

ALICIA GIL GIL

Profesora Titular de Derecho penal.
Universidad Nacional de Educación a Distancia

FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Resultado lesivo e imprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001.

Resulta sumamente difícil recensionar en unas pocas páginas una obra tan extensa y valiente. «Resultado lesivo e imprudencia» no sólo repasa de manera minuciosa y crítica toda la evolución histórico-dogmática de la teoría del delito imprudente, probablemente uno de los temas más difíciles y durante mucho tiempo también de los más descuidados de la dogmática penal, sino que además contiene una elaborada construcción propia, de la que sin embargo en esta obra sólo se desarrolla una parte.

El libro recensionado es un fragmento de la tesis doctoral del autor, mutilada por exigencias editoriales en diversas monografías y artículos. En este libro se ocupa FEIJOO principalmente de la imputación subjetiva a título de imprudencia (de la determinación del deber de cuidado que emana de la norma de cuidado que presupone toda tipificación imprudente y del criterio del fin de protección de la norma de cuidado). A otras cuestiones relacionadas con el tipo objetivo del delito imprudente le dedica únicamente de manera breve el último capítulo, porque en realidad esta parte es desarrollada en otra monografía titulada «Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales¹». Y su opinión sobre cuestiones colaterales

¹ Edijus, Zaragoza 1999. Esta obra se superpone parcialmente con la aquí recensionada pues también recoge el estudio del «tipo subjetivo» (infracción del deber de cuidado) y otras cuestiones que también encontramos en *Resultado lesivo e imprudencia*.

relacionadas como la prohibición de regreso, el principio de confianza, imputación a la víctima, la distinción entre dolo e imprudencia o las cuestiones de autoría y participación en el delito imprudente ha ido publicándola también en otros libros y artículos².

Comienza FEJOO su obra *Resultado lesivo e imprudencia* recordando la evolución de la imprudencia desde la concepción psicológica de la culpabilidad hasta su inclusión en el tipo. Destaca el autor en este capítulo las aportaciones de Engisch y Welzel y a lo largo de los comentarios y críticas a las construcciones de los diversos autores que explica va dejándonos pinceladas de su propia teoría. Sin embargo presenta una visión monolítica y quizás algo simplificada del finalismo que en mi opinión no se ajusta a la realidad, pues dentro de esta doctrina las posiciones son muy variadas, y así por ej. la errónea concepción de lo injusto imprudente como omisión de un deber, que nos imputa, aunque en un principio fue cierta en algunos finalistas no creo que se le pueda achacar a todos e incluso los que sí la defendieron la abandonaron posteriormente³, al igual que se aban-

² *Límites de la participación criminal: ¿existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, «Los límites político criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible», en *Revista del Poder Judicial* 61, 2001, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», en *Cuadernos de política criminal*, 65, 1998, también publicado en Colombia como *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; «La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de “lege data” y de “lege ferenda”»), en *Cuadernos de política criminal*, 62, 1997, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Instituto peruano de Ciencias penales, 2002, que coincide en sus dos primeros capítulos con la obra recensionada aquí y añade otros tres relativos al principio de confianza la prohibición de regreso y la participación criminal y la actuación de la víctima; «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas», en *RDPC*, número 1 extraordinario, 2000.

³ El propio FEJOO recoge en nota a pie la opinión de algunos finalistas críticos con esta idea. Pero lo que más me interesa destacar es que no es cierto que el finalismo siga viendo unánimemente el fundamento del injusto del delito imprudente en una omisión de cuidado, en no cumplir lo mandado por la norma —aunque así lo interpretara también en un momento erróneamente Armin KAUFMANN (*Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 167 y 168)—. Lo que se desvalora en los delitos imprudentes de acción es la realización de una acción descuidada. La norma del delito imprudente de acción no obliga a actuar cuidadosamente sino que prohíbe actuar descuidadamente. Una acción es descuidada cuando no se ajusta al cuidado necesario en el tráfico pero que la omisión de cuidado determine el carácter descuidado de la acción no significa el castigo de la omisión de un cuidado si no el de la realización de una acción descuidada, pues la norma que prohíbe actuar descuidadamente puede cumplirse tanto observando el cuidado necesario en el tráfico al actuar como no realizando la acción. Por el contrario, si la norma ordenase un determinado cuidado, éste se infringiría también en el caso en que el sujeto no realizase ninguna acción pues no estaría realizando la acción cuidadosa ordenada.

donó la idea de finalidad potencial⁴. Tampoco es cierto que la doctrina final de la acción le niegue importancia al tipo objetivo⁵, ni que para el finalismo las decisiones individuales no hayan de ser valora-

⁴ Afirma FEJOO, p. 255, nota 762, sorprendentemente que WELZEL y sus discípulos (CEREZO y Armin KAUFMANN) erigen la posibilidad de evitar, finalidad potencial o capacidad de acción final como eje del sistema y fundamento del delito imprudente, como si los tres conceptos mencionados fuesen equivalentes y los tres autores citados coincidieran en ello. En realidad la capacidad de acción exigida por Armin KAUFMANN en el delito doloso para afirmar el surgimiento de un deber no se refería a la capacidad para cumplir con la norma sino a la capacidad de realizar la acción prohibida, el delito. Es en el ámbito de la omisión donde la capacidad de acción por el juego de la inversión parece cobrar un significado diferente que quizás debiéramos revisar o aclarar. Y aunque es cierto que Armin KAUFMANN concibió también en un primer momento el delito imprudente como una omisión, cambio después de opinión —véase ZfRV, 1964, pp. 46-47, Welzel-Fs, 1974, pp. 405 y ss., en especial 410—. Desde luego no es esta la posición de CEREZO. Tampoco son ciertas otras afirmaciones imputadas a los miembros de la escuela finalista, como por ej. la afirmación de que CEREZO no concede relevancia al criterio del fin de protección de la norma en el delito doloso (FEJOO, p. 191, nota 543, véase CEREZO, *Curso II*, p. 107) o la atribución al finalismo de un concepto ontológico o psicológico de dolo y de imprudencia frente a un concepto normativo (FEJOO, p. 237, p. 242). También el concepto de dolo es normativo para el finalismo, aunque se le reconozca un sustrato psicológico (lo que también reconocen otras posturas, incluido el propio FEJOO) y la imprudencia por supuesto es siempre un concepto normativo que para muchos finalistas no tiene siquiera un sustrato psicológico. Sólo la finalidad pretende ser un concepto ontológico, no el dolo (finalidad referida a la realización de los elementos objetivos del tipo). Que el dolo no se conciba como una forma de realización del tipo objetivo, sino que por el contrario se reconozca la interdependencia de las partes objetiva y subjetiva del tipo, no convierte al dolo en un concepto no normativo. También el finalismo es perfectamente capaz, con su concepto de dolo, de rechazar como dolo la representación supersticiosa «o que contradiga los conocimientos científicos imperantes o intersubjetivamente reconocidos» —véase Struensee, ADPCP, 1990, pp. 934 y ss., GRACIA MARTÍN, RDPC, 3, 1999, pp. 354 y ss.—. Para el finalismo no existe un «dolo natural» no referido a la realización de un tipo, como pretende FEJOO, CPC, p. 335. El dolo es siempre y sólo finalidad referida a la realización de los elementos objetivos de un tipo (tampoco es cierto que los ejemplos que pone en esta página sean equivalentes respecto de la existencia de dolo: quien utiliza un factor causal que no ha creado (natural) pero que conoce y está a su disposición (volcán en erupción) domina el curso causal, quien no tiene siquiera a su disposición ese factor causal que no ha creado sino que sólo espera que suceda (caiga un rayo) no domina el curso causal). Tampoco es cierto que los descubrimientos de NIESE hicieran variar el concepto de acción en el delito imprudente de uno ontológico a otro normativo —p. 78—. El concepto de acción no varía. Lo que varía son los elementos de la acción final relevantes típicamente. Por último, no estimo correcta la crítica de la imposibilidad de mantener un concepto unitario de injusto, al afirmar que éste tiene un fundamento diferente para el delito doloso y para el imprudente. Aquí está confundiendo FEJOO lo que los finalistas consideran el fundamento de lo injusto con el sustrato relevante en cada caso para afirmar tal fundamento. Lo injusto es siempre contradicción entre la conducta y la norma. Lo que varía son los elementos de la conducta que determinan esa contradicción porque también varía el contenido de la norma para una y otra clase de injusto. Lo injusto imprudente tiene su fundamento, por tanto, exactamente igual que lo injusto doloso,

das objetivamente de acuerdo con los criterios establecidos en la ley⁶, ni todos los finalistas conceden relevancia a elementos subjetivos en lo injusto imprudente. Con demasiada rapidez afirma también, en mi opinión, que el finalismo ha sido superado por la teoría teleológico-funcional del tipo⁷. Tampoco resulta convincente la crítica a la teoría de STRUENSEE, pues aunque personalmente no la comparto por numerosos motivos que no puedo exponer aquí, desde luego no es cierto que en esta concepción lo injusto se agote en el desvalor de la intención, ni que no sea capaz de distinguir lo injusto penal de lo ilícito administrativo⁸.

en la infracción de una norma protectora de bienes jurídicos. Lo que varía es el contenido de dichas normas. Si a FEIJOO le basta para afirmar que él mantiene un concepto unitario de injusto con afirmar que en ambas clases de delitos se infringe un deber de evitar, aunque el contenido de ese deber de evitación sea diferente en uno y otro, también tendrá que aceptar que nuestro concepto de injusto como infracción de una norma protectora de bienes jurídicos es unitario aunque el contenido de las normas sea diferente en uno y otro. No es correcta, tampoco, por tanto, la contraposición que realiza FEIJOO entre «injusto personal «e» injusto normativo —p. 82—. Lo injusto personal es también un injusto normativo.

⁵ P. 201. Es más bien que para la construcción finalista el tipo (doloso) tiene elementos objetivos y subjetivos y siendo la acción una unidad objetivo-subjetiva que no se puede escindir, no tiene demasiado sentido la pretensión de estudiar primero el tipo objetivo como filtro para luego hablar de una realización dolosa o imprudente del mismo. En ocasiones sólo podremos determinar si estamos ante el hecho desvalorado atendiendo a los elementos subjetivos que nos definirán la acción realizada (por ej. en la tentativa inacabada). En el delito imprudente, para una gran parte de la doctrina finalista (salvo para los discípulos de Armin KAUFMANN), sólo existe tipo objetivo, la imprudencia no tiene tipo subjetivo, y el desarrollo del tipo objetivo de la imprudencia está ya en WELZEL. El finalismo concede al tipo objetivo, y en especial al primer elemento del mismo: la conducta contraria al cuidado objetivamente debido, una atención que la teoría de la imputación objetiva, centrada en la exclusiva imputación de resultados, difícilmente podrá alcanzar.

⁶ P. 241.

⁷ Pp. 182 y ss. La construcción de ROXIN no ha supuesto sino un retroceso que lejos de resolver problemas los multiplica. Pero este tema no puede ser desarrollado aquí.

⁸ La diferencia entre lo injusto penal y lo injusto administrativo es meramente cuantitativa —véase CEREZO, *Curso*, I, p. 60—. También exagerado me parece concluir a partir de la crítica de la escuela de Armin KAUFMANN de las fricciones con el principio de legalidad que pueden plantear los delitos imprudentes que ello demuestra «la incapacidad de esta escuela para poder explicar de forma dogmáticamente convincente nuestro Derecho positivo» —p. 251—. Sobre todo cuando la construcción de FEIJOO que deja el contenido de la norma mucho más indeterminado obvia sencillamente el problema de la pugna con el principio de legalidad que ello plantea. No es cierto que tras la consideración de los tipos imprudentes como tipos abiertos se esconda el problema del finalismo para «imputar hechos o resultados que no sean perseguidos finalmente por el autor». Una concepción de la imprudencia que prescindiera de la relevancia de la finalidad para la descripción de lo injusto típico, tanto dentro como fuera del finalismo —también la de FEIJOO— tiene que enfrentarse igualmente siempre

En muchas ocasiones la discusión dogmática con escuelas que tienen un esquema del delito absolutamente diferente al de uno mismo resulta extremadamente complicado, pues es preciso despojarse de la construcción propia y ponerse en los planteamientos del otro para poder entenderlo y desde los mismos enjuiciar su coherencia o sus fallos con independencia de que se puedan discutir también esos planteamientos. Creo que el finalismo ha sufrido a lo largo de los años la desgracia de haber sido simplificado, estereotipado, mal interpretado —a veces de forma incluso consciente e interesada—. Se han imputado al finalismo cosas que éste jamás defendió y conclusiones a las que jamás podría llegar⁹ y hoy en día es difícil, incluso para jóvenes profesores tan brillantes y concienzudos en su trabajo como FEIJOO SÁNCHEZ acercarse a él libres de los prejuicios y de la errónea imagen que se le ha fabricado.

Por supuesto este mal no aqueja únicamente al finalismo. En general toda sistemática realmente original y novedosa tiene que padecerlo. Un ejemplo es el funcionalismo sistémico de JAKOBS, corriente en cuyas líneas generales podemos enmarcar la construcción de FEIJOO¹⁰. A pesar de que personalmente no comulgo en absoluto

con el problema de la determinación del cuidado exigible en cada caso conforme a determinados criterios ya que el mismo no viene explicitado en el tipo de la parte especial y todas las posturas —también la de FEIJOO— deben reconocer que el tipo no se cumple con la simple causación de un resultado descrito en un tipo. Parece que FEIJOO no llega a entender la construcción finalista cuando afirma que para ésta «sólo el autor con su dolo determina lo que es injusto» —p. 253— lo cual no es cierto y por lo tanto no supone ninguna contradicción para el finalismo, como él pretende, introducir criterios normativos. La contestación de que además la postura de estos autores va contra la naturaleza de las cosas porque no existe en una situación un único modelo de comportamiento correcto sino infinitos —p. 254— desconoce de nuevo que la norma del delito imprudente no obliga a actuar cuidadosamente sino que prohíbe actuar descuidadamente y la definición de lo que es actuar descuidadamente se puede realizar o bien mediante una regulación expresa o bien mediante determinados criterios generales. También FEIJOO, como toda la doctrina, debe establecer unos criterios para determinar cuándo el sujeto infringe el cuidado debido, solo que él no ve que con esto lo que está haciendo es concretar ya la conducta prohibida, es decir, determinar el contenido de la norma, sino que para él es sólo un problema de imputación subjetiva. Pero con ello sólo ha trasladado el problema de indeterminación de su tipo objetivo a su tipo subjetivo, lo que evidentemente no lo elimina.

⁹ Véase por ej. mi libro *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, 2001, en el que denuncié numerosas interpretaciones erróneas de la construcción finalista que dan lugar a críticas mal fundadas.

¹⁰ Para FEIJOO la función del Derecho penal consiste en el mantenimiento de la confianza general de los ciudadanos en la vigencia de las normas (expectativas normativas), *Imputación objetiva...*, *ob. cit.*, p. 279 y s.; RDPC, número 1 extraordinario, 2000, pp. 93 y ss. FEIJOO parte de una concepción absoluta-ideal de la pena, según la cual su función es la estabilización de la norma (o expectativas normativas) frente a la

con los postulados de esta corriente¹¹, hay que reconocer ha sufrido en ocasiones una deformación y posterior satanización similar a la que sufrió en su día el finalismo. Por mucho que podamos criticarle a esta construcción, cualquiera que se haya acercado a la misma con el sincero interés de conocerla apreciará que no todas las críticas que se le hacen y no todas las consecuencias que se le atribuyen y que se repiten una y otra vez, en ocasiones sin mayor reflexión personal, son correctas.

Ninguno estamos exentos del peligro de simplificar, mal interpretar y deformar la construcción contraria cuando la criticamos. Incluso es posible que yo misma al leer la obra de FEIJOO no sea capaz de quitarme las gafas del finalismo para ponerme las del autor reaccionado, pero desde mi modesta y sincera voluntad de conocer, confío en, a pesar de mis puntos de partida absolutamente opuestos, trasladar en esta reseña al lector de la forma más fiel posible la postura del Prof. FEIJOO para que la discusión científica de nuestras posiciones no se convierta, como también desgraciadamente ocurre con frecuencia en nuestra disciplina, en un diálogo de sordos.

Tras el análisis de las aportaciones de ENGISCH y WELZEL estudia FEIJOO la teoría de la imputación objetiva¹², destaca cómo la construcción del delito imprudente va a suponer para los partidarios de esta teoría una transformación también en el tratamiento del delito doloso, que revertirá de nuevo en la construcción del imprudente y critica con valentía y mucha razón las numerosas carencias que todavía plantea la construcción de ROXIN y sus seguidores: indefinición del sistema, imposibilidad de reconducir los diversos criterios inducidos a una línea metodológica común, vaguedad y falta de claridad, inconsistencias sistemáticas... Personalmente muy acertada me pa-

desestabilización de la misma, restitución de lo expresado de forma abstracta por el ordenamiento frente a la declaración de nulidad de su validez general —*El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, p. 59—. Es decir, atribuye a la pena la función de prevención general positiva en el sentido de JAKOBS —*El injusto penal* p. 60; RDP, núm. 1 extraordinario, 2000, p. 94. Sin embargo, FEIJOO intenta compatibilizar esta concepción con la idea de protección de bienes jurídicos —«El Derecho penal protege bienes jurídicos, pero lo hace de una determinada manera: estabilizando normas de conducta imprescindibles para la interacción social. Es preciso diferenciar entre el resultado de todos los delitos (desautorización del ordenamiento) y la lesión al objeto del ataque recogido en cada tipo penal específico», *El injusto...*, p. 83—. Esta compatibilización, resulta sin embargo, en mi opinión, difícil —véase GIL GIL, «Prevención general positiva y función ético social del Derecho penal», en *Libro Homenaje a Cerezo*, Tecnos, 2001, p. 15, nota 14—.

¹¹ Mi opinión sobre esta construcción puede verse en mi artículo «Prevención general positiva...», *ob. cit.*

¹² Pp. 160 y ss.

rece la denuncia de la multiplicidad de contenidos que se han dado al criterio del «fin de protección de la norma»¹³ y la advertencia de su incompatibilidad con otros criterios utilizados simultáneamente. Denuncia FEIJOO en particular, quizás por primera vez en la doctrina, que el criterio del fin de protección de la norma y el del incremento del riesgo parten de principios opuestos. Acertada es también la idea —esta ya no novedosa¹⁴— de que muchos de los problemas que se han tratado tradicionalmente como problemas de imputación objetiva del resultado no son tales. Efectivamente no es lo mismo no crear un riesgo no permitido que no poder imputar el resultado al que se ha comportado de manera inadecuada. Pero en la respuesta no coincidimos, pues en mi opinión más que de un problema de «correcta imputación de riesgos»¹⁵ se trata de un problema de determinación de la conducta prohibida (de delimitación por tanto del tipo objetivo), lo que nos llevará, al contrario de lo que pretende FEIJOO, a una distinción del tipo objetivo en el delito doloso y el imprudente.

Para terminar el estudio de la evolución del delito imprudente analiza FEIJOO críticamente las posturas de JAKOBS y FRISCH¹⁶. Destaca de estos autores el haber demostrado que la teoría de la imputación objetiva es sólo una parte de la teoría general de la imputación penal, y que, a diferencia de ROXIN, ambos han pretendido construir una teoría general de la imputación en la que se distinga imputación objetiva del comportamiento e imputación del resultado. Crítica, sin embargo, las consecuencias inadecuadas a las que lleva la objetivización de la imputación pretendida por JAKOBS a través de la selección de los conocimientos del autor penalmente relevantes mediante el criterio del rol social, aunque reconoce que se acerca mucho a la concepción de este autor¹⁷ y aplaude otras ideas de JAKOBS encaminadas a clarificar el alcance del tipo objetivo.

¹³ Pp. 208 y ss.

¹⁴ Ya GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 3.ª ed. 1990, p. 213 y s.

¹⁵ P. 215

¹⁶ Pp. 218 y ss.

¹⁷ En opinión de FEIJOO, p. 225: «El rol social puede servir para determinar cuáles son las circunstancias que no se deben conocer, pero si existe un juicio válido sobre el riesgo o la situación de riesgo el que lo crea o participa en la situación tiene el deber de desactivar ese riesgo o evitar esa situación siempre que pertenezca a su ámbito de responsabilidad». «Por tanto, las diferencias con la posición de JAKOBS no residen tanto en la relevancia de lo subjetivo sino en los criterios para determinar el ámbito de competencia que determina cuáles son los conocimientos y capacidades personales que cobran relevancia a efectos de determinación de la tipicidad de una conducta». Más adelante volveremos sobre estas diferencias.

De la doctrina de FRISCH destaca FEJOO¹⁸ la acertada exclusión del ámbito de la imputación objetiva de resultados de problemas que en realidad deben resolverse antes, como imputación de riesgos. Tienen razón FRISCH y FEJOO en que muchas de las defectuosas construcciones de la imputación objetiva de resultados se deben a un insuficiente trazado de la desaprobación de la creación de riesgos, es decir, se trata de un problema de limitación de la conducta típica. Sin embargo critica FEJOO a FRISCH, y en mi opinión aquí ya no lleva tanta razón, que deja al aplicador del Derecho la ponderación que corresponde al legislador, además de que su postura es abierta, indeterminada e indefinida.

Concluye FEJOO de su análisis de la evolución dogmática del tipo imprudente que «el trasvase de la teoría de la imputación objetiva al dolo limita la importancia de los elementos subjetivos del tipo», conclusión en la que por supuesto no puedo estar de acuerdo¹⁹. Sí me parece sumamente correcta la idea concluida de que es preciso distinguir en el tipo imprudente cuándo se ha realizado un tipo imprudentemente mediante la infracción de la norma de cuidado²⁰ y cuándo el resultado es precisamente una realización de ese riesgo y no de otro acompañante que carece de relevancia típica. En lo que no estaré ya de acuerdo es en la construcción que elabora FEJOO a partir de esta constatación correcta de las diferencias entre infringir la norma e imputar resultados a la infracción de la norma, afirmando un tipo objetivo que recogería riesgos no prohibidos y que sería limitado posteriormente por el tipo subjetivo donde se estudia si ese riesgo creado supone o no la infracción de un deber de cuidado.

FEJOO parte de un concepto de delito como un proceso de imputación normativa. Entiende este autor que la teoría de la imputación objetiva ha excedido sus límites como teoría de imputación de resultados a conductas para pasar a convertirse en una teoría que afecta globalmente a toda la tipicidad o, incluso, a todo lo injusto. Aunque personalmente no comparta la concepción del delito como imputación considero que tras haber tomado este camino la extensión efectuada por FEJOO es la correcta.

¹⁸ Pp. 232 y ss.

¹⁹ GIL GIL, «Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», en *Revista de Derecho penal*, n.º 1 del 2002, Buenos Aires 2002, pp. 29 y ss. También publicado en *Estudios penales y Criminológicos*, XXIV, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 375 a 404; «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», en *RDPC*, 15, 2005.

²⁰ Aunque por supuesto desde mis premisas yo diría cuándo se ha realizado el tipo imprudente y no cuándo se ha realizado el tipo imprudentemente.

Distingue el autor un tipo objetivo y un tipo subjetivo. En el tipo objetivo se imputa normativamente si una conducta adquiere objetivamente el significado delictivo de matar, lesionar, amenazar o participar en un delito, partiendo de la idea de creación de un riesgo. Para la imputación normativa del tipo objetivo no existen diferencias entre el delito doloso y el delito imprudente. Lo que es un riesgo (entendido como el conjunto de condiciones que permiten explicar un resultado) se define igual en el delito doloso que en el imprudente y las razones para no imputar el riesgo a una persona en el tipo objetivo son la mismas en el delito doloso y en el delito imprudente.

En el «tipo subjetivo»²¹ se realiza la imputación al sujeto de la creación del riesgo no permitido, en él se analiza la infracción por el sujeto del deber²². El tipo objetivo (el hecho que hay que evitar) es el mismo en el delito doloso y en el delito imprudente, lo que varía es el deber emanado de la norma que se infringe. El autor doloso infringe un deber de evitación directo (teniendo representación del hecho no deja de realizarlo o no lo evita) y el imprudente uno indirecto o mediato: deber de cuidado²³. Existe infracción de un deber (tipo subjetivo —dolo o imprudencia—) cuando el actor hubiera podido y debido evitar el hecho si hubiera tenido una motivación respetuosa con el ordenamiento jurídico, es decir, si hubiera actuado reconociendo la norma como máxima de conducta.

A pesar de que para imputar la infracción de un deber de cuidado va a tener en cuenta los conocimientos y capacidades del sujeto en el ámbito de lo injusto, pretende FEJOO que ello no convierte su teoría

²¹ FEJOO dice asumir un tipo subjetivo en la imprudencia, pero más bien lo que él defiende es una determinación relativamente subjetiva del cuidado debido, teniendo en cuenta el dato fáctico de los conocimientos o desconocimientos del autor y sus capacidades especiales, pero luego no exige realmente un tipo subjetivo en el sentido tradicional del término (un elemento subjetivo en el autor referido al tipo objetivo) pues aunque en general exija el conocimiento de la peligrosidad abstracta o estadística de la actividad en la que la conducta se enmarca también exige que el sujeto haya descartado el peligro concreto y por otro lado, en los ámbitos en los que se afirma un deber de conocimiento regulado legalmente puede imputarse la imprudencia aún sin conocimiento de la peligrosidad abstracta o estadística. Si la califico de relativamente subjetiva es precisamente porque el desconocimiento de la peligrosidad abstracta no excluye la imputación en los ámbitos en los que se afirma un deber de conocer aunque sí en los demás en los que se afirma que no existe ese deber. Las limitaciones objetivas al deber subjetivo de cuidado destinadas a impedir la realización de actividades peligrosas por quien no está preparado para ello son comunes, por otra parte, en las construcciones subjetivas el deber de cuidado (imprudencia por asunción), aunque ciertamente supongan una contradicción en dichas construcciones, (CEREZO, *Curso II*, p. 162).

²² P. 201.

²³ FEJOO, CPC, 65, 1998, p. 273.

en subjetiva, en la medida en que no son esos conocimientos o capacidades los que determinan la imputación, sino que sólo son elementos a tener en cuenta desde una perspectiva intersubjetiva para adscribir o no responsabilidad penal²⁴. Sólo cabrá imputarle un hecho típico (tipo objetivo) a una persona cuando sea fruto de una decisión imprudente, es decir, de una decisión contraria a una norma general de cuidado. Afirma con razón que «injusto imprudente equivale a infracción de la norma de cuidado»²⁵, afirmación con la que estoy en principio, con alguna pequeña matización²⁶, completamente de acuerdo y que no le separa, en contra de lo que él afirma, de la construcción del finalismo. Pero pronto se descubre que el acuerdo es meramente aparente: Para FEIJOO en lo injusto se realiza la valoración sobre si la decisión del autor previa al hecho objetivo es una decisión que cabe esperar en un ciudadano que se presupone motivado para cumplir las normas de cuidado (medida normativa). Si no es así se habrá infringido la norma de conducta que caracteriza a lo injusto imprudente²⁷. Pero ¿qué dice esa norma de cuidado que el sujeto está motivado a cumplir? En realidad la norma no tiene un contenido general, no establece una pauta o estándar de conducta para todos igual, sino que dice «organízate con el cuidado indispensable para evitar resultados», pero dado que lo que es o no cuidadoso, el cuidado indispensable, tampoco se define en la construcción de FEIJOO, en realidad la norma dirá «procura no lesionar un bien jurídico». La norma del delito imprudente se convierte así en una «norma indirecta de evitar hechos típicos mediante cuidado»²⁸, idea con la que personalmente discrepo de manera radical²⁹. El contenido concreto de la norma de cuidado se deduce por tanto en el esquema de FEIJOO más bien de los criterios establecidos para determinar cuándo la misma se ha infringido: es decir de lo que no habría hecho un sujeto con una disposición jurídica mínima. Esta indeterminación del contenido de la norma de conducta primaria no preocupa a FEIJOO y

²⁴ Pero lo cierto es que tampoco ninguna otra teoría subjetiva hace residir la imputación exclusivamente en los conocimientos o capacidades individuales, sino que todas pretenden también que es el ordenamiento el que decide qué conocimientos o capacidades son relevantes.

²⁵ P. 242

²⁶ El desvalor del resultado pertenece a lo injusto del delito imprudente pero no a la materia de la prohibición.

²⁷ P. 244

²⁸ P. 250

²⁹ Pues la norma del delito imprudente no obliga a actuar cuidadosamente sino que prohíbe actuar descuidadamente, no obliga a evitar resultados sino que prohíbe actuar de una determinada manera que el ordenamiento considera «descuidada», contraria al cuidado debido.

por otro lado es lo propio del funcionalismo sistémico³⁰. Para decidir cuándo se debe imputar la infracción de un deber ha de atenderse según él a las circunstancias del hecho y a las circunstancias personales del autor (conocimientos, capacidades instrumentales y experiencias, datos objetivos de la situación conocidos por el sujeto o que tenía a su disposición)³¹. El fundamento del deber, que es el mismo en el delito doloso que en el imprudente, radica en la decisión de realizar un hecho a pesar de que el autor tiene motivos para que un ciudadano que actúe de acuerdo con las normas (en el delito imprudente con las normas de cuidado³²) tenga que decidir no llevar a cabo esa acción u omisión. Se infringe la norma de conducta porque el autor tiene los datos suficientes a su alcance para que el ordenamiento espere que no se tome esa decisión.³³ Precisamente por tener en cuenta experiencias, conocimientos, etc., que deben ser valorados, es por lo que FEJOO decide hablar de imputación subjetiva o tipo subjetivo frente a la imputación objetiva o tipo objetivo donde no se tienen en cuenta estos datos que sólo pertenecen a la psique del autor³⁴.

En su opinión sólo puede ser objeto de un deber de cuidado (deber mediato de evitación del resultado) aquello que el sujeto puede evitar. Esta afirmación desde mis presupuestos supondría el peligro de confundir injusto con culpabilidad (de hecho FEJOO excluye ya la infracción de un deber, lo injusto, en ejemplos en los que según mi esquema sólo queda excluida la culpabilidad, lo que se debe a esa renuncia a normas de cuidado estandarizadas y la fijación del deber de cada uno en atención a sus capacidades)³⁵. Sin embargo desde los

³⁰ Quizás esta preocupación sea exclusiva de quienes buscamos identificar el contenido concreto de una norma de determinación para afirmar la antijuridicidad como contradicción a la misma, siendo por el contrario impropia de un sistema en el que lo relevante no es el contenido de la norma sino exclusivamente su vigencia y por tanto mi obsesión por descifrar cómo se concreta el contenido del deber o norma de conducta en cada caso signifique solo que soy incapaz en este punto de quitarme las gafas del finalismo. Pero si lo cierto es que la teoría de la imputación tampoco puede prescindir del contenido de las normas para decidir cuándo se ha cuestionado su vigencia sin incurrir en un círculo de indefinición, será necesario averiguar de alguna manera cuál es el contenido de las mismas.

³¹ Pp. 245-246

³² Adviértase que lo definido entra en la definición constantemente. Se está diciendo «infringe la norma quien hace lo que quien estuviera motivado para cumplir la norma no hubiera hecho» o «la norma ordena que hagas lo que haría un ciudadano motivado por la norma». Al final el único contenido no circular de la norma que se puede deducir es: «actúa de manera que procures no producir un resultado».

³³ P. 260.

³⁴ P. 247

³⁵ Nadie discute que los datos fácticos que no se encuentran al alcance de la persona no pueden ser tenidos en cuenta para castigarle. Ahora bien, la cuestión está en

presupuestos de FEJOO no hay tal confusión pues, con independencia de que esta distinción me parezca discutible³⁶, lo cierto es que distingue perfectamente lo injusto (valoración de si la decisión del sujeto se corresponde con lo que se puede esperar de un ciudadano que se presupone motivado para cumplir la norma —organízate de manera que procures evitar resultados—³⁷) de lo que afecta a la culpabilidad (sólo aquí se estudia si el sujeto no estaba motivado por la norma y por qué no lo estaba: conocimiento de la ilicitud y capacidad para motivarse por la norma)³⁸. Desde esta distinción, es presupuesto de la imputación a título de imprudencia la posibilidad de conocer y evitar el riesgo típico³⁹, lo que sólo se refiere a las capacidades psicofísicas de evitar el resultado típico si se está motivado para ello, pero no a la capacidad de respetar la norma de cuidado o de dejarse motivar por dicha norma que es en su opinión un problema del juicio de culpabilidad (reproche por la infracción de la norma de cuidado) pero no tiene que ver con la determinación del deber de cuidado. Es decir, se llevan a la determinación del contenido del deber los problemas de capacidad de actuación y no los de capacidad de motivación (en los que incluye la capacidad de conocer la ilicitud de la conducta)⁴⁰.

FEJOO exige para establecer el deber de cuidado que el sujeto conozca al menos la peligrosidad estadística o general de su conducta⁴¹. En su opinión «Sólo se le puede exigir que sea cuidadoso con un riesgo a aquella persona que, al menos, tiene a su alcance la peligrosidad estadística o general de su conducta (conducir un coche, manipular un arma de fuego, etc.). Sólo si al menos conoce ese dato

si no pueden ser tenidos en cuenta para imputar la infracción de un deber o para reprochársela, lo que dependerá de cómo diseñemos la norma y los conceptos de anti-juridicidad y culpabilidad.

³⁶ No puedo detenerme aquí en una crítica al sistema de JAKOBS y su distinción entre injusto y culpabilidad. Una crítica general al sistema puede verse en mi artículo «Prevención general positiva y función ético social del Derecho penal», *ob. cit.*, aquí sólo recordaré su incapacidad para fundamentar la medida de la pena (el aludir a la medida que sería aceptada por cualquier ciudadano racional como justa —FEJOO, *El injusto*, p. 71— no hace sino eludir la realidad de que la justicia de la medida de la pena se enjuicia mediante otros criterios) y su incapacidad por tanto, para cumplir con los postulados del principio de culpabilidad —véase CEREZO, *Curso III*, p. 31—.

³⁷ Aquí nos preguntaremos por tanto si la decisión del sujeto aparece como la propia de alguien que conoce la norma y quiere cumplirla. Es decir, si alguien que quiere procurar evitar resultados se hubiera comportado de la misma manera.

³⁸ P. 276 y CPC, 65, 1998, p. 270.

³⁹ P. 255

⁴⁰ Todo esto es por supuesto cuestionable pero su discusión desbordaría el ámbito de esta recensión.

⁴¹ Pp. 262 y ss. y 264.

se le puede exigir que sea cuidadoso con lo que hace. Así, por ejemplo, se le puede pedir que sea cuidadoso al que tira una piedra, entrena un perro para que sea peligroso y le proteja, corta un árbol, dispara una bengala en un campo de fútbol, maneja una pistola o provoca un alud. Es decir, existe el deber de indagar mínimamente si esas actividades generalmente peligrosas encierran un peligro concreto para otra persona o sus bienes o de adoptar medidas para evitar que se cree un peligro concreto para otra persona o sus bienes. Si a pesar de conocer la peligrosidad abstracta de su actuación una persona no hace nada para controlar su lesividad o decide realizar igual la actividad, esa persona está infringiendo su deber de cuidado. Para ser cuidadosa debe adoptar medidas adicionales (la más normal, cerciorarse de que no va a perjudicar a nadie con su acción) o simplemente no realizar dicha actividad si no es capaz de excluir la posibilidad de lesión. Para que el resultado se considere racionalmente previsible y no sólo imaginado por el autor es preciso que éste se dé cuenta de que su conducta es una conducta idónea o adecuada para producir un resultado si alguien entra en su radio de acción o que encierra una peligrosidad general o estadística (tirar una piedra, manejar un arma de fuego cargada, dispara una bengala potente, etc.). A sensu contrario no se puede decir que tocar un timbre o dar un paseo por el campo sea sin más una conducta idónea o adecuada para producir un resultado si no se conocen más circunstancias. El fundamento normativo de este topos, denominado por algunos autores el elemento intelectual del deber de cuidado, consiste en que un ciudadano respetuoso con las normas de cuidado que conozca los datos relativos a la peligrosidad de la conducta que conoce el autor debería haber sido más cuidadoso adoptando ciertas medidas de cuidado o absteniéndose de realizar esa acción peligrosa»⁴².

En realidad toda su construcción gravita en torno a una distinción esencial: la peligrosidad abstracta y la peligrosidad concreta cuyo conocimiento determina respectivamente la imprudencia o el dolo. ¿Qué entiende FEIJOO por conocimiento de la peligrosidad abstracta y por conocimiento de la peligrosidad concreta de la conducta? En su opinión el riesgo no es una probabilidad de lesión determinada ex ante⁴³, sino que la definición de riesgo en el tipo objetivo (como

⁴² *Resultado...*, pp. 262 y ss.; *Homicidio y lesiones imprudentes*, pp. 191 y 192.

⁴³ Además FEIJOO rechaza la «falacia probabilística», es decir, no admite que determinados riesgos por su escasa magnitud se entiendan como permitidos. Para FEIJOO el tipo objetivo no depende de grados de tendencia lesiva, sino de grados de competencia o incumbencia aunque esto no se explica en esta obra sino en *Homicidio y lesiones imprudentes...*, p. 38 y ss. Ello le permite poder castigar supuestos de dolo directo con medios escasamente peligrosos (expresamente se refiere al ej. de Thyren

objeto de referencia del dolo y de la imprudencia) se realiza ex post y es el conjunto de condiciones que nos permiten explicar el hecho que nos interesa (una muerte, una lesión, etc.)⁴⁴. A partir de ahí se considera que actúa con dolo quien conoce que realiza todos los factores necesarios para poder explicar un resultado y lo prevé mientras que la imprudencia sería siempre un supuesto de error de tipo, de desconocimiento, por tanto, de alguna de las circunstancias fácticas que explican el resultado⁴⁵. Sin embargo, según esta concepción FEI-

—p. 273—) y mantener la coherencia con la previa afirmación de identidad en el tipo objetivo del delito doloso y el imprudente. Sin embargo la afirmación de que prescinde de juicios probabilísticos es cuestionable, como se explica en el texto.

⁴⁴ *Homicidio...*, p. 34.

⁴⁵ CPC, 65, 1998, pp. 277 y 300 y ss. Por ej. saltarse un stop, no desinfectar el material para una intervención quirúrgica, no colocar barandillas en una obra para proteger a los obreros, son conductas que implican el conocimiento de la peligrosidad abstracta o estadística, no suficiente para el dolo, mientras que saltarse un stop cuando se acerca un coche al cruce, no desinfectar el material que se sabe que está infectado cuando se va a intervenir a alguien, colocar al obrero en un lugar en el que su supervivencia sólo depende del azar, implican el conocimiento del peligro concreto propio del dolo —p. 304, nota 78—. Lo que ya no es cierto es que uno y otro se diferencien por la referencia al resultado, la peligrosidad abstracta o estadística también se refiere siempre a un resultado, el hecho de que en el segundo se concrete un determinado objeto material nada implica respecto del resultado típico en cuya relación se establece el peligro abstracto igual que el concreto. Esta concepción del dolo plantea numerosos problemas, entre otros, por ej. parece, lo que resultaría incomprensible, que el elemento intelectual del dolo podría cumplirse con la mera previsión respecto de un elemento del tipo objetivo: el resultado —*El injusto penal...*, p. 93 y ss.—, pero por el contrario no bastaría con la previsión sino que se exigiría un conocimiento respecto del resto de los elementos objetivos del tipo, como por ej. la presencia del objeto del bien jurídico en el radio de la acción peligrosa. Quien conoce la peligrosidad estadística de saltarse un stop es porque conoce la no absoluta improbabilidad de que otro vehículo entre en el radio de su conducción y se produzca una colisión, por tanto ha previsto la posibilidad de que otro coche se acerque al cruce en ese momento. Si esto no basta para afirmar el dolo es porque se está exigiendo no la mera previsión sino el conocimiento de que otro coche se acerca al cruce, es decir, el conocimiento (no bastando la prognosis) de los elementos del tipo objetivo. FEJOO sin embargo insiste en que se trata de «un problema de correcta determinación del tipo objetivo» CPC, pp. 324 y ss. y en especial nota 121—. Para FEJOO, CPC, 1998, pp. 337 y ss. «el conocimiento abstracto de las consecuencias que a veces conllevan determinadas actuaciones no es un conocimiento del hecho típico... también en la imprudencia consciente el autor sabe que está haciendo algo no permitido y que entraña cierta peligrosidad... Sólo existe dolo si el autor llega a darse cuenta de que su actividad pone en peligro concreto a otra persona o sus bienes y, a pesar de ello, decide seguir adelante». Para FEJOO en los casos en los que el autor considera que aún tiene medios a su alcance para evitar la lesión no se representa un peligro concreto sino sólo abstracto, ya que las medidas de control y planificación son parte de la situación de peligro. Por los ejemplos que pone en la p. 340 parece que exija el conocimiento, descartando la mera previsión, de que el objeto del bien jurídico ha entrado en el radio de su acción peligrosa (dice que quien se da cuenta de que va a provocar un alud y de

JOO debería afirmar la peligrosidad *estadística* (?) de toda actividad que en el caso concreto llevó al resultado —la peligrosidad abstracta o estadística sería la de aquella parte de los factores anteriores a la

que hay personas en la ladera que pueden ser alcanzadas actúa con dolo, mientras que si sólo se da cuenta de que va a provocar un alud actúa imprudentemente, pero lo cierto es que quien provocó un alud tiene que prever al menos que pueda alcanzar a alguna persona para conocer la peligrosidad abstracta que supone provocar un alud, aunque sólo si sabe que efectivamente hay personas en la ladera conocerá la peligrosidad concreta, quien adelanta una curva sin visibilidad tendrá que haber previsto la posibilidad de que venga alguien en contra para ser consciente de la peligrosidad abstracta del adelantamiento, aunque sólo si sabe que viene alguien en contra, conocerá además el peligro concreto). En mi opinión desde una concepción meramente intelectual del dolo (es decir, rechazando un elemento volitivo) no se puede distinguir conocimiento de la peligrosidad abstracta, de la peligrosidad concreta, o de la lesión, admitiendo la mera previsibilidad, sino sólo exigiendo un conocimiento, pues por definición, el conocimiento de la peligrosidad abstracta supone siempre una previsión del peligro concreto. Quien conoce la peligrosidad abstracta de su conducta sólo puede descartar el peligro concreto si introduce nuevos factores en el juicio de peligro que descarten ya la peligrosidad abstracta (lo que por tanto no nos serviría) o si estima que mediante su dominio del curso causal conseguirán evitar la concreción del peligro, es decir, si entiende que su dominio del curso causal evitará la entrada del objeto del bien jurídico en el radio de la acción peligrosa, lo que FEIJOO rechaza, pues afirma que quien conoce la peligrosidad abstracta y no hace nada por evitarla sigue pudiendo descartar el peligro concreto. No creo que FEIJOO tenga razón en todas las críticas que hace a Armin Kaufmann —CPC, pp. 288 y ss.—, estimo que muchas de ellas se deben a una mala interpretación del autor alemán y a una insuficiente comprensión del finalismo: el fundamento material de la construcción de A. Kaufmann radica en la ausencia de finalidad típica, lo importante para A. K. no es la conciencia sobre el riesgo residual sino la conciencia sobre la capacidad de evitación —finalidad de evitación que elimina la finalidad de causación—, la relevancia de una conducta como imprudente no viene determinada por su calificación de no dolosa sino por la infracción del cuidado objetivamente debido que habrá que estudiar por separado, en su esquema no quedan supuestos de imprudencia en los que no existan medidas de evitación salvo que la imprudencia sea inconsciente, etc.). Para que el sujeto tenga dolo de peligro abstracto sólo es necesario en mi opinión que el sujeto conozca y quiera la peligrosidad de su conducta, para que tenga dolo de peligro concreto es necesario que conozca y quiera la peligrosidad de su conducta (cuenta con que la misma sea capaz de lesionar el bien jurídico) y el hecho de que el bien jurídico está entrando en el radio de acción de su conducta peligrosa, tendrá dolo de peligro abstracto pero no de peligro concreto si cree que conserva un dominio del curso causal mediante el que podrá evitar la entrada del objeto del bien jurídico en el radio de la acción peligrosa, pero de la misma manera, tendrá dolo de peligro concreto pero no de lesión si a pesar de conocer la entrada del objeto en el radio de su acción estima que todavía conserva el dominio del curso causal y que aún en esa situación podrá evitar la lesión. La construcción que aquí se comenta, en cambio, al no especificar cómo el sujeto puede tener conciencia del peligro abstracto y descartar al mismo tiempo el concreto parece suponer la incoherencia de que para algunos elementos del tipo baste la previsión (resultado), mientras que para otros se exige el conocimiento (presencia del objeto del bien jurídico), salvo que el error inicial que lleva a toda esta construcción radique en que FEIJOO no esté llamando conciencia de la peligrosidad abstracta a algo que el sujeto piense de su propia conducta, sino a una cualidad que atribuye a otras conductas realizadas dentro de la misma actividad que él practica pero no a la suya propia. Véase GIL

entrada del objeto del bien jurídico en el radio de la acción— y de esta manera tocar un timbre sería una conducta peligrosa cuando iba unido a un mecanismo que hizo explotar una bomba aunque el sujeto no lo supiera ni pudiera saberlo y sólo precisamente porque no lo sabía ni tenía obligación de saberlo no realiza el tipo subjetivo de la imprudencia. Esta construcción permite tener en cuenta los conocimientos especiales del autor igual que lo hace el topos de la previsibilidad objetiva pero no tener en cuenta, al contrario que aquél, algunos desconocimientos salvables, pues se rechaza la existencia de un deber de conocer la peligrosidad estadística aún pudiendo hacerlo fácilmente salvo que ese deber de conocer esté expresamente regulado o salvo que el sujeto disponga de motivos objetivos o indicios de la misma⁴⁶.

Sin embargo, esta última excepción no se comprende desde sus puntos de partida. Puesto que FEJOO no exige el conocimiento de esos factores o condiciones del resultado que determinan la peligrosidad (la especial constitución de la víctima, la conexión del timbre con la bomba), sino sólo el conocimiento (?)⁴⁷ de la existencia de los motivos objetivos o indicios de su existencia, ya no está operando desde el conocimiento de determinados elementos constatados ex post de un tipo objetivo, sino desde su previsión ex ante (indicios)⁴⁸. Es decir, dado que no se exige el conocimiento del factor al que esos motivos apuntan sino sólo del motivo o indicio, en el fondo no deja de tratarse de una previsión por parte del autor del factor cuya probabilidad ha sido aumentada por la constatación del motivo o indicio frente a la probabilidad estadística que podría atribuírsele de no

GIL, RDPC, 15, pp. 116-117, nota 73. En todo caso la polémica no se basa en un problema de diseño del tipo objetivo, como pretende FEJOO, sino de definición de ese elemento intelectual del dolo.

⁴⁶ *Resultado*, p. 265, *Homicidio*, p. 194.

⁴⁷ Aunque en *Resultado...*, p. 265 no aparece claro siquiera que exija el *conocimiento* sino sólo la mera *existencia* de esos motivos objetivos o indicios estimo que es aplicable aquí lo mismo que defiende FEJOO para descartar la operatividad del principio de confianza —RDPC, núm. 1 extraordinario, 2000, pp. 119 y ss.— (pues de lo contrario la incoherencia sería palmaria y la diferencia con el topos de la previsibilidad objetiva meramente nominal), es decir que el sujeto conozca los motivos y éstos sean además objetivos, sólidos y concluyentes, no bastando siquiera una intuición o un presagio. Se exige además que los motivos sean concretos no bastando los motivos estadísticos.

⁴⁸ La palabra indicio no es sino el sinónimo de dato que estadísticamente apoya o aumenta la probabilidad de un resultado. Si suministrar un determinado narcótico no se considera peligroso hasta que existen indicios de una especial sensibilidad de la víctima es porque esos indicios han elevado la probabilidad estadística de lesión —que ya existía antes pero era remota—, con lo que finalmente se trata de una cuestión de probabilidad.

darse el motivo o indicio y que no se consideraba suficiente para afirmar un deber de conocer. Tenemos, por tanto, que respecto del factor típico, se está conformando Feijoo con una previsión, si bien de alta probabilidad, de la que deriva un deber de comprobación. Finalmente, no resulta otra cosa que del conocimiento del aumento de la probabilidad de que concurra el factor típico surge un deber de conocer dicho factor.

Pero además: ¿por qué se puede afirmar que quien realiza una actividad cuyo funcionamiento y efectos desconoce no tiene obligación de conocerlos salvo que exista una reglamentación que la imponga expresamente, es decir, que no existe una expectativa normativa de que quien utiliza el transporte público, por ejemplo, sepa utilizarlo correctamente, y sí se puede afirmar, en cambio, que quien tiene motivos objetivos y concretos para *sospechar* la existencia de factores que aumentan la peligrosidad sí tiene, en cambio, la obligación de comprobarlos, aunque no exista una reglamentación expresa que la imponga? En mi opinión para responder a esto no basta con afirmar que los datos fácticos que no se encuentran al alcance de la persona no pueden ser tenidos en cuenta para imputarle un riesgo-resultado, sobre todo si dichos datos son los que convierten una conducta inocua en una conducta peligrosa⁴⁹. Pues en primer lugar esta explicación nos devuelve a la fundamentación de que quien no puede conocer no está obligado, que no es cierta ni siquiera para Feijoo⁵⁰, pero además no explica por qué sólo en algunos casos —cuando tuvo motivos objetivos para sospechar— quien sí pudo conocer está obligado, y en segundo lugar tampoco es cierto que los indicios conviertan una conducta inocua en peligrosa, salvo que se entienda por peligrosa la que supone un determinado grado de probabilidad, pues lo único que hacen es convertir una probabilidad remota en probabilidad alta⁵¹.

⁴⁹ *Resultado*, p. 257.

⁵⁰ «Para imputar un riesgo o una parte de un riesgo a una persona no es suficiente con que esa persona tenga la posibilidad de evitar una situación de peligro para un bien jurídico... Sólo se puede imputar un riesgo típico de homicidio o lesiones a una persona si ésta tiene un dominio objetivo sobre ese riesgo... Pero este dominio objetivo no se debe entender como un dominio fáctico sobre la causalidad... Se debe determinar ese dominio objetivo sobre el riesgo de acuerdo con otros criterios de imputación: la idea de la «incumbencia «o» competencia «y de la delimitación de ámbitos de responsabilidad desarrollada por JAKOBS», *Homicidio...*, p. 37 y ss.

⁵¹ Quien causa unas heridas leves sin saber que la víctima es hemofílica no es cierto que no haya realizado un peligro estadístico de muerte o que no haya podido ver que causaba un peligro estadístico. Lo que ocurre es que en ese momento el peligro estadístico nos ofrece una posibilidad remota de muerte pues la misma se condiciona

Parece que la verdadera explicación a los deberes de conocer debiera provenir quizás en el esquema de Feijoo de la idea de competencia o incumbencia que no se explica en la obra aquí recensionada sino en *Homicidio y lesiones imprudentes*⁵². Pero en ésta tampoco se nos dice nada respecto de cómo se decide la existencia o no del deber de conocer un riesgo. Sin embargo, la puesta en relación de los deberes de conocer con los criterios de competencia o incumbencia (posiciones de garantía) acaba en una cierta estandarización de los deberes de cuidado a la que FEJOO se opone⁵³. FEJOO critica la concepción de JAKOBS, de la que dice no acaba de convencer en casos límite⁵⁴, pero lo cierto es que en JAKOBS existe una explicación a los de-

a la probabilidad muy escasa pero existente de que la víctima sea hemofílica ($P(A \text{ y } B) = P(A) \times P(A/B)$). Por tanto no es cierto que no exista una relación estadística ni que el sujeto la desconozca, lo que ocurre es que la estadística nos dice que la probabilidad de lesión es ínfima y eso es lo que conoce el autor, una probabilidad de lesión ínfima de la que no surge un deber de comprobación (se trata en mi opinión de un riesgo permitido). Si añadimos datos que aumentan la probabilidad estadística del suceso condicionante: «motivos objetivos o indicios de la hemofilia de la víctima» no es que la relación estadística aparezca, sino que al aparecer como más probable la hemofilia la estadística nos dirá que aumenta a la vez la probabilidad del suceso condicionado (la muerte) y entonces surge el deber de comprobación.

⁵² Pp.39 y ss.

⁵³ Así JAKOBS, padre de la idea de la competencia o incumbencia, concluye que el rol del sujeto cuyo juicio resulta determinante ha de obtenerse por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión. Su juicio sobre el proceso, con base en reglas comunicativamente relevantes y no especulativas, es el juicio determinante. Las expectativas relativas a un comportamiento se rigen por el estándar que por lo general puede alcanzarse en esa actividad. Se trata del juicio del titular del rol que en el desempeño de ese rol puede realizar la actividad de modo socialmente adecuado. Conocimientos especiales y rol se vinculan sin embargo en los casos de competencia por organización y de competencia institucional. En dichos supuestos se dice que al autor le compete la realización del tipo. En el ámbito de la competencia por organización puede que el autor sea garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los estándares habituales de seguridad. En estos casos cualquier conocimiento obliga a desplegar una actividad en el seno del rol-concreto, a encargarse de restablecer la situación estándar pues la desviación negativa respecto del estándar ya constituye una perturbación que como garante debe suprimir el titular del ámbito de organización. En consecuencia el conocimiento y el rol quedan vinculados por medio del deber de mantener determinados estándares. La competencia en virtud de un vínculo institucional también puede suponer que forme parte del contenido de la institución una comunidad más o menos completa entre garante y favorecido que en casos límites incluye todo conocimiento que el garante tenga de modo que éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados conocimientos especiales, esta es la configuración por ejemplo según JAKOBS de la relación de los padres respecto de sus hijos sometidos a tutela. No queda claro sin embargo por qué en algunas instituciones la carencia de aptitudes supone que no se exija el estándar y en cambio en otras sí. —*La imputación objetiva*, pp. 60 a 67—.

⁵⁴ Resultado, pp. 219 y ss.

beres de conocer (el sujeto es garante de adquirir esos conocimientos por su rol o competencia y sólo los conocimientos de cuya adquisición es alguien garante generan expectativas normativas) que en FEIJOO se echa de menos⁵⁵.

En definitiva estimo que el fundamento que se da a la exigencia de conocimiento de la peligrosidad estadística: sólo si la conoce se le puede exigir que se abstenga de realizarla o si se decide a realizarla que lo haga tomando medidas adicionales que le lleven a excluir la posibilidad de lesión⁵⁶, no es suficiente. En realidad el fundamento no es aquí que el que no conoce no puede evitar, ya que podríamos responder que pudo conocer o que en otras ocasiones en que no conoció se le exigió conocer⁵⁷, este fundamento por tanto depende de otro previo que es la afirmación o no de deberes de conocer y es esto lo que en mi opinión resulta más discutible en la construcción de FEIJOO⁵⁸ y requeriría quizás una mayor fundamentación.

⁵⁵ FEIJOO admite que el rol social puede servirnos para decidir cuáles son las circunstancias que no se deben conocer —*Resultado*, p. 225—, pero no admite más allá que del rol se deriven las circunstancias que sí se debe conocer, pues ello le llevaría a la afirmación de deberes estandarizados, que es en lo que acaba JAKOBS.

⁵⁶ Pp. 262 y ss.

⁵⁷ No se le exige conocer a quien no conoce la peligrosidad estadística de la actividad, aunque hubiera podido conocerla, si no se trata de un ámbito regulado expresamente y por tanto no tiene prohibido realizarla sin cautelas, en cambio sí se le exige conocer a quien conoce la peligrosidad abstracta y toma medidas creyendo erróneamente que con las mismas ha descartado un peligro concreto pues éste sí estaba obligado a abstenerse de realizar la conducta o a realizarla con otras medidas realmente idóneas. También se le exige conocer al que emprende una actividad peligrosa desconociendo la peligrosidad abstracta pero estando establecidos legalmente unos deberes de dotarse de determinadas aptitudes o conocimientos para realizarla, y a quien desconoce los factores que determinan la peligrosidad estadística de su conducta pero tiene motivos objetivos para sospecharlos.

⁵⁸ El afirmar que sólo cuando exista una regulación expresa al respecto existe la obligación de dotarse de determinados conocimientos y capacidades para realizar una actividad peligrosa, mientras que si no existe esa regulación expresa está permitido emprender actividades peligrosas cuya peligrosidad se desconoce, no me parece convincente ni oportuno. Así por ejemplo, en el supuesto comentado en la página 257 de la anciana llegada del pueblo que por primera vez lleva a su nieto de escasa edad en transporte público, resultando el niño lesionado por el cierre de la puerta automática, podría argumentarse la existencia de un deber de conocer el funcionamiento y los riesgos del transporte público de la ciudad para poder utilizarlo. Desde la posición de WELZEL, compartida por CEREZO, la persona que no pueda observar el cuidado en una determinada actividad está obligada a abstenerse de su realización —CEREZO, *Curso II*, p. 161—. En mi opinión, la prohibición de realizar una conducta descuidada, puede cumplirse bien realizando la actividad cuidadosamente, bien no realizándola. Por tanto, es cierto que quien no pueda realizar la actividad de manera cuidadosa, está obligado a abstenerse de realizarla. Pero también desde la construcción de JAKOBS podría afirmarse que el rol de usuario de transporte público implica el conocimiento del funcionamiento de las puertas automáticas. Si FEIJOO admite en otras ocasiones

Además esta concepción del peligro abstracto o estadístico no me parece acertada⁵⁹. En realidad cuando FEJOO afirma que un sujeto no conoció la peligrosidad estadística de su conducta se refiere a que no conoció suficientes factores explicativos del resultado, por ej. porque desconocía que el timbre estaba conectado a una bomba o que la víctima padecía hemofilia. Sin embargo, cuáles de los factores constatados *ex post* como explicativos del resultado han de ser conocidos por el autor *ex ante* para afirmar el conocimiento de la peligrosidad abstracta o estadística y cuáles en cambio pueden ser meramente previstos o ni siquiera eso, no queda explicado⁶⁰. En ocasiones parece

obligaciones de comprobar o conocer no reguladas expresamente no comprendo por qué no admite un deber de informarse sobre la peligrosidad de dicha actividad antes de realizarla por el simple hecho de que no esté regulado expresamente.

⁵⁹ Una constatación *ex post* de la peligrosidad abstracta en poco podría ayudar a fundamentar que el conocimiento de la misma es lo que permite exigir un determinado cuidado al sujeto, pues para ello el sujeto debería poder conocerla en el momento de actuar, es decir, tendría que ser determinable *ex ante*. Si el sujeto conoció *ex ante* la peligrosidad abstracta de la actividad que iba a realizar es porque era determinable de alguna manera *ex ante* y no sólo *ex post*. Por lo tanto habrá que dar los criterios por los cuales se concede que el conocimiento del autor de la peligrosidad de la actividad en el momento de comenzar la acción es efectivamente el conocimiento de una peligrosidad abstracta constatable en ese momento. FEJOO añade además que la peligrosidad abstracta se refiere al conocimiento de que la conducta que se va a realizar o se está realizando es una conducta generalmente o típicamente peligrosa de acuerdo con la experiencia. Es decir, de ella se pueden derivar resultados lesivos, aunque en ese caso concreto no se relacione esa conducta con ninguna lesión. Existe una peligrosidad abstracta cuando existe una relación estadística (aunque no esté determinada) entre un cierto tipo de acciones y determinada clase de resultados —*Resultado*, p. 263 nota 784, *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 192 nota 11—. Con estas últimas explicaciones parece que finalmente está manejando dos conceptos distintos de peligrosidad estadística, uno de ellos necesariamente relacionado con la exigencia de una determinada probabilidad. Al independizar la peligrosidad abstracta de la parte de los factores típicos que explican el resultado anterior al peligro concreto y situar su conocimiento como motivo para el deber de cuidado del individuo que tiene que evitar la concreción de ese peligro abstracto o estadístico creo que FEJOO tiene que pasarse, aunque no lo quiera, a un concepto probabilístico de peligrosidad. En todo caso si pretendía mantener un concepto de peligrosidad ajeno a juicios de probabilidad y referido únicamente a una parte de los factores que explican *ex post* el resultado la denominación peligro *estadístico* es muy desafortunada pues la estadística en lenguaje matemático hace referencia siempre a la incertidumbre, a la probabilidad (Estadística: Ciencia que se sirve de conjuntos de datos para obtener, a partir de ellos, conclusiones basadas en el cálculo de probabilidades). Sin duda la utilización del término «estadística» para definir una peligrosidad que se quiere definir sin referencia a la probabilidad es sumamente perturbadora pues al final parece que FEJOO inconscientemente o al menos sin reconocerlo estuviera equiparando peligro estadístico con una determinada probabilidad que no nos dice cuál es pues ni siquiera la reconoce, y desde luego esta equiparación sería totalmente falsa: véase la nota 51.

⁶⁰ Este déficit es por otra parte común en las concepciones que pretenden distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente mediante la referencia del cono-

que FEIJOO se inclina por exigir el conocimiento de todos los factores que por sí mismos serían suficientes para explicar el resultado hasta la entrada en el radio de acción del objeto del bien jurídico siendo esto último lo que queda para el peligro concreto, pero lo cierto es que esta concepción (que no puede explicar la tentativa inacabada y los actos preparatorios) se ve contradicha por algunos de los ejemplos propuestos por FEIJOO. Si no desinfectar el material quirúrgico se considera peligroso es porque se supone la posibilidad de que el mismo sea utilizado en una intervención, el juicio sobre su peligrosidad exige añadir la hipótesis de que ese material sea luego utilizado para operar, es decir exige añadir otros factores anteriores a la entrada del bien jurídico pues un objeto del bien jurídico no va a entrar en el radio del material quirúrgico a menos que alguien lo vuelva a llevar a una sala de operaciones y se lo entregue al cirujano para que lo utilice; dejar una pistola cargada en un lugar donde la pueden alcanzar los niños⁶¹ exige introducir la hipótesis no solo de que el niño se acerque a la pistola sino de que la tome y la dispare, para poder afirmar su peligrosidad, por mucho que el niño se pasee delante de la pistola resulta imposible su lesión si no se añade ese factor no conocido en el momento en que se deja la pistola, sino solamente previsto, de que sea disparada, y de la misma manera el examen de la peligrosidad de tocar un timbre exigirá añadir la posibilidad de que el timbre estuviese conectado a una bomba. Si en los primeros supuestos se afirma la peligrosidad y en el último no, a pesar de que en ambos los factores elegidos por sí solos no pueden explicar el resultado a falta únicamente de la entrada del objeto del bien jurídico en el radio de la acción sino que es necesario en todos los casos añadir otros factores, quizás sea porque la probabilidad de que se den esos factores que faltan sea estadísticamente muy alta en los primeros casos y muy escasa en el último. De ser esta la explicación se confirmaría que la teoría de FEIJOO no puede cumplir como él pretende los fines del topos de la previsibilidad objetiva. Para evitar esta conclusión hubiera sido deseable que FEIJOO explicara en este lugar qué factores se consideran suficientes para afirmar la peligrosidad abstracta, quizás desde la idea de incumbencia, si es que ello es posible.

Con la exigencia del conocimiento de la peligrosidad abstracta o estadística de la conducta y la afirmación de la inexistencia de deberes generales de conocer surge el problema de los sujetos que realizan una conducta peligrosa sin tener los conocimientos o capacida-

cimiento del sujeto a una parte de los factores típicos explicativos del resultado (STRUENSEE, ADP, 1987, p. 423 y s.; CUELLO CONTRERAS, PG, pp. 530 y s.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Teoría del delito imprudente).

⁶¹ Este ejemplo no es de FEIJOO, el anterior sí lo era.

des necesarias. FEJOO responde a esta cuestión que el Derecho puede tolerar perfectamente, ya que no se ve afectado, que ciertos ciudadanos dispongan de un horizonte limitado de conocimientos y experiencias, y siempre que no exista un deber de tener conocimientos especializados deberá concluirse que no han infringido el cuidado debido, no se les podrá imputar la lesión causada por el riesgo creado sin posibilidad de conocerlo⁶². Cuando minimiza la gravedad de este problema está pensando en que un ciudadano normalmente socializado conocerá generalmente los riesgos estadísticos o abstractos de las actividades que realiza por lo que sólo un escaso número de personas de socialización muy extravagante carecerá por tanto del deber de ser cuidadoso con la actividad cuya peligrosidad desconoce⁶³. Esta conclusión no me parece asumible, supone un grave quebranto para la protección de bienes jurídicos y desconoce el hecho de que cualquiera puede cumplir la prohibición de actuar descuidadamente simplemente absteniéndose de realizar la actividad peligrosa⁶⁴. Frente a esta respuesta no puede ser argumento que para ello es preciso que el sujeto tenga una mínima posibilidad de conocer⁶⁵ cuando en otras ocasiones se están afirmando deberes de conocer, además de que posibilidad de conocer no es lo mismo que conocer.

Sin embargo, como ya he comentado, FEJOO reconoce la existencia de ámbitos con una regulación extrapenal, en los que todo el esquema que vengo comentando varía absolutamente, pues por un lado admite un ámbito de riesgo permitido establecido legalmente que restringe lo debido respecto de lo individualmente evitable, y por otro se reconoce la existencia de deberes establecidos legalmente de dotarse de capacidades y conocimientos para realizar la actividad en cuestión (lo que no puede entenderse más que como un deber objetivo o estandarizado) y ello le permite el castigo (sólo en éstos ámbitos) de la imprudencia por asunción⁶⁶, es decir, se castiga pese al des-

⁶² Véase *supra* la nota 58.

⁶³ Explicación dada por el autor en las conversaciones mantenidas sobre su obra con quien escribe esta reseña.

⁶⁴ CEREZO, *Curso II*, p. 161

⁶⁵ Resultado p. 256.

⁶⁶ Este adelantamiento del momento imprudente a la infracción de un deber previo de dotarse o de mantener unas determinadas capacidades, conocimientos etc. para realizar determinadas actividades es argumento común entre los defensores de un deber subjetivo de cuidado, que el resto de la doctrina interpreta como una contradicción. Véase SCHÜNEMANN, *Schaffstein - Fs*, pp. 167-168; CEREZO, *Curso II*, p. 162. FEJOO argumentará que no existe incoherencia porque la suya no pretende ser una construcción subjetiva sino una en la que es el ordenamiento el que decide cuándo se toman en cuenta los conocimientos y cuándo no o cuándo existe un deber de conocer, pero lo cierto es que, como veremos, para fundamentar el castigo de la imprudencia

conocimiento de la peligrosidad estadística porque aquí sí existía un deber de conocer esa peligrosidad y también se castiga a quien conociendo la peligrosidad estadística de la actividad permitida «no prestó el estándar de cuidado o no compensó el riesgo que creaba con otras medidas» aunque el sujeto no «tuviera un mínimo conocimiento de la especial peligrosidad de su conducta» por no cumplir con las exigencias establecidas legalmente para el desarrollo de la actividad⁶⁷.

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina la incoherencia que supone defender un deber subjetivo de cuidado (elaborado conforme a los conocimientos y capacidades individuales) e incluir luego límites objetivos tanto al deber subjetivo de cuidado como a la ausencia de éste mediante el reconocimiento del ámbito de riesgo permitido y de la imprudencia por asunción⁶⁸, pero la construcción de FEIJOO aparentemente se salvaría de esta incoherencia, pues en su opinión él no establece realmente un deber subjetivo de cuidado, sino que es el ordenamiento el que determina en cada caso lo que sujeto debe o no conocer y por tanto en su esquema se sigue enjuiciando la conducta conforme al mismo criterio: el sujeto que está motivado a cumplir la norma no habría tomado esa decisión. Sin embargo la coherencia se puede defender únicamente mientras nos situamos en el ámbito de las formulaciones circulares vacías el contenido. En el momento en que en esa fórmula general mediante la que se enjuicia la antijuridicidad y que en apariencia había quedado intacta se concreta el contenido de las normas para cuyo cumplimiento se supone motivado al sujeto vemos que ya no es posible mantener la unidad. Es decir, volvemos al problema denunciado inicialmente de cómo se fundamenta en unos casos el deber objetivo, estandarizado, de conocer y en otros no. Porque si los conocimientos superiores son relevantes para determinar el cuidado debido, ello es porque en ocasiones la norma dice organízate de manera que procures evitar resultados, y a la vez ello supone que quien no conoce la peligrosidad abstracta y hubiera querido evitar resultados hubiera actuado igual, pues no existe un de-

por asunción es preciso variar el contenido de la norma de cuidado con referencia a la cual se decide lo injusto mediante el criterio de lo esperable del ciudadano motivado a cumplirla y tampoco se nos ofrece un criterio uniforme para decidir cuándo el ordenamiento exige que se conozca y cuándo no salvo el meramente positivista que luego no siempre se sigue.

⁶⁷ *Resultado*, pp. 290 y ss. *Homicidio*, p. 206. Ejemplo tomado de esta última obra: un conductor se distrae mientras conduce porque va discutiendo con su mujer y no ve que se salta un semáforo. El sujeto es consciente de la peligrosidad que supone conducir pero no es consciente de la especial peligrosidad de saltarse un semáforo porque no presta la atención continua que el conducir exige.

⁶⁸ Véase por todos CEREZO, *Curso II*, p. 162.

ber de conocerla. Sin embargo, para fundamentar la imprudencia por asunción es necesario cambiar la norma y añadir otra que diga además: «y para realizar esta actividad antes infórmate y capacítate», y entonces el enjuiciamiento sobre si un comportamiento se corresponde con el de una persona motivada a respetar las normas incluye que tal persona se hubiera informado y capacitado, y además en los ámbitos de riesgo permitido la norma dice «controla el riesgo para mantenerlo en unos límites mínimos inevitables para la realización de la actividad socialmente útil», donde el enjuiciamiento de la decisión del autor como la correspondiente a alguien motivado a cumplir la norma ya no se referirá a lo que haría el sujeto si quisiera evitar resultados sino a lo que haría el individuo conocedor de la peligrosidad abstracta de su conducta que quisiera evitar que la misma se convirtiera en un peligro concreto pero sin dejar de realizar la actividad. Lo que resulta extraño para alguien acostumbrado a buscar el contenido de las normas es que en este sistema no sea posible hallar una manera general de determinarlo pues unas veces es estandarizado y otras no. En definitiva, lo que me pregunto es por qué FEJOO habiendo reconocido que en la actualidad tiene mucha más importancia la planificación de riesgos que el puro deber de evitar cualquier tipo de peligro⁶⁹, habiendo asumido la adecuación social como criterio que delimita un riesgo permitido, admitido por el Derecho como parte integrante del orden social en beneficio de la libertad general de actuación, y habiendo concedido que no es necesario considerar el deber de cuidado como mera evitación de conductas peligrosas⁷⁰, sigue defendiendo que en general la norma obliga a hacer lo necesario para evitar resultados, y no admite, en cambio, como hizo JAKOBS⁷¹ una cierta estandarización de las normas de cuidado que dejaría abierta la posibilidad de admitir ámbitos de riesgo permitido en todos los casos reduciendo el tipo objetivo a la conducta descuidada. La renuncia de FEJOO a suscribir el criterio del rol para seleccionar los conocimientos y capacidades relevantes está justificada por las consecuencias inadmisibles a las que llega JAKOBS en los casos de conocimientos especiales ajenos al rol. Sin embargo, el prescindir de criterio alguno que permita una cierta estandarización del cuidado lleva a la contradictoria constatación de que en unos casos sí que existen deberes objetivos o estandarizados⁷² mientras que en otros no.

⁶⁹ *Resultado*, p. 289

⁷⁰ P. 289.

⁷¹ *La imputación objetiva...*, pp. 52 y ss.

⁷² Tanto para imputar a quien no conocía la peligrosidad estadística (imprudencia por asunción) como para excluir la imputación de quien sí conocía la peligrosidad estadística (riesgo permitido). En éste último caso aunque FEJOO niegue la relevancia

En el capítulo IV estudia FEIJOO el instituto del riesgo permitido, al que únicamente concede relevancia en el delito imprudente, no en el doloso, y que enmarca en el tipo subjetivo para dejar intacta su premisa de que el delito doloso y el imprudente compartirían un mismo tipo objetivo consistente en la creación de riesgos⁷³. En este capítulo incluye como riesgos permitidos los supuestos de *adecuación social* («riesgos con legitimidad histórica»), los riesgos en ámbitos con reglas jurídicas de cuidado y el principio de confianza. Desgraciadamente en un comentario de este tipo no podemos detenernos en la discusión pormenorizada del tratamiento y los ejemplos propuestos para cada una de estas categorías, aunque ello resultaría interesantísimo⁷⁴. Pero por necesidad de abreviar voy a centrarme exclusi-

directa de las normas extrapenales de cuidado y siga exigiendo que cada uno haga lo necesario para evitar que el peligro estadístico se concrete, que duda cabe que una de las posibilidades de evitar la concreción era dejar de realizar la actividad, por lo que si se excluye esta posibilidad de los deberes del autor se están introduciendo límites objetivos al deber subjetivo o, como seguramente preferirá FEIJOO, se están introduciendo límites estandarizados a un supuesto deber no estandarizado.

⁷³ Sin embargo admite algunos supuestos muy escasos en los que el riesgo permitido afecta ya al tipo objetivo (por tanto igual en el delito doloso que en el imprudente). Se trata de los pocos riesgos en las sociedades modernas con respecto a los que no existe nunca un deber de evitación como por ej. el contagio de algunas enfermedades como la gripe, que es indiferente que se sepa con seguridad que se está contagiando ya que no existe ningún deber de evitar contactos personales para no transmitir enfermedades por vía aérea. (Aunque esta explicación no aparece tan clara en la p. 280 de *Resultado...* es la opinión del autor dada a quien escribe como aclaración en conversaciones sobre su postura). En mi opinión la decisión de que el riesgo permitido debe excluir ya el tipo objetivo es la correcta, pero como veremos más adelante, debería extenderse a todos los casos.

⁷⁴ Por sólo mencionar uno de los interesantísimos puntos de discusión que se plantean quiero llamar la atención sobre la enérgica defensa que hace FEIJOO de la independencia de las normas de cuidado penales y la normativa extrapenal, cuya infracción en su opinión no es más que un indicio, por supuesto desvirtuable, de la infracción de la norma penal —pp. 297 y ss.—. Esta conclusión a la que le lleva su rechazo a la admisión de deberes de cuidado objetivos o estandarizados no es en mi opinión sostenible, no sólo porque, en contra de lo que mantiene FEIJOO, vivimos en una sociedad en la que prácticamente todas las actividades peligrosas se hallan cada día más minuciosamente reguladas y protocolizadas, sino porque además debemos entender que las normas de cuidado extrapenales desde luego marcan la frontera entre el riesgo permitido y el no permitido por una mera cuestión de unidad del ordenamiento jurídico, de manera que lo permitido por el código de circulación o por la *Lex Artis* no puede estar prohibido por el Derecho penal, y lo prohibido por estas normas no puede estar permitido por el Código penal. A partir de ahí, qué infracciones del cuidado debido merecen ser consideradas ilícito penal y no mero ilícito civil o administrativo viene marcado no sólo por la exigencia del resultado que aumenta ya lo injusto del hecho, sino también por determinadas exigencias de gravedad de la infracción del cuidado incorporadas al tipo. Y por otra parte el hecho de que no todas las situaciones posibles dentro de una actividad reglada se encuentren expresamente reguladas no invalida lo dicho anteriormente, sino, en mi opinión, sólo indica que

vamente en los problemas generales de la construcción dejando la discusión de los detalles para otra ocasión.

Lo primero que en mi opinión llama la atención es la ubicación del riesgo permitido. Su inclusión en el tipo subjetivo como límite al deber de evitar riesgos: el cuidado debido no es ya todo el cuidado posible para el autor sino el cuidado mínimamente necesario en la vida social⁷⁵, y mínimamente necesario no es ya lo necesario para evitar resultados sino lo que limite los riesgos a pesar de subsistir una peligrosidad estadística y a la vez facilite la realización de actividades útiles a la sociedad. Esto no sólo supone aceptar estandarizaciones del deber de cuidado en contra de la pretensión inicial de FEIJOO, sino que además es sumamente discutible. La explicación al instituto del riesgo permitido en la idea de limitar las prohibiciones de actuar para facilitar la realización de actividades socialmente útiles admitiendo un resto de riesgo me parece acertada. Pero estimo que para FEIJOO esta limitación debería volver a reflejarse tanto en el tipo objetivo como en el subjetivo. El tipo objetivo, según afirmó en otro lugar, coincide con la norma de valoración, es decir recoge los hechos desvalorados en general por el legislador, como presupuesto de la norma de determinación, es decir, de la primera se derivan los deberes de no realizar esos hechos⁷⁶. Por ello, para los casos de riesgo permitido tiene que afirmar FEIJOO que lo permitido es la actividad estadísticamente peligrosa pero socialmente útil (conducir un vehículo, practicar una operación quirúrgica...) pero sigue existiendo un deber de planificar cuidadosamente esa actividad, es decir, en este

para las situaciones no reguladas habrá que idear criterios objetivos de actuación inspirados en los mismos principios que para las situaciones regladas. No puede admitirse que por el hecho de que el legislador no pensara en una determinada contingencia, de producirse ésta, el sujeto pierda de pronto toda posibilidad de realización de la actividad que otorga la tolerancia de un determinado riesgo en su realización y pase sin más a tener que hacer todo lo posible por evitar un resultado lesivo lo que conllevará normalmente que deje de realizar la actividad. Lo razonable sería en estos casos exigir que el sujeto limitara la mayor peligrosidad de la situación no prevista al riesgo residual permitido en el resto de situaciones previstas en la regulación, es decir, marcar de nuevo un cuidado objetivo. En cambio, FEIJOO pretende que en estas actividades con normas extrapenales siga exigiéndose un cuidado subjetivo pero limitado objetivamente. La regulación extrapenal nos demostraría que está permitida la realización de la actividad estadísticamente peligrosa, lo que supone ya un límite al deber subjetivo de cuidado, pero a partir de esta constatación el deber de evitar que ese peligro estadístico se convierta en un peligro concreto se establece según FEIJOO de nuevo de manera subjetiva y con absoluta independencia de lo señalado por las reglas extrapenales, pero con el límite objetivo de que las medidas de cuidado adoptadas permitan el desarrollo de la actividad útil.

⁷⁵ P. 267

⁷⁶ *El injusto...*, p. 91.

caso ya no es el deber de hacer lo imprescindible para evitar un resultado (incluyendo el no realizar la actividad) sino de controlar un peligro abstracto (permitido) para que no se convierta en un peligro concreto (por tanto sólo deber de tomar las medidas necesarias para evitar que el peligro se concrete). Estimo que en estos casos por tanto FEJOO ha tenido que variar tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo⁷⁷ respecto de los supuestos sin ámbito de riesgo permitido. En realidad, no está muy claro en *Resultado...* si FEJOO excluye la peligrosidad abstracta o estadística ya del tipo objetivo. Lo cierto es que así debería ser dada su definición del tipo objetivo y la relación que establece entre éste y el tipo subjetivo⁷⁸. Lo contrario supondría haber aceptado un tipo objetivo que no genera deberes ni expectativas para nadie y la creación de un tipo subjetivo que no se corresponde con ese tipo objetivo. Si FEJOO afirma que ciertas actividades están toleradas en general lo lógico es sacarlas ya del tipo objetivo⁷⁹. Sin embargo, cuando FEJOO explica que la relevancia del instituto del riesgo

⁷⁷ Pero entonces no se comprende muy bien que FEJOO limite el instituto del riesgo permitido al delito imprudente pues al menos en la parte que afecta al tipo objetivo sería según su concepción común para ambas clases de delitos.

⁷⁸ Para explicar la distinción entre el tipo objetivo y el subjetivo argumentó en otro lugar —*El injusto penal ...* pp. 91 y ss— con base en la distinción entre norma y deber, que de la norma de valoración surge el deber de no realizar o de realizar determinadas conductas, que es a lo que se llama la norma de determinación (mandatos y prohibiciones) pero añadía, citando a Armin KAUFMANN, y su teoría de la concreción de norma en deber, que estos deberes no son uniformes sino que dependen de las circunstancias personales y de la situación. (Por cierto que en mi opinión esta utilización de la doctrina de Armin KAUFMANN es equivocada y desvirtúa completamente su significado. KAUFMANN exigía para la concreción de norma en deber no la capacidad para cumplir con lo prescrito en la norma sino la capacidad para realizar el delito). El tipo objetivo se corresponde para FEJOO con la desvaloración general del legislador mientras que el tipo subjetivo o imputación personal supone afirmar la infracción de un deber. Si bien los conocimientos o facultades especiales podrían tenerse en cuenta según este esquema en el tipo subjetivo, en cambio las limitaciones al deber de cuidado que no dependen de circunstancias personales ya no puede argumentarse que correspondan a ese paso de la norma al deber sino que al contrario, si son generales, debe admitirse que limitan ya a la propia norma y no son por tanto una cuestión del tipo subjetivo sino del propio tipo objetivo. Y más aún cuando el fundamento de esa desvaloración por la norma reside según FEJOO en suponer perturbaciones insoportables para la vida social —*El injusto*, p. 91—, mientras que la justificación del riesgo permitido está precisamente en su valoración como tolerable por los beneficios que comporta esa actividad —*Resultado*, pp. 267 y ss.—. Parece evidente que lo valorado debe quedar fuera de la norma de (des-)valoración y por tanto también del tipo objetivo

⁷⁹ Como afirma JAKOBS, los comportamientos que crean riesgos permitidos... no realizan tipo alguno, pues quien actúa dentro del riesgo permitido no defrauda ninguna expectativa. —*La imputación objetiva en Derecho penal, ad hoc*, Buenos Aires, 1997, pp. 49 y 50—. Para JAKOBS el riesgo permitido excluye el tipo objetivo y por ello es aplicable tanto al delito doloso como al imprudente —PG, pp. 245 y ss.—.

permitido, tal y como él lo concibe, se limita al marco de los delitos imprudentes, esto ya no aparece tan claro, pues afirma que sólo utiliza esta denominación para aquellos supuestos en los que no se le impone una pena al creador o al garante de un riesgo porque se ha comportado con el cuidado mínimo necesario en el tráfico social⁸⁰, con lo que da la impresión de que se está refiriendo sólo al tipo subjetivo. Sin embargo, dado que esa reducción del riesgo permitido a un problema de tipo subjetivo daría lugar a una extrañísima construcción en la que se afirmarían un tipo objetivo que recogería riesgos no desvalorados que no generarían deberes ni expectativas, resulta, en mi opinión, preferible interpretar la construcción de FEJOO en el primer sentido propuesto. En tal caso, el tipo objetivo de los delitos imprudentes con ámbitos de riesgo permitido dejaría fuera la realización de la peligrosidad abstracta (no sólo permitida, sino ni siquiera desvalorada), consistiendo sólo en la parte de las condiciones que permiten explicar el resultado referidas a la creación de un peligro concreto. Debe recordarse que FEJOO no entiende por riesgo lo mismo que la doctrina mayoritaria. Para él el riesgo no es un pronóstico, no es una probabilidad de lesión determinada *ex ante*, sino que la definición de riesgo en el tipo objetivo (como objeto de referencia del dolo y de la imprudencia) se realiza *ex post* y es el conjunto de condiciones que nos permiten explicar el resultado. Sin embargo, esta definición es difícilmente compatible con todo lo dicho anteriormente, pues no es posible explicar el resultado sin tener en cuenta como condición también la actividad abstractamente peligrosa pero no desvalorada, la actividad permitida en la que se enmarca la conducta descuidada, lo que nos devolvería al tipo objetivo la parte de los factores explicativos del resultado relativa a la peligrosidad abstracta, es decir, la actividad no desvalorada, incurriendo en un contrasentido. En mi opinión la solución pasa por admitir que lo tolerado no es la actividad (conducir) sino la realización de determinadas conductas en el marco de esa actividad sujetas a concretas cautelas (conducir a una determinada velocidad). Pero ello nos lleva de nuevo a deberes estandarizados en contra de lo que pretende FEJOO y además a admitir la distinción del tipo objetivo en el delito doloso y en el imprudente.

Tiene razón FEJOO en que los problemas de riesgo permitido que está tratando no tienen que ver con la imputación de resultados sino con la infracción del deber de cuidado⁸¹, pero no porque no se pueda afirmar una infracción personal, sino porque no existe deber de cui-

⁸⁰ Resultado, p. 277

⁸¹ P. 277

dado en general, es decir, en mi opinión debería negar ya el tipo objetivo. Parte para llegar a esta afirmación de que el riesgo permitido va referido a la peligrosidad abstracta o lejana de ciertas conductas, es decir, a supuestos en los que las víctimas no se encuentran individualizadas. Esta premisa la encontramos también en JAKOBS⁸², pero al contrario que FELJOO, el profesor alemán, para quien el riesgo permitido es una cuestión de tipo objetivo, admite que lo cuidadoso viene ya determinado por las normas que regulan la actividad, mientras que el español opina que la infracción de las normas de cuidado extrapenales supone sólo un indicio que puede ser desvirtuado si el autor ha adoptado como precaución otras medidas para compensar su comportamiento contrario al Derecho administrativo⁸³. En mi opinión la visión de JAKOBS es más acertada, pues las normas que regulan los límites de velocidad, por ejemplo, no permiten conducir tomando medidas que compensen el mayor peligro de conducir a velocidad excesiva, sino que prohíben conducir a más de una determinada velocidad y la norma que obliga a conducir por el carril de la derecha no obliga a tomar medidas para compensar el mayor peligro que supone con-

⁸² *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 48. En mi opinión esta afirmación es correcta pero tiene otra explicación: la permisión de la realización de determinadas actividades cumpliendo unas cautelas ordenadas con la finalidad de limitar la peligrosidad de la actividad permite la realización de acciones en las que subsiste un resto de riesgo consistente en la mayoría de los casos en una posibilidad remota de que aparezcan factores que conviertan la actividad en más peligrosa. Sin embargo cuando los datos fácticos señalan que ya no estamos ante una posibilidad remota sino que la aparición de esos factores es un riesgo más grave, la situación ya no pertenece al ámbito de regulación de la norma de cuidado anterior sino que constituye el presupuesto de aplicación de otra norma de cuidado distinta. Así por ejemplo, el límite de velocidad en los cascos urbanos admite el riesgo remoto de que alguien salte de pronto a la calzada. Pero la existencia de datos fácticos que convierten ese riesgo en uno ya no remoto sino mucho más probable, como por ejemplo la presencia de niños jugando en la acera, hace que la norma de cuidado aplicable ya no sea el límite de velocidad general si no aquella otra también recogida en el código de circulación que obliga a disminuir la velocidad a la necesaria para poder detener el vehículo si se da la probable eventualidad de la irrupción de los niños en la calzada. Véase Gil Gil, *Reflexiones...* p. 51

⁸³ *Resultado*, p. 287. Expresamente en contra de esta posibilidad en los ámbitos de normas de cuidado fijadas jurídicamente, JAKOBS, *La imputación objetiva...*, pp. 54 y ss. En cambio, opina que la cuestión difiere respecto de las normas no fijadas jurídicamente y por ej. quien construyó un muro con un grosor menor de lo habitual entre los técnicos en la materia, sigue actuando de modo permitido si a la vez utiliza un material con una resistencia mayor. En mi opinión, en cambio, la solución dada al ej. no difiere, pues se tratará o bien de que la *lex artis* de la construcción permite esa práctica o bien si la actividad no está regulada por la *lex artis*, que es una conducta conforme con lo que haría un técnico en la misma materia cuidadoso. En cambio, si la *lex artis* o el técnico cuidadoso estimaran que la construcción de un muro de menor grosor con un material de mayor resistencia no es suficiente para limitar el peligro (como sí lo era, en cambio la construcción del muro más grueso), la conducta sería contraria al cuidado debido.

ducir por el carril izquierdo para quien decida conducir por la izquierda, sino que prohíbe conducir por la izquierda.

En realidad, en mi opinión, la introducción de todos estos límites normativos objetivos a los deberes subjetivos de cuidado pone de manifiesto precisamente la imposibilidad de establecer de manera subjetiva el deber de cuidado.

La tercera parte de la obra se dedica al análisis de los criterios del «fin de protección de la norma de cuidado» y del «alcance del tipo» como criterios de imputación del resultado y de limitación del tipo objetivo respectivamente. En el capítulo V FEIJOO intenta adaptar el primero de los criterios a su construcción transformándolo en que el resultado debe ser la concreción de los factores de riesgo conocidos por el autor o que debía conocer o planificar⁸⁴ y rechaza la teoría del aumento de riesgo. Se plantea también el problema de la concurrencia de culpas. A continuación rechaza de forma contundente el criterio de «la conducta alternativa adecuada a Derecho» como criterio de imputación de resultados.

Por último, en el capítulo VI, analiza Feijoo el criterio del alcance del tipo⁸⁵ que distingue del criterio del fin de protección de la norma. En su opinión el criterio del alcance del tipo engloba ciertas cuestiones que pueden ser relevantes para limitar la responsabilidad penal por imprudencia pero que tienen que ver más bien con una interpretación teleológico-restrictiva de determinados tipos penales. Afirma que no se trata ya de una cuestión referida a las exigencias de la norma de cuidado sino de criterios interpretativos como la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad o el principio de auto responsabilidad en relación con los delitos que protegen bienes jurídicos individuales, la idea de incumbencia o competencia de la víctima, o la delimitación de ámbitos de responsabilidad. En definitiva, se trata de cuestiones que afectan al tipo objetivo y no a la imputación subjetiva. En mi opinión, en realidad esta distinción entre ámbito de protección de la norma y alcance del tipo no tiene sentido pues no se explica el papel de los criterios de restricción del tipo respecto de la norma, y los temas que se engloban en el criterio «alcance del tipo», según terminología ideada por ROXIN, deben solucionarse exclusivamente aplicando el criterio del fin de protección de la norma, que es el que nos indica el alcance de la norma que subyace al correspondiente tipo. Si FEIJOO necesita de otros criterios ajenos al del fin de protección de la norma es precisamente por haber desligado el tipo objetivo (creación de riesgos) del contenido de la norma de determinación. En cambio, desde mi perspectiva, por ej. cuestiones relativas a

⁸⁴ Pp. 323 y ss.

⁸⁵ Pp. 339 y ss.

comportamientos u omisiones de la víctima, resultados distanciados temporalmente de la creación del riesgo, etc. deben solucionarse atendiendo al fin de protección de la norma infringida o incluso antes ya simplemente negando la infracción de una norma de cuidado. Por ello estimo que no es necesario acudir a otros criterios como el de auto-responsabilidad, o el de competencia preferente, que han sido ideados para solucionar problemas como los de favorecimiento de auto-lesiones o auto-puestas en peligro, pues estos problemas en la mayoría de los casos se solucionan negando ya la conducta imprudente, sin necesidad de preguntarse por la posterior imputación de un resultado⁸⁶, en otras ocasiones, en cambio, la conducta será imprudente y el resultado imputable, y otros supuestos deberán ser solucionados a través del consentimiento como causa de exclusión del tipo o como causa de justificación⁸⁷. Si una parte de la doctrina no lo ha visto y ha necesitado de estos límites al tipo objetivo ha sido precisamente por no comenzar la construcción del delito imprudente por la determinación de la conducta prohibida, la conducta contraria al cuidado debido, confundiendo conducta típica (tipo objetivo) con conducta peligrosa y olvidando que hay gran cantidad de conductas peligrosas que no son típicas.

En conclusión, como habrá comprobado el lector paciente que haya llegado hasta aquí, con esta magnífica y documentadísima obra de Bernardo FEIJOO la polémica en todos los puntos importantes de la construcción del delito imprudente está servida. Felicitemos a su autor y felicitémonos todos de contar con otro y extraordinario pretexto para seguir haciendo una de las cosas que más nos gusta: discutir de Dogmática penal.

ALICIA GIL GIL
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

⁸⁶ Así, por ej. hacer escalada o favorecer que otros hagan escalada es en principio una conducta lícita, no infringe ninguna norma de cuidado, aunque sea peligrosa, se trata de un «riesgo permitido», y lo mismo se puede decir de favorecer el toreo, las actividades circenses, los deportes de riesgo, etc., siempre, por supuesto, que se no se favorezca un ejercicio inadecuado de estas actividades o por personas no preparadas, lo que convertiría a ese favorecimiento en una conducta peligrosa ya no tolerada por el ordenamiento, en una «conducta descuidada».

⁸⁷ Véase CEREZO MIR, *Curso II*, pp.107 y ss. Y ello no supone ni una comprensión de los tipos meramente causal, ni hacer responder al autor por otra cosa que por lo que hace (como pretende FEIJOO, *Resultado*, p. 345) pues conducir a una velocidad excesiva o en estado de embriaguez, por ej., son en nuestro ordenamiento conductas prohibidas, sin que pueda excluirse la imputación del resultado de lesiones del copiloto por el hecho de que éste consintiera en superar los límites de velocidad.