

CASO DE LOS PELOS DE CABRA

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: I. Introducción. II. Valoración del caso por parte del Tribunal Supremo imperial alemán. III. Importancia del caso para la discusión doctrinal sobre la relevancia de los comportamientos alternativos adecuados a Derecho para la imputación del resultado en el delito imprudente. IV. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Deber de cuidado, relación de causalidad, delito imprudente de riesgo – delito imprudente de resultado, comportamientos alternativos – teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la evitabilidad, teoría del incremento del riesgo.

“El acusado adquirió para su fábrica de pinceles pelos de cabra de origen chino de otra empresa. A pesar de la advertencia de ésta de que tenía que desinfectar el material, se los proporcionó a sus empleados sin una desinfección previa. Un trabajador y tres trabajadoras que participaron en la elaboración de los pinceles y otra trabajadora que estuvo en contacto con el primero quedan infectados del bacilo del carbunco que se encontraba en los pelos. Las cuatro trabajadoras fallecen como consecuencia de ello. El empresario es acusado de cuatro homicidios imprudentes y un delito de lesiones imprudente”.

I. INTRODUCCIÓN

En primera instancia el fabricante de pinceles es condenado mientras en segunda resulta absuelto. La absolución se basa en que, a pesar de que el empresario infringió la normativa extrapenal y su deber de cuidado, no se pudo constatar con la probabilidad rayana en la seguridad que es precisa para formar la convicción judicial que en ese caso una desinfección de los pelos de cabra empleados excluyera la presencia de los bacilos y el correspondiente contagio. Mediante la prueba pericial no se pudo saber con certeza si alguna de las tres modalidades de desinfectantes que el empresario tenía la obligación de haber utilizado habrían conseguido hacerlo. Se trataba de procedimientos que no ofrecían una total seguridad. Es decir, no se pudo excluir que el contagio de las cinco personas se hubiera producido igual con el empleo de alguno de los tres procedimientos pertinentes para la desinfección, por lo que el Tribunal de instancia entendió que “no se había probado con la necesaria seguridad la relación causal entre la imprudencia del acusado y el resultado producido”. La fiscalía recurrió ante el Tribunal Supremo del imperio la absolución.

II. VALORACIÓN DEL CASO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO IMPERIAL ALEMÁN

El Tribunal Supremo imperial se ocupa de este caso en la sentencia RGSt 63, pp. 211 a 215 (Strafsenat de 23 de abril de 1929). El Alto Tribunal alemán parte de la idea de que existe una relación de causalidad de acuerdo con la “teoría de la equivalencia de condiciones” que defienden las salas penales del Tribunal. El Tribunal entiende que, si bien en la sentencia recurrida se parte como hecho probado de que el tratamiento de los pelos de cabra importados infectados con el carbunco no habría podido evitar el contagio con ninguno de los tres procedimientos adecuados de desinfección y que existía una probabilidad rayana en la seguridad de que el contagio del carbunco sin la conducta culpable del imputado se habría producido igual, se debería haber probado, además, si lo mismo se puede afirmar con respecto a las graves consecuencias de la enfermedad y los desenlaces mortales en la medida en la que dicha enfermedad no siempre es mortal (en el caso concreto, el hombre contagiado no falleció). El Tribunal Supremo expone que la sentencia absolutoria no ha tenido suficientemente en consideración el hecho de que si, a pesar de que con la desinfección no se habrían podido eliminar completamente los bacilos y evitar el contagio de los trabajadores, la cantidad y capacidad de contagio se podría haber mitigado de tal manera que la enfermedad resultara más leve y no desembocara en las muertes. La sentencia considera que la mera posibilidad de que el resultado también se hubiera producido con alguno de los comportamientos alternativos adecuados a Derecho no es suficiente, no habiendo quedado constatado con seguridad o una probabilidad rayana en la certeza que con el comportamiento correcto se habría producido el mismo resultado. En virtud de estas consideraciones anula la sentencia absolutoria y establece que el Tribunal de instancia debe escuchar la opinión del perito sobre estos aspectos, tomando partido sobre los mismos en sus fundamentos de Derecho. En sentencias posteriores, el empresario es absuelto por otras razones que excluyen ya la infracción del deber de cuidado.

III. IMPORTANCIA DEL CASO PARA LA DISCUSIÓN DOCTRINAL SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS COMPORTAMIENTOS ALTERNATIVOS ADECUADOS A DERECHO PARA LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN EL DELITO IMPRUDENTE

1. El presente caso es un clásico en la discusión doctrinal sobre la relevancia de los *comportamientos alternativos adecuados a Derecho en la dogmática del delito imprudente*. Primero en la doctrina alemana y, posteriormente, en la española¹, así

¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, (Barcelona), pp. 451 y ss., específicamente p. 460; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y

como en otros países, en la medida en la que se trata de un problema trasladable a cualquier sistema jurídico que contemple delitos imprudentes de resultado. En la literatura existen opiniones para todos los gustos en función del punto de partida de cada autor² y la relevancia que se le conceda a la posibilidad, probabilidad o seguridad de que con el comportamiento correcto el resultado se habría producido de idéntica manera, lo cual convierte en prácticamente imposible plasmar la multitud de opiniones que se han vertido sobre el mismo. Lo único evidente a estas alturas es que por conducta alternativa adecuada a Derecho se debe entender la conducta efectivamente realizada excluyendo aquellos elementos que fundamentan en ese caso concreto la infracción del deber de cuidado.

2. Durante la segunda mitad del siglo XX este caso ha protagonizado el debate doctrinal junto con otros tres casos antiguos de la jurisprudencia alemana:

a) Caso del ciclista o del camionero (BGHSt 11, pp. 1 ss.): El conductor de un camión adelanta a un ciclista sin guardar la distancia de seguridad prevista en el precepto correspondiente (realiza el adelantamiento a una distancia de 75 cm en lugar de los 100 a 150 cm preceptuados). Durante el adelantamiento el ciclista, en estado de embriaguez (con una concentración de alcohol en sangre de 1,96%), debido a una reacción en cortocircuito, gira la bicicleta hacia la izquierda y cae bajo las ruedas del remolque del camión (no del tractor o cabeza), falleciendo como consecuencia del accidente. Se prueba que, aunque se hubiera mantenido la distancia de seguridad, el resultado mortal se habría realizado igualmente, casi con completa seguridad, debido al estado de embriaguez del ciclista.

b) Caso de la novocaína (sentencia del Reichsgericht transcrita por Exner)³: A un niño se le administra como anestesia cocaína en lugar del narcótico indicado conforme a la *lex artis* (novocaína). El niño fallece. En la autopsia se descubre una particular y extraña anomalía física del niño que le habría producido rechazo contra todo tipo de anestesia.

el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”. (2001), pp. 127 y ss., específicamente p. 129; GIL GIL, Alicia, El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado, (Barcelona, 2007), pp. 347 y ss., específicamente p. 366; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, La imputación objetiva del resultado, (Madrid, 1992), pp. 193 y ss., específicamente p. 194; REYES ALVARADO, Yesid, Imputación objetiva, (Santa Fé de Bogotá, 1994), pp. 231 y ss., específicamente p. 247.

² Por todos, el clásico trabajo de ULSENHEIMER, Klaus, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, *Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen* N° 65, (Bonn: Röhrscheid, 1965), pp. 152 y ss.

³ REINHARD, Von Frank, Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für zum 70. Geburtstag, (Tubinga 1930; reimpresión de 1969), pp. 587 y s. Por todos, DUTTGE, Gunnar, Münchener Kommentar, Strafrecht, (Munich, 2003), 15/174.

c) Caso del farmacéutico (RGSt 15, pp. 151 ss.): Un farmacéutico despacha con receta médica un preparado de fósforo a la madre de un niño raquíptico. El despacho se repite en varias ocasiones, pero ya sin que el farmacéutico exija entrega de la receta reglamentaria. El niño sufre una intoxicación aguda como consecuencia del tratamiento que le produce la muerte. En la prueba pericial se demuestra que la intoxicación carecía de síntomas evidentes, por lo que no queda excluido que el médico, de ser consultado, hubiera continuado con el tratamiento.

Estos cuatro casos presentan cuatro características comunes que deben ser resaltadas: a) es evidente que el comportamiento del acusado ha infringido el deber de cuidado; b) se trata de actividades permitidas en cuyo ejercicio se han infringido reglas jurídicas o la *lex artis* que resultan en general idóneas para planificar el riesgo; c) existe una indudable relación de causalidad entre la acción y el resultado; d) el resultado también se habría producido o se podría haber producido con un comportamiento correcto⁴.

3. Hace tiempo que ha quedado obsoleta la afirmación de que los cursos causales hipotéticos interrumpen la relación de causalidad. Para la doctrina es evidente que el problema que se plantea en estos supuestos no es de causalidad ni de establecer relaciones de causalidad, como todavía se argumenta en los fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo imperial, sino de imputación del resultado a la persona que ha infringido el deber. Para establecer dicha imputación se han ido creando una serie de criterios normativos:

*III.1. La Teoría de la Evitabilidad*⁵

1. Las primeras versiones de esta teoría entendían que sólo se podía imputar el resultado si existía la seguridad o una probabilidad rayana en la certeza de que la conducta correcta tampoco habría podido evitar el resultado o, dicho con mayor exactitud, se probaba que el comportamiento alternativo correcto también habría causado el resultado (la mal denominada “relación de causalidad”). Esta es la posición defendida precisamente por el Tribunal Supremo imperial en el presente caso de los pelos de cabra (RGSt 63, p. 214, de acuerdo con la posición sostenida también en RGSt 15, p. 153 –caso del farmacéutico–). Desde la pionera contribución de Exner, la doctrina ha criticado con buenas razones que con esta teoría se invierte la carga de la prueba, infringiendo el principio *in dubio pro reo*⁶. Para superar dichos inconvenientes esta teoría ha cambiado de orientación y en su

⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit., p. 130.

⁵ Sobre esta teoría, en sentido crítico, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ibid., pp. 131 y ss.

⁶ REINHARD, Von Frank, ob. cit., pp. 588 y s. Por todos, DUTTGE, Gunnar, Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, (Munich, 2003), 15/174.

versión moderna defiende que el resultado no se puede imputar cuando la lesión era inevitable o mientras no se pruebe con probabilidad rayana en la certeza que se podía haber evitado con una conducta alternativa adecuada a Derecho. De esta manera se evita la presunción *iuris tantum* de culpabilidad. Esta segunda versión se asentó en la jurisprudencia alemana a partir de la sentencia del camionero o del ciclista.

2. Mientras la versión más clásica tenía el grave inconveniente de su falta de respeto al principio *in dubio pro reo*, la versión moderna presenta, a entender de algunos críticos como Roxin, el inconveniente político-criminal de verse obligada a absolver en muchos casos.

III.2. La Teoría del Incremento del Riesgo⁷

1. Con el objetivo de superar dicho inconveniente político-criminal surge la teoría del incremento del riesgo, cuyo formulador original fue Roxin en un artículo en ZStW 74, y que, en la actualidad, ha quedado plasmada en su manual de obligada referencia. Roxin comparte la solución de la teoría de la evitabilidad cuando es seguro que el resultado es consecuencia del riesgo permitido, en la medida en la que ni siquiera una conducta correcta podría haber evitado el resultado. Sin embargo, Roxin no considera esta solución político-criminalmente aceptable cuando existen dudas. Por ello intenta resolver por una vía distinta los supuestos en los que sólo resulta probable o posible que se hubiera producido también el mismo resultado. Roxin propone para estos casos de duda la *teoría del incremento del riesgo*, que ha sufrido diversas reformulaciones por parte de otros autores, que aquí no pueden ser expuestas.

2. El método que propone para la resolución de estos casos es el siguiente: comparar una hipotética conducta que observe el riesgo permitido con la conducta realizada por el autor. Si la conducta del autor incrementa la probabilidad de lesión con respecto a la hipotética permitida, la lesión del deber encaja en el tipo y, por tanto, tendremos un tipo imprudente consumado. Por el contrario, si no se incrementa el riesgo no se puede imputar el resultado. Es decir, en caso de duda sobre si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado, éste se imputa si se constata que el autor ha creado un riesgo no permitido. El autor carga con la duda si no se puede probar que el resultado es realización de otro riesgo que sea irrelevante para el tipo. Cuando se crea un riesgo desaprobado se imputa el resultado al autor si ese riesgo no se evidencia (se prueba) como explicación sustitutiva del resultado debido a que otro riesgo lo sobrepasa, lo adelanta o lo desplaza.

⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit., pp. 162 y ss.; GIL GIL, Alicia, ob. cit., p. 367 y ss. Ambos con ulteriores referencias y en sentido crítico.

3. Esta doctrina, que tiene importantes defensores, no ha sido aceptada por la doctrina, especialmente en España donde su recepción ha sido escasa. Las tres principales objeciones han sido: a) la confusión entre la determinación *ex ante* y *ex post* del peligro, b) la infracción del principio *in dubio pro reo* y c) la conversión de los delitos de resultado lesivo (que exigen la imputación objetiva y subjetiva de una lesión) en delitos de peligro en los que el resultado opera, en realidad, como mera condición objetiva de punibilidad. La primera ha perdido fuerza en la medida en la que es evidente que la valoración del incremento es un juicio *ex post* en el que se pueden tener incluso en cuenta circunstancias imprevisibles *ex ante*.

4. Esta teoría ratificaría por otros medios las consecuencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo imperial en la medida en la que el propio Roxin⁸ considera que la vieja y criticada teoría de este Tribunal, que entendía que sólo se debía excluir la imputación del resultado cuando se probaba con seguridad cercana a la certeza que el resultado se hubiera producido igual aunque el autor se hubiera comportado de forma correcta, conduce en definitiva a las mismas conclusiones que su teoría del incremento del riesgo, conclusiones que son más extensivas desde un punto de vista punitivo que la posición mantenida por el Tribunal Supremo alemán desde la sentencia del camionero o del ciclista (BGHSt 11, pp. 1 ss.)⁹.

5. El carácter expansivo de esta teoría es evidente en ejemplos extremos: si en una zona urbana con un límite de velocidad de 50 km/h, alguien conduce a 53 km/h y atropella a un peatón, no pudiendo saberse con certeza si a 50 km/h se podría haber evitado el resultado o el límite de velocidad habría reducido el riesgo, se entiende que ese conductor “ha matado” o “ha causado una lesión”. Para Roxin el incremento del peligro por encima de lo permitido hace que la balanza se incline en favor de la protección de bienes jurídicos (una consecuencia que se deriva de su idea de que la función esencial del Derecho Penal reside en la protección de bienes jurídicos). Esta teoría ha venido intentando paliar estas consecuencias extremas exigiendo que el incremento se pueda considerar importante, sustancial, considerable, relevante, etc. Pero estas expresiones sólo aportan buenas intenciones y carecen de solidez dogmática. Por ejemplo, ¿seis km/h es ya un incremento considerable? El riesgo de esta teoría es que en los supuestos de infracciones leves en ámbitos muy reglados, como el tráfico viario o la prevención de riesgos laborales, la teoría del incremento del riesgo convierte prácticamente la imputación del resultado en algo automático. Además, la teoría del incremento del riesgo adolece de otro defecto práctico importante: ¿Cómo se determina la probabilidad de lesión

⁸ STRAFRECHT, Allgemeiner Teil, (Munich, 2006), t. II, 11/100.

⁹ En este sentido, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, (Munich, 2001), 15/177 a 179; VOGEL, Joachim, Leipziger Kommentar StGB, (Berlín, 2007), t. 1, 115/193.

de la conducta hipotética adecuada a Derecho? ¿Cómo se mide la diferencia de probabilidades entre la conducta defectuosa efectivamente realizada y la conducta hipotética adecuada a Derecho? Obviando estas dificultades prácticas, los problemas dogmáticos de la teoría del incremento del riesgo son mucho más profundos. No es de extrañar que esta teoría no haya tenido amplia aceptación en España. La teoría del incremento del riesgo supone una interpretación extensiva de los tipos penales que no respeta el límite literal posible de los preceptos de la parte especial. El que crea un riesgo no permitido “practica todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado” (art. 16. 1 C. P. español), pero no mata o no causa una lesión. Por lo menos, no se prueba que mate o cause una lesión. Es decir, realiza una conducta que se puede calificar como tentativa (acabada), pero que no se sabe si se ha consumado como homicidio o lesiones. El art. 142 C. P. español (homicidio por imprudencia grave) no desvalora aumentar la probabilidad de lesión para la vida de otros o reducir sus oportunidades de supervivencia, sino que desvalora la efectiva lesión de ese bien jurídico. Si en nuestro ordenamiento la tentativa acabada imprudente es impune, se debe respetar esa decisión del legislador. No se puede aceptar que debido a esa impunidad se quiera convertir toda tentativa dudosa de haberse consumado en un delito consumado. En el delito consumado es esencial constatar siempre que el resultado es consecuencia de un riesgo no permitido. Esta teoría convierte, pues, actos de imperfecta ejecución (infracciones de la norma idónea para producir resultados) en delitos consumados. La teoría del incremento del riesgo es una “manipulación dogmática” para poder punir ciertas “tentativas imprudentes”, sobre todo en ámbitos no cubiertos por los delitos de riesgo, como puede ser el médico-quirúrgico, donde la mayoría de las veces es complejo dilucidar si el resultado es consecuencia de la conducta imprudente del médico o del riesgo natural de la enfermedad. Supone un avance frente a las teorías causales puras para las que era suficiente la relación de causalidad, pero acaba pervirtiendo el sentido de los tipos de resultado. Mediante la teoría del incremento del riesgo se convierten en tipos consumados “tentativas acabadas imprudentes” que se sospecha que se pueden haber consumado. Es decir, no se desvaloraría la producción *típica* (mediante un riesgo típico) de un resultado, sino generar riesgos determinados estadísticamente, pero que no se sabe si se han realizado en el resultado. En estos casos de duda en los que no se puede saber si el riesgo típico se realizó en el resultado, Roxin incurre en la idea versarista de que no es posible diferenciar en una conducta una parte permitida y otra prohibida, y, por tanto, el autor responde de todo lo que sea consecuencia de su comportamiento antijurídico. Pero si así fuera, tampoco se podría excluir la imputación del resultado cuando no hay dudas de que el resultado es realización de la parte permitida de un riesgo. Conclusión que, como hemos visto, no es admitida por el propio Roxin, que sólo aplica la teoría del incremento del riesgo cuando existen dudas, pero no cuando existe certeza. La norma penal no protege a los bienes jurídicos frente a todo tipo

de riesgos. Ni siquiera aunque ciertos riesgos no desvalorados se creen mediante una conducta antijurídica. Los tipos exigen causar un resultado *por imprudencia*, mientras la teoría de este autor se conforma con que el resultado se produzca “con ocasión” del riesgo creado imprudentemente. En este sentido hay que entender la crítica de que se trata a los delitos imprudentes de lesión como si fueran delitos de peligro concreto. Existe un acuerdo doctrinal sobre que la creación de un riesgo no permitido, de un riesgo jurídicamente desaprobado o de un riesgo típico es un elemento indispensable para la consumación de los tipos puros de resultado; pero de ahí a que se convierta en un elemento suficiente hay un salto cualitativo sobre el que la teoría del incremento del riesgo no puede convencer dogmáticamente, sino sólo aludiendo a razones político-criminales atendibles de *lege ferenda*, pero no de *lege data*.

III.3. La Teoría del Fin de Protección de la Norma

III.3.1. Diferencias de planteamiento con la Teoría del Incremento del Riesgo

1. Cada vez es más evidente para la doctrina dominante que lo relevante no es sólo que el resultado sea una realización del riesgo creado por el autor mientras infringía su deber de cuidado, sino más bien que se trate precisamente de una concreción del riesgo creado de forma no permitida. La persona que crea un riesgo no permitido debe responder sólo de eso y no de los riesgos permitidos inherentes a su comportamiento (conducir, emplear personas en fábricas, etc.). La teoría del incremento del riesgo parte de la idea contraria de que cuando alguien se comporta de forma incorrecta, el riesgo que crea no tiene una parte permitida y otra típica, de tal manera que todo factor de riesgo vinculado a la conducta infractora adquiere relevancia para el Derecho Penal y la imputación del resultado (la denominada tesis de la “inseparabilidad del riesgo”). La teoría del incremento del riesgo incurre de esta manera en una idea versarista que conduce a una expansión de la responsabilidad por imprudencia: una vez que una persona se comporta de forma inadecuada ya no se puede delimitar la parte típica de su comportamiento de la parte permitida. Todo su comportamiento pasa a ser globalmente desvalorado. El argumento político-criminal de que de lo contrario se producen absoluciones escandalosas no determina el contenido real de los tipos de resultado ni su estructura típica, sino que en el fondo no es más que una excusa para pervertir su sentido. En el mismo sentido, el argumento de que, en actividades con un alto índice de riesgo, como ciertas intervenciones quirúrgicas delicadas, la posición contraria conduce a que las personas actúen imprudentemente confiadas en la impunidad, tiene que ver con los instrumentos de prevención general que puede ofrecer el ordenamiento, pero no con la problemática de la imputación de un homicidio o unas lesiones a una persona.

2. El criterio del fin de protección de la norma parte de un principio completamente distinto al de la teoría del incremento del riesgo: *la norma sólo desvalora ciertos riesgos, por lo que un resultado sólo es típico si supone una realización de un riesgo típico, pero no de un riesgo permitido acompañante*. Por ejemplo, si alguien no respeta un límite de velocidad, pero el resultado no es consecuencia de ese aumento de riesgo, sino que se realiza el riesgo general de conducir, no se puede imputar el resultado. Los principios dogmáticos del incremento del riesgo y del ámbito o fin de protección de la norma no resultan compatibles ya que parten de premisas opuestas. En este punto reside una de las cuestiones centrales de la moderna teoría del tipo imprudente de resultado: o se admite la idea de que se pueden delimitar *ex post* los riesgos permitidos de los no permitidos o no se admite, pero no caben caminos intermedios como aceptar los dos principios. Decir que el criterio del fin de protección de la norma sólo se aplica cuando no hay dudas sobre que el resultado es consecuencia de un riesgo no permitido, y el principio del incremento del riesgo cuando existen dudas en ámbitos con riesgos generales elevados, supone una continua contradicción. Esta contradicción permanente no es apreciada por un gran sector de la doctrina que utiliza uno u otro de los criterios según le convenga. El propio Roxin ha adoptado ambos criterios¹⁰. El criterio del fin de protección de la norma parte del principio de que, en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos, es preciso constatar que el resultado es realización del riesgo típico. Este criterio tiene como principio básico la idea de que *la norma de conducta (norma de cuidado) sólo está referida a determinados riesgos, no teniendo que evitarse la realización de riesgos permitidos* o, lo que es lo mismo, de todo tipo de riesgos. La opinión contraria, que considera que en ciertos supuestos no se crean con una conducta varios riesgos, sino un sólo riesgo que no se puede partir en una parte permitida y otra desvalorada, incurre en una contradicción: al autor se le reprocha crear un peligro para un bien jurídico mayor que el permitido, pero no se puede determinar cuál es el riesgo permitido en ese caso.

III.3.2. Diferencias de planteamiento con la Teoría de la Evitabilidad

1. Por su parte, la teoría de la evitabilidad, que se limita a constatar si el comportamiento adecuado habría podido evitar el resultado, no delimita adecuadamente los riesgos desvalorados por la norma penal de aquellos que casualmente habrían evitado el resultado, pero que no tienen nada que ver con las finalidades de protección de la norma penal. Por ejemplo, si un coche se salta un semáforo en rojo y un kilómetro más adelante atropella a un peatón debido únicamente a una imprudencia de éste, según la teoría de la evitabilidad esas lesiones o esa muerte

¹⁰ Tratados en el manual, STRAFRECHT, Allgemeiner Teil, (Munich, 2006), t. 1, 11/69 y ss.

suponen una realización del riesgo de saltarse un semáforo, porque si el automóvil se hubiese parado ante la señal luminosa se hubiera evitado tal resultado. En este sencillo ejemplo se pueden apreciar las deficiencias prácticas de la teoría de la evitabilidad, que conduce a absoluciones o a condenas arbitrarias. Esto último puede ser debido a que la finalidad de protección de la norma penal sea más restringida que la eficacia protectora de la norma en el caso concreto, como sucede en el ejemplo anterior. Como ha señalado un sector de la doctrina¹¹, la teoría de la evitabilidad está condenada a la responsabilidad por la casualidad debido al “efecto reflejo de protección de los deberes”, dando lugar a excesos en la responsabilidad por imprudencia al permitir imputar resultados que no tienen que ver con la infracción del deber de cuidado. Cuando se trata de imputar un injusto penal no sólo se debe constatar que el resultado *se podía evitar, sino también de que se debía evitar*.

2. Es doctrina prácticamente unánime que no se pueden imputar las consecuencias de un atropello a una persona que en el momento del accidente conduce correctamente, con independencia de que en el mismo trayecto haya infringido anteriormente los límites de velocidad o se haya saltado un semáforo en rojo. La teoría de la evitabilidad no permite llegar a esta conclusión ya que si el conductor se hubiera comportado correctamente, habría llegado más tarde al lugar del atropello y éste no se hubiera producido. Ese ejemplo deja claro cómo esta teoría no permite explicar el resultado como concreción del riesgo imprudente (saltarse el semáforo en un cruce). Puede que en otros casos la hipótesis tenga que ver con la finalidad de la norma de cuidado, pero no existe ningún elemento en la teoría que lo garantice. El resultado que se podría haber evitado puede no ser consecuencia de la infracción del deber de cuidado, sino de otros factores concurrentes que vinculan causalmente la infracción con el resultado.

3. La teoría de la evitabilidad o teoría del nexo no plantea criterios idóneos para fundamentar la imputación del resultado porque no es una teoría que permita delimitar adecuadamente los riesgos creados imprudentemente de aquellos que casualmente no habrían causado o habrían evitado el resultado pero que, en realidad, no se encuentran desaprobados por la norma de cuidado. Esta teoría afronta el problema sólo fácticamente mediante la constatación de que con ella una persona podría haber evitado el resultado, pero no lo puede hacer desde la perspectiva de la norma de cuidado que representa la referencia central a efectos de imputación en el delito imprudente. Mediante esta teoría no se llega a constatar que el resultado producido era un evento que se tenía el deber de evitar o planificar mediante el cumplimiento del deber de cuidado; es decir, no procesa adecuadamente la “específica relación normativa” que debe existir entre lesión e infracción del deber de cuidado.

¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit., pp. 142 y ss.

4. En definitiva, lo decisivo no es tanto lo que hubiera pasado con un comportamiento correcto, sino explicar lo que realmente ha sucedido con el riesgo no permitido y si realmente es éste el que se ha concretado en el resultado. Si el resultado se puede explicar a partir del riesgo permitido o residual acompañante (fabricar pinces, conducir, anestesiar, etc.), no se puede imputar el resultado típico. De esta manera la referencia a la hipotética conducta correcta no es más que un *instrumento de ayuda* para demostrar que el resultado es una realización del riesgo atípico o de la parte o dimensión permitida del riesgo. Ello sólo se puede hacer a partir de una adecuada determinación del alcance o dimensión del riesgo no permitido. La comparación de la conducta creadora de un riesgo típico con una conducta que en esa misma situación fuera correcta puede servir únicamente como método auxiliar en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos creados o favorecidos por el mismo autor mediante la infracción de una regla estadística de peligro. Los Tribunales pueden utilizarlo como un medio argumentativo para imputar resultados, pero sin olvidar el fondo del problema para evitar las arbitrariedades a las que puede conducir. En casos como el de los pelos de cabra, aunque el riesgo no permitido es apto en general para lesionar, en el caso concreto no sucede así, ya que el riesgo resultaba inmodificable incluso con la desinfección. Por tanto, la referencia a las conductas alternativas no es más que un medio auxiliar de determinación fáctica para dilucidar una dudosa relación de riesgo entre una persona y un resultado por razones estrictamente limitadas al caso concreto (sobre todo en determinados ámbitos como el del tráfico rodado o el de la actividad médico-quirúrgica).

III.3.3. Aportaciones dogmáticas del criterio del fin de protección de la norma de cuidado

1. La mejor denominación que ha encontrado la doctrina para concretar estas ideas es el de “fin de protección de la norma de cuidado”¹². En el año 1962, un autor español, Gimbernat Ordeig, inicia en Alemania, al mismo tiempo que Roxin, un camino distinto para solucionar la problemática de las “conductas alternativas adecuadas a Derecho”¹³. Ese camino distinto es el del fin, ámbito o campo de

¹² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit., pp. 171 y ss., 323 y ss.; GIL GIL, Alicia, ob. cit., pp. 382 y ss.; En sentido contrario, DEGENER, Wilhelm, *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, (Baden-Baden, 2001), pp. 1 y ss., 511 ss. y passim. Específicamente sobre el caso de los pelos de cabra, y pp. 108 y s., con ulteriores referencias.

¹³ La causalidad en Derecho penal, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1962), pp. 544 y ss., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 140 ss. e *Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos*, en *Revista de Derecho de la Circulación*, (1965), pp. 676 y ss. En tiempos recientes ha vuelto a defender en fin de protección de la norma

protección de la norma. La idea del fin o ámbito de protección de la norma superó a las tradicionales teorías del “nexo de antijuridicidad” (que partían del riesgo permitido como una causa de justificación) o de la “relación de causalidad de la infracción del deber de cuidado” con sus distintas variantes. Posteriormente, en la literatura alemana, Roxin y sus discípulos (sobre todo Rudolphi) desarrollaron también este criterio que ha protagonizado la construcción dogmática de la teoría de la imputación objetiva o de la imputación de resultados como parte integrante de la teoría de la tipicidad¹⁴.

2. Este criterio supera a la teoría de la evitabilidad no sólo porque impute resultados también en supuestos de cursos lesivos en reserva en los que una conducta correcta no habría evitado finalmente el resultado, sino, sobre todo, porque excluye la imputación de resultados, aunque con la conducta alternativa adecuada a Derecho no se hubiera producido el resultado. Mediante la referencia al fin de protección de la norma se evitan los supuestos vistos más arriba al criticar la teoría de la evitabilidad denominados como supuestos de “efectos reflejos de protección de los deberes”. Es decir, supuestos en los que no se evitarían los resultados de la forma planificada en general por la norma penal, sino arbitraria o casualmente debido a circunstancias del caso concreto. Ello es debido a que la teoría parte de la idea dogmática correcta de que las normas no imponen deberes para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado. Gimbernat Ordeig utiliza una serie de ejemplos en los que una persona crea un riesgo no permitido, pero el resultado es consecuencia del riesgo permitido que acompaña siempre a cierto tipo de actividades (circulación viaria o ferroviaria). Así, si un conductor no respeta los límites de velocidad cuando entran o salen alumnos de los colegios y se arroja un suicida ante el vehículo, argumenta que sería absurdo afirmar “que el mandato de disminuir la velocidad en las cercanías de escuelas persigue proteger, además de

e imputación objetiva, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, (2008), t. LXI, pp. 5 y ss., que “el fin de protección de la norma es el único método interpretativo que permite alcanzar una solución razonable y fundamentada en numerosos supuestos de hecho” (p. 6). Como señala este autor, con razón, a pesar del rechazo inicial de Frisch por este criterio, en su monumental obra de obligada referencia *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* de 1988 (sobre la teoría de este autor en sentido crítico DEGENER, Wilhelm, ob. cit., pp. 97 y ss., 481 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *op. cit.*, pp. 232 y ss.; *Revista de Derecho penal y Criminología* 2º época 17 (2006), pp. 424 y ss., “cuando se enfrenta con casos concretos, continuamente acude a ese criterio para alcanzar una solución”, p. 5. Eso es porque materialmente lo que defienden Frisch y los partidarios de este criterio es lo mismo: que sea precisamente la dimensión no permitida del riesgo creado por el autor y no el riesgo residual permitido el que se realice o concrete en el resultado o permita explicarlo. La terminología que se quiera utilizar para dejar clara esta característica de la estructura típica de los delitos de resultado es una cuestión de relevancia menor.

¹⁴ DEGENER, Wilhelm, ob. cit., pp. 14 y ss., específicamente sobre el caso de los pelos de cabra, y pp. 108 y s., con ulteriores referencias.

a los niños, a los suicidas. Son imágenes de niños las que figuran en las señales de peligro, no de personas apuntándose con una pistola en la sien”.

En este sentido, si alguien conduce a 70 km/h donde está prohibido ir a más de 50 km/h y atropella a un peatón que irrumpe en la calzada, sin ningún dato que le permitiera prever dicha posibilidad, es preciso demostrar que esos 20 km/h de más son los que permiten explicar las lesiones del peatón. De lo contrario, se corre el riesgo de estar imputando un resultado a alguien por el mero hecho de conducir (riesgo permitido). O si un empresario contrata a un menor para un trabajo que, por razones de seguridad, está prohibido que realicen menores, se debe demostrar que el resultado es consecuencia de haber contratado a la persona inadecuada (riesgo no permitido) y no meramente de contratar personas (riesgo permitido). Si se quiere formular de otra manera, se tiene que constatar que el resultado es consecuencia de haber contratado un menor en vez de una persona mayor de edad. En el supuesto de los pelos de cabra, se debe comprobar que se ha realizado el riesgo consistente en entregar material a trabajadores indebidamente desinfectado y no simplemente tener una industria que trabaja con materiales de origen animal.

3. En el fondo, lo que viene a sostener este criterio es que *un resultado típico, para poder ser imputado, debe ser una concreción del riesgo creado de forma imprudente y no de otros factores de riesgo* (por ejemplo, trabajar con pelo de animales); es decir, tiene que ser precisamente el riesgo creado o no evitado imprudentemente un elemento necesario para explicar *ex post* el proceso lesivo que ha conducido al resultado. El resultado no es imputable si supone la realización de un riesgo residual acompañante que permite explicar el resultado típico con independencia de la conducta infractora del deber.

4. La comparación de la conducta infractora del deber con la conducta de la que se eliminan los elementos que fundamentan dicha infracción, como ya se ha dicho, no es más que un criterio fáctico de ayuda para determinar la cuestión normativa esencial: si efectivamente en el caso concreto el riesgo que se ha realizado en el resultado es el riesgo creado imprudentemente (no desinfección)¹⁵. Si se trata de establecer una relación normativa entre una persona y un suceso y no de una mera constatación fáctica, nunca la referencia a la conducta hipotética puede fundamentar la imputación de un resultado a una persona, sino sólo operar como *límite* cuando la conducta correcta no habría servido para nada (era inidónea) desde el punto de vista de la planificación del riesgo. Como ya se ha señalado con respecto a la teoría de la evitabilidad, con dicho criterio auxiliar se constata que la conducta correcta no habría producido el resultado, pero no resulta relevante

¹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit., pp. 330 y ss. En el mismo sentido, GIL GIL, Alicia, ob. cit., pp. 347 y ss.

para establecer la necesaria “relación normativa” entre la conducta infractora del deber y el resultado producido. La constatación hipotética de que una conducta correcta habría evitado el resultado puede estar relacionada en el caso concreto con factores casuales ajenos a la norma de cuidado. Por ello es preciso constatar a efectos de imputación algo más que el dato fáctico de la hipotética evitación del resultado típico mediante una conducta correcta. Ello es evidente si tenemos en cuenta que muchas veces la referencia a hipótesis demuestra que una conducta todavía más imprudente también habría evitado el resultado. Lo decisivo a efectos de imputación jurídico-penal es que la persona que se ha comportado imprudentemente debía haber evitado y planificado precisamente ese resultado. En definitiva, las posibilidades hipotéticas de evitación o disminución del riesgo con la conducta correcta no representan más que un criterio auxiliar para constatar si el resultado producido tiene que ver con el fin de protección de la norma de cuidado.

5. La norma de cuidado debe mostrarse útil para evitar el resultado no sólo en el caso concreto, sino que también debe ser *en general apropiada o idónea para planificar sucesos lesivos del mismo tipo*. No es suficiente que se encuentre relacionada con el resultado en el caso concreto de forma puramente casual si el resultado no era planificable en general mediante el respeto a la norma de cuidado. La idea dogmáticamente satisfactoria del criterio del fin de protección de la norma, con independencia de la denominación que se quiera utilizar, es que *las normas de conducta (en el delito imprudente las normas de cuidado) no pretenden evitar todos los resultados que se puedan derivar casualmente de la conducta infractora del deber, sino sólo un elenco de resultados concretos: los planificables ex ante para el autor desde la perspectiva del sistema jurídico*. La referencia al fin de protección de la norma de cuidado sirve para impedir que el respeto de la norma de cuidado (desinfección de pelos de cabra para elaborar pinceles) tenga efectos tuitivos causalmente sólo en el caso concreto y no en general. Las conclusiones son, por ello, mucho más sencillas, como sucede con el ejemplo del semáforo en rojo, cuando la norma de cuidado tiene un ámbito temporal y espacial claramente delimitado.

IV. CONCLUSIONES

El criterio básico de imputación del resultado en el delito imprudente es el del *fin de protección de la norma de cuidado*, entendido éste como la exigencia de que *el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo no permitido o creado mediante la infracción del deber de cuidado* y no de otro riesgo. En caso de duda, a diferencia de lo que sostenía la vieja jurisprudencia del Tribunal Supremo imperial alemán y, en tiempos modernos, la teoría del incremento del riesgo, no se debe imputar el resultado al sujeto imprudente.

La referencia a una conducta hipotética correcta sólo sirve como instrumento auxiliar para determinar dicha relación normativa. Dicha referencia fáctica sólo

puede operar como límite, pero nunca como fundamento de la imputación. No se causa por imprudencia todo resultado que se habría podido evitar, sino sólo aquél con el que habría que haber prestado un mayor cuidado.

El criterio del fin de protección de la norma exige una correcta determinación de la dimensión o el alcance de la infracción del deber de cuidado o de la conducta no permitida.

En el caso de los pelos de cabra, el empresario, al entregar los pelos de cabra sin desinfectar, desoyendo sus obligaciones legales y las advertencias de los suministradores, se ha comportado de forma imprudente y creado un riesgo no permitido con respecto a un elenco de enfermedades que debían haber sido combatidas. De los hechos probados no se deriva que la enfermedad que se contagió pudiera ser combatida con los medios de desinfección estándar. Por tanto, se trata de un riesgo que el empresario no tenía deber de planificar ya que la desinfección no suponía una medida idónea para evitar el resultado lesivo (o, al menos, cabe la duda sobre la idoneidad). Si, en sentido contrario, se llegara a constatar que la desinfección representaba un medio idóneo para conseguir, al menos, que la enfermedad no tuviera un carácter letal, se deberían imputar los fallecimientos de las cuatro trabajadoras. En todo caso, en el marco del Derecho vigente, el empresario debería responder por la conducta tipificada en el art. 316 CP si existen normas de prevención de riesgos laborales que obliguen a la desinfección.

BIBLIOGRAFÍA

- Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, (2008), t. LXI.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, (Barcelona).
- CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, (Munich, 2001)
- DEGENER, Wilhelm, Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, (Baden-Baden, 2001).
- DUTTGE, Gunnar, Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, (Munich, 2003).
- FAHRLÄSSIGKEITSDELIKTEN, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen N° 65, (Bonn: Röhrscheid, 1965).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”, (2001).
- GIL GIL, Alicia, El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado, (Barcelona, 2007).
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, La imputación objetiva del resultado, (Madrid, 1992).

REINHARD, VON FRANK, Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für zum 70. Geburtstag, (Tubinga 1930; reimpression de 1969).

Revista de Derecho de la Circulación, (1965).

Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, N° 17, (2006).

REYES ALVARADO, Yesid, Imputación objetiva, (Santa Fé de Bogotá), 1994.

STRAFRECHT, Allgemeiner Teil, (Munich, 2006), t. II.

ULSENHEIMER, Klaus, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den.

VOGEL, Joachim, Leipziger Kommentar StGB, (Berlin, 2007), t. 1.