

EFICACIA DE LA IMPUTACIÓN “OBJETIVA”. SU APLICACIÓN A LA SOLUCIÓN DE CASOS TRADICIONALES Y ACTUALES*

THE EFFECTIVENESS OF “OBJECTIVE” IMPUTATION AND ITS APPLICATION TO THE SOLUTION OF TRADITIONAL AND ACTUAL CASES

Mirentxu Corcoy Bidasolo**
Universidad de Barcelona

Given the traditional views that demonstrate causation in criminal facts, the renowned authoress of this article discusses a new approach to achieve this goal: the theory of objective imputation.

How is this theory implemented in real-life cases? What normative standards guide this theory? Is it effective to solve criminal conflicts? These are some of the questions the authoress looks up to answer through her argumentation and her demonstration of case studies.

KEY WORDS: *Criminal Law; objective imputation; causality; normative standards; risk relation; prohibition of return.*

Ante las posturas tradicionales que demuestran la causalidad en un hecho penal, la reconocida autora del presente artículo explica un nuevo criterio para conseguir este fin: la teoría de la imputación objetiva.

¿Cómo aplica esta teoría a casos de la vida real? ¿Qué criterios normativos guían esta teoría? ¿Qué tan eficaz resulta ser para solucionar conflictos penales? Estas son algunas de las preguntas que la autora busca responder mediante su argumentación y su demostración de casos prácticos.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Penal; imputación objetiva; causalidad; criterios normativos; relación de riesgo; prohibición de regreso.*

* El presente artículo se encuentra basado en la ponencia impartida el 16 de octubre de 2015 en el V Seminario Internacional Profundizado de Derecho Penal, llevado a cabo en la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina.

** Abogada. Doctora en Derecho. Ex magistrada de la Audiencia Provisional de Barcelona. Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona (UB). Directora del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales de la UB. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho. Coordinadora del Postgrado en Derecho Penal de la UB y de la Universidad Pompeu Fabra. Contacto: mcorcoy@ub.edu.

I. INTRODUCCIÓN

- a) La insuficiencia de los criterios clásicos de causalidad para establecer una relación entre conducta y resultado, que permita seleccionar los hechos con relevancia jurídico-penal y punibles de los que no lo son, han sido puestas de relieve por los defensores de la teoría de la imputación objetiva, que introduce criterios normativos para sustituir los criterios ontológicos de la relación causal.
- b) Antes de entrar a analizar los casos en los que se ha planteado la insuficiencia de la causalidad es necesario que, de forma absolutamente telegráfica, plantee el concepto de imputación objetiva, que entiendo es el adecuado en orden a respetar tanto el principio de responsabilidad subjetiva como el principio de lesividad o antijuridicidad material¹.

Con esta finalidad, es necesario diferenciar entre presupuesto de imputación objetiva e imputación objetiva en sentido estricto. El presupuesto de la imputación objetiva implica el análisis sobre el injusto típico, desde una perspectiva *ex ante*, requiriendo la creación, o no control teniendo el deber jurídico de hacerlo, de un riesgo no permitido, idóneo y suficiente para afectar el bien jurídico penal protegido. En el aspecto subjetivo hay que probar la concurrencia de dolo o de imprudencia².

- c) En orden a concretar el riesgo típico es necesario, además, y también desde una perspectiva *ex ante*, la relación de autoría³. Es decir, hay que probar que ese riesgo ya definido como típico, doloso o imprudente, se puede atribuir a un solo sujeto, a varios conjuntamente, o a varios no relacionados entre sí (autoría accesoria). Sólo de esta forma se configura el riesgo típico atribuible a uno o varios sujetos (coautoría o autoría y participación), y sólo en ese momento se analizará la concurrencia de relación de riesgo con el

resultado, desde una perspectiva *ex post*. Es decir, se aplicarán, desde una perspectiva objetiva y *ex post*, los criterios de la imputación objetiva en sentido estricto, del incremento del riesgo y la finalidad de protección de la norma, al que sumaría el de la no evitabilidad *ex post* del resultado.

- d) La imputación objetiva en sentido estricto surge para tratar de restringir y normativizar la relación de causalidad⁴. No obstante, por parte de un sector de la doctrina y, muy especialmente, de la jurisprudencia, la referencia a la imputación objetiva ha servido para eludir la prueba de los hechos. En otras palabras, la imputación objetiva no debería ser utilizada fraudulentamente para obviar la carga de la prueba atendiendo al principio de presunción de inocencia y, especialmente, al principio *in dubio pro reo*. En consecuencia, no puede apreciarse la existencia de imputación objetiva cuando se desconoce por qué se ha producido el resultado.

Se infringe el principio *in dubio pro reo* cuando se afirma que se desconoce cómo se han producido los hechos, pero que puede imputarse objetivamente el resultado porque “hipotéticamente pudo ser de esa forma”. El principio *in dubio pro reo* debería erradicar del Derecho Penal todas las condenas fundamentadas en hipótesis y/o presunciones. En definitiva, la imputación objetiva no sustituye a la causalidad, sino que la complementa. La causalidad forma parte de los hechos probados, por su naturaleza ontológica, mientras que la imputación objetiva corresponde a los fundamentos de Derecho, sobre la base de su naturaleza normativa⁵.

II. INSUFICIENCIA DE LA CAUSALIDAD

Con independencia de que, desde una perspectiva metodológica, la causalidad, por su naturaleza ontológica no es suficiente para fundamentar una condena, en la doctrina se habían planteado una serie de casos en los que la aplicación de la rela-

¹ Sobre las diferentes concepciones acerca del significado de la imputación objetiva, ver: SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y Manuel CANCIO MELIÁ. “Estudio preliminar”. En: JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal. Traducción de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Tecnos. 1996. pp. 21 y siguientes.

² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. Barcelona: PPU. 1989; Segunda edición. Buenos Aires: B de F. 2005; Reimpresión. Passim. 2008.

³ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Décima edición. Barcelona: Reppertor. 2015.

⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “La imputación objetiva del resultado”. Madrid: Edersa. 1992. Dicha autora entiende que un Derecho Penal con una finalidad de protección se encuentra en la base de la teoría de la imputación objetiva.

⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso – presunción de inocencia e *in dubio pro reo*”. En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coordinador). “La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir”. Madrid: Tecnos. 2002. pp. 593-616.

ción de causalidad suscitaba problemas. Estos casos se pueden sintetizar en:

A. Cursos causales no verificables

Lo característico de este grupo de casos es que se desconocen las leyes naturales causantes del resultado; en otras palabras, cuando se desconoce la virtualidad que pudo tener la supuesta condición. El problema se planteó, por primera vez, en Alemania a raíz del proceso denominado Contergan, también conocido como Talidomida. En España, se ha visto un paralelismo entre este caso y el denominado proceso de la Colza, aun cuando, como veremos, ambos supuestos deben de tener un tratamiento muy distinto.

Estos casos pueden multiplicarse, sobre todo en países en vías de desarrollo, por la multiplicidad de sustancias que aparecen en el mercado sin que se haya probado exactamente su virtualidad, especialmente a largo plazo. La prueba científica es, por otro lado, muy difícil, ya que sólo es posible con la experimentación en seres humanos. En Alemania, esta cuestión se ha planteado a través de una comparación de intereses en juego: con relación a la posibilidad de prueba de medicamentos, el riesgo que esta ingestión experimental conlleva, se compara con lo que se pretende conseguir con dicho medicamento; así, si éste es para curar el cáncer o el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), será mayor el riesgo en que se puede situar al sujeto que prueba el medicamento, es decir, como problema de eficacia del riesgo permitido para la exclusión del tipo.

Hay que diferenciar entre el desconocimiento de la ley científica/natural –es decir, el desconocimiento acerca de cuáles son las razones científicas por las que se produce un resultado– del desconocimiento del riesgo de que se produzca ese resultado. Si entendemos que en el Derecho Penal no son admisibles condenas fundadas en hipótesis o presunciones, y que no cabe la responsabilidad objetiva, implica que el desconocimiento del riesgo, no siendo exigible conocerlo, excluye la responsabilidad penal.

No obstante, aun cuando se desconozcan las concretas leyes científicas, si se conoce el origen del riesgo, ello es suficiente para imputar el resultado. Es decir, se suscita una cuestión análoga a la que se asume cuando para el dolo sólo se requiere el conocimiento en la “esfera del profano”. La diferencia en estos supuestos estriba en que todos son profanos. Como veremos, es lo que sucedió en el caso Contergan: se desconocía el por qué se producían los resultados pero se sabía cuál era el producto que los causaba.

B. Casos de causalidad cumulativa.

1. Dos o más conductas dolosas, cada una de las cuales resulta suficiente, por si sola, para producir el resultado.

En este grupo de casos se propone, como ejemplo, la muerte del Julio César por veintitrés puñaladas. Aunque no se trata de un caso teórico, creo que no está adecuadamente planteado ya que, conforme a la forma en que sucedió, desde la lógica se puede afirmar que se trató de un supuesto de coautoría. No parece creíble que coincidieran veintitrés senadores, en un mismo lugar y en un mismo momento, sin que previamente se hubieran puesto de acuerdo. En ese mismo sentido, según los historiadores, existió una conjura para matarlo, es decir, coautoría y, por consiguiente, imputación recíproca.

Por ello, como en los supuestos anteriores, también en éstos es útil la determinación del resultado, pues la eliminación de una o varias de las condiciones modificaría, en cierta manera, la forma o modo del resultado y el momento en que éste se produjese. En el ejemplo escolar del cocinero y la camarera, en el que ambos –sin tener conocimiento el otro– llevan la comida a la patrona con una dosis de veneno, cada una idónea para causar la muerte, el procedimiento de eliminación mental, de la *conditio sine qua non*, nos conduce a resultados singulares, en cuanto que eliminando cada una de las causas el resultado permanece. No obstante, es prácticamente incuestionable que la administración de una dosis uno o una dosis dos, cuanto menos, adelantará el momento de producción del resultado.

Por lo demás, aunque se produzca el resultado, si ninguna de las dosis era suficiente y no existió acuerdo entre ello, ni tan siquiera tácito, a cada uno de ellos sólo se le puede imputar una tentativa de asesinato.

La diferente calificación jurídica que puede conllevar la intervención de más personas se suscita también en el mencionado caso de César. El hecho de que le atacaran conjuntamente más de veinte personas implica que la conducta debería calificarse como asesinato y no como homicidio.

2. Dos o más conductas dolosas, ninguna de ellas idóneas *ex ante* para producir el resultado

Se pone el ejemplo de dos sujetos que, de forma independiente uno de otro, echan veneno en el café de la víctima en una cantidad que por separado en ningún caso hubiera producido el resultado. En este ejemplo, si realmente se plantease en la

práctica, habría que condenar por tentativa inidónea de asesinato a los dos.

C. Comportamientos alternativos adecuados a Derecho

A diferencia de los problemas anteriores, en este grupo de casos no concurren dos o más conductas de diferentes sujetos, sino una única conducta. La cuestión problemática, tal y como se plantea en la doctrina, es que el resultado se hubiese producido exactamente igual con una conducta adecuada a Derecho. Es decir, se hubiese causado un resultado igual y en el mismo momento por otra causa, por lo que también se les denomina procesos de causalidad hipotética. Estos supuestos parten de comportamientos imprudentes y los analizaremos en el apartado siguiente, describiendo los casos que dieron origen a este tema, y trataremos de solucionarlos a partir de criterios de imputación objetiva.

Los supuestos dolosos son generalmente de escuela; en la práctica no es usual encontrarlos, sobre todo si se mantiene la exigencia de concreción del resultado. Los supuestos en los que interviene una conducta dolosa y que sí plantean también cuestiones problemáticas pueden también abordarse desde la imputación objetiva, y se discuten por la doctrina en torno a la teoría de la prohibición de regreso que abordaremos en el último apartado.

III. LAS LLAMADAS "CONDUCTAS ALTERNATIVAS ADECUADAS A DERECHO"

A. Introducción

El problema que plantean las "conductas alternativas adecuadas a Derecho" está íntimamente relacionado con la relevancia penal que se dé a la evitabilidad del resultado. Estos supuestos fueron tratados, tradicionalmente, bajo la denominación de "cursos causales hipotéticos"⁶. Común a todos ellos es la existencia de una conducta del autor

que infringe el deber objetivo de cuidado junto a la constatación de la existencia de relación causal, en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones, entre esa conducta y el resultado. La peculiaridad de estos supuestos estriba en que, teóricamente, *ex post* se comprueba que el resultado se hubiera producido igual con una conducta diligente del autor.

Respecto de la solución a las conductas alternativas adecuadas a Derecho existen cuatro corrientes:

- a) Aplicación del **principio *in dubio pro reo***, por lo que se excluirá la imputación cuando posiblemente también se hubiera producido el resultado con una conducta adecuada⁷.
- b) Aplicación de la **teoría del incremento del riesgo**, ya sea con la consideración del riesgo *ex ante* o *ex post*, con lo que se afirmará la imputación cuando la infracción del cuidado del autor aumenta el peligro para el bien protegido⁸.
- c) **Negar relevancia a la consideración del curso causal hipotético**, en estos casos, afirmando, por tanto, la existencia de imputación, con independencia de lo que hubiera o no pasado en otro caso⁹.

B. Grupos de casos

Recogeremos en este apartado los casos, tradicionalmente estudiados por la doctrina, en el estudio de las conductas alternativas adecuadas a Derecho. Todos estos supuestos son casos reales, que han sido objeto de resolución judicial por parte de la jurisprudencia alemana. En la doctrina, el estudio de estos casos se puede considerar el origen del posterior desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, ya que en ellos fracasa, de forma insalvable, la aplicación de la fórmula de la *conditio sin que non*.

⁶ Sobre el origen de este grupo de casos, ver: ROXIN, Claus. "Problemas básicos de Derecho Penal". Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. Reus SA: Madrid. 1976. pp. 149 y siguientes; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Delitos cualificados por el resultado y causalidad". Reus: Madrid. 1966. pp. 119 y siguientes. Este autor realizó un completo estudio de las diversas doctrinas.

⁷ En este sentido, entre otros, ver: BOCKELMANN, Paul. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Tercera edición. Munich. 1979; BAUMANN, Jürgen. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Novena edición. Munich. 1985; KAHRS, Hans Jürgen. "Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *conditio-sine-qua-non*-Formel im Strafrecht". Hamburgo. 1968. p. 268; SCHÜNEMANN, Bernd. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte". JA. 1975. p. 582; ULSENHEIMER, Klaus. "Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten". Bonn. 1965. p. 143.

⁸ Ver: BURGSTALLER, Manfred. "Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen". Viena. 1974. p. 239; ROXIN, Claus. "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht". En: "Festschrift für Richard Honig". Göttingen. 1970. pp. 133 y siguientes; OTTO, Harro. "Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht". En: SCHROEDER, Friedrich-Christian. "Festschrift für Reinhart Maurach zum 70". Kahlruhe. 1972. pp. 91 y siguientes; WOLF, Ernst Amadeus. "Kausalität von Tun und Unterlassen". Heidelberg. 1964. pp. 17 y siguientes.

⁹ Ver: BINAVICE, Emilio. "Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte". 1969. p. 218; KRÜPELMANN, Justus. "Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten". GA. 1984. pp. 491 y siguientes.

1. Caso del ciclista o del camionero: *Lastzugfall* o *Radfahrerfall*

El conductor de un camión adelanta a un ciclista sin guardar la distancia de seguridad prevista en el §10 Straßenverkehrs-Ordnung [en adelante, StVO], I. En este artículo se prevé una distancia lateral reglamentaria de adelantamiento de un metro; el camionero adelantó a 0,75 metros. Durante el adelantamiento, el ciclista, que estaba muy bebido, gira la bicicleta hacia la izquierda y cae bajo las ruedas del remolque del camión, muriendo a consecuencia del accidente. Se prueba que el resultado mortal se habría realizado igualmente, casi con completa seguridad, aunque hubiese mantenido la distancia reglamentaria. Y ello porque, por una reacción automática en “corta circuito”, debida a su estado de embriaguez, el ciclista en aquél momento habría girado inconscientemente a la izquierda, con lo que hubiera muerto, con gran probabilidad, aun cuando el camionero hubiera guardado la distancia reglamentaria.

El Bundesgerichtshof [en adelante, BGH] niega la existencia de nexo causal entre la acción y el resultado y absuelve al camionero.

2. Caso de la novocaína: *Novokain-Fall*

A un niño le fue administrada –durante una operación– por el médico, como anestesia, cocaína, en lugar de la novocaína prescrita. El niño muere. En la autopsia se descubre la particular y extraña anomalía física del niño, que tenía la glándula linfática anormal, lo que le habría producido rechazo contra cualquier tipo de anestesia. Con probabilidad, el niño hubiera muerto igual si se le hubiese suministrado la anestesia adecuada: novocaína.

El Tribunal del Reich –Reichsgericht– casó la sentencia en que se absolvía al médico y dictó una nueva, condenándolo.

3. Caso del farmacéutico: *Apothekerfall*

Un farmacéutico despachó una vez con receta médica un preparado de fósforo a la madre de un niño raquíptico. Posteriormente, continuó vendiendo el producto repetidas veces a la simple petición de la madre, sin exigir la entrega de la receta reglamentaria. A consecuencia del tratamiento, el niño tuvo una intoxicación aguda que le produjo la muerte. En la prueba pericial se supo que el envenenamiento no estuvo precedido de síntomas que lo hicieran previsible, por lo que no se excluye que el médico, de haber sido consultado, habría ordenado la continuación del tratamiento.

El Tribunal del Reich –Reichsgericht– absuelve al farmacéutico.

4. Caso de los pelos de cabra: *Ziegenhaarfall*

El acusado, comerciante, había adquirido para su fábrica de pinceles, a una firma comercial china, una cierta cantidad de pelo de cabra y, no obstante la advertencia de dicha firma comercial sobre la necesidad de desinfectar el pelo, el acusado lo entregó a la operarias para transformar el producto, sin efectuar ninguna clase de operación de desinfección. Cuatro operarias enfermaron y murieron como consecuencia de la infección contraída al manipular el pelo de cabra.

Durante el proceso se probó, pericialmente, que aunque se hubiera realizado la adecuada desinfección, de acuerdo con las disposiciones vigentes, el bacilo de carbunco, causante de la infección, no habría muerto por su particular resistencia a la desinfección reglamentaria.

El Tribunal del Reich casa la sentencia en la que se absolvía al procesado y condena, porque no basta la “simple posibilidad de realizar el resultado también en caso de comportamiento alternativo adecuado a derecho”, exigiendo en su lugar la “seguridad o al menos la probabilidad rayana en la seguridad”. Posteriormente, el Tribunal, ante nuevas apelaciones, absuelve al comerciante por faltar la previsibilidad *ex ante* del resultado lesivo.

C. Distintas soluciones doctrinales

1. Solución en el nivel de la causalidad

Esta es la solución adoptada por la jurisprudencia, tanto española como alemana. En este grupo se han de incluir las distintas teorías que, afirmando la existencia de relación de causalidad material, niegan que ésta sea relevante por ausencia de causalidad jurídica o, incluso, por falta de causalidad moral. Según esta teoría, la imputación de responsabilidad penal imprudente requiere, junto a la afirmación de una causalidad naturalística, la presencia de un nexo causal, en sentido penal, entre la conducta imprudente y el resultado. Estas teorías pueden verse como precedentes de la imputación objetiva, aun cuando errada en su base, en tanto pretenden introducir correctores normativos en una institución de naturaleza ontológica.

En los casos que hemos expuesto no se plantea duda alguna sobre la existencia de nexo causal entre, por ejemplo, el adelantamiento y la caída del ciclista, o entre la administración de cocaína y la muerte. Supone mantener la solución en el nivel de la causalidad y negar la existencia de nexo axiológico entre la acción que infringe el deber y el resultado, sobre la base de la inevitabilidad de éste.

La conclusión lógica a este planteamiento es que, para el ordenamiento jurídico, la acción adecuada al tráfico no tiene relevancia causal. O, en otras palabras, un comportamiento socialmente adecuado no es causa del resultado. Esta consecuencia, difícilmente sostenible, se deriva de las tantas veces criticada y referida confusión entre el plano ontológico y el normativo.

2. Solución como supuestos de “comportamiento ambivalente” (*Doppelgesichtiges Verhalten*). “Casos equívocos de realización típica imprudente”

La extendida opinión doctrinal que aprecia la existencia de un “momento omisivo” en la imprudencia es el punto de partida que han tomado los autores que pretenden solucionar los casos aquí examinados, convirtiéndolos en tipos omisivos. Roxin advierte que esta solución es “sencilla” y “elegante”, poniendo, sin embargo, en duda su premisa: la valoración jurídica de estas conductas como delitos de omisión¹⁰. Para tratar estos supuestos como tipos de comisión por omisión se ha de partir de afirmar la posibilidad de ver el momento de la infracción del deber de cuidado como omisión. El contemplar los casos de conductas alternativas adecuadas a Derecho como supuestos omisivos permite concluir la ausencia de relación de causalidad.

En los tipos omisivos, según doctrina absolutamente mayoritaria, no existe una verdadera relación de causalidad, que siendo ésta sustituida por una “causalidad hipotética” o “cuasi causalidad”. Esta “causalidad hipotética” no es una causalidad ontológica, sino que es realmente un criterio de imputación objetiva. Se sustituye la relación de causalidad “por la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado”, al no darse este requisito en los casos examinados, el autor resultará siempre absuelto por no haber “causado” el resultado. Mezger califica como supuestos de comisión por omisión –omisión impropia– los casos del farmacéutico y del pelo de cabra, y, en consecuencia, mantiene la necesidad de negar en ellos la imputación del resultado.

La doctrina, frente a estos casos, tras negar la solución unitaria omisiva¹¹, puede entenderse dividida en tres opciones sobre la calificación de estos supuestos. Las distintas soluciones propuestas para estos casos son diversas:

- a) Negación de su consideración como supuestos límites

En la solución propuesta por los autores que defienden esta postura, tras constatar la existencia de una realización típica comisiva –sobre la base de la existencia de relación de causalidad y de infracción de la norma de cuidado– rechazan la posible existencia de una realización omisiva o, al menos, en caso de duda se decantan por la solución comisiva¹². En la misma dirección, se puede situar la posición adoptada por Roxin, que parte de la necesidad de probar, en primer lugar, si una acción positiva es la causa del resultado y, sólo cuando la respuesta sea negativa, examinar posteriormente si en ese caso el autor no había omitido, imprudentemente, una acción igualmente debida. Con ello, no ofrece la solución sobre cuándo se puede calificar una acción como comisiva. Esta falta de solución se hace más patente si se parte del criterio ontológico seguido por el autor, con relación al concepto de omisión.

- b) Afirmación de que todos los supuestos que la doctrina propone como “conductas alternativas adecuadas a Derecho” son, todos ellos, casos límites de “conductas complejas” (*Komplexes Verhalten*)

Androulakis¹³, como máximo exponente de esta postura, parte de una perspectiva normativa, no ontológica. Construye estos casos como “**conductas complejas**”. Se apoya para ello en la identidad entre *Hauptnorm* y *Sorgfaltnorm*: en cuanto una realización típica tiene que ser evitada, ese deber *Sollen* es idéntico a la norma que se aplica para evitar esa realización típica a través del cuidado exigido. La norma *Hauptnorm*, de “evitar la muerte”, es idéntica a la norma *Sorgfaltnorm*, del “cuidado necesario para evitar la muerte”. Existen distintos aspectos de estas conductas –comisivos y omisivos– que no están unidos disyuntivamente sino co-

¹⁰ Ver: ROXIN, Claus. “Problemas básicos de Derecho Penal”. Óp. cit. p. 151.

¹¹ En otro sentido: HERZBERG, Rolf Dietrich. “Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip”. Berlín. 1972. p. 170. El autor construye todo delito como delito omisivo, denominándolos “delitos negativos de acción”, convirtiendo la comisión en un “evitable no evitar”. Críticamente: ENGISCH, Karl. “Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtlichen Tatbestände”. Tübingen. 1931. p. 194. El autor utiliza el mismo método dialéctico, afirmando que si el evitar es lógicamente un “no hacer”, el “no evitar” es un “no hacer”, como la doble negación afirma se vuelve al “hacer” que se pretendía negar.

¹² Ver: SPENDEL, Günter. “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”. En: “Festschrift für Eberhard Schmidt”. Göttingen. 1961. p. 194.

¹³ Ver: ANDROULAKIS, Nikolaos. “Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte”. Munich-Berlín. 1963. pp. 137 y siguientes.

pulativamente, por lo que no es posible decidir, de un modo no arbitrario, el momento del reproche. Ofrece para demostrar esta ambivalencia algunos ejemplos:

- El médico A, da, al paciente en peligro de muerte, el medicamento M y no da el correcto L. El paciente muere.
- El empleado de ferrocarril, no realiza y olvida la prueba de los frenos del tren y sobreviene un accidente.
- Un conductor, adelanta a un ciclista borracho a una distancia inferior a 75 centímetros y no en la distancia adecuada de 1 a 1.5 metros.

Aun cuando lo anterior pueda demostrar la ambivalencia de todas estas conductas, ninguno de los autores que mantienen esta teoría ofrece una solución sobre el tratamiento que se ha de dar a estas “conductas complejas”, aparte de negar la posibilidad de decidirse sobre uno de los momentos. La realidad es que se está confundiendo otra vez lo ontológico con lo normativo. Es así porque el aspecto omisivo de estos ejemplos supone en realidad la afirmación de la infracción del deber de cuidado. Deber de cuidado que podía ser esa conducta u otra. Por ejemplo, en el caso del ciclista, adelantas a 1 o 1,5 metros o no adelantar al advertir que el ciclista conduce de forma extraña.

- c) Consideración de la concurrencia, en estos supuestos, de una imputación omisiva junto a la comisiva, a dilucidar de acuerdo con criterios concursales

La tesis concursal parte de la existencia en estos supuestos de la concurrencia de comisión y omisión, como en el apartado b), pero, sin embargo, ofrece una vía de solución. La ambivalencia comisivo-omisiva se ha de resolver a través de criterios concursales, decantándose por la apreciación, en estos casos, de un concurso de leyes. Para afirmar la presencia de una realización omisiva, junto a la comisiva, se parte de la existencia de una modalidad de deber de cuidado, concebido como “deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas”. Se entiende que, en estos supuestos de realización típica imprudente, la ejecución de la conducta peligrosa sólo es posible si el sujeto asume el control del peligro, con lo que se superpone el deber de cuidado (mantener el riesgo en el nivel permitido) y el deber de garante (control del peligro para mantenerlo en el nivel del riesgo permitido).

Siendo esto último básicamente cierto, no lo es menos que no siempre que exista un “deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas”,

estaremos ante un comportamiento ambivalente. No será así en aquellos casos en los que el “deber de actuar” puede convertirse en “deber de omitir”. Existen supuestos en los que la realización de la conducta peligrosa no sitúa al autor en una posición de garante, podríamos decir, estable. Esto sucede en todos aquellos casos en los que el sujeto puede desistir en cualquier momento de la realización de la conducta peligrosa. Siendo así, no surge, por tanto, una auténtica “pretensión positiva de salvaguardia”, que caracteriza la realización típica omisiva. El Derecho permite la realización de la conducta peligrosa, pero no obliga a continuar actuando, es decir, “la pretensión positiva de salvaguardia del bien jurídico” no es necesaria. Vamos a comprobar esta afirmación con relación a los casos aquí examinados:

- En el caso del ciclista, al camionero se le permite conducir, pese a los peligros que ello conlleva, más aún, se le permite adelantar, pero no se le obliga ni a conducir ni, consecuentemente, menos aún, a adelantar. El adelantamiento a una distancia adecuada –conducta que cumple el deber de cuidado– es sólo un comportamiento obligado, en tanto el sujeto realiza el adelantamiento. Este adelantamiento no es una acción indicada, en el sentido del tipo omisivo, sino una acción permitida, siempre que se observe el deber de cuidado que es, por tanto, únicamente, un predicado de la acción.
- En el caso de la novocaína, por el contrario, para el médico, la aceptación de la realización de la operación hace surgir un deber de garante para el control del peligro propio de ésta y, por tanto, una auténtica “pretensión de salvaguardia” de la vida del paciente. El médico no puede optar entre inyectar una anestesia o no hacerlo: está obligado a anestesiar para poder llevar a buen fin la realización de la conducta peligrosa que ha asumido. Sí existe, en consecuencia, en este caso un “comportamiento ambivalente”.
- En el caso del farmacéutico y de los pelos de cabra, al igual que en el del ciclista, puede vender el producto sin receta o no venderlo, en el primer caso, y puede entregar el pelo de cabra o no. Además, en ambos casos, saben que la conducta adecuada es vender con receta, en un caso, y desinfectar los pelos, en el otro. Por consiguiente, el problema sólo es posible resolverlo en sede de imputación objetiva, como veremos.

Para diferenciar los supuestos en que un hecho puede ser calificado como comisivo y como omi-

sivo, se propone acudir al concurso aparente de leyes, a partir de entender que el llamado "momento omisivo" de la imprudencia no es una omisión en el sentido del tipo omisivo¹⁴. Estando totalmente de acuerdo con este punto de partida¹⁵, en la solución de estos supuestos como concurso de leyes es más adecuado aplicar un principio distinto al de subsidiaridad, propugnado por Silva. Se trataría de aplicar el de especialidad que, por lo demás, tiene prevalencia sobre los otros. De acuerdo con este principio, el concurso de leyes se resuelve aplicando la ley más especial. "Un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional". La norma que prevé el homicidio en comisión por omisión requiere, además de los requisitos del homicidio: la existencia de situación típica, en la que se integra la posición de garante del autor; la posibilidad de realizar la acción indicada para evitar la muerte; y la producción del resultado de muerte. Por lo tanto, en aquéllos supuestos en los que concurren estos requisitos, es decir, que exista una verdadera realización omisiva, la aplicación del principio de especialidad nos conduce a la calificación del caso como delito omisivo.

El origen de la solución de la omisión se encuentra en la voluntad de conseguir la impunidad de los supuestos de conductas alternativas adecuadas a derecho. La calificación de los hechos como realización omisiva conduce a la impunidad, por aplicación del criterio de imputación dominante en la omisión. Según éste, sólo es posible imputar el resultado si se prueba que con la acción indicada se hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad. Este último requisito de la imputación falta en todos estos casos. Desde esta perspectiva, no deja de ser significativa la redacción que se da a estos supuestos, tendente, de forma indiscutible, a negar la existencia de este requisito.

La calificación comisiva conduciría, por el contrario, de forma ineludible a la punición, para aquellos autores que consideran suficiente para la imputación del resultado la existencia de infracción de la norma de cuidado junto a la relación de causalidad. En la actualidad, la doctrina dominante sitúa el problema de las conductas alternativas adecuadas a Derecho en el nivel de la imputación objetiva. Siguiendo esta teoría, la calificación de

un supuesto como omisivo o comisivo, sólo puede afectar a la solución de impunidad o castigo si se utilizan distintos criterios de imputación para los tipos comisivos y para los omisivos. Si se aplican los mismos criterios de imputación, para la comisión y para la omisión, el problema vuelve al principio: a la relevancia que se otorgue al hecho de que una conducta alternativa adecuada a Derecho tampoco hubiera evitado el resultado, por lo que la referencia a la omisión sólo es una forma de eludir el problema¹⁶.

La relevancia de la falta de evitabilidad *ex post* del resultado, creo que está más con relación al hecho de que estemos ante un supuesto doloso o imprudente, que a si nos encontramos frente a una realización activa u omisiva. Esta afirmación se fundamenta en que es precisamente en los delitos imprudentes donde se ha planteado la solución de la omisión, como una tentativa más de lograr la impunidad de los casos de causación imprudente de un resultado que no se hubiera evitado con una conducta adecuada al cuidado. Es necesario, pues, proseguir en la búsqueda de cuál sea la relevancia, en el nivel de imputación objetiva, de estos supuestos. En general, la aceptación, o al menos la duda, acerca de la relevancia de las conductas alternativas en el hecho imprudente tiene su fundamento en la aceptación o en la duda, acerca de la exigencia del elemento de la evitabilidad, como criterio de exclusión del injusto (no evitabilidad *ex ante*); o de la punibilidad (no evitabilidad *ex post*).

3. Distinción de las perspectivas *ex ante* y *ex post*

Desde una perspectiva estrictamente *ex ante*, es evidente que el problema de las conductas alternativas adecuadas a Derecho carece de significado. Que igualmente se hubiera producido el resultado no justifica el hecho de que el autor ha creado un riesgo típicamente relevante, al infringir la norma de cuidado, y ese riesgo se ha realizado en el resultado. Esto hay que ponerlo con relación a la pretensión, del Derecho Penal, de proteger bienes jurídicos y la solución dependerá de si se entiende que la protección se ha de buscar directamente evitando resultados o mediatamente evitando conductas peligrosas. Schünemann adopta la primera postura, afirmando que, para lograr las finalidades de prevención general, es necesario

¹⁴ Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "El delito de omisión: concepto y sistema". Segunda edición. Buenos Aires-Montevideo: B de F. 2003. p. 205.

¹⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado". Óp. cit. pp. 444 y siguientes.

¹⁶ En este sentido: BURGSTALLER. "Das Fahrlässigkeitsdelikte im Strafrecht". Viena. 1974. p. 38; ROXIN, Claus. "Problemas básicos de Derecho Penal". Óp. cit. Loc. cit.

“imputar aquellos resultados que, con una razonable motivación, podrían ser evitados”. Tras este enunciado, pasa a considerar lo que sucederá con aquellos resultados producidos por una acción que infringe el cuidado debido, pero que igualmente se hubieran producido con una conducta cuidadosa, es decir, que con una motivación suficiente o razonable no se hubieran evitado con una completa seguridad, concluyendo la relevancia de esta circunstancia.

Si, por el contrario, partimos de la otra posición posible pasaremos a afirmar que lo esencial para la prevención general es motivar a la evitación de conductas peligrosas; por lo que nos tendremos que preguntar si era evitable la conducta peligrosa y no el resultado. Desde esta perspectiva, en el injusto, no tiene sentido preguntarse sobre la inevitabilidad del resultado. Sin embargo, sí cabría, en estos casos, cuestionar la relevancia penal del resultado producido. La inevitabilidad del resultado puede afectar, de este modo, al “desvalor del resultado” y, por consiguiente, a la punibilidad.

La cuestión se ha de plantear en el nivel de imputación objetiva, pero, entendida ésta en su sentido estricto, es decir, como problema de imputación del resultado, no con relación al presupuesto de la imputación que no es cuestionable.

4. Soluciones doctrinales que otorgan relevancia a las conductas alternativas adecuadas a Derecho que, bajo su aparente similitud, suponen dos soluciones diametralmente distintas:
 - a) **Doctrina minoritaria:** parte del principio *in dubio pro reo*, excluyendo la imputación siempre que no se demuestre con una probabilidad rayana en la seguridad que el comportamiento alternativo adecuado a derecho habría evitado el resultado.
 - b) **Doctrina mayoritaria:** afirma la existencia de imputación, a partir de la teoría del incremento del riesgo *ex ante*, siempre que no se pruebe con probabilidad rayana en la seguridad, siempre que la infracción del deber de cuidado, por la conducta del autor, haya aumentado el peligro para el bien jurídico protegido.

5. Incorrección e inutilidad de las conductas alternativas a Derecho

Aun cuando en esta sede he desarrollado las diferentes doctrinas que se han elaborado al respecto, creo que puede apreciarse su incorrección e inutilidad¹⁷. Todos estos casos deben de analizarse igual que cualquier otro. Conforme a la postura que defiende acerca de la imputación objetiva, se trataría de analizar *ex ante* si se ha creado un riesgo idóneo y suficiente para lesionar/afectar un bien jurídico penal, doloso o imprudente y atribuible a una o varias personas y, una vez determinado ese riesgo típico, examinar si concurre relación de riesgo entre este y el resultado. Es en ese punto, como veremos en el apartado siguiente, en el que en algunos de los ejemplos propuestos se puede excluir la imputación del resultado.

IV. RELACIÓN DE RIESGO Y EVITABILIDAD *EX POST* DEL RESULTADO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

A. Principio de evitabilidad

El concepto de evitabilidad ha sido elaborado por la doctrina y jurisprudencia en distintos niveles de la teoría del delito y desde distintas perspectivas. Para algunos, si la realización del resultado no es evitable, no se puede imputar el resultado al autor y estaremos frente a un supuesto de caso fortuito; es decir, la inevitabilidad del resultado hace desaparecer tanto el desvalor del resultado como el desvalor de la acción. Para otros, la inevitabilidad del resultado sólo hace desaparecer el desvalor del resultado, con lo que será posible aplicar los mismos criterios al tipo doloso e imprudente, quedando impune el segundo y siendo punible el primero como tentativa.

En general, como sucede con otros criterios de imputación, no se suele distinguir entre la evitabilidad *ex ante* y *ex post*. Es ilustrativa, de esta confusión, la construcción que del principio de evitabilidad realiza Kahrs. Este autor parte de una profunda crítica del concepto de causalidad, criterio eminentemente *ex post*, y, en la búsqueda de otros criterios de imputación válidos para la comisión y la omisión, llega al principio de evitabilidad. Este autor conecta la evitabilidad con el deber jurídico de evitar: un resultado será imputable al autor “cuando él no lo ha evitado a pesar de que

¹⁷ En este sentido: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”. Óp. cit. pp. 451 y siguientes; PUPPE, Ingeborg. “La imputación objetiva: presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales”. Comares. 2001. pp. 61 y siguientes. El autor critica la utilización de las “conductas alternativas adecuadas a derecho”, porque conduce a actuaciones jurisprudenciales **versaristas**, puesto que probada la infracción del deber de cuidado parece como evidente que cualquier otra conducta no infractora hubiera evitado ese resultado.

podía y estaba obligado a ello”. Evitabilidad y deber de evitación irán, de este modo, unidos en el examen posterior: solamente existirá deber de evitación cuando el resultado sea evitable y, al mismo tiempo, sólo se podrá hablar de evitabilidad, en el sentido jurídico, cuando exista deber de evitar. La interrelación entre los momentos *ex ante* y *ex post*, le conduce a negar la relevancia de las causas hipotéticas, ya que lo contrario significa tener que admitir la ineficacia de un “deber” sobre la base de consideraciones hipotéticas.

B. Evitabilidad *ex ante* y *ex post*

La evitabilidad, como la previsibilidad, puede considerarse *ex ante* o *ex post* y estos dos momentos deben de estar absolutamente diferenciados. La causación de un resultado que *ex ante* ya aparece como inevitable excluye la relevancia penal del riesgo creado por el autor. No tiene sentido prohibir una conducta cuya no realización se advierte ya *ex ante*, que no evitará que se produzca el resultado lesivo. La posibilidad de evitar el resultado se reconoce, generalmente, como elemento esencial en el delito de omisión, “la realización de la acción indicada ha de ser necesaria –útil– para la evitación del resultado”, pero no hay que olvidar que también lo es en la comisión. La pregunta sobre la relevancia penal del riesgo creado por la conducta, o no controlado por la acción indicada en la omisión, según la evitabilidad o no del resultado, tiene respuesta en dos sentidos: la relevancia o no del riesgo depende del momento en que se advierte la inevitabilidad del resultado:

- a) Si *ex ante* se advierte ya que el resultado se va a producir, o no se va a evitar, se realice o no la conducta, el peligro que se crea es irrelevante penalmente. En este sentido, la inevitabilidad *ex ante* del resultado afecta al injusto eliminando el desvalor de la acción, tanto en los tipos omisivos como en los comisivos.
- b) Si sólo *ex post* se conoce que el resultado, en el caso concreto, tampoco se hubiera evitado con una conducta, ello no afecta a la relevancia penal de la conducta realizada (se mantiene el injusto típico por ella creado), sino únicamente, en su caso, a la imputación del resultado y, en consecuencia, a la punibilidad. Es decir, estaremos frente a un hecho antijurídico no punible.

C. Evitabilidad y relación de riesgo

En todo caso, la evitabilidad no es el único criterio de imputación, ni siquiera se le puede considerar como criterio fundamentador de la relación de

riesgo. La relación de riesgo se ha de fundamentar a través de los criterios del incremento del riesgo y de la finalidad de protección de la norma. Sólo en el supuesto en que, conforme a estos criterios, se afirme la existencia de relación de riesgo, la inevitabilidad *ex post* del resultado puede excluir el desvalor de éste como elemento del tipo penal y, en consecuencia, la impunidad del sujeto en los casos de comportamiento alternativo adecuado a Derecho. La inevitabilidad es, pues, una especie de “condición negativa de punibilidad”, que más que afectar a la relación de riesgo, lo hace respecto al desvalor del resultado. Aceptar la relevancia de la inevitabilidad *ex post* del resultado, en los supuestos de comportamiento alternativo adecuado a Derecho, implica la aceptación del fondo de la teoría de Arthur Kaufmann, aunque se niegue su forma (la terminología empleada).

En alguno de los supuestos, calificados como casos de conductas alternativas adecuadas a Derecho, es posible apreciar ya la ausencia de relación de riesgo, pero también es cierto que el sentido de la pregunta que realiza la doctrina sobre la relevancia de estos casos, se dirige, expresamente, a la evitabilidad o no del resultado con una conducta conforme a Derecho. Cuando se busca la solución, a través de la teoría del incremento del riesgo o de la finalidad de protección de la norma, de lo que se trata es de comprobar la existencia de relación de riesgo, con lo que se niega, de hecho, la relevancia de la inevitabilidad *ex post* del resultado. Afirmar que no habrá imputación cuando se pruebe, con una probabilidad rayana en la seguridad, que el comportamiento alternativo adecuado a Derecho no habría dado lugar al resultado, exige aceptar la relevancia de la inevitabilidad *ex post* del resultado como criterio de exclusión de la imputación.

D. Evitabilidad *ex post* para excluir la imputación objetiva del resultado

En caso de duda sobre cuál sea el riesgo que se ha realizado en el resultado, es decir, sobre la existencia o no de un incremento *ex post* del riesgo, será suficiente para excluir la imputación que no se pueda probar con una probabilidad rayana en la seguridad ese incremento del riesgo, en atención al principio *in dubio pro reo* y, sobre la base de la exigencia de relación de riesgo, como elemento esencial para la imputación del resultado. En todo caso, en el examen del incremento del riesgo, o de la finalidad de protección de la norma infringida, se valorará lo realmente acontecido, sin tener en cuenta las hipotéticas conductas adecuadas a Derecho.

En el caso de que, con una probabilidad rayana en la seguridad, haya existido un incremento del riesgo *ex post*, estará probada la relación de riesgo

y sólo entonces será necesario acudir al examen sobre la evitabilidad del resultado. La evitabilidad del resultado, como criterio de imputación, funciona pues como una excepción al principio general de que la relación de riesgo resulta probada por el incremento comprobado *ex post* del riesgo, es decir, por la realización del riesgo en el resultado. Como tal excepción, por lo tanto, se deberá probar que con una probabilidad rayana en la seguridad tampoco se hubiera evitado el resultado con una conducta adecuada.

La evitabilidad funciona, respecto a los otros criterios de imputación, como el desistimiento voluntario respecto a la tentativa. Igual que para que pueda hablarse de desistimiento se han tenido que iniciar los actos ejecutivos, es decir, tiene que haber tentativa, para entrar en el examen de la evitabilidad se ha de haber probado ya la existencia de relación de riesgo. El hecho de que la evitabilidad no fundamente, sino que, por el contrario, excluya la relación de riesgo permite que en su prueba se acuda a la conducta alternativa hipotética, única forma, por otro lado, con la que es posible determinar la evitabilidad *ex post* del resultado.

- a) **Caso del fabricante de pinceles:** si se prueba que la infección que producen los pelos de cabra en las trabajadoras proviene del carbunco y que la desinfección no lo habría destruido, se está afirmando que no hay un incremento del riesgo *ex post* y no hace falta acudir a la conducta alternativa. En términos de imputación objetiva, no existe relación de riesgo entre la desinfección y el resultado porque el riesgo que se ha realizado en el resultado es un riesgo desconocido y, por consiguiente, no típico.
- b) **Caso de la novocaína:** aun cuando la muerte se produce por “un incidente de narcosis”, por la supersensibilidad del paciente a todo tipo de narcosis, lo cierto es que la infracción del deber de cuidado del facultativo al inyectar cocaína supone un riesgo típico *ex ante* que se realiza en el resultado por el incremento del riesgo *ex post*. En consecuencia, la absolución, en su caso, pasa por aceptar como criterio extraordinario de imputación la inevitabilidad *ex post* del resultado, sobre la base de la ausencia de desvalor del resultado.
- c) **Caso del ciclista:** en este supuesto, el primer problema es determinar si realmente concurre existe riesgo típico y, de concurrir, cuál sería esta conducta alternativa. El deber de cuidado no siempre es igual al reglamento o regla técnica y, por consiguiente, no podemos decir, sin más, ni que concurre riesgo

típico por el hecho de infringir una norma de tráfico ni que la conducta correcta hubiera sido adelantar a 1 o 1,5 metros de distancia lateral, tal y como se prevé en el StVO. Si entendemos que su infracción supone la creación de un riesgo típico ello implica que se puede probar tanto el incremento del riesgo *ex post* como la finalidad de la norma infringida y, en consecuencia, afirmar la existencia de relación de riesgo.

Respecto de la conducta adecuada a Derecho, será la que atiende el deber de cuidado determinable *ex ante*, según las circunstancias concurrentes y los poderes individuales del autor, en tanto éstos sean conocidos o cognoscibles por éste. En el caso objeto de examen, el deber de cuidado dependerá de la posibilidad que tenía el camionero de conocer el estado de embriaguez del ciclista, si éste era cognoscible –aun cuando no fuera conocido por el camionero– la conducta adecuada no sería ya adelantar a 1 o 1,5 metros, sino a 3 o 5 metros, o incluso no adelantar. La determinación del deber de cuidado objetivo-subjetivo, nos indica de forma inmediata cuál sería la conducta adecuada hipotética. En el cálculo de probabilidad sobre lo que hubiera acontecido con dicha conducta se deberá probar que, con una probabilidad rayana en la seguridad, se hubiese producido igualmente el resultado.

Sólo en este caso será relevante la evitabilidad *ex post* del resultado, que afectará al “desvalor del resultado”, que en este caso se habría de entender como inexistente. Como dijimos, afirmar la relevancia de lo que propiamente se entiende por “conducta alternativa adecuada a Derecho”, supone aceptar que en determinados supuestos desaparezca el “desvalor” del resultado efectivamente producido, existiendo relación de riesgo entre la conducta típica y ese resultado, sobre la base de razones de política-criminal.

- d) **Caso del farmacéutico:** en este supuesto, la cuestión radica en si el vender sin receta implica un riesgo típico y ello incluso aun cuando se infrinja la normativa extra-penal. Un farmacéutico es un profesional que tiene conocimientos de los efectos de los medicamentos que dispensa, por lo que, a partir de que el médico lo hubiera recetado, se puede interpretar que actuaba adecuadamente, desde una perspectiva *ex ante*, por lo que faltaría ya el presupuesto de imputación, entendido como concurrencia de un injusto típico.

Si, por el contrario, se afirma que su conducta crea un riesgo típico, deberíamos acudir nuevamente al criterio de la inevitabilidad *ex post* del resultado para absolver.

V. EFICACIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA SOLUCIÓN DE CASOS DISCUTIDOS

A. Caso Contergan

El Contergan (Talidomida), medicamento elaborado por la farmacéutica Grünenthal, era utilizado para aliviar las molestias del embarazo y para niños de gran actividad. Se calcula que en 1959 era utilizado por más de un millón de personas. En Alemania se puso en el mercado sin realizar ensayos en animales. En Estados Unidos no se comercializó porque la pediatra cardióloga, Helen Brooke, llevó a efecto una campaña en contra por entender que, tras los estudios que había realizado, el Contergan estaba en el origen de las malformaciones, aun cuando todavía no se supiera exactamente por qué. Con posterioridad, se advirtió que al ser utilizado en monas embarazadas, estas tenían bebés con malformaciones iguales a las que estaban sufriendo los humanos.

El 23 de enero de 1963 se inició un proceso en Hamburgo y Grünenthal pagó 110 millones de marcos a una Fundación. El 18 de enero de 1968 se abrieron diligencias en el Tribunal Penal de Aachen (Aquisgrán). Se llamaron como imputados al dueño y a seis directivos, doctores en medicina, de la empresa farmacéutica, Grünenthal GmbH, acusados de lesiones (3000) y muertes (4000) por imprudencia. El 18 de diciembre de 1970, la corte archivó el caso sobre la base de la “menor responsabilidad” de los acusados¹⁸.

La cuestión jurídica se centró en dos aspectos:

- a) La negativa de la empresa a admitir que las malformaciones se debían al Contergan, aportando teóricas pruebas al respecto. En concreto, la estadísticamente poca incidencia, con relación a la utilización masiva. Ciertamente, en muchos países como Bélgica, España, Brasil, Inglaterra, se siguió utilizando años después del inicio del primer proceso.
- b) La inexistencia de una normativa que regulara los ensayos de los medicamentos antes de ser comercializados para uso humano. Como consecuencia de ello se empezaron a desarrollar las actuales leyes de medicamentos.

Respecto del primer argumento es necesario poner de manifiesto que no todas las personas reaccionan igual frente a un elemento nocivo. En esta línea, se sabe que en una epidemia, no todas las personas que se encuentran en riesgo de contagio contraen la enfermedad. Por consiguiente, es suficiente para imputar los resultados que se cree un riesgo típico que se realiza en el resultado.

El segundo argumento puede ser válido para excluir la responsabilidad de los responsables de Grünenthal en un primer momento. No obstante, cuando ya han surgido los problemas y existen serias dudas acerca de la relación entre la ingestión de Contergan y las malformaciones, surge un deber de cuidado infringido por los responsables de la farmacéutica que permite imputar a título imprudente esas malformaciones. En un tercer momento, el hecho de que siguieran vendiéndolo en países del tercer mundo posibilita la imputación a título doloso.

B. Caso ADN

La empresa B. Braun Medical, ubicada en San Bernardo (Chile), a partir de 2006 fabricó un complemento alimentario denominado Nutricomp ADN, cuyos destinatarios eran pacientes con deficiencia nutricional o enfermedades crónicas. El problema se plantea a partir de que el producto que se vende contiene, aproximadamente, una décima parte del potasio respecto de la cantidad que se indica en el prospecto. El producto comenzó a vender en julio de 2007 y el 3 de diciembre de ese mismo año, los responsables tienen conocimiento del problema y, pese a ello, ordenan continuar con la venta. Venta que no finaliza hasta el 18 de enero de 2008, cuando lo prohíben los responsables sanitarios de la región.

Como consecuencia de estos hechos, sobre la base del bajo contenido de potasio del complemento alimentario, pacientes que consumían el producto debido a sus enfermedades sufrieron de hipokalemia, es decir, falta de potasio en sangre. En el proceso se consideró probado que al menos siete personas, que habían consumido el producto defectuoso, murieron de esta enfermedad y fueron innumerables las que sufrieron lesiones graves con riesgo vital.

En la sentencia de absuelve por las muertes y lesiones, esencialmente, sobre la base de que no todos los que ingirieron el producto sufrieron la enfermedad, lo que determinaba que no se pudiera probar la causalidad entre la ingesta del com-

¹⁸ El 10 de abril de 1970 los padres de las víctimas solicitaron ser indemnizados con 100 millones de marcos. Las indemnizaciones tardaron mucho en hacerse efectivas, siguiendo el proceso civil hasta 1979.

plemento alimentario y las muertes y lesiones¹⁹. Es decir, un argumento muy similar al que, en su momento, plantearon en Alemania los responsables del caso Contergan. Como se señalaba con relación al caso Contergan, que no todos los que consumen un producto o están expuestos a una epidemia no sufran la enfermedad no excluye la relación causal entre el uso del producto y los resultados lesivos.

La solución debe de buscarse en sede de imputación objetiva y, por consiguiente, analizar si los responsables de la empresa crean un riesgo idóneo y suficiente para producir el resultado, de forma dolosa o imprudente, y si concurre relación de riesgo entre la conducta y el resultado. En el caso ADN, los responsables de la empresa B. Braun Medical, desde el momento en que conocen la situación que se ha producido, al seguir vendiendo el producto crean un riesgo idóneo que, al menos, debe de ser calificado como imprudente.

Es discutible que no se pudiera imputar también un riesgo imprudente por haber puesto a la venta el producto sin los controles exigibles. No obstante, es posible que en ese primer momento los autores no fueran los responsables de la empresa sino los obligados a controlar los productos. En este punto, se aprecia, asimismo, la importancia de la determinar la relación de autoría con carácter previo a analizar la relación de riesgo y, de concurrir, imputar el resultado.

Lo característico de este supuesto que podría plantear dudas en orden a probar la relación de riesgo, estriba en el hecho de que se tratara de pacientes que sufrían deficiencias nutricionales o enfermedades crónicas. Ello, no obstante, lo cierto es que el riesgo creado por el déficit de potasio en el producto se realiza en el resultado, la hipokalemia, con independencia de que de esa enfermedad se derive la muerte, lesiones muy graves o lesiones leves. Que se produzca o no el resultado final no se debe a la inexistencia de la relación de riesgo, sino a diversas circunstancias por las que se consigue evitar el resultado que pasan de las menores dosis que hayan tomado, de una alimentación más rica en potasio o de la rápida actuación de las autoridades y de los facultativos.

C. Caso Minamata

La empresa Chisso construyó su fábrica en Minamata, a unos 925 kilómetros al suroeste de Tokio, y comenzó a producir mercurio orgánico o metílico (H₃CHgCl) y cloruro de vinilo (HCCl₂CH₂), una sustancia cancerígena empleada en la fabricación de plásticos y de polivinilo de cloruro (PVC). En 1956 surgió la llamada enfermedad de Minamata, un mal de causa entonces desconocida que atacó a los peces y más tarde a los seres humanos, en especial a los recién nacidos y a las familias de los pescadores residentes en las costas del mar de Shiranui.

En este caso, las muertes y lesiones se produjeron por envenenamiento con mercurio que era vertido al agua por la empresa petroquímica Chisso y que, a través de animales y plantas, causó el envenenamiento de las personas. Los síntomas incluyen ataxia, alteración sensorial en manos y pies, deterioro de los sentidos de la vista y el oído, debilidad y, en casos extremos, parálisis y muerte.

Entre 1953 y 1965 se produjeron 111 muertes y 400 personas con problemas neurológicos. En 1968, el gobierno japonés anunció oficialmente que la causa de la enfermedad era la ingestión de pescado y de marisco contaminado de mercurio provocado por los vertidos de la empresa petroquímica Chisso. Se calcula que entre 1932 y 1968, año en que cambió el proceso de síntesis por otro menos contaminante, se vertieron a la bahía 81 toneladas de mercurio²⁰.

Este caso, se puede plantear una situación en parte análoga a la referida en el caso Contergan, ya que en un primer momento, al desconocerse los efectos del mercurio, podría aceptarse que no concurre un riesgo típico en la conducta de los responsables de Chisso. No obstante, una vez se plantea la posibilidad seria de que el mercurio este en el origen de la muertes y lesiones, podría afirmarse la concurrencia de un injusto típico imprudente y, en un tercer momento, doloso, dado que la empresa siguió con el vertido de mercurio a escondidas, sabiendo que estaba prohibido y su naturaleza peligrosa por razones económicas. Por ello, se tardó

¹⁹ Sentencia del Tribunal de San Bernardo de 24 de agosto de 2012, en la que se absuelve a los responsables de la farmacéutica por las muertes y lesiones sobre la base de que no todos los que utilizaron el complemento alimenticio que contenía mucho menos potasio del que correspondía habían sido afectados. Se condena por un delito imprudente contra la salud pública.

²⁰ Las víctimas no serían indemnizadas hasta 1996. El caso constituye uno de los llamados "cuatro grandes procesos" de la responsabilidad medioambiental en Japón. Su característica más importante radica en la admisión del uso de la prueba epidemiológica como prueba del nexo causal entre el consumo de los alimentos contaminados y la enfermedad. En el año 2001 se habían diagnosticado 2955 casos de la enfermedad de Minamata. De ellos, 2265 habían vivido en la costa del Mar de Yatsushiro. Los pacientes pueden solicitar compensaciones económicas y ayudas para los gastos médicos. Para reducir la preocupación de la gente, el gobierno japonés también ofrece exámenes médicos a los habitantes del área afectada.

doce años en encontrar el origen del problema. En 1961, la Universidad de Kumamoto denunció que la causa de las muertes eran los vertidos de la fábrica, pero el poder de Chisso ante las autoridades japonesas logró retrasar la clausura de las instalaciones hasta 1968²¹.

En este caso, aun cuando a primera vista pudiera incluirse en el grupo de los llamados “cursos causales no verificables” y se pudiera alegar el desconocimiento de la ley natural, lo cierto es que ese desconocimiento no era tal para los responsables de la empresa. Responsables que, en este caso, no sólo crearon un riesgo típico doloso que se realizó en los resultados sino que incluso podría afirmarse que actuaron con alevosía, ya que trataron de enmascarar el origen de la enfermedad.

D. Caso Colza

Síntesis de los hechos que dieron lugar a la sentencia: en mayo de 1981 se produjo el primer brote epidémico de lo que se denominó “síndrome tóxico”. En junio de 1981 se empezó a considerar la posibilidad de conexión entre esta epidemia y el aceite en mal estado. Tras producirse muchas muertes y lesiones atribuidas a ese denominado “síndrome tóxico”, se abrió un procedimiento penal y la primera sentencia fue dictada por la Audiencia Nacional en 1989 (Sentencia de la Audiencia Nacional del 20 mayo de 1989/Sentencia del Tribunal Supremo del 23 abril de 1992).

- a) En ella se consideraron suficientemente probados los siguientes hechos:
- Síntomas de la enfermedad: lesión de vasos sanguíneos, edema pulmonar, afecciones en el sistema nervioso. Finalmente, todos los órganos excepto el riñón resultaban afectados
 - Todas las personas imputadas, conforme a un modelo de distribución de funciones, manipularon aceite incorporando aceite de colza desnaturalizado.
 - Una de estas manipulaciones consistió en la introducción de anilina, de naturaleza peligrosa, que no cambiaba el color, sabor y olor del aceite de manera perceptible.

- Introducir esta sustancia dio lugar a la formación de anilidas de los ácidos grasos.
- b) No resultó probado:
- Que la aparición de la enfermedad estuviera asociada con las anilidas.
 - Se desconocía (y se desconoce en la actualidad) el agente tóxico que provocó la enfermedad.
 - Las anilidas solo aparecieron cuando se introdujo anilina pero se desconoce si está relacionado con la enfermedad o si se debió a ulteriores manipulaciones.
- c) A *sensu* contrario se probó:
- El “síndrome tóxico” no se correspondía en absoluto a la intoxicación por anilina.
 - Se ignoraba la concreta acción del agente tóxico –desconocido– sobre el organismo y las razones por las que se desarrolló la sintomatología expuesta.
- d) No se consideró probado en las sentencias, pero se puede deducir lógica y racionalmente de los hechos probados:
- El aceite de colza desnaturalizado hacía años que se estaba distribuyendo sin que hubiera aparecido la enfermedad.
 - La enfermedad se produjo en unos determinados lugares geográficos (esencialmente, en la Comunidad de Madrid y en la de Castilla-La Mancha) sin que apareciera en otros en los que también se consumía (por ejemplo, en Tarragona, lugar donde vivía y vendía una de los condenados, Salomón).
 - Algunos de los imputados consumían el aceite en su propia casa (por ejemplo, Salomón).
 - Lo que es más determinante, en algunos casos (monjas de un convento de clausura) no se pudo probar que hubieran consumido ese aceite pero, por el contrario, sí desarrollaron la enfermedad algunas monjas.

²¹ En la actualidad, 10000 personas reclaman indemnizaciones por contaminación con mercurio de los años 50, no reconocidos oficialmente como víctimas del llamado mal de Minamata, el primer desastre por contaminación industrial del mundo ocurrido a mediados del siglo XX.

Los gobiernos de las tres regiones afectadas por la polución industrial con mercurio –Niigata, Kumamoto y Kagoshima– que iniciarán el estudio en abril, deberán recoger información sobre los problemas de visión y las dificultades para moverse de las personas afectadas por ese mal, pero no reconocidas como víctimas con los criterios actuales.

Unos 1100 pacientes no certificados han pedido indemnización al gobierno central, a la región de Kumamoto y a la empresa de químicos Chisso causante de la tragedia ecológica, cuyo total de víctimas ronda los 20000 casos, según Kyodo.

- Los peritos que habían sido nombrados en los autos y que no creían que hubiera relación entre el aceite de colza desnaturalizado y la enfermedad fueron retirados del proceso, formalmente, por depresión.

En la actualidad, se sigue desconociendo el origen del denominado “síndrome tóxico”. Pese a ello, en las sentencias se consideró probada la relación causal entre las actividades de los imputados y los resultados de muerte y lesiones a partir de los siguientes argumentos:

- a) El problema de causalidad se debe a la ausencia de una ley causal natural suficientemente probada por la comunidad científica pero ello no sirve para excluir que exista.
- b) En esos casos el órgano jurisdiccional, con los datos que ha entendido suficientemente probados, puede afirmar la causalidad por ser esta una cuestión normativa, susceptible de interpretación y valoración judicial.
- c) Desde esta perspectiva –según el Tribunal– “normativa”, existe una “ley natural” cuando: “comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares sea posible descartar que el suceso se haya producido por otras causas”.
- d) No es necesario el conocimiento de todos los pasos del curso causal, ni siquiera la del agente tóxico determinante del carácter lesivo.
- e) No es necesario que el fenómeno sea repetible en condiciones experimentales.

Con ello, se viene a sustituir la relación causal por la imputación objetiva, confundiendo lo ontológico con lo normativo. La relevancia y la importancia de la imputación objetiva, en el ámbito de la relación de riesgo, no puede servir para obviar la prueba de la causalidad estrechamente relacionada con la carga de la prueba. La acusación, en virtud del principio de presunción de inocencia, debe probar, en el nivel de los Hechos Probados, lo que ha sucedido realmente y las causas que hayan dado origen a los resultados que se pretende imputar. La imputación objetiva, en un segundo momento, en el nivel de los Fundamentos Jurídicos, sirve para establecer la relación entre lo que se ha calificado como riesgo típico, en cuanto idóneo *ex ante* para lesionar el bien jurídico-penal protegido, y el resultado. En ningún caso se puede utilizar la imputación objetiva para eludir la prueba de los hechos.

Estas resoluciones, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, respecto de la responsabilidad

subjettiva también realizan una interpretación como mínimo analógica de lo que puede entenderse como dolo. En la sentencia del Tribunal Supremo se condena por dolo eventual sobre la base de las siguientes consideraciones:

- a) “La jurisprudencia no ha dudado en admitir el dolo eventual cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción y dicho peligro supera claramente el riesgo permitido”. Es decir, acoge la teoría pura teoría de la probabilidad y ello sin haber probado la causalidad, que es el elemento esencial en esta teoría.
- b) No cabe alegar confianza en la no producción del resultado, sin ulteriores argumentaciones del por qué no se puede.
- c) “La jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia de dolo eventual cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico”. Esta afirmación requeriría, como elemento previo, que el autor conociera que somete a la víctima a una situación peligrosa idónea para afectar su vida o su salud.

Partiendo de que el dolo es exclusivamente conocimiento, lo que no es admisible es presumir ese conocimiento tal y como se realiza en la referida sentencia. Postura que en la actualidad se está adoptando por el Tribunal Supremo a través del concepto de “ignorancia deliberada”. Ello supone extender el concepto de dolo incluso más allá de lo que podríamos calificar como imprudencia. Circunstancia que se agrava en el presente caso a partir de que ni tan siquiera se sabe sobre qué circunstancia o dato debe recaer ese conocimiento.

De lo anterior, cabe concluir que en el caso de la Colza se han producido las siguientes anomalías:

- a) Sustitución de la causalidad por la imputación objetiva sin probar lo primero. Desde una perspectiva criminológica hay que concluir que por razones de “alarma social” se han modificado, anulando, los requisitos de prueba de los elementos esenciales del delito.
- b) Desde una perspectiva procesal la analogía *in malam partem* que ello implica debería conllevar la inconstitucionalidad de la resolución. El órgano jurisdiccional se arroga la competencia para modificar las garantías constitucionales de prueba que permiten garantizar que los tipos se están aplicando en los supuestos previstos por el legislador.

- c) Infracción del principio de presunción de inocencia. La potestad de valorar libremente la prueba por el juzgador que se regula en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, supone que los dictámenes periciales no vinculan al juzgador. No obstante, la libre valoración no permite considerar causalidad algo que no lo es porque debe respetar los conocimientos científicos que definen causalidad y que está vinculado al significado convencional de un término. En este caso, el de “ley causal”, que no puede “crearse” por el juzgador.
- d) Infracción del principio *in dubio pro reo*. En el supuesto en que se hubieran producido discrepancias entre los expertos, la libre valoración de la prueba no supone la total libertad porque debe apoyarse en argumentos científicos y en ningún caso en contra de estos o saltando por encima de ellos. En último término, la duda razonable no puede servir para condenar, sino por el contrario, para absolver en virtud del referido principio.
- e) Con relación a la responsabilidad subjetiva, desde la teoría de la probabilidad, sin referencias volitivas, también se requiere para afirmar el dolo el conocimiento del riesgo típico. ¿Se puede afirmar la existencia de dolo cuando en la actualidad todavía se desconoce cuál era el riesgo típico?
- f) Negada la legitimidad de imputar las muertes y lesiones, surgen varios interrogantes:

A partir de lo anterior debemos plantearnos diversos interrogantes: ¿Cabe imputar un delito contra la salud en el consumo? ¿Es legítima la interpretación de los delitos de peligro como delitos de “peligro hipotético, presunto, estadístico”? ¿No supone la administrativización plena del Derecho penal?

Y, muy especialmente, ¿Es legítimo acudir al principio de precaución en el ámbito penal? Afirmar la legitimidad supone:

- Castigar por peligros hipotéticos desconocidos en el momento en que se lleva a efecto la conducta.
- Castigar por la mera infracción de normativa administrativa sin probar la nocividad, infringiendo el principio de lesividad entendido como afectación del bien jurídico-penalmente protegido imputable a la conducta típica.

E. Caso Cromañón (Sentencia de la Corte Casación del 20 de abril de 2011) versus Caso Madrid-Arena (PA)

En ambos casos, las muertes y lesiones aparecen como imputables a diversos responsables de las medidas de seguridad de una discoteca. En ambos casos, uno de los riesgos que se realizan en el resultado es el haber dejado entrar a más personas de lo que permitía el aforo (dio puerta), así como también la clausura de algunas de las puertas de salida.

En la sentencia de Cromañón, a alguno de los funcionarios responsables del cumplimiento de las medidas de seguridad se les condena por un delito de incumplimiento de los deberes de funcionario en concurso ideal con un **delito de incendio imprudente seguido de muertes**, mientras a otros se les condena por cohecho pasivo en concurso real con delito de incendio imprudente y a otros por cohecho en concurso real con el delito de incendio imprudente cualificado. A los responsables de la discoteca como coautores de un delito de incendio imprudente cualificado por haber causado la muerte de 193 personas y lesiones por lo menos en 1432.

El aspecto más relevante de la sentencia de casación es modificar la calificación de incendio doloso por la de imprudente.

El caso Madrid-Arena no ha llegado toda vía a juicio. En la madrugada del 1 de noviembre de 2012 en el Pabellón Madrid-Arena del Ayuntamiento de Madrid, hubo una avalancha y murieron cinco chicas (dos de ellas fallecieron en el hospital). Se han descubierto numerosas irregularidades entre la empresa promotora de la macro fiesta (Halloween) y el Ayuntamiento de Madrid. Había exceso de aforo y una puerta estaba cerrada. Asimismo, la policía local no controlaba en el exterior un macro botellón y los servicios sanitarios eran prácticamente inexistentes. Están procesados el gerente de Diviert, el responsable de la empresa de seguridad, el jefe de la policía municipal y diversos políticos responsables del Ayuntamiento de Madrid. Están acusados de homicidios imprudentes, con independencia de otras acusaciones por cohecho y prevaricación.

Estos casos tienen en común que podrían incluirse entre los llamados casos de “causalidad cumulativa” ya que en la producción de los resultados lesivos confluyen diferentes riesgos imputables a diferentes personas. Desde la perspectiva de la imputación objetiva, estos supuestos se analizarían como supuestos de concurrencia de riesgos.

En consecuencia, aun cuando se afirme que los condenados o imputados crearon un riesgo típico imprudente que se realizó en el resultado, lo cierto es que crearon o no controlaron teniendo el deber jurídico de hacerlo, solamente una parte del riesgo total que desembocó en el resultado. En consecuencia, aun cuando el riesgo total fuera elevadísimo, sólo una parte puede imputarse a los diferentes condenados o imputados, siempre que entre ellos no hubiera una relación de coautoría o participación.

F. Caso Líneas Aéreas Privadas Argentinas [en adelante, LAPA] versus caso Lufthansa

En los dos supuestos se trata de muertes producidas por el choque de un avión como consecuencia, al menos en parte, de la actuación de los pilotos. La diferencia estriba en que en el primer caso la conducta de los pilotos (Sentencia de Casación del 3 de mayo de 2011) sólo puede ser calificada como imprudente, no como dolosa. Por el contrario, en el caso Lufthansa, la conducta del copiloto es dolosa lo que al parecer conlleva que no se tome en consideración la actuación de los responsables de la compañía.

En el caso LAPA, se considera hecho probado que los pilotos no configuraron los *flaps* y que no se registró ningún fallo técnico y que los pilotos durante el despegue se dedicaron a bromear y hablar de temas personales, violándose el concepto de “cabina estéril” y omitieron pasar la lista requerido como “*Before Take Off Check List*” y no abortaron el despegue, cuando todavía era posible, pese a que sonaba la alarma de configuración.

Una cuestión relevante, desde la perspectiva de la imputación objetiva, es que el avión chocó con una caseta de gas que estaba al final de la pista y que ello como mínimo agravó el incendio que se produjo. En la sentencia se considera probado que la caseta contaba con una válvula de bloqueo por sobrepresión y una de alivio por venteo, que son obligatorias, y que no pudieron funcionar porque el avión levanto el techo de cemento armado (la caseta estaba autorizada).

«En primer término, luce suficientemente fundada la conclusión de los sentenciantes en cuanto a que las llamadas “características de vuelo negativas” del comandante se evidenciaron de manera crónica en su carrera, algunas de las cuales, se mantuvieron y manifestaron con evidencia en la cabina durante la emergencia. No sólo debieron ser consideradas como impedimentos para ascender a Weigel a comandante, sino que, como claramente lo concluyó la J.I.A.A.C [Junta de Investigación de Accidentes de Aviación Civil] –previo al análisis del

legajo técnico del Comandante Weigel–, debieron también ser consideradas a los fines de la calificación respectiva otorgada durante la instrucción impartida al nombrado, que recibió calificaciones generales de “satisface”, aún en ciertos casos en que un porcentaje de los ítems estuvieran por debajo de esa calificación y aunque las observaciones aludidas fueran importantes (tal como surge del detalle efectuado por el tribunal en el acápite III.2) B) de los considerandos). En este aspecto, más precisamente [con] relación [al] tenor de las observaciones a Weigel que se relacionan con el accidente» [el agregado es nuestro].

Las deficiencias de Weigel se imputaron a Borsani, Jefe de Línea, y a Diehl, Gerente de Operaciones, por haber nombrado al comandante para pilotar ese vuelo y se refieren al “nexo de causalidad”. También por la deficiente instrucción de Gustavo Adolfo Weigel y de Luis Adolfo Etcheberry. Se achaca el amiguismo entre ambos que desfiguraba la relación normal comandante-copiloto. No obstante, estaban debidamente acreditados por la Fuerza Aérea Argentina.

Se condena al Presidente de LAPA, Deutsch, y al Gerente, Boyd, a los que se había absuelto porque tenían delegadas las funciones de designar comandante, aplicando el principio de confianza. En casación se entiende que ostentaban una posición de garante y por ello se les puede imputar.

En el caso Lufthansa, el informe del Bureau d’Enquetes et d’Analyses (BEA) (Oficina de Investigación y Análisis), explica la evolución del recorrido médico-laboral de Andreas Lubitz, de 27 años. El 9 de abril de 2009, el certificado médico de Lubitz le declara incapaz de pilotar por “una depresión y a que tomaba medicación tratársela”. Ese mismo año en la escuela de pilotos de Houston le declararon no apto para pilotar. Cinco días después, el 14 de julio, su solicitud de renovación del certificado médico Clase 1, que le habilitaría para pilotar, le fue rechazada. El 28 de julio de ese mismo año, Lubitz obtuvo un nuevo certificado válido hasta el 9 de abril de 2010, con la nota “Adviértase las condiciones/restricciones del permiso”. En su licencia de piloto se incluía una limitación que advertía de “exámenes médicos regulares” y de “contactos con la entidad emisora de la licencia”. Desde entonces, Lubitz tuvo un certificado con esas limitaciones; el último de 28 de julio de 2014 era válido hasta el 14 de agosto de 2014. Lubitz estrelló el avión el 24 de marzo de 2015, sin que se le hubiera renovado el certificado.

Ello, aun cuando no se haya planteado como tal supone que se está tomando en consideración la **teoría de la prohibición de regreso** que implica

que, teóricamente, no se podrá castigar por una conducta imprudente cuando se haya producido una conducta dolosa a la que imputar el mismo resultado. No obstante, la prohibición de regreso, planteada en términos absolutos, carece de una justificación evidente. Simplificando, se parte de que la existencia de un hecho doloso absorbe cualquier contribución imprudente por el menor desvalor de esta última. Este argumento carece de solidez ya que el menor desvalor no implica que no sea una conducta desvalorada. Por otra parte, la prohibición de regreso, planteado en los referidos términos absolutos, no permite distinguir casos que efectivamente son diferentes.

Curiosamente, en el caso LAPA y en el caso Lufthansa, concurre una situación similar: la incapacidad de los pilotos para trabajar juntos (caso LAPA) o la incapacidad del copiloto (caso Lufthansa). Esa incapacidad, evidente en el caso Lufthansa, permitiría, al igual que sucedió en el caso LAPA, con menores argumentos, imputar a los responsables del control de la capacidad de los pilotos las muertes producidas como consecuencia de la colisión.

VI. IMPUTACIÓN OBJETIVA EN CASO DE CONDUCTA POSTERIOR DOLOSA. PROHIBICIÓN DE REGRESO

Desde un punto de vista jurídico-penal, la diferencia entre el caso Lufthansa y el caso LAPA estriba en que, en el primero, la conducta posterior del copiloto es claramente dolosa. El caso Lufthansa nos conduce a la llamada prohibición de regreso, otra de las cuestiones debatidas en el ámbito de la imputación objetiva, aun cuando su origen se remonta a la causalidad y, en concreto, a su negación a partir de la “interrupción del nexo causal”. Su origen se pone de manifiesto en las argumentaciones de algunos de los defensores de la prohibición de regreso que indican que no admitirla supone un regreso *ad infinitum* de las responsabilidades de los que actuaron previamente²².

A. Teorías favorables a la prohibición de regreso

1. Teoría tradicional de la prohibición de regreso (Frank)

Este concepto, así como su inicial fundamentación, es atribuible a Frank, quien en el ámbito de la causalidad sostiene la impunidad de todo a

quien favorezca imprudentemente una conducta dolosa o culpable.

Para él, no pueden ser consideradas causas del resultado las condiciones de una posterior obtención del resultado, de forma libre y consciente por otro individuo que se sirve de aquellas condiciones primitivas (es decir, las aportaciones anteriores a una intervención dolosa y culpable –*causa libera*– son penalmente inocuas ya que hacia atrás de aquéllas opera una prohibición de regreso). Para el autor, la causalidad “promovida psicológicamente” no puede fundamentar la responsabilidad. La debilidad de esta tesis la pone de manifiesto su propio autor al tener que excepcionarla para los supuestos de inducción y autoría mediata. Así también, el hecho de que Frank no descartaba la posibilidad de sanción del “hombre de atrás” a título de participación. Por tanto, para Frank esta teoría se constituye como un límite a la responsabilidad por autoría, trazando la frontera entre intervención punible o impune en el delito, para la participación imprudente, no la prohibición de regreso, sino que los requisitos que la ley penal establezca para la participación en sí²³.

2. Teoría de Hrushka, para quien también la prohibición de regreso presupone una acción que pueda calificarse como libre.

Para Hrushka, “imputar significa considerar un proceso como acción libre”, por lo que si un sujeto que actúa de manera libre ejecuta una acción típica, se le califica de autor, no aportando todos quienes se encuentren cronológicamente detrás de éste causa alguna que ocasione la acción libre, fundamentando así conceptos tales como el de inducción. Lo precedente es consecuencia directa de que la acción del autor no es el efecto de una causa (en términos de Kant y Mill), ya que la acción del inductor no determina el hecho del inducido, por lo que aquél no causa el hecho de éste²⁴.

3. Teorías político-criminales

Innecesidad de castigo del partícipe imprudente cuando la producción del resultado es retribuida a su autor doloso, ya que “la seguridad jurídica se ve satisfecha si puede hacerse responsable al segundo actuante, que ha ejecutado el hecho dolosamente”, ya que según Naucke, el comportamiento del primer individuo está tan distanciado del re-

²² En este sentido, por ejemplo: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “Blanqueo de capitales y abogacía”. En: *Indret*. Revista para el análisis del Derecho 1 (enero). 2008. p.25. En: <http://www.indret.com/pdf/502.pdf>.

²³ Ver: ROBLES PLANAS, Ricardo. “La participación en el delito: fundamentos y límites”. Madrid: Marcial Pons. 2003. p. 84.

²⁴ HRUSCHKA, Joachim. “Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias”. En: HRUSCHKA, Joachim. “Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación”. Navarra: Thomson - Aranzadi. 2005. p. 171.

sultado final lesivo, que ninguna persona puede representarse que se encuentre prohibido. Es decir, al responder el autor doloso (evidentemente sólo de su hecho) opera una causa de exclusión, respecto del aportante inicial imprudente, rigiendo, como Jakobs señala, “un estricto principio de absorción respecto de autores diferentes”²⁵. Para Naucke, las penas en los delitos imprudentes, más que retribuir culpabilidad, rellenan lagunas de punibilidad²⁶.

4. Teoría basadas en el concepto restrictivo de autor y la imputación objetiva

Para un amplio sector de la doctrina la exclusión de la imputación a quienes hayan actuado previamente se fundamenta en la defensa de un concepto restrictivo de autor, entendiendo que los criterios de imputación objetiva rigen también para la determinación de la participación delictiva²⁷. Estoy de acuerdo en que los criterios de imputación objetiva rigen también para la imputación objetiva, ya que entiendo que la relación de autoría debe de probarse previamente a la imputación del resultado. La cuestión que se plantea es precisamente el por qué se afirma que no concurre relación de autoría y en consecuencia relación de riesgo, respecto de quienes han actuado previamente. En ese punto se alega: el principio de auto responsabilidad, de forma que cada uno sólo responde por sus propios actos y/o las “conductas neutrales”, como ámbito de riesgo permitido²⁸.

El problema esencial que suscitan estas propuestas es la forma en que determinan el por qué una conducta es neutral ya que se suscita una falacia ya que se trata de una *petitio principii*²⁹. Ello es así porque se parte del presupuesto de que es neutral, sobre la base de un concepto de rol que se equipara al ejercicio de la profesión, y a partir de entender probado que es “neutral”, se le considera riesgo permitido y, automáticamente, se excluye tanto el dolo como la imprudencia. Ella lleva a demás a que no diferencien supuestos que son de participación, en tanto el sujeto (que cumple

el presunto rol) contribuye conscientemente al riesgo creado por el autor, de los supuestos en los que ese “profesional” crea un riesgo típico, doloso o imprudente, que también se realiza en el resultado. Como veremos, supuestos de autoría accesoría. Todo ello con independencia de que la prohibición de regreso surge para excluir la responsabilidad del sujeto que ha actuado previamente a otro, no cuando las diferentes personas actúan coetáneamente.

B. Teorías contrarias a la prohibición de regreso

1. Teorías político-criminales

Feijoo critica la postura de Naucke, desde el punto de vista de la prevención general, ya que esa idea “puede ser aplicada a todos los supuestos de participación, también a los dolosos”. No es relevante el vínculo causal, ya que en la prohibición de regreso éste siempre se admite, mas se debe determinar si al que aporta determinada condición puede o no imputársele el resultado sobrevenido. A su vez, porque la causalidad es un criterio de imputación necesario –aunque no suficiente– en el ámbito de los delitos de resultado.

Por tanto, es totalmente errado afirmar que «si alguien utiliza dolosa o culposamente la situación creada por la acción de otro, para acarrear un resultado penal, la acción del primero es concausal para el resultado acarreado por el segundo; mediante la intervención del segundo, el nexo causal entre la acción del primero y el resultado posterior, no solamente no es “interrumpido” [...], sino precisamente intermediado»; es decir, que en el caso de un cazador que cuelga su escopeta cargada en el salón de una hostería y luego se produce una gresca donde Alter mata a tiros con la escopeta del cazador a Ego, por el hecho de colgar la escopeta, el cazador es causa de la muerte de Ego, siendo para esta teoría el cazador autor de homicidio imprudente y alter autor de homicidio doloso (ello, porque toda conducta culpable que causa un resultado lesivo de modo evitable, aun cuando se

²⁵ JAKOBS, Günther. “Fundamentos del Derecho Penal”. Buenos Aires: Ad Hoc. 1996. p. 135.

²⁶ NAUCKE, Wolfgang. “Sobre la prohibición de regreso en Derecho Penal”. En: JAKOBS, Günther; NAUCKE, Wolfgang y Harro OTTO. “La prohibición de regreso en Derecho Penal”. Bogotá: Universidad del Externado. 1998. p. 43.

²⁷ Ver: MARAVER GÓMEZ, Mario. “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad”. En: BARREIRO, Agustín (Coordinador). “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (estudios y comentarios de legislación)”. Madrid: S.L. Civitas Ediciones. 2005. pp. 636 y siguientes.

²⁸ MARAVER GÓMEZ, Mario. Ibidem; ROBLES PLANAS, Ricardo. “Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Coordinador). “¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial”. Barcelona: Marcial Pons. 2003. p. 59.

²⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. Óp. cit. pp. 51 y siguientes. El autor pone de manifiesto este problema cuando afirma que cuando el sujeto realiza un “rol social lícito” no existe tipicidad objetiva por faltar el riesgo jurídicamente desaprobado, de modo tal que ni tan siquiera es necesario analizar una pretendida tipicidad subjetiva del comportamiento”.

vea intervenida por otro, acarrea responsabilidad producto de la equivalencia de causas)”³⁰.

2. Teoría basada en la prevención general y en la imputación objetiva

En la misma línea que Feijoo, creo que no puede afirmarse sin más que, desde un punto de vista preventivo, no esté justificado castigar la conducta imprudente, cuando se castiga también una dolosa. Es cierto que ello no sería posible si el castigo se fundamenta en la retribución por el resultado. En estos supuestos nos encontramos frente a dos riesgos diferentes, atribuibles a dos sujetos diferentes, actuando uno de ellos de forma dolosa y otro imprudente, y ambos riesgos se realizan en el resultado. En consecuencia, desde la perspectiva de la imputación objetiva es posible imputar el resultado, en concepto de autor,

a la conducta imprudente creado por el primer sujeto interviniente³¹.

Por lo demás, negando validez a la teoría de la prohibición de regreso, planteada en términos absolutos, pienso que no es posible la participación imprudente en un hecho doloso. La solución no es la de participación imprudente en un hecho doloso sino la de autoría respecto de su propio riesgo imprudente³². Es decir, se suscita una cuestión análoga a la que se plantea en la autoría accesoria, con la diferencia que en este caso uno de los delitos es doloso y el otro imprudente³³. Lo que no se justifica, en principio, es la impunidad, siempre que se den todos los presupuestos desarrollados, es decir, la creación de un riesgo idóneo y suficiente de lesión de un bien jurídico-penal, en este caso imprudente, atribuible a un sujeto y que se realiza –al menos en parte– en el resultado.

³⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Imputación Objetiva en Derecho Penal”. Lima: Grijley. 2002.

³¹ En la Sentencia del Tribunal Supremo 1286/2014, del 4 de marzo, se imputan dos delitos de homicidio doloso a la pareja sentimental de los dos niños muertos y dos homicidios imprudentes a esta última, por la muerte de sus dos hijos. La pareja sentimental mata a los niños a golpes con una balda de madera en la cabeza y ella se ausenta del domicilio, conociendo el carácter agresivo de su pareja y la existencia de numerosos precedentes de malos tratos contra los niños, tanto por parte de su pareja como por ella misma.

³² En el mismo sentido: FRISCH, Wolfgang. “Comportamiento típico e imputación del resultado”. Madrid: Marcial Pons. 2004. p. 255.

³³ En el caso Vinader, periodista que publicó en una revista de gran difusión una lista de miembros de los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL), en un momento en que Euskadi Ta Askatasuna (ETA) había asegurado públicamente que mataría a todos los miembros del GAL que localizase. Un comando de ETA mató a los miembros del GAL de la referida lista. En la Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de enero de 1983, se condenó a Vinader como inductor a una pena de siete años de prisión; solución, desde cualquier perspectiva, errónea, en cuanto en la sentencia no se prueba que Vinader indujera a ETA, ya que ésta había hecho pública su voluntad de matar a todos los miembros del GAL. Por el contrario, sería posible imputar a Vinader por homicidios imprudentes, por las muertes de los miembros del GAL, siempre que se probase que el riesgo creado por el periodista se realizó en el resultado de esas muertes.