

## Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito

Fernando Córdoba

Universidad de Buenos Aires

## Abstract

*Los presupuestos de la imputación que se estudian en la tipicidad pueden ser reconducidos a dos principios fundamentales: el principio de evitabilidad individual y el principio de lesividad. Este enfoque tiene la ventaja de ofrecer puntos de partida firmes para orientar la discusión sobre el contenido de los conceptos de dolo e imprudencia y, en especial, para evitar la confusión entre lo objetivo y lo subjetivo en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva. Además, el esquema de análisis resultante es fácilmente trasladable a los delitos de infracción de deber, con la salvedad de que, en la imputación objetiva, el deber de evitar tendrá fundamento en la correspondiente institución positiva.*

*Die zum Tatbestand zugeordneten Zurechnungsvoraussetzungen können auf zwei Grundprinzipien zurückgeführt werden: das Prinzip der individuellen Vermeidbarkeit und das Harmprinzip. Dieser Ansatz hat den Vorteil, feste Ausgangspunkte für die Diskussion über den Inhalt des Vorsatz- und Fahrlässigkeitbegriffes anzubieten, sowie die Verwirrung zwischen Objektiven und Subjektiven bei der objektiven Zurechnung zu vermeiden. Darüber hinaus gilt der hiesige Ansatz für die Pflichtdelikte auch wenn nur unter dem Vorbehalt, dass bei der objektiven Zurechnung die Vermeidungspflicht auf der entsprechenden positiven Institution beruht.*

*The requirements for the attribution of criminal liability that are analysed when considering the elements of an offence may be reduced to two fundamental principles: the principle of individual preventability and the harm principle. The advantage of this approach is that it offers solid basis to discuss the content of the notions of dolus and negligence and, in particular, to avoid confusing subjective and the objective aspects in the application of the objective imputation theory. Moreover, the resulting method of analysis may be easily applied to duty-violation offences (Pflichtdelikte) with the caveat that, under objective imputation theory, the duty to prevent will be established by an appropriate positive institution or social practice.*

*Titel: Individuelle Vermeidbarkeit und harm principle in der Unrechtslehre.*

*Title: Individual preventability and the harm principle in the crime system.*

*Palabras clave: evitabilidad individual, lesividad, ilícito, teoría del ilícito, imputación objetiva.*

*Stichworte: individuelle Vermeidbarkeit, Harmprinzip, Unrecht, Unrechtsbegriff, Objektive Zurechnung.*

*Keywords: individual preventability, harm principle, crime, crime system, objective imputation.*

## Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Evitabilidad**
- 3. Capacidades físicas**
- 4. Capacidades intelectuales**
- 5. Lesividad**
- 6. Conclusión**
- 7. Bibliografía**

## 1. Introducción

Cuando abordamos el estudio de la teoría del delito y comenzamos con el análisis de la tipicidad<sup>1</sup>, explicamos que hay un tipo objetivo y un tipo subjetivo, que el primero abarca los elementos de la conducta que son externos al autor (acción, resultado, nexo causal), que el segundo comprende los elementos que son internos a él (conocimiento actual o posible), y que el análisis de la tipicidad se completa constatando si la conducta representó la creación de un riesgo no permitido que se realizó en el resultado.

«Causalidad entre acción y resultado», «conocimiento» o «previsibilidad», y «creación de un riesgo no permitido que se realiza en el resultado», estos presupuestos para la atribución de significado típico están tan establecidos y aceptados que quien los invoca queda eximido de fundamentación y ya no se cuestiona por qué eso es así y no de otra manera. La respuesta a esta pregunta, y ésta es la tesis que quiero presentar aquí, es que esos presupuestos son el reflejo de dos principios que rigen la imputación de responsabilidad penal: el de evitabilidad individual y el de lesividad.

En efecto, dos son básicamente las preguntas a las que se puede reconducir el análisis para comprobar si el comportamiento del autor coincide con el comportamiento contrario a la norma; en el ejemplo utilizado habitualmente, si la conducta que causó esa muerte puede ser considerada una conducta de homicidio.

Lo primero que hay que preguntarse es si el autor *habría podido evitar* ese comportamiento y, por consiguiente, el resultado. Luego, y asumiendo que la respuesta fue positiva, hay que preguntarse, en segundo lugar, si el autor tenía el *deber de evitar* ese comportamiento, es decir, si además de *poder*, tenía también el *deber* de evitarlo.

A la primera exigencia subyace el principio de evitabilidad individual: las normas sólo exigen a su destinatario la evitación de comportamientos evitables, a nadie se le puede exigir más allá de sus capacidades, *ultra posse nemo obligatur*<sup>2</sup>. Por ello, un comportamiento que al autor no le era posible evitar no podría ser nunca la conducta prohibida por la norma, es decir, la acción típica.

En la segunda exigencia se expresa el principio de lesividad: contraria a la norma es sólo una conducta que lesiona derechos de terceros; pero lesiva de derechos no es cualquier conducta que puede causar un daño a otro, sino sólo una que puede causar ese daño y que el autor tiene el *deber de evitar* porque supera el riesgo permitido<sup>3</sup>.

Determinar esto último es –como el lector ya habrá advertido– el cometido que actualmente se le asigna a la teoría de la imputación objetiva. A su vez, la primera pregunta, dirigida a comprobar

---

<sup>1</sup> Como es habitual en la materia, para la introducción y exposición del tema ejemplificaré con la norma que prohíbe el homicidio y el caso de un autor que con su comportamiento ha ocasionado la muerte de otra persona.

<sup>2</sup> También formulado con el aforismo *impossibilia nulla est obligatio*.

<sup>3</sup> Como se volverá a explicar *infra*, en la nota al pie 19, dejo de lado por el momento la responsabilidad que tiene como fundamento la infracción de deberes de evitar derivados de instituciones positivas, es decir, la llamada competencia o responsabilidad por institución. Aquí, por razones de simplificación, me centraré en la imputación que es consecuencia de la infracción de deberes de no dañar, es decir, de la lesividad de la conducta.

la evitabilidad del comportamiento para el autor, explica el porqué de otros institutos tradicionales de la tipicidad como la necesidad de dolo o imprudencia y la no concurrencia de causas de exclusión de la acción. De esto se tratará en lo que sigue.

## 2. Evitabilidad

Como se dijo, parto aquí de la base de que la *evitabilidad individual de la conducta* constituye el presupuesto mínimo para que pueda tener lugar la imputación jurídico-penal<sup>4</sup>. Evitabilidad individual significa que la conducta debe haberle sido evitable al *autor concreto* y no, por ejemplo, a un hombre promedio. En otras palabras, sucesos que al autor no le era posible evitar no pueden serle imputados.

Estableciendo la evitabilidad individual como punto de partida, no se hace más que aplicar en el campo del Derecho penal el principio general según el cual a nadie se le puede exigir más de lo que puede rendir: *ultra posse nemo obligatur*<sup>5</sup>. Por ello, quien se manifieste de acuerdo con este postulado debería compartir el punto de partida aquí expresado.

Ahora, ¿cómo se establece si un comportamiento ha sido individualmente evitable, es decir, si ha sido evitable para su autor?

En rigor, la posibilidad de evitar una conducta depende, en primer lugar, de que el autor pueda motivarse de manera dominante a evitar el comportamiento (en otras palabras, de que pueda formar una voluntad de evitación); en segundo término, de que pueda reconocer que la conducta que se propone realizar es aquella que quiere evitar; por último, de que pueda aplicar la fuerza física necesaria para evitar el comportamiento en cuestión. Es decir, la evitabilidad individual depende de las capacidades volitivas (motivatorias), intelectuales y físicas del autor.

Pero el concepto de evitabilidad se construye sin tener en cuenta la capacidad de motivación del autor<sup>6</sup>. La voluntad de evitar se da simplemente por supuesta y lo que hay que comprobar es si el autor, con la voluntad de evitar una determinada clase de comportamientos, habría podido reconocer que estaba por realizar uno de esos comportamientos y lo habría podido evitar; en el ejemplo del homicidio, si con la voluntad de evitar matar, habría podido reconocer que causaría

---

<sup>4</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/20 y ss.; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 34 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 64 y ss. Cfr. también EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, p. 137: "Sólo se puede hablar de un 'deber de evitar' si la evitación es posible. La proposición: 'impossibile nulla est obligatio' también rige en Derecho penal. Reprochar a alguien que no hizo posible lo imposible, que no evitó lo inevitable, carecería de sentido" (destacado en el original).

<sup>6</sup> En verdad, esto no supone nada nuevo en lo que se refiere al ilícito, pues si algo tienen en común los distintos conceptos de acción actualmente vigentes, es que el *minimum* con el que todos se conforman para que se pueda afirmar la existencia de una "acción" (y luego, dado el caso, de un ilícito) es que se trate de un comportamiento voluntario. Esto implica que la pregunta acerca de cómo surgió esa voluntad, esto es, si el autor habría podido formar una voluntad de acción diferente, es una cuestión que, al menos en este nivel de análisis, no interesa (cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/21). Según la opinión dominante, la pregunta por la capacidad de motivación concierne exclusivamente a la culpabilidad, pero no al ilícito (cfr., por todos, ARMIN KAUFMANN, «Das fahrlässige Delikt», *ZfRV*, 1964, p. 140).

la muerte de otra persona y habría podido evitar también físicamente el comportamiento en cuestión<sup>7</sup>.

Como se puede apreciar, salvo por la capacidad de motivación, que queda fuera de consideración al darse por supuesta la voluntad de evitación, la evitabilidad individual se determina según las capacidades físicas e intelectuales del autor del caso real<sup>8</sup>.

Claro que uno se podría preguntar por qué hay dar por supuesta la voluntad de evitar del autor. Por dos razones.

Primero, porque la evitabilidad no es otra cosa que la posibilidad de evitar y la pregunta por algo posible en el pasado es siempre la pregunta por algo hipotético<sup>9</sup>, esto es, algo que no fue real, pero que *habría podido serlo*, si alguna de las circunstancias que condicionaron la realidad hubiese sido diferente. Por ello, está implícito en la definición de una hipótesis que al menos una de las condiciones del suceso real debe ser modificada<sup>10</sup>; y es que si se reproduce en la base del juicio de posibilidad todas las circunstancias que condicionaron que la realidad fuese así y no de otra manera, la pregunta acerca de si otra realidad habría sido posible está condenada desde un comienzo a ser respondida negativamente<sup>11/12</sup>.

La otra razón es la siguiente. Nuestro Derecho penal es un Derecho penal de culpabilidad por la voluntad, es decir, que no reprocha la falta de inteligencia o de capacidades físicas, sino exclusivamente déficits volitivos; y para comprobar si la no evitación del comportamiento típico puede ser reconducida a un déficit volitivo hay que preguntarse qué habría sucedido si el autor se hubiese motivado, es decir, si hubiese formado una voluntad de evitar comportamientos de

---

<sup>7</sup> Se debe aclarar que al formular la hipótesis no debe suponerse un motivo para evitar el comportamiento concreto, pues ello implicaría suponer en el autor no sólo la motivación, sino también el conocimiento actual o potencial de ese comportamiento, cuya presencia se busca comprobar a través de la hipótesis (JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 42 y s.).

<sup>8</sup> Cfr. JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 6/24 y ss.; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, esp. pp. 42 y s., 64 y ss., 83 y ss. Cfr., asimismo, KINDHÄUSER, GA, 1990, pp. 407 y ss.; KINDHÄUSER, AT, 2005, § 5, nm. 13 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 34 y ss., esp. pp. 35, 39; JAKOBS, «Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem», *FS-Welzel*, 1974, pp. 307 y ss.

<sup>10</sup> Una hipótesis es, por definición, la “suposición de una cosa, sea posible o imposible, para sacar de ella una consecuencia” (cfr. Diccionario de la Real Academia Española).

<sup>11</sup> Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1995, pp. 413 y s., señala: “vigente de manera constante la ley causal, la producción o no producción de un acontecimiento concreto es *necesaria* en virtud de la totalidad de aquellas circunstancias sin las cuales no ocurriría (en virtud de los ‘antecedentes’). Por ello, desde este punto de vista, *posibilidades* reales sólo pueden, desde un comienzo, entrar en consideración si el examen no se basa en la *totalidad* de los antecedentes concretos de un acontecimiento concreto... La pregunta [...] sólo puede recibir una respuesta con sentido cuando se la formula sobre la base de un supuesto de hecho definido, de algún modo, de manera distinta”.

<sup>12</sup> Cfr. también EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, pp. 182 y s.: “Tomamos en consideración una determinada sección de todas aquellas circunstancias que, en su totalidad, tuvieron como consecuencia el acontecimiento en cuestión, y la proposición: habría podido suceder de otra manera, no significa entonces otra cosa más que: las circunstancias tenidas en mira no envuelven, en sí mismas, la necesidad de la producción del resultado en cuestión. Respecto de acciones humanas, de la configuración total de circunstancias prescindimos, especialmente, de *una* condición del hecho, a saber, del carácter del autor, y nos preguntamos si las restantes condiciones habrían estado unidos, normalmente, con otro comportamiento. Examinamos si el hecho desaprobado también se habría producido, si alguien compenetrado con el Derecho hubiera estado en la misma situación externa. Y la proposición: el autor habría podido actuar de otra manera, significa: él habría actuado de otra manera, si hubiese sido de otra manera”.

ese tipo. Si la respuesta es que el autor disponía de capacidades físicas e intelectuales que le habrían permitido evitar con tal de haberlo querido, entonces hay que concluir que la razón de la no evitación, de la realización de la conducta, se halla en un déficit volitivo. En cambio, si incluso con la mejor voluntad no habría podido evitar el comportamiento, entonces hay que concluir que la conducta fue para él (física y/o intelectualmente) inevitable; y esto queda fuera ya del alcance del Derecho penal.

### 3. *Capacidades físicas*

Si el autor dispuso de las capacidades físicas necesarias para evitar el comportamiento, es lo que se analiza en las causas de exclusión de la acción, concretamente, en los casos de fuerza física irresistible y en los casos de actos reflejos. En el ejemplo académico de la avalancha de gente que oprime contra una pared a una persona, que a su vez asfixia con su cuerpo a un niño pequeño que se halla entre la pared y él, la causación de la muerte es inevitable para esa persona por capacidad física para resistir la fuerza de empuje de la muchedumbre<sup>13</sup>. A su vez, la misma comprobación se lleva a cabo con el requisito de que el autor haya dispuesto de la capacidad de realizar la acción mandada en el delito de omisión.

### 4. *Capacidades intelectuales*

Pero volvamos la atención al tema que interesa que es el de las capacidades intelectuales y conocimientos por los que se indaga en el tipo subjetivo.

En el plano subjetivo, la evitabilidad requiere previsibilidad. Sólo se puede evitar aquello que se puede prever<sup>14</sup>. Lo imprevisible es inevitable. Un actor de teatro puede tener la mejor voluntad de no matar, pero si no sabe ni tiene cómo saber que alguien maliciosamente ha cambiado, por balas de verdad, las balas de fogueo del arma con la que debe disparar a otro actor durante una escena, la muerte de ese compañero le es subjetivamente inevitable.

Por ello, el dolo, como conocimiento, y la imprudencia, como previsibilidad, no pertenecen al ilícito en tanto hechos psíquicos, sino como síntomas de que la conducta es evitable, es decir, como formas de evitabilidad<sup>15</sup>. Una conducta imprudente no constituye un ilícito porque el autor habría podido prever el resultado (si lo hubiese hecho, habría actuado dolosamente), sino porque una realización típica previsible es evitable. En la conducta dolosa, el conocimiento potencial, la previsibilidad, ha evolucionado y devenido ya en conocimiento actual. El dolo, por ello, es una forma calificada de evitabilidad en la que el autor, con sólo quererlo, está ya en condiciones de evitar.

---

<sup>13</sup> Cfr. p. ej. BACIGALUPO, PG, 2ª ed., 1999, pp. 250 y s.

<sup>14</sup> Cfr. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, pp. 137 y s.: “De esto se sigue algo más: homo tantum potest, quantum scit. Sólo las consecuencias *previsibles* pueden ser consideradas evitables en sentido jurídico, sólo a ellas se refiere la prohibición legal. Pues, para eludir también todo daño imprevisible, no habría directamente que actuar, e incluso si esto fuera concebible, por medio de esta inactividad también podría ocasionarse males. La evitabilidad se halla condicionada por la previsibilidad” (destacado en el original).

<sup>15</sup> Dicho de otro modo, nos interesa establecer si el autor actuó con conocimiento (dolo) o previsibilidad (imprudencia) porque sólo estamos dispuestos a imputarle lo que fue evitable para él.

Razonando desde la evitabilidad se comprende fácilmente por qué la previsibilidad que caracteriza a la imprudencia es el piso mínimo para la imputación jurídico-penal, y se comprende mejor también la conexión con la teoría del delito de principios tales como el *nulla poena sine culpa* o el que postula la exclusión del *versari in re illicita* o cualquier otra forma de responsabilidad objetiva. No hay pena sin previsibilidad porque lo imprevisible es inevitable, y por lo inevitable no se responde ni a título de dolo ni de culpa.

Pero este enfoque tiene además otras implicancias sistemáticas que permiten orientar la solución en algunas de las cuestiones debatidas al momento de precisar el contenido de los conceptos de dolo e imprudencia.

En primer lugar, para el deslinde del dolo eventual de la imprudencia consciente hay que recordar que el dolo es la forma de evitabilidad en la que el autor, por disponer ya del conocimiento necesario, con sólo quererlo, se halla inmediatamente en condiciones de evitar. El conocimiento que caracteriza al dolo no es entonces cualquier conocimiento; debe tratarse de un juicio válido para el autor, es decir, es preciso que el autor se represente, sobre la base de experiencia válida para él, y no sólo por especulación o por excesivo temor, que causará el resultado. Es que la voluntad de evitar puede surtir efecto inmediato en el autor, es decir, *sin necesidad de mayor reflexión*, sólo frente a un conocimiento que, según experiencia válida, lo muestre como futuro causante del resultado. De ello se sigue que a un mero “pensar en la posibilidad del resultado”, sin cualidad de juicio válido, podrá denominarse, si se quiere, imprudencia consciente, pero lo que debe quedar claro es que la representación del resultado que caracteriza esta forma de imprudencia no satisface las exigencias propias del conocimiento de las consecuencias que requiere el dolo<sup>16</sup>.

En segundo lugar, y ahora con relación a la imprudencia, si lo que importa es la evitabilidad individual, es decir, lo que el autor concreto con sus capacidades individuales habría podido prever y evitar, entonces esto ya supone una toma de postura en la discusión acerca de si para la tipicidad del delito imprudente basta que el resultado haya sido previsible en general, para un hombre promedio (previsibilidad objetiva)<sup>17</sup>, o se requiere que haya sido previsible para el autor del caso real (previsibilidad individual). Mientras que la doctrina posiblemente aún mayoritaria (al menos en la Argentina) se conforma, para el ilícito imprudente, con la previsibilidad objetiva del resultado, es decir, con lo que habría previsto un hombre prudente y razonable en la situación del autor, el punto de partida de la evitabilidad individual reclama –como se dijo anteriormente– que el resultado le haya sido previsible al autor concreto. En otras palabras, la evitabilidad individual reclama la previsibilidad individual de la conducta y de sus consecuencias<sup>18</sup>. Según

<sup>16</sup> Cfr. JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 8/23 y ss.

<sup>17</sup> Cfr., por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, § 21, II, 3; y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 131 y ss.

<sup>18</sup> Para la fundamentación de la previsibilidad individual a partir de la concepción aquí sostenida, cfr. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 46 y pássim; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 9/1 y ss.; para la tesis de la previsibilidad individual en general, cfr. STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 5ª ed., 2000, § 6, nm. 20 y ss., y § 15, nm. 13 y ss.; OTTO, AT, 7ª ed., 2004, § 10, nm. 4 y ss.; FREUND, AT, 1998, § 5, nm. 22 y ss.; STRATENWERTH, «Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt», *FS-Jescheck*, 1985, pp. 285 y ss.; BURKHARDT, «Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die “Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven”», en WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat*,

este punto de vista, la conducta imprudente se caracterizaría por la previsibilidad individual de la realización del tipo.

Pero permítaseme dejar por un momento el dolo y la imprudencia, es decir, el tipo subjetivo, para referirme ahora al principio de lesividad y la imputación objetiva y poder luego conectar ambos temas.

## 5. Lesividad

Una opinión difundida sostiene que el principio de lesividad es un límite al poder punitivo estatal: según ello, el legislador sólo podría prohibir conductas que perjudican a terceros. En otra ocasión se explicará que la lesividad no es el único fundamento posible de la responsabilidad penal<sup>19</sup>. Pero lo que importa preguntar aquí ahora es lo siguiente: ¿a qué se quiere aludir cuando se dice “conductas que lesionan, que perjudican a terceros”? ¿A una conducta que ya ha causado un daño o, al menos, lo está causando? ¿O a una conducta que *puede* causar un daño a terceros? Es decir, ¿se está haciendo alusión a una lesión actual o a una potencial?

En contra de la primera alternativa habla el sentido común, porque si se entendiera que el principio reclama lesión actual, es decir, que sin daño real no puede haber prohibición, entonces no se podría prohibir un homicidio hasta que la víctima no hubiese muerto (= daño actual)<sup>20</sup>. El principio carecería entonces de sentido.

Por ello, la segunda acepción es la correcta; las conductas lesivas a las que se refiere el principio no son las que ya han lesionado a terceros, sino las que tienen aptitud para hacerlo, es decir, las que pueden lesionar, causar un daño a terceros.

Prohibida por la norma y, por tanto, típica, sólo puede serlo entonces una conducta que *puede* perjudicar, lesionar a terceros. El problema –que señaló ya Carlos NINO– es que prácticamente cualquier conducta puede llegar a afectar los intereses de otro y ser vista, por tanto, como perjudicial para terceros<sup>21</sup>. Pero si esto fuese así, entonces el principio de lesividad no tendría ya

---

*Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, t. 21, 1996, pp. 114 y ss.; F.C. SCHROEDER, «Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung», *JZ*, 1989, pp. 776 y ss.; KREMER-BAX, *Das personale Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeit, Zur Individualisierung des Bewertungsgegenstands*, 1999, pp. 91 y ss., 129 y ss., entre otros.

<sup>19</sup> Me refiero a la responsabilidad que deriva de las instituciones positivas o competencia por institución, que no será ahora objeto de tratamiento aquí. Cfr., al respecto, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 29/57 y ss., por último, en *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83 y ss., y *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 61 y ss. Para ROBLES PLANAS, en cambio, siguiendo en esto a Silva Sánchez, la lesividad, es decir, la infracción de deberes negativos de no dañar (*neminem laedere*), sería el único fundamento que habilitaría una imputación directa del daño al infractor, cfr. ROBLES PLANAS, «Deberes positivos y negativos en Derecho penal», *InDret*, (4), 2013, pp. 5 y pássim.

<sup>20</sup> O, al menos, hubiese comenzado a ser “matada”, aunque entonces el perjuicio que justificaría la prohibición sería el daño a la integridad física, es decir, el que legitimaría la prohibición de las lesiones, o, en el mejor de los casos, si el daño se interpreta a la luz del dolo de homicidio, se trataría un intento de lesión a la vida que legitimaría la norma que prohíbe la correspondiente tentativa, pero nunca de la prohibición del homicidio consumado, cuyo daño no es otro que la producción de la muerte.

<sup>21</sup> Cfr., p. ej., NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 436 y ss.: “Difícilmente pueda pensarse en una conducta de un individuo que no pueda llegar a afectar, más o menos seriamente, los intereses de otros” [...] “todas las acciones pueden tener consecuencias intersubjetivas”, con cita de MILL, «On Liberty», cap. IV, pp. 98 y



ningún valor limitativo. La solución –como también lo señaló NINO– pasa por hallar el criterio para distinguir las afectaciones jurídicamente relevantes, que son a las que se refiere el principio, de las aquellas que no lo son. Ese criterio lo proporciona, en el ámbito del Derecho penal, la teoría de la imputación objetiva. Me explico. Una conducta que puede causar un daño es una conducta peligrosa o, lo que es igual, riesgosa<sup>22</sup>. Pero la teoría de la imputación objetiva enseña que la sociedad conoce un riesgo permitido y que una conducta adquiere relevancia típica, es decir, se trata de una conducta lesiva jurídicamente relevante en el sentido del principio, cuando crea un riesgo, un peligro, que supera ese umbral de riesgo permitido. En suma, contraria a la norma (= típica) sólo puede serlo una conducta lesiva, y lesiva sólo lo es una conducta que crea un riesgo no permitido que se realiza en el resultado.

Ahora, “riesgo permitido” significa que hay una regla social que permite actuar a pesar del riesgo de que se produzca el resultado. O bien, visto desde la perspectiva del destinatario de la regla, significa que el autor *no tiene el deber de evitar* el comportamiento riesgoso. A su vez, “riesgo no permitido” significa que hay una regla que no permite actuar en atención al riesgo de que se produzca el resultado, es decir, que el autor tiene *el deber de evitar* ese comportamiento en razón de ese riesgo. Para graficar con un ejemplo sencillo la equivalencia de ambas formulaciones lingüísticas: si la regla de tránsito establece una velocidad máxima de 60 km/h, circular a 70 km/h es un riesgo no permitido, lo que equivale a decir que el conductor tiene el deber de evitar ese comportamiento.

Esta reformulación del riesgo permitido en deberes de evitar hace más fácil comprender la relación entre el riesgo permitido y el deber de cuidado de adquirir conocimiento que caracteriza también a la imprudencia. El deber de evitar un comportamiento exige la aplicación de los medios necesarios para evitar ese comportamiento, y uno de esos medios es la adquisición de conocimiento. Con otras palabras, el deber de evitar implica el deber<sup>23</sup> de aplicar las capacidades intelectuales y procurarse el conocimiento necesario para evitar ese comportamiento.

Ahora, deber de evitar y deber de procurarse conocimiento no se relacionan siempre del mismo modo.

1. Si el autor no tiene el deber de evitar porque el comportamiento es un riesgo permitido, entonces tampoco tiene deber alguno de procurarse conocimiento; y si ya lo poseyera, ese conocimiento sería irrelevante, se trataría de conocimientos especiales. Para ejemplificarlo con un caso sencillo: si colocar rejas altas con puntas de lanza en el frente de una casa es un riesgo permitido, entonces carece de importancia que el dueño haya advertido o haya podido representarse que alguien podía lesionarse o, incluso morir, si resbalaba intentando escalarlas

---

s: “Nadie es un ser completamente aislado; es imposible para una persona hacer algo que sea grave y permanentemente perjudicial para ella misma sin que el mal se extienda al menos a la gente más cercana a ella, y a veces aún mucho más lejos”.

<sup>22</sup> Según el Diccionario de la Real Academia, “peligroso” se dice de algo o alguien que tiene riesgo o puede ocasionar daño, y “riesgoso” de algo o alguien peligroso o que entraña proximidad de un daño.

<sup>23</sup> En rigor, el deber de procurarse conocimiento para poder evitar no es un deber jurídico, sino una “carga” (*Obliegenheit*), es decir, un deber estatuido en el propio interés de la persona a la que obliga, un deber para consigo mismo. Al respecto, cfr., en detalle, CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, 2012, pp. 153 y ss., con más referencias.

para ingresar a la vivienda. En el primer caso se trataría de un conocimiento especial; en el segundo, de un conocimiento potencial (previsibilidad) que el autor no tenía el deber en transformar en conocimiento actual.

2. Pero esta relación no funciona del mismo modo a la inversa, porque la medida del deber de procurarse conocimiento se regula con un criterio autónomo. Me refiero a que puede suceder que la adquisición de conocimiento, en las circunstancias dadas, ya no sea exigible, pero que sí sea exigible evitar, es decir, que exista aún el deber de evitar, si se dispone del conocimiento para ello. El ejemplo más claro lo proporcionan los casos de principio de confianza.

Un ejemplo tomado de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina servirá para ilustrarlo<sup>24</sup>. El caso es el siguiente: una paciente anestesiada muere durante una operación porque el anestesiólogo le suministra protóxido de azoe en vez de oxígeno. Por supuesto, el anestesiólogo no fue consciente de ello y el error se debió a que los técnicos de la sección electromedicina del sanatorio, encargados del armado de la mesa de anestesia, habían cruzado por equivocación las mangueras y conectado la del oxígeno al tubo de protóxido y la de este gas al depósito de oxígeno. Las conexiones no eran visibles para el anestesiólogo porque estaban detrás de una estructura. El caso llegó a la Corte a raíz del recurso del anestesiólogo, que había sido condenado civilmente por homicidio culposo con el argumento de que, como parte de los deberes de su profesión, habría debido controlar las conexiones, es decir, que tenía el deber de procurarse conocimiento sobre ese extremo y que, si lo hubiese hecho, habría advertido la falla y evitado el resultado. La Corte descalificó ese razonamiento argumentando que el anestesiólogo no tenía el deber de controlar las conexiones porque tenía derecho a confiar en que el personal de electromedicina había actuado correctamente.

Aquí se puede ver claramente, por un lado, que el deber de procurarse conocimiento termina donde comienza el principio de confianza; por el otro, que el final del deber de adquirir conocimiento no necesariamente implica el final del deber de evitar el comportamiento: al autor le está permitido confiar en que la mesa de anestesia fue armada correctamente; no así suministrar protóxido de azoe en vez de oxígeno. Esto último sigue siendo un riesgo no permitido. Por eso, si el anestesiólogo, por el motivo que fuese (por ej., al ir a buscar un botón que se le descoció, cayó y rodó detrás de la mesa de anestesia), advierte que las mangueras están cruzadas, no puede seguir actuando sino que debe retomar el control y evitar el suministro del gas.

Este deber de adquirir conocimiento es el que tradicionalmente ha sido considerado parte del deber de cuidado y cuya infracción, junto a la previsibilidad, caracteriza a la imprudencia. Y el principio de confianza es, como se ha visto, un instituto que limita su medida. Con esta reformulación del riesgo permitido en deberes de evitar se puede ver más claramente de qué modo la parte del deber de cuidado referida a la adquisición de conocimiento se relaciona con la imputación objetiva y el riesgo permitido, así como también la función limitadora de ese deber que cumple el principio de confianza.

---

<sup>24</sup> Tomado de la sentencia de la Corte Suprema federal argentina en el caso "Peleritti s/homicidio culposo", publicado en el tomo 319 de la colección de sentencias del tribunal, pp. 104 y ss. (Fallos: 319:104 [1996]).

3. A modo de resumen hasta aquí, puede decirse entonces lo siguiente: si el autor no tiene el deber de evitar, porque su conducta no supera el riesgo permitido, entonces tampoco tiene que procurarse conocimiento para poder evitar. Esto parece claro. Pero lo que sí puede suceder, en cambio, es que el autor mantenga el deber de evitar, porque la conducta sigue siendo un riesgo no permitido, y, sin embargo, no le sea ya exigible adquirir conocimiento.

4. Regresemos ahora de nuevo la atención a los casos del primer grupo; me refiero a aquellos en los que hemos dicho que el carácter permitido del riesgo y la consiguiente falta de deber de evitar el comportamiento conlleva la ausencia también de deber de procurarse conocimiento o activar los que ya se tuviese. Para presentar el tema utilicé un ejemplo no problemático, como el de la reja instalada en el frente de la casa. Pero ahora es preciso referirse a los verdaderos casos problemáticos que son mencionados habitualmente al tratar este tema. Los ejemplos<sup>25</sup> son conocidos:

**Ejemplo 1:** Un estudiante avanzado de biología, que se emplea durante las vacaciones como camarero, gracias al saber adquirido en sus estudios reconoce en una ensalada, lista para ser servida, una planta muy venenosa que se parece de manera muy engañosa a una clase de perejil que también se halla en la ensalada; impasible, sirve la ensalada. El cliente muere por causa del veneno.

**Ejemplo 2:** Un ingeniero automotriz, especialista en frenos, conduce un auto alquilado y concluye, a partir de algunos indicios reconocibles sólo para pocos especialistas, que en breve (aunque no todavía durante su travesía) se producirá un desperfecto en los frenos; el ingeniero devuelve el automóvil sin dar aviso del peligro. El siguiente locatario del automóvil sufre un accidente.

**Ejemplo 3:** Un estudiante de ingeniería, que en sus vacaciones se pone a trabajar como peón albañil, se percata, gracias al conocimiento adquirido durante su formación universitaria, que una losa de un edificio que va a ser encofrada ha sido calculada de manera que resulta demasiado endeble. Sin embargo, participa en el encofrado del hormigón, de acuerdo con las instrucciones recibidas. Se produce más tarde un derrumbe que causa la muerte de una persona.

**Ejemplo 4:** Un día de lluvia y con niebla, una empleada de una cabina de peaje de una autopista urbana cobra el dinero a los conductores y levanta la barrera para que pasen. Entre los autos que pasan, uno que circula sin luces de posición ni de frenos, termina provocando un accidente.

5. Como es sabido, las reglas sociales que delimitan el riesgo permitido, es decir, que establecen los deberes de evitar, pueden presentarse bajo la forma de regulaciones positivas (por ej., reglas de tránsito), reglas del arte o normas técnicas, pero también, y fundamentalmente, como reglas de prudencia no escritas.

Las primeras permiten establecer con un grado importante de precisión los comportamientos no permitidos. Pero en el caso de las reglas de prudencia no escritas reina una absoluta indeterminación, que tradicionalmente ha querido ser remediada, en el delito imprudente, con ayuda de figuras como la del “buen padre de familia” o del “hombre prudente y razonable”. Y aquí es donde entra en escena el concepto de rol como concepto auxiliar que se ha tomado

---

<sup>25</sup> Los tres primeros habitualmente presentados en los textos de JAKOBS, p. ej., en *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 136 y ss., y en «Tätervorstellung und Objektive Zurechnung», *GS-Armin Kaufmann*, 1989, pp. 271 y ss.

prestado en los últimos tiempos de la sociología jurídica en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva.

La utilidad de este préstamo puede entenderse mejor si apela a este ejemplo: si, en el marco de los cálculos para efectuar la reducción de la pena de la tentativa, uno pide que le respondan rápidamente cuánto es dos tercios de cinco años, seguramente escuchará que la mitad son dos años y medio, pero luego de esta primera aproximación el cálculo mental necesario para llegar a dos tercios se empantará y la pregunta se quedará sin respuesta. En cambio, si se convierte los cinco años en meses, sabrá rápidamente que cinco años son sesenta meses y que dos tercios son cuarenta, es decir, tres años y cuatro meses. El pasaje a otro denominador común facilita la resolución del problema.

Pues bien, algo similar con el concepto de rol. Un rol es el conjunto de comportamientos que debe realizar una persona, que se espera de una persona, cuando ocupa una determinada posición social. Sintéticamente, un rol es un haz de expectativas de comportamiento<sup>26</sup>. Aquí hay que tener en claro que mientras que el concepto de posición social es estático, el de rol es dinámico. A modo de ejemplo, la posición social de esposa existe tanto en nuestra sociedad como en Irán, pero el contenido del rol, es decir, los comportamientos que se esperan de una esposa, pueden ser muy diferentes en una y otra cultura, y de hecho lo son.

El concepto de rol contribuye, por tanto, a precisar un poco más, con ajuste a la realidad de una sociedad, los comportamientos que se espera que una persona realice o evite cuando actúa en una determinada posición social. Sería una contradicción postular que el autor tenía el deber de evitar un comportamiento que se esperaba que realizara como parte del rol social en el que interactuó. No sería coherente sostener que existe una regla social que no permite una conducta que otra regla social (porque de eso se trata con las expectativas sociales), en la misma situación, autoriza a realizar. Por eso, en todos los ámbitos en los que no se cuenta con reglas positivadas o reglas del arte, cambiar de denominador común y pasar de los conceptos jurídico-penales, las «reglas y deberes», a sus equivalentes de la sociología jurídica, las «expectativas y los roles», hace posible tener un punto de apoyo más concreto y firme para delimitar el riesgo permitido.

Por cierto, también con la utilización de las figuras del “buen padre de familia” o del “hombre prudente y razonable en la posición del autor” se intentaba precisar los comportamientos que se esperaban socialmente del autor en la situación. La diferencia es que el tomar ahora directamente el concepto general de rol permite refinar los criterios hasta un grado que antes no era posible.

6. En los ejemplos presentados anteriormente, la solución pasa entonces por establecer si de una persona que actúa en el rol de albañil, de camarero o de cliente se espera que se procure conocimientos sobre ingeniería de hormigón, botánica o sistemas de frenos y, si los posee, pese a ser ajenos al rol que está desempeñando, que los aplique para evitar lo que para él es evitable. Formulado de otro modo: ¿debe el cliente ocuparse de la inocuidad de los autos que vende la concesionaria por el sólo hecho de saber más y haber sido el último en usarlos? ¿Debería negarse

---

<sup>26</sup> Cfr. DAHRENDORF, *Homo socioligicus*, 15ª ed., 1977, p. 32 y pássim; LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., 1987, pp. 86 y ss.; JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 20 y s.

a restituir el automóvil o retirarse sólo cuando estuviese seguro de que el agenciero ha dispuesto lo necesario para que el auto sea sacado de la venta o reparado? ¿Y en el caso del estudiante albañil? ¿Se computa en su salario que entre sus responsabilidades está la de garantizar que los cálculos de estructuras estén bien realizados? ¿O ésa es la tarea de otros profesionales a cargo de la obra? En el caso de la empleada del peaje parece claro que su rol, lo que se espera de ella, se agota en garantizar que no pase nadie que no haya pagado previamente el peaje, y que de ningún modo puede concebirse que forme parte de su rol el garantizar la inocuidad de los vehículos que circulan por la autopista. Controlar que los automóviles estén en correctas condiciones de circulación es más bien deber del policía que habitualmente también está presente en la zona de las cabinas.

En el caso del camarero se podría argumentar que él ni tenía el deber de saber botánica, ni de procurarse conocimiento sobre los vegetales que servía, ni de poner sus conocimientos de botánica al servicio de la evitación del resultado. La conducta sería para él, a pesar del resultado, un riesgo permitido, al igual que para el albañil, el ingeniero y la empleada del peaje en los respectivos casos. Pero también se podría oponer que se espera también de un camarero que no sirva un plato de comida que previamente se ha caído al suelo o que contiene una cucaracha caminando por la ensalada, etc., y que, en esa medida, también forma parte de su rol no servir un plato de comida con una planta envenenada<sup>27</sup>.

En cualquier caso, es importante percatarse que, incluso si se aceptara esta última postura, la solución no se daría en el plano de los conocimientos (la cantidad de conocimientos no determina *per se* la amplitud del deber<sup>28</sup>), sino en el plano de los deberes de evitar del que se ocupa la imputación objetiva. Y de nuevo en el caso del camarero podría verse entonces la fractura que puede darse entre deber de evitar y deber de adquirir conocimiento: si el camarero, abstraído en sus pensamientos, no hubiese examinado los componentes de la ensalada y, sin saber de la presencia de la planta venenosa o del insecto, hubiese servido el plato, nada habría para reprocharle, porque no forma parte de las tareas de un camarero efectuar un control de esa índole. Pero si, como en el caso del anestesiólogo, de manera fortuita baja la vista y reconoce la planta venenosa o el insecto, ya no podría seguir adelante con su comportamiento.

## 6. Conclusión

A modo de conclusión, puede decirse entonces que los elementos que se mencionan habitualmente en el tipo, a saber, «relación de causalidad entre acción y resultado», «conocimiento» o «previsibilidad» y «creación de un riesgo que se realiza en el resultado», pueden reordenarse en dos preguntas: la primera, si el autor *habría podido evitar* el comportamiento; la segunda, asumiendo que la respuesta a la anterior fue positiva, si el autor tenía el *deber de evitarlo*. Con la primera se apunta a comprobar la *evitabilidad* individual del comportamiento, es decir, si era evitable para el autor; por lo inevitable no se responde. La

---

<sup>27</sup> Es lo que JAKOBS denomina ahora, en *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 32, «conocimiento casual» o «conocimiento ampliado de la situación», que se espera que toda persona aplique cualquiera sea el rol en el que actúa y que debe, por ende, ser incluido en la base de la prognosis del riesgo.

<sup>28</sup> Cfr., por ej., JAKOBS, «¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?», *LH-Struensee*, 2011, pp. 278 y ss.

segunda está orientada a establecer la *lesividad* del comportamiento, es decir, a comprobar si la conducta puede ser definida como la lesión de un derecho de un tercero y puede ser considerada, por tanto, como un comportamiento típico (de homicidio, lesiones, etc.).

Este enfoque tiene la ventaja de evitar la confusión que parece suscitarse entre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva. Se trata primeramente de indagar si el autor estaba *física e intelectualmente* en condiciones de evitar el comportamiento, para luego establecer si, además de poder, tenía también el deber de evitarlo porque constituía un riesgo no permitido.

Es cierto que por razones de “economía procesal” de la teoría del delito se acostumbra analizar primeramente la imputación objetiva, pues si se concluye que la conducta no superó el riesgo permitido, uno se ahorra de tener que ingresar al análisis del tipo subjetivo. Está bien que sea así. Pero lo que no hay que perder de vista es que si para la determinación del riesgo permitido y los deberes de evitar se toman en cuenta no sólo los comportamientos, sino también los conocimientos que se esperan de cada rol, y no del autor individual, esto no significa una confusión entre lo subjetivo y lo pretendidamente objetivo del tipo.

## 7. Bibliografía

BACIGALUPO (1999), *Derecho penal, Parte general (PG)*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.

BURKHARDT (1996), „Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung - Zugleich ein Beitrag wider die “Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven”“, en WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff - Straftatzurechnung - Strafrechtzweck - Strafausschluss - Strafverzicht - Strafklageverzicht*, C. F. Müller, Heidelberg.

CÓRDOBA (2012), *La evitabilidad del error de prohibición*, Marcial Pons, Madrid.

DAHRENDORF (1977), *Homo sociologicus*, 15ª ed., Westdeutscher, Opladen.

ENGISCH (1995), *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2ª reimpresión, Scientia, Aalen.

EXNER (1910), *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Deuticke, Lipsia-Viena.

FREUND (1998), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre (AT)*, Springer, Berlín.

JAKOBS (2014), *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tubinga.

——— (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

——— (2011), «¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?», en MAIER/SANCINETTI/SCHÖNE (dirs.), *Dogmática Penal entre Naturalismo y Normativismo, Libro en homenaje a Eberhard Struensee (LH-Struensee)*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 273 y ss.

- (1996), *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid.
- (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (AT)*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York.
- (1989), «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER/HORN/SCHILLING/SCHÖNE/STRUENSEE/ZIELINSKI (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (GS-Armin Kaufmann)*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 271 y ss.
- (1974), «Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem», en STRATENWERTH/KAUFMANN/GEILEN/HIRSCH/SCHREIBER/JAKOBS/LOOS (eds.), *Festschrift für Welzel zum 70. Geburtstag (FS-Welzel)*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 307 y ss.
- (1972), *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Walter de Gruyter, Berlín.
- JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts (AT)*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.
- KAUFMANN, Armin (1964), «Das fahrlässige Delikt», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)*, pp. 133 y ss.
- KINDHÄUSER (2005), *Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT)*, Nomos, Baden-Baden.
- (1990), «Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, pp. 407 y ss.
- KREMER-BAX (1999), *Das personale Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeit, Zur Individualisierung des Bewertungsgegenstands*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.
- LUHMANN (1987), *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Westdeutscher, Opladen.
- NINO (1989), *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- OTTO (2004), *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (AT)*, 7ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.
- ROBLES PLANAS (2013), «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, (4).
- STRATENWERTH (1985), „Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt“ en VOGLER/HERRMANN/KRÜMPELMANN/MOOS/TRIFFTERER/LEIBINGER/SCHAFFMEISTER/MEYER/HÜNE (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag (FS-Jescheck)*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 285 y ss.
- STRATENWERTH/KUHLEN (2000), *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat (AT)*, 5ª ed., Vahlen, Colonia.
- SCHROEDER (1989), «Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung», *Juristenzeitung (JZ)*, pp. 776 y ss.

WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.