m.) el riesgo (permitido) de producción del resultado. Porque si, como establece el perito, los conductores fuertemente ebrios sólo perciben el ruido del motor en el momento del adelantamiento, lo que genera en ellos una reacción de pánico que les lleva a girar la bicicleta, desordenada e irrazonablemente, hacia la izquierda esto es: hacia el vehículo que está efectuando la maniobra de adelantamiento, entonces surge la duda de si fue *indiferente* para la producción del resultado la menor (imprudente) o mayor (reglamentaria) distancia con la que se hubiera adelantado al ciclista, es decir: surge la duda de si las razones que han llevado al legislador a establecer, *de manera general*, que en los adelantamientos de ciclistas

se debe guardar una distancia de 1,5 m. –porque, si ésta se guarda, existe un *riesgo menor* de accidentalidad que si se observa una separación inferior– sigue teniendo vigencia *en este caso concreto, en el que concurre la circunstancia especial de la embriaguez del ciclista* y, por ello, y dada la tendencia de ciclistas en tales condiciones (condiciones que obviamente también influyen sobre sus posibilidades de mantener el equilibrio) a dirigir su vehículo hacia la izquierda, ante el susto repentino que les provoca el ruido del motor, no antes, sino precisamente en el momento del adelantamiento, aquél, sí o sí, habría acabado bajo las ruedas del remolque del camión. Ciertamente que, como escribe *Roxin*, que en este caso se inclina por la condena del camionero por un homicidio imprudente, “el límite máximo de riesgo tolerable se establece mediante la distancia legal de seguridad” y que “cualquier aumento de ese riesgo hace caer las consecuencias sobre el autor”<sup>54</sup>; pero este es el riesgo permitido que se establece en abstracto *para la generalidad de los casos*, de la misma manera que, para la generalidad de los casos también, el límite máximo de riesgo tolerable se había establecido, en el caso de la novocaína, en la administración de este anestésico, rechazándose el de la cocaína que, en abstracto, significaba un riesgo mayor que el encerrado en la novocaína de que pudiera sobrevenir un “incidente de narcosis”. Sin embargo, y así como, en concreto, la concurrencia de la circunstancia especial de la no reducción de la glándula timo linfática en el paciente altera los datos sobre los que se ha basado la ponderación genérica del riesgo permitido de que la cocaína es más peligrosa que la (médicamente indicada) novocaína, así también, en el caso del ciclista, y debido a otra circunstancia especial (en este caso, a la intensa embriaguez del ciclista), no con la *certeza* del caso de la novocaína, pero sí con una *duda razonable*, si hemos de creer el dictamen del perito, no se puede descartar que el adelantamiento antirreglamentario no haya supuesto un *peligro igual* de atropello del ciclista que el que hubiera corrido si en esa maniobra se hubiera guardado la distancia debida, es decir: que existe la duda

54 AT I, 4ª ed., 2006, § 11 n. m. 89.

razonable de si dicho adelantamiento guardando una separación de 0,75 m. ha incrementado el riesgo (permitido) de lesión que el legislador ha fijado en 1,5 m. Y, como concurre esa incertidumbre de si ese adelantamiento antirreglamentario ha incrementado o no el riesgo permitido que el legislador ha asumido como tolerable, en la duda hay que suponer lo más favorable para el reo, o sea: que no lo ha incrementado, lo que debe llevar a la absolución del conductor del camión por un homicidio imprudente, en cuanto que no aparece con la claridad necesaria que la acción incorrecta haya supuesto, frente a la correcta, un incremento del riesgo de lesión.

## IX. CONCLUSIONES

1. Salvo supuestos excepcionales, como el caso de la novocaína, en el que científiconaturalmente se pudo comprobar que también la aplicación de la médicamente indicada novocaína habría producido el mismo resultado letal que la negligentemente aplicada cocaína, en la práctica totalidad de los supuestos es imposible determinar si la acción correcta habría conducido al mismo resultado que causó la imprudente.
2. Contra la teoría de la evitabilidad, al defender la absolución del autor imprudente siempre que la acción correcta, con un mayor o menor grado de probabilidad o posibilidad, hubiera podido producir el mismo resultado que el efectivamente causado por la que no observó la diligencia debida, hay que oponer, además de otras objeciones ya desarrolladas supra VI, que convierte en papel mojado los límites del riesgo permitido establecidos, bien directamente por el legislador, bien indirectamente –mediante su remisión a la *lex artis*–, exculpando al autor también en aquellos casos en que los ha sobrepasado, desconociendo que lo decisivo no es que la acción correcta también podría haber producido el mismo resultado típico, sino que –en cuanto que encerraba un menor riesgo de lesión, justamente el que se había generado si se hubiera mantenido dentro de los límites del peligro permitido– *podría haberlo evitado*.



3. La teoría correcta es la del aumento del riesgo, porque sólo propone la absolución en aquellos casos en los que se puede acreditar que el principio abstracto de que la acción que rebasa el riesgo permitido supone un mayor peligro de lesión que la que se mantiene dentro del mismo, *y debido a la concurrencia de una circunstancia especial* –por ejemplo, a la *reducción de la glándula tímica linfática del paciente en el caso de la novocaina*–, *quiebra en el caso concreto*, ya que, si la acción imprudente no ha generado un riesgo de lesión superior al permitido, desaparece el motivo por el cual el legislador tomó la decisión de prohibir la conducta *formalmente* imprudente. En el caso de que *también concurra una circunstancia especial* –como, por ejemplo, la embriaguez del ciclista en el supuesto de hecho del auto del BGH 11, 1 ss.–, y, como consecuencia de ello, surja la duda de si, en concreto, la acción imprudente aumentó el riesgo permitido de lesión, habrá que estimar, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo más favorable para el autor, esto es: que no lo aumentó.
  
4. Ciertamente, que si se defiende, como se hace aquí, la teoría del aumento del riesgo, *sólo en muy pocos casos será posible la absolución del autor imprudente*, a saber: cuando consta que –o cuando se duda de si– la acción imprudente no encerraba un riesgo de lesión superior al permitido. Que según Arthur *Kaufmann*<sup>55</sup>, la teoría del incremento del riesgo conduce a “una altamente insatisfactoria extensión de la punibilidad” y que ésto sea un “inconveniente”, es una opinión tan respetable como equivocada, a la que hay que oponer: la teoría de la evitabilidad sin más, pero mucho más aún si se la desarrolla consecuentemente, es decir: aplicando el *in dubio pro reo*, es, en realidad, la “insatisfactoria” y la “inconveniente”, en cuanto que legitima –no sancionándola penalmente– la no observancia del riesgo permitido y en cuanto que, con ello, hace tabla rasa de la ponderación de intereses llevada a cabo por el legislador al establecer los límites de aquél, y para muestra basta un botón: debería llevar a la absolución de la enfermera en el caso del shock anafiláctico.

55 V. supra n. 32.

# ¿TIENE UN FUTURO LA DÓGMATICA JURIDICOPENAL?

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid*

## I.

1. Recientemente Richard Schmid ha calificado de “funesto que en Alemania “lo penal se entendiera casi exclusivamente como tarea jurídica y que como tal fuera también cultivado”<sup>1</sup>. “La acción criminal”, continúa Schmid<sup>2</sup> “era un problema jurídico de subsunción; y de acuerdo con ello se formó, seleccionó y aleccionó al personal de la justicia penal. Floreció la ciencia del Derecho penal. El delito no era un problema humano, no era un problema político, sino un problema jurídico... En lugar de volverse hacia el hombre criminal, en Alemania –a diferencia de lo que sucedió en la mayoría de los restantes Estados civilizados– la disciplina del Derecho penal se cultivó *l’art pour l’art*, por así decir, siendo elaborada con toda clase de sutilezas jurídicas. Entretanto, los característicos efectos protectores del Derecho penal en un Estado de Derecho, al convertirse en evidentes, habían perdido relevancia; en otras partes, el hombre criminal se había convertido en el principal problema científico y político; pero entre nosotros de ello apenas se ocupaba la justicia penal oficial ni la doctrina universitaria. De las

1 Prólogo en *Kritik der Strafrechtsreform* (editado por Carl Nidemann), Frankfurt am Main, 1968, pág. 8.

2 Op. cit., págs. 8-9 (subrayado en el texto original). Cfr. También Sessar: Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft, ZStW 81 (1969), páginas 382 y sigs.

acciones criminales se destilaban las distintas opiniones doctrinales, teorías y definiciones que tenían que ser aprendidas de memoria por los futuros jueces, fiscales y defensores. A la justicia penal no le importaba el efecto de la pena sobre el delincuente. Detrás de esta artística fachada jurídica se escondía la misma oposición al progreso y al cambio que hicieron que la burguesía y el funcionariado alemanes acabaran por aliarse con el nacionalsocialismo del que esperaban que conservara lo existente, fortaleciera el ejercicio estatal del poder y se alejara del ‘falso humanitarismo’.”

En referencia al problema de la culpabilidad escribe Richard Schmid: “Surgió una nueva ciencia para la que se sintió la necesidad de crear cátedras e institutos, la llamada Criminología, la cual, en cuanto que es ciencia, es la ciencia de las causas de la criminalidad. Una criminalidad que tiene causas y una constatación de la culpabilidad son incompatibles, si es que el concepto de causa ha de tener un sentido. Aunque se considere posible, para salvar el concepto de la culpabilidad, que entre las causas del delito figura una colocada por el mismo autor con su mala voluntad una causa impropia, con la que se abandona ya la categoría de causa y, en general la ciencia seguirá siendo difícil, es más: imposible, llegar a penetrar en la amalgama de causas propias a impropias. Ello sería preciso, sin embargo, para poder medir o calibrar la culpabilidad. Cualquiera que se ocupe con intensidad de hombres criminales –con mayor intensidad de la que le suele ser posible a un juez penal– llega a un punto en el que se le impone, de repente, el conocimiento de un encadenamiento causal, o, si se quiere, de un encadenamiento fatal. Ello sucede precisamente en los hechos atroces, incomprensibles para el normal sentimiento humano”<sup>3</sup>.

Nedelmann opina<sup>4</sup> que las tendencias dominantes en la actual ciencia del Derecho penal “se aferran a la pura teoría, dirigiéndose contra toda ciencia que no esté basada en ella, sino en la experiencia.

3 Richard Schmid: op. cit., pág. 10.

4 Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem Dogma des Strafprinzips, en: Kritik der Strafrechtsreform, Frankfurt am Main, 1968, págs. 21-22.

Rechazan la psicología con la misma decisión con que descuidan la Criminología que, casi siempre, se halla en sus manos”. Porque pone en duda la existencia de la culpabilidad y la justificación de la pena (justificación que la ciencia penal deriva de la culpabilidad), Nedelmann habla de la “base irracional del Derecho penal y de la ciencia del Derecho penal”<sup>5</sup>: es preciso “que la ciencia del Derecho penal haga saltar su irracionalidad parcial y se convierta en una ciencia de las circunstancias sociales, o –si no lo consigue– pierda su influencia en la regulación de la protección de bienes jurídicos a favor de ciencias más ajustadas a la realidad”<sup>6</sup>.

Hochheimer se adhiere recientemente a la exigencia de Reinwald y de Forel de suprimir el Derecho penal<sup>7</sup>: “Una Sociedad ‘punitiva’ ha de ser considerada un anacronismo. Pues con sus irracionalismos excluye el progreso humanitario”<sup>8</sup>.

2. Con estas pocas citas de los últimos tiempos he querido llamar la atención sobre el hecho de que en amplios círculos de Alemania han caído en descrédito la culpabilidad, la pena, el Derecho penal y naturalmente también, como consecuencia, la ciencia del Derecho penal. Nos encontramos con una, por así decir, “teoría del dominó”: la crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin pena no puede haber Derecho penal, y sin éste tampoco una ciencia del Derecho penal en sentido tradicional<sup>9</sup>.

5 Op. cit., pág. 23.

6 Nedelmann: op. cit., pág. 25.

7 Cfr. Hochheimer: Zur Psychologie der strafenden Gesellschaft, Kritische Justiz, 1969, pág. 41. En un cartel colocado en la planta baja del Pabellón II de la Universidad de Freiburg i. Br. podía leerse, el 27 de junio de 1969, la siguiente tesis: “La culpabilidad sólo es aprehensible psicoanalítica, no metafísicamente”; tesis ulteriormente desarrollada en un escrito elaborado por el grupo estudiantil de base “Derecho” de la Universidad de Freiburg i. Br., en el cual, sobre el fundamento de “un psicoanálisis marxista”, se exige la supresión de “la pena y, con ello, de toda ejecución de la pena”.

8 Hochmeir: op. cit., pág. 49.

9 “Caso de que el hombre esté dominado tan sólo por leyes causales..., sería irrealizable un Derecho penal un Derecho penal en pleno sentido de la palabra, en el sentido clásico de Derecho penal de la culpabilidad” (Hilde Kaufmann: ¿Qué deja en pie la Criminología del Derecho Penal?, traducción de C. M. Landecho, ADPCP, 1963, pág. 236).

Es curioso que a la ciencia del Derecho penal no le sea extraña la argumentación que se sigue en esta “teoría del dominó”, en este desmoronamiento en cadena que lleva finalmente al derribo de la ciencia del Derecho penal. Pues esta ciencia ha subrayado siempre que la culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena, entendiéndose por culpabilidad el reproche que se le hace al autor porque “se ha decidido por el mal, a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del Derechos”<sup>10</sup>.

Por tanto, los actuales críticos del Derecho penal están de acuerdo con la mayoría de los dogmáticos penales en la cuestión de que el Derecho penal sólo encuentra justificación sobre la base del libre albedrío. Las opiniones únicamente se dividen en la actitud frente al problema de la libertad de decisión del hombre; pero cuando se rechaza el Derecho penal en base a la postulada indemostrabilidad o inexistencia del libre albedrío, se está no obstante poniendo de manifiesto, en definitiva, una coincidencia con la tesis fundamental de la doctrina dominante en la ciencia jurídicopenal de que solo es imaginable y posible un Derecho penal de la culpabilidad.

De nuevo estamos asistiendo, por consiguiente, a la venerable polémica –enriquecida ahora por los conocimientos de la nueva sociología y del psicoanálisis (cuyas tesis centrales encuentran una aceptación cada vez más amplia)– entre la dirección “moderna” (o “positivista”) y la “clásica”, entre partidarios del libre albedrío y del determinismo, entre los que cultivan la dogmática jurídicopenal y los que quisieran ver al Derecho penal desplazado por la Criminología. Que esta polémica se desarrolle precisamente en Alemania, un país donde la dogmática jurídicopenal ha alcanzado un extraordinario grado de desarrollo, da que pensar.

En lo que sigue me propongo, fundamentalmente, dos cosas: Investigar hasta qué punto la existencia del Derecho penal depende del principio de culpabilidad y, una vez decidida esta cuestión, examinar cuál es el papel que le corresponde desempeñar a la dogmática jurídicopenal.

---

10 Maurach: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 3a. ed., Karlsruhe, 1965, § 30, I, 2, pág. 299 (hay traducción española de Córdoba de la 2a. edición de la obra).

## II.

1. A menudo se tiene la impresión de que hay algo de desesperado en el modo en que los juristas se aferran al principio de culpabilidad. Por ejemplo: Confesar abiertamente que es irracional admitir la existencia del libre albedrío y, no obstante, decreciese a favor de él<sup>11</sup>, supone trasladarse a un plano donde queda excluida, de antemano, cualquier posibilidad de discusión y de argumentación. Y, sin embargo, la huida a la irracionalidad es hasta cierto punto explicable si se tienen en cuenta las negras tintas con que se presenta la imagen de un Derecho penal no basado en el libre albedrío: sería éste un Derecho penal, así se dice, en el que no tendría vigencia el principio de culpabilidad<sup>12</sup>, en el que

11 Quien afirme que la culpabilidad no puede nunca ser constatada con seguridad, dice Arthur Kaufman (*Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, JZ, 1967, pág. 560; *Programm für ein neues Strafgesetzbuch* editado por Baumann, Frankfurt am Main y Hamburgo, 1968, pág. 74), tiene toda la razón... En nuestro mundo tenemos que conformarnos con la provisionalidad e inseguridad de nuestro conocimiento. Por ello en nuestro mundo queda siempre la aventura de la decisión. Pues nuestro mundo es un mundo de hombres Véase también *Fundamentación del Proyecto de Código Penal alemán de 1962*, pág. 96 (“El Proyecto se declara a favor el Derecho penal de la culpabilidad. Esto significa que la pena, que contiene un juicio moral de desvalor sobre el comportamiento humano y que siempre será estimada así, sólo debe ser impuesta, por principio, cuando al delincuente se le puede reprochar moralmente su actuación. Querer castigar sin este reproche de culpabilidad sería falsificar el sentido de la pena y hacer de ella una medida moralmente insípida de la que se podría abusar para fines políticos. El Derecho penal de la culpabilidad presupone, por supuesto, que existe culpabilidad humana, que ésta puede ser constatada y calibrada. El Proyecto se declara a favor de estos presupuestos”). y Mangakis: *über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit*, ZStW 75 (1963), págs. 123-124. Cfr., finalmente, Schwarz/Dreier: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen* 30. ed., Munich, 1968, pág. 61, quienes hablan del “sentido irracional” de la pena.

12 Hay que amar la atención sobre el doble significado del principio de la culpabilidad: con él se quiere decir, por una parte, que no se debe imponer una pena si el autor no ha cometido su hecho antijurídico en base a una libre decisión de voluntad; por “principio de culpabilidad” se entiende también, por otra parte, la exclusión de la responsabilidad por el resultado, o sea: la exclusión de la punibilidad cuando el resultado típico causado por el autor no era previsible. Al aludirse con una misma expresión (“principio de culpabilidad a dos cosas distintas se corre el peligro de vincular inseparablemente ambos significados y de deducir que un Derecho penal basado en el determinismo tiene que ser

-como la pena no tendría por base la culpabilidad, sino la peligrosidad del agente- podrían imponerse los más severos castigos por delitos de poca importancia ejecutados por un autor con tendencia de delinquir y quedar impunes crímenes de la mayor gravedad con tal de que los hubiesen cometido delincuentes con una prognosis favorable<sup>13</sup>; sería, en fin un Derecho penal basado en una idea “que, en definitiva, solo puede ser realizada por un Estado autoritario y que en su desarrollo consecuente lleva al ilimitado Derecho de prevención del Estado autoritario y al desprecio de la dignidad humana”<sup>14</sup>.

Esta actitud en la que se ha colocado la mayoría de los representantes de la ciencia del Derecho penal es, a la larga, insostenible. Insostenible porque no se puede profesar el “principio de culpabilidad oponiéndose, así, a los resultados de ciencias como la psicología y el psicoanálisis dedicados precisamente a estudiar las motivaciones del comportamiento humano, y pensar –o confiaren que esas ramas del saber– van a abstenerse de intervenir, tolerando que los juristas hagan profesiones de fe sobre una cuestión en que los especialistas piensan de manera muy distinta, a saber, de esta manera: Aunque en abstracto existiera el libre albedrío<sup>15</sup>, lo que en cualquier caso es

---

también necesariamente un Derecho penal que admite la responsabilidad por el resultado. En la Fundamentación del Proyecto de Código Penal alemán de 1962 se incurre en este equívoco cuando se afirma (pág. 97): “Una consecuencia del Derecho penal de la culpabilidad (sc. del Derecho penal basado en el libre albedrío) es, además, que los efectos inculpables (sc. imprevisibles) del hecho punible no deben dar motivo a una agravación de la pena.” Tampoco Maurach: *Strafrecht AT*, 1965, § 35 A, pág. 352, quien deriva del libre albedrío la exclusión de la responsabilidad por el resultado, ni Roxin: *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, *JuS*, 1966, pág. 384, distinguen suficientemente entre ambos significados del principio de culpabilidad.

- 13 Cfr. Welzel: *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 10 ed., Berlín, 1967, págs. 235-236.
- 14 Maurach: *Deutsches Strafrecht AT*, 1965; § 6 TI D 3, pág. 60. Véase también, en el mismo sentido, Arthur Kaufmann: “No existe Derecho penal más liberal que un consecuente Derechos penal de la culpabilidad” (*JZ*, 1967, pág. 559; *Programm für ein neues Strafgesetzbuch 1968*, página 71).
- 15 Cfr., por ejemplo, Schorcher: *Zum Streit um die Willensfreiheit*, *ZStW* 77 (1965), pág. 242: “A favor de la autodeterminación libre, autorresponsable y moral del hombre, esto es: a favor del libre albedrío o del indeterminismo, no existe ninguna prueba concluyente.

imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito<sup>16</sup>: si un psicoanalista contando con el constante esfuerzo del paciente por colaborar y por superar sus inhibiciones y después de largos años de tratamiento psicoterapéutico, solo aproximada e inseguramente puede llegar a constatar, sobre la base de hipotéticas explicaciones que nunca encuentran confirmación absoluta, qué peso tienen y cuáles son los factores que determinan el comportamiento del analizado, ¿cómo va a poderlo conseguir el no especialista (el juez) en el tiempo muchísimo más limitado de que dispone? La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto: un hombre –con sus siempre limitados conocimientos– no puede juzgar a otro hombre<sup>17</sup>). Pretender fundar el Derecho penal en el (por lo menos respecto de cada delincuente concreto) indemostrable libre albedrío es, pues, una

Por el contrario, todas las experiencias científiconaturales, incluyendo las de la psicología y las de la psicología profunda, hablan en contra.”

- 16 Véase Goeppinger: *Die gegenwärtige Situation der Kriminologie*, Tübingen 1964, págs. 21 y 22: El penalista tiene que “ver cómo se las arregla con el hecho de que la culpabilidad de una persona no es empíricamente demostrable Cfr. también Engisch: *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophische Doktrin der Gegenwart*, 1a/ 2a eds., Berlín, 1963/1965, págs. 23/24: “Pero para examinar experimentalmente si una persona individual, que se hallaba en una determinada situación de acción, hubiera podido actuar de otra manera a como realmente lo ha hecho, sería preciso volver a colocar a aquella persona -como exactamente la misma individualidad- en la misma situación concreta, y observar, entonces, si alguna vez se produce un comportamiento distinto del que se produjo en el caso que ha dado origen al examen. Pero tales experimentos no ofrecen perspectivas de éxito en el sector ético y juridicopenalmente relevante de la vida espiritual humana superior, pues el hombre, en especial el hombre imputable que es el que ahora nos interesa -y en amplia medida también el inimputable-, dispone de memoria, y, por ello, en una situación posterior tiene el recuerdo de la situación anterior, del hecho anterior y de sus consecuencias, de las repercusiones espirituales, y en base a ello es ahora una persona distinta de la que antes fue. Con otras palabras: No es posible crear el presupuesto, necesario para nuestro experimento, de que se trate de la misma persona en la misma situación. De ahí que el experimento no pueda realizarse con éxito y que no pueda responderse en ese sentido exacto a la cuestión del haber-podido-actuar-de-otra-manera. Tenemos que adherirnos a Nowakowsky cuando dice: ‘La polémica sobre el libre albedrío no puede ser decidida científico-ontológicamente’”.
- 17 “Es inimaginable una sentencia judicial capaz de tener en cuenta hasta el último de todos los elementos que han influido en la formación de la voluntad del autor (Jescheck: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlín, 1969, pág. 270).



batalla perdida de antemano; librarla, a pesar de todo, sólo puede tener como resultado aumentar la irritación de los científicos empíricos; pues es simplemente una provocación que los juristas, en materias en las que no son especialistas, pretendan darles lecciones a los que sí lo son, o rechazar cualquier clase de diálogo con ellos decidiéndose “irracionalmente” (esto es: en una esfera no accesible a la argumentación) a favor del libre albedrío<sup>18</sup>.

La actitud referida, insostenible en sus bases, desemboca además, en una alternativa de graves consecuencias: es el caos lo que anuncian los partidarios del Derecho penal basado en el libre albedrío si éste deja de ser el fundamento de la pena; es decir: un Derecho penal que tenga en cuenta los conocimientos de las ciencias empíricas que acepte, pues, que no es posible pronunciar a ningún humano un juicio de culpabilidad sobre el hecho antijurídico de otra persona, tiene que ser, eso se pronostica<sup>19</sup>, un Derecho cruel, que no respete la dignidad del hombre, apto para ser instrumento de ideologías totalitarias, arbitrario al imponer penas sobre la única base de la peligrosidad del delincuente.

Pero es más que dudoso que el planteamiento de esta alternativa sea correcto. Se puede negar la posibilidad de demostrar la libertad de decisión en el caso concreto y, no obstante, afirmar la dignidad de la persona y la idea del Estado liberal del Derecho; dos juristas de lengua alemana pueden servir de ejemplo personal de que lo uno no es incompatible con lo otro: v.

18 Recientemente escribe Jescheck: “Por ello, el reproche de culpabilidad contra el individuo sólo es posible formularlo así: El autor, en la situación en la que se encontraba, habría podido actuar de otra manera, en el sentido de que, según nuestra experiencia de las personas, otro en su lugar, aplicando la fuerza de voluntad que posiblemente le haya faltado al autor, habría actuado de otra manera en la concreta situación. Pero la cuestión de si el acusado habría podido aportar la necesaria fuerza de voluntad y de qué modo habría prevalecido en la relación espiritual de fuerzas si hubiera sido aplicada, tiene que quedar sin contestación” (Lehrbuch, 1969, página 269, subrayados en el texto original). Con esto no se resuelve el problema, sino que sólo se desplaza. Pues tan poco convincente es “decidirse” a favor del libre albedrío (imposible de constatar en el caso concreto), y en base a ello pronunciar un reproche de culpabilidad, como reconocer -esta es la posición de Jescheck- que no es factible determinar si alguien ha actuado o no libremente y, no obstante, hacerle un reproche de culpabilidad.

19 Cfr. supra II, 1.

Liszt<sup>20</sup> y Fritz Bauer<sup>21</sup>. Y se puede propugnar un Derecho penal basado en el libre albedrío y, no obstante, partir de una ideología fascista insensible a los valores fundamentales de la persona. Precisamente en Alemania hay que recordar que el Derecho penal da terror no es un monopolio del Estado nacionalsocialista, y que tanto o más que en el III Reich se ha abusado del Derecho penal en países eminentemente católicos en los que dudar de la demostrabilidad del libre albedrío es casi una herejía<sup>22</sup>.

Y es que en todo ello se están afirmando relaciones de causalidad inexistentes. Si un Estado comete crímenes en forma de leyes penales es porque, previamente se ha negado todo valor la dignidad humana y a las ideas fundamentales de libertad, de seguridad jurídica y de igualdad. Y si a esto se le ha negado todo valor, entonces, de una manera o de otra, se llegará al terror jurídicopenal. Es sintomático que en los países escandinavos y en Inglaterra, en los que la idea del Derecho penal de la culpabilidad nunca ha tenido demasiado arraigo, no se haya abusado del Derecho penal con fines políticos. No es la creencia o no creencia en la autodeterminación del hombre lo que

- 20 Fue “un enemigo del régimen estatal autoritario”, constata Maurrach (Strafrecht AT, 1965, § 6 II D 3, pág. 60).
- 21 En relación a la obra de Bauer *Das Verbrechen“ und die Gesellschaft*, escribe Lang: *Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform*, en: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, tomo I, Karlsruhe, 1960, pág. 359, que en cada línea de su libro se respire un profundo sentido de la responsabilidad y humanidad“. Véase también Jäger Prólogo a la obra de Fritz Bauer: *Vom kommenden Strafrecht*, Karlsruhe, 1969, pág. X: Bauer “polemizó continuamente, y con razón, contra un Derecho penal moralizante. En el Derecho penal quería sustituir la moral por la ‘técnica del tratamiento del hombre’. Su frase -alto provocativa, citada a menudo y que algunos nunca le han perdonado- de que el Derecho criminal se halla más próximo a la lucha contra las epidemias y a la regulación del suministro de gas y de agua que a lo que comúnmente se denomina ética y moral, podría también hacer suponer que Bauer fue, por el contrario, un apasionado moralista; sólo que de una manera muy distinta al moralista al que por lo general estamos acostumbrados por estas tierras”.
- 22 Con razón se opuso Quintano Ripollés (*El Derecho, valor de cultura*, Madrid, 1966, págs. 39 y sigs.) a la paralela tendencia de imputar el terror jurídicopenal del III Reich al hecho de que los juristas alemanes se habían formado en el positivismo jurídico y no en el Derecho natural. Que tampoco el Derecho natural constituye una garantía contra el abuso del Derecho penal es algo que asimismo puede demostrarse fácilmente con ejemplos: existen países en los que, apelando precisamente al Derecho natural, se ha fundamentado y llevado a cabo, utilizando al Derecho penal, la eliminación de los enemigos políticos.

lo ha impedido, sino el respeto por la persona humana que en estos países constituye una gloriosa tradición política: Si en una Sociedad están verdaderamente afianzados los derechos del hombre, no hace falta preocuparse por la solución que se dé al problema del libre albedrío, pues las consecuencias que se extraigan de la solución –positiva o negativa– adoptada, siempre tendrán sus límites en aquellos derechos. Y si este respeto a la persona y a su dignidad no existe, se cometerán abusos: fundamentándolos en el libre albedrío o en la falta de libertad del hombre, en el Derecho natural o en el positivismo jurídico, y, si es preciso, incluso sin fundamentación alguna.

2. No es fácil de comprender por qué las tesis psicoanalíticas, al poner en duda la culpabilidad del sujeto, van a traer consigo la supresión de la pena y, en general, del Derecho penal. Contra los que esto piensan hay que decir: No es sólo que el psicoanálisis no priva al Derecho penal de sus bases: es que sucede todo lo contrario: lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho penal. De la misma manera a que la conciencia, el Super-Yo<sup>23</sup> del niño se forma reaccionando con la privación de cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado<sup>24</sup>,

23 En alguna parte del núcleo de su Yo, el hombre se ha “creado un órgano de inspección que vigila si sus propias emociones y acciones concuerdan con sus exigencias” (Sigmund Freud, *Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse*, *Gesammelte Werke* [Londres, 1940/1952], tomo XII, pág. 8).

24 Cfr. S. Freud: *Neue Folge der Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse*, *Gesammelte Werke*, tomo XV, pág. 68: “Sabido es que el niño pequeño es amoral, que no posee ningunas inhibiciones internas contra sus impulsos que persiguen el placer. El papel que posteriormente adopta el Super-Yo, es desempeñado primariamente por un poder externo: por la autoridad de los padres. La influencia de los padres gobierna al niño mediante la concesión de muestras de amor y mediante la amenaza (le penas que han de mostrar al niño la pérdida de cariño y que deben ser temidas por sí mismas.” Véase también Alexander y Margarethe Mitscherlich: *Die Unfähigkeit zu trauern, Grundlagen kollektiven Verhaltens*, Munich, 1967, pág. 329: “La permissive education estaba condenada al fracaso; consistía en inhibir lo menos posible el comportamiento infantil, en tolerar muchas travesuras sin poner límites al niño. A los niños que experimentaban este tratamiento, esa libertad evidentemente no les hizo felices; en primer lugar, porque, a pesar de todo, tuvieron que prestar las renunciaciones fundamentales a los impulsos (también a los de naturaleza edípica); en segundo lugar, porque no pudieron tener la experiencia

expresado más correctamente se forma mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen<sup>25</sup>, así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir -creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo<sup>26</sup>- que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana<sup>27</sup>. Ello es necesario,

---

de recibir, a cambio de sus renunciadas entregas de cariño de las personas en relación con ellos que les eran importantes.”

- 25 Sobre el origen del Super-Yo, cfr., por ejemplo Sigmund Freud: *Gesammelte Werke XV*, págs. 64 y sigs.; y Ana Freud: *Das Ich und die Abwehrmechanismen*, Londres, 1946, pág. 166: “Lo que los padres y educadores han presentado primordialmente -sus deseos exigencias e ideales- al niño, va siendo introyectado en medida creciente. El mundo exterior ahora ya no sólo se hace perceptible mediante la actuación de miedos reales [El miedo real “significa la anticipación de daños que el mundo exterior pudiera inferir como castigo al niño, significa, por consiguiente, una especie de displacer previo que gobierna el comportamiento del Yo, independientemente de que las penas esperadas se apliquen o no cada vez”, A. Freud: op. cit., pág. 164.] El niño ha erigido en su Yo, como representante de las exigencias del mundo circundante, una instancia permanente a la que llamamos Super-Yo. Simultáneamente a este proceso se lleva a cabo también un cambio del miedo infantil. El miedo ante el mundo exterior pierde importancia, va siendo sustituido -cada vez más- por el miedo ante el nuevo representante de la antigua fuerza: por el miedo ante el Super-Yo, ante la conciencia, por el sentimiento de culpabilidad. Lo cual quiere decir: el Yo del período de latencia tiene un nuevo aliado en su lucha por dominar los procesos impulsivos. El miedo ante la conciencia se convierte, en el período de latencia, en el motor de la defensa de los impulsos, del mismo modo que el miedo real lo fue en el primer período infantil.”
- 26 “Por consiguiente, en realidad el Super-Yo del niño no se estructura según el modelo de los padres, sino según el modelo del Super-Yo de los padres, se colma con el mismo contenido, se convierte en el sustentador de la tradición, de todas las valoraciones resistentes al tiempo que de esta manera se han ido transmitiendo a través de las generaciones” (S. Freud: *Gesammelte Werke XV*, pág. 73).
- 27 Cfr. Erich Fromm: *Sozialpsychologischer Teil*, en: *Studien über Autorität und Familie*, editado por Max Horkheimer para el Institut für Sozialforschung, París, 1936, pág. 85: “Por consiguiente, el Super-Yo no es, de ninguna manera, una instancia que una vez formada en la niñez -y a partir de entonces- sea efectiva en el hombre independientemente del aspecto de la sociedad en la que vive; antes bien, en la mayoría de los casos, el Super-Yo desaparecería en mayor o menor grado o cambiaría por completo su carácter y sus contenidos, si no fuera porque las autoridades determinantes de la Sociedad continúan -más correctamente expresado: renuevan- constantemente el proceso de formación del Super-Yo iniciado en la niñez... De la misma manera que el niño interioriza, mediante la formación del Super-Yo, el poder que emana del padre, así también el mantenimiento y renovación del Super-Yo descansa, en el adulto, en la continua interiorización del poder

porque, y para dar un ejemplo, al contrario de lo que sucede en el mundo animal, donde “sólo en muy pocas especies animales es posible que el individuo pueda actuar con una agresividad desenfrenada contra miembros de la misma especie” [“existen, antes bien, gestos de sumisión, actitudes de sometimiento y reacciones de huida que impiden que una especie se aniquile entre sí”], ello no sucede con el hombre, quien no posee una inhibición innata de matar de naturaleza absolutamente segura, sino sólo una moralmente adquirida: –... Es un hecho que ninguna sociedad humana puede sobrevivir (a causa de la falta de comportamientos asegurados genético– hereditariamente sin la represión de determinadas emociones impulsivas de sus individuos. Tiene que tratar de crear algo parecido a los comportamientos genético–hereditariamente asegurados de los animales”<sup>28</sup>. La existencia del Derecho penal obedece al hecho, sobre el que ha llamado la atención el matrimonio Mitscherlich<sup>29</sup>, “de que el hombre sólo mediante renuncias a los impulsos puede adaptarse a cualquier sociedad imaginable. Sólo puede convertirse en un miembro soportable de la Sociedad mediante la adquisición del control de sus necesidades impulsivas, un control siempre relativo que obliga al aplazamiento y, bajo determinadas condiciones, a la renuncia a una apetencia”.

Desde la perspectiva expuesta, la pena cumple otra función a la que tiene cuando se la bases en la autodeterminación del agente: la pena ya no está ahí para retribuir una culpabilidad inexistente o, por lo menos, indemostrable en el caso concreto. De la misma manera que el padre castiga al niño pequeño –evidentemente inculpable– cuando se comporta mal, a fin de mediante la privación de cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la Sociedad, aunque no se puede constatar si el comportamiento prohibido tiene su origen en una

---

fáctico externo; pues si bien el Super-Yo convierte el miedo ante un peligro externo en un miedo interno, no obstante, el factor dinámicamente decisivo para su formación y mantenimiento es el poder externo y el miedo ante él. Si el poder físico no existiera, el miedo externo no podría ser interiorizado, el poder físico no podría convertirse en uno moral.”

28 A. y M. Mitscherlich: Die Unfähigkeit zu trauern 1967, págs. 147/ 148.

29 Op. cit., pág. 326 (subrayado en el texto original).

- libre decisión de voluntad, tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones –con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas– un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitorio.
3. En un Derecho penal así concebido, la pena no es ya algo irracional, sino racional, es más: razonable<sup>30</sup>. Es un elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres. Existe un abismo entre pensar que la pena puede imponerse con “buena conciencia” que es la justa retribución por el daño libremente causado<sup>31</sup> –en este

30 Hasta qué punto lo es, lo pone acertadamente de manifiesto Schmid Häuser: *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, 1963, págs. 51-52, al darnos la siguiente imagen de una Sociedad en la que hipotéticamente no se reaccionase con la pena ante las lesiones de bienes valiosos: “Supongamos que mañana suprimimos todas las penas. Es fácil presentar la imagen de la situación que en tal caso sería de esperar. Así, por ejemplo, a alguien le apetece apoderarse indebidamente de una bicicleta ajena. El propietario reconoce al ladrón fugitivo. Da cuenta del hurto a la Policía; como ya no existen acciones punibles, la Policía remite al propietario, desde un principio, al tribunal de lo civil, que condena al ladrón a devolver la bicicleta. Pero este no la entrega tampoco al agente ejecutivo, sino que le derriba a golpes. Finalmente, el propietario encuentra a un grupo de hombres resueltos que le secundan; el ladrón es sometido y la bicicleta devuelta al propietario. Poco después, el ladrón se presenta con unos amigos ante el propietario y le vuelve a arrebatar violentamente la bicicleta. Finalmente, el propietario acepta la pérdida y se apodera por su parte, a la primera oportunidad, de una bicicleta ajena; pues “los malos ejemplos corrompen las buenas costumbres” y, en definitiva, “la caridad empieza por uno mismo”. El grupo del ladrón aumenta cada vez más, etc. Por muy horrorosamente que describamos la situación, esta seguirá siendo verosímil en su horror; por supuesto es inverosímil en los elementos que presuponen un aparato estatal en funciones: ¿cómo iban a seguir existiendo tribunales, agentes ejecutivos y Policía después de la abolición de la pena? Lo único que regiría sería el llamado derecho del más fuerte; los incendios, las violaciones, los allanamientos de morada, los asesinatos y homicidios podrían cometerse a la luz del día. La consecuencia sería una lucha de todos contra todos que solo entraría un fin dentro de los distintos grupos que se constituirían para defenderse de agresiones; y dentro de estos grupos, a su vez, habría que reaccionar con la violencia o con la expulsión cuando alguno de los miembros del grupo no respetara el orden; y en tal caso llegaríamos a situaciones como las existentes entre los antiguos germanos, siendo solo una de su consecuencia la venganza de la sangre entre los distintos grupos con todas sus implicaciones.”

31 Así, Mezger: *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, tomo 1, Grundsatzfragen, Bonn, 1956, pág.32.

caso está justificado el sufrimiento del delincuente, y si la ejecución de la pena experimenta una dulcificación por motivos de prevención general o especial, ello sucede, en el fondo, con el convencimiento de que con ello la sociedad está renunciando a un “derecho” que le corresponde, única y exclusivamente porque el “merecido” sufrimiento del delincuente tal vez esté en contradicción con la también importante tarea del Estado de impedir, en lo posible, la comisión de delitos<sup>32</sup>— y concebir la pena “como una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son”<sup>33</sup> —si así se piensa, entonces “las sanciones deben ser conformadas de tal manera que, cuando sea necesario y posible, sean eficaces para la reintegración del condenado en la libre comunidad jurídica o, por lo menos, causen el menor daño posible”<sup>34</sup>—. En esta actitud del Proyecto Alternativo no se percibe ya nada de aquella “superioridad” de la Sociedad sobre el delincuente fundamentada en él “reproche de culpabilidad” por el hecho cometido<sup>35</sup>. No nos sentimos “superiores” porque no sabemos qué es lo que ha llevado a una persona

- 32 Desde esta posición de “buena conciencia” se argumenta a favor de la pena de muerte alegando que es “más barata” para la Sociedad que la (32) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2ed., y Tübingen, 1969, elaborado por Baumann y otros, pág. 29.
- 33 Alternativ-Entwurf AT, 1969, pág. 29. Cf. también Schmidhäuser: Vom Sinn der Strafe, 1963, pág. 85 (“Aquí residen las grandes tareas de la actuación estatal en el campo punitivo: teniendo conciencia de la mera oportunidad de cada pena, hacer que el sacrificio que imponemos a cada autor, para bien de la comunidad; sea el menor posible, y trabajar para depurar el espíritu de la época, situándose siempre un paso más -adelante do la general adhesión al criterio tradicional de la retribución y orientándose apenas más benignas e, incluso, a la supresión de la pena”), y Roxin: JuS 1966, pág. 386 (“Dado que la pena... sirve exclusivamente a fines racionales y que debe hacer posible la convivencia sin riesgos entre los hombres, sólo puede estar justificada aquella ejecución que en la medida de lo posible persiga esa meta, es decir: que tenga por contenido la reintegración del autor a la comunidad jurídica. Por consiguiente, sólo puede entrar en consideración una ejecución resocializadora”).
- 34 “Es ya suficientemente doloroso tener que constatar que obtenemos el bienestar de la comunidad y, con ello, también la base para el desarrollo de toda cultura superior a cambio de los males que inferimos a algunos de nuestros semejantes”; la verdad es que, en definitiva, “con la pena hacemos violencia a los demás en contra de todo mandamiento moral” (Schmidhäuser: Vom Sinn der Strafe, 1963, pág. 65).
- 35 Cfr., por ejemplo, Adorno: Tabúes sexuales y Derecho en la actualidad, en Sexualidad y crimen (traducción de Gimbernat), editado -por Fritz Bauer y otros Madrid, 1969,

a delinquir y porque no sabemos hasta qué punto no hemos sido nosotros mismos, la Sociedad, los que hemos condicionado un delito del que aparentemente sólo uno es responsable. No sabemos la parte que nos corresponde en esa apropiación indebida o en esa estafa en una Sociedad basada en la moral del éxito y que diariamente hace ver y sentir al que sólo dispone de unos ingresos modestos –modestos tal vez porque esa misma Sociedad reparte injustamente los bienes– que es un fracasado. No sabemos tampoco hasta qué punto ha condicionado ese delito contra la honestidad una Sociedad que reprime exageradamente el instinto sexual y que, precisamente por ello, trata de crear un escape –que es al mismo tiempo una provocación– mediante pena privativa de libertad: el autor se ha hecho “culpable” ante la Sociedad y tiene que tolerar porque lo merece, que se busque la manera menos gravosa de retribuir su delito. Desde esta posición también se considera que el delincuente, por haber actuado libremente, ha descendido al último peldaño de la escala social y que sólo puede esperar compasión y consideración cuando hayan sido atendidos los restantes grupos y capas necesitados así, se afirma que hasta que la situación en hospitales y asilos no sea satisfactoria no puede ni pensarse en el empleo de caudales públicos para mejorar las condiciones de los establecimientos penitenciarios.

La erotización<sup>36</sup>, mediante el voyeurismo de la contemplación de la pornografía<sup>37</sup>. Como también ignoramos si ese delito contra la vida o

---

págs. 316-317; Bürger-Prinz/Lewrenz: Criminalidad en edad avanzada, en la obra Sexualidad y crimen, acabada de citar, págs, 232, 234 y 235.

- 36 Cfr. Adorno: op. cit., pág. .319, y Plank Die Gesellschaft und das Böse, Eine Kritik der herrschenden Moral, Munich, 1967, pág. 193: “Es fácil negar el hecho de la represión sexual en nuestra actual cultura. Se puede negar; pero - entonces ya no se entienden la legislación y la jurisprudencia como un elemento de la cultura. Se puede negar; pero entonces, se debe una explicación de la enorme erotización de la vida cotidiana en la publicidad y en la moda, del ‘éxito’ del sexo en el cine y en la novelas, en las revistas ilustradas y análogos medios de comunicación de masas. Ante ello, los críticos moralistas de la sociedad quedan desconcertados y dicen que: lo que sucede es que el hombre de nuestros días ‘está obsesionado con el sexo’. Pero la obsesión es un síntoma de carencia.”
- 37 Paralelamente a lo que sucede en la educación del niño, en donde la dificultad para los adultos reside “en decidir qué prohibiciones son ‘necesarias’, es ‘decir, imprescindibles para una adaptación social capaz de desarrollo (A. y M. Mitscherlich: Die Unfähigkeit



contra la integridad corporal, en una Sociedad que está continuamente desencadenando agresividad podía haber sido evitado por quien no ha sido capaz de sublimar sus instintos agresivos como “hincha” de fútbol o en la competencia profesional, etc.

En realidad, sólo sabemos una cosa: eso que sabe también el Proyecto Alternativo, es decir: que la pena es una “amarga necesidad”, que una Sociedad que prescindiese de ella tendría sus días contados. Porque es esto –y solo esto– lo que justifica la potestad penal del Estado es un abuso de derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena (e innecesario quiere decir aquí: cualquier excedente de pena). Haberlo percibido y haber basado en ello, en lo fundamental, su sistema punitivo es uno de los méritos del Proyecto Alternativo.

4. El que el Derecho penal sea imprescindible no significa por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual. Imprescindible es, por ejemplo, la prohibición juridicopenal de los ataques a la vida o al honor. Pero numerosas prohibiciones no han sido nunca –o han dejado de ser– necesarias; en él sentido de que su no observancia no significa en absoluto una amenaza para la paz social, o en el de que responden, en realidad, a la consolidación de una situación injusta para cuya de-fensa se acude por el sector privilegiado por esa situación –y abusando de él– al Derecho penal. El principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de sí es posible fundamentar racionalmente por qué y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social<sup>38</sup>.

---

zu trauern, 1967, págs. 349 y 350), la dificultad del legislador penal consiste en seleccionar aquellas acciones cuya ejecución perturbaría de tal modo la paz social que hay que acudir, para prevenirlas en lo posible, a la elevada fuerza inhibitoria que representa la prohibición juridicopenal.

- 38 “Existe también una fuerza destructiva del Derecho penal que actúa sobre el afectado (entre otras cosas, a consecuencia de las deficiencias en la ejecución de la pena), sobre la familia del afectado, sobre terceros (víctimas, niños como testigos) y sobre la comunidad”, Peters: Beschränkungen der Tatbestand im Besonderen Teil, ZStW 77 (1965), pág. 475.

Haber examinado a la luz de este principio el Derecho penal político y sexual vigente en Alemania es otro de los méritos del Proyecto Alternativo.

5. Que la potestad penal no esté fundada en la retribución y expiación no significa ni mucho menos, como piensan los representantes del Derecho penal de la culpabilidad, que con ello se abran las puertas a la arbitrariedad y que el Estado pueda ejercer dicha potestad a su antojo. Al contrario, precisamente porque la aplicación del aparato punitivo supone una intervención tan radical en la vida del ciudadano, hay que exigir del Estado el más exquisito, delicado y cuidadoso manejo de la “fuerza destructiva”<sup>39</sup> de la pena: el Estado debe estar siempre en

39 Engisch: Die Lehre von der Willensfreiheit, 1a/2a. eds. , 1963/1965, a pesar de negar la posibilidad de demostrar la libre decisión humana (cfr. págs. 23/24 y pássim), se cree forzado a acudir a la “culpabilidad por el carácter” (véase págs. 48 y sigs. y pássim) para justificar, por ejemplo, la mayor punición del hecho doloso frente al culposo: “También es posible explicar. fácilmente la distinta gravedad del reproche de culpabilidad en el dolo y en la culpa, en la conciencia de la antijuridicidad y en el error vencible de prohibición sobre la base de la distinta culpabilidad por el carácter. Un carácter malicioso como el que se exterioriza en los hechos dolosamente cometidos y con pleno conocimiento de lo injusto hay que combatirlo con una pena más grave que no un ánimo irreflexivo o que actúa con imprudencia de Derecho” (pág. 60); contra Engisch, Arthur Kaufmann “Pero ¿cómo puede hablarse de una ‘culpabilidad por el carácter’, cómo puede decirse que el hombre tiene que ‘dar cuenta de’ y ‘responder por’ su propio ser así, si no se está presuponiendo la libertad? La alusión al ‘tener que dar cuenta de’ y al ‘tener que responder por’ no es más que una forma de expresar que existe libertad” (JZ 1967, pág. 559; Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, págs. 71 y 72). También Roxin, quien niega que la culpabilidad sea idónea para fundamentar la potestad penal del Estado, acude, no obstante, a esa culpabilidad para limitar la pena, pues “si se quisiera negar también la culpabilidad como concepto limitador de la pena, la consecuencia sería que nada podría impedir ya al Estado implantar Desenfrenadamente penas terroristas para meros fines de determinación”; está indicado servirse de la culpabilidad para limitar el poder punitivo “porque los conceptos de la dignidad del hombre y de la autonomía de la persona, que informan nuestra Constitución y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como un ser capaz de culpabilidad y de responsabilidad” (JuS 1966, página 384). Sin embargo, hay, que negar, otra vez, que el concepto de dignidad del hombre sólo pueda ser basado sobre el fundamento de la culpabilidad como igualmente hay que rechazar la opinión de Roxin que sólo la culpabilidad puede poner límites a un Derecho penal de terror: no se trata de acudir a la culpabilidad (al libre albedrío) -aunque sea un prejuicio- para salvar la dignidad del hombre, sino que precisamente se trata de desenmascarar la culpabilidad (por lo menos, su constatabilidad) como un prejuicio -pues si no lo desenmascararán como tal (ya lo están haciendo) las ciencias empíricas-, y, no

situación de dar cuenta sobre la punición de un comportamiento: su potestad penal está justificada sólo en tanto en cuanto haga un recto use de ella.

6. Un Derecho penal no basado sobre el libre albedrío determina la gravedad de las penas del mismo modo que lo determinan, en lo fundamental, todas las leyes penales actualmente vigentes en el mundo, a saber: en primer lugar, sobre la base del valor del bien jurídico protegido; en segundo lugar, estableciendo una ulterior distinción y castigando con mayor severidad únicamente la lesión dolosa de un bien jurídico que la culposa del mismo bien<sup>40</sup>. Pues si la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitor de. una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento, sería por ejemplo absolutamente injustificable que se castigase más severamente un delito contra la propiedad que uno contra la viola. El legislador, (en un caso así, no habría hecho un recto use del medio -que con tanto cuidado hay que manejar- de la pena: estaría dando un vigor innecesario a la prohibición de lesionar la propiedad e, indirectamente, restando eficacia a la prohibición de matar sobre cuyo carácter absolutamente incondicional no debe existir ninguna duda entre los ciudadanos, estaría, pues, desorientado a introduciendo la anarquía en los controles de conciencia individuales, estaría, en definitiva, dando más énfasis del necesario (estaría imponiendo una pena excesivamente elevada) a una determinada prohibición.

---

obstante, seguir afirmando la dignidad humana y el Derecho penal liberal del Estado de Derecho

- 40 Cfr. Roxin: JuS 1966, pág. 384: “La imposición de la pena está justificada si se consigue armonizar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente que debe ser así mismo garantizada por el Derecho. De ninguna manera se excluyen entre sí estos dos puntos de vista, como a menudo se supone. Pues si el Estado debe asegurar al ciudadano sus bienes jurídicos, el reverso es que todo miembro de la comunidad debe hacer, por su parte, lo que sea necesario para cumplir esta tarea común, es decir: para el mantenimiento, del orden, debe cargar sobre sí... la pena precisa, del mismo modo que, por ejemplo, debe soportar el deber del servicio militar o de pagar impuestos, sin que por ello sea lesionado en su dignidad humana.”

No es porque el libre albedrío sea la base de la pena, sino porque el legislador tiene que intentar alcanzar una cierta eficacia con: ese importante medio de política social que es el Derecho penal, por lo que no puede castigar cualquier lesión de un bien jurídico protegido con la pena de, por ejemplo, reclusión perpetua; es preciso que establezca una graduación según la importancia que da al bien jurídico lesionado. Pues la naturaleza humana no puede admitir tantas prohibiciones de gravedad extrema, y si el legislador no observase este principio se encontraría, al final, con que por querer reforzar el efecto inhibitorio de la prohibición del hurto se debilitaba el del homicidio, un comportamiento éste que el legislador tiene mucho más interés en reprimir que aquél. Y las mismas consecuencias de desconcierto y debilitación de las prohibiciones más importantes se producirían si, a pesar de que el homicidio doloso es un hecho que produce una conmoción mucho mayor que el culposo, no distinguiese y amenazara con una pena de igual gravedad a las dos clases de homicidio.

Resumiendo: Castigar con el máximo rigor todos los delitos, prescindiendo del distinto trastorno social que producen —que es mayor cuanto más valor se atribuye al bien jurídico lesionado y mayor también respecto de un mismo bien jurídico, en la conducta dolosa que en la culposa es inadmisibles, en primer lugar, porque la pena y esto reside en la naturaleza de las cosas no se puede aplicar derrochadora, sino cautelosamente, en otro caso se introduciría el desconcierto en los mecanismos humanos de control y sólo se conseguiría la destrucción del efecto de la pena de ser un importante medio de encauzamiento de conductas: ¿cómo se va a convencer de la gravedad que supone una muerte dolosa si se la castiga igual que conductas que producen mucha menos conmoción en la Sociedad como los daños, el hurto o la muerte imprudente?

Estas reglas, que no debe ignorar el legislador si quiere poder seguir disponiendo del Derecho penal como instrumento de política social, las conoce cualquier padre de familia: por ello aplica mayor rigor si el hijo pequeño, una persona penalmente inimputable, lesiona de una pedrada a otro niño o que no si rompe un plato (diversa jerarquía de bienes lesionados), y si lo que el niño hace es romper un plato, el

educador reaccionará con mayor severidad ante la conducta dolosa que ante la imprudente.

Pero no es sólo porque a la larga la pena no podría cumplir su función de encauzamiento por lo que se deben tener en cuenta, para determinar su gravedad, el valor del bien jurídico lesionado y el dolo o la culpa: existen también otras consideraciones que hablan en la misma dirección en un Derecho penal en el que se ha prescindido del criterio del libre albedrío; pasemos a exponer estas consideraciones:

- a) Precisamente el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea en absoluto o en su rigor innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible; pues puedo aceptar y conformarme con que se me prive de la libertad, aunque sea para mí muy doloroso, si con ello presto un servicio a la comunidad<sup>41</sup>, pero se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve al fin de la convivencia social bien porque el comportamiento ejecutado no necesita ser reprimido bien porque no necesita ser reprimido con tanta severidad. Cierto que tal vez si la pena del hurto fuese igual a la del homicidio disminuiría el número de ataques a la propiedad; pero ello es innecesario en el sentido de que la vida social no se ve gravemente afectada porque al año se cometan –a causa del efecto inhibitorio relativamente débil de las penas que la ley prevé para los delitos contra la propiedad– decenas de miles de hurtos. Es innecesario, pues, conseguir un perfeccionismo en la vida social –la casi total ausencia de hurtos– que nadie estima imprescindible y que solo podría lograrse a

41 Por ello hay que afirmar, frente a los que opinan que el castigo de los criminales nazis sólo puede justificarse sobre la base de la culpabilidad -dado que actualmente no ofrecen peligro alguno para la comunidad jurídica-, que ello no es así: ignoramos si esos delincuentes -como lo ignoramos de todos los demás- cometieron sus crímenes en base a una libre decisión de voluntad, pero su punición está justificada porque es fácilmente imaginable el enorme resquebrajamiento que sufriría el efecto inhibitorio de la prohibición (tan importante para la paz social) de matar dolosamente, si el asesino pensase que su acción no traía consigo inevitablemente la pena: que le bastaba demostrar su falta de peligrosidad actual para conseguir la absolución.

costa de graves sufrimientos para los delincuentes contra la propiedad los que nunca podremos constatar si han sido libres al delinquir. El aumento de los padecimientos por parte de esos delincuentes no guardaría proporción con los resultados obtenidos: se puede tolerar perfectamente que en una Sociedad se cometan hurtos con una relativa frecuencia y a nadie le parece insostenible vivir con la idea de que posiblemente alguna vez en el curso de su existencia será la víctima de un delito contra la propiedad.

Otra cosa sucede con los ataques dolosos contra la vida. Cada uno de ellos supone una conmoción en la comunidad incomparablemente más violenta que la que produce un mero ataque a la propiedad. La gravedad de la pena con que se amenaza el delito contra la vida —con el consiguiente reforzamiento de la prohibición— está justificada, pues aquí sí que la convivencia social se vería gravemente afectada por un factor de inseguridad, de intranquilidad y de tensión si al año, en vez de algunos miles, se cometieran muchas decenas de miles de ataques dolosos contra la vida. En este caso están justificadas por los resultados —reducir al mínimo las muertes dolosas violentas— las graves penas que fluyen de soportar los delincuentes contra la vida: es lamentable, pero necesario, que sufran personas de las que no sabemos si han actuado libremente, a fin de conseguir una situación en la que la inhibición del impulso de matar sea tan fuerte que cada ciudadano pueda tener la fundada esperanza de que va a morir en la cama y no con las botas puestas a manos de un asesino<sup>42</sup>.

- b) Pero el si y el cómo de la pena no solo viene determinado por la importancia del bien jurídico lesionado, sino también por la circunstancia de la comisión dolosa, imprudente o inculpa-ble. Esto hay que mantenerlo frente a los que, confundiendo los dos posibles significados de la expresión Derecho penal de la culpabilidad<sup>43</sup>, piensan que la exclusión de la responsabilidad por el re-

42 Cfr. supra nota 12.

43 Die Lehre von der Willensfreiheit, 1a /2a eds., 1963/1965, pág. 59.

sultado sólo puede fundamentarse operando, de alguna manera, con el concepto del libre albedrío.

Engisch, sobre la base de su teoría de la “culpabilidad por el carácter”, afirma: “Si la producción de un resultado antijurídico no descansa en la culpabilidad, sino en el azar, entonces tampoco es emanación de una peligrosa constitución del carácter y, por ello, tampoco idónea para ser retribuida con una pena”<sup>44</sup>. Pienso, no obstante, que prescindiendo de la “culpabilidad por el carácter” y argumentando únicamente con el criterio de que la pena, por el sufrimiento que supone para sujetos cuya capacidad de autodeterminación ignoramos, sólo puede ser empleada por el Estado cuando esté en situación de explicar su “necesidad” para la convivencia social, se llega también a la conclusión de que la responsabilidad por el resultado debe estar excluida del campo del Derecho penal. Si alguien mata a otra persona casualmente, esto es: con ocasión de una conducta de la que es imprevisible que derive una muerte, ¿qué controles podría crear o reforzar la pena si ese hecho se declarase delictivo? Pues no se puede pensar en serio que la Sociedad esté interesada, por ejemplo, en impedir que los pilotos, al levantar el vuelo, replieguen el tren de aterrizaje, a pesar de que alguna vez ha sucedido que con esa acción se ha causado imprevisiblemente la muerte de un polizón. Acudir en un caso (fortuito) así a la pena sería imponer un sufrimiento inútil –y por ello inadmisibile– ¿cuál es el comportamiento que realmente debía inhibir aquí la pena? Por el mismo motivo sería un abuso del derecho penal subjetivo reprimir las

44 Cfr. Schmidhäuser *Vom Sinn der Strafe*, 1963, págs. 57/58: “La gran tentación a la que nos lleva la especialización científica es la de que también veamos al hombre sólo en sus aspectos parciales y objetivables, y de este modo creamos ver, donde antes estaban culpabilidad y pena, sólo peligrosidad y tratamiento. Pero continuamente se pone de manifiesto que si quisiéramos combatir la peligrosidad tendríamos que proceder de manera muy distinta a como lo hacemos en la reacción frente a los delitos. ¿Es que es más peligroso el asesino que una vez mató por celos que el conductor que una vez ha conducido a demasiada velocidad matando a cinco personas? ¿Quién es más peligroso: el avisado estafador habitual o el maestro de obras que hace abrir imprudentemente una zanja, de tal modo que se derrumba un edificio contiguo pereciendo veinte personas? Si se tratase de animales, y una especie asaltase sigilosamente de cuando en cuando a una persona matándola, y otra especie atacase abiertamente. todos los días en los caminos y en las carreteras a las personas, produciéndoles heridas mortales, no dudaríamos en calificar a esta especie última de la más peligrosa.

lesiones de bienes jurídicos causadas por acciones peligrosas en cuya ejecución se ha observado el deber de diligencia. El efecto de la pena sería ahora el de reforzar la prohibición de comportamientos... que no están prohibidos. El colmo de las contradicciones: actuar represivamente frente a las conductas peligrosas permitidas –por ejemplo, la explotación cuidadosa y diligente de minas de carbón– que la Sociedad no quiere reprimir.

Vemos, pues, que aun prescindiendo de cualquier clase de culpabilidad, es perfectamente posible fundamentar por qué sólo pueden ser punibles los hechos dolosos o culposos: la responsabilidad por el resultado es una responsabilidad innecesaria y constituiría, por ello, un sufrimiento para las personas castigadas que nada podría justificar.

Lo que ya no aparece con tanta claridad es por qué la imprudencia se ha de castigar con menos rigor que el dolo. El resultado de los homicidios dolosos es igualmente grave que el de los homicidios culposos. Pero dado que éstos se producen con mayor frecuencia que aquéllos, ¿por qué no elevar la pena del homicidio culposo hasta igualar o superar la del doloso, a fin de conseguir una mayor prudencia y, con ello, la disminución de accidentes? Parece que el Estado aquí podría apelar a la necesidad, justificando así la mayor severidad en la represión de la imprudencia: esa mayor severidad serviría para que decrecieran, lo que todos deseamos, las muertes en las carreteras<sup>45</sup>.

Contra una extrema severidad en la represión de la imprudencia habla, en primer lugar, la circunstancia, a que hemos hecho referencia más arriba, de que la pena es un instrumento sumamente sensible de encauzamiento social y que no se puede hacer use de él si no se quiere correr el peligro de destruir su efectividad y de introducir el desconcierto en los controles humanos de la conciencia caótica y anárquicamente.

45 No obstante, reaccionamos con nuestra pena mucho más suavemente ante el homicidio imprudente de la circulación que ante el asesinato y el homicidio doloso, y con ello mostramos que en la pena reaccionamos no ante la peligrosidad, sino ante la gravedad de una falta moral.” del homicidio culposo hasta igualar o superar la del doloso, a fin de conseguir una mayor prudencia y, con ello, la disminución de accidentes.



Pero es que, además, existe otro argumento para fundamentar la razonable diferencia de penalidad del Derecho vigente. Recordemos el principio que nos está guiando en nuestra argumentación: La imposición de una pena, por el sufrimiento que supone para personas de las que desconocemos si han actuado libremente, es algo que el Estado tiene que justificar continuamente en su sí y en su cómo, que tiene que justificar demostrando su necesidad para alcanzar una soportable convivencia social.

Y aquí es donde surge una importante duda derivada de la distinta estructura de dolo y culpa. ¿Es cierto que aumentando la pena de los delitos culposos se impediría o se reduciría su comisión? Pienso que no; pues en el delito doloso el sujeto persigue directamente el resultado, sabe cuándo realiza el tipo y, por consiguiente: la pena, al reforzar la prohibición de matar, condiciona directamente la inhibición del impulso de matar. Otra cosa sucede con el delito imprudente, caracterizado porque el sujeto no cuenta con la producción del resultado; hasta tal punto no cuenta que muchas veces la víctima de la imprudencia es el mismo autor o sus seres queridos; si ni la posibilidad de perder la propia vida o de matar a familiares o amigos evita porque se piensa que el resultado no va a producirse la actuación peligrosa, ya podemos aumentar la pena del homicidio imprudente lo que queramos: con ello no conseguiríamos reducir el número de muertes culposas, pues todo sujeto que se comporta peligrosamente piensa que la prohibición de la causación imprudente no va con él, que de su comportamiento negligente no va a derivarse un delito de lesión.

Resumiendo: Si la justificación de la pena es su necesidad, su idoneidad para lograr una vida social soportable, castigar lo mismo el homicidio imprudente que el doloso sería un abuso de la potestad penal, ya que, dada la estructura del delito imprudente, con la elevación de la pena no se conseguiría una disminución de muertes culposas; desde un punto de vista social, el aumento de sufrimiento de los delincuentes imprudentes sería inútil.

A la vista de este resultado a que hemos llegado, surge la cuestión de si no estaría justificado imponer penas severísimas a la mera creación

dolosa de un peligro, aunque no haya llevado a la causación imprudente de un resultado antijurídico. Pues si se castiga la conducción negligente de vehículos con la misma pena de, por ejemplo, el homicidio doloso, se podría contar con una disminución de los delitos imprudentes de resultado, a los que precede siempre una conducta peligrosa -aunque ni mucho menos toda conducta peligrosa (sino sólo un reducidísimo número de ellas) desemboca en la causación de un resultado típico-. Inmediatamente, pues, la prohibición actuaría la reducción de conductas imprudentes y, al reducirse éstas y mediatamente, la de las muertes imprudentes.

Pero aquí vuelve a surgir la paradoja de la lucha penal contra la lesión imprudente. ¿Quién puede postular seriamente que se castigue con gravísimas penas de privación de libertad a los cientos de miles de personas (prácticamente cada conductor de vehículos) que cada año cometen alguna más o menos grave infracción del Derecho de la circulación? De nuevo, el enorme aumento de sufrimientos que habría de soportar un número incalculablemente elevado de personas -de las que desconocemos, además, si actúan libremente- no estaría justificado, pues la Sociedad no se ve gravemente conmocionada por el enorme número de infracciones del Derecho de la circulación que en cada momento se están produciendo. Los mismos argumentos, pues, con los que nos hemos opuesto al incremento de las penas para reducir el número de hurtos rigen en referencia a la represión de conductas peligrosas.

Lo expuesto pone de manifiesto las invencibles dificultades que se oponen -además de otras objeciones a que anteriormente te hemos hecho mención- al empleo del rigor penal para combatir el homicidio imprudente: si se aplica sólo la mayor severidad cuando imprudentemente se causa el resultado, la dureza de la pena es innecesaria en cuanto que el primero que ignora que va a producir una muerte es el autor<sup>46</sup>. Y

46 No podemos ocuparnos aquí detalladamente de la cuestión de si de todo ello hay que sacar la conclusión de que únicamente es necesaria la punición del delito de peligro y de que la producción del resultado no debe agravar la pena. Tengo la impresión, en efecto, de que el método adoptado por el Derecho vigente de castigar con mayor severidad el

si se anticipa el rigor del castigo a la mera ejecución de una conducta peligrosa, la severidad de la pena sigue siendo innecesaria –y por ello intolerable y abusiva–, pues el comportamiento peligroso sin resultado no perturba gravemente la vida de la Sociedad. Hasta tal punto no la perturba que la Sociedad –a pesar de tenerlo en su mano y de ser mu-cho menos doloroso– ni ha acudido ni ha pensado nunca en acudir a un procedimiento infalible para disminuir, es más: para suprimir las conductas de peligro y los homicidios imprudentes en la circulación: el de prohibir la fabricación de automóviles.

En definitiva, no hace falta acudir a la culpabilidad: es posible explicar, en base a otras consideraciones, porque castigar el homicidio imprudente o los delitos de peligro con penas de gran severidad sería un inútil e intolerable abuso del derecho penal subjetivo.

Vamos a tratar de fundamentar, finalmente, porque, aun prescindiendo de toda culpabilidad por el hecho o por el carácter, no puede admitirse que se repriman con una pena<sup>47</sup> los delitos cometidos por sujetos inimputables. Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o a los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. El sujeto normal distingue muy bien esos dos grupos de inimputables –tal vez el progreso de las ciencias empíricas

---

delito de lesión que el de peligro no está justificado por su necesidad social (¡la pena únicamente puede contribuir a la disminución de los comportamientos peligrosos y solo entonces y mediatamente de las causaciones imprudentes de resultados!) y de que lo único que explica tal método es que la producción imprudente de una muerte (a diferencia de lo que sucede con el comportamiento peligroso que no ha tenido consecuencias) despierta en los ciudadanos instintos de venganza a cuya satisfacción sirve la mayor gravedad de la pena. Pero la misión del legislador penal vio es ni mucho menos la de satisfacer tales instintos. Para esta problemática remito a Bockelmann: *Die künftige Entwicklung des Verkehrsstrafrechts - Hoffnungen und Befürchtungen*, en: *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo, 1967, págs. 100 y sigs., 108.

47 Innecesaria también desde un punto de vista de prevención especial, como acertadamente fundamenta Engisch: *Die Lehre von der Willensfreiheit* 1a /2a eds., 1963/1965, págs. 57/58.

pueda segregar en el futuro ulteriores grupos de los “normales”—, sabe que pertenece a otro grupo, y que a él sí que se le va a castigar si realiza un tipo penal; sabe, pues, que la impunidad<sup>48</sup> de aquéllos no afecta a la suya. Por ello, en referencia a los sujetos “imputables” las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los “inimputables” queden exentos de responsabilidad criminal.

### III

1. Hemos tenido que recorrer un largo camino para poder estar en situación de responder a la pregunta que da título a este artículo: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal? No lo tiene si se argumenta así: La dogmática penal presupone el Derecho penal, el Derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe. De esta argumentación se ha admitido aquí el último postulado (la culpabilidad es indemostrable); pero se ha rechazado, que la pena y, por tanto, el Derecho penal presupongan la culpabilidad. La conclusión a la que hemos llegado, pues, ha sido, expresándolo con la imagen de las fichas de dominó, ésta: Es cierto que la primera ficha cae, pero en su caída no arrastra a las demás.

La dogmática “nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho<sup>49</sup>”, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídica penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Dere-

48 Por supuesto que las medidas contra menores delincuentes constituyen también un “castigo” que puede contribuir a reforzar sus controles de conciencia. Pero se trata de un “castigo” en el sentido vulgar (suponen una privación de cariño suficiente para los fines que se persiguen), no de una “pena estatal” cuya aplicación a una menor sería una reacción inadecuada, innecesaria y cruel.

49 Engisch: Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, Munich, 1963, pág. 3.

cho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y á la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada nada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite<sup>50</sup>.

En un país de gran nivel científico-jurídico, como lo es Alemania, para enterarse de lo que dice el Derecho de obligaciones o el Derecho penal alemanes, no hay más que acudir a uno de los muchos manuales o comentarios: ahí se expone que es lo que rige en base al Código Civil o al Código Penal. En otros países de dogmática menos desarrollada el contenido de los manuales y comentarios es muy distinto: los supuestos dudosos (muchas veces sin que se tenga siquiera conciencia de que existen o de las dudas que ofrecen) son resueltos inconexamente, de caso en caso, contradictoriamente, y nadie puede decir, de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir: la respuesta que el jurista tiene que dar con excesiva a insoportable frecuencia, cuando le preguntan qué es lo que dice el Derecho penal sobre éste o sobre el otro supuesto es: “No lo sé”.

La dogmática se opone a esta situación de inseguridad. Trata de percibir, en primer lugar, qué problemas presenta la aplicación de una disposición jurídica. Una vez conocido el problema el siguiente paso es el de establecer teorías para su solución. Las teorías, abstractamente formuladas, pretenden dar una solución igual a casos dudosos que –por creer que presentan el mismo problema– han de ser tratados igualmente. Por supuesto que es posible que la teoría sea errónea y que haga equivalentes casos que en realidad no lo son. Pero precisamente con el establecimiento de una primera teoría se ha

50 “Donde estén en juego pasiones humanas -y en qué proceso penal no lo están- la fuente más turbia de conocimientos es un sentimiento jurídico no articulable conceptualmente” (Roxin: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2a. ed., Hamburgo, 1967, pág. 626).

creado ya el presupuesto para salir de esa situación: se ha creado el presupuesto para la discusión inexistente mientras los casos dudosos sean resueltos inconexadamente. Pues al exigir toda teoría una fundamentación entramos en el campo de la argumentación: el que quede convencido por la fundamentación de esa primera teoría, se adherirá a ella; el que no, o bien reducirá el ámbito de aplicación de la teoría por estimar que ha agrupado supuestos que no responden a las mismas características, o bien ampliará tal vez su alcance, dando entrada a nuevos casos de los que se piensa que deben recibir el mismo tratamiento que los primeramente agrupados, o bien establecerá una segunda teoría, en virtud de la cual dará una nueva solución al grupo de casos dudosos, etc. El establecimiento de teorías permite que alguna de ellas pueda llegar a convertirse en dominante –sobre la base de la fuerza racional de convicción de su fundamentación–, y permite que de esta manera sepamos cuál es el tratamiento que recibe de hecho un grupo de casos, un tratamiento jurídico que tal vez sea falso, pero que ya conocemos (seguridad jurídica); también existe pues, una seguridad jurídica basada en una opinión errónea, pero en cualquier caso es mejor que la inseguridad jurídica, pues ahí no sabemos siquiera qué es lo que sucede y, por ello, es mucho más difícil argumentar, percibir donde está un posible error y razonar para rebatirlo. Por otra parte, conocido el alcance de la teoría y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos que se apoya, correcta –por hallarse comprendido realmente dentro del sector que aquélla abarca– o incorrecta cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo.

Al mismo tiempo, como la teoría apela a la fuerza de convicción de sus argumentos, es posible combatirla racionalmente con objeciones y con nuevos argumentos que tal vez encuentren eco<sup>51</sup>.

51 “El jurista se ve situado en un desierto de dudas y de diversidades de opiniones dentro del cual tiene que tantear, lentamente, el camino hacia adelante, tiene que mirar cuida-

Sobre la base de toda una discusión dogmática precedente, cuyo esquema acabamos de exponer, se escriben esos manuales y comentarios alemanes en los que se nos indica cuál es el contenido del Derecho positivo y se nos sugieren soluciones para interpretarlo de manera diferente a la dominante.

A veces se le objeta a la dogmática penal que trata de partir un pelo por la mitad, su excesiva y exagerada elaboración conceptual. Pero si recordamos la significación de la pena habrá que responder a esta objeción: Difícilmente puede exagerar la dogmática en lo que hace referencia a la fijación de conceptos. Pues la pena, que es tal vez el medio más doloroso de que dispone el Estado para encauzar la vida social, está sólo justificada porque tanto como dolorosa es necesaria: la diferencia entre disponer o no de una dogmática jurídicopenal desarrollada es la diferencia entre disponer de los mecanismos precisos para que la pena permanezca siempre bajo control y no sea aplicada más que en aquellos supuestos en que es verdaderamente necesaria para el mantenimiento de una convivencia social soportable, y perder el control sobre ese terrible medio de política social, pues la inseguridad conceptual incapacita, en primer lugar, para lograr formulaciones legales que abarquen todos y sólo los casos que se considera socialmente necesario reprimir, y trae consigo, en segundo lugar, que una vez puesto un tipo penal en el mundo inicie una marcha que se desconoce adonde, por donde y de qué manera va al llevar.

2. Estamos ahora en situación de ocuparnos del reproche dirigido a veces<sup>52</sup> a la dogmática jurídicopenal de que es una ciencia reaccionaria.

En un auténtico Estado social y de Derecho la dogmática es como hemos visto, un instrumento imprescindible para mantener el Derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presi-

---

dosamente a su alrededor para poder encontrar el camino correcto” (Engisch: Wahrheit und Richtigkeit, 1963, página 22).

- 52 Cfr., por ejemplo, R. Schmid (págs. 8 y sigs.) y Nedelmann 20 y siguientes), en Kritik der Strafrechtsreform, 1968.

didadas por la calculabilidad y la seguridad jurídica. La idea penal más progresiva y avanzada es, primero, sólo eso: una idea. Para realizarla es necesario formularla legalmente; esta formulación –y su interpretación– será á tanto más perfecta cuanto más desarrollado y seguro sea el aparato dogmático de que se dispone.

Pero la dogmática es una ciencia neutral. Lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen; expresándolo con un ejemplo extremo: si el penalista, ante un legislador que castiga con la pena de muerte el hurto cometido por niños mayores de seis años, sólo se muestra preocupado por determinar cuándo se puede decir realmente que el autor ha cumplido, en el sentido de la Ley interpretada, los seis años. Que la dogmática, al absolutizarse de esa manera, al prescindir de todo lo que no sea la interpretación “correcta” de la ley, puede convertirse en cómplice de los enemigos del progreso es evidente<sup>53</sup>; pero lo mismo sucede con cualquier otra ciencia absolutizada<sup>54</sup>. Como cualquier otro intelectual,

53 El problema no se plantea para los que piensan que las soluciones abiertamente injustas no son “dogmáticamente” correctas por hallarse en contradicción con el Derecho natural; sobre esto, cfr. Henkel: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Gimbernat, Madrid, 1968, págs. 745 y siguientes, donde se expone esta problemática sobria y acertadamente.

54 Cfr. A. Rapoport: *Das Klasseninteresse der Intellektuellen und .die Machtelite*, en *Aggression und Anpassung in der Industriegesellschaft*, contribuciones de H. Marcuse y otros, Frankfurt am Main, 1968, pág. 50: “Lo que rige para el físico que calcula trayectorias de cohetes o para el biólogo que cultiva para la guerra biológica nuevas bacterias resistentes a los antibióticos, rige asimismo para el psicólogo que investiga nuevos métodos sobre cómo hacer inmunes a los soldados contra los sentimientos de culpabilidad, para el sociólogo que desarrolla técnicas para la manipulación de la opinión pública, para el antropólogo que para fines geopolíticos emite dictámenes sobre el ‘tratamiento’ de pueblos extranjeros, o para el politólogo que hace equivalentes la ‘Realpolitik’ y el realismo. Ninguno de estos especialistas necesita tergiversar la verdad -científica- su especialidad; para servir a los intereses del poder precisa únicamente despreciar la verdad o los valores que se hallan fuera de su propio campo de trabajo. El especialista en defensa civil no tiene necesariamente que falsear los datos cuando llega a la conclusión de que a raíz de un ataque atómico de una determinada magnitud pueden ser salvados, mediante un determinado programa, tantos y tantos millones de vidas humanas a tantos y tantos



también el penalista lista ha de ocuparse, no de “verdades parciales”, sino sólo de la verdad como totalidad”<sup>55</sup>. Por ello, y para dar un ejemplo pienso que en un país con una Constitución estatal fascista, en un país cuyo Derecho penal político presenta aquellas características que tan acertadamente ha descrito Welzel, el dogmático penal sólo puede interpretar las disposiciones sobre seguridad del Estado en tanto en cuanto llegue a una solución restrictiva frente a la dominante en la jurisprudencia y negarse a publicar cualquier trabajo en el que –aunque la interpretación sea “dogmáticamente” correcta– amplíe el alcance de tales disposiciones en relación a la doctrina dominante en la praxis.

3. Si contemplarnos lo expuesto en las páginas anteriores, se puede decir: Porque la existencia del Derecho penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demostrar la libre decisión humana en el caso concreto porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico-jurídico, porque una ciencia desarrollada del Derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el Derecho penal, por todo ello: La dogmática jurídicopenal tiene un futuro.

---

dólares por vida durante tantas y tantas semanas. Sin embargo, si propugna ese programa tiene que hacer caso omiso de una cantidad de cuestiones que no afectan inmediatamente al problema específico que se le ha encargado resolver. Por ejemplo: a la cuestión de qué le sucederá a población ‘salvada’ después del ataque atómico no se responde especificando el potencial de los refugios contra explosiones a incendios. En un sentido más amplio, sin embargo, esta cuestión es de la mayor importancia para el problema total. Pues la contradicción dialéctica entre el *engagement* ideológico del intelectual y la dinámica del poder se manifiesta, con plena y horrible claridad, sólo cuando el intelectual entiende como indivisible su obligación para con la verdad, y más aún cuando la extiende a valores distintos de las verdades fácticamente comprobables. Dentro de esta conexión se hace patente, al mismo tiempo que el interés de clase de los intelectuales, la amenaza contra la que tienen que luchar” (subrayados en el texto original).

55 Véase A. RAPOPORT: op. cit., pág. 49.

## BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA DEL PROF. DR. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

### LIBROS

- Die innere und die äussere Problematik der inädaquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht, Hamburgo 1962, XXI + 174 pp.
- Delitos cualificados por el resultado y causalidad (1ª ed., Madrid 1966, 2ª ed., Madrid 1990, 3ª ed., Montevideo-Buenos Aires 2007)
- Autor y cómplice en Derecho penal (1ª ed., Madrid 1966, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires 2006).
- Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, de Quintano Ripollés, tomo I, vols. I y II, 2ª ed., puesta al día por Enrique Gimbernat, Madrid 1972.
- Código de las Leyes Penales (en colaboración con Carlos García Valdés), Madrid 1977.
- Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español, Madrid 1979.
- Das spanische Strafrecht, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Berlín 1982.
- Estudios de Derecho penal, Madrid ( 1ª ed., 1976, 2ª ed., 1981, 3ª ed., 1990)
- ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?, Editorial Temis, Bogotá 1983; 2ª ed., Ara Editores, Lima (Perú) 2009
- Concepto y método de la ciencia del Derecho penal, 1ª ed. Madrid, 1999; 2ª ed., San José de Costa Rica 2013; traducción brasileña, Sao Paulo 2002

- Ensayos Penales, Madrid 1999
- La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión», Buenos Aires, 2003.
- Estudios sobre el delito de omisión, México, 2004; 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires 2013
- Imputación objetiva y conducta de la víctima, México, 2007.
- Estado de Derecho y Ley Penal, Madrid, 2009.
- Cursos causales irregulares e imputación objetiva, Montevideo-Buenos Aires 2011.
- Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Handlung, Kausalität, Unterlassen, con prólogo de Claus Roxin, LIT Verlag, Berlín 2013.
- Código Penal, con la colaboración de Esteban Mestre, 22 ed., Madrid 2015.

## ARTÍCULOS

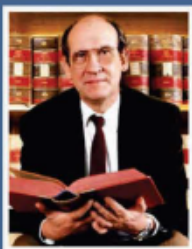
- Imputación objetiva y conducta de la víctima, Revista de Derecho Penal (Argentina), 2010-1, pp. 107-188.
- El desistimiento en la tentativa acabada, Libro en Homenaje al Maestro Álvaro Bunster, México D. F., 2010, pp. 221-228.
- Rechtsgüter und Gefühle, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 5/2011 (Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag), pp. 284-294
- Cursos causales irregulares. Estudio de uno de sus supuestos, Estudios de Derecho penal. En memoria del Prof. Juan Bustos Ramírez, México D. F. 2011, pp. 111-140.
- Evolución del concepto de dolo eventual en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, Libro en Homenaje a Eberhard Struensee, Buenos Aires 2011, pp. 241-252.
- Capítulo I, Origen de las penas, Beccaria, 250 años después, Montevideo-Buenos Aires 2011, pp. 13-28.
- Riesgo permitido y comisión por omisión imprudente, Humanizar y renovar el Derecho penal, Estudios en memoria de Enrique Cury, Santiago de Chile 2013, pp. 583-618. [Publicado también en La Ley Penal, dic. 2011, pp. 70-87, y en Jurisprudencia de Casación Penal, 6/2012 (Argentina), pp. 49-101].
- Cursos causales irregulares e imputación objetiva, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2010, pp. 15-94.

- Los delitos contra la intimidad en el Derecho español (pp. 211-218), Dos periodistas en el banquillo (pp. 317-322), Protección penal de la libertad de expresión e información, Valencia 2012.
- Atypische Kausalverläufe und objektive Zurechnung, Festschrift für Imme Roxin, Freiburg i. Br. 2012, pp. 137-148.
- Hans Joachim Hirsch (1929-2011), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2011, pp. 5-9.
- Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva, Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia 2013, pp. 95-116.
- ¿Se puede imputar objetivamente al delincuente que se está fugando las muertes o lesiones que se autocausan los policías que le persiguen?, Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo 2013, pp. 289-301.
- El origen de las penas en Beccaria y su vigencia actual, Constitución y Desarrollo Político. Estudios en Homenaje al Profesor Jorge de Esteban, Valencia 2013, pp. 139-157.
- Der Pockenarztfall, Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystemas. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlín 2013, pp. 291-297
- El caso de los perseguidores, Libro Homenaje al Profesor Nodier Agudelo Betancur, Bogotá 2013, pp. 561-576
- Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung?, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag, Berlín 2013, pp. 389-402.
- Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (23 de julio de 1948-17 de mayo de 2013), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2013, pp. 5-12.
- Die omissio libera in causa, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlín/Boston, 2014, pp. 351-362.
- A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad, Dogmática del Derecho penal, tomo I, Lima (Perú), 2014, pp. 275-324.
- “Autor y cómplice en Derecho penal” medio siglo después, Jueces para la Democracia noviembre/2014, pp. 56-70.
- Autosemblanza (Selbstdarstellung), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2014, pp. 9-89.



Prof. Dr. José Urquiza Olaechea, el Prof. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig, el Prof. Mg. Alexei Saenz  
Torres, el Prof. Dr. Javier Villa Stein (de izquierda a derecha).!

Este libro se terminó de  
editar en Enero del 2022



Enrique Gimbernat Ordeig (1938) hijo de catalanes y nació en Sevilla, y vivió en Madrid. España donde estudio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

En 1959, se trasladó la Universidad de Hamburgo para poder especializarse en Derecho Penal. Por su tesis sobre «La teoría de la causalidad adecuada», asesorado por Heinrich Henkel, por el cual recibió la calificación *magna cum laude* (1963).

Al regresar a España, fue ayudante en la Cátedra de Derecho Penal del Dr. Antonio Quintano Ripollés (*autor de Derecho Penal de la culpa y Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*). En 1970 obtuvo una plaza para enseñar en la Universidad Complutense de Madrid. Sin embargo por diversas razones, decidió abandonar la universidad madrileña para convertirse en un “catedrático de ciudades”. En 1977 regresó definitivamente a la Complutense de Madrid, donde fue nombrado catedrático emérito en el año 2008.

Es Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Múnich (1999), por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (2000), por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México (2006), por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (2006), por la Universidad Santa María de Caracas (2007) y por la Universidad de Huánuco, Perú (2016), y está en posesión de la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2003).



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
(Universidad del Perú Décana de América)  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

