



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID)

FACULTAD DE DERECHO)

TESIS DOCTORAL)

**Dogmática comparada del delito y de la responsabilidad civil
extracontractual**

*Vergleichende Dogmatik von Verbrechen und außervertraglichen
Schadenersatz +*

Marta Pantaleón Díaz !

Director: Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos !

Dogmática comparada del delito y de la responsabilidad civil extracontractual

Resumen:

La tesis doctoral para cuya defensa se solicita autorización tiene como objeto la comparación de las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil extracontractual por culpa, partiendo de la base de las diferentes funciones que desempeñan una y otra forma de responsabilidad. Tras un resumen introductorio (en español y en alemán), la tesis se divide en cinco capítulos y un breve apartado de conclusiones (también en español y alemán). En el primer capítulo se analizan las funciones de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil, comparando la finalidad preventiva de la primera con el carácter resarcitorio de la segunda y extrayendo de ello una serie de corolarios. Sobre esta base funcional, en los capítulos 2, 3 y 4 de la tesis se examinan las estructuras dogmáticas de cada una de estas formas de responsabilidad, dedicándose, respectivamente, a los elementos que ambas comparten, los exclusivos de la responsabilidad penal y los exclusivos de la responsabilidad civil. Finalmente, en el capítulo 5 se presentan algunas implicaciones prácticas del planteamiento defendido, sobre todo en el plano procesal.

A Comparative Theory of Crime and Tort

Abstract:

It is the aim of this dissertation to compare the structural elements of criminal offences, on the one hand, and torts, on the other, taking as a point of departure the different functions of each of these forms of responsibility. After an introductory summary (in Spanish and German), the dissertation is divided into five chapters and a brief section of conclusions (also in Spanish and German). In the first chapter, the functions of criminal and tortious liability are analysed, comparing the former's preventive aim with the latter's compensatory nature, and inferring a series of corollaries from this contrast. Departing from that functional basis, chapters 2, 3 and 4 go on to examine the structural elements of each form of liability, being respectively devoted to the requirements they share, those that are exclusive of crime and those that are exclusive of torts. Finally, in chapter 5, some practical implications of the theory argued for are presented, especially at the procedural level.

«Ich bin weit entfernt von der Sucht, Andere zu tadeln und durch neue Ideen auffallen zu wollen. Nur die Wahrheit an sich liegt mir am Herzen und nicht der Schein, sie entdeckt zu haben! Ich Wünsche daher nichts so sehr, als eine vollständige und gründliche Prüfung der von mir vorgetragenen Grundsätze. Habe ich das Ziel der Wahrheit verfehlt, so spreche ich mir selbst das Urtheil, nehme willig alles zurück und schwöre wieder zur alten Fahne».

Christoph Carl Stübel

Ueber den Thatbestand der Verbrechen, 1805

ÍNDICE !

RESUMEN INTRODUCTORIO	1 !
EINLEITENDE ZUSAMMENFASSUNG	25 !
CAPÍTULO 1. PREVENIR Y RESARCIR	51 !
I. INTRODUCCIÓN	51 !
II. PREVENCIÓN Y RESARCIMIENTO EN LA TEORÍA DE LA PENA Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	53 !
1. La función preventiva de la responsabilidad penal	55 %
2. La función resarcitoria de la responsabilidad civil	63 %
III. COROLARIOS: RELACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL; PAPEL DEL PERJUDICADO	76 !
1. Derecho penal y responsabilidad civil: ¿subsidiariedad?	77 %
2. El papel de la víctima: ¿«neutralización»?	80 %
IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	87 !
CAPÍTULO 2. LA PERTURBACIÓN COMO ELEMENTO ESTRUCTURAL COMÚN A LA & RESPONSABILIDAD PENAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL	89 !
I. INTRODUCCIÓN	89 !
II. LA PERTURBACIÓN EN EL MARCO DE LAS ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL	91 !
III. FUNCIÓN PREVENTIVA, FUNCIÓN RESARCITORIA Y PERTURBACIÓN	101 !
1. La perturbación como exigencia y como límite de la función preventiva de la % responsabilidad penal: relevancia del principio del hecho	101 %
2. La perturbación como exigencia de la función resarcitoria del Derecho civil	113 %
IV. LA ESTRUCTURA DE LA PERTURBACIÓN	116 !
1. No hay perturbación sin <i>riesgo</i>	119 %
a. El juicio de peligro como estimación de probabilidad a partir de un determinado nivel de % conocimiento: el problema de los conocimientos especiales	120 %
b. La probabilidad de comportamiento incorrecto de otras personas: el principio de confianza (y sus % límites)	141 %
2. No hay perturbación sin <i>competencia</i> sobre el riesgo	146 %
3. No hay perturbación sin conducta jurídicamente <i>desaprobada</i>	161 %
a. Los posibles intereses en conflicto: del «riesgo permitido» a la justificación. Especial referencia a % los supuestos de consentimiento y de «sustitución» de un riesgo por otro para el mismo interés	167 %
b. Riesgo de lesión versus probabilidad de salvación	183 %
i. La ponderación en casos de riesgo nimio	184 %
ii. La probabilidad de salvación de otros intereses: el juicio de «peligro inverso»	197 %

c. Lo que «pesa» el sacrificio de la libertad del autor: criterios generales de valoración	204 %
i. <i>Las capacidades con base en las que se valora la restricción de la libertad: el problema de las capacidades especiales</i>	206 %
ii. <i>La perspectiva general de enjuiciamiento: valoración impersonal y «justificación personal»</i>	210 %
d. Excurso: tipo y justificación	220 %
4. Elementos excluidos del análisis	225 %
V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	230 !
CAPÍTULO 3. LO ESPECÍFICAMENTE PENAL	233 !
I. INTRODUCCIÓN	233 !
II. LA SUBSUNCIÓN TÍPICA	234 !
1. De la perturbación al comportamiento típico	238 %
2. Eventualmente, el resultado típico y su imputación al comportamiento	241 %
a. La función del resultado típico en la estructura dogmática del delito	242 %
b. La determinación de la concurrencia del resultado típico	250 %
i. <i>Concepto objetivo versus subjetivo</i>	251 %
ii. <i>Concepto real-concreto versus abstracto-matemático</i>	255 %
c. La imputación del resultado al comportamiento	261 %
i. <i>La relación de causalidad</i>	263 %
ii. <i>La realización de la perturbación típicamente abarcada en el resultado (realización del riesgo)</i>	280 %
iii. <i>Irrelevancia de la hipótesis del comportamiento alternativo conforme a Derecho como criterio autónomo de imputación</i>	290 %
3. ¿Imputación a la esfera de responsabilidad de la víctima?	308 %
III. LA IMPUTACIÓN PERSONAL AL AUTOR DE LA PERTURBACIÓN TÍPICAMENTE ABARCADA (LA CULPABILIDAD)	322 !
1. Elemento absoluto: capacidad personal de comportamiento conforme a la norma	327 %
2. Elementos de graduación: representaciones, intenciones y normalidad motivacional (personal y situacional)	332 %
IV. BREVE REFERENCIA A LA PUNIBILIDAD	344 !
V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	346 !
CAPÍTULO 4. LO ESPECÍFICAMENTE CIVIL	349 !
I. INTRODUCCIÓN	349 !
II. PERTURBACIÓN, CULPA Y CULPABILIDAD. RELEVANCIA (MARGINAL) DEL DOLO DEL DAÑANTE	350 !
III. EL DAÑO	360 !
1. Concepto subjetivo versus objetivo	362 %

2. Concepto real-concreto <i>versus</i> abstracto-matemático	367 %
IV. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO A LA PERTURBACIÓN	374 !
1. La relación de causalidad	376 %
2. La realización de la perturbación en el daño (realización del riesgo)	383 %
3. La imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado % (incluyendo su mala suerte)	386 %
a. La regla general: evitabilidad del resultado con la conducta alternativa lícita como presupuesto de la imputación del daño	387 %
b. Las posibles excepciones	402 %
V. LA CULPA CONCURRENTES DEL PERJUDICADO	411 !
VI. LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR RAZONES DE POLÍTICA JURÍDICA	422 !
VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	428 !
CAPÍTULO 5. ALGUNAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS	431 !
I. INTRODUCCIÓN	431 !
II. PROCESO PENAL PRECEDENTE A PROCESO CIVIL SOBRE LOS MISMOS HECHOS	434 !
1. Resolución sobre responsabilidad civil en el proceso penal	436 %
2. Resolución sobre responsabilidad civil en el proceso civil ulterior	440 %
III. PROCESO CIVIL PRECEDENTE A PROCESO PENAL SOBRE LOS MISMOS HECHOS	446 !
IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	450 !
CONCLUSIONES	453 !
SCHLUSSFOLGERUNGEN	455 !
BIBLIOGRAFÍA	459 !

LISTA DE ABREVIATURAS !

All ER	Repertorio de jurisprudencia de Inglaterra (<i>All England Law Reports</i>) !
APCPD	Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018 !
APLCS	Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011 !
art./ arts.	artículo(s) !
ATC	Auto del Tribunal Constitucional de España !
BGB	Código civil alemán (<i>bürgerliches Gesetzbuch</i>) !
BGH	Tribunal Supremo Federal alemán (<i>Bundesgerichtshof</i>)
BGHSt	Repertorio de jurisprudencia penal del Tribunal Supremo Federal alemán (<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i>)
Cal.2d	Repertorio de jurisprudencia de California, segunda serie ! (<i>California Reports, Second Series</i>) !
CC	Código Civil español (Real Decreto de 24 de julio de 1889) !
CCAr	Código Civil argentino !
CCCh	Código Civil chileno !
CCF	Código civil francés (<i>Code civil</i>) !
CCom	Código de comercio !
CE	Constitución Española de 1978 !
cfr./ vgl.	compárese/ <i>vergleiche</i> !
CP	Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) !
CP73	Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el ! Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de ! noviembre. !
CPC	Código Penal colombiano (Ley 599, de 24 de julio de 2000) !

CPCCh	Código de Procedimiento Civil chileno (Ley 1552) !
CPPCh	Código Procesal Penal chileno (Ley 19696)
CRPD	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
DCFR	Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (<i>Draft Common Frame of Reference</i>)
DF	Disposición final
Dir. 2012/29	Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo
esp./ insb. !	especialmente/ <i>insbesondere</i>
etc. !	etcétera
FD !	Fundamento de Derecho
FJ !	Fundamento jurídico
ggf. !	<i>gegebenfalls</i> (en su caso)
ibíd./ ebd. !	Ibídem/ <i>ebendort</i>
LAAV !	Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual
LAC !	Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas
LC !	Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza
LCS !	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC !	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrím !	Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882)
LEV !	Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
LM !	Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas

LO 1/2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LO 4/1992	Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria
LP	Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales
LR	Repertorio de jurisprudencia de Inglaterra y Gales (<i>Law Reports</i>)
LRAPD	Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
n./ nn. !	nota(s) a pie de página
NJW !	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
nm./ nms./ Rn. !	número(s) marginal(es)/ <i>Randnummer(n)</i>
núm. !	número

p./ pp./ S.	página(s)/ <i>Seite(n)</i> !
p. ej.	por ejemplo !
par./ pars.	párrafo(s) !
PCPD	Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal ! en materia de discapacidad, remitido a las Cortes Generales el 7 de ! julio de 2020 !
PETL	Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil ! (<i>Principles of European Tort Law</i>), 2005 !
PGC	Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba ! el Plan General de Contabilidad !
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales ! internacionales, 2010 !
RDL 8/2004	Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se ! aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor !
rec.	recurso !
REV	Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se ! desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima ! del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del ! Delito !
RGSt	Repertorio de jurisprudencia penal del Tribunal Supremo Imperial ! alemán (<i>Reichsgerichts-Entscheidungen in Strafsachen</i>) !
(S)SAP	Sentencia(s) de la Audiencia Provincial !
scil.	<i>scilicet</i>
SCR	Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá (<i>Canada Supreme Court Reports</i>)
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
ss./ ff.	siguientes/ <i>folgende</i>

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
StGB	Código Penal alemán (<i>Strafgesetzbuch</i>)
(S)STS	Sentencias del Tribunal Supremo español
TC	Tribunal Constitucional de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
TRLMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
TRLRSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo español
vid.	véase
WLR	Repertorio semanal de jurisprudencia de Inglaterra y Gales (<i>Weekly Law Reports</i>)
ZPO	Ley de Enjuiciamiento Civil alemana (<i>Zivilprozessordnung</i>)

Resumen introductorio

Hace ya tiempo que RODRÍGUEZ MOURULLO hizo suya una frase que se ha convertido en una seña de identidad de su Escuela: «la ciencia del Derecho [...] [e]s una ciencia que o sirve a la vida o no sirve para nada»¹. La presente tesis, con la que me postulo para entrar a formar parte de esta ciencia (y de esta Escuela), es un trabajo que, si tiene algún sentido formular una distinción entre una dogmática «básica» y una dogmática «aplicada» —al modo de la que existe, por ejemplo, en la Física—, se ubica muy marcadamente en el segundo de los dos campos. No la inspira, en otras palabras, el afán de comprender en profundidad el delito y el «ilícito civil»² desde una perspectiva filosófica, sociológica o desde la de cualquiera de las ciencias sociales, sino el de desarrollar un *sistema* capaz de ofrecer una *respuesta jurídica coherente*, desde el punto de vista penal y civil (indemnizatorio), a casos como los siguientes:

«**Caso del susto de muerte**»: una persona ataca en broma por la espalda a otra que, al padecer de problemas cardíacos (imperceptibles para el participante medio en el tráfico), fallece como consecuencia del susto. En la primera de las variantes del caso, el atacante conoce tales problemas cardíacos; en la segunda, los ignora.

«**Caso del francotirador afortunado**»³: una persona dispara a otra, con intención de matarla, desde una distancia desde la que acertar el tiro resulta prácticamente imposible. Contra todo pronóstico, logra su objetivo.

«**Caso del tío rico**»⁴: un joven convence a su acaudalado tío de que haga un viaje en avión, con la esperanza de que este se estrelle, para así poder heredar su fortuna. El avión se estrella, falleciendo todos sus ocupantes.

«**Caso del guardagujas**»⁵: un guardagujas desvía un tren de una vía a otra, estando ambas visiblemente bloqueadas por el desprendimiento de una montaña. La locomotora se estrella contra las rocas, falleciendo todos los

¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G, *Derecho penal. Parte general* (Madrid: Civitas, 1978), p. 74. La frase original es de LEGAZ Y LACAMBRA, L, *Filosofía del Derecho* (Barcelona: Bosch, 1979), p. 58.

² Expresión que, como desarrollaré en el apartado II del capítulo 2, me parece sumamente desafortunada.

³ THYRÉN, JCW, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie, I: Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien* (Lund: Universidad de Bockhandeln, 1894), pp. 126-127.

⁴ Adaptado de TRAEGER, L, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (Marburgo: N.G. Elwert, 1904), pp. 8, 76, 168-173.

⁵ SAMSON, E, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, trad. Sancinetti, MA y Ziffer, PS (Buenos Aires: Hammurabi, 2003), p. 97.

ocupantes del tren; cosa que habría ocurrido igualmente (y en el mismo momento) si el guardagujas no lo hubiera desviado.

«**Caso del verdugo**»⁶: estando vigente la pena de muerte, un miembro del público de una ejecución aparta por la fuerza al verdugo y hace operar él mismo el mecanismo de ejecución, actuando en calidad de particular. El condenado a muerte habría fallecido igualmente (y en el mismo momento) de haberlo ajusticiado el verdugo.

«**Caso de la tabla de Carnéades**»⁷: dos marineros víctimas de un naufragio ven a lo lejos una tabla que flota en el agua, pero en la que solamente puede apoyarse uno de ellos. Ambos nadan hacia la tabla y uno de ellos consigue llegar primero y apoyarse en ella. Si embargo, el otro lo empuja fuera de la tabla para salvar su vida. El marinero que había llegado antes a la tabla fallece ahogado.

«**Caso del árbol**»: una persona tala el valioso árbol de su vecino, con intención de hacer sufrir a este último. El vecino se había propuesto talar él mismo el árbol solo unas horas después; algo que, sin embargo, desconocía el autor y habría sido totalmente incognoscible *ex ante* para cualquiera en su posición.

«**Caso de las cazadoras**»: dos cazadoras, actuando independientemente la una de la otra, disparan al mismo tiempo contra lo que ellas creen que es una pieza de caza. El objetivo común resulta ser, sin embargo, otra persona, a la que alcanza una sola de las dos balas, resultando imposible, no obstante, determinar cuál de las dos ha sido.

«**Caso de los pelos de cabra**»⁸: el empresario de una fábrica de pinceles adquiere una determinada cantidad de pelo de cabra de una empresa china y, contra la advertencia expresa de la vendedora de que el pelo ha de ser desinfectado, se lo entrega directamente a sus trabajadoras sin realizar ninguna operación de esta clase. El pelo resulta estar infectado por bacilo de carbunco, lo que provoca que cuatro de las trabajadoras enfermen y mueran. Esta bacteria, sin embargo, era inmune a los procesos reglamentarios de desinfección, por lo que las trabajadoras habrían fallecido en todo caso, aunque el empresario hubiera desinfectado correctamente los pinceles.

⁶ Adaptado de ENGISCH, K, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tubinga: Mohr Siebeck, 1931), pp. 15-16.

⁷ Sobre el origen de este caso y su introducción en la discusión jurídica europea, vid. HRUSCHKA, J, «Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gent y en Kant», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 57 (2004), *passim*, esp. pp. 6-7.

⁸ RGSt 63, 211 ss.

«Caso del ciclista»⁹: el conductor de un camión adelanta a una bicicleta guardando una distancia lateral de solo 0,75 metros, en lugar de los 1,5 reglamentarios, lo que provoca que el ciclista caiga bajo las ruedas del remolque del vehículo y fallezca. No obstante, dado el estado de embriaguez en el que el ciclista se encontraba en ese momento, este resultado podría haberse producido igualmente, aunque el conductor del camión hubiese guardado la distancia reglamentaria en el adelantamiento.

«Caso del contagio de V.I.H.»: dos personas, una de ellas infectada por V.I.H., acuerdan mantener relaciones sexuales sin preservativo, sin revelar la una su enfermedad, ni inquirir nada la otra al respecto. Esta última resulta contagiada.

Los supuestos que acaban de enumerarse son objeto de discusión, fundamentalmente, en cuatro grandes «sedes dogmáticas», comunes, en principio, tanto a la teoría jurídica del delito como a la de la responsabilidad civil: culpa o imprudencia¹⁰, resultado lesivo, causalidad e imputación objetiva. Si se observan en su conjunto, las soluciones defendidas para ellos en la doctrina penalista y civilista provocan, sin embargo, cierta perplejidad. Por un lado, no parecen existir criterios claros para decidir en qué casos las soluciones civiles a los problemas han de coincidir con las penales y en cuáles han de distanciarse; laguna que podría deberse a su vez a la falta de claridad sobre los contenidos de una categoría tan proteica como la imputación objetiva —al hilo de la que prácticamente *todos* los casos anteriores se han analizado alguna vez— y, por ende, sobre si tales contenidos son los mismos en uno u otro ámbito. Por otro, es este un campo

⁹ BGHSt 11, 1 ss.

¹⁰ La sinonimia entre los términos «imprudencia», «culpa» y «negligencia» se reconoce por lo general en la doctrina española tanto penalista como civilista, sin perjuicio, por supuesto, de que los significados penal y civil de esta categoría puedan ser a su vez diferentes. Así, entre otros muchos, ANTÓN ONECA, J, *Derecho Penal. Tomo I: Parte General* (Madrid, 1949), p. 222; QUINTANO RIPOLLÉS, A, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)* (Barcelona: Bosch, 1958), pp. 275-276; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R, «Fundamento de la responsabilidad civil. Culpa y riesgo. Responsabilidad objetiva. Regímenes especiales de responsabilidad», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2008), p. 126; REGLERO CAMPOS, LF Y PEÑA LÓPEZ, F, «Los sistemas de responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), p. 297; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Dolo, imprudencia y error», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 2455; y ROCA TRÍAS, E Y NAVARRO MICHEL, M, «La responsabilidad por acto propio», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), p. 116. También LUZÓN PEÑA, D-M, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), pp. 111, 118, que matiza, sin embargo, que resulta preferible el primero de los términos «pues “culpa” tiene en el lenguaje común la misma polivalencia que el vocablo tenía en la época romana: como equivalente a infracción, hecho ilícito o pecado [...], como culpabilidad [...], o también, pero esto ya es una acepción más bien técnico-jurídica, como imprudencia o negligencia, y por tanto es un término que induce a confusión al no jurista» (ibíd., p. 278). Vid., en sentido similar, MIR PUIG, S, *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed. (Barcelona: Reppertor, 2016), pp. 159, 293.

sembrado, quizás como ningún otro, de aparentes contradicciones: supuestos que, a primera vista, plantean el mismo problema reciben respuestas totalmente diferentes incluso a los efectos de una misma forma de responsabilidad.

Para ilustrar este último punto, compárese, por ejemplo, el «caso del tío rico» con los «casos del susto de muerte» (en su segunda variante) y «del francotirador afortunado». Los tres casos son enormemente similares desde el punto de vista estructural: el problema parece ser, en todos ellos, que un riesgo insignificante se acaba materializando en un resultado lesivo. Para el «caso del tío rico», la solución de la doctrina, tanto penalista como civilista, es unánimemente absolutoria. No obstante, muchos penalistas abogarían por condenar en el «caso del francotirador afortunado», y lo mismo cabría decir de los civilistas en relación con el «caso del susto de muerte». ¿A qué se deben estas discrepancias? Y un fenómeno muy similar se produce, esta vez en el seno de la doctrina penalista, en relación con los «casos del verdugo», «del guardagujas» y «de los pelos de cabra». Si el problema que plantean estos casos se reduce, aparentemente, a la certeza de que una conducta correcta por parte del autor no habría evitado el resultado, ¿cómo puede ser que la doctrina mayoritaria abogue por condenar en el primero de los supuestos y absolver en el resto?

Aportar algo de claridad en discusiones como las anteriores es, precisamente, el objetivo de esta investigación. Se trata, por tanto, de llevar a cabo un **estudio comparado de las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil**, con vistas a dilucidar la relación existente entre las diferentes categorías que las integran, los grupos de problemas que se plantean en torno a cada una y las líneas directrices para su resolución en uno y otro ámbito. Pero antes de comenzar a sintetizar los resultados obtenidos de este análisis —que se desarrollarán de forma más pormenorizada en los diferentes capítulos del trabajo— procede realizar una delimitación más precisa del **objeto de la investigación**, amén de unas breves precisiones metodológicas.

En cuanto a lo primero, aunque hasta aquí vengo empleando (y emplearé en adelante, en aras de una redacción lo menos farragosa posible) las expresiones «responsabilidad penal» y «responsabilidad civil», para referirme a mi objeto de estudio, este se encuentra, en realidad, bastante más acotado de lo que pudiera parecer. Mi análisis se limita, en primer lugar, al Derecho *español* actualmente *vigente*. Las referencias a la

jurisprudencia que lo aplica¹¹, al Derecho comparado y al Derecho histórico se mantienen, en este sentido, en un mínimo imprescindible y se incluyen sin pretensión alguna de exhaustividad. En segundo lugar, el trabajo se refiere a las funciones de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil en contextos de *normalidad* constitucional, por oposición a situaciones de conflicto o de «justicia transicional»¹²; escenarios en los que admito sin reparos la posibilidad de que las tesis aquí defendidas —en particular, en lo que se refiere a las funciones de la pena y el resarcimiento del daño— hayan de ser objeto de importantes matizaciones.

Por último, las propias expresiones «responsabilidad penal» y «responsabilidad civil» se emplean en un sentido mucho más restrictivo que el habitual. Por un lado, solo es objeto de este trabajo la forma de responsabilidad penal que se materializa en la imposición de *penas* a las personas físicas, por oposición a las «penas» aplicables a las personas jurídicas (art. 33.7 CP), las medidas de seguridad y las «medidas» aplicables a los menores que contempla la LORPM. Por otro lado, la investigación se limita al estudio de la responsabilidad civil *extracontractual* por *culpa*, sea o no «derivada de delito», en la terminología del CP¹³. Con ello quedan excluidas tanto la responsabilidad civil

¹¹ Como es sabido, esta no constituye, al menos en sentido formal, una fuente del Derecho español (art. 1.1, 6 CC); vid., en este sentido, por todos, DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I: Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, 13.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2016), pp. 141-142.

¹² Sobre la excepcionalidad de esta clase de escenarios y la diversidad de funciones que en ellos desempeña el sistema de justicia penal, en relación con los escenarios de normalidad, vid., p. ej., MACULAN, E, «Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición», en *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, ed. Gil Gil, A y Maculan, E (Madrid: Dykinson, 2017), *passim*, esp. pp. 208-212; o REYES ALVARADO, Y, «Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada justicia transicional», en *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, ed. Gil Gil, A y Maculan, E (Madrid: Dykinson, 2017), *passim*, esp. pp. 200-204.

¹³ La doctrina, a la que se suma desde hace tiempo la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, reconoce hoy de forma prácticamente unánime la naturaleza civil de la responsabilidad civil *ex delicto*; así, entre muchos otros, PANTALEÓN PRIETO, F, «“Perseverare diabolicum” (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *Jueces para la democracia*, vol. 19 (1993), *passim*, esp. p. 6; SILVA SÁNCHEZ, JM, «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, vol. 3 (2001), *passim*, esp. pp. 3, 10; ALONSO GALLO, J Y PUENTE RODRÍGUEZ, L, «Responsabilidad civil derivada del delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nms. 6215-6220; e YZQUIERDO TOLSADA, M, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6.ª ed. (Madrid: Dykinson, 2020), *passim*, p. ej., pp. 33, 73-80, 92.

Una opinión discrepante (aunque aislada) al respecto sostiene, sin embargo, HORTAL IBARRA, JC, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, 2014, *passim*, que le atribuye a esta institución una naturaleza «híbrida» civil y penal, con base en la idea de que «[l]a prolongada “exposición” al Código Penal y a los principios que le son propios, habría impregnado la responsabilidad civil delictual de un interés jurídico-público que trascendería a las “partes del conflicto” (responsable del daño y beneficiario de la indemnización destinada a repararlo)»; interés público que, a su juicio, explicaría tanto «las significativas diferencias observadas en su régimen jurídico,

contractual, como la extracontractual basada en criterios de imputación distintos de la culpa; criterios como el simple control de una fuente de peligro (fundamento de la llamada responsabilidad «por riesgo» u «objetiva»¹⁴) o el sacrificio socialmente adecuado de intereses individuales que el perjudicado no tiene el deber de soportar (fundamento de la llamada responsabilidad «cuasi-expropriatoria» o «por sacrificio»)¹⁵.

especialmente, en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno», como «la función asignada a la propia responsabilidad civil, por cuanto [...] a la más tradicional “compensatoria-resarcitoria” podría sumarse otra, de orden preventivo-disuasoria por la vía de los efectos penales aparejados a la reparación del daño» (pp. 4-5). Un planteamiento similar, aunque aparentemente más moderado —y, en todo caso, con un desarrollo mucho menor— parecen defender QUINTERO OLIVARES, G, «Introducción», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 16-17; DYSON, M, «Civil Law Responses to Criminal Judgments in England and Spain», *Journal of European Tort Law*, 2012, p. 329. Sobre los posibles efectos penales del resarcimiento del daño se abundará en el Capítulo 1 del trabajo (vid. epígrafe 2 del apartado III). Respecto de las diferencias de régimen jurídico, baste con señalar aquí que estas parecen apuntar, en la mayoría de los casos, a una tesis contraria a la sostenida por el autor. En efecto, si existe un interés público en que el daño padecido por la víctima del delito sea reparado, ¿cómo se explica, por ejemplo, que la responsabilidad civil *ex delicto* de los partícipes sea solo *subsidiaria* a la de los autores (art. 116.2 CP) y en cambio aquellos respondan *directamente* conforme al régimen general (art. 1902 CC)? ¿Por qué ha de soportar la víctima del delito cargas de la prueba de la culpa que no le corresponderían si hubiera sufrido el daño como consecuencia de un mero «ilícito civil» (compárense los arts. 1903 CC y 118.1.1.ª CP)?

¹⁴ Esta naturaleza tiene la prevista, por ejemplo, en el art. 1905 CC o en el art. 120.2.º 4.º y 5.º CP. En cierto sentido, sin embargo, la responsabilidad civil por culpa no es menos «por riesgo» u «objetiva» que la basada en el simple control de una fuente de peligro. Y es que —como se verá con mayor detenimiento en el apartado II del capítulo 4 del trabajo— la «culpa o negligencia» a la que se refiere el art. 1902 CC consiste, sencillamente, en la superación del nivel de riesgo de dañar considerado socialmente tolerable en un concreto sector del tráfico; cuestión que ha de valorarse desde un punto de vista estrictamente «objetivo» (*rectius*, intersubjetivo) y que no presupone la culpabilidad del agente. Desde este punto de vista, no resulta extraño que autores como DUTTGE, G, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2001), p. 20, se hayan referido a la responsabilidad civil por culpa como una forma «encubierta» de responsabilidad civil por riesgo; o que MÜLLER, pudiera afirmar, ya en 1912 que «es frecuente hablar [...] de responsabilidad por riesgo. La corrección de esta denominación [...] salta a la vista. Lo único que no puede pretenderse es marcar con ella una oposición con la responsabilidad por culpa, pues también esta es [...] una forma de responsabilidad por riesgo» (MÜLLER, ML, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht* (Tubinga: Mohr Siebeck, 1912), p. 73). En la literatura más reciente, vid., en la misma línea, PUENTE SEGURA, L, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal* (Madrid: Colex, 1997), pp. 61, 144, que califica la responsabilidad prevista en el art. 118.1.1ª y 2ª CP como una responsabilidad «objetiva»; JANSEN, N, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2003), pp. 14-15, 18-120, 552-554, 592, que plantea la sustancial unidad estructural y funcional de ambas formas de responsabilidad civil; y BARROS BOURIE, E, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020), pp. 32, 37, 79, 469, 477. De hecho, los miembros de la comisión encargada de la elaboración de los PETL, a pesar de partir en su desarrollo de una división relativamente clara entre ambos criterios de imputación de responsabilidad civil (art. 1:101), fueron conscientes de la existencia de «zonas grises» entre ambos (KOZIOL, H, «Art. 1:101. Basic Norm», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), p. 20).

¹⁵ En nuestra doctrina, reconocen la autonomía de este criterio de imputación de responsabilidad civil — que justificaría, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 118.1.3.ª CP o en los arts. 569 y 612, par. I CC— autores como PANTALEÓN PRIETO, F, «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, vol. 237-238 (1994), pp. 247-248, 250, 253; PANTALEÓN PRIETO, F, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad*

Es discutible, por último, el punto hasta el que pueden extrapolarse las conclusiones de este trabajo al ámbito de la llamada «responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas»; algo que, evidentemente, depende por completo de la medida en que se considere que determinadas formas de esta y la responsabilidad civil extracontractual por culpa tienen la misma naturaleza. Dilucidar esta cuestión con un mínimo rigor requeriría un trabajo independiente, por lo que me he de limitar aquí a hacer algún apunte provisional. En este sentido, lo primero que hay que constatar es que resulta relativamente pacífico que entre la responsabilidad de las Administraciones Públicas por daños padecidos como consecuencia del «funcionamiento anormal» de los servicios públicos y la responsabilidad civil extracontractual por culpa existe la mencionada relación de género y especie¹⁶. No obstante, creo que esto también debería poder predicarse de la responsabilidad por «funcionamiento normal» a la luz de lo dispuesto en el art. 34.1, par. I, segundo inciso LRJSP, en el que se establece, con carácter general que

«no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos»¹⁷.

Autónoma de Madrid, vol. 4 (2000), p. 178; SALVADOR CODERCH, P, «Las funciones del Derecho de daños», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, MT, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), n. 10 (p. 104); BUSTO LAGO, JM, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual* (Madrid: Tecnos, 1998), 165-172,191-192; GONZÁLEZ POVEDA, P, «La responsabilidad por riesgo», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.ª ed. (Barcelona: Bosch, 2008), pp. 701-702; Díez-PICAZO, L, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo V: La responsabilidad civil extracontractual* (Cizur Menor: Civitas, 2011), pp. 51-52; MEDINA CRESPO, M, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio «compensatio lucri cum damno» en el Derecho de daños* (Barcelona: Bosch, 2015), pp. 93-99; o MEDINA ALCOZ, L, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2018), p. 87. Esta es también la posición de la doctrina prácticamente unánime en el ámbito germánico; vid., por todos, JANSEN, 2003, pp. 15-18; KOZIOL, H, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, trad. Salter Townshend, F (Viena: Jan Sramek, 2012), p. 238; y GRUNDMANN, S, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, ed. Krüger, W, 8.ª ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019), nm. 39.

¹⁶ En este sentido, vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho Administrativo II*, 14.ª ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2015), pp. 376, 394-396; ROCA TRÍAS, E, «La responsabilidad patrimonial del Estado y de las Administraciones públicas», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 7.ª ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), pp. 320-321; y SÁNCHEZ MORÓN, M, *Derecho administrativo. Parte general*, 12.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2016), pp. 969-970.

¹⁷ Vid., en esta línea (aunque aisladamente), PANTALEÓN PRIETO, 2000, pp. 188-190; y Díez-PICAZO, 2011, p. 56.

Por otro lado, en lo que respecta a la **metodología** seguida en la investigación, esta se caracteriza fundamentalmente por tres rasgos: orientación *funcional*, afán de *simplificación* y vocación *generalista*. En primer lugar, estoy firmemente convencida de que el punto de partida más fructífero para la construcción de la estructura dogmática de cualquier forma de responsabilidad no es otro que la función que esta desempeña en el sistema (jurídico) de que se trate. Si se está de acuerdo en que las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil no son otra cosa que la *sistematización de los presupuestos* de la aplicación de tales consecuencias jurídicas, creo que ha de convenirse también en la necesidad de construir tales estructuras partiendo de aquellas interpretaciones que, siendo *compatibles con el Derecho positivo*, permitan a la pena y a la responsabilidad civil *cumplir sus respectivas funciones* de la forma más adecuada posible¹⁸.

La segunda de las orientaciones metodológicas por las que me he dejado guiar en este trabajo no es otra que la conocida como «navaja de Ockham»: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Este es, a mi juicio, uno de los defectos más importantes que acusan todavía la dogmática civil y penal de la imprudencia, y la teoría (¿o la tópica?¹⁹) de la imputación objetiva; un defecto que muchas veces impide su

¹⁸ Paradigmáticos de esta aproximación metodológica resultan, entre otros, TRIMARCHI, P, *Causalità e danno* (Milán: Giuffrè, 1967), *passim*, esp. pp. 8-9, 43-46, 52-53, 133-139, 157-159, 197-198; FRISCH, W, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen* (Colonia/ Berlín/ Bonn/ Múnich: Carl Heymanns, 1983), *passim*, esp. pp. 31-54; FRISCH, W, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Cuello Contreras, J y Serrano González de Murillo, JL (Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2004), *passim*; JAKOBS, G, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed. (Berlín/ Nueva York: Walter de Gruyter, 1991), *passim*; JAKOBS, G, *System der strafrechtlichen Zurechnung* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2012), *passim*, esp. pp. 13-15; JANSEN, 2003, *passim*, esp. pp. 33-40; ROXIN, C, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed. (Múnich: C.H. Beck, 2006), *passim*, esp. pp. 205-211; PAWLIK, M, *Das Unrecht des Bürgers* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2012), *passim*, p. ej., pp. 57, 367; SILVA SÁNCHEZ, JM, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2012), *passim*, esp. pp. 181-187, 231-233, 581-583, 604-606; y ROXIN, C Y GRECO, L, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed. (Múnich: C.H. Beck, 2020), *passim*, esp. pp. 296-300.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, JM, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, ed. Seminario de Derecho Penal y Instituto de Criminología (Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989), p. 677; y PANTALEÓN PRIETO, F, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II*, ed. Asociación de Profesores de Derecho Civil (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), p. 1951. Vid., en sentido similar, PUPPE, I, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, trad. García Caverro, P (Granada: Comares, 2001), pp. 2, 5, 6-7; PUPPE, I, «Das System der objektiven Zurechnung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 162 (2015), pp. 203-205, 217; PUPPE, I, «Vorbemerkungen zu §§ 13ff», en *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, vol. 1*, ed. Kindhäuser, U, Neumann, U, y Paefggenn, H-U, 5.ª ed. (Baden-Baden: Nomos, 2017), nms. 228-229; y CANCIO MELIÁ, M,

funcionamiento como un elemento verdaderamente útil para la aplicación del Derecho, llegando a convertir estas doctrinas en verdaderos «disfraces» para la arbitrariedad. En este trabajo he tratado, por el contrario, de construir las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil recurriendo al *mínimo de categorías necesario* para la resolución eficaz de casos²⁰.

Finalmente, las pretensiones de esta investigación son inevitablemente generalistas; una aproximación que, a diferencia de las anteriores, no se debe tanto a una preferencia metodológica personal como a la amplitud de mi objeto de estudio. Más que de realizar un estudio detallado de cada uno de los problemas que plantea el trabajo, agotando de manera exhaustiva la bibliografía al respecto, aquí se trata de esbozar «a vista de pájaro» —por así decirlo— un «mapa» funcionalmente coherente de las estructuras dogmáticas objeto de estudio. Mi pretensión es, sencillamente, plantear un sistema que sirva para *compararlas* de la manera más adecuada posible, sin perjuicio de cómo deban presentarse una y otra cuando se estudian *aisladamente* (por ejemplo, en un manual de teoría jurídica del delito o de Derecho de daños); e independientemente, por supuesto, del «orden» en que deban examinarse sus elementos en un proceso.

Hechas las anteriores consideraciones paso, entonces, a resumir someramente los resultados de mi investigación. Como no podría ser de otra manera, dada la primera de las orientaciones metodológicas mencionadas, su punto de partida es el análisis de las **funciones** de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil, a las que se dedica por entero el **capítulo 1** del trabajo. En él, se acogen dos tesis relativamente pacíficas en la doctrina. La primera es que la responsabilidad penal tiene, en el Derecho español, una

Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004), pp. 21-22.

²⁰ Siguiendo la estela de PEÑARANDA RAMOS, E, *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación* (Madrid: Civitas, 1991), pp. 52-53; PUPPE, 2017, nms. 1, 8; y, recientemente, MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J et al. (Madrid: Reus, 2020), *passim*. Se impone recordar, en cualquier caso, que, en palabras del primero de los autores citados, «el principio de economía conceptual no vive aislado en la construcción del sistema, sino en dialéctica tensión con el de adecuación al substrato que se trata de sistematizar: el sistema ha de tener la complejidad necesaria —aunque sólo la necesaria— para poder abarcar sin contradicción todas las soluciones que materialmente resulten justificadas» (ibíd., pp. 53-54). No será otra mi aspiración en este trabajo, pues, como ha señalado recientemente GRECO, «[I]o simple es bienvenido, siempre que sea correcto: las simplificaciones incorrectas no suponen una ganancia real» (GRECO, L, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, trad. Rocha, R (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2018), p. 62).

función preventiva, de forma que el resarcimiento del daño causado a la víctima concreta del delito es, a lo sumo, un posible *efecto* deseable de la pena. La segunda (e inversa a la anterior), que la responsabilidad civil tiene, en nuestro Derecho, una *función resarcitoria*, de manera que la prevención de conductas negligentes es, a lo sumo, un posible *efecto* deseable de la obligación de resarcir el daño a la persona concreta que lo sufre. Al hilo de la defensa de esta segunda tesis, la responsabilidad civil (*Schadensersatz*) se distingue de la reparación (*Wiedergutmachung*) como consecuencia *jurídico-penal* del delito; una institución cuya naturaleza necesariamente personal y voluntaria la convierte en un posible equivalente funcional de la pena, desde el punto de vista de la prevención general (y especial) positiva.

De la conjunción de ambas tesis se derivan otras dos que, sin embargo, resultan actualmente mucho más polémicas, y a cuya defensa se dedica el resto del capítulo. La primera postula que, puesto que desempeñan funciones radicalmente diferentes, no existe entre el Derecho de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil una relación de subsidiariedad (*ultima ratio*) como la que se da, por ejemplo, entre el primero y el Derecho administrativo sancionador. La segunda, que, en consonancia con las funciones de una y otra institución, mientras que a la concreta víctima del delito le corresponde un papel *marginal* respecto de la responsabilidad penal de quien lo comete, el perjudicado por un daño tiene un papel *protagonista* respecto de la responsabilidad civil de quien se lo causa. En este sentido, ha de ponerse en tela de juicio el discurso que concibe el Derecho penal del Estado como una instancia «neutralizadora», en el sentido de «expropiatoria» de la posición de la víctima en *su* conflicto con el autor: de todos los conflictos derivados del delito, no es el penal, sino el civil el que «pertenece» legítimamente a la víctima.

De este modo, quedan establecidos los mimbres funcionales con los que se construyen los **capítulos 2, 3 y 4**, dedicados a realizar un recorrido por las **estructuras dogmáticas** de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, tomando como guía el «mapa» definido en el siguiente cuadro:

RESPONSABILIDAD PENAL		RESPONSABILIDAD CIVIL	
INJUSTO TÍPICO	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>jurídicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>		
	Subsunción típica - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo	Daño Concepto subjetivo y concreto	
IMPUTACIÓN PERSONAL	- Elemento <i>absoluto</i> : capacidad personal de comportamiento conforme a la norma - Elementos <i>de graduación</i> : dolo natural y conocimiento de la prohibición + otros elementos subjetivos + grado de capacidad personal de comportamiento conforme a la norma	Imputación del daño a la perturbación Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)	
		No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado	
PUNIBILIDAD		No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i> », « <i>wrongful life</i> » etc.	

El esquema expositivo parte de la base de la constatación de una **identidad estructural parcial** entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, en la medida en que tanto una como otra tienen como presupuesto la creación (o no contención) jurídicamente desaprobada de un riesgo para los intereses ajenos sobre el que se tiene competencia. Emulando, al menos en parte, el uso que JAKOBS hace de este término en algunos de sus trabajos²¹, denomino «**perturbación**» a este elemento estructural común a ambas formas de responsabilidad. Más allá de esta categoría, las estructuras de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil difieren radicalmente, como no podría ser de otra manera si se tienen en cuenta las (no menos radicales) diferencias funcionales entre una y otra.

Si opto por «bautizar» el citado núcleo estructural común con un «nuevo nombre», ello solo se debe a que la perturbación no se corresponde exactamente con ninguna de las

²¹ Muy señaladamente, en JAKOBS, G, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 97 (1985); traducido por PEÑARANDA RAMOS, en JAKOBS, G, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997). Salvo que se indique lo contrario, las referencias al artículo realizadas en el presente trabajo se refieren únicamente a esta última traducción.

categorías que integran las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, al menos tal y como las construye la doctrina dominante. El elemento al que más se aproxima es la «*culpa o negligencia*» a la que hace referencia el art. 1902 CC, pero únicamente —contra lo que todavía resulta habitual en la doctrina— si esta se desliga completamente de la idea (típicamente penal) de culpabilidad y se incluye en ella la ausencia de causas de justificación. En el ámbito penal, su equivalente más próximo sería algo así como una «*antijuricidad objetiva pretípica*»²²: un comportamiento jurídicamente desaprobado de forma definitiva, pero no necesariamente subsumible en un tipo penal. La estructura de análisis seguida en el trabajo supone, de este modo, una inversión del orden tradicional de las categorías de la teoría jurídica del delito, anteponiendo a la tipicidad la ausencia de causas de justificación.

Desde el punto de vista de una dogmática teleológicamente orientada, el hecho de que dos formas de responsabilidad tan funcionalmente diferentes compartan, sin embargo, un elemento central de sus respectivas estructuras resulta, a primera vista, paradójico. La apariencia de contradicción se disipa, no obstante, cuando se repara en que la perturbación desempeña funciones también distintas en cada una de las estructuras dogmáticas en las que se inserta; funciones que se encuentran perfectamente alineadas con las de una y otra forma de responsabilidad (y con sus respectivos principios limitadores). En el marco de la teoría jurídica del delito, la exigencia de una perturbación deriva, por un lado, de la propia función preventiva de la pena; pero, por otro, introduce un importante límite a esta última basado en el principio del hecho: solo la existencia de una perturbación intersubjetivamente perceptible legitima al Estado a indagar en el fuero interno de sus ciudadanos para fundamentar su responsabilidad penal. En palabras de JAKOBS, «la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos que son ya, en cualquier caso, perturbadores»²³. La función que desempeña este elemento en la estructura dogmática de la responsabilidad civil es bien distinta, amén de plenamente coherente con la lógica resarcitoria: la perturbación es, precisamente, lo que justifica que el daño padecido por el perjudicado se traslade a la esfera del dañante, como excepción a la máxima *casum sentit dominus*.

²² Al modo de la configurada por MÜNZZBERG, W, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1966), *passim*, precisamente, como un elemento estructural común a la responsabilidad penal y civil.

²³ JAKOBS, 1997, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», p. 302.

Esta importante diferencia funcional determina, de hecho, que la coincidencia estructural señalada entre ambas formas de responsabilidad *no sea absoluta*. Existe, en efecto, un grupo de casos —sumamente excepcional en la práctica— en el que la concurrencia de una perturbación puede afirmarse a los efectos civiles, pero no, en cambio, a los penales: aquellos en los que la existencia de un riesgo para los intereses ajenos únicamente puede afirmarse sobre la base de unos «conocimientos especiales» (superiores) del autor, inaccesibles para una persona *baremo* en su posición. Piénsese, por ejemplo, en la primera variante del «*caso del susto de muerte*». Nada en la lógica de la responsabilidad civil impide formular aquí el juicio de peligro teniendo en cuenta la circunstancia (solo conocida por el asaltante) de que la víctima padece problemas cardiacos, llegando así a la conclusión de que, al darle un susto, aquel creó un riesgo *elevado* de provocarle la muerte. Sin embargo, el principio del hecho prohíbe alcanzar esta misma conclusión a los efectos penales: no existe en este caso ningún elemento *externo* que autorice al Estado a indagar en el fuero interno del autor con fines incriminatorios.

Desde el punto de vista estructural, determinar si concurre una perturbación requiere, en primer lugar, la formulación de un *juicio de peligro (ex ante)* sobre la base de los conocimientos que habría tenido un participante medio en el concreto sector del tráfico en que tuvo lugar la conducta del autor (una «persona *baremo*» en su posición) y, además —salvo donde, a los efectos penales, lo impide el principio del hecho— los conocimientos especiales (superiores) que tenía este último. Y la misma perspectiva ha de adoptarse para la formulación del juicio de «peligro inverso» que es necesario realizar para valorar si se encuentra jurídicamente desaprobada una conducta potencialmente lesiva de intereses ajenos que se orienta, al mismo tiempo, a la protección de otros intereses más o menos valiosos.

En el ámbito penal, la consecuencia del punto de vista aquí defendido es clara: supone, en palabras de MOLINA FERNÁNDEZ, adoptar «una perspectiva *ex ante* en la fundamentación y en la exclusión del injusto [...] como teoría global de la antijuridicidad»; planteamiento del que no he logrado desprenderme, pese a las advertencias del mismo autor de que «solo se ha propuesto de modo ocasional; parece difícil; [y] no serviría de nada»²⁴. Esta es la vía que hace posible afirmar la concurrencia

²⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (Barcelona: J.M. Bosch, 2001), p. 413.

de una perturbación en supuestos como el «*caso del árbol*» (base para una posible punición, al menos, por tentativa). La mayor parte de la doctrina acepta esta solución para este grupo de supuestos, pero —de forma ciertamente incoherente, como ha destacado el propio MOLINA FERNÁNDEZ²⁵— abandona la perspectiva *ex ante* cuando se trata de constatar la existencia de una «agresión ilegítima», a efectos de legítima defensa.

La concurrencia de una perturbación exige, en segundo lugar, que la persona que crea o deja de contener el peligro para los intereses ajenos de que se trate tenga *competencia* sobre el riesgo; cualquiera puede, en otras palabras, desentenderse por completo de aquellos peligros sobre los que no tiene competencia. Esto no ocurre, en ningún caso, en relación con los riesgos (incluso lícitos) que emanan del propio ámbito de organización, sobre los que cada cual tiene una competencia general. Por el contrario, la competencia sobre riesgos dimanantes de ámbitos de organización ajenos solo existe cuando se asume voluntariamente o la ley la impone de forma excepcional. Tener competencia en relación con un riesgo no es todavía ser garante en relación con él a los efectos de una posible responsabilidad penal por omisión: este es un problema ulterior, relativo a la *tipicidad* de la conducta, que en nada afecta a la responsabilidad civil. Así, hay fuentes de competencia que, como el deber legal de los padres de velar por sus hijos, dan lugar a posiciones de garante; y otras, como el deber general de socorro declarado en el art. 195.1 CP, que no lo hacen. La desatención de los riesgos a los que estas últimas se refieren puede, sin embargo, fundamentar un deber del obligado de resarcir los daños en que aquellos se materialicen.

Finalmente, el juicio sobre la existencia de una perturbación exige ponderar todos los intereses en juego para dilucidar si la conducta en cuestión ha de considerarse o no *jurídicamente desaprobada*. A estos efectos, existe, a mi juicio, un *continuum* entre los escenarios de «riesgo permitido» y de justificación, que ponen especialmente de manifiesto los casos de consentimiento en la conducta lesiva y de «sustitución» de un riesgo por otro para el mismo interés. La tradicional discusión sobre si la relevancia del primero debe valorarse en sede de atipicidad o de justificación apenas tiene, hasta donde alcanzo, consecuencias prácticas²⁶. En cuanto a los supuestos de sustitución de un riesgo

²⁵ *Ibíd.*, pp. 386-413, 839.

²⁶ Las únicas que se me ocurren serían a efectos de error y se producirían solamente si se adoptase la teoría estricta de la culpabilidad, hoy claramente minoritaria en la doctrina. Lo mismo afirma, con carácter

por otro, es pacífico que no puede afirmarse la existencia de una perturbación en los supuestos que ROXIN agrupa bajo el tópico de la «disminución del riesgo»²⁷, ya sea acudiendo al riesgo permitido, al consentimiento presunto del afectado o al estado de necesidad justificante. Parece claro, en este punto, que solo resultan perturbadores los comportamientos del autor que suponen (*ex ante*) una alteración en sentido *desfavorable*, en lo normativamente relevante, de la situación del bien jurídico afectado. Y es que, como señala NINO,

«[s]i no hay controversia acerca de qué es lo que constituyen males y acerca de la relativa importancia de los distintos males implicados, sería *simplemente irracional* tratar de proteger algo contra cierto mal usando una medida que implicara un daño mayor *a la misma cosa*, o que fuera inefectiva o innecesaria»²⁸.

Aquí reside la clave para resolver supuestos como el «*caso del guardagujas*» y el «*caso del verdugo*». El problema que plantean ambos casos es el mismo: ¿puede afirmarse, desde la perspectiva *ex ante*, que el comportamiento del autor era idóneo para *empeorar* la situación del bien jurídico afectado? A la luz de esta pregunta, deviene claro por qué cada uno de los supuestos merece una solución diferente. Si en el primero ha de negarse la existencia de una perturbación, afirmándola, en cambio, en el segundo, ello se debe a que el guardagujas del ejemplo de SAMSON no altera en ningún sentido normativamente relevante la situación de los pasajeros del tren. En cambio, el particular que acciona el mecanismo letal en lugar del verdugo sí empeora la situación del condenado a muerte: en una sociedad que legitima esta clase de pena, la diferencia entre morir a manos del verdugo o del particular que lo reemplaza es tan normativamente esencial como la que existe entre cumplir una pena de prisión o ser detenido ilegalmente por un conciudadano.

Respecto de los pormenores del juicio de ponderación de intereses no puedo aquí más que remitir al cuerpo del **capítulo 2** de la tesis. Baste mencionar muy brevemente los rasgos que, según creo, resultan más reveladores de su funcionamiento: se trata de un

general, SCHÜNEMANN, B, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 441.

²⁷ ROXIN, 2006, pp. 375-377; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 481-483.

²⁸ NINO, CS, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (Buenos Aires: Astrea, 1980), p. 210 (énfasis añadido).

juicio *insoslayable* y de un juicio *atento a consideraciones personales*. Lo primero significa que ningún nivel de riesgo, por nimio que sea, permite prescindir de la ponderación dando sin más por no desaprobada la conducta. Esto es, precisamente, lo que explica el tratamiento diferenciado que parte de la doctrina otorga al «*caso del tío rico*», por un lado; y a los «*casos del francotirador afortunado*» y «*del susto de muerte*» (en su segunda variante), por otro: incluso conductas consistentes en la creación de un riesgo *insignificante* para los intereses ajenos pueden considerarse jurídicamente desaprobadas cuando su sentido objetivo *se agota* en la puesta en peligro de tales intereses, de manera que no cabe interpretarlas como la persecución (simultánea) de finalidades legítimas. Queda, de este modo, disuelta la primera de las aparentes paradojas señaladas arriba.

Por último, el segundo de los aspectos mencionados se refiere a la perspectiva general adoptada para asignar un valor a los diferentes intereses en juego a efectos de su ponderación. Esta es, ni más ni menos, la perspectiva del Derecho, teñida, por hipótesis, por los principios de filosofía política que la inspiran en el ordenamiento jurídico en cuestión. Para un Derecho como el español, uno de estos principios es el de igualdad, que determina que la libertad de actuación de cada individuo se valore con arreglo a *idénticos criterios*, con total independencia de quién lleve a cabo la conducta de que se trate. Estos son, sin embargo, los criterios de valoración propios de un ordenamiento (moderadamente) liberal, que toma en serio la idea de que, en caso de conflicto, *cualquier individuo* puede legítimamente preferir sacrificar un interés ajeno que uno propio o de un ser querido. La perspectiva esbozada conduce a negar la existencia de una perturbación en supuestos en los que la doctrina mayoritaria normalmente la afirma; a justificar, en otras palabras, donde la mayoría solo exculpa. Piénsese, por ejemplo, en el «*caso de la tabla de Carnéades*»: de acuerdo con el planteamiento aquí defendido, en él no solo quedaría excluida la responsabilidad penal del autor (por estado de necesidad *justificante*), sino también su responsabilidad civil *por culpa*, sin perjuicio de una posible responsabilidad civil *por sacrificio*.

Hasta aquí las coincidencias estructurales entre una y otra forma de responsabilidad. Cuando, por ejemplo, se argumenta a favor de una conclusión absolutoria, tanto penal como civil, en los «*casos del guardagujas*» y «*del tío rico*», ha de hacerse con base en la falta de *un mismo elemento*, el único que ambas estructuras dogmáticas comparten: la perturbación. A partir de este punto, en cambio, coincidan o no las soluciones penales y civiles por las que se abogue en cada constelación de supuestos,

estas se alcanzarán en todo caso sobre la base de *distintos criterios*, correspondientes a elementos «privativos» de cada una de las estructuras dogmáticas objeto de estudio. Esta es la razón por la que, en la tesis, se dedican dos capítulos separados —**capítulos 3 y 4**— a examinar, respectivamente, los elementos estructurales *exclusivos* del delito y los *exclusivos* de la responsabilidad civil. A efectos de este breve resumen introductorio considero más adecuado, sin embargo, adoptar una estrategia expositiva diferente, llevando a cabo un tratamiento conjunto (y comparado) de cada uno de los pares de elementos (solo aparentemente) «correlativos» en una y otra estructura dogmática: tipicidad —incluyendo el desvalor de resultado y su imputación a la conducta típica— frente a daño, imputación de este a la perturbación y «culpa concurrente del perjudicado»; culpabilidad frente a culpa; y punibilidad frente a exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica.

Comenzando, pues, por la **tipicidad**, esta no es más que el «precipitado técnico»²⁹ de los principios de legalidad y de fragmentariedad en la teoría jurídica del delito. Los tipos penales pueden entenderse, en este sentido, como una suerte de «plantilla» que «recorta» el universo de conductas perturbadoras, elevando a la categoría de delictivas (y describiendo de la forma más taxativa posible) solo aquellas que constituyen las formas de ataque más graves a los bienes jurídicos más importantes. Al margen de suscitarse en esta sede la mayoría de las dificultades relativas a la Parte Especial del Derecho penal, la tipicidad también plantea algunos problemas de Parte General: muy señaladamente, los relativos a la distinción entre autoría y participación —a donde pueden reconducirse la mayoría de los supuestos agrupados por parte de la doctrina bajo el *topos* del alcance del tipo—, y entre omisión pura y comisión por omisión. Ninguno de estos problemas tiene parangón en el Derecho de daños, al menos en un sistema «de cláusula general» (por definición «atípico»³⁰) como el que consagra el art. 1902 CC. Sea como fuere, el paralelismo más acentuado con la estructura de la responsabilidad civil —en particular, con el **daño** y su **imputación a la perturbación**— se produce en los delitos cuya

²⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, pp. 60, 238.

³⁰ En la gráfica terminología de Díez-Picazo, 2011, p. 304, que siguen, p. ej., VICENTE DOMINGO, E, «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.ª ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 322-324; o GARCÍA RUBIO, MP, «El concepto de faute en el avant projet de loi réforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el Código civil francés», en *Culpa y responsabilidad*, ed. Prats Albentosa, L y Tomás Martínez, G (Pamplona: Aranzadi, 2017), pp. 374-375.

tipicidad requiere, al margen de la posibilidad de calificar la perturbación como conducta típica, la producción de un resultado lesivo (objetivamente) imputable a esta última.

Que la responsabilidad civil exija en todo caso la producción de un daño va de suyo con la función resarcitoria de esta forma de responsabilidad: es una auténtica obviedad que el resarcimiento presupone algo que resarcir. Mucho más difícil de justificar es, en cambio, el papel que desempeña el resultado típico en la estructura dogmática de la responsabilidad penal, ya se intente hacerlo sobre la base de la función preventiva de la pena, ya sobre los principios que han de limitarla en un Estado de Derecho. Si se quiere atribuir alguna función legítima a este elemento, ha de optarse, a mi juicio por una «demostrativa» desde el punto de vista de la prevención general positiva, en la línea teorizada (entre otros) por W. FRISCH: cuando la frustración de una expectativa normativa tiene precisamente las consecuencias cuya evitación le confiere sentido, esta manifestación pública a la vez de la defraudación de la expectativa y de lo que la hace digna de confirmación contrafáctica erosiona especialmente la confianza en la vigencia de la norma³¹.

Las consideraciones funcionales que acaban de bosquejarse son la base sobre la que, de acuerdo con la aproximación metodológica adoptada en este trabajo, se construyen el **concepto de resultado típico**, el **concepto de daño** y los criterios de imputación de uno y otro a la conducta perturbadora. En este punto, ha de destacarse en primer lugar que, mientras que la función *preventiva* de la responsabilidad penal impone partir en este ámbito, de un concepto *objetivo* de resultado típico —esto es, uno independiente de las preferencias de la víctima concreta del delito—, la función *resarcitoria* de la responsabilidad civil conduce a la conclusión contraria respecto del concepto de daño, que ha de corresponderse en todo caso con la medida en la que el perjudicado valora aquellos de sus intereses que han sido lesionados por el dañante. Ha de adoptarse, en otras palabras, un concepto *subjetivo* de daño. De acuerdo con ello, supuestos como el «*caso del árbol*» merecen soluciones diferenciadas en el ámbito penal y civil, aunque se parta, en ambos casos, de la existencia de una perturbación (y, por tanto, de la posibilidad de castigar al autor por una *tentativa* de daños).

³¹ FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 546-549.

Desde el punto de vista penal no existe, a mi juicio, ningún obstáculo para apreciar en este caso un delito *consumado*. Para que el resultado típico cumpla su función demostrativa basta con que se produzca una modificación de la realidad que sea posible caracterizar *externamente* como un menoscabo del bien jurídico de que se trate (aquí, la caída del árbol): cuando sucede algo que cualquier espectador (víctima potencial) que desconociera las preferencias del sujeto pasivo interpretaría como una lesión del bien jurídico, queda públicamente de manifiesto precisamente la razón por la que dicho bien se considera, *con carácter general*, merecedor de protección; en otras palabras, lo que hace digna de confirmación contrafáctica la expectativa normativa defraudada. La información adicional de que, casualmente, *en este caso concreto*, el sujeto pasivo no apreciaba la subsistencia del interés afectado no altera en absoluto esta percepción, porque no es suficiente para privar de validez al mensaje anterior como orientación *para el futuro*. Sin embargo, carece evidentemente de sentido que quien tala el árbol con el que su vecino iba a hacer lo propio unas horas después tenga que indemnizar a este último por algún concepto: al fin y al cabo, ¡solo le ha ahorrado trabajo! Se llega así a la conclusión de que el autor de la tala merece ser *penalmente condenado y civilmente absuelto*; algo que no debería resultar contradictorio, o siquiera sorprendente, a cualquiera que compartiese los postulados defendidos en el capítulo 1 del trabajo. Y es que, como allí se argumenta, la diversidad funcional entre uno y otro sector del ordenamiento impide que exista entre ellos una relación de subsidiariedad (*ultima ratio*).

En cuanto a los criterios de imputación, tanto la imputación del resultado (penal) a la conducta típica, como la del daño (civil) a la perturbación requieren la existencia entre uno y otro término del binomio de una relación de *causalidad* —de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones— y una de «*realización del riesgo*»: en el resultado ha de materializarse precisamente una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta se considera (típicamente) perturbadora. Ambas cosas son, evidentemente, necesarias para que el resultado típico pueda cumplir su función demostrativa en la estructura del delito. Pero también lo son para que el daño pueda reconducirse normativamente a la perturbación cometida por el dañante, poniéndolo a su cargo: se responde civilmente de los daños causados *por culpa*, no solo *con culpa*.

Con todo, la función resarcitoria de la responsabilidad civil permite introducir alguna matización en este punto. El «*caso de las cazadoras*» es un buen ejemplo de ello. Penalmente, se trata de un supuesto paradigmático de absolución de cada cazadora por

falta de (prueba de la) causalidad. En efecto, se sabe que *una* de ellas ha causado una herida de bala a la víctima, pero no puede determinarse *cuál* de ellas ha sido y la falta de actuación coordinada entre ellas impide considerarlas coautoras de la lesión. Lo mismo puede afirmarse, por supuesto, a los efectos civiles, pero en este ámbito las cosas son algo más complejas. Penalmente, la disyuntiva entre condenar a ambas posibles causantes o no condenar a ninguna supone elegir entre el coste de la condena segura de una inocente y el de la absolución, también segura, de un culpable; y lo que revela la vigencia del principio *in dubio pro reo* es, precisamente, una preferencia de este sector del ordenamiento por la segunda de estas opciones. Sin embargo, el Derecho de daños tiene que prestar atención a una consideración adicional: la relativa a los costes y beneficios que supone *para el perjudicado* la decisión por una u otra alternativa. Desde este punto de vista, no parece descabellada la solución establecida para este grupo de casos en el art. 33.5 LC o el § 830(1) BGB, consistente en imponer a todos menos a uno de los posibles causantes del daño una *responsabilidad civil sin causalidad*: ante la alternativa de que un perjudicado «inocente» tenga que soportar *íntegramente* un daño que con seguridad le ha causado la conducta de otra persona (cuya identidad no resulta determinable), es preferible que lo soporte *parcialmente* alguien que, aunque con seguridad no lo ha causado, ha defraudado con su comportamiento las expectativas jurídicamente garantizadas de conducta en relación con los intereses del perjudicado.

Dejando al margen la excepción que supone el tratamiento civil de este grupo de casos, lo que resulta imprescindible es que entre conducta y resultado lesivo exista la mencionada relación de realización del riesgo. La falta de esta relación es la que conduce a excluir la responsabilidad tanto penal como civil del empresario en el «*caso de los pelos de cabra*»: aquí, la adopción de los procedimientos de desinfección reglamentarios era una medida *ya ex ante* inidónea para contener el riesgo consistente en infecciones derivadas de bacterias inmunes a tales procedimientos, como lo era el bacilo de carbunco. Si la omisión de desinfectar el pelo de cabra se considera una conducta perturbadora, lo es, en otras palabras, en atención a los riesgos derivados de la presencia en ellos de bacterias que una desinfección correcta es capaz de eliminar, pero no en atención al riesgo que, en este caso, se ha materializado. Por muy poco valiosa que sea la «libertad» del empresario de descuidar la salud de sus trabajadores, restringirla para hacer frente a dimensiones de riesgo que las medidas reglamentarias de seguridad en el trabajo son *ex*

ante inidóneas para contener no serviría de nada; y ningún juicio racional de ponderación de intereses arrojaría como resultado una restricción inútil del *agere licere*.

Contra lo que pudiera parecer, el problema que plantean tanto el «*caso del verdugo*» como el «*caso del ciclista*» es otro bien distinto. Tanto en uno como en otro concurre una relación de riesgo entre conducta y resultado, obvia en el primero de los casos, y algo menos evidente, aunque existente, en el segundo: guardar la distancia de seguridad en los adelantamientos de ciclistas es una medida idónea, con carácter general, (perspectiva *ex ante*) para evitar atropellos de la clase del que se produjo en el caso. El problema deriva, en ambos supuestos, de la constatación *adicional* —formulada desde la perspectiva *ex post*— de que el condenado a muerte y el ciclista habrían fallecido igualmente por mucho que los causantes de sus respectivas muertes se hubieran comportado de forma correcta. Se trata, en la terminología empleada en el trabajo, de casos «puros» de comportamiento alternativo conforme a Derecho.

¿Qué relevancia (en su caso) ha de tener la anterior constatación para la imputación del resultado lesivo a la conducta? Aquí las soluciones penales y civiles vuelven a bifurcarse, en consonancia con las funciones de una y otra forma de responsabilidad. Desde el primero de los puntos de vista, causalidad y realización del riesgo son *suficientes* para que el resultado típico desempeñe la función demostrativa que está llamado a cumplir; estas bastan, en efecto, para transmitir al observador (víctima potencial), de forma especialmente clara, que un comportamiento conforme a la expectativa sirve *en general* para evitar precisamente esa *clase* de resultados³². Y este mensaje no queda invalidado en absoluto por la información adicional de que, *en este caso concreto*, el resultado habría podido producirse igualmente con una conducta no perturbadora, pues el primero sigue sirviendo perfectamente como orientación *para el futuro*. Tanto en el «*caso del verdugo*» como en el «*caso del ciclista*» ha de apreciarse, por tanto, un homicidio consumado. Con ello queda resuelta, por cierto, la segunda de las (aparentes) paradojas señaladas al principio: es perfectamente razonable que los penalistas opten mayoritariamente por una solución condenatoria en el «*caso del verdugo*» y por una absolutoria en los «*casos del guardagujas*» y «*de los pelos de cabra*».

³² En este punto, como se verá, sigo muy de cerca la argumentación de RANFT, O, «Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom “rechtmä igen Alternativverhalten”», *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 37 (1984), pp. 1429-1430, 1433.

Lo que no lo es tanto es que la mayoría de ellos se decante, a su vez, por la absolución del camionero en el «*caso del ciclista*».

Civilmente, sin embargo, la prohibición de «enriquecer» al perjudicado por medio del resarcimiento, derivada de la función del Derecho de daños, conduce a la incorporación de un criterio *adicional* de imputación del daño a la perturbación, que he denominado «imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)». Ello implica, en resumidas cuentas, que se excluya la imputación del daño a la perturbación en caso de que *el dañante demuestre que una de sus posibles* conductas alternativas lícitas habría producido un daño igual en todo lo normativamente relevante. Esta regla solo se exceptúa cuando la inevitabilidad del daño con el comportamiento alternativo conforme a Derecho no responde (únicamente) a la propia mala suerte del perjudicado o al descuido por su parte de sus propios intereses, sino (también) a la conducta *perturbadora* de *otros dañantes*. Trasladado a los «*casos del verdugo*» y «*del ciclista*», en la medida en que los perjudicados por el fallecimiento de las víctimas habrían sufrido *el mismo daño* con la conducta alternativa lícita de los dañantes —y como consecuencia, respectivamente, del comportamiento *lícito* del verdugo y de su propia mala suerte—, ni unos ni otros tendrán derecho a una indemnización.

Algo similar sucede en relación con una última clase de supuestos, que ejemplifica perfectamente el «*caso del contagio de V.I.H.*». En este caso, la persona inicialmente contagiada comete una conducta (típicamente) perturbadora, que lo es, además, en atención precisamente a la dimensión de riesgo que se ha materializado en el resultado (realización del riesgo). También la causalidad está fuera de dudas. No menos evidente resulta, sin embargo, el grave *descuido por parte de la víctima de sus propios intereses*. Tratándose aquí, como parece ser el caso, de una víctima autorresponsable, esta consideración habrá de tenerse en cuenta, a los efectos civiles, para imponerle un *deber de soportar* la totalidad o parte del daño padecido. Nos encontramos ante la (mal) llamada «**culpa concurrente del perjudicado**». La persona contagiada por el contacto sexual tendrá derecho, como máximo, a un resarcimiento parcial de los daños derivados de la enfermedad contraída.

Resultaría incorrecto, no obstante, trasladar este planteamiento al ámbito penal, en la línea defendida (entre otros) por los partidarios de la llamada «victimodogmática».

La víctima «no necesitada de protección penal» a la que se refieren estos autores es, necesariamente, la víctima *concreta* que, descuidando sus propios intereses, ha contribuido a la producción del resultado típico. Pero a esta víctima, que ya ha sido lesionada, el Derecho penal ya no puede concederle protección; ni puede retirársela para el futuro sin retirársela a la vez a todas las víctimas *potenciales* de hechos similares, que, por hipótesis, no han hecho nada para merecerlo. Esto no significa, sin embargo, que en el caso aquí examinado no deba eximirse (también) de responsabilidad penal a la persona inicialmente contagiada. A esta solución puede llegarse, no obstante, por una vía diferente, sin necesidad de asumir las premisas que acaban de criticarse. Basta, en efecto, con negar la *tipicidad* de su conducta, aplicando (análogicamente, si se quiere) los principios generales que rigen la atribución de responsabilidad penal en casos de pluralidad de intervinientes. Y es que, en este supuesto, nos encontramos ante una «coautoría» de lo que para la «víctima» no es más que una *autolesión atípica*; calificación que, a mi juicio, no debería haber problema en extender a la conducta del «(co)autor», con base en el principio de imputación (eventualmente) recíproca de las contribuciones por el que se rige esta forma de intervención en el delito.

Los dos bloques restantes de categorías (aparentemente) «correlativas» — **culpabilidad y culpa**; punibilidad y exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica— son objeto de una atención mucho más limitada en la tesis, en la medida en que aquí resulta mucho más clara la *ausencia de paralelismos* en cuanto al contenido de unos y otros elementos. Respecto de la primera pareja de conceptos, baste con apuntar en esta sede que, mientras que la culpa civil *se agota* en la existencia de una perturbación, la responsabilidad penal requiere inexorablemente culpabilidad: la posibilidad de imputar *personalmente* al autor la perturbación típicamente abarcada. Aquí radica, si se quiere, la diferencia fundamental entre «culpa penal» y «culpa civil»: empleando la terminología tradicional³³, mientras que la segunda exige simplemente la infracción de un deber «objetivo» de cuidado, la primera requiere además la infracción de un deber «subjetivo» de cuidado; en otras palabras, la evitabilidad personal de la conducta para el autor.

Finalmente, ambas estructuras dogmáticas incluyen una categoría «de cierre» que permite subordinar la función de la forma de responsabilidad de que se trate a la

³³ No precisamente exenta de problemas, como se verá en el apartado II del capítulo 2.

satisfacción de otros intereses de política jurídica general que prevalecen sobre ella en caso de conflicto: la **punibilidad**, en el ámbito penal; y el posible **deber** del perjudicado **de soportar** (total o parcialmente) **el daño por razones de política jurídica**, en el civil. Los *contenidos* de una y otra categoría son, sin embargo, bien diferentes. Y ello, por la sencilla razón de que ni son los mismos los intereses de política jurídica que entran en conflicto con la prevención de conductas perturbadoras, por un lado, y con el resarcimiento de los daños por ellas generados, por otro; ni coinciden los que priman, respectivamente, sobre cada una de estas finalidades.

Terminada la exposición «topográfica» de las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil llevada a cabo en la parte central de la tesis, esta finaliza con un brevísimo **capítulo 5**, en el que me limito a extraer **algunas implicaciones prácticas** (en su mayor parte, *procesales*) del planteamiento defendido. Concluyo, en este punto, que las resoluciones en las que un juez penal *afirma o niega* más allá de toda duda razonable la existencia de una perturbación, a los efectos de la responsabilidad penal del acusado, han de desplegar *eficacia vinculante* en el procedimiento civil ulterior en el que (en su caso) se dirima la eventual responsabilidad civil del reo por los mismos hechos. En otras palabras, la *existencia de una perturbación* no podrá ser ya objeto de discusión en este segundo procedimiento, sin perjuicio de que lo sean *el resto* de los elementos de la estructura dogmática de la responsabilidad civil por culpa o la posible responsabilidad civil del dañante en virtud de *otros* títulos de imputación. Existen, en definitiva, a mi juicio, poderosas razones de economía procesal para otorgar al art. 116 par. I LECrim un alcance mucho más ambicioso que aquel al que conduce su interpretación literal.

Einleitende Zusammenfassung

Es ist lange her, dass RODRÍGUEZ MOURULLO folgenden Satz formulierte, der schließlich zu einem Markenzeichen seiner Schule geworden ist: „Die Rechtswissenschaft [...] [ist] eine Wissenschaft, die entweder dem Leben dient oder nutzlos ist“¹. Die vorliegende Dissertation, mit der ich mich darum bewerbe, Teil dieser Wissenschaft (und dieser Schule) zu werden, ist eine Arbeit, die sich bemüht, wenn das Konzept des Textes denn Sinn machen sollte, zwischen einer „grundlegenden“ und einer „angewandten“ Dogmatik zu unterscheiden – so wie es beispielsweise in der Physik üblich ist – und sich eindeutig im zweiten der beiden Felder befindet. Anders formuliert wird sie nicht vom Wunsch beseelt, Verbrechen und „zivilrechtliches Unrecht“² aus einer philosophischen, soziologischen oder aus irgendeiner Perspektive der Sozialwissenschaften eingehend zu verstehen, sondern vom Wunsch, ein *System* zu entwickeln, das in der Lage ist, eine kohärente *rechtliche Antwort zu geben*, aus strafrechtlicher und zivilrechtlicher Sicht, auf Fälle wie die folgenden:

„Fall des tödlichen Schrecks“: Eine Person packt im Scherz eine andere Person plötzlich von hinten an, die an (für den durchschnittlichen Menschen nicht wahrnehmbaren) Herzproblemen leidet und so an den Folgen des Schrecks stirbt. In der ersten der Fallvarianten sind dem Angreifer solche Herzprobleme bekannt; in der zweiten nicht.

„Fall des vom Glück begünstigten Scharfschützen“³: Eine Person schießt auf eine andere, um diese zu töten. Dies geschieht aus einer Entfernung, aus der es praktisch unmöglich ist, mit dem Schuss zu treffen. Trotz aller Widrigkeiten erreicht dieser sein Ziel.

„Fall des reichen Onkels“⁴: Ein junger Mann überredet seinen wohlhabenden Onkel, einen Flug anzutreten, in der Hoffnung, dass er abstürzt, um anschließend sein Vermögen zu erben. Das Flugzeug stürzt ab und alle Passagiere sterben.

¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G, *Derecho penal. Parte General* (Madrid: Civitas, 1978), S. 74. Die ursprüngliche Formulierung stammt vom Rechtsphilosophen LEGAZ Y LACAMBRA, L, *Filosofía del Derecho* (Barcelona: Bosch, 1979), S. 58.

² Ein Ausdruck, der mir, wie im Abschnitt II von Kapitel 2, äü erst unglücklich erscheint.

³ THYRÉN, JCW, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie, I: Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien* (Lund: Universität Bockhandeln, 1894), S. 126-127.

⁴ Angepasst aus TRAEGER, L, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (Marburg: N.G. Elwert, 1904), S. 8, 76, 168-173.

„**Fall des Weichenstellers**“⁵: Ein Weichensteller leitet einen Zug von einem Gleis zum anderen um, wobei beide sichtlich durch einen abgestürzten Felsen blockiert sind. Die Lokomotive kracht gegen den Felsen, wodurch alle Insassen des Zuges getötet werden. Das wäre auch dann (und zum selben Zeitpunkt) passiert, wenn der Weichensteller den Zug nicht umgeleitet hätte.

„**Hinrichtungsfall**“⁶: Während die Todesstrafe in Kraft ist, entfernt ein Teilnehmer einer öffentlichen Hinrichtung den Henker gewaltsam vom Schafott und löst den Hinrichtungsmechanismus aus. Der zum Tode Verurteilte wäre gleichermaßen (und zum selben Zeitpunkt) gestorben, wenn der Henker ihn hingerichtet hätte.

„**Fall des Brettes des Karneades**“⁷: Zwei Seeleute, die Opfer eines Schiffbruchs sind, sehen in der Ferne ein Brett, das im Wasser schwimmt, auf das sich aber nur einer stützen kann. Beide schwimmen auf das Brett zu und einer von ihnen schafft es, zuerst dorthin zu gelangen und sich darauf zu stützen. Der andere stößt ihn jedoch vom Brett, um sein Leben zu retten. Der Seemann, der zuerst das Brett erreicht hatte, ertrinkt.

„**Fall des Baumes**“: Eine Person fällt den wertvollen Baum seines Nachbarn, nur um diesem ein Leid zuzufügen. Der Nachbar hatte sich vorgenommen, nur wenige Stunden später den Baum selbst zu fällen; etwas, das der Täter jedoch nicht wusste und *niemand in seiner Lage* vorher gewusst haben könnte.

„**Fall der Jägerinnen**“: Zwei Jägerinnen schießen jeweils unabhängig voneinander gleichzeitig auf etwas, von dem sie glauben, es sei eine Jagdbeute. Das gemeinsame Ziel stellt sich jedoch als eine andere Person heraus, die von nur einer der beiden Kugeln getroffen wurde; es ist jedoch unmöglich, zu bestimmen, welche der beiden es gewesen ist.

„**Ziegenhaar-Fall**“⁸: Der Geschäftsführer einer Pinselfabrik kauft eine bestimmte Menge Ziegenhaar von einem chinesischen Unternehmen; entgegen der ausdrücklichen Warnung des Verkäufers, dass das Haar desinfiziert werden muss, gibt er es direkt an seine Arbeiter weiter, ohne eine entsprechende Desinfektion durchzuführen. Es stellt sich heraus, dass das Haar mit Anthrax-Bakterien verseucht ist, wodurch vier der Arbeiter erkranken und sterben. Dieses Bakterium war jedoch immun gegen die vorgeschriebenen

⁵ SAMSON, E, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, übersetzt von Sancinetti, MA und Ziffer, PS (Buenos Aires: Hammurabi, 2003), S. 97.

⁶ Angepasst aus ENGISCH, K, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1931), S. 15-16.

⁷ Über den Ursprung dieses Falles und seine Einführung in die europäische juristische Diskussion siehe HRUSCHKA, J, «Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gent y en Kant», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 57 (2004), *passim*, insb. S. 6-7.

⁸ RGSt 63, 211 ff.

Desinfektionsprozesse, so dass die Arbeiter auch dann gestorben wären, wenn der Arbeitgeber die Bürsten korrekt desinfiziert hätte.

„Radfahrer-Fall“⁹: Der Fahrer eines Lastwagens überholt ein Fahrrad mit einem seitlichen Abstand von nur 0,75 Metern anstelle der gesetzlich vorgeschriebenen 1,5 Meter; der Radfahrer gerät unter die Räder des Fahrzeuganhängers und stirbt. Angesichts des Rauschzustands, in dem sich der Radfahrer zu diesem Zeitpunkt befand, hätte dieses Ergebnis jedoch eintreten können, selbst wenn der Lkw-Fahrer beim Überholen den gesetzlich vorgeschriebenen Abstand eingehalten hätte.

„Fall der HIV-Übertragung“: Zwei Personen, von denen eine mit HIV infiziert ist, erklären sich damit einverstanden, ungeschützten Geschlechtsverkehr zu haben, ohne dass die erkrankte Person ihre Krankheit preisgibt oder die andere danach fragt. Die andere Person infiziert sich.

Die soeben aufgezählten Fälle sind grundsätzlich in vier großen, allgemeinen „dogmatischen Gebieten“ Gegenstand der Diskussion, die im Prinzip sowohl die Verbrechenslehre als auch die der Lehre von der zivilrechtlichen Haftung gemeinsam haben: Schuld oder Fahrlässigkeit¹⁰, schädlicher Erfolg, Kausalität und objektive Zurechnung. Wenn sie als Ganzes betrachtet werden, stiften die für diese in der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Doktrin angeführten Lösungen jedoch einige Verwirrung. Einerseits scheint es keine klaren Kriterien für die Entscheidung zu geben, in welchen Fällen zivilrechtliche Lösungen für Probleme mit strafrechtlichen Lösungen

⁹ BGHSt 11, 1 ff.

¹⁰ Die Synonymie zwischen den Begriffen „Verschulden“ und „Fahrlässigkeit“ wird sowohl in der strafrechtlichen als auch in der zivilrechtlichen spanischen Rechtslehre allgemein anerkannt, unbeschadet natürlich der Tatsache, dass die strafrechtliche und zivilrechtliche Bedeutung dieser Kategorie abweichen kann. So unter vielen anderen ANTÓN ONECA, J, *Derecho Penal. Tomo I: Parte General* (Madrid, 1949), S. 222; QUINTANO RIPOLLÉS, A, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)* (Barcelona, Bosch, 1958), S. 275-276; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R, «Fundamento de la responsabilidad civil. Culpa y riesgo. Responsabilidad objetiva. Regímenes especiales de responsabilidad», in *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, Hrsg. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2. Aufl. (Barcelona: Bosch, 2008), S. 126; REGLERO CAMPOS, LF UND PEÑA LÓPEZ, F, «Los sistemas de responsabilidad civil», in *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, Hrsg. Reglero Campos, LF und Busto Lago, JM, 5. Aufl. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), S. 297; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Dolo, imprudencia y error», in *Memento Práctico Penal 2021*, Hrsg. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 2455; und ROCA TRÍAS, E UND NAVARRO MICHEL, M, «La responsabilidad por acto propio», in *Derecho de daños. Textos y materiales*, Hrsg. Roca Trías, E und Navarro Michel, M, 8. Aufl. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), S. 116. Auch LUZÓN PEÑA, D-M, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3. Aufl. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), S. 111, 118, der jedoch differenziert, dass der zweite der Begriffe vorzuziehen sei, „weil ‚Verschulden‘ in der Umgangssprache dieselbe Allgemeingültigkeit hat, wie in der Römerzeit: gleichwertig mit Verletzung, unrechtmäßiger Handlung oder Sünde [...], als Schuld [...] oder auch, aber dies ist bereits eine eher technisch-rechtliche Bedeutung wie Versäumnis oder Fahrlässigkeit, und daher ein Begriff, der den Nichtjuristen verwirrt“ (ebd., S. 278). Siehe in einem ähnlichen Sinne MIR PUIG, S, *Derecho penal. Parte general*, 10. Aufl. (Barcelona: Reppertor, 2016), S. 159, 293.

übereinstimmen müssen und in welchen Fällen von diesem Abstand genommen werden muss. Das ist eine Lücke, die wiederum auf die mangelnde Klarheit über die Inhalte einer Kategorie zurückzuführen sein könnte, die so proteisch ist wie die objektive Zurechnung – unter der praktisch *alle* vorherigen Fälle zu einem bestimmten Zeitpunkt analysiert wurden – und daher, ob diese Inhalte in einen oder dem anderen Bereich gleich sind. Auf der anderen Seite ist dies ein Gebiet, das vielleicht wie kein anderes mit offensichtlichen Widersprüchen übersät ist: Fälle, die auf den ersten Blick dasselbe Problem darstellen, erhalten selbst auf die Auswirkungen derselben Form der Verantwortung völlig unterschiedliche Antworten.

Um diesen letzten Punkt zu veranschaulichen, kann zum Beispiel der „Fall des reichen Onkels“ mit dem „Fall des tödlichen Schrecks“ (in seiner zweiten Variante) und dem des „vom Glück begünstigten Scharfschützen“ verglichen werden. Die drei Fälle sind sich aus struktureller Sicht enorm ähnlich: Das Problem scheint in allen Fällen zu sein, dass ein *unbedeutendes Risiko* zu einem schädlichen Erfolg führt. Für den „Fall des reichen Onkels“ ist die Lösung der Doktrin, sowohl der straf- als auch der zivilrechtlichen, einstimmig der Freispruch. Viele Strafrechtler würden jedoch im „Fall des vom Glück begünstigten Scharfschützen“ für eine Verurteilung plädieren, und das Gleiche gilt für Zivilrechtler in Bezug auf den „Fall des tödlichen Schrecks“. Worauf sind diese Unstimmigkeiten zurückzuführen? Und ein sehr ähnliches Phänomen tritt, diesmal innerhalb der strafwissenschaftlichen Lehre, in Bezug auf den „Hinrichtungsfall“, den „Fall des Weichenstellers“ und den „Ziegenhaar-Fall“ auf. Wenn sich das Problem, das sich aus diesen Fällen ergibt, anscheinend auf die Gewissheit beschränkt, dass ein korrektes Verhalten des Täters das Ergebnis nicht verhindert hätte, wie kann es dann sein, dass die Doktrin überwiegend dafür plädiert, im ersten der Fälle zu verurteilen und im Rest freizusprechen?

In Diskussionen wie den oben genannten Klarheit zu schaffen, ist genau das Ziel dieser Untersuchung. Es geht also darum, eine **vergleichende Untersuchung der dogmatischen Strukturen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung** im Hinblick auf die Aufklärung der Beziehung zwischen den verschiedenen Kategorien, aus denen sie bestehen, den Problemgruppen, die in ihrem Umfeld auftreten, und den Richtlinien für ihre Lösung in beiden Bereichen, durchzuführen. Bevor jedoch mit der Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Analyse begonnen wird, die in den verschiedenen Kapiteln der Arbeit ausführlicher erläutert werden, muss eine genauere

Abgrenzung des **Forschungsgegenstandes** vorgenommen werden, zusätzlich zu einigen kurzen methodologischen Ausgangsüberlegungen.

In Bezug auf die angesprochene Abgrenzung: Obwohl ich bis zu diesem Punkt die Ausdrücke „straf- und zivilrechtliche Haftung“ verwendet habe (und künftig verwenden werde, um die Ausarbeitung des Textes nicht zu überladen), um auf den Gegenstand meiner Studie Bezug zu nehmen, ist dieser eigentlich viel begrenzter, als er scheint. Meine Analyse beschränkt sich zunächst auf das derzeit *geltende spanische Recht*. Ich verweise in diesem Sinne nur marginal auf die Rechtsprechung¹¹, sowie auf das vergleichende und auf das historische Recht, und alle diese Gebiete werden also ohne Anspruch auf Vollständigkeit einbezogen. Zweitens bezieht sich die Arbeit auf die Funktionen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung in Kontexten der verfassungsrechtlichen *Normalität*, im Gegensatz zu Konfliktsituationen oder der „bergangsjustiz“¹², Szenarien, in denen ich offen die Möglichkeit zugebe, dass die hier verteidigten Thesen – insbesondere in Bezug auf die Funktionen der Bestrafung und Entschädigung – erheblich angepasst werden müssten.

Schließlich werden die Ausdrücke „straf- und zivilrechtliche Haftung“ selbst in einem viel restriktiveren Sinne als gewöhnlich verwendet. Einerseits ist nur die Art der strafrechtlichen Haftung Gegenstand dieser Arbeit, die zur Verhängung von *Strafen* für natürliche Personen führt, im Gegensatz zu den „Strafen“ für juristische Personen (Art. 33.7 des spanischen Strafgesetzbuches, Código Penal, CP), den Maßnahmen der Besserung und Sicherung und den „Maßnahmen“ für Minderjährige, die vom spanischen Strafgesetz zur Regelung der strafrechtlichen Haftung Minderjähriger in Betracht gezogen werden. Andererseits beschränkt sich die Studie auf die Untersuchung der *außervertraglichen Verschuldenshaftung*, unabhängig davon, ob sie sich laut der

¹¹ Diese ist bekanntlich keine, zumindest im formellen Sinn, Quelle des spanischen Rechts (Art. 1.1, 6 des spanischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Código Civil, CC); Siehe in diesem Sinne, unter anderen, DíEZ-PICAZO, L UND GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I: Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, 13. Aufl. (Madrid: Tecnos, 2016), S. 141-142.

¹² Zum Ausnahmscharakter dieser Art von Szenarien und zur Vielfalt der Funktionen, die das System des Strafrechts in Bezug auf die Szenarien der Normalität in ihnen erfüllt, siehe nur MACULAN, E, «Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición», im *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Hrsg. Gil Gil, A und Maculan, E (Madrid: Dykinson, 2017), *passim*, insb. S. 208-212; und REYES ALVARADO, Y, «Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada justicia transicional», ebd., *passim*, insb. S. 200-204.

Terminologie des spanischen Strafgesetzbuches „aus einer Straftat“ ergibt oder nicht¹³. Dies schließt sowohl die vertragliche zivilrechtliche als auch die außervertragliche Haftung aus, die auf anderen Kriterien als das Verschulden beruhen; Kriterien wie die einfache Kontrolle einer Gefahrenquelle (Grundlage der sogenannten „Gefährdungs“- oder „objektiven“ Haftung¹⁴) oder das sozial angemessene Opfer individueller Interessen,

¹³ Die Rechtslehre, die seit langem in die Rechtsprechung der Zweiten Kammer des Spanischen Obersten Gerichtshofs aufgenommen wurde, erkennt heute den zivilrechtlichen Charakter der zivilrechtlichen Haftung *ex delicto* praktisch einstimmig an; so unter vielen anderen PANTALEÓN PRIETO, F, «“Perseverare diabolicum” (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *Jueces para la democracia*, vol. 19 (1993), *passim*, insb. S. 6; SILVA SÁNCHEZ, JM, «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, vol. 3 (2001), *passim* insb. S. 3, 10; ALONSO GALLO, J und PUENTE RODRÍGUEZ, L, «Responsabilidad civil derivada del delito», im *Memento Penal 2019*, Hrsg. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2018), nms. 6215-6220; und YZQUIERDO TOLSADA, M, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6.^a ed. (Madrid: Dykinson, 2020), *passim*, z. B., S. 33, 73-80, 92. Eine diesbezügliche abweichende (wenn auch isolierte) Meinung unterstützen jedoch QUINTERO OLIVARES, G, «Introducción» im *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Hrsg. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, und de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 17-17; DYSON, M, «Civil Law Responses to Criminal Judgments in England and Spain», *Journal of European Tort Law*, 2012, S. 329; und HORTAL IBARRA, JC, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, 2014, *passim*, die dieser Institution einen „hybriden“ zivil- und strafrechtlichen Charakter zuschreiben.

¹⁴ Dieses Wesen ist z. B. vorgesehen in Art. 1905 CC oder in Art. 120.2.4 und 5 des spanischen Strafgesetzbuches (CP). In gewissem Sinne ist die zivilrechtliche Verschuldenshaftung jedoch nicht weniger „eine Gefährdungshaftung“ oder „objektive Haftung“, als die, die auf der einfachen Kontrolle einer Gefahrenquelle beruht. Zudem —wie wir im Abschnitt II des Kapitels 4 dieser Arbeit näher sehen werden— besteht das „Verschulden“ oder die „Fahrlässigkeit“, auf die sich Art. 1902 CC bezieht, einfach aus der Überschreitung des Risikograds für Schäden, die in einem bestimmten Umfeld als sozial verträglich angesehen werden; eine Frage, die unter einem streng „objektiven“ (*rectius*, intersubjektiven) Gesichtspunkt zu bewerten ist und die Schuld des Verursachers nicht voraussetzt. Unter diesem Gesichtspunkt ist es nicht verwunderlich, dass DUTTGE, G, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001), S. 20, die Verschuldenshaftung als „verdeckte“ Form der Risikohaftung bezeichnet hat; oder dass MÜLLER bereits 1912 bestätigen konnte, dass „[m]an pflegt, [...] von Gefährdungshaftung zu sprechen. Die Berechtigung dieser Benennung ist [...] ohne weiters einleuchtend. Nur darf man nicht meinen, damit einen Gegensatz zur Verschuldenshaftung zu bezeichnen. Denn auch die Verschuldenshaftung ist [...] eine Art on Gefährdungshaftung“ (MÜLLER, ML, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1912), S. 73). Vgl. auf derselben Linie PUENTE SEGURA, L, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal* (Madrid: Colex, 1997), S. 61, 144, der die Haftung ex Art. 118.1.^a und 2.^a CP als «objektiv» betrachtet; JANSEN, N, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), S. 14-15, 18-120, 552-554, 592, der die wesentliche strukturelle und funktionelle Einheit beider Arten von Haftung vorstellt; und BARROS BOURIE, E, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020), S. 32, 37, 79, 469, 477. Selbst die Mitglieder der Kommission, die die PETL verfasste, waren sich immer bewusst, dass „Grauzonen“ zwischen beiden Zurechnungskriterien bestanden (KOZIOL, H, «Art. 1:101. Basic norm», im *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Hrsg. European Group on Tort Law (Wien: Springer, 2005), S. 20), obwohl sie in der Entwicklung der Prinzipien von einer stringenten Trennung der beiden Felder ausgegangen sind (Art. 1:101).

das der Geschädigte nicht zu dulden hat (Grundlage der sogenannten „Aufopferungshaftung“)¹⁵.

Schließlich ist umstritten, inwieweit die Schlussfolgerungen dieser Arbeit auf den Umfang der sogenannten „Vermögenshaftung der öffentlichen Verwaltung“ ausgeweitet werden können. Dies hängt natürlich ganz davon ab, inwieweit bestimmte Formen dieser Haftung und außervertraglichen Verschuldenshaftung als gleichartig angesehen werden. Um diese Frage mit einem Minimum an Genauigkeit zu klären, wäre eine unabhängige Arbeit erforderlich, weshalb ich mich hier auf vorläufige Anmerkungen beschränken muss. In diesem Sinne muss zunächst festgestellt werden, dass es relativ eindeutig erwiesen ist, dass zwischen der Haftung der öffentlichen Verwaltungen für Schäden, die infolge des „anormalen Betriebs“ der öffentlichen Dienste entstanden sind, und der außervertraglichen zivilrechtlichen Verschuldenshaftung das oben genannte Verhältnis von Gattung und Art besteht¹⁶. Ich bin jedoch der Meinung, dass dies auch für die Haftung im „normalen Betrieb“ gelten sollte, in bereinstimmung mit Art. 34.1, I, zweiter

¹⁵ In unserer Lehre wird die Eigenständigkeit dieses Zurechnungskriterium der zivilrechtlichen Haftung – was zum Beispiel die Bestimmungen aus Art. 118.1.3 CP oder Art. 569 und 612, I CC rechtfertigen würde – anerkannt von Autoren wie PANTALEÓN PRIETO, F, «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, vol. 237-238 (1994), S. 247-248, 253; PANTALEÓN PRIETO, F, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 4 (2000), p. 178; SALVADOR CODERCH, P, «Las funciones del Derecho de daños», in *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Hrsg. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, MT, und Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), S. 104; BUSTO LAGO, JM, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual* (Madrid: Tecnos, 1998), S. 165-172, 191-192; GONZÁLEZ POVEDA, P, «La responsabilidad por riesgo», in *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*, Hrsg. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2. Aufl. (Barcelona: Bosch, 2008), S. 701-702; Díez-PICAZO, L, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo V: La responsabilidad civil extracontractual* (Cizur Menor: Civitas, 2011), S. 51-52; MEDINA CRESPO, M, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio «compensatio lucri cum damno» en el Derecho de daños* (Barcelona: Bosch, 2015), S. 93-99; oder MEDINA ALCOZ, L, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2018), p. 87. Dies ist auch die Position einer praktisch übereinstimmenden Lehre in Deutschland; siehe vor allem JANSEN, 2003, S. 15-18; KOZIOL, H, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, übersetzt von Salter Townschend, F (Wien: Jan Sramek, 2012), S. 238; und GRUNDMANN, S, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», im *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, Hrsg. Krüger, W, 8. Aufl. (München: C.H. Beck, 2019), Rdnr. 39.

¹⁶ In diesem Sinne siehe vor allem GARCÍA DE ENTERRÍA, E und FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho Administrativo II*, 14. Aufl. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2015), S. 376, 394-396; ROCA TRÍAS, E, «La responsabilidad patrimonial del Estado y de las Administraciones públicas», in *Derecho de daños. Textos y materiales*, Hrsg. Roca Trías, E und Navarro Michel, M, 7. Aufl. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016) S. 320-321; und SÁNCHEZ MORÓN, M, *Derecho administrativo. Parte general*, 12. Aufl. (Madrid: Tecnos, 2016), S. 969-970.

Unterabschnitt des Gesetzes zur Rechtslage des öffentlichen Sektors, in dem allgemein festgelegt wird, dass

„Schäden, die sich aus Ereignissen oder Umständen ergeben, die nach dem Stand der Wissenschaft oder der Technik zum Zeitpunkt der Verursachung nicht vorhergesehen oder vermieden werden konnten, nicht entschädigungsfähig sind, unbeschadet der Bereitstellung von Unterstützungen oder wirtschaftlichen Leistungen, die die Gesetze für diese Fälle festlegen können“¹⁷.

Auf der anderen Seite, in Bezug auf die **Methodologie**, die in dieser Untersuchung verfolgt wird, ist diese hauptsächlich durch drei Merkmale gekennzeichnet: *funktionale Orientierung*, Wunsch nach *Vereinfachung* und streben nach *Allgemeinheit*. Zunächst bin ich fest davon überzeugt, dass der fruchtbarste Ausgangspunkt für die Konstruktion der dogmatischen Struktur jeder Form von Haftung nichts anderes ist als die Rolle, die sie im entsprechenden (Rechts-)System spielt. Wenn man davon ausgeht, dass die dogmatischen Strukturen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung nichts anderes sind als die *Systematisierung der Voraussetzungen* für die Anwendung solcher Rechtsfolgen, halte ich es auch für erforderlich, sich auf die Notwendigkeit zu einigen, diese Strukturen auf der Grundlage solcher Interpretationen aufzubauen, die ermöglichen, die straf- und zivilrechtliche Haftung *ihre jeweiligen Funktionen* so angemessen wie möglich zu erfüllen, aber auch *kompatibel mit dem positiven Recht sind*¹⁸.

Die zweite der methodologischen Orientierungen, an denen ich mich in dieser Arbeit gehalten habe, ist keine andere als „Ockhams Rasiermesser“: *entia non sunt*

¹⁷ So, wenn auch isoliert, PANTALEÓN PRIETO, 2000, S. 188-190; Díez-PICAZO, 2011, S. 56.

¹⁸ Paradigmatisch für diesen methodischen Ansatz sind unter anderem TRIMARCH, P, *Causalità e danno* (Mailand: Giuffrè, 1967), *passim*, insb. S. 8-9, 43-46, 52-53, 133-139, 157-159, 197-198; FRISCH, W, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen* (Köln/ Berlin/ Bonn/ München: Carl Heymanns, 1983), *passim*, insb. S. 31-54; FRISCH, W, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, übersetzt von Cuello Contreras, J und Serrano González de Murillo, JL (Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2004), *passim*; JAKOBS, G, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl. (Berlin/ New York: Walter de Gruyter, 1991, *passim*; JAKOBS, G, *System der strafrechtlichen Zurechnung* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2012), *passim*, insb. S. 13-15 JANSEN, 2003, *passim*, insb. S. 33-40; ROXIN, C, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl. (München: C.H. Beck, 2006), *passim*, insb. S. 205-211; PAWLIK, M, *Das Urecht des Bürgers* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012), *passim*, z.B. S. 57, 367; SILVA SÁNCHEZ, JM, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2012), *passim*, insb. S. 181-187, 231-233, 581-583, 604-606; oder ROXIN, C und GRECO, L, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Aufl. (München: C.H. Beck, 2020), *passim*, insb. S. 296-300.

multiplicanda praeter necessitatem. Dies ist meiner Meinung nach einer der wichtigsten Mängel, die die zivil- und strafrechtliche Dogmatik der Fahrlässigkeit und die Lehre (oder die Topik?¹⁹) der objektiven Zurechnung immer noch aufweisen; ein Mangel, der oft verhindert, dass sie als wirklich nützliches Werkzeug für die Anwendung des Gesetzes funktionieren, und der diese Lehren tatsächlich in einen wahren „Deckmantel“ von Willkür verwandelt. Dagegen habe ich in dieser Arbeit versucht, die dogmatischen Strukturen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung aufzubauen, indem ich auf die *Mindestanzahl der erforderlichen Kategorien* für eine effektive Falllösung zurückgegriffen habe²⁰.

Schließlich sind die Thesen dieser Untersuchung unvermeidlich allgemeiner Art; ein Ansatz, der im Gegensatz zu den vorherigen weniger auf einer persönlichen methodologischen Präferenz als vielmehr auf dem enormen Umfang meines Forschungsgegenstandes beruht. Es geht hier nicht um eine detaillierte Abhandlung zu jedem Problem, das in der Arbeit vorgestellt wird. Vielmehr habe ich hier versucht, eine funktional kohärente „Karte“ der untersuchten dogmatischen Strukturen – sozusagen – „aus der Vogelperspektive“ zu skizzieren. Mein Ziel ist nur, ein System vorzustellen, das von Nutzen ist, beide dogmatischen Strukturen am besten zu *vergleichen*, unbeschadet wie die eine und die andere für sich vorgestellt werden müssen (z.B. in einem Handbuch zum allgemeinen Teil des Straf- oder Schadensersatzrechts); und selbstverständlich

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, JM, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, ed. Seminario de Derecho Penal e Instituto de Criminología (Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989), S. 677; PANTALEÓN PRIETO, F, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», im *Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II*, Hrsg. Asociación de Profesores de Derecho Civil (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), S. 1951. Siehe, in einem ähnlichen Sinne, PUPPE, I, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, übersetzt von García Caveró, P (Granada: Comares, 2001), pp. 2, 5, 6-7; PUPPE, I, «Das System der objektiven Zurechnung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 162 (2015), pp. 203-205, 217; PUPPE, I, «Vorbemerkungen zu §§ 13ff», im *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Kindhäuser, U, Neumann, U, und Paeffgen, H-U (Hrsg.), 5. Aufl. (Baden-Baden: Nomos, 2017), nms. 228-229; und CANCIO MELIÁ, M, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004), S. 21-22.

²⁰ Hier folge ich vor allen PEÑARANDA RAMOS, E, *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación* (Madrid: Civitas, 1991), S. 52-53; PUPPE, 2017, nms. 1, 8; GRECO, L, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, trad. Rocha, R (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2018), S. 60-62; und neulich MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», im *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. Volumen I, Hrsg. de Vicente Remesal, J et al. (Madrid: Reus, 2020) passim.

unabhängig davon, in welcher Ordnung ihre Elemente verfahrensrechtlich untersucht werden müssen.

Nach der Formulierung dieser einleitenden Überlegungen, gehe ich zu einer kurzen Zusammenfassung der Ergebnisse meiner Forschung über. Wie es angesichts der ersten der genannten methodischen Richtlinien nicht anders sein könnte, ist der Ausgangspunkt die Analyse der **Funktionen** strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung, womit sich das gesamte **Kapitel 1** der Arbeit beschäftigt. Darin werden zwei wohl als erwiesen zu haltende Thesen in die Lehre aufgenommen. Die Erste ist, dass die strafrechtliche Haftung nach spanischem Recht eine *präventive Funktion* hat, so dass die Entschädigung bzw. Genugtuung für den Schaden, der dem jeweiligen Opfer des Verbrechens zugefügt wurde, höchstens eine mögliche, wenn auch wünschenswerte *Nebenfolge* der Strafe ist. Die zweite (umgekehrt zur vorherigen) lautet, dass der zivilrechtlichen Haftung nach unserem Gesetz eine *ausgleichende Funktion* zukommt, so dass die Prävention von fahrlässigem Verhalten höchstens eine mögliche, wenn auch wünschenswerte *Nebenfolge* der Verpflichtung ist, den Schaden der spezifischen Person zu ersetzen, die ihn erleidet. Im Einklang mit der Verteidigung dieser zweiten These unterscheidet sich der Schadensersatz von der Wiedergutmachung als *strafrechtliche* Folge des Verbrechens; eine Einrichtung, deren notwendigerweise persönlicher und freiwilliger Charakter sie unter dem Gesichtspunkt der positiven General- und Spezialprävention zu einem möglichen funktionalen Äquivalent der Bestrafung macht.

Zwei weitere Thesen leiten sich aus der Verbindung der ersteren her, die derzeit jedoch viel kontroverser sind und deren Verteidigung sich der Rest des Kapitels widmet. Die erste postuliert, dass es, da sie radikal unterschiedliche Funktionen erfüllen, keine subsidiäre Beziehung (*Ultima Ratio*) zwischen der Regelung der strafrechtlichen Haftung und der der zivilrechtlichen Haftung gibt, wie es beispielsweise zwischen ersteren und dem Ordnungswidrigkeitenrecht der Fall ist. Die zweite ist, dass im Einklang mit den Funktionen der einen und anderen Haftungsart, während das spezifische Opfer des Verbrechens in Bezug auf die strafrechtliche Haftung des Täters, eine *nebensächliche* Rolle spielt, der Geschädigte in Bezug auf die zivilrechtliche Haftung des Schädigers die Rolle des *Protagonisten* übernimmt. In diesem Sinne muss der Diskurs, der das Strafrecht des Staates als „neutralisierende“ Instanz im Sinne einer „Enteignung“ der Stellung des Opfers in *seinem* Konflikt mit dem Täter konzipiert, in Frage gestellt werden: Von allen

Konflikten, die sich aus dem Verbrechen ergeben, ist es nicht der strafrechtliche, sondern der zivilrechtliche, der dem Opfer rechtmäßig „gehört“.

Auf diese Weise wird das funktionale Korbgeflecht festgelegt, aus dem **Kapitel 2, 3 und 4** aufgebaut sind, um einen Einblick in die **dogmatischen Strukturen** der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung anhand der in der folgenden Tabelle definierten „Karte“ zu erreichen:

VERBRECHEN		ZIVILHAFTUNG	
STÖRUNG: <i>rechtlich missbilligte Schaffung oder Nichteindämmung eines Risikos für fremde Interessen wofür man zuständig ist</i>			
TATBESTANDSMÄßIGES UNRECHT	Tatbestandliche Beschreibungen (Subsumption)	Schaden Subjektives und konkretes Begriff	
	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Tatbestandsmäßige</i> Störung - Ggf. tatbestandsmäßiger <i>Erfolg</i>: objektives und konkretes Begriff - Ggf. <i>Zurechnung</i> des Erfolgs zur Störung: Kausalität + Risikoverwirklichung 	Zurechnung des Schadens zur Störung Kausalität + Risikoverwirklichung + Unmöglichkeit einer alternativen hypothetischen Zurechnung zum Zuständigkeitsbereich des Beschädigten	
PERSÖNLICHE ZURECHNUNG (SCHULD)	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Absoluter</i> Bestandteil: persönliche Fähigkeit zum rechtmäßigen Verhalten. - <i>Abstufungsbestandteile</i>: Vorsatz und Verbotskenntnis + weitere subjektive Elemente + Grad der persönlichen Fähigkeit zum rechtmäßigen Verhalten. 	Kein Haftungsausschluss bzw. -minderung wegen „Mitverschuldens“	
	STRAFBARKEIT	Kein Haftungsausschluss aus rechtspolitischen Gründen z.B.: Minderjährige unter vierzehn Jahren, Mitverschulden Dritter in Fallen von Schaden „ <i>par ricochet</i> “, „ <i>wongful birth</i> “, etc.	

Die Darstellung der Dissertation geht von der Feststellung einer **partiellen strukturellen Identität** zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung aus, sofern beide die Schaffung (oder Nichteindämmung) eines rechtlich missbilligten Risikos für die Interessen Dritter wofür man zuständig ist vorsieht. Zumindest nach der teilweisen bernahme der Verwendung dieses Begriffes von JAKOBS in einigen seiner Arbeiten,²¹, nenne ich dieses, beiden Haftungsformen gemeinsames Element „**Störung**“.

²¹ Sehr deutlich in JAKOBS, G, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 97 (1985); übersetzt von PEÑARANDA RAMOS, im JAKOBS, G, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», in *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997). Sofern nicht anders angegeben, beziehen sich die Verweise auf die Artikel in dieser Arbeit nur auf diese letzte Übersetzung.

Kategorie hinaus unterscheiden sich die Strukturen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung radikal, wie es nicht anders sein könnte, wenn man die (nicht weniger radikalen) funktionalen Unterschiede zwischen der einen und der anderen berücksichtigt.

Wenn ich mich entscheide, den oben genannten gemeinsamen Strukturkern mit einem „neuen Namen“ zu „taufen“, liegt dies nur daran, dass die Störung keiner der Kategorien entspricht, aus denen sich die dogmatischen Strukturen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung zusammensetzen, zumindest so, wie die vorherrschende Lehre sie bildet. Das naheliegendste Element ist die „*Fahrlässigkeit*“, worauf sich Artikel 1902 des spanischen Bürgerlichen Gesetzbuches (CC) bezieht, aber nur – im Gegensatz zu dem, was in der Rechtslehre noch üblich ist – wenn es sich vollständig von der (typischerweise strafrechtlichen) Idee der Schuld löst und das Fehlen von Rechtfertigungsgründen darin aufnimmt. Im strafrechtlichen Bereich wäre das nächste Äquivalent so etwas wie eine „*prätatbestandmäßige objektive Rechtswidrigkeit*“²²: ein Verhalten, das rechtlich definitiv missbilligt wird, aber nicht unbedingt unter einen strafrechtlichen Tatbestand subsumiert werden kann. Die in der Arbeit verfolgte Analysestruktur setzt auf diese Weise eine Umkehrung der traditionellen Ordnung der Kategorien der Verbrechenlehre voraus, wobei das Fehlen von Rechtfertigungsgründen Vorrang vor der Tatbestandsmäßigkeit hat.

Aus Sicht einer teleologisch orientierten Dogmatik ist die Tatsache, dass zwei so funktional unterschiedliche Haftungsformen ein zentrales Element ihrer jeweiligen Struktur teilen, auf den ersten Blick paradox. Der Anschein eines Widerspruches verschwindet jedoch, wenn festgestellt wird, dass die Störung auch in jeder der dogmatischen Strukturen, von der sie ein Bestandteil ist, unterschiedliche Funktionen erfüllt; Funktionen, die perfekt auf die der beiden Haftungsformen (und auf ihre jeweiligen einschränkenden Prinzipien) abgestimmt sind. Im Rahmen der Verbrechenlehre ergibt sich die Anforderung einer Störung zum einen aus der präventiven Funktion der Strafe selbst; zum anderen führt sie jedoch eine wichtige Grenze für sie ein, die auf dem Tatprinzip beruht: Nur das Vorliegen einer intersubjektiv wahrnehmbaren Störung legitimiert den Staat, im inneren Bereich seiner Bürger zu

²² So wie das von MÜNZBERG, W, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1966), *passim*, gebildete gemeinsames Element beider Haftungsarten.

ermitteln, um seine strafrechtliche Verantwortung zu begründen. In Worten *Jakobs*²³ ist „die Frage nach den Interna [...] nur zur Interpretation sowieso schon störender Externa erlaubt“²³. Die Rolle dieses Elements in der dogmatischen Struktur der zivilrechtlichen Haftung ist ganz anders und entspricht voll und ganz der Entschädigungslogik: Die Störung ist genau das, was rechtfertigt, dass der Schaden, den der Beschädigte erleidet, auf die Sphäre des Schädigers übertragen wird, als Ausnahme zur *Maxime casum sentit dominus*.

Dieser wichtige funktionale Unterschied bestimmt, dass die strukturelle Bereinstimmung zwischen beiden Arten der Haftung *nicht absolut ist*. Tatsächlich gibt es eine – in der Praxis äußerst außergewöhnliche – Gruppe von Fällen, in denen das Auftreten einer Störung zivilrechtlich bestätigt werden kann, nicht jedoch strafrechtlich: Bei Fällen, in denen ein Risiko für die Interessen anderer besteht, kann dies nur auf der Grundlage des (höheren) „Sonderwissens“ des Täters bestätigt werden, das für eine differenzierte Maßfigur in seiner Position unzugänglich ist. Betrachten wir zum Beispiel die erste Variante des „*Falls des tödlichen Schrecks*“. Nichts in der Logik der zivilrechtlichen Haftung behindert hier die Einschätzung der Gefahr unter Berücksichtigung des (nur dem Angreifer bekannten) Umstands, dass das Opfer an Herzproblemen leidet, und dass man so zum Schluss kommen kann, dass, wenn er erschreckt, er damit ein *hohes* Risiko schafft, es zu töten. Das Tatprinzip verbietet jedoch, strafrechtlich zu derselben Schlussfolgerung zu gelangen: In diesem Fall gibt es kein *externes* Element, das den Staat ermächtigt, das Gewissen des Täters zu belastenden Zwecken zu untersuchen.

Aus struktureller Sicht erfordert die Feststellung, ob eine Störung auftritt, zunächst die Formulierung einer *Gefahreneinschätzung (ex ante)* auf der Grundlage des Wissens, das ein durchschnittlicher Teilnehmer in dem spezifischen Sektor, in dem das Verhalten des Täters stattgefunden hat (eine „differenzierte Maßfigur“) gehabt hätte, und darüber hinaus – außer wo der Grundsatz des Tatbestands dies strafrechtlich verhindert – das (höhere) Sonderwissen, das der Täter selbst hatte. Dieselbe Perspektive muss für die Formulierung der „umgekehrten“ *Gefahreneinschätzung* gewählt werden, die durchgeführt werden muss, um zu beurteilen, ob ein Verhalten, das droht, den Interessen

²³ JAKOBS, 1997, S. 302.

anderer zu schaden, aber gleichzeitig andere mehr oder weniger wertvolle Interessen zu schützen, rechtlich missbilligt wird.

Im strafrechtlichen Bereich ist die Konsequenz des hier eingenommenen Standpunkts klar: Es wird in den Worten von *Molina Fernández* „eine Perspektive *ex ante* in der Begründung und Ausgrenzung des Unrechts [...] als globale Theorie der Rechtswidrigkeit“ angenommen; ein Ansatz, den ich trotz der Warnungen des genannten Autors selbst nicht ablegen konnte, dass „er nur gelegentlich die Zielsetzung ist; schwierig scheint; [und] nutzlos wäre“²⁴. Auf diese Weise kann das Zusammentreffen einer Störung in Fällen wie dem „*Fall des Baumes*“ bestätigt werden (Grundlage für eine mögliche Bestrafung, zumindest wegen eines Versuchs). Der größte Teil der Lehre akzeptiert diese Lösung für diese Gruppe von Fällen, aber – sicherlich inkohärent, wie niemand anders als *Molina Fernández* feststellte²⁵ – sie verlässt die Perspektive *ex ante*, wenn es darum geht, die Existenz eines „rechtswidrigen Angriffs“ bezüglich der Notwehr festzustellen.

Das Auftreten einer Störung erfordert an zweiter Stelle, dass die Person, die die Gefahr für fremde Interessen schafft oder nicht eindämmt, für das Risiko *zuständig* ist. Mit anderen Worten, jeder kann die Gefahren, für die er nicht zuständig ist, völlig ignorieren. Dies geschieht in keinem Fall in Bezug auf die Risiken (auch die erlaubten Risiken), die von der eigenen Organisationskreis ausgehen und für die jeder allgemein zuständig ist. Im Gegenteil besteht die Zuständigkeit für Risiken aus fremden Organisationsbereichen nur, wenn sie freiwillig übernommen wird oder vom Gesetz ausnahmsweise vorgeschrieben wird. Die Zuständigkeit in Bezug auf ein Risiko ist noch keine Garantstellung angesichts dieses Risikos im Sinne eines möglichen unechten Unterlassungsdeliktes: Dies ist ein weiteres Problem in Bezug auf die *Tatbestandsmäßigkeit* des Verhaltens, das die zivilrechtliche Haftung in keiner Weise berührt. Daher gibt es Zuständigkeitsquellen, die wie die gesetzliche Aufsichtspflicht der Eltern über ihre Kinder eine Garantstellung begründen, und andere, wie die allgemeine Pflicht zur Hilfeleistung aus Art. 195.1 CP (der die Straftat der unterlassenen Hilfeleistung enthält), die das nicht tun. Die Nichtbeachtung der Risiken, auf die sich die

²⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (Barcelona: J.M. Bosch, 2001), S. 413.

²⁵ Ebd., S. 386-413, 839.

letztere bezieht, kann jedoch eine Verpflichtung zur Haftung des Verpflichteten begründen, für die Entschädigung für einendadurch entstandenen Schaden zu sorgen.

Schließlich erfordert das Urteil über das Vorliegen einer Störung die Abwägung aller involvierten Interessen, um festzustellen, ob das fragliche Verhalten als *rechtlich missbilligt* angesehen wird oder nicht. Für diesen Zweck gibt es meiner Meinung nach ein *Kontinuum* zwischen den Szenarien von „erlaubtem Risiko“ und Rechtfertigung, was die Fälle von Einwilligung bzw. Einverständnis in das schädliche Verhalten und von „Ersetzung“ eines Risikos durch ein anderes für dasselbe Interesse besonders klar machen. Die traditionelle Diskussion darüber, ob erstere die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens ausschließt oder dieses rechtfertigt, hat nach meinem besten Wissen kaum praktische Konsequenzen²⁶. Was die weiteren Fälle betrifft, nimmt niemand den Bestand einer Störung in den von *Roxin* genannten Fällen von „Risikoverringerung“²⁷ an, sei es wegen erlaubten Risikos, mutmaßlicher Einwilligung oder Notstand. An diesem Punkt scheint klar zu sein, dass nur dasjenige Verhalten des Täters störend erscheint, das (*ex ante*) eine *ungünstige* normativ relevante Änderung der Situation des betroffenen Rechtsgutes darstellt. Wie *Nino* schreibt,

„[w]enn es keine Kontroverse darüber gäbe, was bel ausmacht und über die relative Bedeutung der verschiedenen beteiligten bel, wäre es *einfach irrational* zu versuchen, etwas vor bestimmten beln zu schützen, indem eine Maßnahme angewendet wird, die größeren Schaden *für das gleiche Ding* mit sich brächte oder unwirksam oder unnötig wäre“²⁸.

Hierin liegt der Schlüssel zur Lösung von Sachverhalten wie dem „**Fall des Weichenstellers**“ und dem „**Hinrichtungsfall**“. Beide Fälle stellen das gleiche Problem vor –kann aus der *ex ante* Perspektive behauptet werden, dass der Täter den Zustand des Rechtsgutes verschlimmert hat?–, verdienen aber im Licht dieser Frage verschiedene Lösungen. Wenn im ersten Fall das Vorliegen einer Störung geleugnet werden soll, während diese im zweiten Fall bejaht wird, so liegt dies daran, dass der Weichensteller

²⁶ Die einzigen, die mir in den Sinn kommen, wären im Falle eines Irrtums und würden nur auftreten, wenn die strenge Schuldtheorie übernommen würde, die heute eindeutig eine Minderheit in der Lehre darstellt.

²⁷ ROXIN, 2006, S. 375-377; ROXIN und GRECO, 2020, S. 481-483.

²⁸ NINO, CS, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (Buenos Aires: Astrea, 1980), S. 210 (Hervorhebung hinzugefügt).

im Beispiel *Samsons* in keinem rechtlich relevanten Sinne die Situation der Zugpassagiere verändert. Andererseits verschlechtert die Person, die den tödlichen Mechanismus anstelle des Henkers aktiviert, die Situation des zum Tode Verurteilten: In einer Gesellschaft, die diese Art der Bestrafung legitimiert, ist der Unterschied zwischen dem Tod durch den Henker oder der Person, die diesen ersetzt, normativ ebenso wesentlich wie der zwischen der Verbüßung einer Gefängnisstrafe oder der Freiheitsberaubung durch einen Mitbürger.

In Bezug auf die Einzelheiten eines Urteils unter Abwägung der Interessen muss ich auf den Text in **Kapitel 2** der Dissertation hinweisen. Hier genügt es, ganz kurz die Merkmale zu erwähnen, die meiner Meinung nach die Funktionsweise einer solchen Abwägung am deutlichsten aufzeigen: Es handelt sich um einen *unvermeidlichen* Prozess, in dem *persönliche Überlegungen* berücksichtigt werden müssen. Ersteres bedeutet, dass kein noch so geringes Risiko erlaubt, auf die Abwägung zu verzichten, indem das Verhalten einfach nicht missbilligt wird. Dies ist genau das, was die unterschiedliche Behandlung erklärt, die ein Teil der Lehre dem „*Fall des reichen Onkels*“ einerseits, und auf der anderen Seite den Fällen „*des vom Glück begünstigten Scharfschützen*“ und „*des tödlichen Schrecks*“ (in seiner zweiten Variante) vorschlägt: Sogar Verhaltensweisen, die ein minimales Risiko für die Interessen anderer schaffen, können als rechtlich missbilligt angesehen werden, wenn sich ihr objektiver Sinn darin *erschöpft*, solche Interessen zu gefährden, so dass sie nicht als die (gleichzeitige) Verfolgung legitimer Zwecke interpretiert werden können. Somit wird der erste der oben erwähnten scheinbaren Widersprüche gelöst.

Schließlich bezieht sich der zweite der genannten Aspekte auf die allgemeine Perspektive, aus der den verschiedenen Interessen, um die es bei der Abwägung geht, einen Wert zugewiesen wird. Dies ist nicht mehr und nicht weniger die Perspektive des Rechts, die natürlich durch die politisch-philosophischen Prinzipien geprägt wird, die das entsprechende Rechtssystem inspirieren. Bei einem Recht wie dem spanischen ist einer dieser Grundsätze das Gleichheitsprinzip, das bestimmt, dass die Handlungsfreiheit jedes Einzelnen nach *identischen Kriterien* bewertet wird, unabhängig davon, wer ein Verhalten durchführt. Diese sind jedoch die für eine (mäßige) liberale Ordnung typischen Bewertungskriterien, die die Vorstellung ernst nehmen, dass es im Konfliktfall *jeder einzelnen Person* legitim lieber sein kann, die Interessen einer fremden Person zu opfern als seine eigenen oder diejenigen eines geliebten Menschen. Die dargelegte Perspektive

führt dazu, dass das Vorhandensein einer Störung in Fällen geleugnet werden darf, in denen die Mehrheitslehre dies normalerweise bestätigt –mit anderen Worten, zu rechtfertigen, wo die Mehrheit nur entschuldigt. Nehmen wir zum Beispiel den „*Fall des Brettes des Karneades*“: Nach dem hier vertretenen Ansatz wäre nicht nur die strafrechtliche Haftung des Täters (aufgrund rechtfertigenden *Notstands*), sondern auch seine zivilrechtlichen *Verschuldenshaftung* ausgeschlossen, unbeschadet einer möglichen zivilrechtlichen *Aufopferungshaftung*.

Soweit zu den strukturellen Übereinstimmungen zwischen der einen und anderen Art der Haftung. Wenn zum Beispiel im „*Fall des Weichenstellers*“ und im „*Fall des reichen Onkels*“ zugunsten eines Freispruchs, sowohl strafrechtlich als auch zivilrechtlich argumentiert wird, muss dies auf dem Fehlen des *gleichen Elements* beruhen, das beide dogmatischen Strukturen gemeinsam haben: die Störung. Von diesem Punkt an mögen die strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Lösungen, die in jeder Konstellation der Fälle vertreten werden, übereinstimmen oder nicht. Diese werden auf jeden Fall auf der Grundlage *unterschiedlicher Kriterien* erreicht, entsprechend den „ausschließlichen“ Elementen jeder der untersuchten dogmatischen Strukturen. Aus diesem Grund werden in der Dissertation in zwei separaten Kapiteln – **Kapitel 3 und 4** – jeweils die *exklusiven* strukturellen Bestandteile des Verbrechens und die *exklusiven* der zivilrechtlichen Haftung untersucht. Für die Zwecke dieser einführenden Zusammenfassung halte ich es jedoch für angemessener, eine andere Erläuterungsstrategie zu wählen, bei der eine gemeinsame (und vergleichende) Behandlung jedes der Paare der (nur scheinbar) „korrelativen“ Elemente in der einen oder anderen dogmatischen Struktur durchgeführt wird: Die Tatbestandsmäßigkeit – einschließlich des Erfolgswerts und seiner Zurechnung zumtatbestandmäßigen Verhalten – gegen den Schaden, seine Zurechnung zur Störung und das Mitverschulden des Beschädigten; die Schuld gegen das Verschulden; und die Strafbarkeit gegen den Ausschluss der zivilrechtlichen Haftung aus rechtspolitischen Gründen.

Beginnen wir also mit der **Tatbestandsmäßigkeit**, welche die „technische Kristallisation“²⁹ des Gesetzlichkeits- und des Fragmentaritätsprinzips in der Verbrechenslehre ist. Die strafrechtlichen Tatbestände können in diesem Sinne als eine Art „Schablone“ verstanden werden, wodurch das Universum störender

²⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, S. 60, 238.

Verhaltensweisen „durchgeschnitten“ wird, und nur diejenigen in die strafrechtliche Kategorie aufgenommen (und in möglichst präzise Form beschrieben) werden, die die schwersten Angriffe auf die wichtigsten Rechtsgüter darstellen. Abgesehen von der Tatsache, dass die meisten Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem besonderen Teil des Strafrechts hier auftreten, wirft die Tatbestandsmäßigkeit auch einige allgemeine Probleme auf, insbesondere solche, die sich darauf beziehen, die Unterscheidungen zwischen Täterschaft und Teilnahme —auf die die Mehrheit der Fälle zurückgeführt werden können, die ein Teil der Lehre unter dem Topos der Reichweite des Tatbestandes behandelt— und zwischen echter und unechter Unterlassung. Keines dieser Probleme betrifft das Schadenersatzrecht, zumindest in einem (per Definition „untatbestandsmäßigen“³⁰) „allgemeinen Klauselsystem“, wie in Art. 1902 CC verankert. Wie dem auch sei, die am stärksten akzentuierte Parallele zurr Struktur der zivilrechtlichen Haftung —insbesondere zum **Schaden** und seiner **Zurechnung zur Störung**— tritt bei Straftaten auf, deren Tatbestandsmäßigkeit das Geschehen eines schädlichen Erfolgs erfordert, der (objektiv) zurtatbestandsmäßige Störung zurechenbar ist.

Dass die zivilrechtliche Haftung in jedem Fall die Entstehung von Schäden erfordert, geht Hand in Hand mit der ausgleichenden Funktion dieser Form der Verantwortung: Es ist eine echte Binsenweisheit, dass die Entschädigung voraussetzt, dass etwas entschädigt werden kann. Andererseits ist die Rolle, die der tatbestandsmäßige Erfolg in der dogmatischen Struktur der strafrechtlichen Haftung spielt, entweder aus dem Standpunkt der präventiven Funktion der Strafe oder aus dem Standpunkt der diese in einem Rechtsstaat begrenzenden Grundsätze viel schwieriger zu rechtfertigen. Wenn diesem Element eine legitime Funktion zugeschrieben werden soll, muss diese meiner Meinung nach eine „demonstrative“ Funktion sein, unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen positiven Prävention, in dem von *W. Frisch* (unter anderen) theorisierten Sinne: wenn die Enttäuschung einer normativen Erwartung genau den Erfolg hat, der mit der Norm vermieden werden sollte, wird die Normgeltung durch die öffentliche

³⁰ In der anschaulichen Terminologie von DIEZ-PICAZO, 2011, S. 304; VICENTE DOMINGO, E, «El daño», in *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, Hrsg. Reglero Campos, LF und Busto Lago, JM, 5. Aufl. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), S. 322-324; und GARCÍA RUBIO, MP, «El concepto de faute en el avant projet de la réforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el Código civil francés», in *Culpa y responsabilidad*, Hrsg. Prats Albentosa, L und Tomás Martínez, G (Pamplona: Aranzadi, 2017), S. 374-375.

Sichtbarkeit der Enttäuschung sowohl der Erwartung als auch der Gründe, die diese kontrafaktisch bestätigungswürdig machen, besonders intensiv geschädigt³¹.

Die soeben skizzierten funktionalen Überlegungen bilden die Grundlage, auf der gemäß dem in dieser Arbeit gewählten methodologischen Ansatz das **Konzept des tatbestandsmäßigen Erfolgs**, der **Schadensbegriff** und die Kriterien für die Zurechnung beider zum störenden Verhalten konstruiert werden. An dieser Stelle sollte zunächst angemerkt werden, dass obwohl die *präventive Funktion* der Strafe einem objektiven Konzept des tatbestandsmäßigen Erfolgs entspricht – das heißt, eines, das unabhängig von den Präferenzen des jeweiligen Opfers des Verbrechens ist –, die *ausgleichende Funktion* der zivilrechtlichen Haftung zu dem gegenteiligen Schluss hinsichtlich des Schadensbegriffs führt, der in jedem Fall dem Ausmaß entsprechen muss, mit dem der Geschädigte die vom Schädiger verletzten Interessen bewertet. Mit anderen Worten muss ein *subjektives* Schadenskonzept angenommen werden. Dementsprechend verdienen Fälle wie der „*Fall des Baumes*“ differenzierte Lösungen im strafrechtlichen und zivilrechtlichen Bereich, auch wenn in beiden Fällen vom Vorliegen einer Störung (und damit von der Möglichkeit, den Täter wegen Versuchs zu bestrafen) ausgegangen wird.

Aus strafrechtlicher Sicht gibt es meiner Meinung nach kein Hindernis, in diesem Fall ein *vollendetes* Verbrechen festzustellen. Damit der tatbestandsmäßige Erfolg seine demonstrative Funktion erfüllt, reicht es aus, dass eine Modifikation der Realität stattfindet, die *äußerlich* als eine Beeinträchtigung des entsprechenden Rechtsgutes (hier das Fällendes Baumes) charakterisiert werden kann: Wenn etwas passiert, das jeder Zuschauer (potenzielles Opfer), der die Präferenzen des Geschädigten nicht kannte, als Verletzung des Rechtsgutes interpretieren würde, wird öffentlich gezeigt, genau warum solches Rechtsgut *im Allgemeinen* als schutzwürdig angesehen wird; mit anderen Worten, das, was die enttäuschte normative Erwartung kontrafaktisch-bestätigungswürdig macht. Die zusätzliche Information, dass der Beschädigte *in diesem speziellen Fall* das Bestehen des betroffenen Interesses nicht schätzte, ändert diese Wahrnehmung überhaupt nicht, da sie nicht ausreicht, die Gültigkeit der vorherigen Botschaft als *Orientation für die Zukunft* aufzuheben. Es ergibt jedoch offensichtlich keinen Sinn, dass jeder, der den Baum fällt, mit dem sein Nachbar einige Stunden später dasselbe tun wollte, Letzteren aus irgendeinem Grund entschädigen muss: Schließlich hat er ihm nur die Arbeit erspart!

³¹ FRISCH, 2004, S. 546-549.

Dies führt zu der Schlussfolgerung, dass der Täter der Fällung es verdient hat, *strafrechtlich verurteilt und zivilrechtlich freigesprochen* zu werden; etwas, das für jeden, der den in Kapitel 1 der Arbeit vertretenen Positionen zustimmt hat, nichtwidersprüchlich, nicht einmal überraschend sein sollte. Wie dort argumentiert wird, verhindert die funktionale Verschiedenheit beider Bereiche der Rechtsordnung den Bestand ein Subsidiaritätsverhältnis zwischen ihnen.

In Bezug auf die Zurechnungskriterien setzen sowohl die (strafrechtliche) Zurechnung des Erfolgs zumtatbestandmäßigen Verhalten als auch die (zivilrechtliche) Zurechnung des Schadens zurStörung das Bestehen eines *kausalen* Zusammenhangs – gemäß der Äquivalenz- bzw. Bedingungstheorie – und eine „*Risikoverwirklichung*“ zwischen beiden Begriffspaaren voraus: Im Erfolg muss sich genau eine der Risikodimensionen verwirklichen, in Bezug auf welche das Verhalten als (tatbestandmäßig) störend angesehen wird. Beide sind offensichtlich notwendig, damit der tatbestandmäßige Erfolg seine demonstrative Funktion in der Struktur des Verbrechens erfüllt. Es ist aber ebenso notwendig, dass der Schaden normativ auf die vom Schädiger verursachte Störung zurückgeführt werden kann, für die er verantwortlich gemacht wird: Es handelt um eine *Verschuldenshaftung* (eine Haftung *wegen* Verschulden), nicht einfach um eine Handlung *mit* Verschulden.

Alles in allem erlaubt die ausgleichende Funktion der zivilrechtlichen Haftung, an dieser Stelle eine gewisse Abstufung einzuführen. Der „*Fall der Jägerinnen*“ ist ein gutes Beispiel dafür. Strafrechtlich ist dies ein paradigmatischer Fall des Freispruchs beiderJägerinnen aus Mangel an (Beweis der) Kausalität. In der Tat ist bekannt, dass *eine* von ihnen dem Opfer eine Schusswunde zugefügt hat, es kann jedoch nicht festgestellt werden, *welche* von beiden es war, und die voneinander unabhängige Handlung verhindert, sie als Mittäterinnen anzusehen. Das Gleiche gilt natürlich, was das Zivilrecht betrifft, aber in diesem Bereich sind die Dinge etwas komplexer. Die Entscheidung, beide möglichen Täter zu verurteilen oder beide freizusprechen, beinhaltet die Wahl zwischen der sicheren Verurteilung eines Unschuldigen und dem auch sicheren Freispruch eines Schuldigen; und was die strafrechtliche Geltung des Prinzips *in dubio pro reo* offenbart, ist genau eine Präferenz dieses Rechtsbereiches für die zweite dieser Optionen. Das Schadenersatzrecht muss jedoch eine zusätzliche berlegung berücksichtigen: Die Kosten und Nutzen, die die Entscheidung für eine oder die andere Alternative *für den Beschädigten* impliziert. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die in Art. 33.5 des

spanischen Jagdgesetzes oder in § 830 Abs. 1 BGB festgelegte Lösung für diese Art von Fällen, die aus der Auferlegung einer *Haftung ohne Kausalität* gegen eine der möglichen Verursacherinnen besteht, nicht abwegig: angesichts der Alternative, dass ein unschuldiger Geschädigter *vollständig* den sicherlich vom Verhalten einer anderen Person (deren Identität nicht festgestellt werden kann) verursachten Schaden dulden muss, scheint es vorzugswürdig, dass dieser *teilweise* von jemandem getragen wird, der mit seinem Verhalten die rechtlich garantierten Verhaltenserwartungen angesichts der Interessen des Beschädigten enttäuscht hat, obwohl nicht sicher ist, ob er den Schaden verursacht hat.

Abgesehen von der ausnahmsweisen zivilrechtlichen Behandlung dieser Fallgruppe ist es wesentlich, dass zwischen Verhalten und Erfolg das oben erwähnte Verhältnis der Risikoverwirklichung besteht. Das Fehlen dieses Verhältnisses führt dazu, dass sowohl die strafrechtliche als auch die zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers im „*Ziegenhaar-Fall*“ ausgeschlossen werden: Hier war die Einführung gesetzlicher Desinfektionsverfahren bereits eine *schon ex ante untaugliche* Maßnahme zur Eindämmung des Risikos, das sich aus der Infektion mit den Anthrax-Bakterien ergibt. Wenn die Unterlassung, das Ziegenhaar zu desinfizieren, als störendes Verhalten angesehen wird, rührt dies mit anderen Worten von den Risiken her, die sich aus dem Vorhandensein von Bakterien ergeben, die durch eine korrekte Desinfektion beseitigt werden können, entspringt jedoch nicht dem Risiko, das sich in diesem Fall verwirklicht hat. So wenig wertvoll die „Freiheit“ des Arbeitgebers ist, die Gesundheit seiner Arbeitnehmer zu vernachlässigen, so nutzlos wäre es, solche „Freiheit“ zu beschränken, um Risikodimensionen einzudämmen, die von den gesetzlich vorgeschriebenen Maßnahmen für die Sicherheit am Arbeitsplatz *ex ante* nicht eingedämmt werden können; und keine rationale Interessenabwägung würde zu einer nutzlosen Freiheitseinschränkung führen.

Im Gegensatz zu dem, was anfänglich scheinen mag, ist das Problem, das sowohl der „*Hinrichtungsfall*“ als auch der „*Radfahrer-Fall*“ aufwerfen, ein ganz anderes. In beiden Fällen besteht ein Risikozusammenhang zwischen Verhalten und Ergebnis, das im ersten Fall offensichtlich und im zweiten Fall etwas weniger evident ist, obwohl es vorhanden ist: Die Einhaltung des Sicherheitsabstands beim Überholen von Radfahrern ist eine allgemein geeignete Maßnahme (*ex ante* Perspektive), um Kollisionen der im Fall aufgetretenen Art zu vermeiden. Das Problem ergibt sich in beiden Fällen aus der

zusätzlichen Erklärung –die aus der *ex post* Perspektive formuliert wurde–, dass der zum Tode Verurteilte und der Radfahrer genauso zum Tode gekommen wären, auch wenn sich die Verursacher ihres jeweiligen Todes korrekt verhalten hätten. Dies sind in der bei der Arbeit verwendeten Terminologie „reine Fällen rechtmäßigen Alternativverhaltens“.

Welche Relevanz muss (gegebenenfalls) die vorherige Feststellung für die Zurechnung des Erfolges zum Verhalten haben? Hier driften strafrechtliche und zivilrechtliche Lösungen wieder auseinander, in bereinstimmung mit den Funktionen der einen und anderen Haftungsform. Nach dem ersten Gesichtspunkt sind Kausalität und Risikoverwirklichung *ausreichend*, damit das tatbestandmäßige Erfolg seine demonstrative Funktion erfüllt; das ist in der Tat genug, um dem Betrachter (dem potentiellen Opfer) besonders deutlich zu vermitteln, dass ein erwartungsgemäßes Verhalten *normalerweise* dazu dient, genau diese *Art* von Erfolgen zu vermeiden³². Und diese Botschaft wird durch die zusätzliche Information, dass *in diesem speziellen Fall* der Erfolg auch ohne das störende Verhalten eingetreten wäre, überhaupt nicht beeinträchtigt, da Ersteres weiterhin perfekt als Orientierung *für die Zukunft* dient. Sowohl im „Hinrichtungsfall“ als auch im „Radfahrer-Fall“ muss ein vollendeter Mord festgestellt werden. Damit ist übrigens der zweite der eingangs erwähnten (scheinbaren) Widersprüche aufgelöst: Es ist durchaus vernünftig, dass die Strafrechtler hauptsächlich im „Hinrichtungsfall“ eine Verurteilung, und im „Fall des Weichenstellers“ und im „Ziegenhaar-Fall“ einen Freispruch wählen. Was nicht so klar ist, ist, dass die meisten von ihnen sich wiederum im „Radfahrer-Fall“ für den Freispruch des Lastwagenfahrers entscheiden.

Zivilrechtlich führt jedoch das aus der Funktion des Schadensrechts abgeleitete Verbot, den Geschädigten durch Schadenersatz zu „bereichern“ dazu, dass ein *zusätzliches* Kriterium für die Zurechnung des Schadens zur Störung aufgenommen wird, das ich als „Unmöglichkeit einer alternativen hypothetischen Zurechnung zum Zuständigkeitsbereich des Beschädigten (einschließlich seines Unglücks)“ bezeichnet habe. Dies impliziert, auf den Punkt gebracht, dass die Zurechnung von Schäden zur Störung ausgeschlossen ist, falls *der Schädiger nachweist*, dass *eine* seiner

³² Wie wir sehen werden, folge ich an dieser Stelle genau der Argumentation von RANFT, O, «Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom „rechtmäßigen Alternativverhalten“», *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 37 (1984), S. 1429-1430, 1433.

möglichen rechtmäßigen Alternativverhaltensweisen den (in allen normativ relevanten Elementen) gleichen Schaden verursacht hätte. Von dieser Regel ist nur dann abzuweichen, wenn die Unvermeidlichkeit des Schadens mit dem rechtmäßigen Alternativverhalten nicht (nur) auf das Unglück des Geschädigten oder die Nachlässigkeit bezüglich seiner eigenen Interessen, sondern (auch) auf das *störende Verhalten sonstiger Schädiger* zurückzuführen ist. bertragen auf den „*Hinrichtungsfall*“ und den „*Radfahrer-Fall*“, sofern die durch den Tod der Opfer Geschädigten mit dem rechtmäßigen Alternativverhalten der Schädiger – als Folge des *korrekten* Verhalten des Henkers bzw. seines eigenen Unglücks – den gleichen Schaden erlitten hätten, haben sie keine Anspruch auf Entschädigung.

Ähnliches gilt in Bezug auf eine letzte Klasse von Fällen, die der „*Fall der HIV-Übertragung*“ bestens veranschaulicht. In diesem Fall begeht die anfänglich infizierte Person ein (tatbestandsmäßiges) störendes Verhalten, das auch gerade aufgrund der im Erfolg realisierten Risikodimension störend ist (Risikoverwirklichung). Die Kausalität steht ebenfalls außer Frage. Nicht weniger offensichtlich ist jedoch, dass *das Opfer seine eigenen Interessen vernachlässigt hat*. Wenn, wie hier der Fall ist, das Opfer selbstverantwortlich ist, muss diese berlegung zivilrechtlich berücksichtigt werden, um ihm eine *Duldungspflicht* aufzuerlegen, den erlittenen Schaden ganz oder teilweise zu tragen. Es handelt sich um das (fälschlicherweise so) genannten „**Mitverschulden des Geschädigten**“. Die durch sexuellen Kontakt infizierte Person hat höchstens das Recht auf eine teilweise Entschädigung für die durch die übertragene Erkrankung verursachten Schäden.

Es wäre jedoch verfehlt, diesen Ansatz auf den strafrechtlichen Bereich zu übertragen, in der Linie, die (unter anderem) von den Anhängern der sogenannten „*Viktimodogmatik*“ verteidigt wird. Das nicht schutzbedürftige Opfer, auf das sich diese Autoren beziehen, ist notwendigerweise das *konkrete* Opfer, das unter Vernachlässigung seiner eigenen Interessen zum tatbestandsmäßigen Erfolg beigetragen hat. Aber für dieses Opfer, das bereits verletzt wurde, kann das Strafrecht keinen Schutz mehr gewähren. Es kann auch nicht seinen Schutz für die Zukunft zurückziehen, ohne gleichzeitig allen *potenziellen Opfern* ähnlicher Ereignisse, die nichts getan haben, um es zu verdienen, schutzlos zu lassen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass in dem hier untersuchten Fall die ursprünglich infizierte Person nicht strafrechtlich freigesprochen sollte. Diese Lösung kann jedoch auf einem anderen Weg erreicht werden, ohne die gerade kritisierten

Prämissen übernehmen zu müssen. Tatsächlich reicht es aus, die *Tatbestandsmäßigkeit* des Verhaltens durch eine (analoge) Anwendung der allgemeinen Prinzipien, die die Beteiligung mehrerer Personen in einer Straftat regeln, zu leugnen. Denn es besteht in diesem Fall eine „Mittäterschaft“, die für das „Opfer“ nichts anderes ist, als eine *untatbestandsmäßige Selbstverletzung*; und es ist meiner Meinung nach unproblematisch, diese Bewertung auf das Verhalten des „(Mit-)Täters“ auszuweiten, aufgrund des Grundsatz der gegenseitigen Zurechnung von Beiträgen, wovon diese Form von Beteiligung in einer Straftat geregelt wird.

Die verbleibenden zwei (anscheinend) „korrelativen“ Kategorien – **Verschulden und Schuld**; Strafbarkeit und Haftungsausschluss aus rechtspolitischen Gründen – werden in der Dissertation viel weniger beachtet, da hier *keine Parallelen* zum Inhalt der beiden Elemente erkennbar sind. In Bezug auf die ersten beiden Begriffenügt es in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das zivilrechtliche Verschulden zwar durch das Vorhandensein einer Störung *erschöpft ist*, die strafrechtliche Haftung jedoch Schuld i.e.S. voraussetzt: die Möglichkeit, dem Täter die tatbestandsmäßige Störung *persönlich* zuzurechnen. Hier liegt der grundlegende Unterschied zwischen straf- und zivilrechtlicher „Schuld“: Unter Verwendung der traditionellen Terminologie³³ erfordert die zweite lediglich die Verletzung einer „objektiven“ Sorgfaltspflicht, erstere erfordert auch die Verletzung einer „subjektiven“ Sorgfaltspflicht; mit anderen Worten, dass das Verhalten des Täters ihm persönlich vermeidbar war.

Schließlich enthalten beide dogmatischen Strukturen eine „Abschlusskategorie“, die es ermöglicht, die Funktion jeder Haftungsform der Erfüllung anderer überwiegender Interessen der allgemeinen Rechtspolitik unterzuordnen: Der Kategorie der **Strafbarkeit** und der möglichen **Duldungspflicht** des Beschädigten, **den Schaden aus rechtspolitischen Gründen** (ganz oder teilweise) zu tragen. Die *Inhalte* der beiden Kategorien sind jedoch sehr unterschiedlich. Und dies aus dem einfachen Grund, dass weder die rechtspolitischen Interessen, die in Konflikt mit der präventiven bzw. ausgleichenden Funktion geraten, noch die, die eine und die anderen überwiegen, übereinstimmen.

³³ Nichtunproblematische, wie in Abschnitt II des Kapitels 2 zu sehen ist.

Nach der „topografischen“ Darstellung der dogmatischen Strukturen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Verantwortung im zentralen Teil der Arbeit endet die Dissertation mit einem sehr kurzen **Kapitel 5**, in dem ich mich darauf beschränke, **einige praktische** (größtenteils *verfahrensrechtliche*) **Implikationen** des verteidigten Ansatzes herauszuarbeiten. Ich komme an dieser Stelle zu dem Schluss, dass die Beschlüsse, in denen ein Strafrichter *das Vorliegen einer Störung im Sinne der strafrechtlichen Haftung des Angeklagten zweifelsfrei bestätigt oder abweist*, im anschließenden Zivilverfahren *verbindlich wirksam* sein müssen, in dem (gegebenenfalls) die mögliche zivilrechtliche Haftung des Angeklagten für die gleichen Ereignisse behandelt wird. Mit anderen Worten kann das *Vorliegen einer Störung* in diesem zweiten Verfahren nicht mehr erörtert werden, unbeschadet der *übrigen* Elemente der dogmatischen Struktur der zivilrechtlichen Verschuldenshaftung oder der möglichen *Aufopferungshaftung* des Schädigers. Daraus folgt meiner Meinung nach, dass es starke verfahrensökonomische Gründe gibt, um Art. 116 Abs. I der spanischen Strafprozessordnung³⁴ einen viel ehrgeizigeren Anwendungsbereich anzuerkennen als der, zu dem seine wörtliche Auslegung führt.

³⁴ „Das Erlöschen der Strafanklage bedeutet nicht das Erlöschen der Zivilklage, es sei denn, erstere hatte ihren Ursprung in einem rechtskräftigen Urteil, das erklärt, dass die Tatsache, die die Zivilklage hätte begründen können, nicht besteht“.

Capítulo 1. Prevenir y resarcir

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha anticipado en el resumen introductorio, el objetivo de este primer capítulo no es otro que el de sentar las bases funcionales para el «núcleo dogmático» de la investigación. Se trata, en este sentido, de dilucidar cuáles son las **funciones** que desempeñan la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en el Derecho español, extrayendo de ello las oportunas consecuencias en lo que respecta, por un lado, a la *relación* entre una y otra forma de responsabilidad y, por otro, al papel que le corresponde al concreto *perjudicado* en cada uno de estos ámbitos. Con ello, quedarán establecidos los cimientos sobre los que descansarán las consideraciones de carácter **estructural** desarrolladas en los capítulos 2, 3 y 4 del trabajo.

Desde el punto de vista metodológico, la aproximación al objeto de estudio de este capítulo —las funciones de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil— es «interpretativo», en el sentido en que algunos autores anglosajones han empleado esta expresión¹: no se trata de analizar los efectos que, desde el punto de vista empírico, tiene en la práctica el funcionamiento de una y otra institución²; ni menos aún de formular una propuesta *de lege ferenda* sobre las funciones que la responsabilidad penal y la responsabilidad civil *deberían* desempeñar en algún otro sistema jurídico posible o deseable. Se trata más bien de determinar, a partir de la propia *lex lata*, el «sentido y finalidad» (art. 3.1 CC) de los conjuntos normativos que regulan una y otra institución, partiendo de la base de la tendencia (siquiera imperfecta) de cada uno de tales conjuntos

¹ Vid. SMITH, SA, *Contract Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2004), pp. 4-5; y NOLAN, D Y ROBERTSON, A, «Rights and Private Law», en *Rights and private Law*, ed. Nolan, D y Robertson, A (Oxford: Hart Publishing, 2012), pp. 5-6. Al mismo enfoque se refiere, sin emplear directamente esta etiqueta, NINO, 1980, pp. 19-20, en su descripción de lo que denomina el «segundo nivel de discusión» de la doctrina jurídica. También en esta línea, JOHN, D, *Rechtswidrigkeitszusammenhang und Schutzzweck der Norm. Dogmatische Chimären im Kontext rechtmäßigen Alternativverhaltens* (Baden-Baden: Nomos, 2020), pp. 44-50.

² El término «función» se emplea aquí, por tanto, en su sentido jurídico tradicional, según el que «se entiende por “función” las consecuencias queridas de una cosa, equiparándose a “meta” o “misión”»; y no en el sociológico, desde el que «se entiende, en cambio, por “función” la suma de las consecuencias objetivas de una cosa» (HASSEMER, W Y MUÑOZ CONDE, F, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989), p. 99. Cfr., sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, 2012, *passim*, esp., pp. 472-490; y GUZMÁN DALBORA, JL, «Sentido de la pena y reparación», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 18 (2017), p. 194, que se refieren con el término «fines» a lo que aquí se denominan «funciones» y con este último a lo que yo llamo «efectos».

a su propia coherencia interna³. No se hará, en este sentido, referencia alguna, a los planteamientos que abogan por la sustitución total o parcial del sistema penal «tradicional» por métodos alternativos de resolución de conflictos, dirigidos a la «restauración» de las relaciones humanas «rotas» por el delito (la llamada «justicia restaurativa»)⁴; o la incorporación de mecanismos abiertamente preventivos, como los «daños punitivos» existentes en otros Ordenamientos, a nuestro sistema de responsabilidad civil⁵.

Manteniendo, en todo momento, la aproximación metodológica descrita, en este capítulo trataré de defender cuatro tesis. La **primera** es que la responsabilidad penal tiene, en el Derecho español, una *función preventiva*, de forma que el resarcimiento del daño causado a la víctima concreta del delito es, a lo sumo, un posible *efecto* deseable de la pena. La **segunda** (e inversa a la anterior) es que la responsabilidad civil tiene, en nuestro Derecho, una *función resarcitoria*, de manera que la prevención de conductas negligentes

³ Vid. WEINRIB, EJ, *The Idea of Private Law*, Revised (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 12-14.

⁴ Así, paradigmáticamente, CHRISTIE, N, «Conflicts as Property», *British Journal of Criminology*, vol. 17 (1977), *passim*, esp., pp. 7-14; ZEHR, H, *Changing Lenses: Restorative Justice for Our Times*, 4.ª ed. (Harrisonburg/ Virginia/ Kitchener/ Ontario: Herald Press, 2015), *passim*, esp. pp. 179-228; y, en la doctrina española, BERISTAIN IPIÑA, A, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004), *passim*. Como señala TAMARIT SUMALLA, desde el punto de vista de esta clase de planteamientos, «[n]o se trata [...] de la restauración de la confianza normativa, sino de restaurar las relaciones sociales. La justicia restaurativa no se sitúa en el ámbito de lo normativo o del “deber ser” ideal, sino que la expectativa se proyecta sobre las relaciones reales entre las personas reales» (TAMARIT SUMALLA, JM, «El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1 (2013), p. 144).

⁵ Respecto de esta peculiar forma de responsabilidad, los problemas que plantea y su nula acogida en el Derecho español (al margen de ciertas instituciones con rasgos similares, pero con un ámbito de aplicación muy determinado), vid., por todos, GREGORACI FERNÁNDEZ, B, «Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de punitive damages», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61 (2008), *passim* (esp. pp. 117, 121, 122, 142-143); DEL OLMO GARCÍA, P, «Punitive Damages in Spain», en *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, ed. Koziol, H y Wilcox, V (Viena: Springer, 2009), *passim*; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R, *Daños punitivos* (Cizur Menor: Aranzadi, 2012), *passim*, esp., pp. 71-159; MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, P, *Daños punitivos: el «patito feo» de la responsabilidad civil* (Madrid: Fe d'erratas, 2016), *passim*, esp. pp. 39-54; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 57-62. Le reconocen, sin embargo, algún espacio en nuestro Derecho, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, autores como SALVADOR CODERCH, P, «Punitive damages», *InDret*, vol. 1 (2000), pp. 4-5, 13-14, desdiciéndose así de la conclusión formulada «prudentemente» y «con expresa cautela» en SALVADOR CODERCH, P, «Sobre las indemnizaciones sancionatorias en Derecho civil», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 163, 172-173). Así, también CASAS PLANES, MD, «La función de la responsabilidad civil (Referencia especial a su controvertida función penal: los punitive damages del Derecho Anglosajón)», *Práctica de Derecho de Daños*, vol. 29 (2005), pp. 13-14, 15 de la versión electrónica; DE SALAS CLAVER, J, «Daños punitivos: la pregunta es para cuándo», *Práctica de Derecho de Daños*, vol. 5 (2007), pp. 1-3, 12 de la versión electrónica; y REGLERO CAMPOS, LF Y PEÑA LÓPEZ, F, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.ª ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 95-109.

es, a lo sumo, un posible *efecto* deseable de la obligación de resarcir el daño a la persona concreta que lo sufre. De la conjunción de ambas tesis, hoy ampliamente dominantes en la doctrina española, se derivan otras dos que, sin embargo, resultan hoy en día mucho más polémicas. La primera de ellas —y **tercera** tesis defendida en el capítulo— postula que, puesto que desempeñan funciones radicalmente diferentes, no existe entre el Derecho de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil una relación de subsidiariedad (*ultima ratio*) como la que se da, por ejemplo, entre el primero y el Derecho administrativo sancionador. La segunda de estas tesis «derivadas» — y **cuarta** en total— es que, en consonancia con las funciones de una y otra institución, mientras que a la concreta víctima del delito le corresponde un papel *marginal* respecto de la responsabilidad penal de quien lo comete, el perjudicado por un daño tiene un papel *protagonista* respecto de la responsabilidad civil de quien se lo causa.

Como puede apreciarse, las tesis primera y segunda sirven, en cierto modo, de «premisas» a partir de las cuales se extraen como «conclusiones» las tesis tercera y cuarta. El capítulo adopta esta misma estructura. Así, tras esta breve introducción, la primera parte (apartado II) se dedica a analizar las funciones de la responsabilidad penal (epígrafe 1) y la responsabilidad civil (epígrafe 2). En ella, dado el carácter en buena medida pacífico de las tesis que se acogen, se emplea mucho menos esfuerzo y espacio en su fundamentación directa que en su defensa frente a propuestas doctrinales alternativas; particularmente, frente a las que atribuyen a la responsabilidad penal una función resarcitoria de la víctima concreta y las que interpretan la responsabilidad civil en clave preventiva. En la segunda parte del capítulo (apartado III) se desarrollan las tesis tercera y cuarta. Este apartado se divide, a su vez, en dos epígrafes, en los que se examinan, respectivamente, la relación entre responsabilidad penal y responsabilidad civil (epígrafe 1) y el papel que corresponde al perjudicado en uno y otro ámbito (epígrafe 2). El capítulo finaliza con un resumen de las principales conclusiones alcanzadas (apartado IV).

II. PREVENCIÓN Y RESARCIMIENTO EN LA TEORÍA DE LA PENA Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Supongamos que Ana, cirujana en un hospital privado, en el curso de una operación quirúrgica, por imprudencia menos grave, causa a su paciente, Beatriz, una

exitosa pianista, la inutilidad de su mano derecha⁶. En el Derecho español, las consecuencias de este hecho son, en lo que aquí interesa, básicamente dos. Por un lado, Ana ha cometido el delito de lesiones por imprudencia menos grave del art. 152.2 CP, por el que se le impondrá, aunque Beatriz no lo reclame⁷, una pena de multa de tres a doce meses. Esta multa deberá ser satisfecha al Estado, voluntariamente o por vía de apremio (art. 53.1 CP), y su cuantía se determinará en atención a la gravedad del hecho y las circunstancias personales de la condenada (art. 66.6.^a CP), en particular su situación económica (art. 50.5 CP), hasta un máximo legal de 144.000 euros⁸. Por otro, Beatriz ha sufrido daños de un importe que, dada su ocupación profesional, probablemente supere con creces la cuantía máxima prevista para la multa; daños cuyo *íntegro* resarcimiento podrá reclamar a Ana (arts. 109.1 y 116 CP).

Las importantes diferencias en la configuración normativa de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en nuestro Derecho, que el anterior ejemplo pone perfectamente de manifiesto⁹, contribuyen a que, por lo general, la doctrina atribuya a una y otra institución funciones también muy diferentes: a la primera, una función preventiva; a la segunda, una función resarcitoria. Como ya se ha anticipado, este apartado del capítulo se dedica a desarrollar brevemente las tesis mayoritarias recién presentadas —a las que me adhiero— y, sobre todo, a defenderlas de los planteamientos de quienes, de forma más o menos matizada —pero a mi juicio cuestionable— sostienen que la pena se orienta, predominantemente o entre otras funciones, al resarcimiento de la víctima concreta del delito (epígrafe 1); o que la responsabilidad civil tiene (también) una función preventiva (epígrafe 2).

⁶ Supongamos también que las lesiones de Beatriz son objetivamente imputables a la conducta de Ana; que no concurre ninguna causa de exención de la responsabilidad penal de esta última (completa o incompleta), ni tampoco circunstancias atenuantes o agravantes; y que Beatriz no ha contribuido en absoluto con su conducta a la producción de las lesiones.

⁷ Aunque solo si media su denuncia (art. 152.2, par. IV CP). Sobre este requisito, vid. epígrafe 2 del apartado III de este capítulo.

⁸ Resultado de multiplicar la cuota diaria máxima de cuatrocientos euros que se establece en el art. 50.4 CP, por los treinta días que, conforme al mismo precepto, se debe entender que dura un mes, y por los doce meses de extensión máxima prevista en el art. 152.2 CP para la multa en cuestión.

⁹ Perfiladas ya de forma sumamente moderna nada menos que por BINDING, K, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Band 1: Normen und Strafgesetze*, 4.^a ed. (Leipzig: Felix Meiner, 1922), pp. 284-290, 437-458.

1. La función preventiva de la responsabilidad penal

Que la pena es una institución *orientada* a la prevención del delito y *limitada*, entre otros, por principios como el del hecho y los de fragmentariedad, culpabilidad y proporcionalidad es una de las afirmaciones en torno a las que hoy en día reina un mayor consenso en la doctrina penalista¹⁰. Ello, sin duda, se debe en parte a su elevadísimo grado de abstracción. Las discrepancias se hacen enseguida evidentes en cuanto se trata de definir el «delito» como objeto de la prevención¹¹, de determinar cómo opera la propia prevención¹² y a quién va dirigida¹³, o de fundamentar los límites a los que esta se sujeta¹⁴, entre otras muchas cuestiones. Tomar posición en cualquiera de estos complejos debates requeriría sin duda un trabajo independiente, pero en ninguno de ellos se discute la tesis fundamental a la que aquí pretendo modestamente adherirme: que la función esencial de la responsabilidad penal es la de proteger a la *sociedad* —o, si se prefiere, sus integrantes,

¹⁰ Hasta el punto de que referirse aquí a los autores que, desde una perspectiva u otra, respaldan esta tesis requeriría citar a la práctica totalidad de la doctrina jurídico-penal (como mínimo) española y alemana. Una postura algo diferente y, a mi juicio, igualmente asumible mantiene SILVA SÁNCHEZ, 2012, *passim*, esp. pp. 303-304, 312-313, 316-317, 581-583, para quien los límites garantísticos al *ius puniendi* han de considerarse tan «fines» del Derecho penal como la propia prevención. El propio autor reconoce, en cualquier caso, la gran proximidad que existe entre su tesis y la dominante (ibíd., pp. 446-447).

Aunque ciertos desarrollos doctrinales relativamente recientes, sobre todo en el ámbito anglosajón, pero también en el continental, permitirían hablar quizás de un resurgimiento de la corriente retributiva, se trata, salvo contadas excepciones de teorías mixtas de la pena que —sobre todo para justificar su efectiva imposición— introducen un componente preventivo en sus planteamientos; especialmente, aunque no solo, en el sentido de la prevención general positiva. Esto no debe extrañar, pues probablemente sea cierto que, como ha señalado recientemente LOPERA VIÑÉ, «si se revisara a conciencia [...] la literatura especializada, se descubriría que, a lo largo de los dos últimos milenios numerosos pensadores, estadistas y juristas han expuesto teorías que han ido por el camino de comprender la lógica del Derecho penal en sí misma más allá de las sub-lógicas retribucionista y consecuencialista» (LOPERA VIÑÉ, R, «Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen 2*, ed. Cancio Meliá, M et al. (Madrid: UAM Ediciones, 2019), p. 1455). Tal vez la vieja dicotomía entre retribución y prevención no sea, al fin y al cabo, como apunta esta autora, más que un «espejismo» (ibíd., p. 1454).

¹¹ Como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, o como desautorización de una norma (sencillamente, o solo en la medida en que esta protege un bien jurídico).

¹² Aquí podría encuadrarse la distinción entre una prevención «negativa» y otra «positiva»; crítico con esta dicotomía se muestra, sin embargo, RODRÍGUEZ HORCAJO, D, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad* (Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2016), pp. 46-47.

¹³ A la colectividad (prevención general) o a la concreta persona a quien se impone (prevención especial).

¹⁴ Como límites intrínsecos a la propia prevención o como límites extrínsecos fundados, bien en otros fines de la pena (como la retribución), bien en fuentes externas a la teoría de la pena (como los derechos fundamentales de la persona a quien se impone).

como «víctimas *potenciales*»¹⁵— frente a conductas (los delitos) cuya prevención es, por tanto, una cuestión de interés *público*. En palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO,

«[e]n las normas penales predomina el principio de comunidad sobre el de personalidad. Es cierto que el Derecho Penal protege, al lado de intereses públicos (v. gr., Seguridad del Estado) y sociales (salud pública), bienes que pertenecen directamente a los individuos (vida, libertad, honor, propiedad). Pero en todo caso estos bienes individuales se protegen por la norma penal en interés de la colectividad»¹⁶.

En muchas ocasiones, el delito causa daños personales o patrimoniales a una o varias personas (físicas) concretas: estas son sus «víctimas directas» en el sentido del art. 2 LEV¹⁷, concepto que no coincide plenamente con el de «perjudicado» por el delito, ni tampoco —contra lo que pudiera parecer—, con el de «sujeto pasivo», «ofendido» o «agraviado». Y es que si, siguiendo a la doctrina prácticamente unánime, se incluye en el concepto de «perjudicado» por el delito a cualquier persona, física o jurídica, que ha sufrido directa o indirectamente un *daño* como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, y se entiende por «sujeto pasivo», «ofendido» o «agraviado» al portador del

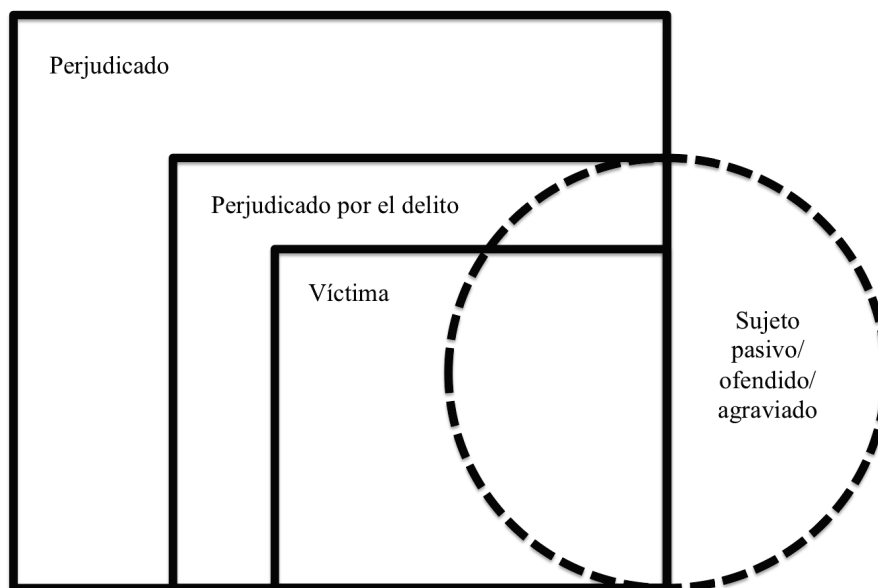
¹⁵ Por oposición a las víctimas concretas de los delitos; distinción popularizada por SEELMANN, K, «Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht», *JuristenZeitung*, vol. 14 (1989), *passim*, esp., p. 670, y empleada muy fructíferamente desde el punto de vista dogmático por autores como DERKSEN, R, *Handeln auf eigene Gefahr* (Berlín: Duncker & Humblot, 1992), *passim*, p. ej., pp. 21, 94, 134, 140.

¹⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 25. En el mismo sentido, señala el autor que «[s]ujeto pasivo genérico de todo delito es siempre el Estado, desde el momento en que [...] la norma penal protege a los bienes, incluso cuando éstos son individuales y pertenecen a particulares, desde una perspectiva pública y en interés de toda la comunidad cuya defensa asume el Estado. Precisamente por ello, el Estado aparece siempre interesado y afectado por la comisión del delito (sujeto pasivo constante y mediato)» (ibíd., pp. 281-282); idea que sintetiza brillantemente PEÑARANDA RAMOS cuando afirma que «es al definir la misión del Derecho penal como la protección de bienes jurídicos cuando la prevención aleja cualquier posibilidad de consideración de las exigencias de satisfacción de la víctima» (PEÑARANDA RAMOS, E, *Proyecto docente (Concurso para Profesor Titular de Derecho Penal)* (Madrid, 1990), p. 136).

¹⁷ En el art. 2 LEV se define como «víctima directa» del delito a «toda persona física que haya sufrido un *daño o perjuicio* sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito», y como «víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito» a determinados parientes de la víctima directa, «salvo que se tratase de los responsables de los hechos»; colectivos a los que se singulariza frente a cualesquiera otras personas («terceros») «que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito». Se acoge así en la LEV —como en la Directiva comunitaria que traspone (vid. art. 2.1.a Dir. 2012/29)— el concepto de «víctima» más frecuentemente empleado en la literatura victimológico-penal; vid., por todos, BERISTAIN IPIÑA, 2004, pp. 90, 114, 118-119, 127; y TAMARIT SUMALLA, JM, «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 18-24. Cfr., sin embargo, entre los autores partidarios de incluir también a las personas jurídicas en el concepto victimológico-penal de «víctima», PÉREZ RIVAS, N, *Los derechos de la víctima en el sistema penal español* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), p. 17.

bien jurídico protegido por el delito, parece obligado extraer dos conclusiones en relación con el concepto de «víctima directa» adoptado en la LEV. La primera es que este concepto se configura como especie del género «perjudicado», integrada por los perjudicados por el delito que reúnen dos cualidades: ser persona *física* y haber sido afectado por él de forma particularmente *directa*¹⁸. La segunda, que, como consecuencia de ello, el concepto «sujeto pasivo» del delito guarda la misma relación con el de «víctima directa» que con el de «perjudicado»: una y otra condición no tienen por qué recaer necesariamente sobre la misma persona.

Partiendo de esta base, el término «perjudicado» se emplea en este trabajo como concepto genérico, comprensivo de cualquier persona, física o jurídica, que sufre un daño, sea o no como consecuencia de la comisión de un delito. El término «víctima» se utiliza como equivalente al de «víctima directa», en el sentido del art. 2 LEV. Entre una y otra categoría, con una extensión intermedia entre una y otra, se encontraría la de «perjudicado por el delito». Y ninguno de los anteriores conceptos coincidiría en extensión con el de «sujeto pasivo» del delito. Expresado gráficamente:



¹⁸ Vid., en sentido muy similar, TAMARIT SUMALLA, 2006, «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas» TAMARIT SUMALLA, 2006, «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», p. 24; «Los derechos de las víctimas», en *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, ed. Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), pp. 35-36 de la versión electrónica; GÓMEZ CALLE, E, «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), p. 972; DÍAZ LÓPEZ, JA, «La participación de la víctima en el indulto», *La Ley Penal*, vol. 113 (2015), p. 4; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 430.

Es cierto, sin duda, que resarcimiento a las víctimas que así lo deseen de los daños padecidos como consecuencia del delito constituye un interés de política jurídica de primer orden¹⁹. Con carácter general, se entiende, no obstante, que no es este *el* interés público que la responsabilidad penal se dirige a satisfacer²⁰. Si se puede decir que la pena «resarce» algún «daño», este solo puede entenderse como el daño a la vigencia de la norma que el delito contradice²¹; e incluso esta sugerente propuesta plantea, a mi juicio,

¹⁹ Y de ahí, por ejemplo, la existencia de un sistema de ayudas públicas para víctimas de determinados delitos, como las previstas en la LAAV. Sobre la normativa española e internacional en la materia, vid. solo RODRÍGUEZ PUERTA, MJ, «Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 407-409, 411-437; y PÉREZ RIVAS, 2017, pp. 43-45, 48-50, 64-66, 157-194. Como señala TAMARIT SUMALLA, JM, «La reparación y el apoyo a las víctimas», en *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, ed. Tamarit Sumalla, JM (Tirant Lo Blanch, 2015), pp. 249-295 de la versión electrónica, ni la Dir2012/29 ni la LEV han introducido modificaciones importantes en este punto.

²⁰ En palabras de MIR PUIG, «[l]a comisión de un delito puede ocasionar un daño patrimonial y/o moral en la víctima u otros perjudicados. Mediante la pena no se resarce al perjudicado por dicho daño; para ello se prevé la responsabilidad civil» (MIR PUIG, 2016, p. 48). También es particularmente claro en este punto JAKOBS, cuando afirma que «no son las consecuencias externas del quebrantamiento de la norma las que lo convierten en un conflicto penalmente relevante, pues el Derecho penal no puede borrar esas consecuencias. La pena no resarce daño alguno» (JAKOBS, 1991, p. 9; también p. 32); palabras que evocan, en cierto modo, lo advertido mucho antes por BECCARIA: «es evidente que el fin de las penas no es [...] deshacer un delito ya cometido [...] ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas?» (BECCARIA, C, «De los delitos y de las penas», en *De los delitos y de las penas (con el comentario de Voltaire)*, trad. de las Casas, JA (Madrid: Alianza, 1968), p. 45). Así, también ZIELINSKI, D, *Handlungs- und Erolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss* (Berlín: Duncker & Humblot, 1973), p. 215; FRISCH, W, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, vol. 3 (2014), p. 9; o LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA, «¿Vale la pena la reforma? Análisis desde los principios penales democráticos», en *La reforma penal de 2013*, ed. Valle Mariscal de Gante, M y Bustos Rubio, M (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2014), p. 15.

En este sentido, resulta particularmente esclarecedora la distinción recientemente trazada por SILVA SÁNCHEZ, JM, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal* (Barcelona: Atelier, 2018), *passim*, esp. pp. 220-228, entre las dimensiones «horizontal» (autor-víctima concreta) y «vertical» (autor-norma o autor-Estado) del conflicto desencadenado por el delito. Sin entrar aquí en el debate respecto de la posición que corresponde al Derecho penal o, con carácter más general, al Derecho público, en relación con la primera de estas dimensiones —en opinión de SILVA SÁNCHEZ, la de no obstaculizar e incluso promocionar, siempre de forma no coactiva, la reconciliación interpersonal y social (ibíd., *passim*, esp. pp. 217-241)—, asiste, a mi juicio, toda la razón a este autor cuando afirma que solo de a la segunda de ellas (la «vertical», la pública) se refieren propiamente las funciones de la pena (ibíd., *passim*, esp. pp. 21-22, 222). En esta misma línea se orientan las interesantes reflexiones que el autor realizaba en una obra anterior, sobre los diferentes sentidos en que el delito puede causar un «daño»; vid. SILVA SÁNCHEZ, JM, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2015).

²¹ Así, entre otros, JAKOBS, 1991, pp. 19, 25, recogiendo la doctrina decimonónica del «daño intelectual del delito». El parentesco entre ambas concepciones —puesto de manifiesto por autores como PEÑARANDA RAMOS, E, SUÁREZ GONZÁLEZ, C, Y CANCIO MELIÁ, M, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 25-26, 40; PEÑARANDA RAMOS, E, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», *Doxa*, vol. 23 (2000), p. 304; «Función de la pena y sistema del delito

algunos problemas difíciles de resolver²². Creo, por tanto, que sería preferible prescindir por completo de ella y limitarse a afirmar que un mal que se *suma* a otro mal es, por

desde una orientación preventiva del Derecho penal», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, vol. 2 (2001), pp. 414-415— ha sido reconocido expresamente por el propio JAKOBS; vid. JAKOBS, 1991, n. 13 (p. 10); JAKOBS, G, «El principio de culpabilidad», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), p. 385; JAKOBS, G, «La pena como reparación del daño», en *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, ed. Reyes Alvarado, A (Bogotá: Legis, 2005), pp. 343-344.

²² Si este daño se entiende en un sentido puramente «ideal» —como simple expresión de una voluntad particular contraria a la voluntad general que expresa el Derecho, con independencia de sus efectos (potencialmente) desestabilizadores de la convivencia—, el planteamiento no deja de ser una simple metáfora bajo la que se oculta una teoría absoluta de la pena. Presenta, en este sentido, todos los inconvenientes propios de esta clase de posiciones, muy señaladamente, el de fundamentar cómo la suma de dos males puede dar como resultado un bien o, en palabras de ROXIN, «cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena» (ROXIN, C, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, D-M (Madrid: Reus, 1976), p. 14); vid. además, p. ej., NINO, CS, «Subjetivismo y objetivismo en el Derecho penal», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 1 (1999), p. 59; HART, HLA, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, ed. Gardner, J, 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 234-235; PEÑARANDA RAMOS, E, «La pena: nociones generales», en *Introducción al Derecho Penal*, ed. Lascuraín Sánchez, JA, 2.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2015), p. 265; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, pp. 39, 202-205; y PEÑARANDA RAMOS, E Y BASSO, GJ, «La pena: nociones generales», en *Manual de Introducción al Derecho penal*, ed. Lascuraín Sánchez, JA (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019), pp. 168-169. Dirigen una crítica muy similar a la teoría de la pena defendida por JAKOBS a lo largo de la década de los noventa ALASTUEY DOBÓN, MC, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000), pp. 149-150; FEIJOO SÁNCHEZ, B, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general* (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2014), pp. 240-241; y MARTÍNEZ RUIZ, J, *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo positivo como instrumento de política criminal* (Madrid: Dykinson, 2017), p. 88. Cfr., sin embargo, PEÑARANDA RAMOS, 2000, pp. 298, 302; HÖRNLE, T, *Straftheorien*, 2.^a ed. (Tubinga: Mohr Siebeck, 2017); p. 33; y PEÑARANDA RAMOS Y BASSO, 2019, pp. 178-179, que distinguen —sutil pero, a mi juicio, acertadamente— esta construcción de una teoría absoluta de la pena como la hegeliana, sin perjuicio de reconocer las dificultades que existen para fundamentar desde esta perspectiva la efectiva imposición de la pena en cuanto mal empírico (vid. esp. PEÑARANDA RAMOS, 2000, pp. 312-313).

La alternativa es concebir el daño en sentido psicológico-social: como la lesión (fáctica) de la «vigencia real» de la norma a la que el delito da lugar, en cuanto merma la confianza generalizada en el carácter vinculante de la prohibición; así, JAKOBS, 2005, *passim*, esp. pp. 343-344, 347-348, 350-351; JAKOBS, G, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. Cancio Meliá, M y Feijoo Sánchez, B (Cizur Menor: Civitas, 2006), pp. 135-151; 2012, pp. 14-15; o FRISCH, W, 2014, pp. 16-17. La tesis de que se castiga para restaurar esta confianza, y solo en la medida necesaria para hacerlo, dota de contenido a la idea del «resarcimiento del daño intelectual» más allá de lo puramente metafórico, eludiendo así las críticas a las que se prestan las teorías absolutas. Sin embargo, lo hace, en mi opinión, a costa de asumir una premisa algo implausible: la de que la medida en que los delitos conmueven la «vigencia real» de las normas que contradicen es, en términos empíricos, directamente proporcional a su gravedad. ¿Realmente puede afirmarse que un asesinato hace más «daño» a la confianza en que matar está prohibido, del que hace el hurto de una bicicleta a la confianza en la prohibición de tomar bicicletas ajenas, y en ambos casos con independencia del grado de publicidad con que se comete cada delito?; vid., en este sentido, ALASTUEY DOBÓN, 2000, pp. 153-154, 162-163; y FEIJOO SÁNCHEZ, 2014, pp. 193, 204-211, 250-251. Subraya asimismo la tensión existente entre las necesidades de prevención general (también positiva) y la exigencia de proporcionalidad entre gravedad del delito y medida de la pena SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 445-446, 579. Y es que, como ha señalado más recientemente este mismo autor, «[c]uanto más difundida y consolidada está la actitud de respeto a las normas en el seno de una sociedad, tanto menos las pone en cuestión un acto delictivo singular» (2018, p. 194). A esto mismo parecen referirse CANCIO MELIÁ Y FEIJOO SÁNCHEZ, cuando afirman que «no hay un tipo de cambio con el que pudiera calcularse el valor en lesión a la vigencia de la norma al cambio en la divisa de “inquietud social”, es decir, en la necesidad de contenidos preventivos fácticos» (CANCIO MELIÁ,

definición, totalmente *incapaz* de «resarcirlo» en ningún sentido digno de ser amparado por un Estado de Derecho; y que la pena no es ninguna excepción.

No lo entiende así, sin embargo, un sector minoritario, pero nada desdeñable, de la doctrina penalista integrado por autores que, desde diferentes puntos de vista, coinciden en sostener que la responsabilidad penal tiene entre sus funciones «la neutralización del daño inmaterial, permanente, que sigue padeciendo la víctima como consecuencia del delito»²³. De acuerdo con estos planteamientos, el componente de degradación de la víctima²⁴ —de humillación²⁵, de dominación²⁶, de lesión de su honor²⁷— que el delito necesariamente conlleva la sume en un estado de desorientación normativa²⁸ y pérdida de

MY FEIJOO SÁNCHEZ, B, «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar», en *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, ed. Jakobs, G (Cizur Menor: Civitas, 2006), p. 60).

Mención aparte merece, en esta línea, la teoría de la «prevención estabilizadora» defendida por FEIJOO SÁNCHEZ, 2014, pp. 267-294, que trata de superar los inconvenientes de las dos posturas anteriores a partir de una concepción «comunicativa» del daño que el delito irroga al Derecho, en cuanto red de expectativas básica para la convivencia en sociedad. FEIJOO SÁNCHEZ diferencia expresamente su posición de cualquier planteamiento centrado en los efectos psicológico-sociales del delito y de la pena, pretendiendo, con ello, ofrecer una base teórica sólida para la imposición de penas proporcionales a la gravedad del delito cometido (ibíd., pp. 274, 276-279, 291-292). Pero para distanciarse, al mismo tiempo, de las teorías absolutas —evitando identificar su postura con la «retribución funcional» y hacerla acreedora de las mismas críticas que el propio FEIJOO SÁNCHEZ dirige a esta teoría—, el autor se ve obligado a plantear la dimensión «comunicativa» del delito y de la pena en un plano netamente empírico: el de los *efectos* de uno y de otro, *vis à vis* el sistema de expectativas sociales. Desde este punto de vista, sin embargo, resulta difícil entender *en qué* podría concretarse la diferencia entre lo «psicológico-social» (supuestamente irrelevante) y lo «comunicativo» (supuestamente central) en la teoría de la pena, y *por qué* la segunda de estas perspectivas podría proporcionar un fundamento más sólido que la primera al principio de proporcionalidad.

²³ Así las describe SILVA SÁNCHEZ, 2015, p. 123. En un sentido quizás algo diferente, pero sin mayor explicación, se refiere LUZÓN PEÑA, 2016, p. 14, a la satisfacción a las víctimas como uno de los fines de la pena, vinculado a una retribución entendida como «restablecimiento de la justicia».

²⁴ Vid. LIPPKE, RL, «Victim-Centered Retributivism», *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 84 (2003), p. 130, para quien el delito genera una situación de «desigualdad» entre el autor y la víctima, a favor del primero.

²⁵ GÜNTHER, K, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en *Festschrift für Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, ed. Prittitz, C et al. (Baden-Baden: Nomos, 2002), pp. 207-211.

²⁶ FLETCHER, GP, «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3 (1999), pp. 57-58, 63. Vid., en sentido similar, BRAITHWAITE, J Y PETTIT, P, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice* (Oxford: Clarendon Press, 1990), p. 91. Crítico con este punto de vista se muestra, a mi juicio con buenos argumentos, MOORE, MS, «Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3 (1999), pp. 81-84.

²⁷ KAUFMAN, WRP, *Honor and Revenge: A Theory of Punishment* (Dodrecht/ Heidelberg/ Nueva York/ Londres: Springer, 2013), pp. 121-123, 126, 146, 169.

²⁸ REEMTSMA, JP, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem* (Múnich: C.H. Beck, 1999), p. 26. Vid., en sentido similar, HÖRNLE, 2017, p. 38.

autoestima²⁹ que perdura más allá de la consumación, con el riesgo adicional de que acabe culpabilizándose a sí misma de lo ocurrido³⁰. La condena penal³¹, como expresión de solidaridad con la víctima³², que manifiesta públicamente que lo que ha sufrido no ha sido un mero producto de la mala suerte o de sus propios errores, sino un hecho injusto³³ —o, en la particular concepción de KAUFMAN, como acto a través del que el Estado la venga³⁴— vendría así a resarcir el daño causado por el delito (o, más bien, la *parte*

²⁹ GÜNTHER, 2002, p. 211.

³⁰ HÖRNLE, T, «Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht», *JuristenZeitung*, vol. 19 (2006), p. 955.

³¹ Y para algunos, necesariamente, la efectiva imposición del castigo; así LIPPKE, 2003, p. 132; HÖRNLE, 2006, p. 956; 2017, pp. 44-45, 62; y KAUFMAN, 2013, pp. 138, 146, 167. En sentido similar, DOMÉNECH PASCUAL, G, «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 78 (2006), pp. 360-361, 367, defiende la existencia de un derecho de las víctimas a la «protección penal» de sus derechos fundamentales —sujeto a las limitaciones impuestas por el principio de proporcionalidad (ibíd., pp. 361-367)— del que se derivaría *prima facie* el deber estatal de castigar las eventuales violaciones de tales derechos. Radicalmente en contra de esta postura se manifiestan ALONSO RIMO, A, «La víctima y el sistema punitivo: la reconstrucción del fundamento del Derecho penal desde una perspectiva victimológica», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), p. 316; SILVA SÁNCHEZ, JM, «El resultado, siempre el resultado», *InDret*, 2013, p. 2; 2018, pp. 123-124; 2018, pp. 234-235; y GRECO, L, «¿Penalista con la conciencia tranquila? Una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J et al. (Madrid: Reus, 2020), p. 192. También críticos con ella se muestran PRITTWITZ, C, «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3 (1999), pp. 128-129; GÜNTHER, 2002, pp. 207, 219; o TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, vol. 3 (2016), *passim*, esp., pp. 26-41, 57-59, donde puede encontrarse un excelente análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre esta materia.

³² REEMTSMA, 1999, pp. 20-21; HÖRNLE, 2006, pp. 955-956; CHIESA APONTE, LE, «Taking Victims Seriously: A Dworkinian Theory of Punishment», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 76 (2007), p. 126.

³³ HÖRNLE, T, «Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3 (1999), p. 182; , p. 955; , pp. 39-40, 63; REEMTSMA, 1999, pp. 20-21, 26; PRITTWITZ, 1999, p. 129; GÜNTHER, 2002, p. 218.

³⁴ KAUFMAN, 2013, pp. 130-137, 167. En sentido similar, LIPPKE, 2003, pp. 129-130, 136-137, defiende que la imposición de la pena serviría para «restaurar» la situación de «igualdad en derechos» de la víctima y el autor.

«inmaterial y permanente» de él a la que estos autores se refieren)³⁵, operando como un instrumento de lo que en victimología se conoce como «desvictimización»³⁶.

Pero, incluso dejando al margen la obviedad de que existen «delitos sin víctima»³⁷ —reparo ante el que podría responderse, sencillamente, que el resarcimiento de la víctima concreta del delito solo es (solo *puede* ser) uno de los fines de la pena cuando efectivamente existe una víctima a la que resarcir³⁸—, la objeción más difícilmente superable a la que, a mi juicio, se enfrentan los anteriores planteamientos es la de que chocan frontalmente con la configuración normativa de la responsabilidad penal (al menos) en el Derecho español. *De lege lata*, dos de los rasgos más característicos de la pena son su proporcionalidad con la gravedad del hecho, y su imposición, en general³⁹,

³⁵ REEMTSMA, 1999, p. 27, sin embargo, opone expresamente el «resarcimiento» a la «evitación de la prosecución» del daño padecido por la víctima; distinción en torno a la que GIL GIL, A, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *InDret*, vol. 4 (2016), pp. 18-27, estructura su exposición y crítica de esta clase de posiciones. Es muy clara la diferencia que existe, por ejemplo, entre devolverle a alguien una cosa de su propiedad de la que se le ha privado sin derecho alguno y resarcirle del coste de no haberla tenido en su poder durante el periodo de tiempo en cuestión. Esta diferencia es, además, importantísima a los efectos civiles, en la medida en que refleja la que existe, en general, entre las normas de protección de los derechos subjetivos absolutos —en el ejemplo, la norma protectora de la propiedad en que se fundamenta la pretensión reivindicatoria— y las normas de responsabilidad civil: mientras que el propietario del ejemplo tendría derecho a que se le devolviera la cosa aunque se le hubiera privado de ella de forma totalmente diligente (y aunque esta privación no le hubiera causado daño alguno), solo tendría derecho, en general, al resarcimiento del daño si se le hubiera desposeído de la cosa con culpa; así, recientemente, COCA VILA, I Y PANTALEÓN DÍAZ, M, «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 74 (2021), pp. 141-149, con ulteriores referencias. Encuentro, sin embargo, francamente difícil dotar de contenido a esta distinción cuando se refiere al daño «inmaterial y permanente» que, en la concepción de REEMTSMA, la pena hace cesar. Este daño no deriva, o solo metafóricamente deriva, de la invasión de un derecho subjetivo absoluto de la víctima en sentido estricto (la víctima del secuestro no sigue encerrada en el sótano), sino de la desorientación normativa que esta padece hasta que se produce la condena penal del autor. En este sentido, resulta difícil valorar —y, sobre todo, encontrar alguna implicación práctica al resultado de valorar— si la pena solo evita que la víctima siga padeciendo el daño o si su imposición también la resarce del sufrido entre la consumación del delito y la condena, como si se tratase de una prestación *in natura* en concepto de responsabilidad civil por daño moral permanente. Por este motivo no se le ha prestado atención alguna a la distinción en el texto.

³⁶ Sobre el significado de este concepto, vid. solo TAMARIT SUMALLA, 2006, «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», pp. 34-35.

³⁷ Expresión que se emplea aquí de forma consistente con el concepto de «víctima» adoptado en este trabajo (vid. el texto que acompaña a la n. 18 de este capítulo), y no en el sentido más habitual que le atribuye la doctrina, ligado a la tendencia político-criminal de «ir sustituyendo la causación del daño por su puesta en peligro [*scil.* de la víctima], los delitos de resultado por los delitos de peligro abstracto, los bienes jurídicos individuales por bienes jurídicos universales» (HASSEMER, W, Y MUÑOZ CONDE, 1989, p. 31).

³⁸ Vid., en este sentido, GÜNTHER, 2002, p. 208; HÖRNLE, 2006, p. 952; 2017, p. 36; y GRECO, 2020, p. 191. Las respuestas ofrecidas por el resto de autores que asumen esta postura van, sin embargo, desde la crítica a la existencia de esta clase de delitos —así CHIESA APONTE, 2007, pp. 126-127—, al intento de hacer sus posiciones compatibles con ella —así KAUFMAN, 2013, pp. 185-187—, pasando por el simple reconocimiento de que resulta problemática para sus planteamientos; así FLETCHER, 1999, p. 59; y LIPPKE, 2003, pp. 136, 139-140.

³⁹ Respecto de las excepciones, vid. epígrafe 2 del apartado III de este capítulo.

con independencia de los intereses de la víctima concreta del delito. Si esta institución tuviera como función única o predominante la satisfacción a la víctima, ningún legislador racional la habría diseñado así. Cabría esperar, por el contrario, en efecto, que se hubiera hecho la medida de la pena proporcional al concreto nivel de sufrimiento (o «daño inmaterial») padecido en cada caso por la víctima⁴⁰; magnitud que en absoluto depende (solo) de la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor, sino (también) de otros factores, como el grado de sensibilidad de aquella, o su valoración personal del específico objeto de la lesión⁴¹. Cabría esperar, también, que se le hubiera dado a la víctima la facultad *general* de decidir en cada caso si desea que el Estado la «satisfaga» a través de la pena⁴². Y si la respuesta a por qué no se ha hecho así conduce irremisiblemente a consideraciones preventivas —o, en general, de interés público—, y lo que se pretende sostener es, más modestamente, que el resarcimiento de la víctima es una función secundaria de la pena que cede *siempre* ante su función principal (la preventiva) cuando una y otra entran en conflicto, entonces tal vez no quepa objetar nada más a estas teorías que su carencia casi total de implicaciones prácticas.

A la vista de todo lo anterior, creo que puede concluirse que la doctrina mayoritaria está en lo cierto: **la responsabilidad penal tiene, en el Derecho español, una función preventiva.** El resarcimiento del daño causado a la víctima concreta del delito es, a lo sumo, un posible *efecto* deseable de la pena, sujeto, como tal, a la contingencia propia de lo empírico: tendrá lugar, o no, dependiendo de las particulares circunstancias de cada caso y del carácter de las personas afectadas. En un Estado de Derecho que no ampara la venganza, no puede atribuirse a la simple adición de un mal a otro anterior la función (normativa) de resarcir este último.

2. La función resarcitoria de la responsabilidad civil

Es también ampliamente mayoritaria la tesis de que la responsabilidad civil se orienta, en nuestro Derecho, a resarcir a quien los sufre los daños que no *debe* (y no

⁴⁰ Vid., en este sentido, GIL GIL, 2016, pp. 21-22, 23-24.

⁴¹ Así, ya ARZT, G, «Viktimologie und Strafrecht», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, vol. 67 (1984), p. 121; y, recientemente, GIL GIL, 2016, p. 20. Sobre este aspecto se profundizará más adelante, en el epígrafe 1 del apartado III del capítulo 4 del trabajo.

⁴² Comparto, de nuevo, la opinión de GIL GIL, 2016, p. 25. Así, también MOORE, 1999, p. 75; GROSSE-WILDE, T, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2017), pp. 400-401; y GRECO, 2020, pp. 193-194.

quiere) soportar⁴³. El Derecho de la responsabilidad civil parte siempre de una interacción entre dos personas, a consecuencia de la cual una de ellas padece un *daño*. A partir de aquí, la cuestión no es, como podría serlo en Derecho penal, la de si ello legitima la imposición de un nuevo mal al otro interviniente en el hecho (y, por consiguiente, la *adición* de ambos males), sino una radicalmente diferente: la de si el daño producido debe ser *desplazado*, para que la persona que finalmente lo soporte no sea la que lo ha padecido, sino el otro partícipe en la interacción que lo ha generado⁴⁴.

La respuesta que el Derecho civil da a esta cuestión coincide con la regla social básica que recoge la máxima *casum sentit dominus*: en principio, cada cual se hace cargo de su mala suerte⁴⁵. Pero no cuentan (normativamente) como producto de la propia mala

⁴³ De nuevo, sería ocioso (e incurriría, sin duda, en omisiones injustificadas) tratar de citar aquí con una mínima exhaustividad a los autores españoles y extranjeros que, de forma más o menos matizada, y desde diferentes perspectivas, asumen este planteamiento general.

⁴⁴ Suele traerse aquí a colación una famosa cita de BINDING: «La pena ha de infligir una herida; el resarcimiento del daño, debe curar otra, si es posible, sin provocar una adicional» (1922, p. 288), con la que conecta la reciente observación de W. FRICH de que «en Derecho penal, lo que importa no es en primera línea quién ha de *cargar con las consecuencias* de determinados emprendimientos peligrosos cuya realización se ha decidido conjuntamente cuando se producen en uno de los intervinientes; es esta una perspectiva que parece casi jurídico-civil. Por el contrario, la cuestión decisiva es, en primer lugar, si el comportamiento de una determinada persona [...] infringe el orden normativo subyacente (y sólo entonces, si concurren los demás presupuestos de la pena estatal, de los que forman parte también los resultados imputables)» (FRISCH, W, «Das Opfer in der Straftatdogmatik», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 168 (2021), p. 79, énfasis en el original). También lo expresan de forma muy clara JAKOBS, cuando apunta que «a diferencia de la reparación del daño, en la que se transfiere algún valor de un ámbito a otro [...], en la pena está ausente esta transferencia de un objeto valioso, sino que, al contrario, se sacrifica tal objeto, se destruye» (2005, p. 342); o, entre los civilistas, PANTALEÓN PRIETO, con su certera afirmación de que «indemnizar no borra el daño del mundo, sino que simplemente lo cambia de bolsillo» (2000, pp. 174, 175); y Díez-PICAZO, cuando apunta que «resarcir un daño no es hacerlo desaparecer pagándolo, llevándolo más allá de las estrellas o simplemente al olvido, sino pura y simplemente mudarlo de lugar» (2011, p. 170). Vid., asimismo, TRAEGER, 1904, pp. 220-221; VON BAR, CL, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze* (Berlín: J. Guttentag, 1907) p. 456; EXNER, F, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung* (Leipzig/ Viena: Franz Deuticke, 1910), pp. 107-108; y, en la literatura reciente, MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 4 (2000), p. 80; KOZIOL, 2012, p. 2; PAPAYANNIS, DM, «Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad», en *Causalidad y atribución de responsabilidad*, ed. Papayannis, DM (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2014), p. 142. La calificación por parte de ELLMER del Derecho penal como «una “espada de doble filo”», en la medida en que «la *protección* de la víctima se logra a costa de la *lesión* del autor» (ELLMER, M, *Betrug und Opfermitverantwortung* (Berlín: Duncker & Humblot, 1986), p. 232, énfasis en el original), parece, en definitiva, mucho más apropiada para el Derecho de daños que para aquel sector del ordenamiento.

⁴⁵ Vid., en este sentido, por todos, SALVADOR CODERCH, 1997, «Las funciones del Derecho de daños», pp. 103-104; KOZIOL, 2005, «Art. 1:101. Basic Norm», p. 19; 2012, pp. 1-3; SALVADOR CODERCH, P Y GÓMEZ LIGÜERRE, C, «El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes», *InDret*, vol. 1 (2005), p. 21; MARTÍN CASALS, M, «La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011)* (Murcia: Servicio de

suerte los daños que uno sufre como consecuencia de una interacción en la que otro ha excedido con su conducta el riesgo de dañar considerado socialmente tolerable en ese concreto sector del tráfico. Y de ahí que la culpa sea el criterio fundamental de imputación de responsabilidad civil: entre la persona que ha padecido inicialmente un daño, y aquella otra a cuya conducta socialmente inadecuada le es objetivamente imputable ese daño, es preferible que sea la segunda la que, en último término, lo soporte⁴⁶. Existe, en otras palabras, una buena razón para tutelar el interés (*privado*) de la primera en que el daño

Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2011), p. 17. Coincido completamente con COCA VILA en su definición de esta máxima como «un principio de individualización de la desgracia [...] que impide con carácter general a quien se ve amenazado por un mal del que no es responsable desplazarlo a un tercero» (COCA VILA, I, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», *InDret*, vol. 2 (2017), p. 22); así como con su apreciación de que «tras el principio del *casum* se esconde una decisión normativa de gran calado. No es expresión de la resignación frente al infortunio, sino expresión de un liberalismo político que cristaliza en el levantamiento de barreras normativas entre las esferas jurídicas de los miembros de una misma comunidad» (COCA VILA, I, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución* (Barcelona: Atelier, 2016), pp. 389-390). No tanto, como se verá en el capítulo 2 de este trabajo (vid. esp. sus nn.200 y 282), con la opinión del autor de que el principio del interés preponderante sea, a los efectos de las formas de responsabilidad en él consideradas, incapaz por sí mismo de fundamentar una excepción a dicho criterio general. Este criterio por defecto de distribución del infortunio tiene, por otro lado, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «una importante ventaja: no es manipulable y en ese sentido es completamente imparcial. Cada uno disfruta de lo bueno que tiene en la vida, pero también carga con lo malo, y entre ellos se produce generalmente un cierto equilibrio. Otra ventaja secundaria es que es totalmente económica desde una perspectiva procesal: al no haber reasignación, no hacen falta procedimientos jurídicos» (2000, p. 81).

⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO expresa esta misma idea de forma particularmente clara: comenzando por la premisa (antes citada) de que «indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia de bolsillo», continúa argumentando que «[p]or tanto, hay que tener una buena razón para realizar ese cambio. Y considerando la cuestión como una exclusivamente entre cada dañante y cada dañado, no es razonablemente discutible que la mejor de tales razones es que la conducta del dañante sobrepasó el límite del riesgo que nos permitimos los unos a los otros en la realización de ese tipo de conductas: que aquél incurrió en culpa. Pues, si el dañante ha sido “inocente” (la simple causación es siempre común a dañante y dañado) y, a pesar de esto, le obligamos a indemnizar al perjudicado también “inocente” por el mero hecho de haberlo sido, aquél, inmediatamente después de pagar la indemnización y convertirse así en “perjudicado”, podría preguntarnos con toda la razón: ¿Y ahora qué “inocente” me indemniza a mí?» (2000, p. 175). Sintetiza, de este modo, las ideas ya avanzadas en PANTALEÓN PRIETO, F, «Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños (tesis doctoral inédita)» (Universidad Autónoma de Madrid, 1981), p. 766, con las interesantes reflexiones desarrolladas en la n. 35 (pp. 794-816). En este sentido, merece la pena reproducir literalmente su observación de que «cuando el conflicto de intereses a resolver se contempla exclusivamente como conflicto interpersonal entre dañante y dañado, se considera socialmente justo que aquel que ha sido dañado por una conducta dolosa o negligente (esto es, que excede los límites en que la libertad de obrar debe ser protegida) sea compensado por aquel que la realizó. Mientras que, por el contrario, no se considera injusto que el fortuitamente dañado soporte “pacientemente” el daño. El establecimiento de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad no es sino la expresión normativa de este consenso social sobre lo que es y no es justo. Se impone la responsabilidad al actor negligente porque, de acuerdo con el sentimiento de justicia dominante, el daño así sufrido no debe ser soportado por la víctima; clama por su compensación [por] el dañante. Al dañante sin culpa, por el contrario, no se le impone responsabilidad por el daño fortuito por cuanto la Justicia no parece exigir remover el daño de allí donde Dios o el Destino han querido que recaiga para bien o mal de la víctima» (ibíd., p. 766). Vid., en idéntico sentido, Díez-PICAZO, 2011, pp. 21-22, 273; REGLERO CAMPOS Y PEÑA LÓPEZ, 2014, «Conceptos generales y elementos de delimitación», p. 71; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 27-28, 32, 66.

no se quede donde está, asumiendo socialmente, *a su instancia*, el coste que supone desplazarlo de un patrimonio a otro. Esta es la función resarcitoria que la doctrina dominante atribuye —a mi juicio, con buen criterio— a la responsabilidad civil⁴⁷.

Un sector importante y cualificado de la doctrina sostiene, sin embargo, la tesis de que esta institución tiene (también) la función de prevenir comportamientos negligentes. Esta tesis se defiende desde puntos de vista muy diversos. Su formulación más conocida —de la que probablemente parten los PETL⁴⁸— es, al menos entre los civilistas, la que se basa en la concepción economicista de la responsabilidad civil como un sistema orientado a *desincentivar* el comportamiento ineficiente, haciendo soportar a quienes se comportan negligentemente —quienes adoptan en la interacción social un nivel de precauciones subóptimo desde el punto de vista de la eficiencia económica— los

⁴⁷ PANTALEÓN PRIETO, 2000, *passim*, esp. pp. 174-175, 179, 190, concibe, en este sentido, la responsabilidad civil como un instrumento para la realización de la «justicia conmutativa» entre dañante y perjudicado. Coincidiendo plenamente con este autor en lo sustancial —y aunque el propio PANTALEÓN PRIETO renuncia expresamente a la pretensión de utilizar la expresión «justicia conmutativa» en su exacto significado aristotélico; vid. *ibid.*, n. 10 (p. 171)—, yo misma he preferido caracterizar la lógica interna de la responsabilidad civil como un sistema de «justicia distributiva *localizada*»; vid. PANTALEÓN DÍAZ, M, «Children's Liability in Negligence», *Journal of European Tort Law*, vol. 9 (2018) pp. 40-48. Personalmente, sin embargo, cada vez estoy más convencida de que la referencia a las formas aristotélicas de justicia para explicar las diferencias que existen entre unas ramas y otras del Derecho oscurece bastante más de lo que aclara. Cfr., no obstante, el profundo e interesante análisis llevado a cabo desde esta perspectiva por JANSEN, 2003, pp. 77-136, 143-144, 551-552, con conclusiones muy similares a las alcanzadas por mí en el trabajo citado. En la misma línea, recientemente, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 41-49, 475-477.

⁴⁸ El art. 10:101 PETL (naturaleza y objeto de la indemnización) establece que «la indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización *también contribuye a la finalidad de prevenir el daño*». Ciertamente, cabría una interpretación del precepto mucho más modesta, que lo alejaría del acogimiento de una función preventiva (disuasoria) del Derecho de daños: una que restringiera esa «finalidad de prevenir el daño» a lo dispuesto en el art. 2:104 PETL (gastos preventivos), que dispone que «los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables» (vid., en la misma línea, los pars. VI-1:102, 2:201-211 DFCR). Lo que aquí se contempla no es sino el *resarcimiento* de daños que, aunque todavía no se han producido, resultan inminentes, de manera que resultaría a todas luces irrazonable (y más costoso) esperar a que se materializaran para reclamar después una indemnización (así, MARTÍN CASALS, 2011, pp. 23-24; NOLAN, D, «Preventive Damages», *The Law Quarterly Review*, vol. 132 (2016), *passim*). La figura no tiene, pues, nada que ver con una pretendida función preventiva de la responsabilidad civil en el sentido que se criticará en adelante en el texto. El comentarista del art. 2:104 PETL parece adherirse a esta interpretación (más restrictiva) del art. 10:101 PETL, en la medida en que considera el primero de los preceptos una concreción de la «finalidad de prevenir el daño» declarada por el segundo (MAGNUS, U, «Art. 2:104. Preventive Expenses», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 37, 38). Otros comentaristas de los PETL le dan, sin embargo, un alcance mucho más amplio, reconociendo al Derecho de daños una clara función disuasoria que se sumaría (sin contradicción aparente) a su finalidad de resarcimiento; así, KOZIOL, 2005, «Art. 1:101. Basic Norm», p. 19; y el propio MAGNUS, U, «Art. 10:101. Nature and Purpose of Damages», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), p. 150, en su comentario al art. 10:101.

costes (daños) derivados de su conducta⁴⁹. Sin embargo, la afirmación de que la responsabilidad civil comparte con la pena una función esencialmente preventiva es frecuente también entre autores, sobre todo penalistas, que abiertamente rechazan o, al menos, no se adhieren expresamente a los postulados teóricos básicos sobre los que descansa el análisis económico del Derecho. Me refiero, sobre todo, a los defensores de la teoría de la prevención general (positiva) que conciben la pena y la responsabilidad civil como «equivalentes funcionales»⁵⁰ o entienden esta segunda como un «instrumento de política criminal»⁵¹.

⁴⁹ Así, paradigmáticamente, POSNER, RA, «A Theory of Negligence», *Journal of Legal Studies*, vol. 1 (1972), *passim*, esp. pp. 29-52. Expone en nuestra lengua de forma particularmente clara el planteamiento de este y otros autores PAPAYANNIS, DM, «La responsabilidad civil como asignación de pérdidas», *InDret*, vol. 1 (2014), pp. 5-34, que lo asume plenamente, si bien pone de manifiesto —a mi juicio, de forma no del todo coherente— la necesidad de combinar el análisis económico del derecho de daños con su estudio desde la perspectiva jurídica tradicional para superar los «límites conceptuales» del primero (ibíd., pp. 34-41). En España, SALVADOR CODERCH es el principal defensor de esta construcción, que ha sostenido, por ejemplo, en «La función preventiva del Derecho de daños», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), 1997, pp. 117, 120-124. Vid. también SALVADOR CODERCH, P Y FERNÁNDEZ CRENDE, A, «Instrumentos de control social y derecho de daños», *InDret*, vol. 4 (2004), *passim*, esp. p. 12; y SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, 2005, *passim*, esp. pp. 6, 9-10, 14, 19-20. También se inserta plenamente en esta corriente PEÑA LÓPEZ, F, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual* (Granada: Comares, 2002), *passim*, esp. pp. 203-219.

⁵⁰ Esta teoría hunde sus raíces en planteamientos muy anteriores a esta tradición. La acoge, sin ir más lejos —aunque sin mayor explicación—, VON BAR, 1907 pp. 445, 473. Modernamente, y ya plenamente en línea con la teoría penológica de la prevención general positiva, FREHSEE, D, «Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht», *Kriminologisches Journal*, vol. 18 (1986), *passim*, esp. p. 111; JAHN, M, «Wiedergutmachung und Integrationsprävention: An den Grenzen der Steuerungsfähigkeit des Strafrechts», *Rechtstheorie*, vol. 27 (1996), pp. 70, 75-76; y, aparentemente, SILVA SÁNCHEZ, 2015, aunque no queda totalmente claro en el planteamiento de este último si concibe la «prevención comunicativa» como una verdadera función (así, p. 65) o como un simple efecto (así, pp. 27-28) de la responsabilidad civil. También puede interpretarse en este sentido, a mi juicio, el breve apartado que JAKOBS dedica a esta cuestión en su *Parte General*, al hilo de la posibilidad de sustituir la pena por equivalentes funcionales, como formas alternativas de reacción al (o evitación del) conflicto generado por la infracción de la norma (1991, pp. 10-13); si bien, a juicio de este autor, la responsabilidad civil podría operar, a lo sumo, como un equivalente funcional *parcial* de la pena. De hecho, el ejemplo utilizado por JAKOBS en el segundo párrafo de este fragmento —en el que compara, a efectos de responsabilidad civil, la tentativa de asesinato sin consecuencias lesivas con los daños materiales imprudentes impunes— es la mejor muestra de que esta institución no está normativamente configurada para desempeñar una función preventiva. El autor ha insistido en esta última idea más recientemente, haciendo notar que «[u]n comportamiento puede traer consigo civilmente una deuda millonaria y ser, desde el punto de vista penal, un delito absolutamente de bagatela; y lo que civilmente permanece sin reacción puede conducir penalmente a una pena privativa de libertad larga o incluso de por vida, como en la tentativa de asesinato. El Derecho civil, especialmente en lo que se refiere a la responsabilidad por daños, está orientado al bien jurídico [*rechtsgutsbezogen*], mientras que el Derecho penal está orientado a la culpabilidad [*schuldbezogen*]» (JAKOBS, G, «Erfolgsunwert und Rationalität», en *Recht - Wirtschaft - Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, ed. Joecks, W et al. (Heidelberg: C.F. Müller, 2010), p. 50). Sí parece orientarse, no obstante, en la línea criticada en el texto, su afirmación de que «para representar una defraudación (o para restablecer un orden) puede ser suficiente la obligación de restituir el daño, en la medida en que esta obligación exista especialmente por el carácter no permitido de la intervención» (JAKOBS, 1997, «El principio de culpabilidad», n. 10, p. 369).

⁵¹ Vid., en este sentido, todavía MIR PUIG, 2016, p. 48. A pesar de haber matizado sus posiciones anteriores respecto de la naturaleza de esta forma de responsabilidad (como indica expresamente: ibíd., p. 52), este

En la medida en que estas construcciones se refieren a la responsabilidad civil en el sentido en que la expresión viene empleándose en este trabajo⁵², se hacen acreedoras de la misma objeción que se les ha planteado más arriba a las teorías de la pena orientadas al resarcimiento de la víctima concreta del delito: su patente contradicción con el diseño normativo de la responsabilidad civil en nuestro Derecho. Y es que resulta prácticamente imposible justificar desde el punto de vista preventivo que la «sanción» que se impone a la culpa tenga una medida equivalente al daño que esta causa de forma objetivamente imputable⁵³. ¿Acaso existe un interés público superior en la prevención de las

autor continúa atribuyéndole una función preventiva (ibíd., pp. 48-50, esp. n. 23). Le sigue muy de cerca DE VICENTE REMESAL, J, «La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro», en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, ed. Silva Sánchez, JM (Barcelona: J.M. Bosch, 1997), pp. 187, 198. También, entre otros, HORTAL IBARRA, 2014, *passim*, esp. p. 16; ROJAS PICHLER, PA, «La función de la responsabilidad civil ex delicto como herramienta de recuperación de activos ilícitos y de prevención con respecto a los delitos de corrupción pública», en *Recuperación de activos y decomiso*, ed. Rodríguez García, N, Fabián Caparrós, E, y Berdugo Gómez de la Torre, I (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), *passim*, esp., pp. 246-247, 274-284, aunque, sorprendentemente, en otros pasajes del mismo trabajo, el mismo autor caracteriza los fines de la responsabilidad civil *ex delicto* como «exclusivamente resarcitorios» (p. 260) y rechaza que la naturaleza de esta forma de responsabilidad tenga cualquier componente penal (pp. 257-260). La misma expresión «instrumento de política criminal» emplea ROIG TORRES, M, *La reparación el daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000), p. 24, para tratar de justificar la doble regulación general (civil y penal) de la responsabilidad civil existente en nuestro Derecho. Esta autora, sin embargo, opone expresamente la finalidad preventiva de las sanciones penales a la finalidad reparadora de la responsabilidad civil (ibíd., p. 130).

⁵² Solo en los casos de JAKOBS y MIR PUIG puede, en mi opinión, dudarse que así sea. Por un lado la, enigmática última frase del pasaje de la *Parte General* de JAKOBS antes citado (vid. n. 50 de este capítulo) permite sugerir la posibilidad de que este autor se esté refiriendo en su lugar a la institución jurídico-penal de la «reparación» (*Wiedergutmachung*), lo que no harían más que confirmar las referencias bibliográficas introducidas por el autor en la n. 14g que acompaña el fragmento y sus alusiones puntuales a esta cuestión en trabajos posteriores (vid., por ejemplo, JAKOBS, 2006, p. 147). A esta misma clase de ambigüedad dan pie, en el planteamiento de MIR PUIG, las referencias que este autor introduce en la n. 21 (p. 50) de su *Parte General*. Tal institución jurídico-penal y sus funciones serán objeto de estudio más adelante en este epígrafe.

⁵³ Apenas se discute en la doctrina que esta es, efectivamente, la medida de la responsabilidad civil. Para afirmarlo con total rotundidad, hace falta, sin embargo, salvar dos escollos. En primer lugar, no se entiende demasiado bien desde este punto de vista que, en relación con la «reparación del daño», como componente de la responsabilidad civil *ex delicto*, se establezca en el art. 112 CP que el contenido de esta obligación se determinará judicialmente «atendiendo a la naturaleza de aquél [*scil.* del daño] y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable». Resulta, en primer lugar, particularmente desafortunada la referencia al «culpable» en esta sede, tanto por el hecho de que la responsabilidad civil no presupone la culpabilidad del obligado a satisfacerla (vid. apartado II del capítulo 4), como por el hecho de que aquella puede imponerse a personas distintas de quienes participan en el delito (arts. 117, 118, 120 y 121 CP); así, p. ej., CAVANILLAS MÚGICA, S, «Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”: reparación del daño», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suáñez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), p. 56. Pero es que, además, en lo que aquí interesa, el precepto podría interpretarse como una excepción al principio general de íntegro resarcimiento del daño por el que se rige la responsabilidad civil, entendiendo que la medida de tal resarcimiento podría siempre limitarse (¿e incluso ampliarse?) teniendo en cuenta las «condiciones personales y patrimoniales del culpable»; así —aisladamente, hasta donde se me alcanza— SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, MB, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación* (Granada: Comares, 1997), pp. 29, 54, 58, 111, 118, 152; seguida por CASAS PLANES, 2005, pp. 6-8, 13, 14 de la versión electrónica. Razonablemente, sin

destrucciones levemente imprudentes de automóviles prohibitivamente caros que en la prevención de los homicidios gravemente imprudentes (o dolosos) de indigentes sin familiares ni amigos⁵⁴? Incluso desde la perspectiva puramente economicista, bastaría

embargo, la doctrina mayoritaria no acoge esta clase de planteamientos, decantándose, en general, por una interpretación que aproxima conceptualmente la «reparación del daño» y la «indemnización de perjuicios» a las que se refiere el CP, hasta hacerlas prácticamente indistinguibles. Así, por ejemplo, buena parte de la doctrina identifica la «reparación» con el resarcimiento *in natura* de los daños materiales causados en las cosas, mientras que el resto serían objeto de una «indemnización» pecuniaria; y otra corriente asimila el «daño» objeto de «reparación» con el daño emergente y los «perjuicios» objeto de «indemnización» con el lucro cesante. Sobre esta cuestión, vid., extensamente, ROIG TORRES, 2000, pp. 199-222; *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), pp. 95-114. Personalmente, a la vista de la forma en que una y otra expresión se utilizan en el CC, no creo que debiera de haber problema en considerarlas perfectamente intercambiables. Así las emplea, de hecho, la doctrina civilista mayoritaria, hasta el punto en que la diferenciación entre ellas ha llegado a calificarse de «tan trasnochada como ociosa» (PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 8). En este trabajo, sin embargo, por las razones que se expondrán en el epígrafe 2 de este apartado, el término «reparación» no se emplea nunca en su sentido jurídico-civil («*Schadenersatz*»), reservándolo para hacer referencia a la institución jurídico-penal que la doctrina alemana designa como «*Wiedergutmachung*», y utilizando la expresión «resarcimiento del daño» para aludir al contenido de la responsabilidad civil; expresión que, si se quiere, comprendería tanto la «reparación del daño», en sentido jurídico-civil, como la «indemnización de perjuicios».

El segundo de los motivos que enturbian la tajante afirmación relativa a la perfecta correspondencia entre daño e importe de la responsabilidad civil radica —como COCA VILA y yo misma señalamos en COCA VILA Y PANTALEÓN DÍAZ, 2021, n. 35 (pp. 125-126)— en ciertas normas del Derecho positivo español que —importando la doctrina del «método triple de cómputo del daño» (*dreifache Schadensberechnung*) ideada por el *Reichsgericht* alemán antes de la entrada en vigor del BGB— parecen establecer como medidas *alternativas* del lucro cesante, como daño vinculado a ciertas infracciones de derechos subjetivos (i) el beneficio dejado de obtener por el titular del derecho como consecuencia de la infracción, (ii) el beneficio obtenido por el infractor a resultas de la misma y (iii) el precio que el infractor hubiera tenido que pagar al titular por la concesión de una licencia para explotar lícitamente el derecho (vid. arts. 140.2 LPI, 43.2 LM y 74.2 LP). Para una certera crítica de dicha doctrina y su «importación» al Derecho positivo español, vid. BASOZABAL ARRUE, X, «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *Anuario de Derecho Civil*, 1997, *passim*, quien sostiene, además la posibilidad de interpretar los citados preceptos en clave de auténtica cuantificación (por aproximación) del daño padecido por el titular del derecho (ibíd., pp. 1296-1299).

⁵⁴ Así, ya BINDING, 1922, pp. 448-452. Emplean argumentos similares DEUTSCH, E, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt* (Colonia/ Berlín/ Bonn/ Múnich: Carl Heymanns, 1963), p. 83; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 118, 400, 764-766, 821; PANTALEÓN PRIETO, F, «Artículo 1902», en *Comentario del Código Civil. Tomo II*, ed. Paz-Ares Rodríguez, C et al. (Madrid: Ministerio de Justicia, 1991), p. 1971; 1993, p. 7; 2000, p. 127; RENZIKOWSKI, J, *Notstand und Notwehr* (Berlín: Duncker & Humblot, 1994), pp. 92-93; BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1279; ALASTUEY DOBÓN, 2000, *passim*, p. ej., pp. 137-142, 220-222; FREI, MA, *Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht* (Zúrich/ Basilea: Schulthess, 2010), p. 284; DíEZ-PICAZO, 2011, p. 26; y KOZIOL, 2012, pp. 54, 56-57, 79, 90-91; JOHN, 2020, pp. 231-232. Sobres esta misma base, LLAMAS POMBO, 2007, pp. 456, 460-461, considera que son los mecanismos de tutela civil inhibitoria, por oposición a los de resarcimiento del daño, los que cumplen una función preventiva en el marco del Derecho civil. Las cosas serían, claro está, muy diferentes, si en nuestro Derecho la responsabilidad civil viniera graduada en proporción a la culpa, como, según VON JHERING, R, *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*, trad. Guzmán Dálbora, JL (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2013), pp. 123-127, ocurría en el Derecho romano de la época clásica o, al menos, en algunas parcelas de él; y como —sobre la base de un planteamiento funcional que concede un papel importante a la prevención— propone *de lege ferenda* para el Derecho italiano TRIMARCHI, 1967, pp. 89-98. Nótese, en cualquier caso, que, como el propio VON JHERING no deja de remarcar a lo largo de toda la obra citada, las indemnizaciones de la antigua Roma no eran otra cosa que *penas privadas* (así, también DíEZ-PICAZO, 2011, pp. 76, 78; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 61); el Derecho romano de daños constituía, en palabras de JANSEN, «una llamativa amalgama de elementos propios de la pena privada (o incluso la venganza), por un lado, y de

que la indemnización impuesta en cada caso superara mínimamente⁵⁵ el coste de haber adoptado el nivel óptimo de precauciones para lograr el efecto preventivo deseado, quedando sin justificación alguna el resarcimiento *íntegro* del daño a quien lo sufre⁵⁶. Por último, si la responsabilidad civil tutela, como desde estos planteamientos se sostiene, el interés público en la prevención de conductas indeseables, ¿cómo se explica que su exigencia y eventual imposición se deje, por lo general⁵⁷, completamente en manos del concreto perjudicado⁵⁸?

Cabe aquí, de nuevo, la estrategia argumental consistente en sostener que la prevención es una función secundaria de la responsabilidad civil que se sacrifica *siempre* cuando entra en conflicto con su función principal (la resarcitoria). Y aunque seguramente la única crítica que pueda hacerse a este planteamiento —como al que se refiere, en sentido inverso, a los fines de la pena— sea su carencia de implicaciones prácticas, personalmente vuelvo a preferir en este punto las conclusiones de la doctrina mayoritaria: **la responsabilidad civil tiene, en el Derecho español, una *función* resarcitoria**. La prevención de comportamientos negligentes es, a lo sumo, un posible *efecto* deseable del resarcimiento a los perjudicados de los daños objetivamente imputables a tales

principios orientados a la compensación de daños a intereses protegidos [*interessengerenchter Schadensausgleich*], por otro» (2003, p. 187; una idea que desarrolla pormenorizadamente en las pp. 189-270). Y una pena ajustada a la culpabilidad no es algo que, en nuestro marco cultural, deba producir extrañeza alguna (como sí la produce, en cambio, el carácter «privado» de tales sanciones).

⁵⁵ Y de forma inversamente proporcional a la probabilidad *ex ante* de condena.

⁵⁶ Vid., en esta línea, JANSEN, 2003, pp. 112-113; y MOORE, MS, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Metaphysics* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 4, 95. Como ha argumentado PAPAYANNIS, 2014, «Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad», *passim*, esp. pp. 141, 142-162, 178-179, las mismas dificultades existen para explicar, desde esta perspectiva, la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta del dañante y el daño. Y es que, como señala este autor, «hacer depender los incentivos del agente dañador de que haya causado fácticamente el resultado no es el único modo (ni tal vez el mejor) de maximizar la riqueza» (ibíd., p. 145). Se aproximan mucho a reconocerlo los propios SALVADOR CODERCH Y FERNÁNDEZ CRENDE, 2004, p. 6. Cfr., sin embargo, SALVADOR CODERCH, P, «¿Indemnización fijada en función de los daños causados a la víctima o de los beneficios obtenidos por el dañador?», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 64-65; SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, 2005, p. 20.

⁵⁷ Respecto de las excepciones, vid. epígrafe 2 del apartado III.

⁵⁸ Vid., en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1971; 1993, p. 7; JOHN, 2020, pp. 239-240, 244.

comportamientos; un efecto que se dará, o no, dependiendo de las peculiares características de cada caso⁵⁹.

No puede afirmarse lo mismo, sin embargo, de la «reparación» (*Wiedergutmachung*) como institución específicamente jurídico-penal, propuesta por algunos autores como «tercera vía», junto con la pena y la medida de seguridad, de aquella forma de responsabilidad⁶⁰. En la construcción célebremente defendida por ROXIN y plasmada en el Proyecto Alternativo sobre Reparación de 1992⁶¹, la reparación se configura como una consecuencia jurídica del delito que puede operar como sustitutiva de la pena, como causa de su atenuación o en el marco de su suspensión, y se rige, entre otros, por los principios de «aplicabilidad universal» y «voluntariedad»⁶². El primero de ellos supone que la reparación puede imponerse como sanción en todo tipo de delitos, independientemente de que causen o no un daño y, por consiguiente, de que existan o no víctimas a las que reparar. Implica también la posibilidad de imponerla a cualquier delincuente con total independencia de su concreta solvencia, lo que conlleva la adopción

⁵⁹ Así BASOZABAL ARRUE, 1997, pp. 1278-1279; PANTALEÓN PRIETO, 2000, pp. 171-173; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 589-590. Vid. también, en este sentido, el análisis empírico llevado a cabo por JANSEN, 2003, pp. 170-176, con matizadas conclusiones con las que coincide, en definitiva, JOHN, 2020, pp. 229-233.

⁶⁰ Aunque, hasta donde alcanzo, esta expresión fue empleada por primera vez por FREHSEE, D, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen* (Berlín: Duncker & Humblot, 1987), p. 119, el desarrollo y la difusión de este planteamiento han correspondido fundamentalmente a ROXIN, a quien ha seguido un importante sector de la doctrina. Como contribuciones fundamentales del autor en este sentido, pueden citarse, entre otras, ROXIN, C, «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial: Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, 1991; ROXIN, 2006, pp. 100-104; con un planteamiento mantenido en lo sustancial en ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 167-171. De esta concepción puede encontrarse ya, a mi juicio, un germen en ROXIN, 1976, p. 32.

⁶¹ ARBEITSKREIS AE, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)* (Múnich: C.H. Beck, 1992); obra que GALAIN PALERMO considera todavía «el trabajo más acabado sobre esta problemática» y «la propuesta teórica más interesante para incluir la reparación dentro del sistema penal» (GALAIN PALERMO, P, «La reparación del daño en un sistema penal funcional a las necesidades de la política criminal», en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, ed. de Hoyos Sancho, M (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), p. 581). Un resumen particularmente exhaustivo de sus rasgos fundamentales y su contenido puede encontrarse en TAMARIT SUMALLA, JM, *La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, trad. Maldonado Seral, E y Villacampa Estiarte, C (Barcelona: Fundació Jaume Callís, 1994), pp. 131-152; PÉREZ SANZBERRO, G, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* (Granada: Comares, 1999), pp. 267-304; ALASTUEY DOBÓN, 2000, pp. 75-86; ROIG TORRES, 2000, pp. 506-536; o GALAIN PALERMO, P, *La reparación del daño a la víctima del delito* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), pp. 147-157. En España, se ha plasmado una construcción muy similar en GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, 2003, pp. 44-45, cuyos autores son, sin embargo, partidarios de incluir la «reparación a la víctima o a la sociedad» en el catálogo de las «penas privativas y restrictivas de derechos», en lugar de conceptualizarla como una «tercera vía» de la responsabilidad penal.

⁶² Vid. ROXIN, 1991, pp. 25-27; ARBEITSKREIS AE, 1992, pp. 25, 28-29, 37, 40-42.

de un concepto de «reparación» no restringido al resarcimiento material del daño causado (en su caso) por el delito, sino inclusivo también de la llamada «reparación simbólica»⁶³. Conforme al segundo, por otro lado, se exige siempre el consentimiento del reo para su imposición.

A pesar de la confusión a la que puede conducir en nuestro idioma el frecuente uso de la expresión «reparación del daño» para referirse indistintamente a esta institución y a la responsabilidad civil (*Schadenersatz*)⁶⁴ —confusión que se ha tratado de evitar en este trabajo, reservando el término «reparación» para designar la primera, y empleando solo la expresión «resarcimiento del daño» cuando se habla de la segunda— son evidentes las diferencias entre una y otra⁶⁵. No me atrevería a intentar desarrollar esta idea de forma

⁶³ Así, en el § 2.1 del mencionado Proyecto Alternativo, se contemplan como posibles prestaciones reparadoras, entre otras, los pagos dinerarios a instituciones de utilidad pública; los obsequios al perjudicado o las prestaciones inmateriales, como disculpas o conversaciones de reconciliación; y las prestaciones laborales, en particular los trabajos de utilidad pública.

⁶⁴ Lo hace notar SILVA SÁNCHEZ, JM, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”», *Poder Judicial*, vol. 45 (1997), n. 40 (p. 202).

⁶⁵ Aunque algunos autores continúan obviándolas, lo cierto es que la distinción entre ambas instituciones goza de una creciente acogida doctrinal; la reconocen, entre otros, SEELMANN, 1989, p. 672-673; ARBEITSKREIS AE, 1992, pp. 25, 33; TAMARIT SUMALLA, 1994, pp. 174, 184-185; TAMARIT SUMALLA, JM, «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), p. 450; LARRAURI PIJOAN, E, «La reparación», en *Penas alternativas a la prisión* (Barcelona: Bosch, 1997), pp. 171-172, 177-179; FREHSEE, D, «Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3 (1999), *passim*, esp. pp. 246-249; PÉREZ SANZBERRO, 1999, *passim*, esp. pp. 18-20, 27, 412; ALCÁCER GUIRAO, R, «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5° CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Poder Judicial*, vol. 63 (2001), *passim*, esp. pp. 92-93; «La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, ed. Martínez Escamilla, M y Sánchez Álvarez, MP (Madrid: Reus, 2011), pp. 114-117; GARRO CARRERA, E, *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal)* (Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005), *passim*, esp. pp. 17-23, 397-398; «La atenuante de reparación del daño», en *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria. (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, ed. Garro Carrera, E y Asua Batarrita, A (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), pp. 48-52; FREUND, G Y GARRO CARRERA, E, «Strafrechtliche Wiedergutmachung und ihr Verhältnis zum zivilrechtlichen Schadenersatz. Zu den gemeinsamen materiellen Grundlagen eines Europäischen Strafrechtssystems», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 118 (2006), *passim*, esp. pp. 80-84, 98; ASUA BATARRITA, A, «Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena», en *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria. (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, ed. Garro Carrera, E y Asua Batarrita, A (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), p. 187; GÓMEZ BENÍTEZ, JM, «Reparación, atenuación de la pena y responsabilidad civil por delito en la práctica forense española», en *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, ed. Asua Batarrita, A y Garro Carrera, E (Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009), pp. 105, 108; GALAIN PALERMO, 2010, *passim*, esp. pp. 90-93; , pp. 576, 585; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X, «Justicia restaurativa y fines del Derecho penal», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, ed. Martínez Escamilla, M y Sánchez Álvarez, MP (Madrid: Reus, 2011), p. 54; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M, «La mediación penal en España:

más clara y precisa que SILVA SÁNCHEZ cuando, en un magnífico trabajo cuyas conclusiones se asumen aquí punto por punto, señala que

«La reparación civil tiene como fundamento el *daño* y no la configuración de la conducta, es transmisible *mortis causa* y es asegurable. La reparación [...] en el Derecho penal ha de fundamentarse necesariamente en la gravedad de la *conducta* y del *tipo subjetivo*⁶⁶; en cambio, es perfectamente concebible su imposición en casos de ausencia de daño en los que no habría obligación civil alguna. [...] Porque lo decisivo es el aspecto de “acto personal de restablecimiento del Derecho vulnerado”, que es inherente al voluntario esfuerzo reparatorio, con relativa independencia de su concreto contenido material, *que en parte va más allá del resarcimiento civil y en parte no requiere tanto como éste*»⁶⁷.

Añadiendo, solo unas páginas más adelante, que

«Además, y justamente por ello, conviene insistir en que la reparación penal tiene una configuración concreta radicalmente diversa de la civil. Por ello, la incorporación de la reparación como vía jurídico-penal supone, en realidad, acoger un punto de vista sustancialmente distinto al de aquellos que pretenden atribuir al Derecho civil funciones de “control social” [...]. El planteamiento civilista no puede sino centrarse en el *resultado* de efectiva reparación: pleno restablecimiento del *statu quo* patrimonial. Desde el punto de vista del Derecho penal, en cambio, tan relevante —o más— que la efectiva reparación es el *esfuerzo* reparator, en cuanto en el mismo se expresen los elementos de resocialización y reconocimiento de la vigencia de la norma»⁶⁸.

estado de la cuestión», *ibíd.*, pp. 17-18, 23; GARCÍA ÁLVAREZ, P, *La víctima en el Derecho penal español* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014), p. 92; RENZIKOWSKI, J, «Dimensionen der Straftat: Täter - Opfer - Gesellschaft», en *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, ed. Kohte, W y Absenger, N (Baden-Baden: Nomos, 2015), pp. 210-214; GUZMÁN DALBORA, 2017, pp. 205, 210; IGLESIAS RÍO, MÁ Y TAPIA BALLESTEROS, P, «Aproximación a la Justicia Restaurativa en el ámbito penal en España», *La Ley Penal*, vol. 127 (2017), pp. 3-4, 7, 9; y MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Consecuencias jurídicas del delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nms. 4904, 4912

⁶⁶ Así, también LARRAURI PIJOAN, 1997, p. 178; GARRO CARRERA, 2005, p. 23; y GALAIN PALERMO, 2010, p. 93; 2013, p. 574.

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, 1997, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”», pp. 197-198 y n. 45 (énfasis en el original).

⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 201-202 y n. 64 (énfasis en el original).

En esta línea, es una idea bastante extendida que una reacción al delito así configurada puede cumplir funciones preventivo-generales y especiales (positivas) equivalentes a las de la pena, sobre todo en relación con delitos de escasa gravedad⁶⁹. Y tampoco seré yo quien discuta esta conclusión, siempre que en el diseño normativo de la reparación se cumpla un requisito que, partiendo de la base de su coherencia interna, considero implícito en estos planteamientos⁷⁰: que su imposición, en el caso concreto, como alternativa total o parcial a la pena, no quede nunca al arbitrio de la víctima concreta del delito (si la hay)⁷¹. Una institución que desempeña funciones de interés público no puede dejarse en manos de un particular; por no hablar de lo cuestionable que sería, desde el punto de vista del principio de igualdad, que la reacción al delito pudiera depender en cada caso del deseo de la víctima concreta de ser «reparada», o de participar, con este fin, en procedimientos de «justicia restaurativa» (art. 15 LEV), como la mediación penal⁷². Si tal deseo existe, el autor del delito también está de acuerdo y se respetan las garantías procesales básicas⁷³, no creo que haya nada en contra del empleo de este tipo de mecanismos para determinar, bajo control judicial⁷⁴, el contenido que deba tener en cada

⁶⁹ Así lo defienden la práctica totalidad de los autores citados en la n. 65, amén del propio SILVA SÁNCHEZ, 1997, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”», pp. 192-193; 2012, p. 52; 2018, pp. 123-124. Vid., además, entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ, 2014, pp. 287, 292-294, 312-318; y, aunque solo respecto de la mediación penal, DÍAZ LÓPEZ, JA, «Propuestas para la práctica de la mediación penal», *InDret*, vol. 3 (2011), pp. 4, 8; 2015. JAKOBS, por su parte, opina que la composición entre autor y víctima solo puede ser un equivalente funcional *parcial* de la pena «ya que la lesión de lo general por un delito corre peligro de quedar en una posición marginal (o completamente fuera) en el marco de esta composición» (2005, p. 340).

⁷⁰ Y que llega a hacerse explícita en algunos casos; vid., por ejemplo, LARRAURI PIJOAN, 1997, p. 178; PÉREZ SANZBERRO, 1999, pp. 386-389, 410-411; ALCÁCER GUIRAO, 2001, pp. 116-118, pp. 124-125; GARRO CARRERA, 2005, pp. 297-298; 2008, p. 55; ASUA BATARRITA, 2008, pp. 152-188; RENZI KOWSKI, 2015, p. 214; y HASSEMER, W, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, trad. Cancio Meliá, M y Muñoz Conde, F (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), p. 218. Cfr., sin embargo, la postura contraria (aunque matizada) de GALAIN PALERMO, 2010, pp. 132-144.

⁷¹ Así se establecía de forma meridianamente clara, para el ámbito del Derecho penal del menor, en el art. 3.3 LO 4/1992; y precisamente en este sentido podría interpretarse hoy lo dispuesto en el art. 19.4 LORPM para el caso de que los compromisos de reparación «no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor [*scil.* el autor del delito]». De esta opinión ALONSO RIMO, A, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002), pp. 258-260.

⁷² Comparto el parecer de TAMARIT SUMALLA, 1994, p. 187, que destaca, además, la merma de seguridad jurídica que ello supondría. Así, también PÉREZ SANZBERRO, 1999, pp. 386-389.

⁷³ Sobre los riesgos que, desde esta perspectiva, presentan este tipo de procedimientos, en los que no puedo abundar aquí, vid., por todos, HASSEMER, W, «Consideraciones sobre la víctima del delito», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 43 (1990), pp. 256-257; ARBEITSKREIS AE, 1992, pp. 34-35; FREHSEE, 1999, pp. 253-255; PÉREZ SANZBERRO, 1999, pp. 380-385; y ROIG TORRES, 2000, pp. 458-461.

⁷⁴ Subrayan esta exigencia, vinculándola con el necesario respeto de las garantías procesales, ARBEITSKREIS AE, 1992, p. 35; ROIG TORRES, 2000, pp. 484-485, 579; ALONSO RIMO, 2002, p. 508; GALAIN PALERMO,

caso la reparación del daño. Pero la voluntad contraria de la víctima no debería ser óbice para la sustitución total o parcial de la pena por esta sanción si con ello no quedara mermada, en el caso concreto, la función preventiva de la responsabilidad penal⁷⁵.

Por último, aunque se trata de una cuestión todavía muy poco explorada⁷⁶, no creo que la existencia de un acuerdo de reparación del daño voluntariamente alcanzado entre autor y víctima en el marco de este tipo de procesos pudiera considerarse totalmente carente de efectos desde el punto de vista de la responsabilidad civil *ex delicto*⁷⁷. No puede descartarse, a mi juicio, que al menos algunos de estos acuerdos pudieran suponer, en función de su contenido —y este sería un problema de interpretación contractual que habría que resolver conforme a las reglas generales (arts. 1281-1289 CC)—, una renuncia tácita⁷⁸ por parte de la víctima al ejercicio de la acción civil⁷⁹, condicionado al efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por el autor⁸⁰.

2010, pp. 393-400, 427-431, 439-440; 2013, pp. 573, 585; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, pp. 19, 24; SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, M, «Justicia restaurativa y mediación penal», en *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, ed. Gil Gil, A y Maculan, E (Madrid: Dykinson, 2017), pp. 127, 133-134, 137-138, 141.

⁷⁵ Piénsese, por ejemplo, en el autor de un delito que, ante la firme oposición de su víctima concreta a ser «reparada», se compromete, sin embargo, a realizar prestaciones de reparación simbólica suficientes desde el punto de vista preventivo-general y especial.

⁷⁶ Se formulan algunas reflexiones sobre ella (a mi juicio, enormemente lúcidas) en ARBEITSKREIS AE, 1992, pp. 44-47.

⁷⁷ En este sentido, podría plantear algún problema el derecho del asegurador de responsabilidad civil del autor (si lo tiene) a asumir, salvo pacto en contrario o conflicto de interés, la dirección jurídica frente a la reclamación de la víctima (art. 74 LCS); cfr. art. 62.3 APLCS, que invierte esta regla dispositiva. Otros problemas a los que el aseguramiento de la responsabilidad civil podría dar lugar en esta sede se encuentran, en mi opinión, bien resueltos en ARBEITSKREIS AE, 1992, pp. 45-46.

⁷⁸ Aunque lo suficientemente «clara y terminante» (art. 110, par. II LECrim).

⁷⁹ Que es posible una renuncia tácita a esta acción no debería ofrecer duda alguna, al menos a partir de la sustitución del adjetivo «expresa» por «clara» en el citado art. 110, par. II LECrim, a través de la DF 1.3 LEV.

⁸⁰ En esta línea, ROXIN, 1991, p. 30; ARBEITSKREIS AE, 1992, p. 44; y GALAIN PALERMO, 2010, pp. 113-118, 437, 443, contemplan la posibilidad de que la reparación surta efectos jurídico-civiles, en la medida en que agote total o parcialmente una pretensión de resarcimiento del daño. Y esta misma eficacia jurídico-civil atribuye BARROS BOURIE, E, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020), pp. 1083-1084 a los «acuerdos reparatorios» a los que los arts. 241-244 CPPCh conceden efectos eximentes de la responsabilidad penal, operando, según el autor, como «equivalente funcional» de la pena. Por supuesto, estos efectos jurídico-civiles del acuerdo de reparación podrían producirse también —o podría excluirse su producción— en virtud de un pacto expreso de las partes en tal sentido; eventualidad a la que, por cierto, se refiere el inciso final del art. 19.2 LORPM; así también GALAIN PALERMO, 2010, p. 440; 2013, p. 585. En el mismo sentido, DÍAZ LÓPEZ, 2011, pp. 27-28, se refiere a la posible evitación de un proceso civil ulterior como una de las principales ventajas de la mediación penal respecto de delitos patrimoniales cometidos entre parientes.

Como se desarrollará más adelante en la segunda parte de este capítulo⁸¹, aunque existen importantes indicios de la acogida favorable de la institución penal de la reparación en el Derecho español, su reconocimiento *de lege lata* en el Derecho penal *de adultos*⁸² ha de considerarse todavía una cuestión abierta.

III. COROLARIOS: RELACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL; PAPEL DEL PERJUDICADO

Las tesis que se han sostenido hasta este punto pueden considerarse hoy, como se ha dicho, relativamente pacíficas: las funciones (normativas) de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil en el Derecho español vigente son muy distintas. Mientras que la primera se orienta a la prevención del delito, la función de la segunda es resarcitoria. Paradójicamente, sin embargo, no existe un consenso tan amplio —sino todo lo contrario— al respecto de dos consecuencias que, a mi juicio, se derivan en buena lógica de la afirmación anterior; corolarios a cuya discusión y defensa se dedica esta segunda parte del capítulo. Y es que tomar en serio los puntos de partida asumidos en la primera parte, requiere, según creo, poner en tela de juicio dos verdaderos lugares comunes de la literatura jurídico-penal contemporánea, a saber: el que postula la existencia de una relación de subsidiariedad (*ultima ratio*) entre el Derecho penal y el Derecho de la responsabilidad civil (epígrafe 1); y el que se refiere en tono crítico a la tradicional «neutralización» de la víctima por parte del primero⁸³ (epígrafe 2).

⁸¹ Vid. epígrafe 2 del apartado III.

⁸² Cfr., no obstante, el citado art. 19 LORPM.

⁸³ Esta expresión, popularizada por W. HASSEMER —que, hasta donde se me alcanza, la empleó por primera vez en su *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a ed. (Nördlingen: C.H. Beck, 1990), p. 70—, se encuentra ya plenamente incorporada al léxico habitual de la doctrina penalista y criminológica. El propio HASSEMER, sin embargo, no la emplea en el sentido peyorativo que se critica en este trabajo, sino en su defensa de posiciones muy próximas a la sostenida en el texto; vid., entre las manifestaciones más recientes de ello, HASSEMER, W, 2016, pp. 218-223, 227 (en esta misma línea, también NEUMANN, U, «Die Stellung des Opfers im Strafrecht», en *Strafrechtspolitik: Bedingungen der Strafrechtsreform*, ed. Hassemer, W y Bergalli, R (Frankfurt/ Nueva York: Peter Lang, 1987), pp. 225-226). En este sentido, resulta muy clarificadora la apreciación de LARRAURI PIJOAN de que «hay una lectura diversa de la evolución histórica que comportó la difusión de la distinción entre derecho penal (público) y privado. Los partidarios del modelo de justicia penal contemplan la separación entre el derecho penal y el derecho civil como un progreso, en el cual el Estado asume para sí la pretensión punitiva, lo cual redundaría en una mayor protección de las víctimas sin poder y en el establecimiento de las garantías específicamente penales. Por el contrario, los partidarios de la justicia reparadora leen este proceso histórico como el momento en que el Estado absoluto asumió para sí la función de castigar para crear y fortalecer su poder, con ello eliminó a la víctima y el objetivo de la reparación del proceso penal y lo sustituyó por el castigo al amparo de una nueva legitimación» (LARRAURI PIJOAN, 1997, p. 187). Mi crítica se dirige exclusivamente a los partidarios de este segundo modelo.

1. Derecho penal y responsabilidad civil: ¿subsidiariedad?

Hasta donde se me alcanza, *nadie* —sorprendentemente, ni siquiera quienes atribuyen a la responsabilidad civil una función preventiva⁸⁴— sugiere que pueda ser problemática la imposición, a una misma persona y por un mismo hecho, junto con la pena, de la obligación de resarcir íntegramente el daño causado. Esto es perfectamente coherente con las tesis defendidas en la primera parte de este capítulo: a diferencia de lo que a menudo sucede cuando se trata de yuxtaponer a la pena una sanción administrativa, faltaría en tal caso la necesaria «identidad de fundamento» entre las consecuencias jurídicas acumuladas para poder hablar de una vulneración de la vertiente material del principio *non bis in idem*⁸⁵.

Resulta, sin embargo, relativamente frecuente la invocación del principio de subsidiariedad en las elaboraciones doctrinales de la relación que existe, en abstracto, entre el Derecho penal y el Derecho de la responsabilidad civil. Este segundo sector del ordenamiento jurídico se incluye así, mayoritariamente, en la lista de instrumentos de control social de entre los que ha de reservarse al Derecho penal la posición de *ultima ratio*. Se defiende, en este sentido, que una política criminal respetuosa con el principio de intervención mínima solo trataría de prevenir a través del Derecho penal aquellas conductas para cuya prevención fueran insuficientes tanto los mecanismos informales de control social como las sanciones no penales; rótulo bajo el que suelen aglutinarse, entre otras, las sanciones administrativas y la responsabilidad civil⁸⁶.

⁸⁴ Que, como sugiere PANTALEÓN PRIETO, 2000, n. 14 (p. 173), deberían ver en ello un riesgo de «sobredisuasión».

⁸⁵ En este sentido, vid., por todos, PÉREZ MANZANO, M, «El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción», en *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, ed. Mir Puig, S, Corcoy Bidasolo, M, y Hortal Ibarra, J (Madrid: Edisofer, 2009), p. 134 (aunque cfr., desde la perspectiva de la prohibición constitucional de exceso en cuanto a la limitación al derecho a la propiedad, *ibid.*, p. 140); PÉREZ MANZANO, M, «El principio “ne bis in idem”», en *Introducción al Derecho Penal*, ed. Lascuráin Sánchez, JA, 2.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2015), *passim*, esp. pp. 112, 116-118. Con este argumento, entre otros, se oponía precisamente BINDING, 1922, pp. 281, 455-456, a las concepciones tendentes a una asimilación entre pena y resarcimiento del daño.

⁸⁶ Así, entre otros, TOBLER, R, *Fahrlässigkeit im Zivil- und Strafrecht* (Zúrich: Müller, Werder & Co., 1931), p. 12; KURTH, FJ, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug* (Frankfurt: Peter Lang, 1984), pp. 177-179; ELLMER, 1986, pp. 293-296; FREHSEE, 1986, pp. 110-112; SILVA SÁNCHEZ, JM, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, ed. de la Cuesta Arzamendi, JL, Dendaluz Seguro, I, y Echeburúa Odriozola, E (San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989), n. 47 (p. 640); 2015, pp. 20, 27-28, 32-33, 64-68; COBO DEL ROSAL, M Y VIVES ANTÓN, TS, *Derecho penal. Parte general*, 5.^a ed. (Valencia: Tirant Lo

Pero si las tesis defendidas en la primera parte del trabajo son correctas, debe rechazarse esta línea de argumentación. Y es que —incluso dejando de lado los peligros a los que, como ponen de manifiesto cada vez más autores, puede conducir el recurso generalizado y acrítico al dogma de la «intervención mínima» del Derecho penal⁸⁷— no pueden (conceptualmente) encontrarse en una relación de subsidiariedad dos sectores del ordenamiento jurídico entre los que no existe identidad funcional alguna. En otras palabras, si la responsabilidad civil no tiene una función preventiva, no puede «dejarse» a esta institución la prevención de determinados ilícitos, despenalizándolos⁸⁸. La tercera de las tesis a cuya defensa se dedica este trabajo no deja de ser, entonces, una derivación lógica de la primera y la segunda: **puesto que desempeñan funciones radicalmente diferentes, no existe entre el Derecho de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil una relación de subsidiariedad**. A diferencia de lo que sucede en relación con el Derecho administrativo sancionador, e incluso con el control social informal, el Derecho de la responsabilidad civil es normativamente incapaz de llenar los «vacíos preventivos» que deja el Derecho penal⁸⁹.

Blanch, 1999), pp. 798-801; MOLINA FERNÁNDEZ, 2000, p. 74; PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 218-219; GRACIA MARTÍN, L, «Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Gracia Martín, L (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 47-48; ROXIN, 2006, p. 46; «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 15 (2013), p. 14; SACHER, M, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006), p. 142; FREI, 2010, p. 285; MIR PUIG, 2016, p. 128; y MUÑOZ CONDE, F Y GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), pp. 78, 658. Cfr., no obstante, PEÑARANDA RAMOS, 2015, «La pena: nociones generales», p. 259, que distingue correctamente una y otra consecuencia jurídica, señalando que, aunque ni las sanciones administrativas ni la responsabilidad civil son formalmente penas, las primeras, a diferencia de las segundas, materialmente lo son. Vid., en sentido similar, PEÑARANDA RAMOS Y BASSO, 2019, pp. 163-164.

⁸⁷ Sobre los que vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 400-401, 411-412, 463-464; PUENTE RODRÍGUEZ, L, «Represión estatal y Derecho penal: relaciones paradójicas», en *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, ed. Pérez Álvarez, F et al., 2016, pp. 741-746, 749-752; FARALDO CABANA, P, «La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa», *InDret*, vol. 3 (2014), pp. 18-25; FARALDO CABANA, P, *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), pp. 77-92, 207, 209.

⁸⁸ Cfr., sin embargo, ALASTUEY DOBÓN, que, a pesar de defender una posición prácticamente idéntica a la aquí sostenida respecto de las diferentes funciones de la responsabilidad penal y la civil (2000, pp. 24-25, 29-30, 187, 220), afirma que, dado que «en ciertos delitos imprudentes, la condena a la reparación puede contribuir a la intimidación individual», «los supuestos en los que se incurre en responsabilidad penal por imprudencia leve deberían ser remitidos al Derecho civil» (ibíd., p. 240).

⁸⁹ Vid., en este sentido, respecto de la posible despenalización de los delitos de expresión, LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA, «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 36 (2017), p. 129; y DEL MORAL GARCÍA, A, «Responsabilidad civil en el proceso penal: disfunciones, paradojas, ventajas», en *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, ed. Herrador Guardia, MJ (Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2018), pp. 514-519. Cfr., sin embargo, CASTIÑEIRA PALOU, M. T, «Protección del honor y los límites al ejercicio del poder

De ello se infiere, a mi juicio, por lo demás, el carácter en buena medida estéril de los constantes intentos doctrinales de «deslindar» el ilícito penal del «*mero ilícito civil*» —es decir, las conductas, supuestamente más graves, presupuesto de la responsabilidad penal, frente a aquellas a las que (solo) se anudan consecuencias jurídico-civiles— en ámbitos como el alzamiento de bienes, la estafa o el impago de prestaciones familiares⁹⁰. De nuevo, esta forma de ver las cosas es necesaria (y fructífera) cuando se concentra en la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, pues la subsidiariedad del primero respecto del segundo exige, en principio, que las conductas que se criminalizan en un ámbito de actividad (por ejemplo, el medioambiental o el tributario) presenten un «*plus de gravedad*» respecto de las que son constitutivas de meras infracciones administrativas. En cambio, resulta perfectamente posible que *el mismo hecho* sea, por ejemplo, contemplado desde la perspectiva penal, un delito de alzamiento de bienes (art. 257.1.1.º CP) y, desde la civil, un contrato celebrado en fraude de acreedores y, por tanto, rescindible (art. 1291.3.º CC). Por expresarlo gráficamente, una y otra calificación —y sus respectivas consecuencias jurídicas— *discurren en paralelo*, sin que pueda establecerse una «jerarquía» entre ellas en términos de *ultima ratio*. Por ello, no plantea problema alguno que sus presupuestos sean, llegado el caso, *exactamente los mismos*⁹¹.

punitivo del Estado», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 96-98; SALVADOR CODERCH, P, «Los arts. 205 y siguientes del Código Penal de 1995 y la segunda recepción de *New York Times v. Sullivan* [367 US 254 (1964)]: cinco distorsiones notables de la doctrina originaria», *ibíd.*, p. 78; o ALMODÓVER PUIG, B, *Delitos perseguibles a instancia de parte. Respuestas materiales y procesales* (Cizur Menor: Aranzadi, 2016), pp. 174-181, 399. También en la línea criticada en el texto, esta vez en relación con la protección penal de los secretos privados, SCHÜNEMANN, B, «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 28 (1978), pp. 46-51.

⁹⁰ Para muestra un botón: YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 38-57.

⁹¹ Otra cosa es que haya que admitir, con YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 573-574, que lo aquí sostenido debería conducir a que cualquier juez civil que conociera de una demanda de anulabilidad de un contrato por dolo (art. 1269 CC) —e incluso de indemnización de daños y perjuicios por ser el dolo meramente «incidental» (art. 1270CC)— se encontrase automáticamente ante *indicios* de la comisión de un delito de estafa (art. 248.1 CP): de un «hecho que ofrezca apariencia de delito [...] perseguible de oficio», que deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, se inicie un procedimiento penal al respecto con los correspondientes efectos prejudiciales (art. 40 LEC). Si se repara en que no es otra cosa lo que, en rigor, se plantea en los pleitos sobre falta de transparencia material de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato (vid. PANTALEÓN PRIETO, F, «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 2017), es fácil percibir el riesgo de que el enorme volumen de «pleitos masa» sobre productos financieros adquiridos sin información suficiente por consumidores se vea desplazado hacia los juzgados penales. Aparte de la tremenda sobrecarga que ello supondría para estos órganos —por no hablar de su falta de especialización en este ámbito—, estos volverían a encontrarse ante la tesitura que tantas veces se les plantea en casos de imprudencia al volante, una vez valoradas las pruebas y alcanzada la conclusión de que los hechos son

2. El papel de la víctima: ¿«neutralización»?

La cuarta y última tesis que se defiende en este trabajo es también un corolario de las defendidas en la primera parte: **mientras que a la concreta víctima del delito le corresponde un papel *marginal* respecto de la responsabilidad penal de quien lo comete, el perjudicado por un daño tiene un papel *protagonista* respecto de la responsabilidad civil de quien se lo causa**⁹². El motivo por el que esto es así es bien sencillo y se ha mencionado ya alguna vez al hilo de la argumentación: si la función de una institución (la responsabilidad penal) es la tutela de un interés *público* (la prevención de delitos), su puesta en marcha no puede dejarse al arbitrio de un particular (la víctima concreta); por el contrario, la decisión sobre si ha de operar una institución (la responsabilidad civil) orientada a la tutela de un interés *privado* (el resarcimiento del daño a la persona que lo sufre) ha de corresponder en exclusiva al particular cuyo interés aquélla tutela (el concreto perjudicado).

Lo anterior supone poner en tela de juicio un discurso que, de nuevo, se ha convertido en un verdadero tópico de la literatura jurídico-penal de las últimas décadas: el que relata, en tono crítico, cómo el nacimiento del Derecho penal moderno, como Derecho penal público, habría supuesto una «neutralización» de la víctima concreta del delito, a la que el Estado habría «expropiado» *su* conflicto con el autor⁹³. De acuerdo con

penalmente atípicos: absolver y dejar que continúe (¿años más tarde?) el proceso civil, o imponer una condena penal más o menos simbólica con tal de poder anular el contrato o conceder a la víctima la indemnización que reclama (vid., al respecto, PANTALEÓN DÍAZ, M, «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, vol. 55 (2019), pp. 153-155; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 64-66).

⁹² Contra lo sostenido por la doctrina quizás hoy ya mayoritaria, sigue teniendo, a mi juicio, plena actualidad la afirmación de BINDING de que «el delito y el denominado “ilícito civil” se prestan a ser concebidos desde perspectivas radicalmente opuestas. El delito se interesa por el lado de su autor, no por el de quien ha padecido las consecuencias del hecho; la pregunta es: ¿qué ha hecho el delincuente, y qué merece sufrir en consecuencia? Por el contrario, el ilícito civil traslada nuestro foco de atención hacia el perjudicado; aquí la pregunta pasa a ser: ¿qué ha padecido el dañado y cuál ha de ser, por consiguiente, el contenido de la prestación del dañante?» (1922, pp. 241-242). Vid., en la misma línea, TOBLER, 1931, pp. 12, 134.

⁹³ En este sentido, vid., entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A, «Hacia una “redefinición” del “rol” de la víctima en la criminología y en el sistema legal», en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor* (Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989), pp. 308-310; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ, «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5.ª Código Penal)», *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, pp. 250-253; PÉREZ SANZBERRO, 1999, pp. 12-13, 332-335; ALASTUEY DOBÓN, 2000, pp. 36-39; ALONSO RIMO, 2002, pp. 131-135, 139, 395, 397; 2006, «La víctima y el sistema punitivo: la reconstrucción del fundamento del Derecho penal desde una perspectiva victimológica», pp., p. 307; GÜNTHER, 2002, pp. 212-213; BERISTAIN IPIÑA, 2004, pp. 24, 87-88; GALAIN PALERMO, 2010, pp. 126-128, 306-312; GARCÍA ÁLVAREZ, 2014, pp. 18-22; ETXEBARRIA ZARRABEITIA,

lo aquí sostenido, habría que decir más bien que el gran hito de la modernidad jurídica es, precisamente, la nítida diferenciación entre *dos* conflictos: el conflicto *penal* (público) entre quien comete un *delito* y la *sociedad* interesada en la prevención de conductas similares, representada por el Estado; y el conflicto *civil* (privado) entre quien negligentemente y de forma objetivamente imputable causa un *daño* y el concreto *perjudicado* por ese daño⁹⁴. Cuando la conducta que causa el daño es, al mismo tiempo, delictiva, ambos conflictos *se superponen*, desarrollándose y resolviéndose cada uno según su propia lógica interna. En tal caso, la víctima concreta del delito sigue siendo dueña y soberana de *su* conflicto —el civil—, único que podría, en su caso, serle «expropiado»; sin que pueda decirse que se la ha «neutralizado» en *otro* conflicto —el penal— respecto del que sería un error concebirla como «parte» en sentido material⁹⁵.

Como se ha tratado de poner de manifiesto en la primera parte del capítulo, la configuración normativa de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en el Derecho español se ajusta, a grandes rasgos, a la lógica que se acaba de describir. En efecto, es correcta con carácter general la afirmación de que, en nuestro Derecho, los delitos se persiguen de oficio y la decisión sobre el *an* y el *quantum* de las penas que se imponen a quienes los cometen (y sobre las condiciones de su ejecución) ni corresponde a las víctimas concretas ni depende de la medida en que se hayan visto satisfechos sus intereses. Por otro lado, apenas se discute que, en el Derecho español, solo los perjudicados están legitimados activamente para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil y que este ejercicio está sujeto al principio dispositivo. Sin embargo, existen excepciones a ambas afirmaciones generales. A su análisis, y la discusión sobre hasta qué punto permiten poner en tela de juicio las tesis hasta aquí defendidas, se dedica lo que resta de este capítulo.

2011, p. 50; MORENO CATENA, V, «El proceso penal», en *Derecho Procesal Penal*, ed. Cortés Domínguez, V y Moreno Catena, V, 7.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), pp. 40-41, 43; ZEHR, 2015, pp. 111-113, 124; MARTÍNEZ RUIZ, 2017, pp. 16-19; o PÉREZ RIVAS, 2017, pp. 26-30. De un verdadero «hurto» del conflicto por parte, no ya del Estado, sino de los profesionales del sistema de justicia, llega a hablar CHRISTIE en su célebre artículo «Conflicts as Property» (1977, pp. 3-5).

⁹⁴ Como afirma BARROS BOURIE, «[s]olo con la configuración del estado moderno comienza a consolidarse la separación del derecho penal y civil que conocemos en nuestra época. La concentración del poder público y la burocracia estatal hicieron posible la persecución pública de los antiguos delitos privados; correlativamente, se desarrolló el concepto de la responsabilidad civil como una obligación de indemnizar los perjuicios efectivamente causados» (2020, p. 61).

⁹⁵ Así, MORENO CATENA, V, «Las partes procesales. Las partes acusadoras», en *Derecho Procesal Penal*, ed. Cortés Domínguez, V y Moreno Catena, V, 7.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), p. 99.

Comenzando por la responsabilidad penal, la afirmación general enunciada ha de matizarse, básicamente, en dos sentidos. Por un lado, no es cierto que en el Derecho español todos los delitos se persigan de oficio, ni que la imposición de las penas nunca quede al arbitrio de la víctima concreta. En efecto, existe en nuestro Derecho una lista relativamente amplia de delitos en los que la denuncia de la «persona agraviada»⁹⁶ opera como condición de procedibilidad⁹⁷; llegando al punto de exigir, en los delitos de calumnia e injuria contra particulares, la querrela de la «persona ofendida»⁹⁸ para su persecución (art. 215.1 CP)⁹⁹. Respecto de algunos de los anteriores delitos, además, el «perdón del ofendido» funciona como causa de «extinción» (*rectius*, exclusión¹⁰⁰) de la responsabilidad penal (art. 130.5.º CP)¹⁰¹. Coincido, sin embargo, con el sector de la doctrina que defiende que estas excepciones al régimen general pueden explicarse satisfactoriamente sin tener por ello que renunciar a la idea, defendida en este trabajo, de que la responsabilidad penal tutela *siempre* el interés público en la prevención de delitos,

⁹⁶ Sobre el significado de este concepto y su relación con el de «víctima», en el sentido en que el término se emplea en este trabajo, vid. el texto que acompaña a las nn. 18-19.

⁹⁷ Se prevé con carácter general que lo sea en los delitos de homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2, par. IV CP); lesiones leves y maltrato de obra (art. 147.4 CP); lesiones por imprudencia menos grave (art. 152.2, par. IV CP); reproducción asistida sin consentimiento de la mujer (art. 161.2 CP); amenazas leves de un mal no constitutivo de delito (art. 171.7, par. I CP); coacciones leves (art. 172.3, par. I CP); acoso (art. 172 ter.4 CP); injurias leves en el ámbito doméstico-familiar (art. 173.4, par. II CP); agresiones, acoso o abusos sexuales (art. 191.1 CP); descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.1 CP); incumplimiento de deberes de asistencia familiares e impago de prestaciones económicas familiares (art. 228 CP); daños por imprudencia grave en cuantía superior a ochenta mil euros (art. 267, par. II CP); delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 287.1 CP); y delitos societarios (art. 296.1 CP).

⁹⁸ Sobre el significado de este concepto y su relación con el de «víctima», en el sentido en que el término se emplea en este trabajo vid. el texto que acompaña a las nn. 18-19.

⁹⁹ La doctrina suele referirse a los primeros como «semipúblicos» y a los segundos como «privados»; vid. solo MORENO CATENA, 2015, «Las partes procesales. Las partes acusadoras», p. 104. ALONSO RIMO, sin embargo, desarrolla una tipología más compleja añadiendo, como criterio de clasificación adicional, la eficacia del perdón del ofendido como causa de exclusión de la responsabilidad penal. Distingue, en este sentido, cuatro categorías: «delitos privados» o «perseguidos a instancia de parte», «infracciones semiprivadas», «delitos semipúblicos» y «delitos cuasipúblicos»; vid. ALONSO RIMO, 2006, «La víctima y el sistema punitivo: la reconstrucción del fundamento del Derecho penal desde una perspectiva victimológica», pp. 163-200; «Análisis de la posición de la víctima en el sistema de justicia penal español», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 361-362. Le sigue ALMODÓVER PUIG, 2016, pp. 42-46.

¹⁰⁰ Vid., por todos, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J, «La extinción de la responsabilidad penal y la cancelación de los antecedentes penales», en *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ed. Gil Gil, A et al., 2.ª ed. (Madrid: Dykinson, 2015), pp. 1020, 1021; SILVA SÁNCHEZ, 2015, p. 120; y MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Causas que extinguen la responsabilidad penal», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 6660.

¹⁰¹ En concreto, respecto de todos los delitos *leves* enumerados en la n. 97 y de los de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.3 CP), calumnia e injuria (art. 215.3 CP), y daños por imprudencia grave en cuantía superior a ochenta mil euros (art. 267, par. III CP).

y *nunca* los intereses privados de sus concretas víctimas¹⁰². Lo que ocurre es que este interés público no siempre ocupa la primera posición en la lista de prioridades de la política jurídica general, pudiendo anteponerse a él otros intereses legítimos, como la defensa del derecho fundamental a la intimidad de las víctimas (art. 18.1 CE) o la evitación de su «victimización secundaria»¹⁰³, entre otros¹⁰⁴. Cuando estos otros intereses entran en conflicto con la función preventiva de la responsabilidad penal, el Derecho *renuncia a la prevención de delitos* en aras de su defensa¹⁰⁵. Desde este punto de vista, como ha sostenido MOLINA FERNÁNDEZ, instituciones como las excepciones a la perseguibilidad de oficio o el perdón del ofendido podrían tener cabida en la teoría jurídica del delito bajo una categoría de punibilidad concebida de forma suficientemente amplia¹⁰⁶.

Tampoco es cierto, por otro lado, que en nuestro Derecho la medida de la pena y las condiciones de su ejecución no dependan en absoluto de la satisfacción de los intereses de la víctima concreta del delito. El art. 21.5.^a CP reconoce como circunstancia atenuante

¹⁰² Así ALONSO RIMO, 2006, «La víctima y el sistema punitivo: la reconstrucción del fundamento del Derecho penal desde una perspectiva victimológica», pp. 314-315; 2006, «Análisis de la posición de la víctima en el sistema de justicia penal español», pp. 363-364; y, en relación con las excepciones a la perseguibilidad de oficio, LARRAURI PIJOAN, 1997, p. 192; y MARTÍN RÍOS, M DEL P, *Víctima y justicia penal. Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal* (Barcelona: Atelier, 2012), p. 75.

¹⁰³ Es decir, «el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento», concepto que «comprende los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral» y «en un sentido más extenso [...] los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación» (TAMARIT SUMALLA, 2006, «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», pp. 32-33).

¹⁰⁴ Podría pensarse, por ejemplo, que lo que subyace al art. 296.1 CP es el interés público en que el funcionamiento interno de las sociedades no se vea excesivamente obstaculizado por el ejercicio de acciones penales por parte de socios minoritarios o de terceros, salvo que sean estos los concretos «agraviados» por el delito. No obstante, al haber desaparecido con la LO 1/2015 del elenco de delitos societarios precisamente aquel en el que cabría esperar que operara, en el sentido restrictivo que acaba de exponerse, tal condición de perseguibilidad —el delito de administración desleal (actual art. 252 CP)—, hay que admitir que la plausibilidad de esta tesis resulta hoy algo más discutible.

¹⁰⁵ Así ALONSO RIMO, 2002, pp. 343-404, 432-436, 529-533; 2006, «La víctima y el sistema punitivo: la reconstrucción del fundamento del Derecho penal desde una perspectiva victimológica», pp. 310-313; 2006, «Análisis de la posición de la víctima en el sistema de justicia penal español», p. 364; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2015, p. 1019; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Punibilidad y delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 4805; y, aunque solo en relación con una parte de los delitos sometidos a esta condición de perseguibilidad en Alemania, NEUMANN, 1987, p. 246. La misma postura sostiene POZUELO PÉREZ, L, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003), pp. 426-433, 448-449, aunque en relación con las eximentes y atenuantes basadas en la conducta postdelictiva.

¹⁰⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Punibilidad y delito», nm. 4805; una posibilidad que contempla también LUZÓN PEÑA, 2016, p. 559.

«[l]a de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración al acto del juicio oral». Por otra parte, el «esfuerzo [*scil.* del penado] para reparar el daño causado» es uno de los factores que el juez o tribunal debe valorar a la hora de resolver la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 80.1 y 3 CP), siendo en todo caso requisito para acordarla «[q]ue se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado» (art. 80.2.3.^a CP)¹⁰⁷, y pudiendo condicionarse la suspensión al «cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación» (art. 84.1.1.^a CP)¹⁰⁸. Tanto la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario como la concesión al penado de la libertad condicional se sujetan, asimismo, a que este

«haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición» (art. 72.5, par. I LOGP, al que remite el art. 90.1, par. III CP).

Finalmente, el adelantamiento de la concesión de la libertad condicional requiere que el penado «acredite [...] la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso» (art. 90.2, par. II CP).

¹⁰⁷ Si bien, de acuerdo con el último párrafo del precepto «este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica [...] y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine».

¹⁰⁸ En el régimen especial previsto en el art. 80.3 CP para reos no habituales, aunque la satisfacción de las responsabilidades civiles no es requisito para acordar la suspensión, se establece que esta «se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas [*scil.* del reo], o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.^a del artículo 84».

También estas instituciones se prestan a una explicación en términos de sacrificio (parcial) de la función preventiva de la responsabilidad penal a intereses superiores de política jurídica; en este caso, al interés en el pronto resarcimiento a las víctimas que así lo deseen de los daños padecidos como consecuencia del delito (*Schadenersatz*), en la medida de lo económicamente posible¹⁰⁹. No obstante, sería asimismo posible una interpretación alternativa de los anteriores preceptos que no planteara siquiera un conflicto entre los fines de la pena e intereses «externos» a la lógica de la responsabilidad penal: una interpretación desde el punto de vista de la reparación (*Wiedergutmachung*), entendida, en el sentido explicado más arriba¹¹⁰, como posible equivalente funcional de la pena¹¹¹. Lamentablemente, a mi juicio, la ley es demasiado ambigua en este punto como para poder decantarse firmemente por una de las dos interpretaciones propuestas. De hecho, los preceptos en los que se emplea la expresión «responsabilidad civil» — básicamente, los que se refieren a la ejecución de las penas privativas de libertad— son, valga la paradoja, los que más favorecen una lectura en términos de reparación, dado el énfasis legislativo en el *esfuerzo* reparador del penado (por oposición al *resultado* de efectivo resarcimiento, total o parcial, del daño causado a la víctima) y la expresa referencia a la mediación penal del art. 84.1.1.ª CP¹¹². Por el contrario, resulta más dudoso que la atenuante de «reparación del daño», tal y como está formulada¹¹³, pueda ser

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA, 1997, *passim*, esp., pp. 253-254, 258, 261-262; PUENTE SEGURA, 1997, pp. 407-412; QUINTERO OLIVARES, G, «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 26, 33-36; POZUELO PÉREZ, 2003, pp. 381-383, 390-391, 406; ALASTUEY DOBÓN, MC, «La responsabilidad civil y las costas procesales», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Gracia Martín, L (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), n. 22 (p. 599); HORTAL IBARRA, 2014, pp. 5, 13-15; DEL MORAL GARCÍA, 2018, pp. 464-465; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 96-97. Por su parte, GARRO CARRERA, 2005, *passim*, esp. 236-240, 247-253, 338-340, 400-403; 2008, pp. 19-48; y ASUA BATARRITA, 2008, *passim*, esp. pp. 145-153, 160-161, 169-171, aunque consideran esta interpretación del art. 21.5ª CP la más acorde a su tenor literal, la critican *de lege ferenda*. Vid., en el mismo sentido, FREUND Y GARRO CARRERA, 2006, pp. 78, 96, 98-99.

¹¹⁰ Vid. el texto que acompaña a las nn. 64-82.

¹¹¹ En este sentido los leen ALCÁCER GUIRAO, 2001, *passim*, esp. pp. 93-94, 97-101); 2011, pp. 119-125; TAMARIT SUMALLA, 2006, «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», pp. 456, 459-460; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, pp. 29-30; e IGLESIAS RÍO Y TAPIA BALLESTEROS, 2017, p. 6. Admiten la viabilidad de ambas interpretaciones, sin decidirse claramente por ninguna de ellas, ALONSO RIMO, 2002, nn. 159, 160 (p. 389); y MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Consecuencias jurídicas del delito», nm. 4904.

¹¹² Vid., en sentido similar, TAMARIT SUMALLA, 2006, «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», p. 460. Critican, por este mismo motivo, el uso de la expresión «responsabilidad civil» en esta sede, GARRO CARRERA, 2005, pp. 390-393; y VILLACAMPA ESTIARTE, C, «Víctima y sistema de sanciones penales», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), p. 367.

¹¹³ Cfr., por ejemplo, lo dispuesto en el § 46a StGB —el homólogo alemán del art. 21.5ª CP—, precisamente bajo la rúbrica «*Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung*».

interpretada de la misma forma¹¹⁴. Habría sido muy conveniente, en este sentido, que se hubiera aprovechado la oportunidad que proporcionaba el prometido desarrollo reglamentario del art. 15 LEV para aclarar todas estas cuestiones¹¹⁵. Deba preferirse una interpretación u otra, sin embargo, es importante destacar que tampoco estas «excepciones» —si es que lo son— al papel marginal de la víctima del delito respecto de la responsabilidad penal de quien lo comete se oponen en absoluto a la tesis de que la pena tiene, en nuestro Derecho, una función preventiva y no resarcitoria de aquella.

Finalmente, la única excepción relevante a la exclusiva legitimación del perjudicado para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil en el Derecho español es la obligación del Ministerio Fiscal de entablar de oficio la acción civil en el proceso penal, a no ser, por supuesto, que el perjudicado por el delito expresamente renuncie a ella o reserve su ejercicio para la vía civil (arts. 108; 112, par. I; y 771.1.ª LECrim). No se discute en absoluto, sin embargo, que esta legitimación «extraordinaria»¹¹⁶ se otorga al Ministerio Fiscal en exclusivo beneficio de los perjudicados por el delito, teniendo en cuenta, especialmente, que muchos de ellos carecen de los medios necesarios para comparecer como parte en el proceso penal¹¹⁷. Queda claro, por tanto, que tampoco esta

¹¹⁴ Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS parece ir en esta línea, en cuanto admite la aplicación de la atenuante en casos de reparación simbólica (e incluso llega a exigir, en ocasiones, que se acompañe el resarcimiento del daño con esta clase de actos) y tiene en cuenta, a la hora de apreciarla, el esfuerzo llevado a cabo por el penado conforme a su concreta capacidad reparadora. Sin embargo, la frecuente referencia a la «necesaria vinculación» que, de acuerdo con la Sala, existe entre la atenuante y la responsabilidad civil *ex delicto* introduce cierta ambigüedad en su planteamiento. Puede encontrarse un excelente resumen de esta jurisprudencia en POZUELO PÉREZ, L, «Reparación del daño», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nms. 4150-4154.

¹¹⁵ Como también observan TAMARIT SUMALLA, 2015, «La reparación y el apoyo a las víctimas», p. 133 de la versión electrónica; e IGLESIAS RÍO Y TAPIA BALLESTEROS, 2017, p. 7, el tenor literal del precepto no hace más que agravar la situación de ambigüedad legislativa aquí criticada, al referirse a la obtención por parte de la víctima de «una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito» como finalidad de los «servicios de justicia restaurativa» a cuya regulación se dedica. Y no han contribuido en absoluto a mitigar esta ambigüedad las escasas disposiciones que el REV dedica a las medidas de justicia restaurativa, que se limitan a mencionarlas al hilo de la regulación de las funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Muy crítico con esta práctica ausencia de desarrollo reglamentario del precepto se muestra MARTÍNEZ RUIZ, 2017, pp. 108-110.

¹¹⁶ Como la califican MARTÍN RÍOS, 2012, p. 240; y MORENO CATENA, V, «Las partes civiles en el proceso penal», en *Derecho Procesal Penal*, ed. Cortés Domínguez, V y Moreno Catena, V (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), p. 132. De «perversión legal» llega a tildarla GÓMEZ BENÍTEZ, 2009, p. 107; próximo, YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 65.

¹¹⁷ En este sentido se pronuncia el TC en el FJ 3 de su sentencia 98/1993, de 22 de marzo. Así también DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E, «La responsabilidad civil y el proceso penal», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 224-226; MARTÍN RÍOS, 2012, pp. 240-241; MORENO CATENA, 2015, «El proceso penal», pp. 41-42; 2015, «Las partes civiles en el proceso penal», p. 132; DEL MORAL GARCÍA, 2018, p. 461. En contra, sin embargo, HORTAL IBARRA, 2014, pp. 23-25, que —en la línea ya defendida por

excepción al modelo general perfilado al comienzo de este epígrafe permite poner en tela de juicio la idea de que, en consonancia con la función exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad civil en nuestro Derecho, el perjudicado tiene respecto de ella un papel protagonista.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. La responsabilidad penal tiene, en el Derecho español, una *función preventiva*, de forma que el resarcimiento del daño causado a la víctima concreta del delito es, a lo sumo, un posible *efecto* deseable de la pena. Si se hubiera diseñado la pena para cumplir una función resarcitoria, se mediría por el daño causado a la víctima concreta del delito y se dejaría su imposición al arbitrio de esta última; sería, en definitiva, algo muy parecido a la responsabilidad civil, tal y como hoy se configura en nuestro Derecho.
2. Por el contrario, la responsabilidad civil tiene, en nuestro Derecho, una *función resarcitoria*, de manera que la prevención de conductas negligentes es, a lo sumo, un posible *efecto* deseable de la obligación de resarcir el daño a la persona concreta que lo sufre. Una responsabilidad civil diseñada para cumplir una función preventiva tendría rasgos que recordarían poderosamente a la configuración normativa actual de la responsabilidad penal: proporcionalidad con la gravedad del hecho e imposición con independencia de los intereses del concreto perjudicado.
3. Puesto que desempeñan funciones radicalmente diferentes, no existe entre el Derecho de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil una relación de subsidiariedad. Contra lo que frecuentemente se afirma, la responsabilidad civil no es uno más de los instrumentos de control social entre los que el Derecho penal ocupa la posición de *ultima ratio*. Y la razón es bien sencilla: si la responsabilidad civil no tiene, en nuestro Derecho, una función preventiva, entonces es normativamente incapaz de colmar las lagunas de prevención que deja el Derecho penal.

TAMARIT SUMALLA, 1994, pp. 80, 101— entiende que esta legitimación obedece a «la coexistencia de un interés público que trascendería al privado de la víctima y que sólo decaería cuando ésta última ha optado por la transacción, renuncia o reserva expresa de la acción civil derivada de delito» (p. 24).

4. Mientras que a la concreta víctima del delito le corresponde un papel *marginal* respecto de la responsabilidad penal de quien lo comete, el perjudicado por un daño tiene un papel *protagonista* respecto de la responsabilidad civil de quien se lo causa. Puesto que la función de la responsabilidad penal es la tutela del interés *público* en la prevención de delitos, su funcionamiento no puede dejarse al arbitrio de un particular. Por el contrario, debe corresponder al concreto perjudicado la decisión sobre si, y en qué medida, ha de imponerse una responsabilidad exclusivamente orientada a la tutela de *su* interés (*privado*) en el resarcimiento del daño.

5. Si se toma en serio la *coexistencia* de estas dos instituciones, con sus diferentes lógicas internas, no puede hablarse del Derecho penal del Estado como una instancia «neutralizadora», en el sentido de «expropiatoria» de la posición de la víctima en *su* conflicto con el autor: ni se le ha «expropiado» a la víctima el único conflicto verdaderamente *suyo* —el civil—, ni se la puede «neutralizar» de *otro* conflicto —el penal— respecto del que sería un error concebirla como «parte» en sentido material.

Capítulo 2. La perturbación como elemento estructural común a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil

I. INTRODUCCIÓN

Ya una comparación superficial de las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil conduce rápidamente a una conclusión coherente con las alcanzadas en el capítulo 1: los presupuestos de una y de otra, son, a primera vista, tan diferentes como sus funciones y parecen, además, corresponderse tanto con ellas como con sus principios limitadores. Para comprobarlo, basta con pensar en los respectivos pesos que exigencias como la responsabilidad personal por el hecho o la concurrencia de un resultado lesivo separado de la conducta tienen para la responsabilidad penal y la civil¹. No obstante, a pesar de todas estas diferencias, ambas estructuras dogmáticas parecen tener, a la vez, algo en común, como se infiere de la constatación de que una conducta jurídicamente *permitida* no puede dar lugar a responsabilidad penal ni a responsabilidad civil (por culpa)². Tanto una como otra presuponen, pues, una conducta *perturbadora*, en el sentido de contraria a las expectativas recíprocas de comportamiento en relación con los intereses ajenos³ que el Derecho refuerza⁴.

Las sencillas observaciones que acaban de hacerse constituyen el punto de partida de los próximos capítulos del trabajo. En lo que sigue, recorreré sistemáticamente las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la civil, comenzando por lo que comparten (capítulo 2) y continuando con los elementos que corresponden

¹ Vid., con mayor detalle, el texto que acompaña a las nn. 37-42 y 52-58 del capítulo 1.

² Como desarrollé en el resumen introductorio a este trabajo, empleo la expresión «responsabilidad civil» en el limitado sentido de «responsabilidad civil extracontractual por culpa». Una responsabilidad civil por conducta permitida es evidentemente posible, como pone de manifiesto la existencia de responsabilidad civil extracontractual por riesgo y por sacrificio. Vid., en este sentido, el texto que acompaña a las nn. 14-15 del resumen introductorio.

³ El Derecho no refuerza las expectativas sociales que unos individuos proyectan sobre otros en relación con el cuidado de sus *propios* intereses. La desatención de lo propio no perturba socialmente en el sentido relevante para los sectores jurídicos objeto de este trabajo, ni da lugar, por tanto, a responsabilidad de ninguna clase frente a otros. Dada una serie de requisitos puede, sin embargo, tenerse en cuenta a otros efectos, de forma coherente con la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Sobre ello, vid. apartado V del capítulo 4.

⁴ En este sentido, apunta QUINTERO OLIVARES que «la moderna dogmática civil ha ido elaborando una estructura objetiva y subjetiva de la culpa contractual y extracontractual relativamente cercana a la formulación de la doctrina de la imputación objetiva del resultado en derecho penal» (2002, «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», p. 21).

privativamente a la primera (capítulo 3) y a la segunda (capítulo 4). En todo caso, trataré de conectar estas similitudes y diferencias *estructurales* con las *funciones* que desempeñan una y otra forma de responsabilidad, manteniendo una dialéctica constante entre ambos niveles. Así como las conclusiones alcanzadas en el capítulo 1 respecto de las funciones de la responsabilidad penal y civil tomaron como base los rasgos estructurales nucleares de la configuración de una y otra en el Derecho español vigente —presentados entonces con el máximo grado de generalidad posible— (metodología «interpretativa»)⁵, esas mismas conclusiones serán ahora mi principal apoyo y punto de guía para una lectura teleológica del Derecho penal y de daños que sirva para precisar los contornos de cada estructura dogmática. El nivel de detalle que podrá alcanzarse en esta precisión será, sin embargo, necesariamente muy limitado. El objetivo de esta investigación es mucho más el de presentar un «mapa» funcionalmente coherente de los presupuestos de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en nuestro Derecho que el de agotar las cuestiones problemáticas que unos y otros plantean; un «mapa» que, a mi juicio, ha de tener la siguiente forma:

RESPONSABILIDAD PENAL		RESPONSABILIDAD CIVIL	
INJUSTO TÍPICO	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>jurídicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>		
	Subsunción típica <ul style="list-style-type: none"> - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo 	Daño Concepto subjetivo y concreto	
IMPUTACIÓN PERSONAL	<ul style="list-style-type: none"> - Elemento <i>absoluto</i>: capacidad personal de comportamiento conforme a la norma - Elementos <i>de graduación</i>: dolo natural y conocimiento de la prohibición + otros elementos subjetivos + grado de capacidad personal de comportamiento conforme a la norma 	Imputación del daño a la perturbación Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)	
		No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado	
PUNIBILIDAD		No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i> », « <i>wrongful life</i> » etc.	

⁵ Vid. n. 1 del capítulo 1 y el texto al que acompaña.

II. LA PERTURBACIÓN EN EL MARCO DE LAS ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL

Como se ha visto, puede afirmarse que tanto la responsabilidad penal como la civil presuponen una conducta *perturbadora*; requieren, en otras palabras, que el potencial responsable se haya comportado en relación con los intereses ajenos de forma contraria a las expectativas sociales jurídicamente reforzadas. Como trataré de mostrar en este apartado —sin perjuicio de la precisión estructural del concepto que desarrollaré en el apartado IV del capítulo—, este requisito común a ambas formas de responsabilidad no se corresponde completamente con ninguna de las categorías al uso que conforman una y otra estructura dogmática, al menos tal y como las construye la doctrina española actualmente dominante. De ahí mi decisión de no identificarlo terminológicamente con ninguna de ellas y designarlo en su lugar como «perturbación», aun a riesgo de añadir quizás la gota que colma un vaso ya de por sí saturado de conceptos de significados muy similares o idénticos y fronteras difusas⁶. Espero, en cualquier caso, que las explicaciones que siguen, junto con las del apartado IV, sean suficientes para clarificar con precisión a qué me refiero, de forma que la terminología no se convierta en un obstáculo para la comunicación y el debate académico.

La categoría dogmática que más se asimila a la perturbación es el concepto *jurídico-civil* de imprudencia o, lo que es lo mismo, la «culpa o negligencia» a la que se refiere el art. 1902 CC⁷. Si he decidido, sin embargo, no identificar la perturbación con la imprudencia en sentido civil, ello se debe a que la perturbación solo coincide completamente con la culpa en la construcción doctrinal de esta que considero

⁶ Me he dejado inspirar, en la elección de este término, por lo que JAKOBS entiende por conducta «perturbadora» en su artículo «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), *passim*. El autor, sin embargo, no desarrolla el contenido de este concepto de forma suficientemente extensa en esta sede como para determinar si existe una coincidencia estructural perfecta entre una y otra categoría. Como enseguida podrá comprobarse, la expresión se utiliza en este trabajo, en cualquier caso, en un sentido completamente diferente aquel en el que el legislador alemán emplea el término «*Störer*» (literalmente, «perturbador» o «persona que perturba») para referirse a quien invade el derecho a la propiedad de otro, a los efectos del posible ejercicio contra él de las acciones negatoria y de cesación (vid. § 1004 BGB). Y es que, como en su momento se indicó, ninguna de estas acciones —como mecanismos de tutela de derechos subjetivos absolutos que son— presupone, a diferencia de la de daños, la existencia de culpa por parte del deudor (vid. n. 35 del capítulo 1). Es perfectamente posible, en definitiva, ser un *Störer* a los efectos del Derecho civil alemán, sin haber cometido una conducta perturbadora, en el sentido en que aquí se emplea esta expresión.

⁷ Sobre la relación entre estos tres términos, vid. n. 10 del resumen introductorio.

personalmente más acertada; construcción que se aparta, sin embargo, de la preferida por la doctrina mayoritaria en al menos dos aspectos centrales.

En primer lugar, la conducta perturbadora no tiene por qué ser *culpable*, ni en el sentido penal del término, ni en ninguno similar. Frente a ello, la doctrina civilista española mayoritaria concibe la culpabilidad —la llamada «imputabilidad civil»— como presupuesto necesario de la culpa, con la consiguiente exención de responsabilidad civil de los niños menores de cierta edad y de determinadas personas con discapacidad intelectual o psicosocial. Como más adelante desarrollaré⁸, esta lectura del art. 1902 CC no es solo poco coherente con la función resarcitoria de la responsabilidad civil, sino también palmariamente contradictoria con lo dispuesto en el nuevo art. 299 CC, y en el art. 118.1 CP para la responsabilidad civil «derivada de delito»⁹. Ello no impide, sin embargo, que determinadas categorías de dañantes inimputables estén exentos de responsabilidad civil con base en consideraciones de política jurídica que, en caso de conflicto, prevalecen sobre el interés del perjudicado en el resarcimiento del daño¹⁰.

En segundo lugar, a diferencia de la culpa en la construcción dominante¹¹, la perturbación abarca tanto la llamada «infracción del deber objetivo de cuidado» por parte del dañante como la ausencia de causas de justificación. Que la culpa presupone tal «infracción del deber objetivo de cuidado» resulta prácticamente incontrovertido y en mi opinión *sustantivamente* correcto, si se entiende por tal lo que la doctrina suele designar con esta expresión. Lo problemático es más bien la *expresión* en sí misma considerada. Y es que, como muchos autores han puesto de manifiesto, resulta cuestionable que pueda propiamente hablarse de un deber «objetivo», desde el punto de vista de una teoría de la norma en alguna medida imperativista. Se ha sostenido, en efecto, que una norma imperativa solo puede cabalmente dirigirse, como destinatario, a quien tiene capacidad

⁸ Vid. apartado II del capítulo 4.

⁹ Ha de admitirse que la situación es diferente en otros ordenamientos de nuestro entorno, incluidos la mayoría de los europeos continentales, y que era también diferente en España con anterioridad a 1995. Sobre este punto se volverá con cierto detalle más adelante (vid. el texto que acompaña a las nn. 7-20 del capítulo 4).

¹⁰ Vid. apartado VI del capítulo 4.

¹¹ Aunque cfr. BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 138-139.

personal de cumplirla, único que también puede propiamente infringirla¹²: en palabras de BINDING, «el denominado “injusto objetivo” no es más que pura casualidad»¹³. No es mi intención tomar postura en este trabajo en el debate sobre esta complejísima materia, que desbordaría con mucho el objeto de mi investigación. Me reservo, en este sentido, mi opinión sobre lo atendible o no de esta clase de planteamientos, limitándome, en lo que sigue, a prescindir, en la medida de lo posible, de expresiones discutibles desde esta perspectiva, como la propia de «infracción del deber objetivo de cuidado» y otras análogas¹⁴. En cualquier caso —con independencia de la mayor o menor plausibilidad del imperativismo como teoría de la norma sancionadora—, no puedo dejar de expresar mis dudas sobre la posibilidad de concebir de acuerdo con este modelo las normas que rigen

¹² Así, p. ej., BINDING, K, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Band 4: Die Fahrlässigkeit* (Leipzig: Felix Meiner, 1919), pp. 363-364, 508-529; 1922, pp. 99-101, 243-245, 299; MAYER, ME, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung* (Frankfurt: Sauer & Auvermann, 1967), pp. 8-9; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, *passim*, esp. pp. 59-65, 553-604, 837-843; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, ed. Silva Sánchez, JM et al. (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2017), pp. 736, 742-745, 751; PAWLIK, 2012, p. 278; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 564-565, 651-652, 683-684; ROBLES PLANAS, R, «La “teoría de la imputación objetiva”: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», en *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, ed. Frisch, W (Barcelona: Atelier, 2015), pp. 34-35; COCA VILA, 2016, pp. 153-157, 528; o MIR PUIG, 2016, *passim*, esp. pp. 77, 150-152, 434-435, 552. Considera LUZÓN PEÑA, en cambio, que esta concepción «es equivocada, y el error radica en concebir la norma penal como norma subjetiva de determinación. Pues los imperativos y prohibiciones conminados penalmente [...] van dirigidos a la totalidad, a la generalidad de los ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables, no sólo para dejar clara cuál es la conducta prohibida de modo general, sino también entre otras cosas porque en ocasiones y en cierta medida también los inimputables se dejan determinar o motivar por la norma penal. Pero, en cualquier caso, aunque los no culpables sean sólo muy anormalmente accesibles o prácticamente inaccesibles a la motivación de la norma penal (problema de culpabilidad), ello no significa que no obren de modo contrario a la misma; tales comportamientos están prohibidos para todos. Por tanto, la norma a la que se opone el acto antijurídico es (también) norma —objetiva, general— de determinación» (2016, pp. 178-179; una posición anticipada ya en LUZÓN PEÑA, D-M, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2.^a ed. (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2002), pp. 107-108, 276, 552-553). Vid., en el mismo sentido, GIL GIL, A, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado* (Barcelona: Atelier, 2007), pp. 45-80, 138-140, 404; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 426. En una línea similar, aunque desde otra perspectiva, apunta JAKOBS que «no se debe afirmar que al Derecho nunca le esté permitido ordenar a quien no sabe nadar medidas de salvación donde cubre el agua [...]; lo que sucede es que en una sociedad moderna estas situaciones se tratan como algo natural», por oposición a la defraudación de una expectativa normativa de conducta (1991, p. 7).

¹³ BINDING, 1922, p. 244.

¹⁴ Como la de «antijuridicidad objetiva» (*objektive Rechtsnormwidrigkeit*), con la que algunos autores designaban, de hecho, a principios del siglo XX una categoría dogmática cuya coincidencia estructural con lo que aquí se ha denominado «perturbación» era prácticamente total. Vid., p. ej., MÜLLER, 1912, pp. 22-28; ENGISCH, 1931, pp. 52-60; y más tardíamente MÜNZBERG, 1966, *passim*.

la responsabilidad civil¹⁵, cuya función, de acuerdo con lo aquí defendido, tiene muy poco que ver con la dirección de las conductas humanas por cauces motivacionales¹⁶.

En lo que atañe a la ausencia de causas de justificación, la doctrina mayoritaria no suele tratar este problema en sede de culpa, sino en el marco de un requisito adicional de «antijuridicidad»¹⁷. Mientras por tal se entienda, en este contexto, simplemente la mencionada ausencia de causas de justificación, solo cabe reprochar a los partidarios de esta categoría su carácter superfluo¹⁸: ¿por qué introducir por vía interpretativa un

¹⁵ En la línea de lo que hiciera, paradigmáticamente, MÜNZZBERG, 1966, *passim*, esp. 51-53; y también KAHRS, HJ, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht* (Hamburgo: Walter de Gruyter, 1969), *passim*, esp. pp. 16-17. Critican este planteamiento, con buenos argumentos, PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 394-402; JANSEN, 2003, pp. 47-52; WILENMANN, J, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad* (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2017), p. 572; y JOHN, 2020, pp. 77-83, 96-97, 119-121, 123-124, 127, 158-159.

¹⁶ En este sentido, señala, con acierto, LUZÓN PEÑA, 2016, p. 3, que la calificación de las normas penales como imperativos no tiene por qué hacerse necesariamente extensiva al resto de normas del ordenamiento jurídico; algo en lo que, por lo demás, coincide MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 536-537 y n. 58 (p. 536). Esta constatación fue, de hecho, la que condujo a BINDING, 1922, *passim*, esp. pp. 298-303, 426-428, a abandonar su posición «unitaria» inicial para pasar a defender la existencia de diversas clases de ilícitos, entre las que el delito (por oposición, sobre todo, al ilícito civil) sería la única consistente en una conducta verdaderamente antinormativa, o sea, en la infracción de una norma en tanto imperativo. Merece la pena, en este sentido, reproducir las palabras con las que se cierra la cuarta edición del monumental tomo I de *Die Normen*: «El pasado reciente muestra por todas partes una fuerte tendencia unitaria: solo debería existir una proposición jurídica [*Rechtssatz*], la norma; un solo ilícito: el delito; una sola consecuencia jurídica para él: la pena. Desde luego es tentador y, si se consigue, digno de encomio, reconducir a tipos sencillos la pluralidad de manifestaciones de lo jurídico. Pero este planteamiento solo sería acertado si dichos tipos reflejaran la pluralidad propia de la vida. Y ninguna de las teorías monistas ha conseguido estar a la altura de esta exigencia: la vida ha hecho siempre estallar las ataduras con las que se ha pretendido embridarla. Junto a la norma aparece en pie de igualdad la atribución [*Gewährung*]; junto al delito, en tanto forma del ilícito jurídico-penal, en pie de igualdad el jurídico-civil y el resto de las formas de ilícito jurídico-público, a su vez enormemente variadas; junto a la pena, las diversas respuestas jurídicas a lo lícito y lo ilícito, ante todo, en pie de igualdad con la pena, la más grandiosa de todas ellas: la obligación de reparación [*Reparationsverbindlichkeit*]. La vida ama la riqueza y la diversidad de las formas. También la ciencia debería alegrarse de su existencia, en lugar de intentar combatir las» (1922, pp. 478-479).

¹⁷ Así, entre otros, PENA LÓPEZ, JM, «Prólogo», en *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Busto Lago, JM (Madrid: Tecnos, 1998), pp. 22-26; BUSTO LAGO, 1998, *passim*, esp. pp. 188-191, 246-414; PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 273-274; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R, «La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.ª ed. (Barcelona: Bosch, 2008), p. 12; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R, «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.ª ed. (Barcelona: Bosch, 2008), pp. 323-332; LACRUZ BERDEJO, JL ET AL., *Elementos de Derecho Civil. Tomo II: Derecho de Obligaciones. Volumen 2: Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito*, 5.ª ed. (Madrid: Dykinson, 2013), p. 443; REGLERO CAMPOS Y PEÑA LÓPEZ, 2014, «Conceptos generales y elementos de delimitación», pp. 80-81; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 163-178.

¹⁸ Vid., en esta línea, PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1995; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 138-139.

requisito no escrito en el art. 1902 CC cuando la «culpa o negligencia» a la que se refiere el precepto basta sobradamente para albergarlo¹⁹?

Pero el planteamiento se enfrenta a objeciones mucho más serias en cuanto se intenta dotar al concepto de un contenido *positivo* como requisito de la responsabilidad civil²⁰. Este camino puede conducir de nuevo, por un lado, al campo sembrado de dificultades de la infracción del «deber objetivo de cuidado», cuando no de un supuesto «deber general de no dañar a otros» (*neminem laedere*)²¹; deber que, evidentemente, solo puede tener algún sentido como tal si su vulneración presupone una conducta incorrecta del dañante²². Con ello, se produce un inevitable solapamiento del requisito de antijuridicidad con el de la culpa²³. La alternativa pasa por definir la antijuridicidad como

¹⁹ Así, p. ej., en relación con el art. 4:102 PETL (estándar de conducta exigible), WIDMER, P, «Art. 4:102. Required Standard of Conduct», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 80-81.

²⁰ La crítica que sigue bebe, como tantos otros aspectos del texto, de los fundamentales trabajos de PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 395-402; 1991, «Artículo 1902», pp. 1993-1995; 2000, n. 5 (p. 168). En esta línea, vid. también MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 641; GARCÍA AMADO, JA, «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en *Derecho de daños*, ed. Herrador Guardia, MJ (Cizur Menor: Aranzadi, 2013), pp. 72-76, 99; GARCÍA AMADO, JA, «Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual», *Almacén de Derecho*, 2019; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 159-164.

²¹ Así, p. ej., FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, J, *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)* (Granada: Comares, 1998), pp. 78-79; o DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño», pp. 329-332.

²² Como apunta PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1995, cualquier otra cosa resultaría inexplicable en un ordenamiento jurídico que tiene como infraestructura una economía de mercado basada en la libre competencia. Y es que, en palabras de DIEZ-PICAZO, «es manifiesto que existen daños que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer. Piénsese en el pequeño comerciante que para luchar frente a la dura competencia en que le sitúan los grandes empresarios debe de acometer gastos de publicidad o de marketing que reducen sus beneficios. puede ocurrir incluso que estos beneficios se vean aniquilados y que tenga que cerrar su establecimiento, sin que pueda demandar nada a nadie» (2011, p. 300). Vid., en el mismo sentido, JANSEN, 2003, pp. 301-302; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M, *Ilicitud, culpa y estado de necesidad. Un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil* (Madrid: Dykinson, 2006), pp. 34, 61, 117-118; KOZIOL, 2012, p. 197; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 168-169.

²³ Así, con excelentes argumentos, JANSEN, 2003, pp. 424-433, 453. También DIEZ-PICAZO, 2011, pp. 298, 303-304. Parte, en esta línea, de una identidad entre ambas categorías, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 70, 79, 83-84, 89, 99, 101-103. Vid., en sentido similar, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 34-36; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables* (Granada: Comares, 2008), p. 51, que identifica (correctamente) la «antijuridicidad civil» con la culpa «objetiva», pero reserva el término «culpa» para referirse a la capacidad personal («subjetiva») del dañante de haberse comportado conforme a Derecho (2006, pp. 73-91); capacidad que yo, al contrario que este autor, considero irrelevante para la responsabilidad civil por culpa (vid. apartado II del capítulo IV de este trabajo).

una suerte de «desvalor de resultado», de manera que, en el mejor de los casos, se vuelve imposible diferenciarla del daño²⁴.

En el peor, no obstante, la categoría se emplea para llevar a cabo una importación completamente injustificada a nuestro ordenamiento de la exigencia general de lesión de un derecho subjetivo absoluto para la responsabilidad civil por imprudencia que existe en el Derecho alemán (vid. § 823(1) BGB)²⁵. Sin embargo, como los propios civilistas alemanes se encargan de dejar meridianamente claro esta característica *excepcional* de su Derecho de daños obedece precisamente a la finalidad de excluir con carácter general el resarcimiento en casos de causación meramente culposa de daños morales o puramente patrimoniales a otros, contra lo que permiten, en principio, sistemas de «cláusula general» de raíz romana como el francés (vid. arts. 1240-1241 CCF) o el español²⁶. Como demuestran tanto los PETL (art. 2:102) como el DFCR (nms. VI-2:201-2:211) esta misma finalidad puede lograrse a través de una limitación normativa de las partidas de daño «resarcibles» o «jurídicamente relevantes»²⁷; limitación que, de existir en Derecho

²⁴ Un riesgo del que alertan MÜNZBERG, 1966, p. XVII; y, más recientemente, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, p. 32.

²⁵ Vid., en esta línea (aunque admitiendo también la lesión de otros «intereses jurídicamente protegidos»), PENA LÓPEZ, 1998, pp. 22-26; BUSTO LAGO, 1998, *passim*, esp. pp. 50-53, 65-146; PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 8, 199, 267-278; o REGLERO CAMPOS Y PEÑA LÓPEZ, 2014, «Conceptos generales y elementos de delimitación», pp. 77-80.

²⁶ Así, entre otros, BUSTO LAGO, 1998, pp. 199-202; Díez-PICAZO, 2011, pp. 297-298, 331; VICENTE DOMINGO, 2014, pp. 329, 337; y WAGNER, G, «§ 823 Schadensersatzpflicht», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6*, ed. Habersack, M, 7.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2017), nms. 1-3, 8-10. Así concibe también este sistema MARTÍN CASALS, 2011, pp. 41-42, que añade al respecto que «[l]a idea del daño resarcible no es exclusiva de un sistema germánico basado en una enumeración más o menos cerrada de intereses protegidos, sino que existe en todo ordenamiento jurídico aunque no se expícite» (ibíd., p. 41). Cfr., no obstante, JANSEN, 2003, pp. 456-524, 542-544.

²⁷ KOZIOL, H, «Introduction to Chapter 2. Damage», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 24-25. Esto demuestra que, contra lo que afirma PENA LÓPEZ, 1998, pp. 22, 24, la antijuridicidad no es —ni en nuestro ordenamiento, ni en ningún otro— un requisito «ontológicamente necesario» de la responsabilidad civil. Este autor se pregunta irónicamente, en relación con la antijuridicidad, si «¿[s]e tratará de una “figura fantasmagórica” (como calificó CARNELUTTI el deber de *neminem laedere*), aparecida en un sueño más del conceptualismo jurídico, que habitase, en un palacio construido en el aire y enclavado en el territorio donde los soldados de plomo montan pomposamente a lomos de caballos de papel: el territorio de las quimeras jurídicas de WANGEROW, en el “palacio encantado del Derecho” de SOHM, en cuyos pasadizos se afanase en sorprender a misántropos juristas aficionados, como DUMOULIN, a perderse, tan lúdica como inútilmente (al decir de MAINZ), por sus “inextricables” y conceptuosos laberintos, en pos del hallazgo de la “sala de las momias” jurídicas?» (ibíd., p. 16); para terminar comprobando «con el gran alivio que supone no tener que cambiar totalmente [su] concepción del Derecho» (ibíd., p. 16), «que en los Códigos civiles más modernos y progresivos, exponentes como tales, se supone, de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales más arraigadas y correspondientes, todos ellos, a países donde impera de forma floreciente, además, la economía de mercado: el CC alemán, el suizo de las obligaciones, el italiano del [sic.] 1942, el portugués y el holandés de Derecho patrimonial de 1992, se erige la antijuridicidad, de forma explícita, en uno de los elementos del

español, habría que catalogar dogmáticamente, a mi juicio, como exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica²⁸.

Que lo que yo llamo «perturbación» coincida con el concepto civil de imprudencia —o culpa, o negligencia— depende, así pues, de que en el análisis de esta última se *prescinda* de cualquier referencia a la culpabilidad del autor de la conducta y al mismo tiempo se *incluya* la ausencia de causas de justificación. Aunque considero, por las razones expresadas, que este es el modo correcto de proceder (al menos) en relación con el Derecho español de daños, no lo entiende así la doctrina civilista mayoritaria, de forma que he preferido distinguir terminológicamente una y otra categoría.

Por otro lado, de lo dicho hasta ahora se desprende ya sin demasiada dificultad que la perturbación tampoco se corresponde por completo con ninguno de los niveles dogmáticos tradicionales de la teoría jurídica del delito. En efecto, la conducta perturbadora es penalmente, en un sentido, *menos* que típica y, en otro, *más* que típica. Por un lado, la perturbación designa algo que no es aún la conducta objetivamente típica de ningún delito concreto, pero que el tipo objetivo de cualquier delito presupone. Expresado de forma lo más gráfica posible, los tipos penales concretos «recortan» selectivamente —de acuerdo con los principios de taxatividad y fragmentariedad— el universo (infinito) de posibles conductas perturbadoras, elevando solo algunas de ellas a la categoría de penalmente relevantes²⁹. Por otro lado, en la medida en que presupone la

supuesto de hecho de la responsabilidad civil» (ibíd., pp. 16-17). Es curioso que un jurista que se declara curado de toda «alucinación conceptual» e «inmerso» en las «más frías aguas» de la realidad jurídica («las prosaicas y gélidas de los Códigos civiles y de la doctrina y jurisprudencia tradicionales»; ibíd., p. 16) se zambulla en ellas partiendo de una «concepción del Derecho» *que ya incluye* la antijuridicidad como elemento de la estructura dogmática del Derecho de daños. Con independencia de ello, creo que —por poéticamente decepcionante que ello pueda resultar— la respuesta a la pregunta retórica de PENA LÓPEZ es en realidad bastante sencilla: precisamente porque *no existe* un «palacio encantado del Derecho», carece de sentido afirmar que la antijuridicidad (o cualquier otra categoría dogmática) es una «necesidad ontológica» (universal) en la estructura del Derecho de daños. Y la *contingencia* de que el requisito se exija en códigos civiles como el alemán, el suizo, etc. —cumpliendo funciones que, como se ha visto, en regulaciones más «modernas y progresivas», como los PETL y el DFCR, desempeñan otros dispositivos— no permite extraer ninguna consecuencia para la estructura dogmática de la responsabilidad civil *en el Derecho español*; máxime si para el acceso al «selecto club» de la antijuridicidad ayuda contar con una «floreciente» economía de mercado.

²⁸ Vid. apartado VI del capítulo 4.

²⁹ Vid., en mayor profundidad, apartado II del capítulo 3.

ausencia de justificación, la perturbación trasciende el nivel de lo penalmente típico tal y como lo concibe la doctrina dominante³⁰.

De acuerdo con ello, la coincidencia de la perturbación con el llamado «primer nivel» de la imputación al tipo objetivo («imputación objetiva del comportamiento») es solo parcial: la perturbación le resta a la imputación objetiva la referencia a un tipo penal concreto, al tiempo que le suma la ausencia de causas de justificación. Y lo mismo cabe decir, *mutatis mutandis*, de la relación entre la perturbación y el concepto *penal* de imputación objetiva de la conducta en el que, como admite la doctrina hoy posiblemente mayoritaria, ha quedado diluida casi por completo la dogmática del delito imprudente³¹; habiéndose alcanzado, por esta vía, cierto consenso en torno a un modelo dogmático en el que el delito imprudente vendría caracterizado frente al doloso sencillamente por la *ausencia de dolo*, requiriendo ambos, por lo demás, una conducta (objetivamente) típica y antijurídica —una perturbación típicamente abarcada, en la terminología empleada en este trabajo—, y personalmente evitable para el autor (culpabilidad)³²: tomando prestada

³⁰ En realidad, de acuerdo con mi planteamiento, el sentido en que la conducta perturbadora es «algo más» que conducta típica es meramente aparente. Tal y como yo lo veo, lo que sucede es, más bien, que la conducta penalmente típica *presupone*, entre otros requisitos, la ausencia de justificación, de manera que la relación tradicional entre los conceptos de tipo y justificación *se invierte*: la segunda se antepone al primero. Volveré con mayor detalle sobre esta postura y sus implicaciones sistemáticas al final de este capítulo (vid. punto d del epígrafe 3 del apartado IV). Un planteamiento muy similar puede encontrarse en PAREDES CASTAÑÓN, JM, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)* (Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995), pp. 75-76, aunque el autor no llega a explicitar sus consecuencias sistemáticas (algo que probablemente se deba a que, partiendo, como él parte, de la teoría de los elementos negativos del tipo, estas carecen en muy buena medida de relevancia práctica).

³¹ El análisis prácticamente exhaustivo de las diferentes posiciones sostenidas al respecto en la doctrina alemana llevado a cabo por DUTTGE, 2001, pp. 40-134 proporciona una buena muestra de la progresiva aproximación entre la dogmática tradicional de la imprudencia y la teoría de la imputación objetiva, hasta llegar a la práctica «absorción» de la primera por la segunda; conclusión que había sido famosamente anticipada en 1991 por MARINUCCI (vid. MARINUCCI, G, *La colpa: studi* (Milán: Giuffrè, 2013), pp. 332-354, 477), y poco antes en nuestro país por CORCOY BIDASOLO, M, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (Barcelona: PPU, 1989), pp. 293-344, 335, 375-376, que afirma, en este sentido, que «en el delito imprudente, la teoría de la imputación objetiva, en su concepción más usual, ha supuesto, en la práctica, una duplicación del juicio de tipicidad» (ibíd., p. 31). Concluye DUTTGE, desde esta perspectiva, que las diferencias entre las categorías —igualmente indeterminadas— de la «infracción del deber (objetivo) de cuidado», la «cognoscibilidad de la realización del tipo» y la «superación del riesgo permitido» son, en la práctica, puramente terminológicas (ibíd., pp. 26-28); una opinión que, con anterioridad al desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva, ya había sido defendida por FRISCH, P, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzen* (Berlín: Duncker & Humblot, 1973), pp. 63-80; y que PEÑA LÓPEZ, F, *Dogma y Realidad del Derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL* (Cizur Menor: Aranzadi, 2011), pp. 80-120, 142-147, ha trasladado al ámbito del Derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

³² Así lo declaran expresamente autores como JAKOBS, 1991, pp. 317, 872; JAKOBS, G, «El delito imprudente», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), p. 167 (un parecer al que el autor se aproximaba ya en JAKOBS, G, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt* (Berlín: Walter de Gruyter, 1972), pp. 47, 84, 87-89); REYES ALVARADO, Y, *Imputación objetiva* (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994), pp. 96-

98; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 120-121, 229; ROXIN, C, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», *Chengchi Law Review*, vol. 50 (1995), pp. 229-231; 2006, pp. 373, 1097; HERZBERG, RD, «Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt», *Juristische Schulung*, vol. 36 (1996), pp. 380-382; HERZBERG, RD, «Reflexiones sobre la teoría final de la acción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 10 (2008), nn. 44-45 (p. 19), pp. 21-221; PUPPE, I, «Der Aufbau des Verbrechens», en *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, ed. Dannecker, G et al. (Colonia/ Berlínlas?/ München: Carl Heymanns, 2007), pp. 398-399; 2017, nms. 154, 256; SUMMERER, K, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale* (Pisa: ETS, 2013), pp. 363-372; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 554-561, 569; HOYER, A, «Anhang zu § 16: Das Fahrlässigkeitsdelikt», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I: §§ 1-37 StBG*, ed. Wolter, J, 9.^a ed. (Colonia: Carl Heymanns, 2017), nms. 1-7; PEÑARANDA RAMOS, E, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)* (Madrid, 2020), pp. 13-14; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 478, 1213.

En sentido similar, aunque desde perspectivas dogmáticas (en ocasiones) muy diferentes, se pronuncian también GIMBERNAT ORDEIG, E, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (Madrid: Reus, 1966), pp. 1501-152; SCHMIDHÄUSER, E, «Fahrlässige Straftat ohne Sorgaltspflichtverletzung», en *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, ed. Grünwald, G et al. (Gotinga: Otto Schwartz, 1975), *passim*, esp. pp. 129-131, 147-148, 155-158; WOLTER, J, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem* (Berlín: Duncker & Humblot, 1981), p. 195; FRISCH, W, 1983, *passim*, esp. pp. 84-85, 130, 158; FRISCH, W, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», en *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, ed. Frisch, W y Robles Planas, R (Barcelona: Atelier, 2004), pp. 37-38, 49-50; KUHLEN, L, «Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral», en *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, ed. Jung, H, Müller-Dietz, H, y Neumann, U (Baden-Baden: Nomos, 1991), pp. 347-349; SANCINETTI, MA, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción* (Buenos Aires: Hammurabi, 1991), p. 204; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M, *La imputación objetiva del resultado* (Madrid: Edersa, 1992), pp. 44, 88-89, 121-124-139-145, 153-154; PUENTE SEGURA, 1997, pp. 515-516; FEJOO SÁNCHEZ, B, *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»* (Barcelona: Bosch, 2001), p. 190; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 384-385, 696, 697; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Cizur Menor: Aranzadi, 2005), pp. 692-695; MOLINA FERNÁNDEZ, F, *El concepto de peligro y la teoría del delito (escrito de habilitación a cátedras; inédito)*, 2007, pp. 2, 21; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Societas peccare non potest... Nec delinquere», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, ed. Bacigalupo Saggese, S, Feijoo Sánchez, B, y Echano Basaldúa, JI (Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2016), n. 35 (p. 385); MOLINA FERNÁNDEZ, 2017, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», pp. 735, 743; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Definición de delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 1116; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Dolo, imprudencia y error», nm. 2458; VILLACAMPA ESTIARTE, C, *Responsabilidad Penal del personal Sanitario. Atribución de Responsabilidad Penal en Tratamientos Médicos Efectuados por Diversos Profesionales* (Cizur Menor: Aranzadi, 2003), pp. 82-83; MARAVER GÓMEZ, M, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva* (Cizur Menor: Aranzadi, 2009), p. 150; MARAVER GÓMEZ, M, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Derecho civil y en Derecho penal», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63 (2010), pp. 341, 347-348; GUÉREZ TRICARICO, P, *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente* (Cizur Menor: Aranzadi, 2012), pp. 212-213; y PAWLIK, 2012, pp. 373-374.

La idea, sin embargo, encuentra, a mi juicio, implícita también en el planteamiento, heredado del finalismo —y probablemente aún dominante— conforme al que la imprudencia penal consiste en la infracción por parte del autor de un deber «objetivo» (tipicidad) y «subjetivo» (culpabilidad) de cuidado; así, WELZEL, H, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 58 (1939), pp. 556-563; WELZEL, H, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte* (Karlsruhe: C.F. Müller, 1961), pp. 7-12, 24-25, 30-32; WELZEL, H, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. Cerezo Mir, J (Montevideo/ Buenos Aires:

la célebre sentencia de MARINUCCI, «*non c'è dolo senza colpa*»³³. Pues bien, si la imputación objetiva del comportamiento presupone un juicio *prima facie* de desaprobación *típica*, la perturbación es, por así decirlo, una conducta *jurídicamente* desaprobada de forma *definitiva*.

Pero antes de seguir profundizando en el aspecto estructural de la perturbación es necesario hacerse cargo de una aparente paradoja. Y es que parece, en efecto, contradictorio —al menos, desde el punto de vista de la aproximación metodológica dogmático-funcional que vertebra este trabajo— que dos instituciones con funciones tan radicalmente diferentes como la responsabilidad penal y la responsabilidad civil compartan, sin embargo, un elemento central de sus estructuras dogmáticas. La paradoja se disipa, no obstante, si se entiende que la exigencia de una conducta perturbadora desempeña en cada uno de estos ámbitos *funciones también diferentes*, que responden a las funciones más generales de cada institución y, en parte, también a sus principios limitadores. Desarrollar esta tesis constituirá el objeto del siguiente apartado (III) de este

BdeF, 2001), pp. 55-57, 111-119, 158-169, que, sin embargo, rechaza la expresión «infracción del deber subjetivo de cuidado» para designar lo que es más propiamente un juicio de *reproche* por la infracción del cuidado (objetivamente) debido; KAUFMANN, ARM, «Das fahrlässige Delikt», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, vol. 5 (1964), pp. 45-47, 52-53; JESCHECK, H-H, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht* (Freiburg i.B.: Hans Ferdinand Schulz Verlag, 1965), pp. 8-10, 21, 29; BURGSTALLER, M, *Das Fahrlässigkeitdelikt im Strafrecht* (Viena: Manzsche, 1974), pp. 17-17, 23-24, 207; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 436-444, 511-516, 792; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, pp. 340-341; JESCHECK, H-H Y WEIGEND, T, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. Olmedo Cardenete, M, 5.^a ed. (Granada: Comares, 2002), pp. 228, 462, 480, 606-610, 620-643; GIL GIL, 2007, *passim*, p. ej., pp. 222, 228; MIR PUIG, 2016, pp. 298-301, 306; o JORGE BARREIRO, A, «Aproximación al estudio del Derecho penal sanitario», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, ed. Silva Sánchez, JM et al. (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2017), p. 632. Y es que, tal y como los conciben estos mismos autores, el primero de estos requisitos es estructuralmente idéntico al de imputación objetiva del comportamiento, mientras que el segundo se agota en la capacidad personal del autor de comportarse conforme a la norma. Como gráficamente señala JAKOBS, «la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido. Es tan superflua como lo sería un “dolo objetivo”» (1991, p. 323). Este es, de hecho, uno de los argumentos empleados por MOLINA FERNÁNDEZ para oponerse al «desplazamiento» del dolo y la imprudencia al tipo (subjetivo) de injusto propiciada por el finalismo. De acuerdo con el autor, esta postura resultaría inconsecuente en el ámbito de la imprudencia «porque el elemento que se desplaza desde la culpabilidad al injusto es la infracción del deber objetivo de cuidado, que en realidad no es otra cosa que el análisis de la peligrosidad de la acción tal y como lo realiza la teoría de la imputación objetiva, con lo cual en el tipo imprudente, según la doctrina penal mayoritaria, no habría realmente tipo subjetivo» (2000, n. 5, p. 60)

³³ MARINUCCI, 2013, pp. 354-360. Curiosamente, sin embargo, el autor se distancia expresamente de la idea de que la relación entre dolo e imprudencia sea (solo) una de *plus-minus*, defendiendo que es (también) una de *aliud-aliud*, dada la diversidad estructural (!) entre ambos criterios de imputación (ibíd., pp. 314-315, 362-364, 417). En este punto, no se me antoja demasiado osada la acusación a MARINUCCI de estar «repicando y en misa» de forma difícilmente disimulable: si la imputación a título de dolo *presupone* la imputación a título de imprudencia, entonces el dolo solo puede *añadir* elementos a la estructura de la imprudencia, resultando conceptualmente imposible que una y otra categoría se encuentren entre sí en una relación de *aliud-aliud*.

capítulo. Que el análisis de la función del requisito preceda al estudio pormenorizado de su estructura (objeto del apartado IV del capítulo) es también lo más coherente con la aproximación metodológica adoptada: solo la comprensión de las funciones que desempeña la perturbación en cada uno de los sistemas dogmáticos en los que se inserta proporciona un punto de partida sólido para tomar postura en las discusiones doctrinales sobre el contenido de su estructura, decantándose, ante la duda, por aquella configuración de la categoría que en mayor medida se corresponda con las funciones a las que sirve.

III. FUNCIÓN PREVENTIVA, FUNCIÓN RESARCITORIA Y PERTURBACIÓN

1. La perturbación como exigencia y como límite de la función preventiva de la responsabilidad penal: relevancia del principio del hecho

Que solo las conductas perturbadoras puedan ser delitos tiene su fundamento, en parte, en la propia función preventiva de la responsabilidad penal. En cierto sentido, puede afirmarse, en efecto, que el Derecho no tiene ningún interés en prevenir conductas no perturbadoras, por mucho que puedan resultar en lesiones de bienes jurídicos. Las expectativas recíprocas jurídicamente garantizadas de comportamiento respecto de los intereses ajenos se basan en reglas sociales de convivencia que no persiguen la completa neutralización del peligro para los bienes, sino lograr un balance adecuado entre su protección y la libertad general de actuación. Las lesiones de bienes jurídicos derivadas de conductas que no defraudan estas expectativas se asumen socialmente como el precio que hay que pagar por la simple preservación del *agere licere* o por la protección (adicional) de otros intereses considerados prevalentes que entran en conflicto con los primeros³⁴. Esta constatación, que las doctrinas finalistas de la «adecuación social» y el «riesgo permitido» convirtieron en una de las claves de la superación del paradigma

³⁴ Vid., en detalle, epígrafe 3 del apartado IV de este capítulo.

causalista en la teoría del delito³⁵, conserva hoy toda su vigencia, hasta el punto de haberse convertido en un auténtico tópico de la teoría de la imputación objetiva³⁶.

Pero la afirmación de que el Derecho no tiene interés en prevenir conductas no perturbadoras solo es válida con matices importantes. Para percatarse de ello, basta reparar en el carácter *impersonal* del juicio sobre la naturaleza perturbadora o no de la conducta. Las expectativas que unos miembros de la sociedad proyectan legítimamente sobre el comportamiento de otros están estandarizadas; lo que constituye su defraudación se determina, por así decirlo, «desde fuera», prescindiendo, en principio, de los factores

³⁵ Vid. WELZEL, 1939, pp. 516-518, 527-531, 557-559; 1961, *passim*, esp. pp. 17-18, 24-25; o ZIELINSKI, 1973, pp. 160-161. CANCIO MELIÁ, M, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 46 (1993), *passim*, esp. pp. 704-710, 728-729; CANCIO MELIÁ, M, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2001), pp. 77-83 —a quien siguen en este punto autores como FEIJOO SÁNCHEZ, B, *Teoría de la imputación objetiva* (México: Ángel, 2000), pp. 113-119; 2001, *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»*, pp. 154-160; RUEDA MARTÍN, MÁ, *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)* (Barcelona: Bosch, 2001), pp. 232-233; CANCIO MELIÁ, M Y MARAVER GÓMEZ, M, «El caso “Mansilla, Daniel Alejandro” de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, del 6/12/05», en *Jurisprudencia de Casación Penal. Tomo 2* (Buenos Aires: Hammurabi, 2010), p. 125; PAWLIK, 2012, p. 212—, quiere ver aquí la primera semilla de la moderna teoría de la imputación objetiva; cfr., sin embargo, las interesantes observaciones al respecto de SACHER, 2006, pp. 48-52. Sin querer desmerecer la importantísima contribución del finalismo en este punto, creo, sin embargo, que el planteamiento, hunde sus raíces en la dogmática tradicional del delito imprudente. Así, por ejemplo, BRUCK, FF, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht* (Breslau: Verlag von Wilhelm Koebner, 1885), pp. 73-75 menciona una serie de ejemplos de conductas arriesgadas, en los que la punición por imprudencia se excluye en aras del desarrollo científico e industrial; y tanto TRAEGER, 1904, p. 196, como VON BAR, CL, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht* (Aalen: Scientia, 1871), pp. 14-15; VON BAR, 1907, pp. 204-205, 212, 452-454, argumentan, en el mismo sentido, que el resultado del juicio de imprudencia no se basa exclusivamente en la «adecuación» de la conducta (la previsibilidad de que dé lugar a un resultado lesivo), sino más bien en una ponderación entre esta y su utilidad social. Vid., en sentido similar, RÜMELIN, M, *Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht* (Tubinga: Mohr Siebeck, 1909), p. 45; MANHEIM, H, *Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, ed. Schletter'sche Buchhandlung (Breslau, 1912), pp. 51-53; KOHLER, J, «Ueber die strafrechtliche Fahrlässigkeit», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 62 (1916), p. 247; BINDING, 1919, pp. 432-448. La originalidad del finalismo, en este punto, no reside tanto en un «descubrimiento» de la idea de fondo —probablemente tan vieja como el moderno Derecho penal (y de daños)— como en su correcto encuadramiento dogmático: en su desplazamiento del plano de la culpabilidad al del injusto; un paso que, por lo demás, ya habían dado decididamente antes autores como EXNER, 1910, pp. 191-206; MÜLLER, 1912, pp. 35-42 o ENGISCH, K, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Aalen: Scientia, 1930), *passim*, esp. pp. 74-75, 150-151, 283-290; , pp. 52-60 (cuyo sistema, ya durante el auge del finalismo, continuó defendiendo y desarrollando MAIHOFFER, W, «Zur Systematik der Fahrlässigkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 70 (1958), pp. 182, 185-186, 187-190); precedidos todos ellos por un (injustamente olvidado) artículo de TORP, C, «Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 23 (1903), *passim*, esp. pp. 94-97, en el que, de hecho, el autor presenta esta postura como dominante en la doctrina nórdica.

³⁶ Destacan especialmente la vinculación entre una y otra teoría JAKOBS, G, «El concepto jurídico-penal de acción», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 113-114; 1997, «El delito imprudente», p. 173; y CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 35-40.

atinentes a la esfera interna del autor que lo diferencian de la «persona baremo» en su posición. Servir una ensalada de diente de león en la cena no es una conducta perturbadora, por mucho que el autor —que tiene en su casa un libro de biología en el que, por error, el diente de león se incluye en la lista de plantas venenosas— lo haga con la finalidad de envenenar a sus invitados³⁷; a la inversa, perturba encender una cerilla en las proximidades de material fácilmente inflamable, aunque lo haga una persona sin la inteligencia suficiente para percibir el peligro.

La implicación del carácter impersonal del juicio sobre la perturbación a la que hace referencia el segundo de los ejemplos tiene una importancia relativamente escasa a los efectos que aquí interesan, pues una conducta personalmente inevitable, por muy perturbadora que sea, no puede de todas formas hacerse acreedora de pena en un Derecho penal vinculado por el principio de culpabilidad³⁸. Observada únicamente desde *esta* perspectiva, la exigencia de una perturbación, como nivel sistemático autónomo de la teoría del delito, únicamente introduce, por así decirlo, un «rodeo» en el análisis, solo explicable en atención a las (supuestas) ventajas didácticas y prácticas de recorrer el camino más largo³⁹. Así pues, la única implicación «definitiva» que el carácter

³⁷ Así, JAKOBS, G, «Der “Versuch” des Versuchs», en *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, ed. Safferling, C et al. (Heidelberg: C.F. Müller, 2017), p. 45.

³⁸ Ya se entienda este como una exigencia derivada de la propia función preventiva o como un límite a la prevención independientemente fundamentado (sobre ello, vid. el texto que acompaña a las nn. 260-265 del capítulo 3). Como destacara de forma especialmente lúcida KÖHLER, A, *Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Múnich: C.H. Beck, 1912), pp. 132-133, pese a lo que pudiera parecer, ni siquiera los autores que —en la línea de lo tempranamente defendido por VON BAR, 1907, pp. 448-452; MANHEIM, 1912, *passim*, esp. pp. 17-57; (al menos *de lege ferenda*) RÜMELIN, 1909, pp. 30-33; y más recientemente por SCHMIDHÄUSER, 1975, pp. 151-154, 157; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 255-299; MARINUCCI, 2013, pp. 133-164, 238-241, 315-320, 473-474— abogan por una construcción puramente *impersonal* del juicio de imprudencia están en desacuerdo con este postulado: también para ellos, la responsabilidad a título de imprudencia se encuentra sometida, en definitiva, a un requisito de imputación personal, por mucho que este se reduzca a poco más que constatar la imputabilidad del autor. Así, expresamente, p. ej., VON BAR, 1907, p. 205; MANHEIM, 1912, pp. 49-50; SCHMIDHÄUSER, 1975, pp. 141-148, 153-154, 157; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 275-276, 296; y MARINUCCI, 2013, pp. 164, 205-207, 241-255, 260-261, 326-327, 474-476. Vid., en la misma línea, LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 280, 281, 284, 305.

³⁹ Determinar si tales ventajas realmente existen y, en su caso, cuáles son trascendería el objeto de este trabajo. Al margen de ellas, resulta, en cualquier caso, perfectamente comprensible *desde esta perspectiva* —pero solo desde esta— el afán de algunos autores por prescindir completamente de la «infracción del deber objetivo de cuidado» como nivel dogmático autónomo y adaptar el juicio de imprudencia a las peculiares facultades del autor; ya condicione este juicio la tipicidad (subjetiva) de la conducta de este último o solo su culpabilidad. Salvo que el carácter perturbador de la conducta desde el punto de vista *impersonal* se exija, *adicionalmente*, como presupuesto de su tipicidad (objetiva), estas construcciones suponen, sin embargo, una renuncia al importante papel de «filtro» que, como enseguida se verá, desempeña este requisito en la estructura dogmática de la responsabilidad penal; papel que obvian claramente autores desde RADBRUCH, G, «Die Lehre von der adäquaten Verursachung», en *Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin. Neue Folge. Erster Band. 3. Heft*, ed. von Liszt,

impersonal del juicio sobre la perturbación tiene sobre la responsabilidad penal del autor —la única que permite concebir este requisito como un «filtro» relevante⁴⁰— es la que ejemplifica el primero de los supuestos de hecho mencionados.

Pero lo que el ejemplo de quien trata de envenenar a sus invitados con una ensalada de diente de león pone adicionalmente de manifiesto es que la función *preventiva* de la responsabilidad penal no es en sí misma suficiente para proporcionar una justificación de la exigencia de una conducta perturbadora en su faceta de «filtro». Y es que el Derecho penal *tiene* interés en prevenir esta clase de conductas. Sostener lo contrario resultaría del todo implausible: únicamente la libertad de actuación para la consecución de intereses *legítimos* merece ser preservada incluso a costa de la protección de bienes jurídicos. Pero, si se impide indagar en el fuero interno del autor, pasarán necesariamente desapercibidos todos los abusos del *agere licere* que se oculten bajo una apariencia externa de inocuidad. Desde este punto de vista, la exigencia de una perturbación es claramente disfuncional a la prevención: una prevención que espera hasta que la conducta se manifiesta ya *externamente* como tendente a la lesión de intereses ajenos corre el riesgo de llegar demasiado tarde. En mi opinión, pocos autores lo han

F (Berlín: J. Guttentag, 1902), p. 388, hasta GRACIA MARTÍN, L, «Prólogo», en *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, ed. Rueda Martín, MÁ (Barcelona: Bosch, 2001), *passim*, esp. pp. 20-21, en su crítica —por superflua— a la teoría de la causalidad «adecuada» (en el caso del primero) y a la de la imputación objetiva (en el caso del segundo), en el marco de un Derecho penal sometido al principio de culpabilidad. Vid., en sentido similar, TRAEGER, 1904, pp. 167-177, 187-188, 219-220, que solo considera incorrecta esta conclusión de RADBRUCH en lo que respecta a los supuestos de dolo directo de primer grado (vid. n. 261 de este capítulo) y a los delitos cualificados por el resultado; matización que LIEPMANN, M, «Zur Lehre von der “adäquaten Verursachung”», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 52 (1905), pp. 330-332, extiende a otros casos de dolo.

Una crítica en esta línea ha sido recuperada recientemente por KINDHÄUSER, U, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios* (Lima: Grijley, 2007), pp. 35-36; KINDHÄUSER, U, «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», *Indret*, vol. 4 (2008), pp. 15-16. Pero, al contrario que los anteriores, este autor no desconoce el efecto *restrictivo* de la responsabilidad que tiene la anteposición de un juicio objetivo (impersonal) al juicio de imputación subjetiva. Lejos de ello, llama la atención sobre él para criticarlo por *contraproducente* en un Derecho penal protector de bienes jurídicos. Como se verá a continuación en el texto, KINDHÄUSER está en lo cierto cuando afirma que la exigencia de una perturbación, en su faceta de filtro, es netamente disfuncional a la prevención. Pero, en la medida en que, como se argumentará, este requisito no es otra cosa que la plasmación dogmática del principio del hecho, esto no debería resultar en absoluto sorprendente (ni, por cierto, criticable): ¿no es precisamente la función de los principios *limitadores* del *ius puniendi* estatal la de poner coto a la prevención de delitos en aras de otros intereses prevalentes?

⁴⁰ JAKOBS, 1997, «El concepto jurídico-penal de acción», pp. 124-125; CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 68-70.

expresado mejor que JAKOBS, en su magistral artículo de 1985 «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico»⁴¹, donde afirmaba que

«[e]n un consecuente desarrollo de[l] criterio de tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, habría que combatir penalmente incluso los pensamientos peligrosos de los autores potenciales o, más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos. La réplica usual, según la cual los pensamientos peligrosos no constituirían perturbación alguna de la vida social, no procede en absoluto del arsenal de argumentos que se pueden extraer de los principios de la protección de bienes, sino que tiene que ser obtenida desde fuera»⁴².

Un Derecho penal que castiga con penas de prisión de hasta cinco años la compra (e incluso la mera posesión) de libros (!) con tal de que se haga *con la finalidad* de capacitarse para cometer delitos de terrorismo (art. 575.2 CP) es una perfecta muestra de la seriedad de esta advertencia.

⁴¹ JAKOBS, 1985; citado a través de JAKOBS, 1997, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico».

⁴² *Ibíd.*, p. 295; *vid.*, en el mismo sentido, REY SANFIZ, LC, *La Tentativa Jurídico-Penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo* (Madrid: Dykinson, 2001), pp. 37, 38-39. De hecho, hasta un acérrimo defensor del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como ROXIN admite que «[d]el concepto de protección de bienes jurídicos sólo se sigue que en los supuestos de antelación considerable de la punibilidad se precisa una justificación especial de por qué ésta es necesaria para la protección efectiva de un bien jurídico» («¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en *Fundamentos político-criminales del Derecho penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2008), p. 133, énfasis añadido). De forma más sencilla, pero igualmente certera, señala RODRÍGUEZ MOURULLO que «la lógica de la teoría de la prevención es una lógica de plano inclinado que impele a adelantar cada vez más y más la línea de lucha contra el delito a costa de ir invadiendo la esfera íntima del individuo» (RODRÍGUEZ MOURULLO, G, «Cara y cruz de las sanciones penales», *Cuadernos para el Diálogo*, vol. 28 (1971), p. 50). Ofrecen, a mi juicio, una elocuente muestra de ello las enormes dificultades a las que se enfrenta MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 829-837, para justificar, desde esta perspectiva, la impunidad de la tentativa «irreal» e incluso del «delito putativo», partiendo —como no podría ser de otra manera— de la premisa de que «[l]a prohibición y el castigo de la tentativa [...] [t]iene que ver con el hecho demostrable de que evitando acciones peligrosas a la luz de conocimientos incompletos de la realidad se protegen mejor los bienes jurídicos, se evitan más lesiones que si estos hechos no se prohibieran. Y ello [...] sucede en cualquier tipo de tentativa, por irreal que sea, e incluso en el delito putativo» (*ibíd.*, p. 793). El autor basa dicha justificación en la idea de que *normalmente* las tentativas «irreales» son escasamente peligrosas incluso desde la perspectiva de sus autores (*ibíd.*, pp. 829-832) y los «delitos putativos» no muestran la disposición del autor a lesionar los bienes jurídicos realmente protegidos por el legislador, sino solo su disposición a no respetar las normas (*ibíd.*, pp. 833-827). Sin embargo, se ve obligado, por la propia lógica del argumento, a no descartar su punibilidad en los supuestos *excepcionales* en que esto no es así: cuando el autor de la tentativa «irreal» cree sinceramente en la eficacia de los medios que emplea para lesionar los bienes jurídicos (*ibíd.*, n. 372, p. 832) y cuando el «delito putativo» radica en un error sobre una norma jurídica que conduce necesariamente también a un error sobre la lesividad del hecho (*ibíd.*, pp. 835-836). En dificultades muy similares se encuentra SANCINETTI, 1991, pp. 487-509, que se ve obligado a recurrir, para negar la ilicitud de la tentativa irreal, a una (artificial) equiparación de este grupo de casos con los de error de subsunción “al revés” (por tanto, delito putativo), con la particularidad de que aquí la subsunción de que se trata tendría lugar en relación con las leyes causales!

Por suerte, la excepcionalidad (todavía⁴³) de esta clase de preceptos en la Parte Especial y la existencia de serias dudas sobre su constitucionalidad⁴⁴ permiten continuar sosteniendo que, en nuestro ordenamiento, como regla general, la responsabilidad penal presupone la concurrencia de una conducta *externamente* perturbadora. Y la clave para comprender el porqué de esta exigencia la proporcionaba ya JAKOBS en aquel mismo artículo. La explicación no ha de buscarse en la función preventiva de la responsabilidad penal, sino en sus límites; en concreto, en el *principio del hecho*, entendido como garantía protectora de la *esfera privada del ciudadano* frente a la injerencia incriminatoria estatal⁴⁵. Solo la existencia de una perturbación (típica) legítima al Estado a indagar en el fuero interno del autor y utilizar *en su contra* factores atinentes a este ámbito reservado, como su conocimiento del peligro que entraña su conducta o su intención de producir el resultado lesivo⁴⁶. En palabras del propio JAKOBS,

«si se quiere imponer a una persona la interpretación del significado de su conducta, aquella ha de haber dado [...] una justificación para hacerlo, es decir, que esa persona tiene que haberse convertido en deudora de una explicación. [...] *La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos que son ya, en cualquier caso, perturbadores.* De acuerdo con ello, para que una conducta

⁴³ Como han señalado con especial brillantez autores como ALONSO RIMO, A, «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret*, vol. 4 (2017), pp. 47-55, 67-68; o PEÑARANDA RAMOS, E, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre las formas imperfectas de ejecución del delito* (Madrid, 2020), pp. 4-5, la excepcionalidad en nuestro ordenamiento de la punición de conductas no ejecutivas —conductas que, en el sentido aquí defendido, no son aún (objetivamente) perturbadoras— cada vez puede sostenerse con menos contundencia.

⁴⁴ Sobre ello, vid., por todos, PUENTE RODRÍGUEZ, L, «El nuevo delito de autoadoctrinamiento terrorista», *Diario La Ley*, vol. 8967 (2017), *passim*.

⁴⁵ En palabras de un clásico como STÜBEL, «que la acción ha de ser externa se deriva ya del propio concepto de una lesión de derechos, pues los derechos no pueden resultar lesionados por acciones internas. Así, la decisión delictiva o la determinación a cometer un delito no forma parte del tipo en tanto no se exterioriza» (STÜBEL, CC, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewisßheit des erstern* (Wittenberg: Zimmermann, 1805), p. 7).

⁴⁶ Como garantía de defensa de la esfera privada que es, el principio del hecho ofrece al ciudadano una protección en todo caso *renunciable*. No supondría, en este sentido, obstáculo alguno para *excluir* el carácter perturbador de conductas que se manifiestan externamente como tales, con base solo en consideraciones atinentes a la esfera reservada del autor que él mismo estuviera dispuesto a poner de manifiesto con fines de exoneración. En esta idea se basa, precisamente, la solución penal que se defenderá para los casos de conocimientos del autor superiores a los de la persona baremo que permiten formular un pronóstico de peligro menos grave que el que resultaría de adoptar esta última perspectiva (vid. punto a del epígrafe 1 del apartado IV de este capítulo).

pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva»⁴⁷.

Un planteamiento (perfectamente sensato) como este es, sin embargo, difícilmente compatible con el tenor literal del § 22 StGB, de acuerdo con el que «[c]omete tentativa de un delito quien, *conforme a su representación del hecho*, da inmediato comienzo a la realización del tipo». JAKOBS fue consciente de este problema desde el principio, optando, en su artículo de 1985, por criticar el precepto *de lege ferenda* y proponer su reducción teleológica:

«Una conducta que tan solo aparece como una arrogación de organización cuando se añade la representación no objetivada del autor es socialmente insignificante y, si se la convierte artificiosamente en tentativa, se castigan representaciones, no hechos. [...] La fórmula de la tentativa del § 22 StBG no es, por tanto, suficientemente estricta. No basta que el autor comience, de acuerdo con su representación a arrogarse la configuración de ámbitos de organización ajenos [...] Más bien, el autor tiene que

⁴⁷ JAKOBS, 1997, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», pp. 301-302 (énfasis añadido). Otras certeras formulaciones de esta misma idea pueden encontrarse en su *Parte General*: «Para determinar el comienzo [del ataque penalmente relevante] no se atiende a la protección óptima de la víctima (para ello, convendría definir ya como ataque los malos pensamientos del autor), sino también al interés de cualquiera, incluido, por tanto, este último en disfrutar de una esfera interna (libre de responsabilidad social). [...] [L]a solución se puede formular con el lema de que tanto al autor como a la víctima se les garantiza un ámbito de organización propio, de manera que la vigencia fáctica de la norma solo se ve menoscabada cuando el autor se arroga una organización que no le está asignada como propia» (JAKOBS, 1991, pp. 46-47; vid., en la misma línea, pp. 703-705); o en JAKOBS, G, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), p. 209: «La sentencia de Ulpiano “*cogitationis poenam nemo patitur*” [...] no ha de ser entendida en el sentido de que al mal pensamiento se tendría que añadir una conducta externa cualquiera para que pudiera ser castigada, sino en el de que el pensamiento se tiene que haber manifestado externamente en una conducta socialmente perturbadora; con otras palabras: la culpabilidad presupone el injusto». JAKOBS ha vuelto a defender recientemente esta postura en JAKOBS, 2012, p. 69; 2017, pp. 37-41, 44-45, 47; JAKOBS, G, «Bemerkungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand», en *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, ed. Hilgendorf, E, Lerman, MD, y Córdoba, FJ (Berlín: Duncker & Humblot, 2020), pp. 487-488.

En nuestra doctrina, se adhiere a ella ROBLES PLANAS, R, *La participación en el delito: fundamento y límites* (Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2003), pp. 65-68, que señala, en este sentido, que «[a]l igual que una conducta no pierde su significado delictivo porque al sujeto le falte la intención de favorecer el delito ajeno, tampoco lo recibe por el mero hecho de que quiera favorecerlo. El sentido delictivo es un dato objetivo que se desprende de la *configuración externa* de una conducta. Cuando puede afirmarse que una conducta posee el significado de favorecer un delito, la ausencia o presencia de una determinada voluntad por parte de quien la realiza no modifica su sentido objetivo en absoluto. Y a la inversa, si en su configuración no revela un sentido delictivo, en nada afecta al lado objetivo de la conducta que el sujeto tenga determinadas finalidades, por muy inmorales o despreciables que sean. De nuevo: el conocer o querer una acción no la convierte *per se* en peligrosa, so pena de infringir el principio del hecho» (ibíd, p. 66, énfasis en el original).

comenzar a arrogarse una organización ajena también de acuerdo con su comportamiento externo»⁴⁸.

La doctrina ampliamente mayoritaria mantiene, sin embargo, una postura muy distinta al respecto, dejándose convencer por un argumento basado en la *ambigüedad* inherente al comportamiento que se encuentra todavía en fase de tentativa. El razonamiento parte de la constatación de que la forma «descentralizada» de orientación de la conducta que caracteriza a los delitos de resultado —no se prescriben determinadas modalidades de comportamiento, sino que se deja libertad a los individuos para que se organicen libremente de forma que no lesionen ciertos bienes— ofrece al autor un abanico casi infinito de maneras posibles de dar «inmediato comienzo a la realización del tipo». En este temprano estadio del *iter criminis*, resulta, por tanto, imposible determinar el carácter perturbador o no del comportamiento sin tener en cuenta la forma en que el propio autor se lo representa⁴⁹. Tomando prestado un ejemplo de JAKOBS,

«sólo se puede determinar cuál es el significado de la entrada en una casa por parte de una persona ajena a la misma, sin haber sido invitada para hacerlo por el titular del derecho a la morada, si se sabe lo que aquélla “quiere” hacer en la casa; pero esto puede ser cualquier cosa desde lo malo —por ejemplo, el asesinato del dueño de la casa— hasta lo bueno —por ejemplo, el intento de prestar auxilio en una situación de necesidad—»⁵⁰.

⁴⁸ JAKOBS, 1997, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», pp. 304-305. Vid., en sentido similar, JAKOBS, 2017, p. 43; una línea en la que también parece apuntar LONDOÑO MARTÍNEZ, F, «El caso de la “llave de gas del frustrado suicida-parricida”: sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual», en *Casos destacados de Derecho penal. Parte general*, ed. Vargas Pinto, T (Santiago: La Ley, 2015), p. 249.

⁴⁹ Así, p. ej., ENGISCH, 1930, pp. 62-63; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, pp. 329-330; MIR PUIG, S, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 41 (1988), p. 675; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 455-456; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 307-308, 362; MIR PUIG, 2016, pp. 357-359; o PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre las formas imperfectas de ejecución del delito*, p. 10. Lo señalado en JAKOBS, G, «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 230-233, y pp. 714, 719-720, 727-728, me condujo inicialmente, como a PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, Y CANCIO MELIÁ, 1997, pp. 65-67, a pensar que el autor se había sumado por un tiempo —de forma más o menos matizada— a la posición mayoritaria de acuerdo con la que para valorar la concurrencia del «comienzo de ejecución» propio de la tentativa resulta necesario tener en cuenta la representación del autor, para después volver a cambiar de opinión en JAKOBS, 2017, pp. 41-45. No obstante, el propio JAKOBS lo ha desmentido en la correspondencia que he mantenido con él.

⁵⁰ JAKOBS, 1997, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», p. 301.

Según la doctrina mayoritaria, al menos en sede de tentativa, el carácter «objetivo» del juicio sobre si concurre una conducta perturbadora debe, así pues, matizarse. El *criterio* de enjuiciamiento continúa siendo propiamente impersonal: también aquí el comportamiento se califica tomando como base las reglas jurídicas sobre lo que constituye una perturbación; la perspectiva del autor al respecto carece de relevancia⁵¹. Sin embargo, *objeto* del juicio ya no son (solo) las propiedades externas del comportamiento, sino (también) la representación del autor⁵². La indagación en el fuero interno deja, de este modo, de estar restringida a los casos de conducta ya externamente perturbadora.

Lo cierto es que JAKOBS ya había salido al paso, en su artículo de 1985, del argumento en que se basa la postura mayoritaria, dirigiéndole una crítica, a mi juicio, definitiva:

«que sólo sea posible una interpretación afinada de la conducta si se considera el contexto subjetivo no significa que resulte legítimo, en relación con cualquier movimiento corporal, imponer la investigación de la parte subjetiva. [...] [N]o hay, ciertamente, más remedio que interpretar una conducta perturbadora a partir también de su contexto subjetivo, pero éste no presta ninguna ayuda en relación con la pregunta de *cuándo es legítimo* considerar que un comportamiento externo está necesitado de interpretación»⁵³.

Claro que sin conocer la planificación del autor es más difícil interpretar acertadamente su comportamiento. Y claro que la conducta muchas veces solo se revelará externamente

⁵¹ La creencia incorrecta de que el propio comportamiento no perturba constituye un error de prohibición, relevante solo en sede de culpabilidad. La creencia inversa de que el propio comportamiento perturba, no siendo así («delito putativo») es penalmente irrelevante: la conducta es en todo caso impune por atípica. De acuerdo con el planteamiento de JAKOBS, a este último grupo pertenecen —por falta de la «relevancia comunicativa» que ha de caracterizar en todo caso a una conducta socialmente perturbadora— no solo los casos de tentativa «supersticiosa», sino todos aquellos en que el autor exterioriza una planificación no basada en principios de la lógica y la experiencia comprensibles para cualquier persona razonable; vid., en este sentido, JAKOBS, 1991, pp. 705, 713-715, 719-720; JAKOBS, 1997, «Representación del autor e imputación objetiva», pp. 230-233; JAKOBS, G, *Kritik des Vorsatzbegriffs* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2020), pp. 42-43, 46-47, 50; JAKOBS, 2020, «Bemerkungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand», pp. 487-491. Sigue de cerca este planteamiento REY SANFIZ, 2001, pp. 49-52, 102-103.

⁵² Resultan especialmente claras, en este sentido, las exposiciones de SANCINETTI, 1991, pp. 461-462; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 555, 557-558, 571; y ROXIN, C, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II: Especiales formas de aparición del delito*, trad. Luzón Peña, D-M et al. (Cizur Menor: Aranzadi, 2014), pp. 435, 464, 501, 647-652.

⁵³ JAKOBS, 1997, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», pp. 301-302 (énfasis añadido).

como perturbadora en un estadio ya avanzado del *iter criminis*, quizás demasiado tarde para lo que habría sido deseable desde el punto de vista de la protección preventiva de bienes jurídicos. Pero esto no es más que una nueva constatación de que, en su faceta de «filtro», la exigencia de una conducta perturbadora es *disfuncional a la prevención*, por lo que solo cabe fundamentarla con base en el principio del hecho, como uno de los *límites* a los que la prevención debe someterse en un Estado de libertades. En ausencia de una perturbación, el principio del hecho protege el derecho de cada ciudadano a mantener su esfera interna reservada de la intervención estatal con fines incriminatorios, incluso a costa de la protección máxima de bienes jurídicos. Y esta no es una característica privativa del principio del hecho: *todas las garantías penales* sacrifican la prevención máxima a la defensa de ciertos intereses individuales. Pueden traerse aquí a colación, por ejemplo, las palabras con las que ROXIN expresa esta misma idea, refiriéndose al principio de legalidad:

«el principio “no hay delito sin ley” permite escaparse colándose entre las mallas de la ley penal. [...] Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica»⁵⁴.

Pero al planteamiento dominante en la doctrina alemana puede hacerse una objeción adicional. Y es que, si se prescinde de la exigencia de una conducta ya externamente perturbadora para el examen del fuero interno a la hora de determinar lo que constituye un comienzo de tentativa —ámbito en el que, dada precisamente la ambigüedad inherente al comportamiento en esta fase, el requisito reviste especial importancia práctica como «filtro»— no se entiende muy bien por qué no ha de prescindirse de ella también, e incluso *a fortiori*, para el delito consumado. Esto, además, parece especialmente conveniente si se entiende que nada distingue el injusto (objetivo) de comportamiento del delito consumado del injusto de la tentativa acabada; posición que cada vez encuentra más respaldo entre estos mismos autores⁵⁵. Pero si se renuncia con

⁵⁴ ROXIN, 2006, pp. 139-140. Vid., en el mismo sentido, ROXIN Y GRECO, 2020, p. 214.

⁵⁵ Vid., por todos, ZIELINSKI, 1973, *passim*, esp. 52-53, 136-138, 144; WOLTER, 1981, *passim*, esp. pp. 29-30, 133-134, 356-357, que llega a afirmar que «la tentativa peligrosa es el prototipo del injusto» (ibíd., p. 47); SANCINETTI, 1991, *passim*, esp. pp. 447-448; HERZBERG, 1996, pp. 379, 381-382; REY SANFIZ, 2001, pp. 63-64, 94-95; ROXIN, 2014, pp. 436-442; DE LA FUENTE HULAUD, F, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia,

carácter general a esta implicación del carácter impersonal del juicio sobre si concurre una perturbación, la estandarización queda reducida, como se ha visto, a un «rodeo» en la teoría jurídica del delito, irrelevante para la responsabilidad penal del autor, sin perjuicio de sus posibles ventajas desde el punto de vista tanto didáctico como práctico⁵⁶; en «un problema de la *didáctica* del delito, no del concepto de delito»⁵⁷.

Si algo hay que reconocerle, en definitiva, al posicionamiento de estos autores es que resulta mucho más coherente que el de JAKOBS con la regulación alemana de la

2019), p. 16; FRISCH, W, «Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre —zugleich ein Beitrag zur Revisionbedürftigkeit des Straftatsystems—», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, pp. 562, 563, 565-566; y el propio JAKOBS, 1991, pp. 712-715; 1997, «Representación del autor e imputación objetiva», p. p. 229; 2012, pp. 70, 90, aunque, en su caso, de forma plenamente coherente. Claramente en esta línea se posicionaban ya ENGISCH, 1931, pp. 59-60; y MÜNZBERG, 1966, pp. 66, 116-119.

⁵⁶ Vid. n. 39 de este capítulo.

⁵⁷ JAKOBS, G, «Observaciones sobre la imputación objetiva», *Revista del Poder Judicial*, vol. 56 (1999), p. 10 (énfasis añadido). Lo cierto es que esta idea, tan aparentemente contradictoria con su propia concepción del principio del hecho, se encuentra también presente en algún pasaje de su *Parte General*, donde apuntaba ya el autor que «[e]l tipo subjetivo es la condición del tipo objetivo. Cuando, no obstante [...] se antepone el estudio del tipo objetivo del delito consumado a su tipo subjetivo, esta desviación del orden lógico se realiza [...] principalmente con vistas a mejorar la exposición» (1991, p. 164). En esta misma línea se manifiesta MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 81-83, 190, 430, que afirma, p. ej., que «la necesidad de identificar un ámbito de contrariedad a derecho del comportamiento humano al margen de los conocimientos o de las circunstancias subjetivas del agente (lo que se puede denominar “injusto no culpable” o “*schuldlosses Unrecht*” en la clásica expresión alemana), resulta poco apremiante desde una perspectiva centrada exclusivamente en la norma penal. Aunque cualquier análisis de la realidad compleja que entraña el delito, por rudimentario que sea, es capaz de percibir una diferencia entre los aspectos fácticos que dan cuerpo al hecho criminal y las condiciones subjetivas de variada índole en las que se encuentra o con las que afronta el sujeto la realización del hecho, lo cierto es que desde la perspectiva penal no se percibe, o al menos no inmediatamente, la necesidad de atribuir al primer elemento de la distinción un carácter propio de contrariedad a Derecho independiente del segundo elemento, y esta necesidad es tanto menos apremiante cuanto más se afianza en la conciencia jurídica el principio de culpabilidad» (ibíd., p. 190).

Muy crítico con este planteamiento, se muestra PEÑARANDA RAMOS, 2001, *passim*, esp. pp. 434-442, aunque por razones parcialmente diferentes a las defendidas en el texto; razones mucho más relacionadas con el significado («comunicativo», si se quiere) que desempeña la división entre injusto y culpabilidad, desde el punto de vista de las funciones del Derecho penal. De acuerdo con el autor, «[e]l efecto regulativo o “comunicativo” de las normas que no se limita simplemente a una vinculación de la voluntad del emisor de una orden y su destinatario a fin de motivarle en la dirección deseada, sino a establecer una red de expectativas recíprocas en un contexto más amplio. Dicho con otras palabras, las normas no se dirigen solamente a sus potenciales infractores como tales, sino también a los posibles afectados por esa conducta y, más en general, a todos los que en una determinada situación tratan de orientarse acerca del comportamiento que han de adoptar y que pueden esperar de los demás. La clásica distinción entre antijuridicidad y culpabilidad podría encontrar su base en esa distinción entre el significado social, intersubjetivo, referido al valor de los bienes en juego, y los presupuestos para una imputación personal a su autor» (ibíd., pp. 434-435). PEÑARANDA RAMOS no deja de puntualizar, sin embargo, en la línea de lo aquí defendido, que «precisamente una de las funciones que puede cumplir la anteposición de un juicio de antijuridicidad al de culpabilidad es filtrar aquello que puede dar lugar a responsabilidad de lo que no es susceptible de hacerlo» (ibíd., p. 440). Vid., en sentido similar, CANCIO MELIÁ, M, «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, ed. Montealegre Lynett, E (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), pp. 224-226.

tentativa. Pero la coherencia con el tenor literal del § 22 StGB se logra, a mi juicio, a un precio demasiado alto; un precio que, afortunadamente, los intérpretes del Derecho español no estamos (por ahora) obligados a pagar. Y es que la dicción de nuestro art. 16.1 CP es bien distinta de la de su homólogo alemán, y está en línea, precisamente, con las críticas *de lege ferenda* que JAKOBS dirigía al precepto en 1985. En efecto, de acuerdo con la regulación española,

«[h]ay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos *exteriores*, practicando todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor»⁵⁸.

El art. 16.1 CP es una verdadera declaración legislativa a favor de las consecuencias sistemáticas del principio del hecho, tal y como JAKOBS lo concibe⁵⁹: solo la constatación de una conducta que se revela como perturbadora ya a partir de sus propiedades externas legitima al Estado a indagar en la esfera privada de su autor y a utilizar en su contra, con fines inculpativos, factores atinentes a este ámbito. Y lo que vale para la tentativa ha de valer también para la conducta típica de cualquier delito consumado.

Recapitulando lo sostenido hasta este punto, puede afirmarse que la exigencia de una perturbación se explica, en parte, por la función preventiva de la responsabilidad penal y, en parte, por sus límites. En la mayoría de los casos, el requisito opera extrayendo del ámbito de lo punible conductas que no existe un interés en prevenir, por mucho que

⁵⁸ Subrayan la diferencia entre el tenor literal de ambos preceptos y la mayor proximidad del segundo a teorías tendencialmente objetivas de la tentativa FEIJOO SÁNCHEZ, B, «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de “lege lata” y de “lege ferenda”)», *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 62 (1997), pp. 322-324, n. 38 (p. 324); 2001, *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»*, p. 187; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre las formas imperfectas de ejecución del delito*, pp. 13-14. Vid., en la misma línea, RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA, *La doctrina de la acción finalista* (Valencia: Universidad de Valencia, 1978), pp. 141-147, 157. También, aunque, en su caso, en sentido crítico, MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 697; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Formas imperfectas de ejecución del delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 2769. Parece ignorar esta distinción, sin embargo, REY SANFIZ, 2001, pp. 54, 62.

⁵⁹ Una incluso más clara puede encontrarse en el art. 27 CPC, en el que se exige para la tentativa que el autor haya iniciado «la ejecución de un hecho punible mediante actos idóneos e *inequívocamente dirigidos* a su consumación». Hay que admitir, no obstante, que el legislador español traiciona en la práctica con cierta frecuencia esta firme declaración de intenciones, como puso ya de manifiesto el ejemplo del art. 575.2 CP (vid. el texto que acompaña a las nn. 43-44 de este capítulo) y como revela un simple vistazo al Libro II del CP, especialmente tras las últimas reformas.

entrañen un riesgo para los bienes jurídicos que el Derecho penal protege. Sin embargo, también opera extrayendo de este ámbito conductas respecto de las que solo el examen del fuero interno de su autor —de sus concretas capacidades, conocimientos, propósitos, etc.— haría nacer tal interés. El requisito funciona, en esta medida, como garantía del derecho del ciudadano a la reserva de su esfera interna frente a la injerencia estatal con fines incriminatorios.

2. La perturbación como exigencia de la función resarcitoria del Derecho civil

Ofrecer una justificación funcional de la exigencia de una conducta perturbadora del dañante para la responsabilidad civil resulta mucho más sencillo, pues este requisito no es más que un corolario de la lógica resarcitoria que domina este sector del ordenamiento. Se recordará, en efecto, que la culpa —tal y como yo la concibo, materialmente equivalente a la perturbación⁶⁰— ocupaba un papel central en la breve descripción de la función resarcitoria de la responsabilidad civil que se proporcionó en el capítulo 1⁶¹. Como allí se afirmaba, el Derecho parte de la existencia de un deber general de cada cual de hacerse cargo de los daños que padece como consecuencia de su propia mala suerte (*casum sentit dominus*). Sin embargo, cuando el daño que sufre el perjudicado le es imputable a la conducta perturbadora de otra persona, existe, *prima facie*, una buena razón para desplazarlo al dañante, de forma que sea este quien finalmente lo soporte. Al igual que no toda perturbación es un delito, esta razón es derrotable: el Derecho puede imponer al perjudicado, a pesar de todo, un «deber de soportar» (total o parcialmente) el daño con base, bien en la forma especialmente descuidada en la que el perjudicado se ha comportado en relación con sus propios intereses, bien en consideraciones generales de política jurídica ajenas a la lógica resarcitoria⁶². Pero, en principio, es el carácter perturbador o no de la conducta del dañante lo que, en el Derecho español de la responsabilidad civil, marca la diferencia entre el daño resarcible y el mantenimiento del *statu quo*.

De nuevo, importa aquí reparar en el carácter *impersonal* del juicio sobre lo que constituye una perturbación, pero la consecuencia de la estandarización que resulta

⁶⁰ Vid. el texto que acompaña a las nn. 8-26 de este capítulo.

⁶¹ Vid. el texto que acompaña a sus nn. 43-47.

⁶² Vid., respectivamente, apartados V y VI del capítulo 4.

relevante en este ámbito es precisamente la inversa a la que revestía mayor interés para el Derecho penal: una conducta puede ser perturbadora con total independencia de que el concreto dañante pudiera o no comportarse de otra manera⁶³. Y, a diferencia de lo que sucede en Derecho penal, esta implicación de la naturaleza impersonal del juicio sobre el carácter perturbador de la conducta es, en principio, «definitiva». La persona que, como consecuencia de la discapacidad intelectual que padece, no es capaz de percatarse del peligro que conlleva encender una cerilla cerca de un material fácilmente inflamable responde del daño derivado del incendio que eventualmente se produzca (arts. 299 CC y 118.1.1.^a CP), salvo que exista, excepcionalmente, un deber del perjudicado de soportarlo. El Derecho de la responsabilidad civil no está sujeto a ningún principio de culpabilidad que impida esta consecuencia, basada en la simple consideración de que, en la *disyuntiva* entre que el daño —que ya no puede borrarse del mundo⁶⁴— lo soporte el perjudicado o sea desplazado al dañante, el que este haya defraudado con su conducta las expectativas jurídicamente garantizadas de comportamiento respecto de los intereses ajenos permite considerar lo segundo materialmente más justo⁶⁵. En este sentido, como señala JANSEN, «bien mirada, la pregunta por el baremo de responsabilidad plantea un problema de distribución. No se trata de determinar si la responsabilidad es una sanción adecuada para un comportamiento incorrecto, sino de decidir si ciertos riesgos han de asignarse a un perjudicado o a su dañante»⁶⁶. Por supuesto que la persona con discapacidad intelectual que, en el ejemplo, ha de soportar finalmente el daño imputable

⁶³ Vid., en este sentido, por todos, RÜMELIN, M, *Der Zufall im Recht* (Freiburg i.B./ Leipzig: Mohr Siebeck, 1896), p. 24; 1909, pp. 36-38, 40-52; TRAEGER, 1904, p. 195; DEJEAN DE LA BATIE, N, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil français* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965), pp. 20-31; JANSEN, 2003, pp. 433-454, 591-592; y ROCA TRÍAS Y NAVARRO MICHEL, 2020, «La responsabilidad por acto propio», p. 119. También MÜLLER, 1912, pp. 44-45, que, sin embargo, llama la atención sobre lo poco explicable que, desde este punto de vista, resulta la exención de responsabilidad civil de los inimputables prevista en el BGB (sobre este particular, vid. apartado II del capítulo 4). Cfr., no obstante —de forma plenamente coherente con la perspectiva preventivista que defiende—, PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 278-403.

⁶⁴ Aquí reside, como se destacó en el capítulo 1, una diferencia esencial entre la lógica de la responsabilidad civil y la de la penal: a diferencia del Derecho penal, el Derecho de la responsabilidad civil no se encarga de la decisión sobre si ha de *crearse ex novo* un mal (la pena) e imponerse al autor, sino de la de cómo ha de *distribuirse* entre los participantes en una interacción un mal *ya existente* derivado de ella (el daño); vid. n. 44 de dicho capítulo y el texto al que acompaña.

⁶⁵ Vid., en este sentido, ya VON BAR, 1907, p. 202; RÜMELIN, 1909, pp. 37-38; y SCHÄFFER, K, *Der Fahrlässigkeitsbegriff im Straf- und Zivilrecht* (Würzburg: Richard Mayr, 1937), pp. 4-5, 37-56. También, en la doctrina más reciente, DEUTSCH, 1963, pp. 83-84, 329-331; DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 144-147, 154; JANSEN, 2003, pp. 445-447; FREI, 2010, pp. 200-201, 294; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 84-85.

⁶⁶ JANSEN, 2003, p. 445.

a su conducta perturbadora no «merece» en absoluto esta consecuencia; pero tampoco las personas a las que el Derecho hace cargar día a día con los daños consecuencia de su simple mala suerte los «merecen» en ninguna acepción moralmente relevante del término. Citando de nuevo al autor alemán,

«[d]el hecho de que un concreto individuo no se merezca sus idiosincrasias no se sigue [...] que uno no deba hacerse cargo de las consecuencias [*einstehen für*] de su comportamiento incorrecto en el tráfico jurídico: son las víctimas de los daños las que, con mayor motivo, no tienen nada que ver con las idiosincrasias de sus dañantes, por lo que sería arbitrario cargar a las víctimas con las consecuencias económicas de las deficiencias personales de otros»⁶⁷.

El merecimiento, en este sentido, es sencillamente ajeno a la lógica de la responsabilidad civil.

Pero lo que se ha dicho del principio de culpabilidad puede afirmarse de *todos* los límites al *ius puniendi* propios de un Derecho penal garantista, pues todos ellos tienen sentido únicamente para una dinámica (la sancionadora) que no se corresponde en absoluto con el funcionamiento del Derecho de daños. En concreto, a los efectos que aquí interesan, la función resarcitoria de la responsabilidad civil —a diferencia de la función preventiva de la responsabilidad penal— *no* está limitada por ningún *principio del hecho* que proteja al dañante de la indagación estatal en su esfera interna, a falta de una razón especial que la justifique⁶⁸. En este ámbito, por tanto, el juicio sobre el carácter perturbador o no de la conducta puede hacerse teniendo en cuenta no solo las propiedades externas del comportamiento del dañante, sino también aquellos de sus particulares conocimientos, capacidades, etc. que, puestos en relación con su conducta, permitan

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 446-447.

⁶⁸ En una de sus lecturas del borrador de este trabajo, el Profesor PUENTE RODRÍGUEZ me advirtió de que esta podría ser una afirmación demasiado tajante teniendo en cuenta la vigencia también en este ámbito del derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE), que quizás debería tener como consecuencia la imposición a los efectos civiles de restricciones al examen del fuero interno similares a las que rigen en el ámbito penal. Creo, sin embargo, que, si la eficacia civil (indiscutible) del derecho a la intimidad no conduce a reconocer en esta sede una suerte de «principio del hecho», ello se debe, de nuevo, a la tantas veces señalada diferencia entre las lógicas de uno y otro sector del ordenamiento (vid. n. 44 del capítulo 1 y el texto al que acompaña): la intimidad del sospechoso sospechoso «pesa» más que el (colectivo y difuso) beneficio que, en términos de prevención de futuros delitos, se obtiene para las víctimas *potenciales* con la imposición de la pena, pero menos que el derecho (individual) del perjudicado a ser, en su caso, indemnizado por un daño que ha soportado injustamente. A mi juicio, pues, la sociedad no puede exigir al (posible) autor de un delito que sacrifique su privacidad en aras del primer beneficio; el perjudicado por un daño tiene, en cambio, derecho a examinar el fuero interno de quien se lo ha causado para buscar en él la base de un posible resarcimiento.

llegar a la conclusión de que, *entre dañante y perjudicado*, es más justo que sea el primero quien finalmente soporte el daño.

La conclusión que cabe extraer de ello es que habrá casos en que deberá afirmarse la concurrencia de una perturbación a los efectos civiles, pero no a la vez a los efectos penales. Pero esto no es sino lo que cabe esperar de dos sectores del ordenamiento jurídico con funciones tan radicalmente diferentes como el Derecho penal y el Derecho de la responsabilidad civil: que ni siquiera la perturbación sea, en realidad, un punto de coincidencia *total* entre sus respectivas estructuras dogmáticas. Por lo demás, si he decidido tratar la perturbación en este trabajo —quizás impropia— como un elemento estructural *común* a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, ello obedece a que, como enseguida se comprobará, las divergencias en torno a este requisito se producen únicamente en un grupo residual de «casos-límite», sin apenas relevancia desde el punto de vista práctico⁶⁹. Perturbación penal y perturbación civil son, por lo demás, estructuralmente idénticas.

IV. LA ESTRUCTURA DE LA PERTURBACIÓN

Hasta este punto, he definido la perturbación como conducta contraria a las expectativas recíprocas de comportamiento en relación con los intereses ajenos que el Derecho refuerza. Toda la abundantísima literatura sobre los conceptos penal y civil de imprudencia, así como la desarrollada en torno a la teoría penal de la imputación objetiva (en particular, en lo que se refiere a su «primer nivel»)⁷⁰ puede concebirse, al menos en parte, como un intento de concretar esta vaga noción, de forma que sea útil para ofrecer soluciones a los diferentes grupos de casos posibles. Estas obras alcanzan, en muchos casos, un nivel de detalle al que —sin perjuicio de su inestimable valor para la aplicación práctica del Derecho— sería imposible aspirar en un trabajo con las pretensiones de generalidad de este⁷¹. También aquí intentaré, no obstante, una cierta precisión de lo que

⁶⁹ Sobre ellos, vid. punto a del epígrafe 1 del apartado IV de este capítulo, esp. a partir de la n. 97. Contra lo que podría parecer, algo diferente puede afirmarse, sin embargo, de los criterios penales y civiles de imputación a la perturbación, en su caso, del resultado lesivo separado de ella. Como también se verá, existen diferencias muy relevantes en la práctica entre unos y otros criterios (vid., en profundidad, el epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3, y los apartados III y IV del capítulo 4).

⁷⁰ Vid. n. 31 de este capítulo.

⁷¹ Resulta paradigmático, en este sentido, el insuperable trabajo de FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 84-535.

en Derecho español ha de considerarse una conducta «perturbadora», sin perder de vista, como siempre, las *funciones* que este requisito común de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil desempeña en sus respectivas estructuras dogmáticas. Partiré, para ello, de un par de líneas directrices sobre las que considero que existe un consenso prácticamente absoluto en la literatura especializada de ambas ramas a la que acabo de hacer referencia, al menos si se toman con el nivel de generalidad con el que voy a presentarlas.

	RESPONSABILIDAD PENAL	RESPONSABILIDAD CIVIL
INJUSTO TÍPICO	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>jurídicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>	
	Subsunción típica <ul style="list-style-type: none"> - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo 	Daño Concepto subjetivo y concreto
IMPUTACIÓN PERSONAL	<ul style="list-style-type: none"> - Elemento <i>absoluto</i>: capacidad personal de comportamiento conforme a la norma - Elementos <i>de graduación</i>: dolo natural y conocimiento de la prohibición + otros elementos subjetivos + grado de capacidad personal de comportamiento conforme a la norma 	Imputación del daño a la perturbación Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)
		No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado
	PUNIBILIDAD	No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i> », « <i>wrongful life</i> » etc.

La primera de estas ideas sobre las que reina, creo, un acuerdo casi total es la de que el comportamiento perturbador se caracteriza en todo caso por referencia a un *riesgo* para los intereses ajenos y consiste, bien en crear ese riesgo (acción), bien en no adoptar medidas de contención frente a él (omisión). Las reglas sociales de convivencia en las que se basan las expectativas jurídicamente garantizadas sobre el comportamiento ajeno son un mecanismo de protección de bienes jurídicos frente a riesgos; sin riesgo, no hay perturbación. Un segundo gran punto de consenso se encuentra, a mi juicio, en torno a la idea de que ni toda creación ni toda omisión de contención de un riesgo para intereses ajenos se considera perturbadora. Y es que, como ya se anticipó, las reglas de convivencia no tratan de eliminar el riesgo para los bienes jurídicos, sino de mantenerlo en unos

niveles tolerables, compatibles con la preservación simultánea de cotas aceptablemente altas de libertad de actuación y con la protección (adicional), en caso de conflicto, de otros intereses considerados prevalentes. Son, en este sentido, el resultado de una *ponderación* de todos los intereses legítimos en juego.

De esta última idea rectora se derivan, a su vez, dos principios básicos. De acuerdo con el primero, a cada cual le incumbe el control de un número limitado de riesgos para los intereses ajenos: hay riesgos de los que uno, sencillamente, no tiene que preocuparse. En la célebre expresión de JAKOBS, «no todo compete a todos»⁷²; y quien no tiene *competencia* en relación con un riesgo no se comporta de forma perturbadora cuando deja de contenerlo. Por último, de la ponderación de intereses resulta un segundo principio según el que existe siempre un margen de riesgo para los bienes jurídicos —más o menos amplio, en atención a las circunstancias— cuya creación o no contención se tolera en aras de la protección de otros intereses, incluyendo la libertad general de actuación. La creación de riesgos por debajo de este umbral, o la omisión de contenerlos, no es una conducta perturbadora; en este sentido, la perturbación se refiere siempre a un comportamiento *jurídicamente desaprobado*.

Sobre esta base tripartita (riesgo, competencia, desaprobación jurídica) puede ofrecerse una definición general de la perturbación como «**creación o no contención jurídicamente desaprobada de un riesgo para los intereses ajenos sobre el que se tiene competencia**»; definición con la que, probablemente, un buen número de penalistas y civilistas estarían dispuestos a coincidir. Por debajo de este nivel de abstracción, lo que se encuentra en las diferentes exposiciones doctrinales sobre esta materia son discusiones y propuestas de solución en torno a una serie de cuestiones problemáticas —siempre aproximadamente las mismas— variadamente ordenadas a través de su agrupación en tópicos más o menos numerosos y de contornos casi siempre difusos («riesgo general de la vida», «principio de confianza», «prohibición de regreso», «principio de autorresponsabilidad», etc.). El que sigue no es más que mi personal intento de sistematizar estas mismas cuestiones problemáticas, presentándolas de la forma que entiendo más prometedora en términos de claridad expositiva, y de tomar postura en

⁷² JAKOBS, 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», p. 211; JAKOBS, G, «La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), p. 266.

relación con cada una de ellas, decantándome en cada caso por las propuestas doctrinales de solución que considero más convincentes⁷³.

La estructura de análisis que propongo parte, precisamente, de la tríada de conceptos en torno a la que se estructura la definición de perturbación propuesta: riesgo (epígrafe 1), competencia (epígrafe 2) y desaprobación jurídica (epígrafe 3). En el último epígrafe del apartado (4), haré una breve referencia a algunos elementos que, a pesar de su tratamiento conjunto con los que aquí se analizan en muchos de los estudios doctrinales a los que se ha hecho referencia, han de quedar excluidos, sin embargo, a mi juicio, del análisis sobre si concurre una perturbación.

1. No hay perturbación sin *riesgo*

El comportamiento perturbador se define siempre por referencia a un juicio sobre la *probabilidad* de que resulte lesionado un interés ajeno; no otra cosa ha de entenderse, en este ámbito, por «riesgo» o «peligro»⁷⁴. El problema más importante que es necesario tratar en relación con este concepto es el del concreto nivel de *conocimiento* de la realidad desde el que se lleva a cabo la estimación de probabilidad que el Derecho asume como vinculante: ¿cuántos de los conocimientos de los que dispone puede el juez incorporar al juicio sobre si concurre una perturbación? A esta difícil cuestión se dedicará el punto (a) siguiente. La doctrina ha prestado además especial atención, bajo el rótulo «*principio de confianza*» —si bien desde perspectivas dogmáticas muy diferentes—, a la pregunta sobre cómo enjuiciar la probabilidad de que otras personas se comporten de forma contraria a lo esperado, cuando de dicha probabilidad depende, a su vez, el riesgo de lesión de un interés ajeno. Este segundo problema se analizará en el punto (b).

⁷³ Tomando prestadas las palabras de dos admirados autores, pero con una modestia, en mi caso, justificada, «[n]o pretendo afirmar con ello que el ámbito de la imputación objetiva del comportamiento sólo pueda ser ofrecer una de las posibles configuraciones coherentes de este ámbito en su conjunto» (JAKOBS, G, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá, M (Madrid: Civitas, 1996), p. 103); o «no se trata en este estudio de llevar a cabo un análisis exhaustivo del considerable número de propuestas dogmáticas elaboradas en la doctrina, sino tan solo de ofrecer *una* posible configuración “operativa” (es decir, una propuesta de aplicación en la solución de casos) en el análisis de esta teoría» (CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, p. 71).

⁷⁴ A los efectos que aquí interesan, ambos términos pueden considerarse sinónimos; en este sentido, vid., por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 51; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2007, pp. 10-11. Cfr., sin embargo, las interesantes consideraciones sobre las diferencias que, a otros efectos, pueden señalarse entre uno y otro concepto que realiza PUENTE RODRÍGUEZ, L, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)» (Universidad Autónoma de Madrid, 2020), pp. 92-109, 120-128.

a. El juicio de peligro como estimación de probabilidad a partir de un determinado nivel de conocimiento: el problema de los conocimientos especiales

El juez que ha de calificar en un proceso una determinada conducta como perturbadora o no parte, potencialmente, del conocimiento de la realidad más perfecto posible: sabe si la conducta en cuestión ha resultado finalmente en la lesión de un interés ajeno —perspectiva *ex post*— y puede acceder, en su caso, con ayuda de expertos, a toda la información disponible sobre los procesos causales que se han desarrollado⁷⁵. Si el juez estima, sobre la base de este nivel de conocimiento, la probabilidad de lesión del interés ajeno que existía en el momento en que tuvo lugar la conducta enjuiciada, los resultados que obtendrá se aproximarán siempre a 0 (*certeza* de no lesión) si el interés ajeno finalmente no fue lesionado, o a 1 (*certeza* de lesión) en el caso contrario. Un sujeto omnisciente no puede formular juicios de probabilidad, solo de certeza⁷⁶: «el concepto de riesgo es hijo de la incertidumbre y la incertidumbre es hija de los límites del conocimiento»⁷⁷.

⁷⁵ Vid. RADBRUCH, 1902, pp. 349-351, 367-368; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 691-692.

⁷⁶ A esta objeción se presta principalmente la propuesta de RÜMELIN, 1896, pp. 46-53; RÜMELIN, M, «Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 90 (1900), *passim*, esp. pp. 189-191, 194-195, 217-221, 224-225, 260, 299-300 (sorprendentemente recuperada por SEGRELLES DE ARENAZA, Í, «Teoría Jurídico-física del Peligro», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 19-21 (2017), pp. 16-22, 32-39) de formular el juicio de peligro desde el punto de vista *ex post*; una crítica rápidamente aducida por RADBRUCH, 1902, pp. 335, 345-346, 350, 365-366, 383; TRAEGER, 1904, pp. 120, 127-128, 138; LIEPMANN, 1905, pp. 349-350; o VON BAR, 1907, p. 187; y basada en una premisa —la de que la concurrencia de cualquier resultado puede considerarse necesaria sobre la base una información completa sobre el proceso causal que lo ha producido— que, curiosamente, parece compartir el propio RÜMELIN! (vid. pp. 6-7). De hecho, el autor llega a afirmar expresamente que «los juicios sobre posibilidad, probabilidad, riesgo y casualidad son inconcebibles si se tiene un conocimiento completo de todos los elementos que han condicionado el resultado» (ibíd., p. 14). Vid., en el mismo sentido, WELZEL, 1961, p. 22; TRIMARCHI, 1967, p. 35; ZIELINSKI, 1973, pp. 135-136, 185-186; KAHRS, HJ, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht* (Hamburgo: Walter de Gruyter, 1968), pp. 48, 269; 1969 p. 24; FRISCH, P, 1973, p. 88; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 793-794; HART, HLA Y HONORÉ, T, *Causation in the Law*, 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 1985), pp. 165, 265, 271, 468-469, 487-488; MIR PUIG, 1988, n. 16 (p. 671); ERB, V, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgzurechnung im Strafrecht. Eine systematische Darstellung unter Berücksichtigung der entsprechend zivilrechtlichen Fragestellung* (Berlín: Duncker & Humblot, 1991), pp. 136-137, 142-144; SILVA SÁNCHEZ, JM, *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales* (Barcelona: J.M. Bosch, 1997), p. 125; MOLINA FERNÁNDEZ, 2000, p. 102; MOLINA FERNÁNDEZ, 2007, pp. 18, 95-99; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Hecho típico», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 1320; SAMSON, 2003, p. 44; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, *Omisión e injerencia en Derecho penal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), n. 94 (pp. 547-548); PALERMO, O, *La legítima defensa: una revisión normativista* (Barcelona: Atelier, 2006), p. 159; KORIATH, H, *Kausalität und objektive Zurechnung* (Baden-Baden: Nomos, 2007), pp. 60-61, 157-158; KINDHÄUSER, U, «Risikoerhöhung und Risikoverringerung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 120 (2008), p. 492; MOORE, 2009, pp. 172, 179-180, 247; y PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)», p. 129.

⁷⁷ JAKOBS, 1991, p. 794.

Pero una estimación de probabilidad que se formulara sobre la base de todo el conocimiento disponible para el juez en el momento de enjuiciamiento sería, a todas luces, inadecuada a los efectos que aquí interesan. Y es que, si la conducta perturbadora se define por su contrariedad a las *expectativas* sobre el *comportamiento* en relación con los intereses ajenos que el Derecho garantiza, parece obvio que el conocimiento desde el que se formula el juicio de peligro tendrá que ser, como máximo, el más perfecto disponible *en el momento de la conducta*⁷⁸. El juez deberá estimar el peligro, en otras

⁷⁸ Vid., por todos, TRAEGER, 1904, pp. 159-161; VON BAR, 1907, pp. 202-203; WELZEL, 1961, p. 22; FRISCH, P, 1973, p. 88; BURGSTALLER, 1974, pp. 38, 43; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 339; JAKOBS, 1991, p. 206; KUHLEN, 1991, pp. 347-349; REYES ALVARADO, 1994, pp. 138-141; DUTTGE, 2001, pp. 11-12; CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, p. 60 (con n. 150); ROXIN, 2006, p. 378; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 202-203, 284-285; WAGNER, 2017, nm. 440; PEÑARANDA RAMOS, E, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nms. 1368-1370; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 483-484.

A esta misma conclusión conduce partir de la base de una teoría imperativa de la norma; así, p. ej., MÜLLER, 1912, pp. 22-24; HONIG, R, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930. Band I*, ed. Hegler, A (Tubinga: Mohr Siebeck, 1930), pp. 187-188; ENGISCH, 1931, pp. 55-58; MÜNZBERG, 1966, *passim*, esp., pp. 1-3, 11-12, 15, 49-53, 64-67, 181-185; FRISCH, W, 1983, *passim*, esp. pp. 76-78, 95, 124; 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 86; SILVA SÁNCHEZ, JM, «Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 27 de enero de 1984)», *Diario La Ley*, vol. 922 (1984), nm. 5; SILVA SÁNCHEZ, JM, *El delito de omisión: concepto y sistema* (Barcelona: Bosch, 1986), pp. 145, 284, 293-295; 2012, n. 325 (pp. 624-625); CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 36-37; KUHLEN, 1991, pp. 344-345; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 33-34, 54, 75-77, 103, 144-145; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 101, 103, 182, 363-364, 403; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 37-38; 2008, p. 52; GIL GIL, 2007, pp. 225-226; FREI, 2010, pp. 49, 70; MIR PUIG, 2016, pp. 176-178; o DE LA FUENTE HULAUD, 2019, pp. 14-15. Sin embargo —y prescindiendo ahora de la, a mi juicio, evidente inadecuación de esta teoría para explicar el Derecho de la responsabilidad civil (vid. el texto que sigue a la n. 14 de este capítulo)— la teoría de los imperativos no permite fundamentar la postura que se sostiene a continuación en el texto: la de que el nivel de conocimiento de partida para el juicio de peligro ha de ser el del participante medio en el concreto sector del tráfico. Como ha demostrado brillantemente MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 476, 699-702; 2007, *passim*, esp. 21-22, 33-37, 106-108, lo único coherente con esta teoría es tomar como base el conocimiento del *concreto participante* en el tráfico de que se trate, en la línea propuesta en términos especialmente radicales por ZIELINSKI, 1973, *passim*, esp. 132-133, 143-144, 186-191, 198-199; conocimiento que, evidentemente, puede ser inferior o superior al de la persona baremo en su posición (vid., en la misma línea, BAUTISTA PIZARRO, N, *Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht. Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2017), pp. 67-68; VALIENTE IVÁÑEZ, V, *Imputación extraordinaria: elementos conceptuales y normativos para un modelo de responsabilidad jurídico-penal (tesis doctoral inédita)* (Barcelona, 2018), *passim*, esp. pp. 126, 138). Este es también, de hecho, el punto de partida que adopta ENGISCH, 1931, pp. 56-57, que le permite concebir la incorporación al juicio de peligro de los conocimientos especiales del autor como la *regla general*, apartándose así del planteamiento de la doctrina mayoritaria: se toman como base los conocimientos (reales) del autor, a los que se *suman*, en su caso, los conocimientos adicionales que habría tenido una persona baremo en su posición. Sin embargo, así no se evita la incoherencia denunciada por MOLINA FERNÁNDEZ, pues lo que resulta ahora injustificado, desde el propio planteamiento de ENGISCH, es que no se tomen como base del juicio de peligro los conocimientos del autor *inferiores* a los de la persona baremo. La explicación de ENGISCH al respecto —que estos han de tenerse en cuenta en la *culpabilidad*, no en el injusto— es una evidente petición de principio.

MOLINA FERNÁNDEZ no deja de matizar, en cualquier caso, que, aunque la concepción *ex ante* del injusto «se puede ver fuertemente apoyada por la adopción de una teoría de la norma próxima a las tesis imperativas, su suerte no está ligada indefectiblemente a éstas, lo que puede ser un argumento más a su

palabras, desde la perspectiva *ex ante*, haciendo abstracción de su conocimiento sobre cómo se desarrollaron finalmente los acontecimientos. A esto se refiere la doctrina cuando habla de la necesidad de evitar el «sesgo retrospectivo» (*hindsight bias*)⁷⁹ en la determinación judicial del riesgo⁸⁰, o cuando califica esta actividad como un «pronóstico posterior»⁸¹; juicio que, como todo pronóstico, es ya necesariamente de probabilidad y no de certeza: el conocimiento sobre el futuro es imperfecto por definición⁸².

Sin embargo, el conocimiento más perfecto de la realidad existente en el momento de la conducta —accesible para el juez, en su caso, a través de dictámenes periciales— es solo, como se ha dicho, el nivel *máximo* de conocimiento desde el que puede formularse el juicio de peligro. El nivel de conocimiento de partida *concreto* podría ser este, pero también cualquier otro inferior⁸³. Y, si lo que constituye una perturbación se determina sobre la base de las expectativas sociales de comportamiento jurídicamente garantizadas, lo más correcto parece partir del nivel de conocimiento sobre la realidad que se espera del *participante medio en el concreto sector del tráfico* de que se trate⁸⁴;

favor. Indudablemente, cualquier concepción que parta de una visión de la norma como instrumento para determinar conductas está abocada necesariamente a realizar la valoración del hecho *ex ante*, en el momento en que, dirigiéndose a sus destinatarios, puede ejercer influencia directiva sobre ellos. Pero la aceptación de una teoría valorativa de la norma matizada también permite este planteamiento. Nada impide que el momento de la valoración del hecho se sitúe en su realización y no en la verificación *ex post* de sus efectos sobre los bienes jurídicos» (2001, p. 375).

⁷⁹ Al respecto, vid., por todos, KAHNEMAN, D, *Thinking, Fast and Slow* (Nueva York: Farrar, Straus and Giroux, 2011), pp. 202-204.

⁸⁰ Así, entre otros, DUTTGE, 2001, pp. 12-14; FRIED, BH, «Facing Up to Risk», *Journal of Legal Analysis*, vol. 10 (2018), p. 16 con n. 20; y, para el concreto ámbito de la gestión empresarial, COCA VILA, I, «La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», *Diario La Ley*, vol. 9371 (2019), p. 7 con n. 37 (p. 21). Advierte especialmente de este riesgo KUHLEN, 1991, pp. 358-359, que destaca, además, que este sesgo es tanto más prevalente cuanto mayor es la gravedad del resultado efectivamente producido por la conducta que se enjuicia (ibíd., pp. 359-361).

⁸¹ Este aparente oxímoron resulta, a mi juicio, lo suficientemente expresivo como para que su uso —por lo demás, sumamente generalizado en la doctrina— presente más ventajas que inconvenientes. Sin perjuicio de ello, puede que haya que dar la razón a JAKOBS cuando critica la expresión aduciendo que el juicio de pronóstico del que aquí se trata no es, en lo que importa, uno «posterior»: «cuándo se lleve a cabo psíquicamente es del todo indiferente (también los procesos causales de los que un juez nunca llega a tener constancia pueden ser adecuados); se trata de un juicio ideal y, como tal, existe intemporalmente» (1991, p. 197).

⁸² Así, DUTTGE, 2001, p. 8.

⁸³ Lo plantea en términos prácticamente idénticos MÜNZBERG, 1966, p. 185.

⁸⁴ A esta misma conclusión llega, en definitiva (al menos para el delito imprudente), VON BAR, 1907, pp. 203, 408, que defiende la realización *sucesiva* de un juicio de adecuación, formulado sobre la base del conocimiento más perfecto disponible *ex ante*; y uno de *imprudencia*, que toma como parámetro el conocimiento disponible para la persona media en la posición del autor. También se aproxima a ella MÜLLER, 1912, pp. 30-34, 58-59, 137, que, aunque se alinea, en principio, con la doctrina en su momento mayoritaria al defender que el juicio de adecuación —que él, adelantándose casi un siglo a su tiempo,

precisamente la «persona baremo» sobre la que se proyectan tales expectativas⁸⁵. En la mayor parte de ocasiones, este conocimiento no coincidirá con el más perfecto disponible en el momento de la conducta, pues la participación en la inmensa mayoría de actividades de la vida social no presupone el conocimiento más completo de la realidad al que puede accederse en cada momento. Lo contrario únicamente ocurrirá en sectores de actividad muy especializados, a los que solo se permite acceder a expertos. Así, por ejemplo, se espera de quien diseña un coche que actúe sobre la base de todo el conocimiento técnico disponible en el momento de la fabricación, pero de quien que lo conduce se espera solo el conocimiento de la persona media en posesión del correspondiente permiso⁸⁶.

El conocimiento de la realidad del que ha de partir el juez en la formulación del juicio de peligro se encuentra, pues, doblemente limitado. Por un lado, como se ha dicho, ha de hacer abstracción de cualquier información disponible para él que no fuera **accesible en el momento de la conducta**. Y ha de prescindir, además, de cualquier información no **disponible para el participante medio** en el sector de actividad en cuestión, por mucho que, en abstracto, pueda considerarse que forma parte del conocimiento accesible *ex ante*.

Todo lo anterior tiene una importante implicación adicional: el juicio de peligro es, al menos en principio, tan *impersonal* como el que determina, con base en él, el

califica ya como uno de «antijuridicidad objetiva» (vid. n. 14 de este capítulo)— ha de formularse teniendo en cuenta el conocimiento más perfecto disponible *ex ante*, pone broche de oro a su obra con un pequeño «apéndice» (*Nachtrag*) en el que expresa sus dudas sobre si no habría, quizás, que partir más bien a estos efectos de «las circunstancias que en el momento del comportamiento se encontraran en el campo de visión (*Gesichtskreise*) del concreto individuo afectado» (MÜLLER, 1912, p. 140).

⁸⁵ Esta expresión «personalizadora» del juicio de peligro tiene una plasticidad que la dota, según creo, de ciertas ventajas expositivas —que trataré de explotar en lo que sigue de la mejor manera posible—, pero no está exenta de riesgos. El más importante es el de pasar por alto que «lo importante no es el saber del hombre medio, sino lo que jurídicamente se espera o se exige del hombre medio. Se trata, en este sentido, de un espectador normativamente construido (y no empíricamente construido)» (ROBLES PLANAS, 2003, p. 208). La «persona baremo» en la posición del autor, dotada, a estos efectos, de un determinado bagaje de conocimientos, es simplemente un *recurso explicativo* que se emplea aquí, como en otros trabajos, para referirse de forma gráfica y simplificada al nivel de conocimientos que el ordenamiento jurídico requiere para desempeñar el tipo de actividad de que se trate. Léaseme, pues, con ello en mente, cuando en adelante emplee expresiones como «el conocimiento de la persona baremo» o «lo que conocería la persona baremo» en la posición del autor.

⁸⁶ Vid., en este sentido, por todos, DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 161-168; JAKOBS, 1991, p. 206; REYES ALVARADO, 1994, p. 129; JANSEN, 2003, pp. 451-453; WIDMER, 2005, «Art. 4:102. Required Standard of Conduct», p. 76; MARINUCCI, 2013, pp. 154-162, 318-320, 462-463; WAGNER, 2017, nms. 38-40, 420; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nms. 1368-1370; GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nms. 57-59; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 90-92, 94-95, 125.

carácter perturbador o no de la conducta. Se trata, como suele expresarlo la doctrina, de un «pronóstico posterior *objetivo*»⁸⁷, formulado sobre la base del conocimiento disponible, en el momento de la conducta, para una *persona baremo* en la posición del autor, y no sobre la del conocimiento del que este realmente disponía. Ello resulta particularmente claro en los casos en los que el autor lleva a cabo su comportamiento con base en un **conocimiento de la realidad inferior al de la persona baremo** en su posición. El juicio de peligro que el Derecho asume como vinculante para decidir sobre el carácter perturbador de la conducta es siempre el de la persona baremo. Si con base en este pronóstico puede calificarse la conducta como perturbadora, no deja de serlo porque el autor incurra en sesgos que le hagan *subestimar* la probabilidad de lesión de los intereses ajenos. Penalmente, no habrá ningún obstáculo para afirmar la naturaleza (objetivamente) típica de la conducta, siempre que se cumplan el resto de los requisitos necesarios⁸⁸. Los sesgos del autor serán relevantes para fundamentar, a lo sumo, un *error de tipo* excluyente del dolo⁸⁹ y, si es invencible, también de la culpabilidad a título de imprudencia⁹⁰. Civilmente, si la conducta causa un daño imputable a la perturbación, el dañante deberá en principio resarcirlo; solución por la que, de hecho, opta expresamente el legislador español (art. 118.2 CP)⁹¹.

A la inversa, si sobre la base del juicio de peligro que haría la persona baremo la conducta no merece el calificativo de perturbadora, los sesgos del autor que le hagan *sobreestimar* la probabilidad de lesión de los intereses ajenos no pueden hacer que pase a merecerlo. Desde el punto de vista civil, no existirá en este caso la «culpa o negligencia» necesaria para que el autor deba resarcir los daños eventualmente derivados de su conducta. Penalmente, faltará una conducta (objetivamente) típica, no pudiendo apreciarse siquiera la concurrencia de una tentativa «inidónea»⁹². Ciertamente, nada se

⁸⁷ Hasta donde alcanzo, fue RÜMELIN, 1896, pp. 49-53 el primero en utilizar esta afortunada expresión, si bien en un sentido bastante diferente al que se emplea en el texto (vid. n. 76 de este capítulo).

⁸⁸ A los que se dedicará el epígrafe 1 del apartado II del capítulo 3.

⁸⁹ Así, entre otros muchos, FRISCH, W, 1983, pp. 440-441; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 202-203, 284-285; y MIR PUIG, 2016, pp. 257-258.

⁹⁰ Vid., con mayor detalle, el apartado III del capítulo 3.

⁹¹ En caso de que los sesgos del dañante sean imputables al propio perjudicado podrá apreciarse, sin embargo, un deber de soportar el daño basado en su culpa concurrente (vid. apartado V del capítulo 4).

⁹² En realidad, como muchos autores han puesto de manifiesto, no aporta ninguna información relevante calificar una tentativa como idónea o inidónea, por lo que, en adelante, prescindiré completamente de hacerlo. Desde el punto de vista *ex post*, toda tentativa es «inidónea», en cuanto que (por definición) no ha

opondría a esta última solución si lo determinante para decidir sobre la concurrencia de una tentativa fuera la representación del autor sobre su propia conducta. Esta es, como ya se indicó, la base de la que parte el § 22 StGB, por lo que resulta perfectamente comprensible que la doctrina penalista alemana concluya mayoritariamente que existe tentativa inidónea en esta clase de casos⁹³. Esta solución no puede, sin embargo, importarse sin más al Derecho español, ignorando las importantes diferencias que existen entre las regulaciones de la tentativa propias de uno y otro ordenamiento, a las que también se hizo referencia⁹⁴. De acuerdo con el art. 16.1 CP, no puede bastar para la concurrencia de una tentativa la mera creencia del autor de que concurren los presupuestos necesarios para calificar su conducta como perturbadora —en este caso, un determinado nivel de riesgo para los intereses ajenos— si *la persona baremo en su posición* no habría creído lo mismo en esas circunstancias. Expresado con una

dado lugar al resultado típico. Desde la perspectiva *ex ante*, no lo es ninguna en la que concurren los presupuestos necesarios para su tipicidad (sobre los que vid. enseguida texto y n. 96). En esta línea, p. ej., ZIELINSKI, 1973, pp. 129-130; KAUFMANN, ARM, «¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 3 (1985), pp. 809-810; JAKOBS, 1991, p. 720; 2012, p. 70; SILVA SÁNCHEZ, 1997, *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, pp. 125, 134 (con n. 347), 137-138; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 786-794, 815, 827-828; REY SANFIZ, 2001, p. 25; ROXIN, 2014, pp. 437, 442; MIR PUIG, 2016, p. 349; CASTELLVÍ MONSERRAT, C, *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), p. 454; o PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre las formas imperfectas de ejecución del delito*, p. 14.

⁹³ Así, FRISCH, W, 1983, pp. 456-457; JAKOBS, 1991, pp. 358-362; 2020, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 29; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 353-354; ROXIN, 2006, pp. 640-641, 644-645, 719, 774-775; HOYER, 2017, nm. 91 (p. 505); o ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 751-752, 756, 836, 884-885; a los que se suma, en relación con el Derecho argentino (más similar al alemán que al español en este punto) SANCINETTI, 1991, pp. 612-617, 622-625. De hecho, no parece posible otra solución si el tenor literal del § 22 StGB se combina con lo dispuesto su § 23(3), en el que se declara punible la conducta de quien «desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa [...] de ninguna manera podría conducir a la consumación». Merece la pena destacar, sin embargo, que el propio ROXIN, 2014, p. 439, se refiere a los intentos del autor de producir un resultado típico a través de conductas que desde la perspectiva (más correcta) de la persona baremo en su posición no crean un riesgo como «una clase defectuosa de tentativa», «no peligrosa», y califica su punición en Derecho alemán como una «peculiaridad dogmática» de dicho ordenamiento, que solo puede justificarse con base en una necesidad preventivo-especial de pena. Más contundente aún se muestra HIRSCH, cuando afirma que «la mayoría de los ordenamientos del mundo no consideran punible la tentativa objetivamente (*ex ante*) no peligrosa, y por buenos motivos: pues su punibilidad es una muestra de Derecho penal de la actitud interna (*Gesinnungsstrafrecht*)» (HIRSCH, HJ, «Handlung-, Sachverhalts- und Erfolgswert», en *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, ed. Graul, E y Wolf, G (Berlín: Walter de Gruyter, 2002), p. 9. Estas observaciones sin duda invitan a la cautela respecto de «importaciones» poco meditadas de las soluciones alemanas en este punto. Vid., en sentido similar, WOLTER, 1981, *passim*, esp. pp. 301-302, 308; FRISCH, W, 1983, *passim*, esp. pp. 88-93, 125-126.

⁹⁴ En este punto, resulta muy oportuna la observación de MARTÍN CASALS de que «los trasplantes de doctrinas jurídicas de un ordenamiento a otro no solo pueden convertirse en “irritantes jurídicos” [*legal irritants*’], sino también llegar a ser fuentes inagotables de confusión y dolores de cabeza» (MARTÍN CASALS, M, «Proportional liability in Spain: a bridge too far?», en *Uncertain Causation in Tort Law*, ed. Martín Casals, M y Papayannis, DM (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), p. 45).

terminología diferente, la tentativa solo cabe en los supuestos de error de tipo inverso⁹⁵ *objetivamente invencible*⁹⁶.

Muy discutidos resultan, sin embargo, los casos en los que el autor parte de un **conocimiento de la realidad superior al de la persona baremo** en su posición, como demuestran los auténticos ríos de tinta que han corrido, sobre todo en la literatura penalista, en torno al llamado «problema de los conocimientos especiales» (*Sonderwissen*)⁹⁷. Los supuestos que preocupan a la doctrina se refieren normalmente a casos en los que el autor conoce elementos de la realidad, desconocidos para la persona baremo en su posición⁹⁸, con base en los que podría formularse un pronóstico de riesgo *más grave* que el que resulta de la perspectiva impersonal (expresado de forma quizás impropia, pero muy gráfica, la persona baremo *subestima* el riesgo). El «ejemplo del

⁹⁵ Esto es, de suposición errónea de que concurren los elementos del tipo.

⁹⁶ Esta distinción no es, sin embargo, habitual en la doctrina española, que —contradiendo no solo el tenor literal del art. 16.1 CP, sino también el principio del hecho que lo inspira (vid. epígrafe 1 del apartado III de este capítulo, esp. a partir de la n. 57)— aprecia mayoritariamente (sea de forma directa o por analogía) la concurrencia de una tentativa en *todos* los casos de «falta del elemento subjetivo de justificación» o error inverso sobre los presupuestos de una causa de justificación; así, p. ej., RODRÍGUEZ MOURULLO, G, «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad», en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, ed. Barbero Santos, M et al. (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982), pp. 518-519; PALERMO, 2006, pp. 169-170; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 643-644; SILVA SÁNCHEZ, JM, «Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir», en *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Tomo I. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, ed. Gimbernat Ordeig, E et al. (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), pp. 491-493, 497; WILENMANN, 2017, pp. 370-371 (que extiende la solución alemana a los Derechos español y chileno); MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Sistema de causas de justificación», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 1620; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Legítima defensa», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 1737. También MIR PUIG, 2016, pp. 280, 436-438, 455, que, sin embargo, en 1988, pp. 680-683, distinguía, en la línea apuntada en el texto, como hace PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 123-124; y ahora también LUZÓN PEÑA, 2016, *passim*, p. ej., pp. 346-348 (aunque cfr. su posición todavía indiferenciada en LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 107-108, 276, 552-553). Vid. también, en la doctrina extranjera, BURGSTALLER, 1974, pp. 175-179.

⁹⁷ Entre las contribuciones monográficas más recientes al respecto cabría a mi juicio destacar los trabajos de GRECO, L, «Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum “Problem” des Sonderwissens», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 117 (2005); y JAKOBS, G, «Zuständigkeit durch Wissen?», en *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag*, ed. Bockemühl, J et al. (Múnich: C.H. Beck, 2015).

⁹⁸ Para construir la persona baremo en la posición del autor a estos efectos —*rectius*, para determinar el nivel de conocimientos del que ha de partir el juez a la hora de llevar a cabo el juicio de peligro— han de tenerse en cuenta todas las circunstancias *externas* («objetivas», exteriorizadas) que, al integrar el *contexto* en el que se lleva a cabo el comportamiento enjuiciado, pasan a configurar dicha posición. Si, por ejemplo, Ana esconde un cepo en un punto poco visible de un camino en el bosque y acto seguido anima a Beatriz (con intención de lesionarla) a que dé un paseo por ese preciso camino, el juicio de peligro sobre la conducta de Ana ha de incluir la circunstancia de que hay una trampa escondida en el suelo. Con total independencia de que Ana sea la única persona que conoce la existencia del cepo, este no es un caso de «conocimiento especial», porque la persona baremo en la posición de Ana —una persona que, poco tiempo antes *ha colocado* el cepo en el camino (conducta exteriorizada)— también conocería esta circunstancia.

camarero» propuesto por JAKOBS se ha convertido en un auténtico clásico, y sigue siendo probablemente el más discutido entre los penalistas: un estudiante de biología, que se financia los estudios trabajando de camarero, descubre en una ensalada, dados los conocimientos obtenidos en su formación universitaria —de los que carece el camarero medio— una fruta venenosa, pero sirve la ensalada en todo caso⁹⁹. Otro famoso supuesto ideado por JAKOBS, el «ejemplo del albañil», presenta una estructura prácticamente idéntica: un estudiante de arquitectura, que trabaja como peón de obra en vacaciones, se da cuenta, gracias a lo aprendido en la carrera, de que la estructura del edificio en que trabaja ha sido mal calculada —algo de lo que el albañil medio nunca habría podido percatarse—, pero no avisa a la dirección de obra¹⁰⁰. Puede suponerse, por último, que una persona, con intenciones letales, aunque en lo que a todas luces parece (externamente) ser una broma, ataca por la espalda a otra, que el atacante —pero no el participante medio en el tráfico— sabe a ciencia cierta, por cualquier motivo ajeno a una interacción exteriorizada¹⁰¹, que padece de problemas cardiacos que pueden convertir la aparente travesura (literalmente) en un susto «de muerte»¹⁰².

⁹⁹ Así, en JAKOBS, 1996, *La imputación Objet. en Derecho Penal*, pp. 136-137; 1997, «Representación del autor e imputación objetiva», p., p. 225. Un ejemplo muy similar aparece planteado ya en JAKOBS, 1991, pp. 207-208 y vuelve a emplearse en JAKOBS, 2012, p. 33; 2020, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 38.

¹⁰⁰ JAKOBS, 1997, «Representación del autor e imputación objetiva», p. 236. De nuevo, con ligeras variaciones en JAKOBS, 1991, p. 322.

¹⁰¹ No, por ejemplo, si quien ataca a la víctima es precisamente su cardiólogo o un miembro de su familia cuya estrecha convivencia con aquella lo ha llevado a conocer sus problemas de salud (vid. n. 98 anterior).

¹⁰² Este ejemplo pone de manifiesto, por lo demás, que el problema de los «conocimientos especiales» abarca todos los casos en que el autor dispone de un conocimiento de la realidad superior al que correspondería a la persona baremo en su posición, independientemente de cómo haya obtenido este conocimiento y, en particular, de que su fuente sea —como en los ejemplos del camarero y el albañil— una determinada especialización técnica. JAKOBS ha insistido especialmente sobre ello en una de sus contribuciones más recientes sobre esta materia (2015, n. 9 (p. 237), p. 242). No está de más puntualizar, sin embargo, que para que una determinada representación del autor sobre la realidad pueda caracterizarse propiamente como un «conocimiento», aquella ha de proceder (directa o indirectamente) de la *observación* de esta. Solo de esta forma pueden fundamentar los partidarios de tener en cuenta los conocimientos especiales del autor en la formulación del juicio de peligro su impunidad en supuestos en los que aquel actúa sobre la base de representaciones (actuales o potenciales) derivadas de sueños, supersticiones o simples corazonadas. Piénsese, por ejemplo, en el caso, propuesto por GIMBERNAT ORDEIG, 1966, p. 16, de quien sueña que un anarquista va a poner una bomba en un bar al día siguiente y, en la creencia de que su sueño se hará realidad, convence a su enemigo de que acuda a ese bar en el momento justo en que cree que va a producirse el atentado. Si esto es lo que efectivamente sucede, la corazonada en la que se basa el autor no será suficiente para que deje de poder afirmarse que se ha producido una simple *casualidad*, a diferencia de lo que ocurriría, por ejemplo, si —como en el ejemplo propuesto por TRAEGER, 1904, p. 186— el autor hubiera sabido del atentado por boca de un conocido infiltrado en la organización anarquista en cuestión; vid., en este sentido, RADBRUCH, 1902, pp. 362-363; y el propio GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 16, 152-154, 155, que fundamenta su postura sobre la base (aquí compartida) de que «[s]aber, en sentido estricto, significa “un conocimiento fundamentado” [...]. Lo decisivo es, por consiguiente, en qué forma el agente adquiere su representación: si las bases que han conducido al convencimiento de que el resultado se

No obstante, al igual que en el caso de los conocimientos inferiores a los de la persona baremo, es perfectamente posible imaginar el supuesto inverso: el autor conoce elementos de la realidad, desconocidos para la persona baremo en su posición, con base en los que podría formularse un pronóstico de riesgo *menos grave* que el que resulta desde la perspectiva impersonal (la persona baremo *sobreestima* el riesgo). Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de que una persona encargada de la administración del patrimonio de otra lo invirtiera en un negocio que el participante medio en ese sector del tráfico consideraría extremadamente arriesgado, contando con información privilegiada que le permite apreciar que el riesgo de pérdidas es en realidad muy inferior; uno, en concreto, que impide calificar la inversión como una conducta perturbadora en atención al peligro para el patrimonio administrado¹⁰³. También pertenecería a este grupo de casos el ejemplo de la persona que disparara sobre el cadáver de otra que la persona baremo creería solo dormida, a sabiendas de que ha fallecido.

Como se ha anticipado, la inmensa mayoría de tomas de postura doctrinales sobre este problema se refieren en exclusiva —al menos expresamente— al primero de estos grupos de casos. La opinión mayoritaria entre los penalistas y prácticamente unánime entre los civilistas es que, en esta clase de supuestos, el juicio de peligro sobre la base del que ha de decidirse el carácter perturbador o no de la conducta debe formularse desde el nivel de conocimiento de la realidad del que efectivamente dispone el autor y no desde el (inferior) que le sería accesible a una persona baremo en su posición¹⁰⁴. Los partidarios

produciría eran sólidas, estaremos ante un auténtico saber; si la representación ha sido adquirida por medio de sueños, presentimientos, supersticiones, etc., entonces no ha habido conocimiento de las circunstancias del hecho» (ibíd., p. 153).

¹⁰³ Sin perjuicio, por supuesto, del posible carácter perturbador de la conducta en atención a *otra* dimensión de riesgo: el peligro para el interés general en la confianza de los inversores en la integridad y transparencia de los mercados de valores que da lugar a la simple realización en ellos de operaciones con información privilegiada; perturbación que, en su caso, podría quedar abarcada por tipos penales como el del art. 285 CP. Sobre la posibilidad de subsumir bajo el tipo de administración desleal (art. 252 CP) también ciertas infracciones (dolosas) por parte de los administradores societarios de su deber mercantil de diligencia, vid. solo COCA VILA, 2019, *passim*, esp. pp. 3-4.

¹⁰⁴ Vid., en este sentido, ya VON BAR, 1871, p. 21; 1907, pp. 200, 202; RÜMELIN, 1900, pp. 224-225; TRAEGER, 1904, pp. 159, 161; KÖHLER, 1912, pp. 127, 131-132, 172; ENGISCH, 1930, p. 81; 1931, pp. 55-57; WELZEL, 1939, pp. 519-520; y, en la doctrina más reciente, SPENDEL, G, «Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt», *Juristische Schulung*, 1964, p. 16; DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 45-52; GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 34-35; RODRÍGUEZ MOURULLO, G, *La omisión de socorro en el Código Penal* (Madrid: Tecnos, 1966), p. 168; FRISCH, P, 1973, pp. 89, 96; FRISCH, W, *Tipo penal e imputación objetiva*, ed. Bacigalupo, E y Ventura Püschel, A, trad. Cancio Meliá, M et al. (Madrid: Colex, 1995), pp. 80-84, 85-86, 100-102; 2004, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», pp. 55-57; FRISCH, W, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, trad. Coca Vila, I (Barcelona: Atelier, 2015), pp. 67, 107; 2018, pp. 566-567;

de esta postura en la doctrina penalista suelen apoyarla en argumentos preventivos: si la consideración de los conocimientos especiales del autor permite una estimación *más correcta* del riesgo que la que se obtendría partiendo del nivel de conocimiento de la persona baremo, no tenerlos en cuenta supondría renunciar a una protección máxima de los bienes jurídicos frente a peligros *realmente existentes*. Cerrar los ojos al conocimiento

BURGSTALLER, 1974, pp. 38, 65-66; SAMSON, E, «Anhang zu § 16: Das Fahrlässigkeitsdelikt», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1: Allgemeiner Teil*, ed. Rudolphi, H-J et al., 2.^a ed. (Frankfurt: Alfred Metzner, 1977), p. 131; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 339; SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 84, 294, 295; 2012, pp. 627-628; STRUENSEE, E, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1987, pp. 99-100, 102-103; STRUENSEE, E, «El tipo subjetivo del delito imprudente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 424-425, 439, 444-445; LARRAURI PIJOAN, E, «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 747-748, 772; MIR PUIG, 1988, pp. 673-676; 2016, pp. 178, 300-301, 550; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 127-146, 219-220, 230-235, 249, 307, 339-342; JORGE BARREIRO, A, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica* (Madrid: Tecnos, 1990), pp. 42-43; PEÑARANDA RAMOS, 1990, *Proyecto docente (Concurso para Profesor Titular de Derecho Penal)*, pp. 53-56; 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nms. 1368-1370; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 81-90; TOEPEL, F, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt* (Berlín: Duncker & Humblot, 1992), pp. 33, 36-37; KINDHÄUSER, U, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, pp. 208, 210, 214-215; 2007, pp. 36-37, 51, 79-81; 2008, «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», *passim*, esp. pp. 15, 20-23, 27; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 122-123, 260-264, 408-413; ROXIN, 1995, pp. 232-233; 2006, pp. 377-379, 1085; FEIJOO SÁNCHEZ, 2000, pp. 107-112, 131-132; 2001, *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»*, pp. 107-110, 114-116, 247-248; RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 187-195; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 306, 623, 632; PEÑA LÓPEZ, 2002, p. 237, n. 226 (pp. 237-238); ROBLES PLANAS, R, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo», en *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, ed. Frisch, W y Robles Planas, R (Barcelona: Atelier, 2004), pp. 96-97; GRECO, 2005, pp. 548-549, 554; GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, 2006, pp. 52-53; 2008, 56, 84, 131-132, 212-217; GIL GIL, 2007, pp. 165-167, 242-244, 249-253, 414-415; PUPPE, 2007, pp. 396-397; 2017, nms. 22, 157, 256; HERZBERG, 2008, pp. 23, 30; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 321-333, 371-372; 2010, pp. 338-339, 346-347; FREI, 2010, pp. 75, 78-79, 89, 92-93, 95; MARINUCCI, 2013, pp. 155-156, 162; MATELLANES RODRÍGUEZ, N, «El tipo imprudente de acción», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo II: Teoría del delito*, ed. Demetrio Crespo, E, 2.^a ed. (Madrid: Iustel, 2015), pp. 158-160; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 202-203, 284-285; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, p. 361; HOYER, 2017, nms. 17-24 (pp. 481-484), 100 (p. 509); WAGNER, 2017, nm. 40; GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nms. 54-56; PÉREZ MANZANO, M, «El fundamento de la pena del delito doloso», en *Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo*, ed. Valle Mariscal de Gante, M et al. (Universidad Complutense de Madrid, 2020), p. 536; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 483-484, 1203-1204. También, al menos para el grupo de casos aquí discutido, FRISCH, W, 1983, pp. 133-135, 359, 441; SACHER, 2006, pp. 243-264, 283-284; DE VICENTE REMESAL, J, «Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 22 (2020), *passim*, esp. 17, 42; MAÑALICH RAFFO, JP, «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 47 (2020), pp. 28-29. Como destaca KNOCHÉ, W, *Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang im Zivil- und Strafrecht* (Marburgo: Gg. Nolte, 1959), p. 14, esta posición aparecía ya reflejada en el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* de 1794, cuyo §806 del Título 20.º de la Segunda Parte disponía, en relación con el delito de homicidio, que «quien con la intención maliciosa de matar a otro emprende acciones tales que, de acuerdo con el curso usual de las cosas o con lo que él especialmente conoce, deberían conducir a la muerte de ese otro, y de tal modo efectivamente lo mata, merece, como homicida, la pena de muerte por decapitación [*die Strafe des Schwertes*]».

superior de la realidad del que, en los ejemplos anteriores, disponen el camarero, el albañil o quien ataca a la persona débil del corazón daría lugar, de acuerdo con este planteamiento, a lagunas de punibilidad político-criminalmente insoportables; sería tanto como tolerar el «crimen perfecto»¹⁰⁵. La doctrina civilista, por su parte, no suele invertir grandes esfuerzos en justificar esta postura, conformándose mayoritariamente con una fundamentación «negativa»: cuando el dañante conoce la realidad *mejor* que la persona baremo, nada en la lógica de la responsabilidad civil se opone a formular el juicio de peligro desde su perspectiva¹⁰⁶. A este razonamiento subyace, probablemente, la consideración implícita de que, en este grupo de casos, entre dañante y perjudicado, es más justo que sea el primero quien soporte el daño.

Un sector minoritario de la doctrina penalista, encabezado por JAKOBS, defiende una posición mucho más restrictiva en cuanto a la incorporación de los conocimientos especiales del autor al juicio de peligro; posición que, de nuevo, se refiere exclusivamente al primero de los grupos de casos de conocimientos especiales planteados (*subestimación del riesgo por parte de la persona baremo*). La idea rectora básica que subyace a esta postura es la siguiente: quien conoce lo que no tiene el deber de conocer no puede verse obligado a hacer uso de tales conocimientos más allá de lo que impone la solidaridad general. De acuerdo con ello, la determinación del carácter perturbador o no de la conducta *a los efectos del delito de omisión del deber de socorro* (§ 323c StGB, art. 195 CP) puede hacerse sobre la base de un juicio de peligro formulado teniendo en cuenta los conocimientos superiores del autor. Por el contrario, *a los efectos de los delitos de resultado*, la consideración de estos conocimientos presupone que el autor tenga, con base en el papel social que desempeña, una posición de garante que le imponga el deber de emplearlos en favor de la víctima; requiere, en otras palabras, que los conocimientos superiores del autor se encuentren «incorporados a su rol», perdiendo, en este sentido, su

¹⁰⁵ Así fundamentaban esta postura ya autores como RADBRUCH, 1902, pp. 352-353; TRAEGER, 1904, p. 161; o LIEPMANN, 1905, p. 335. Vid., en el mismo sentido, MIR PUIG, 1988, pp. 673-676; 2016, p. 550; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 82; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 258-259; GRECO, 2005, pp. 548-549, 554; ROXIN, 2006, pp. 377-379; KINDHÄUSER, 2007, pp. 36-37, 51, 79-81; 2008, «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», p. 15; FREI, 2010, pp. 75, 78-79, 89, 92-93, 95; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1370; FRISCH, W, 2018, p. 567; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 483-484.

¹⁰⁶ Así, p.ej., FREI, 2010, pp. 99, 201-202, 203-204, 205-206, 296; KOZIOL, 2012, pp. 209-210; o GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nm. 56. Cfr., sin embargo, la original fundamentación ofrecida por WAGNER, 2017, nms. 41-44, desde el análisis económico del Derecho.

condición de «especiales»¹⁰⁷. Este planteamiento permite a JAKOBS concluir que las conductas del camarero y el albañil de los ejemplos perturban, a lo sumo, a los efectos del delito de omisión del deber de socorro, pues ni uno ni otro son garantes — respectivamente, frente al cliente y frente al dueño de la obra— de evitar que el riesgo que casualmente conocen llegue a materializarse. La solución sería probablemente diferente, sin embargo, en el ejemplo del «susto de muerte»¹⁰⁸, de manera que la conducta

¹⁰⁷ A esta posición se suman, en relación con el delito de estafa, PAWLIK, M, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug* (Colonia/ Berlín/ Bonn/ Múnich: Carl Heymanns, 1999), pp. 150-151; PASTOR MUÑOZ, N, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid: Marcial Pons, 2004), pp. 140-141, 217; y, en general, REYES ALVARADO, 1994, pp. 67, 129-132; REY SANFIZ, 2001, pp. 100-102; y, aunque no sin importantes matices, ROBLES PLANAS, 2003, pp. 209-214; VILLACAMPA ESTIARTE, 2003, pp. 74-77, 88-89, 253; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1384. Aunque el planteamiento de JAKOBS se ha mantenido a lo largo del tiempo invariable en cuanto a sus fundamentos (pero cfr. JAKOBS, 1972, pp. 55-56, donde el autor parece sumarse a la postura mayoritaria), en sus primeras formulaciones de esta teoría, el autor se limitaba a enumerar —aparentemente, con carácter exhaustivo— *tres grupos de casos* en los que la especial vinculación entre el rol del autor y sus conocimientos superiores permitía tener en cuenta estos últimos para valorar la concurrencia de una perturbación a los efectos de los delitos de resultado. Sostenía, en primer lugar, que el deber de asegurar las fuentes de peligro del propio ámbito de organización para evitar que causen daños a terceros obliga a su titular emplear con este fin todos los conocimientos de los que efectivamente dispone, independientemente de su fuente. Así, por ejemplo, sería perturbadora a los efectos de los delitos de resultado la conducta del propietario de un coche que, habiendo obtenido por casualidad el conocimiento de que los frenos no funcionan —inaccesible para la persona baremo en su posición—, permitiera que un tercero lo condujera; pero cometería, a lo sumo, omisión de deber de socorro el simple arrendatario del vehículo que, en la misma situación, lo devolviera a su propietario sin alertarlo del riesgo. El segundo grupo de casos se refería a supuestos en los que el autor modifica su comportamiento para emplear a su favor el riesgo del que es consciente gracias a sus conocimientos especiales: el camarero del ejemplo que se limita a servir la ensalada al cliente a quien corresponde por turno responde, como máximo, por omisión del deber de socorro; si, en cambio, la aparta y espera a que llegue al restaurante su enemigo, para entonces servírsela a él, existe una perturbación a los efectos de los delitos de lesiones u homicidio. Finalmente, algunos deberes «institucionales» (por ejemplo, los de los padres para con sus hijos) obligan a su titular a emplear en su cumplimiento todos los conocimientos de los que efectivamente dispone. Vid., en este sentido, p. ej. JAKOBS, 1991, pp. 207-208, 322, 448; 1996, pp. 136-141, 142; 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», pp. 214-215; JAKOBS, 1997, «Representación del autor e imputación objetiva», pp. 235-240; 2012, pp. 32-34.

No obstante, en sus últimas contribuciones al respecto, JAKOBS parece haber llevado su postura a sus últimas consecuencias, enunciando una *regla general* conforme a la que la existencia de una posición de garante que obliga al autor a proteger a otra persona de la materialización de un determinado riesgo permite en todo caso formular el juicio sobre si concurre una perturbación tomando como base los conocimientos de los que efectivamente dispone el primero. Lo único para lo que no pueden servir los conocimientos especiales del autor es, en definitiva, para fundamentar una posición de garante que no existe ya por otros motivos; vid. 2015, *passim*, esp. 237, 242; JAKOBS, G, *Teoría de la intervención*, trad. Pastor Muñoz, N (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), pp. 55-57; 2020, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, pp. 37-38, 46. De hecho, en este último trabajo señala incluso que sería oportuno sustituir la expresión «conocimientos especiales» con la que suele aludirse a este grupo de casos por la de «conocimientos no garantizados» (*nicht garantiertes Wissen*) (n. 115, p. 38). Que el nuevo planteamiento de JAKOBS conduce a las mismas conclusiones que el antiguo en los tres grupos de casos mencionados parece bastante claro (así, expresamente, en relación con el segundo grupo, 2015, p. 242; 2020, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 38). Sin embargo, el autor no desarrolla estas ideas con la extensión que sería necesaria para determinar si —como parece ser el caso— su postura actual permite una consideración de los conocimientos superiores del autor *más amplia* que la que tradicionalmente había defendido.

¹⁰⁸ Vid., en esta línea, REYES ALVARADO, 1994, pp. 136, 191.

de quien se lo propina a la víctima podría ser constitutiva de un delito de homicidio: cualquiera es, ante todo, garante de no lesionar a otros con su propio cuerpo¹⁰⁹.

Curiosamente, sin embargo, la doctrina no suele siquiera plantearse el segundo de los posibles grupos de casos de conocimientos especiales: aquel en el que, gracias a sus conocimientos superiores, el autor es capaz de valorar en su justa medida un riesgo que la persona baremo en su posición *sobreestimaría*. Los pocos autores que, hasta donde alcanzo, se han pronunciado expresamente al respecto son penalistas defensores de la postura mayoritaria para el grupo de casos inverso, que optan por resolver uno y otro de la misma forma: incorporando al juicio de peligro en todo caso los conocimientos superiores del autor¹¹⁰. Esta solución se fundamenta, de nuevo, con argumentos de corte preventivo. Se aduce, en este sentido, que, si el juicio de peligro *más correcto* que puede formularse desde la perspectiva del autor concreto no permite calificar su conducta como perturbadora, desaparece la necesidad de reaccionar a ella con la pena: el peligro para los bienes jurídicos es aquí *meramente aparente*¹¹¹. La perfecta coherencia de este planteamiento con la solución defendida por la mayoría de los penalistas para el grupo de casos inverso permite suponer que estos probablemente estarían dispuestos a asumirlo. En cuanto a la doctrina civilista, cabe pensar que, igualmente por coherencia, sería también mayoritariamente proclive a incorporar aquí los conocimientos especiales del autor al juicio de peligro: en este grupo de casos, dado el carácter solo aparentemente negligente de la conducta del dañante, no parece justo trasladar a su esfera el daño sufrido por el perjudicado (*casum sentit dominus*)¹¹².

Tampoco JAKOBS se había pronunciado, hasta muy recientemente, sobre esta clase de supuestos, a los que ahora parece dar el mismo tratamiento que la doctrina mayoritaria¹¹³. Esta (sorprendente) conclusión podría atisbarse ya, no obstante, en el

¹⁰⁹ En este sentido, vid., por todos, JAKOBS, G, «La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 348-351; y FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 399-400.

¹¹⁰ Así, GRECO, 2005, pp. 547, 549-550, 554; KINDHÄUSER, 2007, pp. 40, 46-47; 2008, «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», p. 20; y, aparentemente, SILVA SÁNCHEZ, 1997, *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, n. 346 (p. 134).

¹¹¹ Vid., en este sentido, GRECO, 2005, pp. 547, 549-550, 554.

¹¹² Así, p. ej., DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 52-53, con interesantes ejemplos de la jurisprudencia francesa.

¹¹³ JAKOBS, 2020, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, pp. 45-46.

modo en que el autor ha venido resolviendo un grupo de casos, en mi opinión, análogo. Y es que JAKOBS siempre ha sostenido que el juicio de «peligro inverso»¹¹⁴ para los intereses en conflicto necesario para valorar la concurrencia de un estado de necesidad justificante debe formularse en todo caso sobre la base del conocimiento de la realidad más perfecto disponible en el momento de la conducta: si el autor es capaz, dados sus conocimientos especiales, de percatarse de una situación justificante realmente concurrente que, sin embargo, le pasaría desapercibida a la persona baremo, su comportamiento —ya se trate de una conducta típica de omisión del deber de socorro o de un delito de resultado— estará justificado¹¹⁵. Tomando prestado, de nuevo, un ejemplo del propio JAKOBS¹¹⁶, actuaría, pues, en estado de necesidad (defensivo) justificante quien impide el despegue de un avión, mediante un disparo, al piloto porque sabe —a diferencia del participante medio en el tráfico— que los motores del artefacto han sido objeto de sabotaje, de manera que, si llega a despegar, se estrellará con práctica seguridad en una zona habitada¹¹⁷.

A mi juicio, el punto de partida para la solución de ambos grupos de casos pasa por reconocer, con la doctrina mayoritaria —y, por lo demás, con JAKOBS y sus seguidores—, que nada en la «naturaleza de las cosas» se opone a la formulación del juicio de peligro («objetivo») relevante para determinar la concurrencia de una perturbación sobre la base del nivel de conocimientos de la realidad del que el autor de la

¹¹⁴ Vid. inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3 de este apartado.

¹¹⁵ JAKOBS, 1991, pp. 416, 203-304, 356.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 203-204.

¹¹⁷ La analogía entre ambos grupos de casos es clarísima si se parte, como yo parto, de un planteamiento de acuerdo con el que la existencia misma de una perturbación presupone ya la ausencia de causas de justificación. Más dudosa la encontrarán probablemente, sin embargo, los defensores de una delimitación estricta entre los niveles del tipo y la antijuridicidad en la teoría del delito, entre los que puede contarse al propio JAKOBS (vid., p. ej., 1991, pp. 155-159). De hecho, la relativa a la consideración de los conocimientos especiales del autor no es la única asimetría que existe entre la forma en que JAKOBS construye el juicio de peligro a efectos de imputación objetiva del comportamiento y la forma en que lo construye a efectos de estado de necesidad justificante. El autor sostiene, por ejemplo, que dicho juicio ha de formularse desde diferentes perspectivas, según se realice a efectos de imputación objetiva o de justificación: desde la de una persona con la cualificación mínima socialmente suficiente para desempeñar la actividad de que se trate de modo adecuado, en el primero de los casos (1991, p. 206), y desde la de un experto especializado en situaciones de conflicto como la que concretamente se plantea (p. ej. desde la de un bombero, si se trata de un incendio), en el segundo (*ibid.*, pp. 415-416); un planteamiento al que se adhiere plenamente su discípulo PAWLIK, M, *Der rechtfertigende Notstand* (Berlín/ Nueva York: Walter de Gruyter, 2002), pp. 171-176. De hecho, las opiniones de JAKOBS a este respecto han tendido a radicalizarse con el tiempo, de manera que cada vez resulta más difícil observar paralelismos entre sus construcciones del juicio de peligro a uno y otros efectos (vid. p. ej. JAKOBS, 1999, pp. 6-9). En cualquier caso, el posicionamiento más reciente de JAKOBS sobre el problema que aquí se discute en 2020, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, pp. 45-46, permite sostener con menos cautelas la opinión defendida en el texto.

conducta en cuestión efectivamente dispone¹¹⁸. Y esto es así tanto para el caso de conocimientos superiores como para el de conocimientos *inferiores* a los de la persona baremo. Si en el segundo se opta, como se ha visto, tan claramente por la formulación del juicio de peligro desde una perspectiva *impersonal* —tanto a efectos penales como a efectos civiles—, ello no obedece a la necesidad de preservar la pureza de una supuesta distinción tajante entre lo «objetivo» y lo «subjetivo» en las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil, sino a las *funciones* que la exigencia de una conducta perturbadora desempeña en una y en otra, analizadas en el apartado III de este capítulo. Si estas funciones exigieran, sin embargo, renunciar a la estandarización en los casos de conocimientos *superiores*, esto es precisamente lo que debería hacerse. Pero el hecho de que las funciones que desempeña este requisito en las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil sean *diferentes* puede (y en mi opinión debe) conducir a soluciones igualmente diferenciadas para este grupo de casos en uno y otro ámbito.

Comenzando por el penal, la razón de ser de la perturbación como nivel dogmático autónomo en la teoría jurídica del delito reside, como se dijo, en parte en la función preventiva de la responsabilidad penal y en parte en el principio del hecho, como límite garantista a esta prevención. Si solo se tuviera en cuenta el primero de estos dos aspectos

¹¹⁸ Como sostiene JAKOBS en una de sus contribuciones más reciente sobre la materia, los conocimientos del autor son tan «parte del mundo social» como el resto de los elementos del contexto en el que lleva a cabo su conducta y, en particular, como los que sirven de base para determinar el conocimiento que le sería accesible a una persona baremo en su posición (2015, n. 9, p. 237). Por lo demás, hay que recordar que, en palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO «que el juicio de antijuridicidad sea un juicio objetivo en cuanto es de carácter general e impersonal, no quiere decir que deba incidir exclusivamente sobre aspectos objetivos del hecho, con exclusión de todo y cualquier elemento subjetivo» (1982, pp. 516-517). Vid., en la misma línea, HART Y HONORÉ, 1985, pp. 484-485; REYES ALVARADO, 1994, p. 136-138; FRISCH, W, 1995, pp. 80-84, 85-86, 100-102; 2004, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», pp. 56-58; 2015, pp. 107-108; ROXIN, 1995, pp. 233-234; SUÁREZ GONZÁLEZ, C Y CANCIO MELIÁ, M, «Estudio preliminar: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva», en *La imputación objetiva en Derecho penal*, ed. Jakobs, G (Madrid: Civitas, 1996), pp. 66-67; FEIJOO SÁNCHEZ, 2000, pp. 131-132; 2001, *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»*, pp. 107-110, 114-116, 247-248; CANCIO MELIÁ, 2001, p. 84; 2003, pp. 226-227; 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 68-70; ROBLES PLANAS, 2003, pp. 205-207; 2004, pp. 82-83, 92-97; 2015, pp. 39-40. GRECO, 2005, pp. 534-538, 553-554; SACHER, 2006, pp. 210-211, 244-245, 277-278, 280-281; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 334-337, 371-372, 405-406; 2010, pp. 339, 343; y DE VICENTE REMESAL, 2020, p. 17; o PUPPE, 2007, pp. 394, 396; FRISCH, W, 2018, pp. 568-569, que, de hecho, consideran impracticable una distinción tajante entre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría del tipo. Cfr., no obstante, STRUENSEE, 1987, «El tipo subjetivo del delito imprudente», pp. 424-425; LARRAURI PIJOAN, 1988, pp. 771-772, en relación con el criterio de «adecuación»; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 338-339, 438; RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 158-171; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, pp. 134, 217, 222; FREI, 2010, pp. 54, 117; y GARCÍA AMADO, 2013, p. 110, que opinan que la consideración de los conocimientos especiales destruye el carácter «objetivo» del juicio.

habría, a mi juicio, que resolver en esta sede el problema de los conocimientos especiales de la forma en la que lo resuelve la doctrina mayoritaria y por las mismas razones: si pueden formularse, a los efectos de decidir sobre el carácter perturbador de la conducta, dos estimaciones alternativas del riesgo —la de la persona baremo y la del autor—, parece necesario optar en cada caso por la más ajustada a la realidad, pues del *perigo real* para los bienes jurídicos dependen las necesidades preventivas. Esta solución, sin embargo, supondría ignorar que el principio del hecho protege al ciudadano, *incluso a costa de la prevención máxima*, de la injerencia estatal en su esfera privada con fines incriminatorios. Solo la constatación de una conducta que se ha manifestado *externamente* como perturbadora legitima al Estado a indagar en la esfera interna del autor y a utilizar en su contra elementos atinentes a este ámbito reservado.

Los conocimientos del autor que lo diferencian de la persona baremo forman parte de la esfera protegida por el principio del hecho. Ello no resulta tanto de su (¿indudable?¹¹⁹) condición de «*cogitationes*», a los efectos del famoso aforismo «*cogitationis poenam nemo patitur*» con el que la doctrina suele referirse a este principio, como del simple hecho de que saber lo que pasa por la cabeza del autor obliga —salvo que este voluntariamente lo confiese— a indagar en su ámbito privado más allá de lo que revelan las circunstancias externas de su conducta¹²⁰. Y esto puede afirmarse tanto de sus conocimientos superiores a los de la persona baremo en su posición como de los inferiores: ninguno de ellos puede utilizarse *con fines incriminatorios* en ausencia de una conducta perturbadora. El tratamiento conforme al art. 16.1 CP de los casos en los que los conocimientos inferiores del autor lo llevan a sobreestimar el peligro realmente existente para los intereses ajenos lo pone perfectamente de manifiesto: la conducta no puede castigarse como tentativa si no se han llevado a cabo «todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado», por mucho que el autor confie en la idoneidad de su conducta para producirlo. La misma solución se impone, pues, a mi juicio, para los casos que la doctrina discute más frecuentemente bajo el rótulo del «problema de los conocimientos especiales»: si sobre la base del juicio de peligro (posiblemente sesgado) de una persona baremo no podría afirmarse el carácter

¹¹⁹ Cfr., para una visión más restrictiva de la máxima «*cogitationis poenam nemo patitur*», que excluiría los conocimientos especiales de su alcance, GRECO, 2005, pp. 540-542, 554.

¹²⁰ Por eso puede afirmarse, en mi opinión, que también las capacidades especiales del autor, aunque claramente no son «*cogitationis*», forman parte de esta esfera reservada (vid. inciso (i) del punto (c) del epígrafe 3 de este apartado).

perturbador de la conducta, el Estado *no puede siquiera entrar a investigar* el fuero interno del autor para determinar cuál fue su propia estimación (quizás más correcta) del riesgo.

Resulta así, en mi opinión, que tomar en serio el principio del hecho conduce necesariamente a sostener una postura diametralmente contraria a la de la doctrina mayoritaria —y más radical, incluso, que la defendida por la minoría encabezada por JAKOBS— en lo que se refiere a la incorporación al juicio de peligro de los conocimientos superiores del autor en esta clase de supuestos. El camarero y el albañil de los ejemplos anteriormente enunciados no solo no pueden responder por un delito de resultado; su conducta no es siquiera perturbadora a los efectos de la omisión del deber de socorro¹²¹. Y lo mismo puede afirmarse del «susto de muerte» que se propina, a sabiendas, a una persona afectada de problemas cardiacos que ignoraría la persona baremo. De hecho, de acuerdo con el planteamiento aquí defendido, lo que sucederá en un Estado de libertades es que, salvo en el caso de que ellos mismos lo confiesen¹²², *nunca se llegará siquiera a saber* si el camarero, el albañil y el asaltante de estos ejemplos realmente conocían el peligro. Carece, por lo demás, de relevancia a estos efectos que los conocimientos del autor se encuentren o no «incorporados a su rol» en el sentido en el que JAKOBS emplea esta expresión¹²³.

Un partidario de la doctrina mayoritaria seguramente argumentaría que las soluciones que defiende para este grupo de casos resultan insatisfactorias desde el punto de vista preventivo. Y lo cierto es que —desde *este* punto de vista— efectivamente lo son. Pero en ello precisamente reside la esencia del principio del hecho como *límite a la*

¹²¹ SACHER, 2006, pp. 104-105, considera que la impunidad de los autores de los ejemplos mencionados *incluso* a título de omisión del deber de socorro es, en el fondo, la conclusión a la que también debería llegar JAKOBS con un desarrollo consecuente de su propio planteamiento. Personalmente, dudo mucho que la autora esté en lo cierto: si la responsabilidad por omisión del deber de socorro no requiere que el autor sea garante en relación con los intereses amenazados (o, si se prefiere, presupone, *a sus solos efectos*, una «posición de garantía *general*» respecto de tales intereses), entonces, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de un delito de resultado, *cualquiera* está obligado a emplear todos sus conocimientos para ayudar a otros, so pena de convertirse en autor de este delito. Desde esta perspectiva, creo que puede afirmarse la perfecta coherencia interna del planteamiento de JAKOBS.

¹²² Supuesto en todo caso difícil de imaginar, pero en el que la concepción que he defendido del principio del hecho como una garantía protectora del fuero interno del ciudadano —y a la que este, en consecuencia, puede *renunciar*— solo puede conducir a la posibilidad de tener en cuenta en estos casos los conocimientos superiores del autor, incluso con fines incriminatorios. Agradezco al Profesor PUENTE RODRÍGUEZ que me sacara de mi error en este punto, señalándome la única alternativa coherente con mi postura.

¹²³ Tampoco en los grupos de casos mencionados en la n. 107 de este capítulo procede, por tanto, formular el juicio de peligro sobre la base de los conocimientos superiores del autor.

prevención, como garantía que sacrifica (en parte) la función preventiva de la responsabilidad penal en aras de la protección del derecho de cada ciudadano a la reserva de su esfera interna. Este no es más que otro de los casos que demuestran que la exigencia de una conducta perturbadora puede ser, como se dijo, disfuncional a la prevención. El principio del hecho permite, en efecto, dejar impunes a algunos autores de «crímenes perfectos». Pero si los deja «escaparse colándose entre las mallas de la ley penal»¹²⁴ es siempre para proteger un interés que, en un Estado de Derecho, ha de considerarse superior.

Pero el principio del hecho, como garantía para el ciudadano que es, no supone ningún obstáculo para la indagación de su fuero interno *con fines de exoneración*. Y de ahí que, para el supuesto inverso de conocimientos superiores —el de sobreestimación del riesgo por parte de la persona baremo—, deba preferirse la solución defendida unánimemente por los autores que se han pronunciado al respecto. No existe, en efecto, razón alguna para *negar* el carácter perturbador de una conducta que se manifiesta externamente como tal con base en un juicio de peligro formulado teniendo en cuenta los conocimientos especiales del autor; conocimientos que, por lo demás, en esta clase de casos, él mismo se esforzará normalmente en «confesar». No puede, en definitiva, calificarse como perturbadora a efectos de delitos como el de administración desleal (art. 252 CP)¹²⁵ la conducta de quien invierte el patrimonio ajeno en un negocio que él sabe poco arriesgado, con independencia de que la persona baremo hubiera considerado (erróneamente) muy elevado el riesgo de pérdidas. Y tampoco constituye una perturbación a efectos penales el comportamiento de quien dispara a lo que él sabe a ciencia cierta que es un cadáver, por mucho que la persona baremo en su posición hubiera creído (de nuevo, equivocadamente) que dispara a una persona dormida. Para este grupo de casos, la función que la exigencia de una conducta perturbadora desempeña en la estructura dogmática de la responsabilidad penal exige renunciar a la estandarización¹²⁶.

¹²⁴ Vid. n. 54 de este capítulo.

¹²⁵ Cfr., sin embargo, lo señalado en la n. 103 de este capítulo.

¹²⁶ Lo mismo puede afirmarse, como se verá, del ejemplo propuesto por JAKOBS de quien dispara al piloto de un avión saboteado para evitar que despegue (vid. el texto que acompaña a la n. 116 de este capítulo): también en esta clase de supuestos, la probabilidad de salvación de otros intereses en conflicto con el bien jurídico amenazado por la conducta —el juicio de “peligro inverso”— ha de estimarse sobre la base de los conocimientos del autor superiores a los de la persona baremo (vid. inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3 de este apartado).

Por lo que respecta a la responsabilidad civil, las soluciones defendidas por la doctrina mayoritaria son, a mi juicio, sustancialmente correctas. Es necesario, sin embargo, suplir el déficit de fundamentación funcional en que, como se ha visto, incurren estos autores, trayendo, de nuevo, a colación la razón de ser de la exigencia de una conducta perturbadora en la estructura dogmática de la responsabilidad civil. Como se vio, esta responde a la lógica resarcitoria por la que se rige esta institución; lógica que, consiste, sencillamente, en preguntarse cuál de las alternativas en relación con el daño derivado de una interacción social —que lo soporte definitivamente el perjudicado o que se traslade al dañante— resulta más justa. En esta tesitura, parece razonable que, en presencia de conocimientos del dañante *inferiores o superiores* a los de la persona baremo, el Derecho se erija, por así decirlo, en una instancia «neutral» entre los intereses del dañante y los del perjudicado, partiendo siempre como vinculante de la estimación del riesgo *más ajustada a la realidad*, beneficie a la parte que beneficie. Se parte, en este sentido, del principio general de que ni una pretensión de resarcimiento ni una defensa frente a ella pueden fundamentarse en un simple sesgo conducente a una valoración errónea del peligro.

Si esta sencilla idea se aplica a los grupos de casos considerados se obtienen, como he anticipado, las conclusiones de la doctrina mayoritaria. En los dos grupos de casos posibles de conocimientos *inferiores*, la función resarcitoria de la responsabilidad civil exige la estandarización, del mismo modo que la exige la función preventiva de la responsabilidad penal: si sobre la base del juicio de peligro (más correcto) de la persona baremo puede afirmarse la existencia de una perturbación, los sesgos del dañante que le llevan a subestimar el riesgo no se tienen en cuenta en contra del perjudicado; pero si sobre la misma base ha de negarse el carácter perturbador de la conducta del dañante, el perjudicado no puede pretender que se consideren a su favor los sesgos que llevan al primero a sobreestimar el peligro.

Por el contrario, en los supuestos de conocimientos *superiores*, la misma lógica resarcitoria impone renunciar a la perspectiva impersonal: cuando partiendo de los conocimientos especiales del dañante se llega a una estimación más correcta del riesgo, ni a este ni al perjudicado les está permitido emplear en su propio beneficio el juicio de peligro (sesgado) que es posible obtener si se parte del punto de vista de la persona baremo en la posición del primero. Trasladando el planteamiento a los ejemplos antes propuestos, en los casos del camarero, el albañil y el «susto de muerte», el juicio de

peligro relevante para decidir sobre la existencia de una perturbación a efectos de responsabilidad civil deberá —a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal— formularse partiendo de los conocimientos superiores de los respectivos dañantes; conclusión a la que no se opone, como ya se indicó, garantía alguna protectora de su fuero interno frente a las pretensiones de resarcimiento de los perjudicados. Finalmente, en el caso del administrador de un patrimonio ajeno que invierte con información privilegiada, habrá de partirse también de la estimación del riesgo del propio dañante, lo que determinará la exclusión definitiva de la pretensión del titular del patrimonio de que le sean indemnizadas las pérdidas eventualmente sufridas como consecuencia de la materialización del riesgo residual (permitido) inherente a la inversión. Y lo mismo cabe afirmar en relación con el ejemplo de quien dispara a lo que sabe que es un cadáver, si bien, en este caso, la falta de un daño supondrá que no pueda plantearse siquiera una pretensión resarcitoria. Aquí vuelve a alcanzarse, de este modo, una solución análoga a la penal¹²⁷.

Recapitulando lo sostenido hasta el momento, resulta que tanto el Derecho penal como el Derecho de daños asumen la perspectiva de la *persona baremo* para formular el juicio de peligro en todos los supuestos de conocimientos *inferiores*, y la perspectiva del *autor* cuando sus conocimientos *superiores* permiten formular un pronóstico de riesgo *menos grave* que el que resultaría desde el punto de vista impersonal (sobreestimación del riesgo por parte de la persona baremo). Solo en el grupo de casos en que los conocimientos *superiores* del autor permiten formular un pronóstico de riesgo *más grave* que el que resultaría desde la perspectiva impersonal (subestimación del riesgo por parte de la persona baremo) se imponen soluciones diferenciadas: donde el Derecho penal, como consecuencia del principio del hecho, ha de optar por la estandarización, el Derecho de la responsabilidad civil renuncia a ella para alcanzar la solución más acorde con la función resarcitoria de esta forma de responsabilidad.

Ha de enfatizarse, sin embargo, que esta renuncia a la perspectiva impersonal a efectos de responsabilidad civil lo es únicamente en lo que hace a la formulación del

¹²⁷ De nuevo, la misma solución se impone para el caso de quien dispara al piloto de un avión saboteado para evitar que despegue (vid. el texto que acompaña a la n. 116 de este capítulo): el autor no deberá responder civilmente por culpa frente a los eventuales perjudicados por la muerte del piloto, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil *por sacrificio* (art. 118.1.3.ª CP) de los habitantes de la zona en la que el avión se habría estrellado de haber iniciado el viaje (vid. inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3 de este apartado).

juicio de peligro. La existencia de una perturbación presupone, además, como se dijo, tanto *competencia* sobre el riesgo de quien la comete como *desaprobación jurídica* de la conducta, y los conocimientos especiales del dañante no pueden servir para hacerlo competente en relación con un riesgo del que en principio puede desentenderse, ni para convertir en desaprobada la creación o no contención en principio permitida de un riesgo. El primero de estos dos requisitos puede resultar especialmente relevante a los efectos que aquí interesan: así, por ejemplo, si en el caso del albañil están en juego únicamente los intereses patrimoniales del dueño de la obra, el primero podrá ampararse en su falta de competencia sobre el riesgo para excluir la pretensión resarcitoria del segundo. Se llega, de esta forma, para el Derecho de daños, a una solución del problema de los conocimientos especiales que recuerda en cierto modo a la propuesta por JAKOBS. La diferencia fundamental estriba, como se verá, en que la competencia sobre un riesgo puede afirmarse en muchos más casos que la existencia de una posición de garante a los efectos penales¹²⁸: puede que el camarero del ejemplo no sea, en efecto, garante en relación con el riesgo que amenaza la vida del perjudicado¹²⁹, pero desde luego le compete este riesgo, cuya no contención resulta, por lo demás, jurídicamente desaprobada. Ello basta para que, en principio, deba responder civilmente frente al cliente del restaurante.

Sobre este polémico grupo de casos —el único en que las conclusiones civiles y penales sobre la concurrencia de una perturbación pueden llegar a diferir— cabe añadir una última reflexión. Y es que, como han destacado muchos de los autores que se han pronunciado al respecto, la constelación *carece por completo de importancia en la práctica*¹³⁰. Ejemplos como el del camarero, el del albañil o el del «susto de muerte» son verdaderos «casos de laboratorio» que, sin perjuicio de su indudable utilidad para perfilar, como aquí se ha hecho, los contornos de las distintas soluciones dogmáticas, no existen en la realidad fuera de las cabezas de los académicos a los que fascinan¹³¹. Mi convicción

¹²⁸ Sobre todo ello, vid. epígrafe 2 de este apartado.

¹²⁹ Esto, ciertamente, podría discutirse: ¿son los camareros meros «transportistas de platos» o asumen al integrarse en la organización del restaurante (como hacen, por ejemplo, los cocineros) deberes de protección de la salud de los clientes?

¹³⁰ Vid. TRAEGER, 1904, p. 161; y BURGSTALLER, 1974, p. 65.

¹³¹ Como parece apuntar JAKOBS, 2012, pp. 81-82, podría plantearse la necesidad de matizar estas tajantes afirmaciones en atención a los supuestos de intervención delictiva a través de lo que en la doctrina penalista se conoce como «actos neutrales»; piénsese, por ejemplo, en el caso de quien vende a otro un cuchillo de cocina a sabiendas de que va a emplearlo para matar a otra persona. Es necesario destacar, sin embargo,

de que esto es así es, como ya anticipé, lo que me ha llevado a calificar la perturbación, a pesar de las diferencias señaladas, como un elemento estructural *común* a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil. Pero esta constatación, en la medida en que se comparta, puede asimismo llevar a matizar el dramatismo con el que la doctrina mayoritaria se refiere a las «insoportables lagunas de punibilidad» a las que conduce la solución que, a los efectos penales, he defendido para estos supuestos. Que respetar un límite garantista a la prevención como el principio del hecho conlleve dejar impunes a algunos autores de «crímenes perfectos» es, sin duda, un problema mucho menos grave si estos crímenes solo ocurren en la imaginación de los penalistas.

b. La probabilidad de comportamiento incorrecto de otras personas: el principio de confianza (y sus límites)

En muchas ocasiones, la probabilidad de que un interés ajeno resulte lesionado como consecuencia de la propia conducta depende de cómo se comporten otras personas, incluidas las que podrían resultar lesionadas. La conducta de quien conduce un vehículo y avanza sin detenerse en un cruce en el que tiene prioridad de paso solo crea un riesgo significativo de producir una colisión con otro vehículo —con las consiguientes lesiones a sus ocupantes, incluido el propio conductor— si este último no respeta la preferencia. De hecho, la simple conducción de un vehículo a prácticamente cualquier velocidad crea el riesgo de atropellar a cualquiera que cruce incorrectamente la vía. Que vender un cuchillo pueda considerarse un comportamiento arriesgado depende, evidentemente, de lo que vaya a hacer con él el comprador. Cortar a otro superficialmente en un brazo crea un riesgo de lesionarlo, pero también un riesgo de matarlo de una infección si no se limpia la herida.

que este supuesto solo pertenecerá a la constelación aquí discutida en la medida en que el conocimiento sobre las intenciones delictivas del autor del que dispone quien lleva a cabo la conducta «neutral» fuera *inaccesible para la persona baremo en su posición*. Por muy frecuentes que puedan resultar en la práctica las conductas de cooperación dolosa a través de «actos neutrales», parece innegable que serán mucho menos habituales aquellas en las que no existan en absoluto indicios de la posible comisión de un delito por parte del autor perceptibles para el participante medio en el sector del tráfico de que se trate; indicios que, por hipótesis, existirán en el caso en que aquel *revele sus intenciones delictivas* a quien lleva a cabo la conducta (supuestamente) «neutral». E incluso la relevancia práctica de esta última clase de supuestos ha sido puesta en duda por PUPPE, que apunta, con razón, que «el acreedor pocas veces tiene una razón para revelar al deudor el secreto de que quiere emplear el dinero recibido para la adquisición de una copiadora de color con la finalidad de fabricar un talonario falso de cheques. El comprador de una caja de bombones pocas veces tiene una razón para contarle al pastelero que quiere envenenar a su esposa con bombones. El comprador de un cuchillo de mesa pocas veces tiene una razón para decirle al vendedor a quién quiere apuñalar con el mismo» (2001, pp. 132-133).

Los posibles ejemplos pueden multiplicarse hasta el infinito y abarcan, como se ha visto, grupos de casos fenomenológicamente muy diferentes. Para la resolución de algunos de ellos, la doctrina suele invocar un «principio de confianza», de acuerdo con el que no resulta exigible, como regla, adoptar precauciones especiales frente a la posibilidad de comportamiento incorrecto de otros. A los conductores de los ejemplos les estaría, así, en principio, permitido confiar en que otros usuarios de la vía respetarán las normas de circulación, de manera que sus conductas no podrían considerarse perturbadoras en relación con los riesgos de provocar, respectivamente, una colisión o un atropello. La ubicación dogmática de este «principio» no suele, sin embargo, precisarse más allá de afirmar que se trata de uno (más) de los tópicos a través de los que ha de dirimirse la «infracción del deber objetivo de cuidado» propia del comportamiento imprudente¹³² o, a los efectos penales, la imputación al tipo objetivo de la conducta del autor¹³³. Tampoco queda del todo claro, a mi juicio, por qué la doctrina examina bajo la

¹³² Vid., p. ej., WELZEL, 1961, pp. 18-19; FRISCH, P, 1973, pp. 99-105; BURGSTALLER, 1974, pp. 58-64; ROMEO CASABONA, CM, *El médico y el Derecho penal. I: La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)* (Barcelona: Bosch, 1981), pp. 247-252, 404; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 120, 221, 333, 376; JORGE BARREIRO, 1990, pp. 117-120, 135; 2017, p. 633; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 626-627; FREI, 2010, pp. 110-113, 228-229, 305; MATELLANES RODRÍGUEZ, 2015, p. 156; WAGNER, 2017, nms. 426-427, 430; DAUNIS RODRÍGUEZ, A, «La imprudencia menos grave», *InDret*, vol. 3 (2018), pp. 9-11; o GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nms. 71-72. También PUPPE, 2001, pp. 117, 127; 2015, p. 206; 2017, nms. 162-166, para quien, sin embargo, la infracción de un deber de cuidado es también un requisito para la responsabilidad a título de dolo (2001, p. 57; 2017, nms. 154, 256).

¹³³ Siendo objeto de discusión, en este plano, si el principio de confianza ha de considerarse un simple criterio de concreción del «riesgo permitido» o debe reconocérsele autonomía propia como tópico de imputación objetiva. Vid., en el primer sentido, por todos, SAMSON, 1977, pp. 132-133; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 137-138; REYES ALVARADO, 1994, pp. 145-146; SUÁREZ GONZÁLEZ Y CANCIO MELIÁ, 1996, pp. 60-70; JAKOBS, 1997, «El delito imprudente», p. 176; PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, Y CANCIO MELIÁ, 1997, pp. 58-59; CANCIO MELIÁ, 2001, p. 326; 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 78-79; CANCIO MELIÁ, M, «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», en *La imputación normativa del resultado a la conducta*, ed. Díaz-Aranda, E y Cancio Meliá, M (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004), p. 23; ROXIN, 2006, pp. 1070-1075; CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ, 2010, pp. 127, 139, 141-142, 156; PAWLIK, 2012, pp. 339-340; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 286-287; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1388; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 1190-1195; y, en el segundo, JAKOBS, que entiende que «[e]l principio de confianza no es solo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso: no se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino que también se trata de la responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida, prohibición de regreso). Mientras que en el riesgo permitido cabe definir un contacto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; posibilidad en la que quizás radique principalmente el principio de confianza» (1991, p. 209). Vid., en la misma línea, JAKOBS, 1996, *La imputación Objet. en Derecho Penal*, pp.103-113; 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», pp. 218-219; JAKOBS, 1997, «La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión», pp. 251-253; FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *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*

óptica del principio de confianza *algunas* de estas constelaciones de casos — señaladamente, la que abarca ejemplos del tráfico rodado como los dos primeros propuestos, así como la que se refiere a supuestos de trabajo en equipo en contextos profesionales— y, sin embargo, difiere normalmente a *topoi* diferentes («prohibición de regreso», «imputación a la víctima», «ruptura del nexo causal», etc.) el tratamiento de otras, como las que ejemplifican el tercero y el cuarto de los supuestos mencionados¹³⁴.

En mi opinión, la forma más correcta de teorizar el principio de confianza pasa por concebirlo como una pauta general para la *formulación del juicio de peligro* del que depende el carácter perturbador o no de una conducta, aplicable en *todos* los casos en los que la probabilidad de que un interés ajeno resulte lesionado a través de la conducta de una persona depende, entre otros factores, de la forma en que otras se comporten. Se trata, en este sentido, de una regla conforme a la que, salvo que existan *indicios* de lo contrario¹³⁵, ha de considerarse *nimio* el riesgo de que otras personas defrauden las

cuidado», p. 319; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 276-278, 368-369; BAUTISTA PIZARRO, 2017, pp. 87, 195-196. Cfr., más recientemente, sin embargo, JAKOBS, 2012, p. 34; 2020, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 25, donde el autor parece concebir tanto el principio de confianza como la propia prohibición de regreso como casos especiales (*Sonderformen*) del riesgo permitido.

¹³⁴ Cfr., no obstante, ROXIN, 1995, pp. 222-223; GIL GIL, 2007, pp. 288-289, 291-295; FREI, 2010, pp. 113-118, 229-232, 306; y PUPPE, 2017, nms. 169-175.

¹³⁵ La doctrina discute si debería reconocerse como límite *adicional* a la operatividad del principio de confianza la imposibilidad de que un autor que se comporta incorrectamente se ampare en la expectativa de que la conducta de otras personas se ajuste a lo esperado; así, por ejemplo, BURGSTALLER, 1974, p. 62; JAKOBS, 1991, pp. 211-212; JÄGER, C, «Vorbemerkungen vor § 1», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I: §§ 1-37 StBG*, ed. Wolter, J, 9.^a ed. (Colonia: Carl Heymanns, 2017), nm. 134 (p. 84); DAUNIS RODRÍGUEZ, 2018, p. 10. Hasta donde alcanzo, la doctrina mayoritaria rechaza, sin embargo, esta postura: vid., por todos, EXNER, F, «Fahrlässiges Zusammenwirken», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930. Band I*, ed. Hegler, A (Tubinga: Mohr Siebeck, 1930), pp. 582-583; ROXIN, 1976, pp. 197-198; 2006, p. 1071; RUDOLPHI, H-J, «Vorbemerkungen zum Allgemeinen Teil», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I: Allgemeiner Teil*, ed. Rudolphi, H-J et al., 2.^a ed. (Frankfurt: Alfred Metzner, 1977), p. 31; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 239-330; CORCOY BIDASOLO, M, «Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables», en *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, ed. Mir Puig, S, Corcoy Bidasolo, M, y Cardenal Montraveta, S (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), pp. 84-85; GIL GIL, 2007, p. 293; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 120-125, 158, 398-399, 407; CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ, 2010, p. 145; FREI, 2010, pp. 112-113; BAUTISTA PIZARRO, 2017, pp. 85, 127-176, 278-279; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 533-534; HOYER, 2017, nm. 56 (p. 494); y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 1191. Especialmente contundente en su crítica se muestra FEIJOO SÁNCHEZ, llegando a afirmar que «a la idea de que el que se comporta mal no puede acudir al principio de confianza es una idea falaz y versarista. No cabe esperar que los otros solucionen lo que uno mismo hace mal, pero ello no significa que se tenga que responder por la conducta defectuosa de terceros» (2001, *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»*, p. 329). Y es que, a mi juicio, ni siquiera se entiende demasiado bien lo que pretenden sostener sus partidarios: si el principio de confianza es uno de

expectativas sociales de conducta, incluyendo las que unos individuos proyectan sobre otros en relación con el cuidado de sus propios intereses¹³⁶. Tal y como creo que hay que concebirlo, el principio de confianza opera, por tanto, en el nivel más básico del juicio sobre el carácter perturbador de una conducta: sirve para determinar la existencia y, en su caso, la magnitud del riesgo sobre la base del que se formula este juicio, pero no directamente para calificar su creación o no contención como jurídicamente desaprobada o permitida¹³⁷. Y es que, como más adelante se verá, aunque como regla puede afirmarse que se toleran en aras de la libertad general de actuación los riesgos nimios de lesionar los intereses ajenos, existen casos excepcionales en los que una ponderación de los

los criterios que sirven para determinar (directa o indirectamente) el carácter perturbador o no de la conducta del autor, ¿cómo va a depender su aplicación, a la vez, de que esta última sea perturbadora?

La circularidad del planteamiento resulta difícilmente soslayable, salvo que se entienda, con PUPPE, que lo único que quiere decirse al formular esta excepción al principio de confianza es que «[s]i el partícipe ha infringido un deber de cuidado ya establecido y esto ha causado el resultado, aunque sólo sea unido a la infracción del deber de cuidado de otro partícipe, no podrá alegar que ha infringido su deber de cuidado confiando en que el otro cumpliría el suyo» (2001, p. 114; en el mismo sentido, 2017, nms. 165-166). Pero entonces, como atinadamente señala la autora «[e]sto es correcto no porque sería farisaico exigir de los otros lo que uno mismo no quiere cumplir o porque el primer autor, por su infracción del deber de cuidado, deba ser sancionado con la pérdida del principio de confianza. Es correcto, más bien, porque la infracción del deber de cuidado del primer sujeto actuante ya se encuentra establecida y *el principio de confianza deja de ser pertinente*» (ibid., p. 117, énfasis añadido). En la misma línea, apunta REYES ALVARADO que «si se defiende la tesis de que el principio de confianza no es nada diverso de una manifestación del riesgo permitido, es claro que los dos conceptos no pueden resultar enfrentados, en el sentido de que la existencia de un riesgo desaprobado y la vigencia del principio de confianza son incompatibles; por ello quien se comporta indebidamente generará un riesgo jurídicamente desaprobado con independencia de si un tercero genera igualmente otro riesgo prohibido [...]. Lo que en verdad ocurre cuando se dice que el propio error de comportamiento no excluye el principio de confianza es que se analiza el mismo problema pero desde la perspectiva del “tercero” y no del que podríamos llamar “autor”, puesto que el propio error de comportamiento (del “tercero” en este caso) es para el “autor” con posición de garante el indicador que respecto de él anula el principio de confianza» (1994, pp. 149-150). En definitiva, parece que ha de coincidirse con la valoración de MARAVER GÓMEZ, en el sentido de que «cuando se afirma que “sólo puede confiar quien se comporta correctamente”, no se está diciendo nada nuevo con respecto a los límites con los que generalmente cuenta la posibilidad de confiar; tal afirmación sólo puede entenderse en el sentido de que no se puede confiar si se provoca la actuación irresponsable del tercero o se infringe un deber especial de cuidado o una medida de doble aseguramiento» (2009, p. 407).

¹³⁶ Por mucho que el Derecho, como ya se indicó, no garantice estas expectativas en el mismo sentido en que refuerza las expectativas sociales de comportamiento en relación con los intereses ajenos (vid. n. 3 de este capítulo).

¹³⁷ Un tratamiento similar de este principio hace KINDHÄUSER, U, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 22 (2015), pp. 25-28, si bien en el marco de una construcción de la teoría del delito bien distinta de la que aquí se presenta. Aunque termina por descartarla, también BURGSTALLER, 1974, p. 59, considera posible esta concepción del principio de confianza, con tal de que se admita que, de esta forma, la formulación del juicio de peligro adquiere un importante cariz *normativo*: el riesgo de que otros defrauden las expectativas sociales de conducta *se considera*, en principio, nimio, por mucho que se tenga la constancia (empírica) de que estas defraudaciones ocurren con cierta frecuencia.

intereses en juego arroja como resultado la desaprobación jurídica incluso de las conductas consistentes en la creación o la omisión de contener estos riesgos¹³⁸.

Trasladando el planteamiento a los ejemplos anteriores, se obtiene que quien avanza con su vehículo sin detenerse en un cruce en el que tiene prioridad de paso crea un riesgo solo nimio de producir una colisión con otro vehículo, pero no si existen indicios de que su conductor no respetará la preferencia, por ejemplo, si este ya ha comenzado visiblemente a introducirse en el cruce. También ha de considerarse *insignificante* el riesgo de atropellar a peatones que cruzan la calle sin mirar o por puntos no autorizados, salvo que existan indicios de que el concreto peatón no respetará las reglas; indicios que se consideran en todo caso existentes en relación con ciertas categorías de peatones, como los niños, ancianos y enfermos mentales no acompañados o las personas manifiestamente ebrias¹³⁹. Así, quien circula sin tomar precauciones adicionales por una calle aledaña a la salida de un colegio crea un riesgo nimio de atropellar a un adulto que cruce incorrectamente, pero un riesgo sustancial de atropellar a un niño que haga lo mismo. La conducta de quien vende a otro un cuchillo crea, en principio, un riesgo solo mínimo de que el comprador apuñale con él a otro, pero no si el comprador le manifiesta al entrar en la tienda sus intenciones delictivas o si estas pueden inferirse claramente del contexto en que se desarrolla la compraventa¹⁴⁰. Por último, quien corta a otro superficialmente en un brazo crea un riesgo sustancial de lesionarlo, pero un riesgo solo nimio de matarlo de una infección que presupone que no se limpie las heridas.

¹³⁸ Vid. inciso (i) del punto (b) del epígrafe 3 de este apartado.

¹³⁹ Vid., en este sentido, TRAEGER, 1904, p. 340; VON BAR, 1907, pp. 228-229, 238-239; DEUTSCH, 1963, p. 140; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 332-333, 355; JAKOBS, 1991, p. 210; 1997, «El delito imprudente», pp. 177-178; 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», pp. 219-220; CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 77-78; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 205-207; ROXIN, 2006, pp. 1070-1071; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 126-130, 290-291; PAWLIK, 2012, pp. 339-340; MARINUCCI, 2013, p. 160; BAUTISTA PIZARRO, 2017, pp. 30-31, 174-175, 179-180, 224-229, 258-260; WAGNER, 2017, nms. 433-434, 438; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2018, p. 10; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1392; GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nms. 71-72; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 71, 451; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 1190-1191. Cfr., sin embargo, BURGSTALLER, 1974, pp. 60-62, 64, que defiende la posibilidad de confiar también en el comportamiento conforme a las normas del tráfico de estas clases de peatones, salvo que existan indicios de lo contrario en el caso concreto.

¹⁴⁰ Por ejemplo, si fuera de la tienda, de forma perceptible para el vendedor, se está desarrollando una pelea y quien entra para comprar el cuchillo es uno de los participantes en ella. Vid., en este sentido, p. ej., ROXIN, 1995, p. 223; 2006, p. 1093; PUPPE, 2001, pp. 131-135; 2017, nms. 169-175; JAKOBS, 2012, pp. 78, 80; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 450-452; HOYER, 2017, nm. 59 (p. 495); PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1388; o ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 1193-1194. Cfr., no obstante, ROBLES PLANAS, 2003, pp. 310-314; y MARAVER GÓMEZ, 2009, p. 301.

Sobre la base de los juicios de peligro resultantes ha de llevarse a cabo, conforme a los criterios que se desarrollarán en el epígrafe 3, la valoración del carácter permitido o desaprobado de la creación o no contención de estos riesgos. Con ello, como se verá, se alcanzan, por un camino dogmático diferente, conclusiones muy similares a las defendidas por la mayoría de los autores para todos estos grupos de casos. Por lo demás, puede coincidirse con la doctrina mayoritaria en lo que a la *fundamentación normativa* del principio de confianza se refiere: si corresponde, como regla, calificar como nimio el riesgo de que otros defrauden las expectativas sociales de comportamiento no es (solo) porque, de hecho, estas expectativas normalmente se respeten¹⁴¹, sino (también) porque el Derecho parte de una visión del ciudadano como alguien interesado tanto en la preservación de sus propios intereses como en el respeto a las reglas sociales de convivencia que protegen los intereses ajenos, no como un «enemigo» del que ha de sospecharse lo contrario¹⁴².

2. No hay perturbación sin *competencia* sobre el riesgo

En el epígrafe anterior se ha profundizado en la idea de que el comportamiento perturbador se define en todo caso por referencia a un *riesgo*, es decir, a un juicio sobre la probabilidad de que resulte lesionado un interés ajeno. Se ha sostenido que este juicio de peligro ha de formularse, como regla, sobre la base del conocimiento de la realidad disponible, en el momento de la conducta, para el participante medio en el concreto sector del tráfico en el que esta se produce: la *persona baremo en la posición del autor*. Excepcionalmente, si el autor conoce la realidad mejor que la persona baremo en su posición, la estimación del riesgo puede, sin embargo, formularse partiendo de su perspectiva, salvo que con ello se infrinja el principio del hecho¹⁴³ (punto a). En cualquier caso, conforme al *principio de confianza*, cuando la probabilidad de que, como consecuencia de la propia conducta, resulte lesionado un interés ajeno dependa, a su vez,

¹⁴¹ Sobre la insuficiencia de esta (eventual) constatación empírica para la fundamentación del principio, vid., por todos, REYES ALVARADO, 1994, pp. 143-144; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 177-178; CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ, 2010, pp. 141-142, 149; y BAUTISTA PIZARRO, 2017, pp. 177-188.

¹⁴² Vid., en esta línea, ROXIN, 1995, p. 222; REYES ALVARADO, 1994, pp. 144-145; JAKOBS, 1996, *La imputación Objetiva en Derecho Penal*, p. 105; FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, pp. 318-319; PALERMO, 2006, p. 249; MARAVER GÓMEZ, 2009, *passim*, esp. pp. 273-309, 401; DÍEZ-PICAZO, 2011, p. 369; y BAUTISTA PIZARRO, 2017, *passim*, esp. pp. 220-224, 233-245, 280.

¹⁴³ Lo que, como se vio, ocurriría si se tuvieran en cuenta a efectos jurídico-penalmente incriminatorios los conocimientos del autor superiores a los de la persona baremo.

de la probabilidad de que otras personas se comporten de forma contraria a lo esperado, este último riesgo deberá, como regla, calificarse como nimio (punto b).

Toda perturbación consiste, en efecto, en la creación (acción) o la no contención (omisión) de un riesgo, definido de acuerdo con estos parámetros. Sin riesgo no hay perturbación (epígrafe 1); a su vez, como se verá, la magnitud del riesgo es uno de los factores centrales que se tienen en cuenta en la ponderación de intereses conforme a la que se decide sobre la *desaprobación jurídica* de la conducta (epígrafe 3). En este epígrafe me ocuparé, no obstante, de un elemento del juicio sobre el carácter perturbador de la conducta que se sitúa estructuralmente, por así decirlo, entre los dos anteriores: la *competencia* del autor sobre el riesgo.

Como se señaló al principio, la idea de «competencia» responde a la constatación de que existen riesgos para los intereses ajenos de los que uno puede simplemente desentenderse sin que esto convierta su conducta en perturbadora, con total independencia de la gravedad del riesgo y, en su caso, de la desaprobación jurídica de su creación o no contención (que entonces, conforme al esquema aquí propuesto, ni siquiera procederá analizar). En este sentido, la noción de «competencia» equivale aproximadamente a la de «*Verkehrspflicht*» desarrollada por la doctrina civilista alemana¹⁴⁴ y, en una medida algo menor, a la de «*duty of care*» propia del *tort of negligence* anglosajón¹⁴⁵. Si he optado por referirme a ella empleando esta expresión de claras resonancias jakobsianas, en lugar de una traducción aproximada de los términos anteriores centrada en el concepto de «deber», con ello he pretendido no solo hacer honor a la famosa afirmación del autor en el sentido de que «no todo compete a todos»¹⁴⁶ —tan expresiva de lo que este requisito significa—, sino también eludir los problemas que

¹⁴⁴ Vid., por todos, JANSEN, 2003, pp. 394-405, 614-617; y WAGNER, 2017, nms. 380-473.

¹⁴⁵ La equivalencia es total en lo que se refiere a la exigencia de una «*duty of care*» para responder civilmente por conductas omisivas. Este elemento del *tort of negligence* desempeña, sin embargo, otra serie de funciones —muy señaladamente, la limitación de responsabilidad por ciertos capítulos de daño como el moral o el puramente patrimonial, o por razones de política legislativa— que no se corresponden completamente con las que cumple el requisito (más modesto) de la competencia en relación con un riesgo. Un brillante (aunque heterodoxo) análisis crítico de este elemento puede encontrarse en NOLAN, D, «Deconstructing the Duty of Care», *The Law Quarterly Review*, vol. 129 (2013), *passim*.

¹⁴⁶ JAKOBS, 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», p. 211; 1997, «La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión», p. 266.

expresiones tan usuales como «deber objetivo de cuidado» presentan desde el punto de vista de una teoría imperativista de la norma, a los que ya se hizo referencia.

Por el contrario, el concepto de «competencia» no se corresponde con el de «posición de garante» propio de la teoría jurídica del delito: el primero es mucho más amplio que el segundo. La perturbación —como elemento estructural común de la responsabilidad penal por toda clase de delitos y de la responsabilidad civil— presupone la competencia del autor sobre el riesgo que crea o deja de contener, pero no requiere en absoluto que aquel sea garante, en el sentido penal del término, de que el riesgo no se materialice. Si existe competencia sobre el riesgo, la existencia *adicional* de una posición de garante hará posible, a los efectos penales, que la conducta del autor sea *típica* no (solo) de un delito de omisión del deber de socorro, sino (también) de un delito de resultado¹⁴⁷. Pero la conducta puede calificarse como perturbadora con total independencia de ello, con la consecuencia de que su autor podrá, en su caso, responder tanto penalmente —si bien, como es evidente, no por un delito de resultado— como civilmente¹⁴⁸. Esto, por lo demás, no hace más que subrayar la idea, desarrollada en el apartado II, de que la exigencia de una conducta perturbadora opera en un nivel *pre-típico* de la teoría jurídica del delito: la existencia de una perturbación ni supone automáticamente la concurrencia de una conducta penalmente típica, ni prejuzga en absoluto la clase de delito por el que, en su caso, haya de responder el autor.

La distribución social de competencias sobre los riesgos que afectan a los intereses ajenos resulta de una *ponderación* de todos los intereses en juego, del mismo tipo que la

¹⁴⁷ Vid. epígrafe 1 del apartado II del capítulo 3. Puede darse la razón a autores como JAKOBS, 1991, pp. 213-219; 1997, «El concepto jurídico-penal de acción», pp. 114-116; JAKOBS, G, «La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), p. 400; 1997, «la competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión», pp. 350-351, 360-362, 363; 2012, pp. 27-28; REYES ALVARADO, 1994, pp. 69-70, 376; HERZBERG, 1996, pp. 383-384; PAWLIK, 1999, *passim*, esp. pp. 97-105, 127-138 (en relación con el delito de estafa); , pp. 159-162; o MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 363-364, en que, desde el punto de vista teórico, la existencia de una posición de garante es un presupuesto de la conducta típica de todo delito de resultado, también en caso de comisión activa. Sin embargo, como han sostenido autores como FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 399-400, esta constatación carece de relevancia práctica desde el momento en que se afirma a la vez que cualquiera es garante de que no se materialicen, con consecuencias lesivas para otros, los riesgos que nacen de su propia conducta perturbadora.

¹⁴⁸ Que son *más exigentes* los requisitos penales para responder por omisión de un resultado típico que los presupuestos de la responsabilidad civil omisiva por un daño lo pone de manifiesto ya la simple comparación entre el tenor literal del art. 11 CP y el lacónico «el que *por acción u omisión* causa daño a otro» del art. 1902 CC.

que fundamenta la calificación de la creación o no contención de tales riesgos como jurídicamente desaprobada o permitida¹⁴⁹. Y es que parece evidente que, cuantos más riesgos de esta clase ha de mantener una persona bajo control, so pena de incurrir en responsabilidad, más se resiente la libertad general de actuación en aras de la seguridad de los bienes. Que esta consideración no se haga explícita con demasiada frecuencia¹⁵⁰ responde, probablemente, al hecho de que, en esta sede, las ponderaciones relevantes han sido condensadas por la doctrina y la jurisprudencia civilistas en un conjunto manejable de *principios generales* sobre los que —sin perjuicio de la persistencia de algunos aspectos todavía discutidos— puede afirmarse que reina el mayor de los consensos. Se logra, de esta forma, algo que seguramente resultaría imposible en lo que respecta al juicio de desaprobación jurídica: que la problemática en torno a si el autor es competente en relación con un determinado riesgo quede reducida a un par de ideas rectoras relativamente sencillas¹⁵¹. En lo que sigue, trataré de presentar de forma resumida estas ideas y las consecuencias que de ellas se derivan. De esta presentación resultará, espero, un panorama general del requisito de competencia sobre el riesgo suficiente a los efectos de una obra con las pretensiones de generalidad de esta. En todo lo demás, no procede aquí sino remitir a la abundantísima literatura desarrollada en torno la pareja de conceptos

¹⁴⁹ Vid., en detalle, epígrafe 3 de este apartado.

¹⁵⁰ Aunque cfr. la lúcida observación de FRISCH de que «existe una relación fácilmente comprensible entre la cuestión de la necesidad y adecuación de las limitaciones de la libertad de acción, respaldadas penalmente, y el *topos* de los *ámbitos de responsabilidad*: los ámbitos de responsabilidad no son figuras ya listas (y como tales las magnitudes últimas de referencia para resolver el problema de la conducta típica), sino el simple resultado de responder a las cuestiones determinantes para el planteamiento básico aquí desarrollado: en qué medida para proteger bienes de personas, que por lo general cabe considerar también como individuos responsables, capaces de cuidar de sus bienes, parece necesaria y adecuada la limitación de la libertad de acción ajena, en qué medida ésta parece necesaria y adecuada cuando la producción de menoscabos de bienes jurídicos aún depende de la actuación de terceros, normalmente también individuos responsables, etc.» (2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 103-104). Vid., en sentido similar, ROBLES PLANAS, 2004, p. 101; 2015, pp. 36-37; GIL GIL, 2007, pp. 149, 289, 294-295; y —aunque sobre la base de un concepto de «competencia» más amplio del que aquí se defiende— COCA VILA, 2016, pp. 168-169.

¹⁵¹ Esta es, precisamente, la razón que justifica el estudio diferenciado en este trabajo de los juicios sobre la existencia de competencia sobre el riesgo y sobre la desaprobación jurídica de la conducta. Como se ha señalado, el resultado de ambos juicios responde a una ponderación de todos los intereses en juego regida por idénticos principios. Esto permitiría, ciertamente, un tratamiento conjunto de ambas cuestiones; desde el punto de vista *teórico*, no habría, en efecto, ningún problema en afirmar que la creación o no contención de un riesgo sobre el que no se tiene competencia es siempre (por hipótesis) una conducta no desaprobada. Si aquí se ha optado por analizar separadamente uno y otro problema, ello ha obedecido, no obstante, a las implicaciones *prácticas* de la simplificación doctrinal y jurisprudencial del primero de los juicios a la que se acaba de hacer referencia. Y es que, si en relación con un caso concreto el juez responde en sentido negativo a la pregunta (más fácil) sobre la competencia —aplicando las ideas rectoras que enseguida se expondrán—, no tendrá siquiera que plantearse la cuestión (más difícil) de la desaprobación jurídica de la conducta del autor.

antes mencionados —*Verkehrspflicht* y *duty of care*— donde estas y otras cuestiones han sido analizadas con una profundidad y un nivel de detalle a los que no se podría aspirar aquí¹⁵².

Cuando se afirma que alguien es competente sobre un determinado riesgo, se quiere decir que se espera de él que adopte en relación con el riesgo las medidas de *control* necesarias para *proteger* un determinado interés ajeno frente a su materialización¹⁵³. El riesgo en cuestión puede proceder del propio ámbito de organización del autor, pero también puede tener su origen en el entorno, incluidas las esferas de organización de otras personas. Pues bien, la ponderación de intereses a la que se ha hecho referencia determina que la competencia en relación con una y otra clase de riesgos se rija por principios diferentes: mientras que cada persona tiene una competencia *general* sobre los riesgos procedentes de su propio ámbito de organización, resulta *excepcional* la competencia sobre riesgos dimanantes del entorno¹⁵⁴.

Que a cada persona le competa proteger a las demás de la materialización de cualquier riesgo que tenga su origen en **su propia esfera de organización** —en su propia conducta o en las cosas que posee— puede entenderse como el «precio social» que cada cual ha de pagar por su libertad para configurar este ámbito privado; el principio

¹⁵² Vid. las obras citadas en las nn. 144-145 de este capítulo.

¹⁵³ Como señala JAKOBS en relación con las posiciones de garante, «un mismo cometido puede generalmente formularse como función de protección y como función de vigilancia: la protección para una persona es vigilancia, en favor suyo, de los peligros que la amenazan, y la vigilancia de una fuente de peligro es protección de las personas en peligro en cada caso. Por ejemplo: ¿es el salvavidas protector de todos los huéspedes ante los peligros derivados del agua o vigilante de este peligro? Lo único relevante es delimitar del fin de protección, es decir, que el salvavidas solo responde en relación con determinadas personas (no es garante de los que se bañan fuera del establecimiento) y sólo con respecto a determinados peligros (no es garante de evitar las insolaciones, etc.)» (1991, pp. 799-800); una idea que ya había defendido SILVA SÁNCHEZ, al afirmar que «conviene modificar la impresión de que en las respectivas clases de posiciones [*scil.* de garantía] se trata, o bien de proteger un bien jurídico de cualesquiera peligros, o bien de controlar una fuente de peligro en relación a bienes de todo tipo. En efecto, es preciso poner de manifiesto que, en todo caso, se trata de proteger determinados bienes de determinados peligros» (1986, p. 370). Vid., en el mismo sentido, PAWLIK, 2012, pp. 177-178.

¹⁵⁴ En palabras de PEÑARANDA RAMOS, «el orden social y jurídico vigente [...] está basado en el principio de autonomía, conforme al cual cada uno solo es en general responsable de su propio ámbito de dominio u organización y de no extenderlo negativamente en perjuicio de otros, de modo que el deber de ocuparse positivamente de los intereses ajenos requiere un fundamento especial y tiene, en este sentido, un carácter excepcional» (2018, p. 178). Así, también RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, pp. 227, 310; SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 146-147; DERKSEN, 1992, pp. 180-181; BALDÓ LAVILLA, F, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda* (Barcelona: Bosch, 1994), pp. 47-69; RENZIKOWSKI, 1994, pp. 178-199; PAWLIK, 2002, pp. 14-17; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 248-251; KOZIOL, 2012, pp. 95-96; ROBLES PLANAS, R, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, vol. 4 (2013), p. 13; COCA VILA, 2016, pp. 169-170, 258-267; y WAGNER, 2017, nms. 399-402, 410.

responde, en otras palabras, a una suerte de *sinálagma entre libertad y responsabilidad*. Como afirma BALDÓ LAVILLA, «autonomía individual no sólo significa autodeterminación del individuo en su propio ámbito. No sólo significa “libertad de organización”, sino también “responsabilidad por organización”»¹⁵⁵. La libertad para conducir vehículos se paga con la competencia sobre todos los riesgos para otros derivados de la propia conducción. La libertad para tener mascotas se paga con la imposibilidad de desentenderse de los riesgos que los animales que se poseen puedan suponer para los intereses ajenos. La libertad para lucrarse a través de la puesta en circulación de productos se paga con la competencia sobre los riesgos que estos pueden suponer para los intereses de los consumidores; y así sucesivamente.

A estos efectos, lo mismo da que la conducta en la que se fundamenta la competencia sea o no en sí misma perturbadora. Cada persona es, por supuesto, competente sobre los riesgos que ella misma crea de forma *jurídicamente desaprobada*: una persona que juega descuidadamente con un arma de fuego es, por hipótesis, competente en relación con el riesgo de que el arma se dispare y lesione a otras personas que crea con su conducta. Y de ahí, por cierto, que la afirmación de que la competencia sobre el riesgo es un requisito para la responsabilidad penal y civil no solo por conductas omisivas, sino también activas, sea tan teóricamente correcta como trivial en la práctica¹⁵⁶. Lo importante es, sin embargo, destacar que —en la medida en que la competencia no se fundamenta aquí en el carácter jurídicamente desaprobado de la conducta, sino en el hecho de que el riesgo proceda de la esfera de organización del autor— cada cual es igualmente competente sobre los riesgos dimanantes de su propia conducta *permitida*, de manera que puede llegar a considerarse perturbadora la *omisión de contenerlos* para que no lesionen los intereses ajenos¹⁵⁷. La puesta en circulación de un producto cuyos peligros para la salud de los consumidores resultan en ese momento

¹⁵⁵ BALDÓ LAVILLA, 1994, p. 47. Vid., en el mismo sentido, RENZIKOWSKI, 1994, pp. 15, 179-181, 320; PAWLIK, 1999, pp. 128, 131-132; 2012, pp. 180, 219-220; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, «Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 55 (2002), p. 260; 2006, pp. 740-743; LASCURAIN SÁNCHEZ, JA, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía* (Madrid: Civitas, 2002) pp. 62-63, 73-74; PALERMO, 2006, *passim*, esp. pp. 245-246, 316, 376-377; JAKOBS, 2012, pp. 35, 44; JAKOBS, G, «Una teoría de la intervención delictiva», en *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal*, ed. Caro John, JA y Polaino-Orts, M (Lima: Editores del Centro, 2015), p. 121; 2015, *Teoría de la intervención*, pp. 110-111, 117; BAUTISTA PIZARRO, 2017, pp. 231-232; y WILENMANN, 2017, pp. 455-457.

¹⁵⁶ Vid. n. 147 de este capítulo.

¹⁵⁷ Así, p. ej., WAGNER, 2017, nms. 409, 441-442.

incognoscibles para la persona baremo ciertamente no constituye una perturbación (ausencia de riesgo), pero ello no empece a la competencia del fabricante sobre tales peligros. Por consiguiente, desde el momento en que estos se manifiestan, la omisión del fabricante de contenerlos para que no redunden en lesiones (por ejemplo, ordenando su retirada del mercado) resultará perturbadora si —conforme a los criterios que se desarrollarán en el epígrafe 3¹⁵⁸— ha de considerarse jurídicamente desaprobada¹⁵⁹. En el mismo sentido, quien conduce correctamente un automóvil, con tan mala suerte de que atropella fortuitamente a un peatón, dejándolo mortalmente herido, adquiere con su conducta no perturbadora (creación de riesgo permitida) la competencia sobre el riesgo de muerte al que él mismo ha dado lugar, de manera que constituirá una perturbación su omisión de conjurar ese riesgo (por ejemplo, recabando asistencia médica urgente), si tal omisión debe considerarse jurídicamente desaprobada.

Resulta, no obstante, sumamente discutida la cuestión —como se ha visto, diferente y ulterior— de si existe, no ya una competencia, sino una *posición de garante*, a los efectos penales, sobre los riesgos procedentes de la propia conducta permitida. De resultar finalmente perturbadoras, ¿pueden las conductas omisivas del fabricante y el conductor de los ejemplos anteriores ser además típicas de delitos de resultado como el de homicidio o el de lesiones? En otras palabras, ¿puede bastar una conducta perfectamente lícita para la «acción u omisión precedente» a la que se refiere el art. 11.b CP (posición de garante por injerencia¹⁶⁰)? Aquí no puedo agotar todo lo que está en juego en la respuesta a esta difícil pregunta¹⁶¹, de modo que voy a limitarme a apuntar

¹⁵⁸ Que pasan, en este caso, como se verá, por una ponderación del interés (económico) del fabricante en no retirar el producto del mercado y el interés en preservar la salud de los consumidores afectados.

¹⁵⁹ Así se desprende claramente, a mi juicio, de lo dispuesto en el art. 13.f TRLGDCU.

¹⁶⁰ Aunque esta es la grafía del término que emplea la doctrina mayoritaria (si bien, cfr. SILVA SÁNCHEZ, 1986, *passim*), LUZÓN PEÑA y su Escuela se decantan por «ingerencia», con base en un interesante argumento etimológico. A este último autor le parece preferible, «escribir “ingerencia”, a pesar de que el Diccionario de la Lengua hable de “injerencia” para el concepto de “acción y efecto de injerirse”, siendo “injerirse” la 4.^a acepción (pronominal) de injerir equivalente a entremeterse, introducirse en una dependencia o negocio, y pese a que en el Diccionario se reserve “ingerir” (e “ingestión”) para el concepto de introducir por la boca comida o alimentos. Pues lo cierto es que el origen etimológico de ingerirse es precisamente el verbo latino *ingerere* (que el Diccionario reconoce como etimología de ingerir) y no *inserere*, del que procede injerir (e insertar)» (LUZÓN PEÑA, D-M, *Derecho penal de la circulación. (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 2.^a ed. (Barcelona: PPU, 1990), p. 167); vid. también LUZÓN PEÑA, 2016, n. 23 (pp. 604-607).

¹⁶¹ Responde de modo negativo la doctrina ampliamente mayoritaria; vid., en este sentido, por todos, VON BAR, 1907, pp. 267-269; HUERTA TOCILDO, S, «La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial», *Diario La Ley*, 1983, pp. 281-282; SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 244, 276; SILVA SÁNCHEZ, JM, «La legítima defensa que “recae sobre tercero”», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge*

que dos de los argumentos más frecuentemente aducidos por la doctrina —probablemente mayoritaria— en contra de la concurrencia de una posición de garante en esta clase de supuestos no pueden, en mi opinión, considerarse convincentes.

De acuerdo con el primero, no sería legítimo imponer una posición de garante cuya fuente fuera, como en este caso, puramente «fortuita». A los efectos de la responsabilidad por delitos de resultado, no procedería, en definitiva, imponer al autor deberes no reconducibles a sus propias decisiones autónomas¹⁶². En relación con este argumento, puede discutirse, en primer lugar, la naturaleza «fortuita» de la fuente de la posición de garante que eventualmente se impusiera. ¿Por qué no puede sostenerse que quien libremente emprende una actividad arriesgada lo hace siempre asumiendo —también a los efectos de los delitos de resultado— la carga de no desentenderse de los peligros que aquella genera¹⁶³? Y, sobre todo, ¿por qué se considera que asume esta carga quien crea con su conducta riesgos *desaprobados*, pero no quien se limita a dar lugar a riesgos *permitidos*? ¿Qué diferencia a estos efectos el ejercicio lícito de la libertad del

Barreiro. Volumen 1, ed. Cancio Meliá, M et al. (Madrid: UAM Ediciones, 2019), p. 792; LUZÓN PEÑA, 1990, pp. 174-178; 2016, p. 605; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 55-57; DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2002, *passim*, esp. 259; 2006, *passim*, esp. pp. 707-708, 759-784, 863-872; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 674-675; LASCURAIN SÁNCHEZ, 2002, pp. 96, 99-105; ROBLES PLANAS, 2003, pp. 301-303; JÄGER, C, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht* (Heidelberg: C.F. Müller, 2006), p. 37; SCHÜNEMANN, B, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, trad. Cuello Contreras, J y Serrano Gómez de Murillo, JL (Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), pp. 361-371; ROXIN, 2014, pp. 905-915; COCA VILA, 2016, pp. 291-293, 296-302, 532; 2017, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», p. 26; MIR PUIG, 2016, pp. 334-337; WILENMANN, 2017, pp. 362, 505-506; ESTRADA I CUADRAS, A, «Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad: crítica y algunas vías de solución», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 73 (2020), pp. 527-528. Afirman esta posibilidad, sin embargo, JAKOBS, 1991, pp. 812-813; 1997, «La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión», pp. 354-357; 2012, p. 37; KINDHÄUSER, 1994, pp. 218-219; PAWLIK, 2002, pp. 321-327; 2012, pp. 182, 241; BAUTISTA PIZARRO, 2017, n. 627 (p. 162); BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 137-138; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Omisión del deber de socorro», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nms. 9722, 9730-9732, 9742-9744; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipicidad en los delitos omisivos», nm. 1502

¹⁶² Vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 370-371; 2019, pp. 788-789, con su exigencia de un «compromiso» del garante para fundamentar la equivalencia entre omisión y comisión (en idéntico sentido, ESTRADA I CUADRAS, 2020, pp. 526-527); LASCURAIN SÁNCHEZ, 2002, *passim*, esp. pp. 39, 48-49, 53-81; ROBLES PLANAS, 2013, pp. 5-7, 11-12, 17; y COCA VILA, 2016, pp. 281-286, 291-296; 2017, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», pp. 25-26. En sentido similar, aunque con una postura más restrictiva incluso en relación con la posición de garante por injerencia, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2006, pp. 617-619.

¹⁶³ En esta línea parece apuntar JAKOBS, cuando califica la asunción voluntaria de posiciones de garante como «una injerencia en sentido amplio» (2012, p. 38).

perturbador¹⁶⁴? Pero es que, además, no es cierto que todas las posiciones de garante reconocidamente legítimas deriven del ejercicio de la libertad de actuación de sus titulares, al menos en el exigente sentido en que los defensores de este argumento emplean esta expresión¹⁶⁵: ¿qué hay, sin ir más lejos, de la (indudable¹⁶⁶) posición de garante de los padres cuya filiación —y no digamos los deberes emanados de ella— no deriva de una decisión autónoma¹⁶⁷?

¹⁶⁴ Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2006, pp. 517-518.

¹⁶⁵ En este sentido, señala acertadamente ROXIN que «no es cierto en absoluto que las cosas sean de tal manera que una relación de protección tenga que basarse en un acto de voluntad del sujeto [...], sino que [...] también se puede nacer y ser introducido en una relación de protección (nacer a esa relación), y ello es válido para el arquetipo de todas las posiciones de garante de protección: la relación de la madre con el hijo pequeño. Ella es en el momento del nacimiento la garante-protectora, pese a que no puedan existir actos de disposición psíquicos del recién nacido y aunque asimismo no sea necesario en cualquier caso que exista una voluntad de la madre de asumir la función de protección» (2014, p. 879)

¹⁶⁶ Fundada nada menos que en la «naturaleza de las cosas» (aunque solo en lo que respecta a *la madre*) la considera VON BAR, 1907, p. 263, con un criterio muy similar al que después empleara SCHÜNEMANN, 2009, pp. 392, 410. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 360, considera el caso de la madre que deja que su hijo muera de inanición por no amamantarlo como «paradigmático» de omisión que «en ningún momento de la Historia se ha dudado» que sea equivalente, en cuanto al merecimiento de pena, al homicidio activo. Para JESCHECK Y WEIGEND, la paternidad —junto con otros vínculos familiares estrechos— es nada menos que «el motivo jurídico más poderoso y evidente del que pueden derivarse los deberes de garante» (2002, p. 670). Cfr., sin embargo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2006, p. 756, que sostiene al respecto que «la relación paterno-filial es una relación rara, incomparable con otras relaciones jurídicas; quizá el abuso de este ejemplo ha llevado a una interpretación expansiva en este punto» (énfasis añadido).

¹⁶⁷ De forma plenamente coherente con su punto de partida, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2002, pp. 81, 140-145, considera, en este sentido, que la posición de garante de los padres descansa sobre una fundamentación especialmente débil (en tanto alejada del ejercicio de autonomía). Otros autores parecen, en cambio, obviar la posibilidad misma de este grupo de casos; así, p. ej., PAWLIK, 2012, p. 188; ROBLES PLANAS, 2013, p. 12; COCA VILA, 2016, pp. 266, 294-295; 2017, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», n. 73 (p. 17), pp. 25-26. Este último autor sostiene que «aquellos deberes [*scil.* paternofiliales] que tienden directamente a garantizar las condiciones mínimas esenciales para el libre autodesarrollo personal del menor obtienen el estatus de verdaderos deberes de competencia plena en la medida en que es posible reconducir el rol positivo de los padres a un acto (generalmente) doble de ejercicio de libertad previo. Me refiero, por un lado, al hecho mismo de traer al mundo un ser humano y, por el otro, al acto autónomo de asunción indeterminada de la posición de custodia del menor frente a las instituciones públicas encargadas de aquella en su defecto» (2016, pp. 294-295). Sin embargo, como ha destacado con razón LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2002, pp. 141-142, ninguno de estos hechos son necesariamente actos autónomos, sin que ello impida en absoluto el surgimiento de una posición de garante.

Comenzando por el de «traer al mundo un ser humano», este puede reconducirse a un fallo en los métodos anticonceptivos o al hecho de creer erróneamente el padre que la madre los utiliza; e incluso si se introduce en el razonamiento la posibilidad (¿exigible?) de una interrupción voluntaria del embarazo, será necesario tener en cuenta que esta solo existe para la madre y, en ordenamientos jurídicos distintos del español, ni siquiera esto último puede afirmarse con tanta rotundidad. ¿Estarían dispuestos estos autores a afirmar que el padre al que la madre engañó sobre el uso de anticonceptivos, rechazando después la solicitud de aquel de que interrumpiera voluntariamente el embarazo, no se encuentra en una posición de garante en relación con su hijo? ¿Tampoco la madre que mantiene relaciones sexuales con un preservativo (imperceptiblemente) defectuoso, y que, debido a la obesidad que padece y las irregularidades habituales en su menstruación, no se da cuenta de que ha quedado embarazada hasta el mismo momento del parto? ¿Puede esta, en el momento inmediatamente posterior al nacimiento, dejar al neonato abandonado y desamparado en el lugar donde se ha producido el parto sin cometer un homicidio? De que constelaciones

El segundo de los razonamientos que suelen traerse a colación en este debate en España es un argumento *de lege lata* basado en la existencia del delito de omisión del deber de socorro agravada tipificado en el art. 195.3 CP. De ella se quiere inferir que, al estar contempladas ya en el precepto las creaciones de peligro fortuitas e imprudentes para los intereses ajenos, una posición de garante capaz de fundamentar la responsabilidad del autor por delitos de resultado solo podría basarse en la creación *dolosa* de riesgos por su parte¹⁶⁸. Con este razonamiento, sin embargo, se incurre en un *non sequitur*. El tipo de la omisión del deber de socorro agravada requiere simplemente que el autor deje (dolosamente) de socorrer a la víctima del accidente que él mismo ha provocado de forma fortuita o imprudente, siempre que esta «se halle desamparada en peligro manifiesto y grave» y el autor «pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros»

fácticas como esta no son precisamente impensables dan cuenta las siguientes noticias aparecidas recientemente en la prensa: «una mujer da a luz en el baño de un aeropuerto y abandona al bebé junto a una nota: [...] “Por favor, ayudadme. Mi madre no sabía que estaba embarazada. Ella no puede cuidar de mí. Por favor, entregadme a las autoridades para que me encuentren un buen hogar” (<https://www.antena3.com/noticias/una-mujer-da-a-luz-en-el-bano-de-un-aeropuerto-y-abandona-al-bebe-junto-a-una-nota-solo-quiero-lo-mejor-para-el-y-no-soy-yo_201802085a7c54c30cf2ba3416954dbf.html>); «Una modelo da a luz en un baño sin saber que estaba embarazada: [...] no tenía ni barriga, ni náuseas, ni antojos y estaba inyectándose anticonceptivos» (<<https://www.lavanguardia.com/vida/20191114/471597857214/modelo-da-luz-bano-sin-saber-estaba-embarazada.html>>); «Una mujer da a luz en secreto en el baño de su casa a dos bebés que llegaron muertos al hospital. La detenida no había comunicado el embarazo y perdió el conocimiento tras el parto por una fuerte pérdida de sangre» (<https://www.abc.es/espana/comunidad-valenciana/abci-mujer-secreto-bano-casa-bebes-llegaron-muerto-s-hospital-202001311107_noticia.html>).

En segundo lugar, COCA VILA alude al acto (supuestamente autónomo) de «asunción indeterminada de la posición de custodia del menor frente a las instituciones públicas encargadas de aquella en su defecto». Con este último «en su defecto», el autor solo puede estarse refiriendo a los supuestos de desamparo regulados en los arts. 172 ss. CC, pues es evidente que el padre o madre que no desea hacerse cargo de sus hijos no puede sencillamente «transferir» su tutela al Estado. Esto, en efecto, solo ocurre (por ministerio de la ley) cuando, «a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los *deberes* de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores», estos quedan «privados de la necesaria asistencia moral o material» (art. 172.1, par. II CC). Para los padres, «velar por [sus hijos], tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral» no es una opción libre, sino un *deber* derivado de la patria potestad (art. 154.1.º CC), cuyo incumplimiento puede llegar a ser constitutivo de un delito de abandono de familia (arts. 226 ss. CP). Considerar el cumplimiento de este deber un «acto autónomo», comparable, por ejemplo, a la asunción contractual de una posición de garante sobre el hijo supone, a mi juicio, una completa desnaturalización del concepto de «autonomía». A esto mismo parece estarse refiriendo WILENMANN, cuando señala que «[u]no puede ver tanto en el acto institucional del matrimonio como en las expectativas de cuidado recíproco propias de la unión en la convivencia, manifestaciones formales y culturales que reproducen la estructura de la asunción: distribución voluntaria de funciones que implica renuncia a equivalentes funcionales posibles. Pero ese ciertamente no es el caso de las relaciones con los hijos, ante todo porque *pensar en distribuciones alternativas no tiene sentido* en el caso de estos últimos» (2017, n. 698, p. 391, énfasis añadido).

¹⁶⁸ Vid., p. ej., SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 244, 370; o COCA VILA, 2016, pp. 301-302. En una línea similar, HUERTA TOCILDO, 1983, pp. 281-282 (aunque acepta también la injerencia imprudente como posición de garante, reservando la omisión simple agravada para los supuestos de causación fortuita del accidente). Aún más lejos lleva este argumento DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2002, pp. 259-260; 2006, *passim*, esp. pp. 30, 34, 707-738, 775-776, 805-810, rechazando sobre esta base —entre otros argumentos— cualquier posibilidad de fundamentar deberes de garante *de salvamento* derivados de injerencia (incluso dolosa).

(art. 195.3, en relación con art. 195.1 CP); no exige en absoluto la concurrencia de un resultado lesivo. La existencia de un tipo así es perfectamente compatible con una interpretación del art. 11.b CP de acuerdo con la que, *para la posición de garante* necesaria para responder por un delito de resultado, baste la creación, incluso fortuita, de un riesgo para los intereses ajenos¹⁶⁹. De darse, junto con los del art. 195.3 CP, todos los elementos de un delito de esta clase, ambos delitos simplemente entrarán en *concurso*; tratándose, normalmente, de un concurso de leyes que habrá de resolverse a favor del correspondiente delito de resultado (art. 8 CP)¹⁷⁰.

Suponiendo, por ejemplo, un accidente que deja a la víctima desamparada en riesgo de muerte, la provocación del accidente seguida de la omisión dolosa de socorro dará lugar, en todo caso, al delito del art. 195.3 CP. Fundamentará, además, la posición de garante (art. 11.b CP) necesaria para responder por un delito de homicidio doloso (art. 138 CP), consumado o en grado de tentativa (art. 16 CP), o por un delito de homicidio imprudente (art. 142 CP). A estos efectos, para la tentativa de homicidio bastará, bien la provocación del accidente con dolo de matar (comisión activa), bien la omisión de socorro dolosa subsiguiente a la provocación, incluso fortuita, del accidente (comisión por omisión). Si a estas conductas les sigue un resultado de muerte, existirá un homicidio doloso consumado. Y tanto la tentativa como el delito consumado entrarán, en su caso, en concurso de leyes con la omisión de socorro agravada; concurso que se resolverá a favor del homicidio¹⁷¹. Finalmente, la concurrencia de un homicidio imprudente

¹⁶⁹ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Omisión del deber de socorro», nms. 9734-9744, 9752, 9754-9758; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipicidad en los delitos omisivos», nm. 1502; una posibilidad que concede el propio MIR PUIG, 2016, p. 338, a pesar de sostener una postura contraria a la aquí defendida.

¹⁷⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2006, pp. 723-727, critica este argumento, aduciendo que esta interpretación del art. 195.3 CP conduciría a considerarlo una regulación especial (inexplicablemente mucho más benigna) de la tentativa de homicidio o lesiones en comisión por omisión. No obstante, dicha tentativa requiere un elemento que el art. 195.3 CP no exige: dolo *en relación con en el resultado* de muerte, de lesiones, etc. En esta medida, es perfectamente posible —por más que, quizás, infrecuente en la práctica (y aquí hay que darle la razón a DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2006, pp. 736-737)— que alguien provoque un accidente fortuito y después omita socorrer a su víctima, sabiendo que esta se encuentra «desamparada y en peligro manifiesto y grave», pero sin dolo de matarla o de causarle lesiones todavía más graves; confiando, por ejemplo, en que otros usuarios de la vía pararán a auxiliarla.

¹⁷¹ El concurso de leyes que se produce entre el homicidio *en comisión por omisión* (consumado o en grado de tentativa) y el delito del art. 195.3 CP en esta clase de casos parece evidente. Lo único que puede resultar dudoso es si el criterio apropiado para resolverlo —siempre a favor del homicidio— es el de subsidiariedad (art. 8.2.ª CP), el de consunción (art. 8.3.ª CP) o incluso el de alternatividad (art. 8.4.ª CP); problema que, como se ve, carece de implicaciones prácticas, y cuya resolución desbordaría el objeto de este trabajo. Más discutible resulta la existencia de un concurso de leyes entre ambos delitos en los supuestos de comisión *activa* de un homicidio doloso (de nuevo, consumado o en grado de tentativa), en la medida en que esta presupone la provocación *dolosa* del accidente. Esta forma de ocasionar el accidente se encuentra, como se

presupondrá, bien la provocación imprudente del accidente (comisión activa), bien la omisión de socorro imprudente subsiguiente a la provocación, incluso fortuita, del accidente (comisión por omisión), seguida, en ambos casos, por el correspondiente resultado de muerte. También este delito podrá entrar en concurso de leyes con el del art. 195.3 CP; concurso que, de nuevo, deberá resolverse a favor del homicidio¹⁷².

Resta por analizar la posible competencia del autor sobre riesgos que tienen su origen en el **entorno, incluidas las esferas de organización de otras personas**. Al contrario de lo que sucede en relación con los riesgos procedentes de la propia esfera de organización, la competencia sobre esta clase de riesgos —que, por hipótesis, únicamente podrá convertir en perturbadoras conductas consistentes en la omisión de contenerlos— resulta *excepcional*: cada persona puede, en principio, desentenderse completamente de los riesgos que no dimanen de su propia conducta o de las cosas que posee, salvo que haya *asumido voluntariamente* la carga de proteger a otros de su materialización. Este es el resultado que arroja una ponderación de intereses inspirada por la ideología *liberal* que permea ordenamientos jurídicos como el nuestro, de acuerdo con la que toda restricción a la libertad de actuación que no sea, a su vez, la contrapartida de su ejercicio se considera, como regla, ilegítima. Este es, como se ha visto, el fundamento de la competencia general sobre los riesgos dimanantes de la propia esfera de organización, pero también el motivo por el que a cada cual le competen todos los riesgos no procedentes de ella cuyo control

ha visto, excluida (*a contrario*) del tipo de la omisión de socorro agravada; exclusión que, de hecho, podría responder precisamente a la posibilidad de castigar la misma conducta, en la inmensa mayoría de supuestos, como tentativa de un delito de resultado. En cualquier caso, la discusión —de la que tampoco podría ocuparme aquí— resulta, de nuevo, puramente teórica: a efectos prácticos, resulta del todo indiferente que el homicidio activo desplace al delito del art. 195.3 CP o simplemente impida su concurrencia. Y es que, en esta clase de supuestos, no parecen imaginables los posibles efectos de la ley desplazada en sede de error, participación, etc. que, como con razón ha señalado PEÑARANDA RAMOS, 1991, *passim*, normalmente marcan en la práctica la diferencia entre el concurso de leyes y la mutua exclusión entre los tipos.

¹⁷² Los delitos de homicidio doloso e imprudente también pueden entrar entre sí en *concurso de leyes*, dando lugar, en su caso, a un triple concurso en el que el homicidio doloso desplazará tanto al homicidio imprudente como a la omisión de socorro agravada. Así habría de resolverse, por ejemplo, el supuesto en que el autor provoca el accidente con imprudencia respecto de la muerte (conducta típica de homicidio imprudente activo) y, acto seguido, huye de la escena con dolo de matar (conducta típica de homicidio doloso en comisión por omisión), de manera que la víctima finalmente fallece (resultado típico). En este grupo de casos, lo único discutible —aunque sin consecuencias prácticas— es, de nuevo, el criterio aplicable para la resolución del concurso de leyes; cuestión que ha de quedar aquí sin respuesta. Son imaginables, incluso, casos de *concurso de delitos* entre ambas formas de homicidio, que a su vez desplazan, en su caso, a la omisión de socorro agravada (concurso de leyes). Así sucederá, por ejemplo, si a la provocación del accidente con dolo de matar (tentativa de homicidio activo), le sigue la omisión imprudente de evitar el resultado de muerte que se produce más tarde (homicidio imprudente consumado en comisión por omisión), al creer erróneamente el autor, por ejemplo, que la víctima ha fallecido en el acto; supuesto en el que podría existir, además, un delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) en grado de tentativa.

asume libremente. Sin embargo, la omisión de contener otros riesgos procedentes del entorno en beneficio de los demás no constituye, en principio, una perturbación. En un ordenamiento jurídico liberal, la solidaridad solo se impone si voluntariamente se asume; algo que, al margen de las relaciones personales estrechas, normalmente no ocurrirá en ausencia de una contraprestación. Desde este punto de vista, la obligación de ser «buenos samaritanos» es (a lo sumo) un deber moral que no corresponde elevar a la categoría de lo jurídico¹⁷³.

Afortunadamente, no obstante, el Derecho español solo participa de esta ideología liberal *hasta cierto punto*¹⁷⁴. Y es que existen supuestos en que la ponderación de todos los intereses en juego, unida a la ausencia de alternativas de organización social más satisfactorias, conduce a la *imposición legal*¹⁷⁵ *selectiva* a los ciudadanos de competencias sobre riesgos procedentes de su entorno cuyo control no han asumido libremente. Algunas de estas competencias fundamentan, a su vez, posiciones de garante a los efectos penales. Quizás el ejemplo más claro sea la competencia de los padres sobre todos los riesgos procedentes del entorno que se ciernen sobre los intereses de sus hijos menores de edad y, al mismo tiempo, sobre todos los riesgos procedentes de la esfera de organización de estos últimos que amenazan con lesionar los intereses de terceros. Otras, sin embargo, se limitan a permitir la calificación como perturbadoras —en caso de que, conforme a los criterios que se desarrollarán en el epígrafe 3, puedan considerarse jurídicamente desaprobadas— de las omisiones de contención de los riesgos a los que se refieren, sin posibilitar a su vez que estas sean constitutivas de un delito de resultado. La más importante de todas ellas es la competencia de cada ciudadano, fundada en el art. 195.1 CP, sobre los riesgos que amenazan de forma «manifiesta y grave» con lesionar los intereses personales¹⁷⁶ de otros, siempre que tales riesgos puedan ser contenidos «sin

¹⁷³ Al menos en la tradición continental, esta idea resulta, sin embargo, sorprendentemente moderna. Así, todavía STÜBEL, 1805, *passim*, esp. pp. 55-62, parte de la existencia de deberes *jurídicos* generales de solidaridad entre ciudadanos derivados, según él, de la participación en el contrato por el que se constituye la sociedad civil; deberes que permitirían fundamentar, por ejemplo, la responsabilidad por el delito de otra persona de quien, pudiendo haberlo impedido, no lo hizo.

¹⁷⁴ Un punto, en todo caso, muy inferior al de tradiciones jurídicas como la anglosajona, a la que resulta completamente extraña la conminación penal de la simple omisión del deber de socorro.

¹⁷⁵ Aunque no puedo profundizar sobre este punto, el adjetivo «legal» debe entenderse, a mi juicio, en este contexto, en sentido amplio, sin que sea necesaria a estos efectos la existencia de una ley parlamentaria.

¹⁷⁶ En concreto, de acuerdo con la convincente argumentación al respecto desarrollada por RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 143-148, su vida o su integridad física. Vid. también, defendiendo un alcance algo más amplio del deber (pero en todo caso limitado a los riesgos para los intereses personales más importantes), MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Omisión del deber de socorro», nms. 9608, 9645.

riesgo propio ni de terceros»¹⁷⁷. La omisión jurídicamente desaprobada de contener uno de estos riesgos constituye, por tanto, una perturbación¹⁷⁸; perturbación que, si bien no quedará abarcada por la conducta típica de ningún delito de resultado¹⁷⁹, podrá fundamentar, en su caso, la responsabilidad civil de su autor frente a los eventuales perjudicados por la omisión de socorro¹⁸⁰.

¹⁷⁷ A mi juicio, esta cláusula ha de ser objeto de una interpretación literal, que excluya el deber de socorro ante la existencia de *cualquier* riesgo para el potencial obligado o para otras personas (así, p. ej., MARTÍN LORENZO, M, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009), 228-229); o, como máximo, a una moderadamente restrictiva que lo descarte ante la presencia de cualquier riesgo mínimamente *grave* a los intereses *personales* del autor o cualquier tercero, sin necesidad de que aquel guarde proporción estricta con el que amenaza los intereses del necesitado (así, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 213-213-230; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Omisión del deber de socorro», nm. 9670). Frente a lo sostenido por autores como BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 206-247, 348-362, no creo que dicha limitación haya de interpretarse necesariamente como un «correlato» (por más que restringido) de las injerencias que el potencial obligado al salvamento o los terceros tendrían el «deber de tolerar» como consecuencia de una actuación defensiva en estado de necesidad agresivo. En primer lugar, ello conduciría, en Derecho español, a una interpretación *extensiva* de la cláusula *in malam partem*, cuestionable desde el punto de vista del principio de legalidad: donde el art. 195.1 CP dice «socorre siempre que puedas hacerlo sin riesgo propio ni de terceros», no debería poder leerse, en perjuicio del reo «socorre siempre que puedas hacerlo sin imponerte a ti mismo ni imponer a terceros injerencias injustificables en estado de necesidad agresivo». Por lo demás, el paralelismo entre ambas clases de situaciones se basa en una teoría general de la justificación con la que, por las razones señaladas en las nn. 278 y 282 de este mismo capítulo, no puedo más que discrepar.

¹⁷⁸ En esta línea, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 125-131, caracteriza la tipificación del delito de omisión de socorro como uno de los hitos fundamentales que revelan la transformación de un Estado liberal «puro» en un Estado (en mayor o menor medida) *social*. Apunta, sin embargo, el autor, una posible explicación alternativa que merece ser destacada. Señala, en este sentido, que «conviene no llamarse a engaño respecto a este proceso de humanización del Derecho penal. Sería equivocado pensar que todo nuevo precepto penal que se pone al servicio de valores morales corresponde a un progreso de la conciencia ético-social. Antes al contrario, la “criminalización” del incumplimiento de deberes morales puede ser la consecuencia de una relajación moral. Por ello mismo, quizá resulte unilateral la explicación ofrecida comúnmente de que la escasa protección penal que mereció hasta época reciente el deber de socorro se anuda a la concepción político-liberal del Estado y del Derecho. Al lado de este factor debe traerse a colación también que tal vez no se sintiese con tanta intensidad como hoy la necesidad de amparar con amenaza penal el cumplimiento del deber moral de socorro, o, lo que es lo mismo, que la vigencia social del valor ético de la solidaridad fuese entonces más íntegra» (ibíd., p. 131).

¹⁷⁹ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 325; JAKOBS, 1991, p. 700; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 669; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 325; PALERMO, 2006, pp. 223-224; ROXIN, 2014, pp. 763-764, 848-850; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipicidad en los delitos omisivos», nm. 1488.

¹⁸⁰ Así lo ha sostenido, a mi juicio acertadamente, el BGH; posición a la que se suma, señaladamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 323-324 (y aparentemente también BUSTO LAGO, 1998, pp. 68-69; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, pp. 216-217; y ROCA TRÍAS Y NAVARRO MICHEL, 2020, «La responsabilidad por acto propio», p. 113), pero que no ha quedado exenta de críticas doctrinales. Sobre ello, vid., por todos, WAGNER, 2017, nms. 416-417, 516. Aparentemente en contra de este criterio se muestran también PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 512-513; DÍEZ-PICAZO, 2011, pp. 294-295; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 132-133, 135-136. El criterio favorable a una responsabilidad civil por omisión de socorro en esta clase de situaciones parece, no obstante, haber sido asumido también en la redacción del art. 4:103 PETL (deber de proteger a los demás de daños) que dispone, en lo que aquí interesa, que «puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños [...] si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber» (vid. WIDMER, P, «Art. 4:103. Duty to Protect Others from Damage», en *Principles of*

Dos son, pues, las posibles fuentes de competencia de un individuo sobre riesgos procedentes de su entorno, incluidos los ámbitos de organización de otras personas: la asunción voluntaria y la ley (en sentido amplio). De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la competencia emanada de la primera de estas fuentes fundamentará en todo caso, a su vez, una posición de garante a los efectos de la responsabilidad penal de su titular¹⁸¹, lo que, como se ha visto, no es el caso en lo que se refiere a la segunda de ellas. Es importante destacar, además, que el carácter *excepcional* de estas fuentes de competencia determina que su eficacia se ciña de forma estricta al ámbito de lo voluntariamente asumido o de la disposición legal aplicable, tanto en lo que se refiere a los *riesgos* que deben contenerse, como en lo relativo a los *intereses* que se ha de proteger contra su materialización. A ello precisamente se refiere la doctrina cuando habla de la «relatividad» de los deberes de cuidado y de las posiciones de garante jurídico-penales. Así, por ejemplo, un guardaespaldas que asume contractualmente la competencia sobre todos los riesgos procedentes del entorno que puedan afectar a la *vida o integridad física* de su cliente puede desentenderse, sin embargo, de los riesgos que amenacen al *patrimonio* de este último¹⁸².

De forma más discutible, pero a mi juicio correcta, se ha afirmado, en el mismo sentido, que el auditor de cuentas que asume *frente a los socios* de una sociedad la competencia sobre los posibles riesgos derivados de que las cuentas anuales no reflejen «la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la entidad auditada» (art. 4.1 LAC) —riesgos que, evidentemente, no proceden de la propia esfera de organización del auditor, sino de la de los administradores societarios encargados de formularlas (art. 253 LSC)— no es, sin embargo, competente sobre estos mismos riesgos en lo que puedan afectar a los posibles *inversores* en la sociedad que no fueran socios en el momento de la auditoría. A diferencia de los socios, estos últimos no podrían, por consiguiente, reclamar responsabilidad civil al auditor por los eventuales daños derivados

European Tort Law. Text and Commentary, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 88-90).

¹⁸¹ Vid., por todos, JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 671-672; ROXIN, 2014, pp. 729-736; COCA VILA, 2016, pp. 293-294; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 603-604; MIR PUIG, 2016, pp. pp. 331-332; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipicidad en los delitos omisivos», nms. 1510-1512.

¹⁸² Puede traerse igualmente a colación el ejemplo del socorrista de JAKOBS citado en la n. 153 de este capítulo.

de la materialización de tales riesgos¹⁸³. Esta podría ser, asimismo, una vía fructífera para argumentar que los auditores de cuentas no pueden responder penalmente, *ni siquiera como partícipes*, del delito del art. 282 bis CP; no, al menos, sin una aplicación *imperativa* de la sustancial atenuación de la pena prevista en el art. 65.3 CP¹⁸⁴. No es este trabajo, en cualquier caso, la sede para profundizar sobre esta cuestión.

3. No hay perturbación sin conducta jurídicamente desaprobada

Recapitulando, una vez más, lo explicado hasta este punto, tanto la responsabilidad penal como la civil presuponen una conducta contraria a las expectativas recíprocas de comportamiento en relación con los intereses ajenos que el Derecho refuerza; en la terminología aquí empleada, una «perturbación». En este apartado del capítulo se ha procedido a una concreción —todavía incompleta— de la estructura dogmática de este requisito, partiendo de su definición como «creación o no contención jurídicamente desaprobada de un riesgo para los intereses ajenos sobre el que se tiene competencia». Dos de los tres ejes de esta definición ya han sido examinados. Por un lado, el ordenamiento jurídico no garantiza ninguna expectativa social de conducta no referida a un *riesgo* para los intereses ajenos; riesgo cuya existencia y magnitud se determinan conforme a los criterios examinados en el epígrafe 1. Por otro, las expectativas de conducta jurídicamente reforzadas tienen como únicos destinatarios a los individuos dotados en cada caso de *competencia* sobre el riesgo de que se trate. Como se ha expuesto en el epígrafe 2, cada cual tiene en general competencia sobre los riesgos para los intereses ajenos procedentes de su propia esfera de organización, y solo excepcionalmente (en virtud de asunción voluntaria o por imperativo legal) sobre los riesgos emanados del entorno, incluidos los ámbitos de organización de terceros.

¹⁸³ Así lo defendió en su momento PANTALEÓN PRIETO, F, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción* (Cizur Menor: Aranzadi, 1996), pp. 67-139. Actualmente, el art. 26.2 LAC —aprobado con posterioridad— hace insostenible esta tesis *de lege lata*, sin perjuicio de la posible conveniencia de optar, *de lege ferenda*, por una vía más restrictiva.

¹⁸⁴ Esta postura más moderada —y probablemente más correcta, a mi juicio— es la más acorde con lo sostenido por PEÑARANDA RAMOS en relación con el sentido de esta atenuación (vid. PEÑARANDA RAMOS, E, *Estudios sobre el delito de asesinato* (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2014), pp. 177, 202-236; PEÑARANDA RAMOS, E, «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en *La responsabilidad en los «delitos especiales»: el debate doctrinal en la actualidad*, ed. Robles Planas, R (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2014), pp. 18-20, 47-53). La doctrina penalista mayoritaria sostiene, sin embargo, hasta donde se me alcanza, la posición contraria, llegando, incluso, a considerar injustificada la restricción del sujeto activo del art. 282 bis CP a los «administradores de hecho o de derecho» de la sociedad; vid., por todos, PUENTE ABA, LM, «El artículo 282 bis del Código Penal: las falsedades en la inversión en los mercados de valores», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 7 (2012), pp. 68-73.

Resta por analizar, así pues, los criterios de acuerdo con los que la creación o no contención de un riesgo para los intereses ajenos sobre el que se tiene competencia ha de considerarse, o no, una conducta perturbadora; lo que aquí se ha denominado el juicio de *desaprobación jurídica*. Se trata, en otras palabras, de determinar las concretas circunstancias en las que existe una expectativa jurídicamente garantizada de que la persona que tiene competencia sobre un riesgo bien se abstenga de crearlo, bien adopte medidas de contención frente a él, de manera que no se materialice lesionando los intereses ajenos. En presencia de una expectativa de esta clase, la conducta de la persona con competencia sobre el riesgo consistente, respectivamente, en la creación del riesgo (acción) o la omisión de contenerlo será una conducta jurídicamente desaprobada y, por ende, perturbadora.

Como ya se ha señalado, la existencia de tales expectativas jurídicamente reforzadas resulta de una ponderación de todos los intereses en juego: el Derecho no trata de neutralizar el riesgo para los bienes que protege, sino solo de limitarlo a un nivel tolerable, compatible con la preservación del *agere licere* y con la protección (adicional), en su caso, de intereses prevalentes en conflicto con los primeros. Gráficamente, puede afirmarse que una expectativa jurídicamente garantizada de no creación o de contención de un riesgo surge únicamente cuando la magnitud del peligro —medida en función de la importancia de los intereses ajenos amenazados por la creación o no contención del riesgo y la probabilidad de que resulten lesionados— «pesa» más que el coste de restringir la libertad de actuación del autor en el sentido de la expectativa. En este último «platillo» de la «balanza», se tienen en cuenta, a su vez, la respectiva importancia de los intereses cuyo sacrificio amenaza el que se garantice jurídicamente tal expectativa (incluida la libertad general de actuación del agente) y la probabilidad de dicho sacrificio¹⁸⁵. Solo en

¹⁸⁵ Vid., paradigmáticamente, PAREDES CASTAÑÓN, 1995, *passim*, esp. pp. 82, 103-108, 129-130, 342-344, 483-510; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, *passim*, esp. pp. 84-85, 88-94 (e incipientemente ya en FRISCH, W, 1983, pp. 139-140, 156-159; 1995, *passim*, esp. pp. 70-71, 130-132), a quien sin embargo asiste también la razón cuando matiza que «[l]a dimensión exacta del riesgo tolerado no cabe establecerla con datos numéricos. El material estadístico —al igual que el tener presente el beneficio que reportan determinadas conductas— sólo constituye la base de la valoración, la cual luego, apoyada en un baremo relativamente vago, en buena medida emotivo y en parte condicionado políticamente, lleva a un resultado sumamente decisionista (faltan, pues, enunciados verificables y, más aún, susceptibles de consenso general, acerca de los riesgos asumibles para determinada utilidad)» (FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, n. 155, p. 155). La de la balanza con riesgo y utilidad a ambos lados del firme es, por lo demás, una metáfora a la que la doctrina recurre con relativa frecuencia en sus explicaciones sobre el riesgo permitido. Así, p. ej. señala LUZÓN PEÑA que «[l]a admisión del riesgo permitido responde a una ponderación de intereses. Por una parte, se autoriza la acción porque sólo es arriesgada, peligrosa para bienes jurídicos, pero nada más que eso: no es directamente lesiva, no es

este caso constituirá una perturbación la conducta del autor consistente en la creación del riesgo o la omisión de contenerlo. Si, en cambio, de la garantía de una expectativa en sentido contrario a la conducta cabe esperar más costes —en términos de sacrificio de otros intereses— que beneficios —en términos de protección de los intereses ajenos amenazados—, esta habrá de calificarse como permitida, no pudiendo dar lugar a responsabilidad penal ni civil.

Al primero de los elementos de esta comparación se le ha dedicado ya el epígrafe 1 de este apartado. Se trata de formular, conforme a los criterios allí desarrollados, una estimación del *riesgo* para los intereses ajenos que el autor creó u omitió contener con su conducta. Medir lo que «pesa» el segundo de los elementos exige la formulación del juicio inverso; requiere estimar la *probabilidad de salvación* de otros intereses (incluida su propia libertad de actuación) creada o dejada de contener por el autor. La ponderación en que se basa el juicio sobre el carácter perturbador o no de la conducta consiste, finalmente, en poner en relación estas probabilidades —la de menoscabo de intereses ajenos (riesgo), en el primer caso; la de salvación de otros intereses en el segundo— con el *valor* de los bienes en juego, determinado desde la perspectiva del ordenamiento jurídico de que se trate¹⁸⁶.

una acción que con seguridad va a producir la lesión del bien jurídico, y además el grado de peligro se considera admisible por no ser muy alto y haberse tomado suficientes medidas para un control satisfactorio del mismo. Frente a esto y en el otro platillo de la balanza están múltiples intereses económicos, industriales, médicos, científicos e investigadores, militares deportivos y de esparcimiento, e incluso de la propia libertad, etc., de las sociedades modernas, que se consideran importantes o esenciales para su adecuado funcionamiento y que sólo es posible satisfacer si se está dispuesto a correr determinados riesgos» (2016, p. 353; también pp. 286, 356). Vid., en el mismo sentido, entre muchos otros, DEUTSCH, 1963, pp. 68-70; MÜNZBERG, 1966, pp. 143, 259-338; FRISCH, P, 1973, pp. 87, 98-99, 105-113; SCHMIDHÄUSER, 1975, pp. 137-140; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 515-516, 575-576; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 311-312, 319-326; NAMIAS, O, *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht* (Frankfurt: Peter Lang, 1993), passim, esp. pp. 57-58, 65-67, 110-111; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 132-135; REYES ALVARADO, 1994, pp. 108-110; FEIJOO SÁNCHEZ, , pp. 269-272; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 385-386; RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 245-302; WIDMER, 2005, «Art. 4:102. Required Standard of Conduct», p. 76; ROBLES PLANAS, 2015, pp. 36-37; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 41-47; 2008, pp. 51-52; ROXIN, 2006, p. 1077; SACHER, 2006, pp. 143-154; GIL GIL, 2007, pp. 231-240, 263-284, 416-417; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 344-349; FREI, 2010, pp. 103, 223, 304; KOZIOL, 2012, pp. 15, 177, 188-189; MARINUCCI, 2013, pp. 138-139, 299-300, 436-443; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 112-126; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 1197.

¹⁸⁶ Como correctamente afirma JAKOBS, el valor que se asigne a tales intereses dependerá de la configuración de la sociedad en la que tal ordenamiento jurídico se inserta, por lo que variará de un ordenamiento a otro en función de las valoraciones socialmente imperantes (1991, p. 201; 1996, pp. 93-94); vid. también CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, n. 189 (pp. 72-74). Esto, sin embargo, no conduce necesariamente a defender que el juicio de desaprobación jurídica, lejos de basarse, como aquí se ha sostenido, en una ponderación de todos los intereses concurrentes guiada por criterios normativos, descansa en una legitimación puramente histórica o, por así decirlo, «pre-jurídica»; una postura, a mi juicio incorrecta, a la que JAKOBS se ha ido aproximando cada vez más en sus

En la medida en que ello no conduzca a perder de vista la naturaleza eminentemente *normativa* de todas las variables a las que acabo de referirme, nada de malo —pero tampoco demasiada ganancia— hay en expresar esta misma idea a través de fórmulas «matemáticas» como las empleadas por los analistas económicos del Derecho de daños. Tomando, por ejemplo, la famosa «fórmula *Learned Hand*» puede, en efecto, afirmarse que una conducta es negligente (aquí, perturbadora) si el producto del daño que amenaza (L) y la probabilidad de que tenga lugar (P) supera el coste de las precauciones necesarias para impedirlo (B), incluido, en su caso, el de renunciar totalmente a la conducta ($B < P*L$)¹⁸⁷. Pero, mientras se sea consciente de que los valores de L, P y B no resultan de una medición de magnitudes naturales observables, sino de decisiones adoptadas según criterios jurídicos, no se habrá avanzado mucho, en términos de concreción, respecto de otra posible paráfrasis de la misma idea: la de que la conducta

sucesivas contribuciones sobre esta materia (vid., p. ej. 1991, pp. 200-201; 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», p. 212), hasta acabar acogiéndola plenamente (así, en 1996, pp. 103-104, 119-122, 141), y de la que ha adoptado recientemente una versión muy matizada PASTOR MUÑOZ, N, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal* (Barcelona: Atelier, 2019), pp. 97-110, 119. Que determinadas ponderaciones de intereses hayan podido cristalizar históricamente en estándares de conducta consuetudinariamente respetados por los miembros de una sociedad no significa ni que tales ponderaciones no hayan tenido lugar —algo que, por lo demás, el propio JAKOBS parece reconocer, cuando admite que «no es la historicidad lo que legitima, sino que el consenso sugiere que la cuestión de la legitimación ya se resolvió en el pasado; la Historia nos ahorra proceder a una nueva legitimación» (1991, n. 63, p. 201) y también en , pp. 119-120—, ni que estos estándares no puedan ser revisados por las instancias competentes de acuerdo con las valoraciones jurídicamente vinculantes en cada momento. Esto es, precisamente, lo que implica afirmar que el juicio sobre el carácter perturbador o no de la conducta depende de las expectativas *jurídicamente garantizadas* de comportamiento en relación con los intereses ajenos, que no tienen por qué coincidir con las expectativas de conducta realmente existentes en una sociedad. Suscribo plenamente, por tanto, las críticas dirigidas al referido planteamiento por MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 356-358, que afirma, en la línea aquí defendida, que «en contra de lo que parece desprenderse de las afirmaciones de JAKOBS, no se trata propiamente de que existan riesgos permitidos por legitimación histórica y riesgos permitidos por ponderación. La legitimación histórica parte de una ponderación realizada por la sociedad, y los criterios que determinan esa ponderación no son distintos de los criterios que determinan la ponderación realizada por el legislador»; y que «también debe quedar claro que la valoración social de la actividad que se encuentra detrás del riesgo permitido por legitimación histórica no es una valoración que se imponga al ordenamiento jurídico. Ni la historia ni la sociedad legitiman el riesgo por sí misma, sino que realizan una ponderación que es *asumida por el ordenamiento jurídico*» (ibíd., p. 357).

¹⁸⁷ Así, p. ej., SALVADOR CODERCH, P, «El concepto económico de negligencia y la fórmula de Hand», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 133-136; PAPAYANNIS, 2014, «Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad», p. 154; WAGNER, 2017, nms. 421-435; o GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nms. 8, 61-62, 78.

perturbadora es aquella que difiere de la que una persona *razonable*¹⁸⁸ adoptaría en las mismas circunstancias¹⁸⁹.

Lo cierto es que resulta extremadamente difícil llegar a un nivel de precisión del juicio de desaprobación jurídica superior al que ofrecen estas vagas formulaciones sin derivar, a la vez, en un análisis puramente casuístico de la materia. No debe extrañar, en este sentido, la frecuencia con la que incurren en este último vicio las exposiciones doctrinales que tratan de concretar conceptos como el de «riesgo permitido», o el propio de «imprudencia». Aquí, a diferencia de lo que, como se vio, sucede en relación con el juicio de competencia sobre el riesgo, la doctrina y la jurisprudencia no han logrado (¿todavía?) condensar las ponderaciones de intereses relevantes en un conjunto más o menos manejable de principios generales aplicables a los diferentes grupos de casos¹⁹⁰, hasta el punto de que ha llegado a afirmarse que «los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de

¹⁸⁸ Esta expresión «personalizadora» del resultado del juicio de ponderación conlleva, sin embargo, un riesgo: el de entender, erradamente, que el Derecho reconoce en todo caso como comportamiento correcto (no perturbador) el comportamiento del autor que coincide con el que, en sus circunstancias, habría adoptado una persona «normal» o «media». Advierten sobre ello, entre otros, TOBLER, 1931, p. 122; KAUFMANN, ARM, 1964, pp. 50-51; BURGSTALLER, 1974, pp. 55-56; y FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, p. 93. Que una y otra perspectiva no tienen por qué coincidir lo pone de manifiesto el hecho de que ningún error de Derecho del autor, por mucho que cualquier persona en su situación hubiera incurrido en él, puede convertir su conducta perturbadora en permitida, ni a la inversa: en la afortunada expresión de KAUFMANN, ARM, 1964, p. 51 la «persona razonable» no es más que una «personificación del ordenamiento jurídico», y el Derecho no puede equivocarse sobre sí mismo (vid. n. 276 del capítulo 3).

¹⁸⁹ PANTALEÓN PRIETO ha expresado esta misma idea con una contundencia para la que yo carezco de autoridad: «Supongo, por lo demás, que nadie me atribuirá el absurdo de negar que, a los efectos del juicio de diligencia o negligencia [...] es esencial comparar los costes de las medidas de precaución disponibles (incluida la cesación o disminución de la actividad de que se trate) con los riesgos de daños que su respectiva utilización puede evitar. Aunque tampoco incurrirá nadie en el absurdo neólatra de atribuir dicha obviedad al movimiento de los *lawyers economists*; salvo quien pretenda inscribir en sus fastos a demasiados “precursores sin saberlo”: a muchos más y no pocos anteriores al popularizado Juez Learned Hand» (PANTALEÓN PRIETO, 2000, pp. 171-172). Cfr., no obstante, la opinión más matizada al respecto de BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 129.

¹⁹⁰ Puede que el esfuerzo más notable en este sentido lo haya llevado a cabo FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 83-535. El elenco de principios propuestos por este autor para determinar las dimensiones de riesgo abarcables por la conducta típica de los delitos de resultado —unido a un conjunto casi igual de amplio de matizaciones para cada una de las constelaciones de casos discutidas por la doctrina— parece, sin embargo, excesivamente complejo para resultar más operativo en la práctica que la pura ponderación caso por caso de los intereses en juego. Parece, en este sentido, que puede darse la razón a REYES ALVARADO, cuando afirma que «[I]a tesis de la ponderación de intereses no contiene afirmaciones equivocadas pero su generalidad la hace más apropiada para constituir el fundamento del riesgo permitido que para señalar su forma de determinación en casos particulares» (1994, p. 109).

aprehender»¹⁹¹. De ello resulta que, más allá de los supuestos en los que el legislador ofrece por sí mismo las pautas para la precisión del estándar de conducta —por ejemplo, en la regulación de algunas causas de justificación— o en los que el contenido de las expectativas jurídicamente reforzadas puede determinarse indiciariamente a través de normas sectoriales con o sin valor jurídico (normativa administrativa, estándares de práctica profesional, reglas técnicas, etc.)¹⁹², el juez se enfrenta prácticamente en solitario a la tarea de dirimir de qué lado se inclina la «balanza» de los costes y beneficios esperados del comportamiento del autor¹⁹³.

Tales supuestos son, afortunadamente, lo suficientemente abundantes para que esta materia no quede sumida en la más absoluta inseguridad jurídica. Por lo demás, y sin perjuicio de la indudable utilidad para la aplicación práctica del Derecho que tendría un desarrollo doctrinal de estas características, tampoco yo he pretendido avanzar demasiado en la «traducción» del juicio de desaprobación de la conducta a un conjunto más o menos

¹⁹¹ PANTALEÓN PRIETO, 1990, p. 1951. Vid., en sentido similar, CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 21-22.

¹⁹² A este valor indiciario de las regulaciones sectoriales hacen referencia ya VON BAR, 1907, pp. 454-455; MANHEIM, 1912, pp. 55-56; ENGISCH, 1930, pp. 360-364. Sobre este grupo de casos, vid., en mayor profundidad, WELZEL, 1961, pp. 18-19; DEUTSCH, 1963, pp. 157-178, 405-406; BURGSTALLER, 1974, pp. 45-504, 57-58, 208; SCHÜNEMANN, 1975, p. 577; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 104-112, 121-122, 218-219; JAKOBS, 1991, pp. 204-205; 1996, pp. 124-130; 1997, «El delito imprudente», pp. 173-175; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 136-137; REYES ALVARADO, 1994, pp. 117-128; VILLACAMPA ESTIARTE, 2003, pp. 95-99, 106; ROXIN, 2006, pp. 1067-1069; GIL GIL, 2007, pp. 265-276; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 360-361; FREI, 2010, pp. 67-68, 103-105, 193-194, 223-224; PAWLIK, 2012, pp. 340-341; GÓMEZ PAVÓN, P Y BUSTOS RUBIO, M, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 3.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2013), pp. 359-362; LACRUZ BERDEJO ET AL., 2013, pp. 448-449; , pp. 175-218, 320-322, 462; SANZ MORÁN, Á, «La reforma de los delitos contra la vida», en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, ed. Maqueda Abreu, M. L, Martín Lorenzo, M, y Ventura Püschel, A (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016), p. 838; WAGNER, 2017, nms. 443-449, 475; PUPPE, 2017, nms. 155-156; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2018, pp. 9, 12-22; VALIENTE IVÁÑEZ, 2018, pp. 280-285; GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nms. 64, 79; PASTOR MUÑOZ, 2019, pp. 78-85, 113, 118; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 104-112; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 1188-1190. El de FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 106-125, 203-212, es todavía el estudio más completo y exhaustivo de la cuestión.

¹⁹³ Señala, en este sentido, LUZÓN PEÑA, al analizar los criterios de determinación del riesgo permitido, cuando estos no se encuentran expresamente definidos en leyes y reglamentos, que un sector doctrinal propone «una ponderación judicial de intereses similar a la que en otros casos hace el legislador, teniendo en cuenta un cálculo de beneficios y costes (riesgos), o sea, la importancia e interés social de la actividad peligrosa, la del riesgo para el bien jurídico en cuestión y el esfuerzo o coste que supondría la exclusión del riesgo. Otros muchos autores y la jurisprudencia prefieren emplear el criterio del riesgo que evitaría un hombre sensato, razonable y cuidadoso. Pero lo que ocurre es que, para concretar este criterio, el juez, puesto en la situación de ese ciudadano ideal, tendrá que acudir a una ponderación de intereses, más o menos detallada, pero en la orientación indicada» (2016, p. 356). De ahí que siga teniendo plena actualidad la constatación de MÜNZBERG de que «[e]n ningún ámbito es tan nimia la seguridad jurídica como en este, y también la uniformidad de la jurisprudencia se alcanza solo con gran dificultad y se encuentra permanentemente amenazada por posibles desarrollos ulteriores» (1966, p. 324).

reducido de tópicos para las diferentes constelaciones de casos imaginables, más allá de las imprecisas formulaciones antes propuestas. Aquí se trata, más bien, de intentar dar respuesta a una serie de cuestiones problemáticas que atañen a la *estructura* del juicio de desaprobación jurídica y de la ponderación de intereses que está en su seno; cuestiones que, por su propia naturaleza, se plantean en el máximo nivel posible de abstracción.

Comenzaré, en este sentido, por ofrecer una visión general de las diferentes situaciones de conflicto de intereses a las que puede responder la necesidad de formular este juicio, planteando la existencia de un *continuum* entre los grupos de casos normalmente englobados bajo el tópico del «riesgo permitido» y las situaciones clásicas de justificación (punto a). Acto seguido, trataré algunos problemas relacionados con las dos estimaciones de probabilidad paralelas —relativas, por un lado, a la lesión de intereses ajenos y, por otro, a la salvaguarda de otros intereses— que, como se ha visto, sirven de base a la ponderación (punto b). En el punto siguiente (c), analizaré los criterios conforme a los que ha de valorarse en cada caso el «peso» del único interés invariablemente presente en esta clase de conflictos: el del propio autor en llevar a cabo la conducta. El epígrafe concluirá con un pequeño excurso sobre las implicaciones sistemáticas del planteamiento expuesto para la teoría jurídica del delito, en particular, en lo que respecta a la relación entre los niveles dogmáticos del tipo y la antijuridicidad (punto d).

a. Los posibles intereses en conflicto: del «riesgo permitido» a la justificación. Especial referencia a los supuestos de consentimiento y de «sustitución» de un riesgo por otro para el mismo interés

El juicio de desaprobación jurídica se formula en relación con la conducta de un autor que resulta arriesgada para determinados intereses ajenos. Responde siempre, en este sentido, a un conflicto de intereses que se plantea, *como mínimo*, entre los intereses amenazados por el riesgo que se crea o deja de contener y el interés del autor en llevar a cabo su conducta. En este escenario, la ponderación a través de la que se determina el carácter desaprobado o no del comportamiento pasa simplemente por comparar la magnitud del peligro para los intereses ajenos —medida en función del valor de tales intereses y la probabilidad de que resulten lesionados— con el valor de la libertad de actuación de quien crea o deja de contener el riesgo. Un ejemplo relativamente puro de esta forma de conflicto podría ser el que surge entre el interés de un autor en poseer

animales de compañía peligrosos y el interés en la protección de la vida y la integridad física de otras personas; intereses cuya ponderación conduce, en algunos casos, a considerar perturbadora ya la simple posesión de tales animales y, en otros, a la desaprobación de ciertas omisiones de contención de los riesgos a los que pueden dar lugar.

Pero esta es únicamente la forma de conflicto de intereses más sencilla que puede imaginarse. En el extremo contrario encontramos las que plantean los supuestos tradicionales de justificación, en los que la creación o no contención de una probabilidad de salvación de un interés pasa necesariamente por la creación o no contención de un riesgo para otros intereses, ya correspondan a los mismos o a diferentes titulares. En estos supuestos, el interés en la preservación de los bienes amenazados por el comportamiento del autor entra en colisión no solo con el interés de este último en su propia conducta, sino también con el interés en la protección de los bienes —posiblemente prevalentes— a cuya salvación se orienta el comportamiento. Como ya se anticipó, el propio legislador proporciona pautas más o menos generales para orientar la correspondiente ponderación de intereses en esta clase de situaciones; pautas que, en el fondo, no hacen más que concretar para los diferentes grupos de casos posibles la directriz genérica que, conforme a lo ya explicado, orienta siempre el juicio de desaprobación jurídica: presupuesto un riesgo sobre el que el autor tiene competencia, la conducta perturbadora es la creación u omisión de contención de dicho riesgo que, **teniendo en cuenta todos los intereses en juego, amenaza con causar un mal mayor que el que se dirige a evitar**¹⁹⁴. Así, junto a la regulación más general del estado de necesidad (art. 20.5.º CP) —que hace poco más

¹⁹⁴ Así, MÜNZBERG, 1966, pp. 327-331; SANCINETTI, 1991, pp. 517-520; KOCH, BA, «Art. 7:101. Defences Based on Justifications», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), p. 122; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, p. 117; y, paradigmáticamente, MOLINA FERNÁNDEZ, 2000, pp. 71-73; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Sistema de causas de justificación», nms. 1580, 1597; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Estado de necesidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 1760; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», pp. 857, 861, 889. Resulta, en este sentido, especialmente clara, la afirmación del autor de que «[l]as distintas disposiciones del ordenamiento, desde las más generales declaraciones de derechos de la Constitución hasta la última disposición municipal reflejan compromisos, más o menos acertados, entre intereses en conflicto» (2000, p. 73). Vid., en sentido similar, ROXIN, 2006, p. 724; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 842. Esta postura la anticipó ya, de forma enormemente moderna para su tiempo, TORP, 1903, pp. 100-105, afirmando que «[l]a teoría de los derechos de necesidad es solo un fragmento de la teoría general de la acción antijurídica, una aplicación del principio general de utilidad del ordenamiento jurídico que exige, en interés de la sociedad, que el bien jurídico inferior, menos valioso deba sacrificarse cuando ello es necesario para la conservación del bien jurídico superior, más valioso; pues toda pérdida, aun cuando también afecta en primera línea al individuo hace retroceder —directa o indirectamente— el bienestar público» (ibíd., p. 101).

que reproducir este principio básico (requisito Primero)¹⁹⁵—, se encuentran la más específica de la legítima defensa (art. 20.4.º CP)¹⁹⁶ y y las regulaciones sectoriales aún más concretas a las que remite el art. 20.7.º CP al declarar exento de responsabilidad criminal a quien obra «en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», de manera que, en la línea defendida por un importante sector de la doctrina, estas últimas disposiciones operan en principio como *lex specialis*, desplazando a las más genéricas en su aplicación a los grupos de casos que específicamente regulan¹⁹⁷; fenómeno al que algún autor se ha referido como «efecto oclusivo» de la causa de justificación más concreta¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Poco más, pero algo más, en la medida en que indica expresamente que la provocación intencional del conflicto por «el sujeto» (requisito Segundo) y la existencia de un deber del necesitado de sacrificarse, en virtud de su oficio o cargo (requisito Tercero), habrán de inclinar la ponderación hacia lado de la desaprobación jurídica de la conducta. Es dudoso, en cualquier caso, si la primera de las expresiones («el sujeto») se refiere al autor o al necesitado; sobre esta cuestión, vid., por todos, PUENTE SEGURA, 1997, pp. 222-224; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 418; y MIR PUIG, 2016, pp. 485-486.

¹⁹⁶ Vid., en este sentido, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, p. 117; SÁNCHEZ DAFUACE, M, *Sobre el estado de necesidad existencial* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), pp. 39-40; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», pp. 811, 824, 862-863, 839.

¹⁹⁷ Así, JAKOBS, 1991, p. 358; RENZIOWSKI, 1994, pp. 253-256, 321; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 396; , pp. 195-196; , pp. 216-218; , pp. 887-888; LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 380-381, 548-549; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C, *El efecto oclusivo entre causas de justificación* (Granada: Comares, 2009), pp. 87-148; COCA VILA, 2016, pp. 306-319, 531; MIR PUIG, 2016, pp. 462-464; WILENMANN, 2017, pp. 603-604; y CASTELLVÍ MONSERRAT, 2020, pp. 262-263. En sentido más matizado, señalan ROXIN y GRECO que, si bien el estado de necesidad justificante no es una ley general (en sentido lógico) respecto de todas las demás causas de justificación, «sí que constituye una *lex generalis* para todas las causas de justificación en las que se trata de evitar o contrarrestar un peligro actual». De este modo, los derechos de intervención derivados de las causas de justificación especiales no desplazan al estado de necesidad justificante, «sino que solo rellenan su marco valorativo concretándolo»; indican, en otras palabras, en qué sentido ha de resolverse la ponderación de intereses que siempre entraña el estado de necesidad (ROXIN, 2006, pp. 620-621, 745-750; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 734-735, 861-865). Cfr., no obstante, COCA VILA, 2016, pp. 242-243, 509-511; COCA VILA, I, «Coche autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 122 (2017), pp. 250-251, que llega a afirmar, en sentido radicalmente contrario a lo aquí defendido, que «[l]a causa de justificación penal del estado de necesidad no es [...] la plasmación de un principio general de resolución de conflictos en el Derecho, sino una institución absolutamente irregular en el marco de un Ordenamiento liberal que autoriza a un ciudadano a desplazar el mal a quien no es responsable por él de forma excepcional y bajo muy estrictas condiciones» (2017, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», pp. 250-251). En esta última línea, paradigmáticamente, PAWLIK, 2002, *passim*, esp. pp. 1-5, 9-17; 2012, pp. 46, 248-254; y WILENMANN, 2017, pp. 77, 82, 557-581.

¹⁹⁸ WARDA, G, «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen», en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, ed. Schroeder, F-C y Zipf, H (Karlsruhe: C.F. Müller, 1972), *passim*, p. ej., pp. 153-167, 170-171; CUERDA RIEZU, A, «Sobre el concurso entre causas de justificación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 43 (1990), pp. 520, 537, 553-555; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, *passim*; WILENMANN, 2017, p. 604; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Sistema de causas de justificación», nms. 1595-1608; 2020, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», pp. 887-888; COCA VILA, 2016, p. 306.

Pero entre uno y otro escenario, cabe imaginar infinidad de supuestos intermedios, que permiten, a mi juicio, defender la **existencia de un *continuum*** entre la situación más sencilla de conflicto de intereses a la que puede responder el juicio de desaprobación jurídica —bienes jurídicos amenazados *versus* interés del autor en la conducta que los pone en peligro— y los casos clásicos de justificación¹⁹⁹. De hecho, los supuestos que la doctrina trata más a menudo bajo el tópico del «riesgo permitido» y presenta, desde el punto de vista teórico, como ejemplos del primero de los grupos de casos las más de las veces no representan escenarios puros de colisión entre el simple interés del autor en llevar a cabo su propia conducta y los intereses ajenos a los que esta amenaza. Los casos paradigmáticos de «riesgo permitido» tienen, en efecto, poco que ver con el ejemplo antes planteado de quien posee animales peligrosos para su propio deleite. Representan, por el contrario, situaciones en las que la conducta del autor se tolera en aras de la preservación, no solo de su libertad de llevarla a cabo, sino también de *otros intereses* dignos de protección, cuyo «peso» conjunto justifica el *sacrificio* de los bienes amenazados. Si la creación de ciertos riesgos para los bienes jurídicos a través, por ejemplo, de la producción industrial en masa no es objeto de desaprobación jurídica, ello no obedece sencillamente a la tutela del interés de los empresarios en llevarla a cabo y eventualmente lucrarse con ella, sino también a la protección del interés de los consumidores en la disponibilidad de los productos resultantes. La permisión de determinados riesgos vinculados a la conducción de automóviles obedece a un razonamiento similar. Y es que, bien mirada, la vida en las sociedades contemporáneas no se distingue demasiado de un gigantesco y permanente «estado de necesidad»²⁰⁰.

¹⁹⁹ Así, paradigmáticamente, PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 66-73, 86, 415-481, 513-514, 517; y, para el Derecho civil, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 139-140. En este sentido, es, de nuevo, particularmente claro MOLINA FERNÁNDEZ, cuando señala que «[c]ualquier sistema normativo complejo de valoración de acciones, como puede ser un orden jurídico, debe contener disposiciones que determinen los estados de cosas valorados o desvalorados que quieren respectivamente promoverse o evitarse [...] y disposiciones que fijen los criterios para trasladar el valor o desvalor de los estados de cosas a las acciones u omisiones genéticamente conectadas con ellos [...]. Y entre las primeras son necesarias tanto disposiciones que fijen qué se protege, como otras que establezcan la jerarquía respectiva de los intereses protegidos, lo que permitirá precisar qué prevalece en caso de conflicto. Las causas de justificación no son otra cosa que reglas en las que está presente de manera especialmente clara esta función última, pero todo el ordenamiento jurídico puede interpretarse a su vez como un sistema ordenado y complejo de resolución de conflictos entre intereses contrapuestos» (2000, p. 72). Aunque desde una perspectiva teórica bien distinta, rechazan también la relevancia sistemática de la distinción entre atipicidad y justificación, decantándose por un concepto necesariamente «contextual» o «situacional» de injusto, autores como PAWLK, 2012, pp. 194-215, 336; o COCA VILA, 2016, pp. 171-172, 190-196, 521. Vid., en sentido similar, RENZIKOWSKI, 1994, pp. 156-158.

²⁰⁰ Sobre la proximidad entre ambos juicios llamaba ya la atención MÜLLER, 1912, n. 1 (p. 41). En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, si bien encuentra ventajas sistemáticas en la separación de uno y otro nivel (2014,

p. 504), reconoce abiertamente la posibilidad de «atribuir a las causas de justificación un papel en el seno de la dogmática de la imputación objetiva» (ibíd., 496), construyendo así «una macroteoría del comportamiento típico y de la imputación del resultado. Por expresarlo claramente: una teoría del “comportamiento conforme al tipo total de injusto” y de la “imputación objetiva del resultado total de injusto”» (ibíd., pp. 496-497). Vid., en sentido muy similar, FRISCH, P, 1973, pp. 83-85, 114-116, que rechaza la posibilidad de discernir entre tipicidad y justificación en la estructura del delito imprudente; JAKOBS, 1972, p. 88; SAMSON, 1977, pp. 132-133; WOLTER, 1981, pp. 38, 62-63, 332-360, para quien las causas de justificación pueden considerarse supuestos particulares de riesgo permitido; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, pp. 82-85; PAWLIK, 2012, pp. 336-341; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Definición de delito», nms. 1107, 1117. La doctrina ampliamente mayoritaria sostiene, sin embargo, la existencia de una importante *discontinuidad* entre ambos grupos de casos que habría de conducir, a su juicio, al tratamiento diferenciado de uno y otro; vid., por ejemplo, BURGSTALLER, 1974, pp. 26-27, 150-151, 207; CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 321; JAKOBS, 1991, pp. 155-159; 1996, p. 124; 2012, p. 46; KINDHÄUSER, 1994, pp. 217-218; REYES ALVARADO, 1994, pp. 104-105, 166; FRISCH, W, 1995, p. 87; CANCIO MELIÁ, 2001, p. 319; 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 74-75; HIRSCH, 2002, p. 20; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 267-268; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 90-91; RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 311-315, 441; ROXIN, 2006, pp. 289-291, 630 (que sin embargo sostiene lo contrario, en relación con los delitos omisivos, en ROXIN, 2014, pp. 822, 833); KINDHÄUSER, 2007, pp. 70-73; GRECO, L, «Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen I*, ed. Cancio Meliá, M et al. (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 491-491; PASTOR MUÑOZ, 2019, pp. 44-45; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 389-391, 743.

La diferencia normativamente relevante entre ellos residiría, a juicio de estos autores, en que, mientras que los supuestos de «riesgo permitido» (en sentido amplio) plantean, por así decirlo, un conflicto «abstracto» de intereses —los bienes objeto de ponderación no se encuentran identificados como pertenecientes a determinados individuos—, el que plantean las situaciones clásicas de justificación es un conflicto de intereses «concreto». De acuerdo con esta tesis, no sería lo mismo, por ejemplo, afirmar que el riesgo para la vida *de cualquiera* se tolera (hasta cierto punto) para proteger el interés general en disfrutar de las ventajas del tráfico rodado que afirmar que está permitida, en aras de la salvaguarda de intereses superiores, la lesión de los bienes de una *persona determinada*. MARTÍN LORENZO lo expresa con meridiana claridad: de acuerdo con esta postura, «[h]ay un salto cualitativo (de perspectiva) que impide establecer un paralelo entre los principios que legitiman la criminalización, como teoría del bien jurídico y de la tipicidad, con los principios que inspiran la justificación, como ámbito en que se resuelven los conflictos entre posiciones jurídicas previamente definidas. En las teorías sobre la criminalización debe primar una postura utilitarista, de protección de bienes jurídicos *per se*, ya que se atiende a conductas que pueden entenderse como *actio simplex*: son aptas para lesionar bienes jurídicos. En la determinación de las conductas conformes a Derecho, que se ocupa de las *actio duplex* —destructoras y salvíficas al mismo tiempo—, pasan a un primer plano los titulares de los intereses declarados merecedores de protección penal, es decir, que permiten imponer una pena frente a las *actio simplex* que los amenazan» (2009, pp. 266-267).

En la misma línea, afirma JAKOBS que «los riesgos permitidos sólo se toleran cuando la víctima potencial está a lo sumo concretada vagamente; con otras palabras, nadie debe tener motivo para quejarse de que le ha correspondido una parte desproporcionadamente alta en las desventajas (y correlativamente en las ventajas) de la libertad general de acción. Así, p.ej., el número de muertes y lesiones en el tráfico rodado en un determinado día festivo se puede pronosticar *ex ante* prácticamente con exactitud aun con material estadístico de profano; no obstante, si se pudiese identificar personalmente con la misma exactitud a las víctimas potenciales, y no fueran *ex ante* anónimas, no cabría hablar siquiera de estado de necesidad justificante, cuando menos aún de muerte o lesiones en situación de riesgo permitido» (1991, p. 201; vid. también REYES ALVARADO, 1994, pp. 92-93). Curiosamente, a este planteamiento se aproxima también FRISCH, P, 1973, pp. 111-112, en su defensa de que las ponderaciones de intereses inherentes al riesgo permitido no operan (o, al menos, experimentan restricciones) cuando el peligro de que se trata afecta desproporcionadamente a un determinado colectivo de individuos, por ejemplo, los concretos trabajadores de una fábrica. La permisión de las actividades arriesgadas de la fábrica (también) en relación con estos exigiría aquí, al menos, su consentimiento en el riesgo.

Este argumento plantea, sin embargo, a mi juicio, una falsa oposición entre ambas clases de situaciones. Tanto en los supuestos de «riesgo permitido» como en los tradicionales de justificación, las víctimas potenciales son por hipótesis *anónimas* en el momento «legislativo» en el que se toman —necesariamente

Conforme a este planteamiento, resulta injustificado someter a uno y otro grupo de casos a principios de resolución diferentes o ubicarlos, como hace la doctrina mayoritaria, en distintos niveles de las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal

desde una perspectiva abstracta o, por emplear la famosa expresión de RAWLS, bajo un «velo de ignorancia» (RAWLS, J., *A Theory of Justice (Revised Edition)* (Cambridge (MA): Harvard University Press, 1999), pp. 118-123)— las decisiones sobre lo que, *para cualquiera en la posición del autor* ha de considerarse jurídicamente desaprobado. A la inversa, tanto en una como en otra situación las víctimas (ya no potenciales) se encuentran totalmente *identificadas* en el momento «judicial» en el que tales decisiones se aplican a cada caso concreto. Solo el *primero* de estos momentos resulta, según creo, relevante para determinar si la víctima tiene un «motivo» para oponerse al sacrificio de sus intereses, pues nadie puede legítimamente «quejarse» del reparto de los costes y beneficios de la libertad general de actuación al que habría consentido bajo el «velo de ignorancia» con el simple argumento de que, cuando «se lo quita», descubre que es él en quien recaen las desventajas. Y parece evidente que cualquier individuo *racional* que escogiera bajo un «velo de ignorancia» optaría precisamente por un criterio de reparto que, en caso de conflicto, condujera a elegir siempre el menor de los males posibles. Esta línea de argumentación resulta, a mi juicio, insoslayable, y la mejor muestra de ello es, quizás, que hasta un defensor de una aproximación a la teoría de la justificación tan distinta a la que aquí se defiende como COCA VILA, 2016, pp. 469-471, 512, 535; 2017, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», pp. 21-33, tenga que terminar por adoptarla, cuando se trata de justificar el deber de tolerancia del sacrificado como consecuencia de un conflicto entre razones de obligación equivalentes.

Una vía distinta de diferenciación entre atipicidad por ausencia de imputación objetiva y justificación plantea JÄGER, 2006, pp. 18-36, que sostiene que la línea divisoria vendría marcada por un supuesto «principio de responsabilidad» (*Verantwortungsprinzip*) que operaría, excluyendo la tipicidad, sin que entrase en juego siquiera el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), determinante en materia de justificación. De acuerdo con este autor, los supuestos de atipicidad se caracterizarían, así, frente a los de justificación —cuyo paradigma sería el estado de necesidad justificante— por la «responsabilidad» por el resultado lesivo de agentes distintos del autor, ya se trate de terceros, la propia víctima o el azar. Esto conduce a JÄGER a la (sorprendente) conclusión de que, junto a los supuestos paradigmáticos en los que la doctrina mayoritaria excluye la imputación objetiva (p. ej., los casos de disminución del riesgo), habría que situar la colisión de deberes (ibíd., p. 30) y la propia legítima defensa (ibíd., pp. 31-33; en la línea propuesta casi simultáneamente por PALERMO, 2006, pp. 249-250, 272-273, 314-325, 333-341, 378-379). El autor establece una conexión directa entre su planteamiento y la posibilidad de fundamentar posiciones de garante por injerencia, que la doctrina mayoritaria niega en los supuestos de riesgo permitido y legítima defensa, pero afirma en relación con el estado de necesidad (ibíd., pp. 37-40; cfr., sin embargo, BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 27, 141, 190, que la rechaza incluso en este último caso). Tampoco esta teoría resulta, a mi juicio, convincente. Incluso concediendo que permitiera ofrecer una explicación al fundamento de la injerencia como fuente de posiciones de garante, no parece en absoluto plausible la afirmación de que los casos de legítima defensa se asemejan más a los de exclusión de la imputación objetiva de resultados casuales que a los de estado de necesidad defensivo; y menos aún la de que la colisión de deberes y el estado de necesidad justificante se rigen por lógicas completamente distintas (vid., en esta línea, WILENMANN, 2017, pp. 155-158). Pero es que ni siquiera el argumento de la injerencia se sostiene. Para empezar, como argumenté en el epígrafe 2 de este mismo apartado, no creo que pueda descartarse tan rápido la posibilidad de vincular posiciones de garante a la materialización de riesgos permitidos; y tampoco me parece claro —añado aquí— que estas puedan sin más rechazarse para quien lesiona en legítima defensa a otro y lo deja, por ejemplo, en peligro de muerte. Si el otrora agresor *ya no supone un peligro* para quien se ha defendido (pues, en caso contrario la omisión de este *seguiría* cubierta por la legítima defensa), ¿realmente resulta tan contraintuitivo imputar a este objetivamente su homicidio, si lo abandona sin molestarse siquiera en llamar a una ambulancia? ¿Sería necesariamente este resultado, como sostiene SCHÜNEMANN, «producto de una autosugestión (jurídico-conceptual) del sentimiento jurídico» (2009, p. 362)? Me tranquiliza que no parezca serlo para un autor tan destacado como RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 270-271. Ya anticipé, en cualquier caso, que no profundizaría aquí en esta compleja cuestión, que desbordaría con mucho el objeto de este trabajo. Sea como fuere, con independencia de la valoración que merezcan los dos argumentos anteriores, ¿acaso tiene sentido afirmar, con JÄGER, que una posición de garante por injerencia puede nacer en casos de estado de necesidad justificante, pero no en casos de colisión de deberes (ibíd., p. 38)?

y la responsabilidad civil: el primero en sede de tipicidad (penal) o culpa (civil), y el segundo en una categoría autónoma de «antijuridicidad». Cuando, tras una ponderación de todos los intereses en juego, se llega a la conclusión de que la conducta del autor conlleva menos costes —en términos de sacrificio de los bienes jurídicos ajenos amenazados— que beneficios —en términos de protección de otros intereses, incluido el propio del autor en llevar a cabo la conducta—, esta ha de calificarse sencillamente como permitida y, por consiguiente, *no perturbadora*, quedando descartada de raíz toda posible responsabilidad penal o civil (por culpa) del autor. De acuerdo con ello, una conducta «justificada», en el sentido en que la doctrina emplea esta expresión, no puede (por definición) ser a la vez civilmente imprudente, ni tampoco penalmente típica²⁰¹.

Dos grupos de supuestos ponen especialmente de manifiesto la continuidad entre los casos de «riesgo permitido» (en sentido amplio) y los de justificación, como revela el hecho de que la doctrina penalista haya discutido desde siempre la ubicación de los problemas que plantean en sede de tipo o de justificación. El primero de ellos se refiere a los casos de **consentimiento** (válido²⁰²) **del afectado en la puesta en peligro de sus propios bienes** por parte del autor; supuestos que, en función del nivel de riesgo al que tales intereses se sometan, podrán calificarse como de «consentimiento en el riesgo» o de

²⁰¹ Resulta reveladora, en este sentido, a mi juicio, la existencia de posiciones doctrinales de acuerdo con las que —a la inversa de lo aquí defendido, pero con las mismas consecuencias— el respeto de las exigencias del «deber objetivo de cuidado» en el caso concreto opera como una causa de justificación; sobre ellas, vid. DUTTGE, 2001, pp. 73-75. En esta misma línea, autores como LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 206, 219, 324, 354 (y ya antes en LUZÓN PEÑA, D-M, «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», en *Problemas jurídico penales del SIDA*, ed. Mir Puig, S (Barcelona: Bosch, 1993), p. 18), conciben el riesgo permitido como una causa de atipicidad o de justificación (según los casos), y no, como la doctrina mayoritaria, su superación como presupuesto de la tipicidad de la conducta. Vid., en la misma línea, SCHMIDHÄUSER, 1975, pp. 139-140, 153, 157; y JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 430-433 (aunque para estos últimos no se trataría tanto de una causa de justificación como de un «principio estructural común de distintas causas de justificación especialmente reguladas», fundamentalmente en el ámbito de los delitos contra el honor).

²⁰² Sobre los requisitos de validez del consentimiento a estos efectos, vid., por todos, JAKOBS, 1991, pp. 246-250, 438; BUSTO LAGO, 1998, pp. 297-330; ROXIN, 2006, pp. 569-590; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 362-372; MIR PUIG, 2016, pp. 531-533; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 680-704. Tiene razón, a mi juicio, la doctrina penalista ampliamente mayoritaria en que estos presupuestos —sobre todo en lo que se refiere al tratamiento de los errores invalidantes— no coinciden con los jurídico-negociales; así, p. ej. JAKOBS, 1991, pp. 246, 438; ROXIN, 2006, pp. 569, 577-578, 580-581; GUÉREZ TRICARICO, 2012, pp. 226-227; GUÉREZ TRICARICO, P, «Consentimiento», en *Memento Práctico Penal 2021* (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 1190; LUZÓN PEÑA, 2016, n. 15 (p. 363); MIR PUIG, 2016, pp. 532; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 680, 687, 696. Es más, a mi juicio, tal conclusión ha de hacerse extensiva al Derecho de daños; vid., en este sentido, PANTALEÓN DÍAZ, M, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil», *Diario La Ley*, vol. 9277 (2018), pp. 2-3; «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen I*, ed. Cancio Meliá, M et al. (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 684-687.

«consentimiento en la lesión»²⁰³. En esta clase de escenarios, se plantea un conflicto (al menos) entre el interés en la protección de los bienes jurídicos amenazados por el comportamiento del autor, y los intereses del autor y *del propio afectado* en que el primero lleve a cabo la conducta²⁰⁴. La ponderación entre estos intereses arrojará un resultado u otro en función del tipo de bienes de que se trate, de la clase del riesgo a que se los someta y de la mayor o menor probabilidad de que resulten lesionados²⁰⁵; resultado que, en su

²⁰³ A pesar de lo asentado de esta distinción doctrinal, en la medida en que el afectado solo puede, por hipótesis, prestar su consentimiento a la *conducta* del autor —todavía no materializada en un resultado lesivo— ambos grupos de casos son, en puridad, de consentimiento *en el riesgo* para los intereses del afectado que el autor crea o deja de contener. Lo que ocurre es que, en ocasiones, el riesgo para los propios intereses es tan elevado que resulta natural afirmar que el afectado consiente en su lesión. Existe, en este sentido, una mera diferencia de grado entre el caso de quien consiente que una persona manifiestamente ebria lo conduzca a casa en coche (consentimiento en el riesgo) y el de quien consiente que otro le dispare a quemarropa con un arma de fuego en una zona mortal (consentimiento en la lesión). De hecho, como en todo continuo, no resulta difícil imaginar supuestos de calificación dudosa: seguramente sea un caso de (simple) consentimiento en el riesgo el de quien consiente en jugar con otro a una variante de la ruleta rusa en la que cada participante tiene que disparar al otro, y ser el primero en recibir un disparo; pero ¿y si en el mismo caso se consintiera a participar en una «ruleta rusa inversa» en la que solo faltara una de las balas de la recámara del arma? A esta clase de dificultades de delimitación hace referencia, p. ej., BUSTO LAGO, 1998, pp. p. 331. Por eso no puede convencer, a mi juicio, la propuesta de autores como CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 49-53, 170, de establecer una distinción tajante (en el plano objetivo) entre ambos grupos de supuestos que impida trasladar a uno de los ámbitos, siquiera parcialmente, las conclusiones normativas obtenidas respecto del otro. Próximos a la postura defendida en el texto se muestran, por el contrario, MÜNZBERG, 1966, pp. 181-184; y DERKSEN, 1992, pp. 240-246, 252, que considera el consentimiento un caso particular de «actuación a propio riesgo» por parte de la víctima.

²⁰⁴ Así lo entienden, entre otros, MÜNZBERG, 1966, pp. 310-319; KOCH, 2005, p. 122; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, pp. 90-91; GUÉREZ TRICARICO, 2012, p. 275; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Sistema de causas de justificación», nm. 1580; y, aparentemente, ROBLES PLANAS, 2004, p. 87. De esta tesis se apartan, sin embargo, en el ámbito jurídico-penal, los defensores de la llamada «teoría de la ausencia de interés», de acuerdo con la que el consentimiento del afectado en la puesta en peligro de sus intereses personales haría decaer el interés jurídico-penal en la protección de los bienes jurídicos afectados; así, p. ej., FRISCH, P, 1973, *passim*, esp. pp. 117-118; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 514; FRISCH, W, 1983, p. 430; , pp. 67-68; ELLMER, 1986, pp. 187-188; SCHÜNEMANN, B, «The Role of the Victim Within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3 (1999), p. 38; JÄGER, 2006, p. 23; o KINDHÄUSER, 2007, pp. 83-84. Esta postura supone, sin embargo, a mi juicio, una errónea identificación entre los intereses de la *concreta* víctima que consiente y los bienes jurídicos (individuales) protegidos por el Derecho penal, que «pertenecen», por así decirlo, a las víctimas *potenciales* de lesiones como la que el autor amenaza producir con su conducta; sobre esta distinción, vid. n. 15 del capítulo 1 y el texto al que acompaña. Como allí se indicó, el Derecho penal protege un interés *público* en la prevención de delitos, del que ningún individuo concreto puede disponer. En atinadas palabras de DERKSEN, «lo que se protege con ayuda del Derecho penal no sirve únicamente a un concreto “portador de bienes” y no puede, por tanto, dejarse a su *arbitrio*» (1992, p. 94, énfasis en el original).

²⁰⁵ Aquí reside, precisamente, el núcleo de verdad de la tesis, defendida por un amplio sector de la doctrina, conforme a la que la desaprobación jurídica de la conducta procede con mayor frecuencia en casos de «consentimiento en la lesión» que en los de (simple) consentimiento en el riesgo; vid. por todos, BURGSTALLER, 1974, p. 164; JAKOBS, 1991, p. 440; CANCIO MELIÁ, M, «Viktimologischer Ansatz vs. Selbstverantwortungsgrundsatz (zugleich: Allgemeiner Teil vs. Besonderer Teil?)», en *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, ed. Hefendehl, R, Hörnle, T, y Greco, L (Berlín: Walter de Gruyter, 2014), pp. 320-321; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1400. Aunque entre uno y otro grupo de casos exista, como se ha defendido, una mera diferencia de grado (vid. n. 203 de este capítulo), puede, en definitiva, coincidirse con la famosa afirmación de MIR PUIG en el sentido de que «respetar la voluntad del

caso, permitirá calificar los bienes en cuestión como (hasta cierto punto) «disponibles» y resolver el juicio de desaprobación jurídica en un sentido favorable al autor. De esta forma se explica que, como regla, no se consideren perturbadoras las creaciones u omisiones de contención de riesgos para la integridad física derivadas, por ejemplo, de la práctica deportiva en las que el afectado voluntariamente participa o del tratamiento médico válidamente consentido, ya se llegue a este resultado por la vía del «riesgo permitido» (en sentido amplio)²⁰⁶, del «acuerdo» como causa de atipicidad²⁰⁷, o afirmando la concurrencia de una causa de justificación²⁰⁸.

Por el mismo motivo, tampoco constituyen una perturbación las conductas que someten los intereses patrimoniales ajenos a riesgos voluntariamente asumidos por sus titulares; principio que, a mi juicio, proporciona la mejor explicación posible de restricciones de la responsabilidad civil como las aplicables al mandatario a título gratuito frente al mandante (art. 1726 CC) o a los socios de sociedades colectivas (art. 144 CCom) y los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (arts. 225.1 y 226 LSC) frente a la sociedad. Puede entenderse, en efecto, que el fundamento de estas reglas no es otro que el consentimiento de los eventuales perjudicados en el riesgo

que consiente en el riesgo no es respetar la voluntad de ser matado —cosa que rechaza el Derecho vigente— sino la de vivir peligrosamente, y [...] no son raros los ejemplos que la vida actual ofrece de deportes u otras actividades socialmente aceptadas que implican someterse a peligros para la vida» (2016, p. 530).

²⁰⁶ Así, WELZEL, 1939, p. 518; GUARNERI, G, *Diritto penale e influenze civilistiche. Saggio su alcuni concetti della parte generale del Diritto penale* (Milán: Fratelli Bocca Editori, 1947), pp. 251-252; FRISCH, P, 1973, pp. 144-147; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 299-301, 302, 306; JAKOBS, 1991, pp. 244, 440; DERKSEN, 1992, pp. 104, 242; REYES ALVARADO, 1994, pp. 64-65, 96, 151, 184-187; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, *passim*, p. ej., p. 68; CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 176, 321-322; FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, pp. 284-287; CANCIO MELIÁ, M, «Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 7 (2004), pp. 542-544; CANCIO MELIÁ, M Y PEÑARANDA RAMOS, E, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), p. 32; PALERMO, 2006, pp. 271; SACHER, 2006, p. 23; y MIR PUIG, 2016, pp. 503-504, 536-537. En sentido similar, vid. PUPPE, 2015, pp. 206-207.

²⁰⁷ Vid., en este sentido, BUSTO LAGO, 1998, pp. 335, 339-343; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 1912; y ROCA TRÍAS, E, «La causalidad», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.ª ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), p. 216; una posibilidad que también admiten CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 315-316, 318; JAKOBS, 1991, pp. 244, 440; CANCIO MELIÁ, 2001, p. 176; MIR PUIG, 2016, pp. 503-504, 536-537; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 144, 464.

²⁰⁸ Así, BURGSTALLER, 1974, pp. 160-161; y PUENTE SEGURA, 1997, pp. 42, 288-289, 292. De justificación por «ejercicio del derecho por riesgo permitido» habla, asimismo, LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 423-424, 443, lo que no debería extrañar si se tiene en cuenta que, como acaba de indicarse, el autor concibe el propio riesgo permitido como una causa de justificación (vid. n. 201 de este capítulo).

(incrementado) al que los correspondientes dañantes pueden someter sus intereses patrimoniales sin que su conducta sea objeto de desaprobación jurídica²⁰⁹: de la persona a la que se encarga la gestión de un negocio por cuenta ajena sin contraprestación alguna no puede esperarse el mismo cuidado que de quien hace lo propio a cambio de una retribución. En el mismo sentido, las sociedades mercantiles no buscan que quienes administran su patrimonio lo gestionen de forma conservadora, como lo haría un «buen padre de familia», sino que lo sometan a los riesgos superiores que un «ordenado empresario» (art. 225.1 LSC) correría en sus inversiones, incurriendo, con ello, en lo que partiendo del primero de estos estándares constituiría ya una conducta imprudente²¹⁰. La conocida como «*business judgment rule*», recogida en el art. 226 LSC, no hace más que describir, a estos efectos, el procedimiento por el que se espera que un «ordenado empresario» adopte sus decisiones de negocio²¹¹. Por lo demás, el que el consentimiento de los titulares de los intereses patrimoniales afectados excluya, en todos estos casos, la existencia de una *perturbación* a falta de una puesta en peligro especialmente grave tiene, de acuerdo con el planteamiento aquí defendido, una importante consecuencia práctica: el sometimiento a estas mismas limitaciones²¹² de la responsabilidad *penal* del

²⁰⁹ Sobre la relevancia del consentimiento del titular del patrimonio administrado a los efectos del delito de administración desleal (art. 252 CP) y los requisitos para su adopción, en particular, en el ámbito societario, fundamental COCA VILA, I, «El consentimiento en el Derecho penal económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», *Revista General de Derecho Penal*, vol. 28 (2017), pp. 8-22.

²¹⁰ De ahí, precisamente, la exigencia de «negligencia grave» proclamada en el art. 144 CCom.

²¹¹ En palabras de COCA VILA, el art. 226 LSC «vendría a concretar procedimentalmente el estándar de diligencia exigible ante decisiones empresariales» (2019, p. 7). Vid. también HEFT, C, «Public Policy and Directors' Liability Insurance», *Columbia Law Review*, vol. 67 (1967), pp. 725-727. En la misma línea, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II*, pp. 909-910, señala que la combinación de esta regla con el estándar del «buen padre de familia» que rige, también para los administradores societarios, en el Derecho chileno, conduce a las mismas consecuencias que el establecimiento de un estándar de diligencia menos exigente.

²¹² Idéntico fundamento tienen, en mi opinión, las restricciones de la responsabilidad civil a los casos de negligencia *quam in suis* o culpa grave que el Derecho alemán reconoce para el depositario a título gratuito frente al depositante (§ 690 BGB), para los socios de sociedades personalistas frente a la sociedad (§ 708 BGB) y para los cónyuges entre sí (art. 1359 BGB); sobre ello, vid., en detalle, GRUNDMANN, S, «§ 277 Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, ed. Krüger, W, 7.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019), *passim*. Acierta, por tanto, a mi juicio, JAKOBS, 1996, *La imputación Objet. en Derecho Penal*, pp. 127-128, en su defensa de la necesidad de extender estas restricciones al ámbito penal, aunque no en los argumentos con los que sustenta esta tesis; argumentos cuya corrección presupondría la identidad funcional entre responsabilidad civil y responsabilidad penal que aquí se ha rechazado desde el principio. A esta crítica se expone, en efecto, a mi juicio, la afirmación del autor de que «[e]l Derecho penal ha de asumir esta manera individualizada de determinar el cuidado debido, por dos razones: en primer lugar, la regulación civil no hace otra cosa que reflejar que, por lo general, socialmente se tiene en cuenta la configuración individual de usos en los distintos ámbitos, es decir reproduce acertadamente lo que es socialmente adecuado [...] y, en segundo lugar, aunque se tratase de una mera exención de responsabilidad, sería una conclusión chocante querer intervenir a través del Derecho

mandatario, el administrador, etc. por delitos como el de administración desleal (art. 252 CP)²¹³.

La segunda de las constelaciones de casos que, a mi juicio, revelan especialmente lo cuestionable que resulta la distinción tradicional entre supuestos de simple desaprobación jurídica y de justificación abarca todos aquellos en los que **el autor «sustituye»**, por así decirlo, **un riesgo por otro que afecta al mismo interés**. Se trata de

penal en un ámbito en el que la víctima ni siquiera puede exigir la reparación civil del daño» (ibíd., pp. 127-128).

Otras limitaciones a la responsabilidad civil a los casos de negligencia *quam in suis* o de culpa especialmente grave no pueden, sin embargo, explicarse del mismo modo. El caso más claro es el de la restricción a la negligencia *quam in suis* de la responsabilidad civil de los padres frente a los hijos por la gestión imprudente de su patrimonio (art. 164 CC) —contemplada también en el art. 1664 BGB—, pues es evidente que aquí no puede hablarse de un consentimiento válido en el riesgo. Así, si unos padres someten el patrimonio de sus hijos a peligros que permiten calificar su conducta como jurídicamente desaprobada con arreglo a los criterios generales, el hecho de que aquellos habitualmente corran estos mismos riesgos en la gestión de su propio patrimonio no servirá de base para excluir la existencia de una perturbación a los efectos de su responsabilidad tanto penal como civil. La limitación de responsabilidad reconocida en el art. 164 CC opera, en este sentido, a mi juicio, *a pesar de la existencia de una conducta perturbadora*, y se basa en consideraciones de política jurídica a las que, en caso de conflicto, se reconoce primacía sobre la función resarcitoria de la responsabilidad civil, como el interés en que la lógica de esta última no interfiera con la de las instituciones del Derecho de familia, distorsionándolas (vid. apartado VI del capítulo 4). En la medida en que estas mismas consideraciones no tienen por qué primar también sobre la función preventiva de la responsabilidad *penal*, no existe, en principio, ninguna razón por la que deba restringirse en el mismo sentido la responsabilidad de los padres por delitos relacionados con la administración descuidada del patrimonio de sus hijos. Cfr., sin embargo, JAKOBS, 1996, *La imputación Objet. en Derecho Penal*, pp. 127-128, cuya argumentación —a mi juicio errada— lo conduce a defender una solución unitaria para todas las limitaciones de la responsabilidad civil mencionadas.

Mucho más dudoso resulta el fundamento de la limitación de la responsabilidad civil del trabajador frente al empresario en el marco de su actividad a los supuestos de culpa grave (sobre ello, vid., por todos, DEUTSCH, 1963, pp. 153, 156, 319-320; KOZIOL, 2012, p. 295; WAGNER, 2017, nm. 128; y GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nm. 87). Podría pensarse que, como en los supuestos analizados en el texto, su *ratio* reside en el consentimiento del empresario, a través del contrato de trabajo, en el sometimiento de su patrimonio a los riesgos inherentes a la actividad de los trabajadores en la empresa; consentimiento que excluiría, en estos casos, la existencia de una perturbación también a los efectos penales. Otra explicación posible pasaría, sin embargo, por entender que la restricción obedece a consideraciones de política jurídica —relacionadas con la nota de ajenidad que caracteriza las relaciones laborales— que conducen a limitar la responsabilidad civil de los trabajadores a pesar de la existencia de una conducta perturbadora; consideraciones que, de nuevo, no serían inmediatamente trasladables al ámbito penal. Tratar de dilucidar esta cuestión desbordaría, no obstante, el objeto de este trabajo.

²¹³ Discrepa de esta conclusión COCA VILA, 2019, pp. 13-15, que, a pesar de sostener un planteamiento ciertamente próximo al aquí defendido, concibe, no obstante, la posibilidad de una conducta típica de administración desleal que pudiera, a su vez, no dar lugar a la responsabilidad de su autor por el daño causado a la sociedad. El autor extrae esta consecuencia de una premisa que, sin embargo, me resisto a compartir: la de que «[m]ientras que el régimen mercantil de deberes fiduciarios y, en particular, la configuración del deber de diligencia, son el resultado de un juicio de ponderación amplio, en el que además del interés patrimonial del socio se tienen en cuenta otros intereses, en especial la necesidad de ofrecer incentivos para una administración societaria eficiente desde una perspectiva holística; el art. 252 CP responde a un objetivo mucho más modesto y particularista, a saber, proteger el patrimonio individual de quien lo pone a disposición de un tercero para su administración» (ibíd., p. 10). A nadie que haya leído el capítulo 1 de este trabajo le sorprenderá, sin embargo, que, a mi juicio, la divergencia entre las finalidades de uno y otro sector del ordenamiento se produce justamente en sentido contrario.

uno de los grupos de casos normalmente analizados por la doctrina bajo el tópico de los «cursos causales hipotéticos»²¹⁴; categoría que, como trataré de demostrar a lo largo de este trabajo, agrupa injustificadamente constelaciones de supuestos que plantean problemas diferentes²¹⁵ y que merecen, por tanto, soluciones también distintas, careciendo, en consecuencia, a mi juicio, de utilidad dogmática alguna²¹⁶.

Al grupo que aquí interesa pertenecen supuestos tan discutidos en la doctrina penalista como el «ejemplo del verdugo» propuesto por ENGISCH —persona que, estando vigente la pena de muerte, aparta por la fuerza al verdugo y hace operar ella misma el mecanismo de ejecución, actuando en calidad de particular—²¹⁷, o el clásico ejemplo de SAMSON del guardagujas que desvía un tren de una vía a otra, estando ambas visiblemente bloqueadas por el desprendimiento de una montaña, de manera que la locomotora corre en todo caso el riesgo de estrellarse en el mismo momento contra las rocas²¹⁸. Pero también son casos de esta índole los que ROXIN agrupa bajo el *topos* de la «disminución del riesgo» (*Risikoverringung*), como el de «[q]uien ve cómo una piedra vuela peligrosamente a la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa»²¹⁹; supuestos junto con los que

²¹⁴ Vid., p. ej., SAMSON, 2003, *passim*; y SUMMERER, 2013, *passim*.

²¹⁵ Relativos, unas veces, a la concurrencia o no de una perturbación y otras a la posibilidad de imputar a una perturbación existente un resultado típico (vid. inciso (iii) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3) o un daño (vid. epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 4). La opinión de que es el primero y no el segundo precisamente el problema que plantean los casos analizados en el texto parecen compartirla ROXIN, 2006, pp. 379-382; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 485-487, en la medida en que tratan todos ellos en el apartado del capítulo 11 de su *Parte General* dedicado a la creación de un riesgo no permitido, y no en el relativo a la realización del riesgo.

²¹⁶ En la misma línea, indica BOLEA BARDÓN que «[e]xpresiones como “conducta alternativa correcta”, “causalidad hipotética”, “juicios hipotéticos”, “cursos sustitutivos”, “causas de reserva” o “causas de reemplazo” se manejan en la doctrina de forma poco rigurosa» (BOLEA BARDÓN, C, *Conducta alternativa e imputación del resultado* (Barcelona: Atelier, 2020), p. 21).

²¹⁷ ENGISCH, 1931, pp. 15-16.

²¹⁸ SAMSON, 2003, p. 97.

²¹⁹ ROXIN, 2006, p. 376; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 481 (ejemplo anticipado ya en ROXIN, 1976, p. 131); vid. también RUDOLPHI, 1977, pp. 20, 21, 23; WOLTER, 1981, p. 32; FRISCH, W, 1995, pp. 36-37; 2004, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», p. 60; 2015, pp. 61-63, 84-85 JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 308; JÄGER, 2006, pp. 5, 16, 18-19; SACHER, 2006, p. 169. El ejemplo aparece ya en TRAEGER, 1904, pp. 56-57; y VON BAR, 1907, n 10 (p. 165), que tratan, de forma bastante artificiosa, de negar en estos casos la existencia de una relación de causalidad («adecuada») entre la conducta del autor y el resultado lesivo. Crítico con esta solución se muestra MÜLLER, 1912, pp. 11-13, que, anticipando —como en tantos otros puntos— planteamientos dogmáticos muy posteriores a su tiempo, señala, en la línea defendida en el texto, que lo que falta en este grupo de supuestos no es una relación de causalidad entre la conducta del autor y el resultado lesivo, sino la propia *antijuridicidad objetiva* (vid. n. 14 de este capítulo) de la primera (ibíd., pp. 59-61).

seguramente convendría tratar aquellos en los que el autor emplea un mecanismo idóneo para retrasar la producción del resultado lesivo cuya amenaza se cierne ya manifiestamente sobre el bien en cuestión, así como los grupos de casos (inversos) de «aumento del riesgo» para un mismo interés o adelantamiento de la producción del resultado. La nota común que caracteriza a todos los supuestos mencionados consiste en que, en ellos, la conducta del autor crea un riesgo para un interés, conteniendo al mismo tiempo otro riesgo —igual, mayor o menor— que ya se cierne sobre él²²⁰. Se plantea, así pues, un escenario de ponderación en el que, por expresarlo gráficamente, el interés en la protección del bien jurídico afectado «pesa en ambos platillos de la balanza», unido, solo en uno de ellos, al interés del autor en llevar a cabo su propia conducta.

El resultado al que ha de conducir este juicio parece bastante claro en todos los supuestos en que el riesgo creado y el riesgo contenido por el autor son *diferentes* en lo normativamente relevante: cuando el autor sustituye un riesgo más grave para el bien jurídico por otro menos grave o retrasa de forma normativamente relevante la producción del resultado lesivo no habrá de considerarse su conducta jurídicamente desaprobada. Viceversa, será perturbadora la conducta por medio de la que el autor sustituye un riesgo menos grave por otro más grave para el interés amenazado o adelanta de forma normativamente relevante la producción del resultado lesivo. Y es que, en las acertadísimas palabras de NINO,

«[s]i no hay controversia acerca de qué es lo que constituyen males y acerca de la relativa importancia de los distintos males implicados, sería *simplemente irracional* tratar de proteger algo contra cierto mal usando una medida que implicara un daño mayor *a la misma cosa*, o que fuera inefectiva o innecesaria»²²¹.

²²⁰ Es importante destacar que una de las condiciones necesarias para la pertenencia de un supuesto particular a la constelación aquí analizada consiste en que, en él, la existencia tanto del riesgo para el interés amenazado creado por la conducta del autor como de la probabilidad de que esta impida la materialización del riesgo preexistente pueda afirmarse de acuerdo con los criterios analizados en el epígrafe 1 de este apartado, sobre los que se volverá en el punto (b) de este epígrafe. De acuerdo con ello, por ejemplo, el caso propuesto por SAMSON no sería un supuesto de esta clase si el bloqueo de ambas vías no se presentara ya *ex ante* como evidente para la persona baremo en la posición del guardagujas (o, dependiendo del caso, fuera conocido por el guardagujas). Como señala el propio SAMSON, 2003, pp. 108, 113, si para el guardagujas únicamente resultase perceptible el bloqueo de la vía hacia la que desvía el tren, existiría, sin duda, una conducta perturbadora.

²²¹ NINO, 1980, p. 210 (énfasis añadido). Agradezco al Profesor MOLINA FERNÁNDEZ que atrajera mi atención hasta esta valiosa cita en sus inolvidables lecciones sobre estado de necesidad y, al Profesor GRECO, que me sugiriera en nuestras conversaciones el contexto correcto en el que emplearla. Y es que la cursiva que he empleado para destacar la puntualización «a la misma cosa» no es casual; revela que NINO

Así, por ejemplo, deberá rechazarse la existencia de una perturbación en los casos de «disminución del riesgo»; solución que, por lo demás, es unánime en la doctrina, ya se niegue en estos supuestos la creación de un riesgo no permitido²²² o se afirme en ellos la concurrencia de un consentimiento presunto del afectado²²³ o de un estado de necesidad justificante²²⁴. Pero esta misma conclusión ha de alcanzarse, a mi juicio, en los casos en que el autor se limita —como en el famoso ejemplo de SAMSON— a sustituir un riesgo para el bien jurídico por otro *igual* en lo normativamente relevante²²⁵. En el escenario de ponderación que plantean estos supuestos cabe decir, de nuevo gráficamente, que «los dos platillos de la balanza pesan lo mismo», salvo en lo que respecta al interés del autor en llevar a cabo su propia conducta; interés cuyo «peso» resulta suficiente para inclinar el juicio hacia el lado de la no desaprobación²²⁶.

no quería, en el fondo, ir más allá de lo que a principios del mismo siglo apuntara BINDING: que «incluso la puesta en peligro más grave de un bien jurídico es jurídicamente inatacable cuando se presenta como un medio necesario para impedir la destrucción de *ese mismo* bien jurídico (no de otro)» (1919, p. 391). Ni uno ni otro están defendiendo aquí propiamente una distribución del infortunio de acuerdo con el principio del interés preponderante, sino algo mucho más evidente (trivial incluso).

²²² Como hacen los propios ROXIN, 1976, p. 131; 1995, p. 225; 2006, pp. 375-377; RUDOLPHI, 1977, pp. 20, 21, 23; WOLTER, 1981, p. 32; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 308; JÄGER, 2006, pp. 5, 16, 18-19; SACHER, 2006, p. 169; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 481-483. También FRISCH, W, 1995, pp. 36-37; 2004, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», p. 60; 2015, pp. 61-63, 84-85.

²²³ Opinión dominante en Alemania; así JAKOBS, 1991, p. 190, que admite asimismo la posible justificación por estado de necesidad; y KINDHÄUSER, 2007, pp. 114-115; 2008 «Risikoerhöhung und Risikoverringering», pp. 494-499.

²²⁴ Así, la doctrina probablemente mayoritaria en España; vid., p. ej., CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 426-427; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 132-133; RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 106-107; GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, 2006, p. 69; 2008, p. 59; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 218; MIR PUIG, 2016, p. 260; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», p. 831; y, fuera de nuestras fronteras, también REYES ALVARADO, 1994, p. 161. Respecto del caso, a todos los efectos asimilable, de quien desvía una agresión antijurídica de un tercero hacia un punto menos lesivo de la anatomía de la víctima, aprecia legítima defensa MARINUCCI, 2013, pp. 331-332.

²²⁵ Como de hecho sostiene el propio SAMSON, 2003, pp. 99-100, a quien sigue en este punto JÄGER, 2017, nm. 106 (p. 65). Defiende, aparentemente, la solución contraria MAÑALICH RAFFO, JP, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros* (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2014), pp. 121-122.

²²⁶ Sería incorrecto traer a colación aquí el argumento según el que tolerar, en este ejemplo, la conducta del guardagujas sería tanto como permitirle «jugar a ser Dios», adoptando decisiones sobre la producción del resultado lesivo en contra del *statu quo*. Una argumentación como esta resulta, a mi juicio, enormemente pertinente en relación con los supuestos en que el autor desvía un mismo riesgo *de un afectado a otro*, de manera que se amenaza con condenar a quien, en principio, había sido salvado por el destino; solo en esta clase de casos resulta en alguna medida problemática la alteración del *statu quo* llevada a cabo por el autor (sobre esta clase de supuestos, vid. inciso (ii) del punto (c) de este epígrafe). Pero el guardagujas de SAMSON hace algo muy diferente del que, por ejemplo, desvía el tren de una vía a otra encontrándose en cada una un trabajador de la compañía ferroviaria. Para constatarlo, basta tener en cuenta que, en el primero de los ejemplos, el conductor y los pasajeros del tren están condenados por el destino haga lo que haga el guardagujas. La decisión de este sobre si mueren a un lado o a otro de la montaña carece por completo, en este sentido, de relevancia normativa, por lo que permitir al autor «jugar a ser Dios» no plantea ningún

La clave para la resolución de este grupo de casos reside, pues, a mi juicio, en determinar si el comportamiento del autor supone (*ex ante*) una alteración en sentido desfavorable, favorable o neutro, *en lo normativamente relevante*, de la situación del bien jurídico, de manera que solo en el primero de estos casos deberá considerarse perturbadora la conducta²²⁷. Dilucidar esta cuestión puede no resultar sencillo en la práctica²²⁸. Justificar una solución en un sentido o en otro para determinados supuestos puede, en efecto, requerir una argumentación más o menos sofisticada, como, de hecho, ejemplifica perfectamente el caso del verdugo de ENGISCH. Como sostiene la doctrina penalista prácticamente unánime en relación con este supuesto —al contrario que respecto del ejemplo de SAMSON—, aquí ha de afirmarse la concurrencia de una conducta

problema en este caso. Por lo demás, incluso aunque esto último no se admitiera, parece que hay que dar la razón a SAMSON, cuando afirma que, incluso aunque se reconociera que el lesionado tiene, en este grupo de supuestos, «un interés digno de protección en que el destino a él deparado siga su curso y en no se hecho objeto de manipulaciones arbitrarias en la situación de perdición que se avecina», «su lesión no podrá estar abarcada por el tipo de homicidio» (2003, p. 104; vid. también p. 165).

En cualquier caso, una reflexión final: ¿no se parece mucho al ejemplo de SAMSON el discutidísimo caso del derribo de aviones secuestrados? ¿No podría, en consecuencia, sostenerse aquí, no la justificación (punto en torno al que ha solido girar el debate) sino ya la atipicidad de la conducta? Descarta esta solución SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, pp. 380-382, por entender —correctamente, quizás— que en quien abate el avión no se limita a introducir una variación irrelevante en el riesgo que afecta a los pasajeros del avión, sino que sustituye el riesgo de morir *en la colisión contra el objetivo* por uno distinto: el de morir *como consecuencia del derribo del avión*. Sin embargo, conforme al planteamiento que aquí se ha defendido, lo que importa no es si el autor sustituye un riesgo por otro o se limita a producir variaciones en el seno del mismo riesgo, sino si *empeora*, en lo normativamente relevante, la situación del bien jurídico; en otras palabras, si el riesgo «nuevo» es mejor, igual, o peor que el riesgo al que este se encontraba originalmente sometido.

²²⁷ Continuando una línea aparentemente abierta por KAUFMANN, ARM, 1985, pp. 810-812 (a quien se adhiere RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 105-106), PUPPE, I, «El resultado y su explicación causal en Derecho penal», *InDret*, vol. 4 (2008), pp. 16-23; PUPPE, I, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Verursachung im Recht», *Rechtswissenschaft: Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, vol. 4 (2011), pp. 438-440; 2017, nms. 62-76 —a quien siguen, en este punto, SUMMERER, 2013, pp. 97, 101-109, 415-421; y en cierta medida KINDHÄUSER, 2008, «Risikoerhöhung und Risikoverringerung», pp. 490-491— trata este grupo de casos (entre otros) en el marco de la teoría del resultado típico. De acuerdo con lo que sostiene en los artículos citados, la forma de resolverlos pasaría por definir correctamente el resultado de cuya explicación causal se trata, incluyendo en su descripción solo las «variables» normativamente relevantes para el tipo penal de que se trate (no, por ejemplo, para el tipo de homicidio, el lugar en el que se produce el fallecimiento). La tacha fundamental que puede hacerse a esta teoría —cuyas implicaciones prácticas son, hasta donde alcanzo, idénticas a las del planteamiento defendido aquí— se refiere a la altísima complejidad del procedimiento cuando se trata de negar la causalidad en casos de sustitución de un riesgo por otro *inferior*; casos en los que la solución absolutoria, por lo demás evidente, se alcanza de forma mucho más sencilla negando el carácter desaprobado del riesgo.

²²⁸ Vid., en este sentido, si bien a propósito de la determinación de la causalidad, TRAEGER, 1904, pp. 41-47; JAKOBS, 1991, pp. 189-191; JAKOBS, G, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 271-274; y, en relación con la imputación del resultado, CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 39, 453-454.

típica de homicidio²²⁹ y, con ello, el carácter perturbador de la conducta de quien sustituye al verdugo. De acuerdo con el razonamiento que acaba de exponerse, esto implica sostener que dicha conducta supone un empeoramiento normativamente relevante de la situación del condenado a muerte. Pero ¿qué distingue a este supuesto del ejemplo de SAMSON? ¿Acaso morir a manos de una u otra persona no es tan normativamente indiferente como morir a un lado o a otro de una montaña?²³⁰ A esta pregunta ha de responderse, en mi opinión, que ello es en efecto así en cualquier sociedad que no reconoce la pena de muerte como una forma legítima de castigo estatal. La situación es, sin embargo, bien distinta en un sistema en el que se encuentra vigente esta clase de pena: en un orden social como el que plantea el ejemplo de ENGISCH, la diferencia entre morir a manos del verdugo o del particular que lo reemplaza es tan normativamente esencial como la que existe entre cumplir una pena de prisión o ser detenido ilegalmente por un conciudadano. El verdugo y el particular no son en absoluto «una u otra persona», como lo son los lados de la montaña del caso de SAMSON. El segundo está a la par con el condenado a muerte; el primero es, en cambio, la encarnación de un poder estatal legítimo²³¹.

²²⁹ Vid., p. ej., REYES ALVARADO, 1994, p. 163; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 596-597; ROXIN, 2006, pp. 379-382; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1426; o ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 483-485. Así, también TRAEGER, 1904, p. 45, en relación con el caso similar de quien apuñala al condenado a muerte que ya ha subido al patíbulo; y JAKOBS, 1991, p. 223, respecto del de quien envenena a alguien que está a punto de morir de hambre. A diferencia de lo que sucede en el ejemplo de ENGISCH, en estos dos últimos supuestos existe un adelantamiento del momento de la muerte que podría considerarse normativamente relevante. Esta parece ser, de hecho, la base en la que TRAEGER fundamenta en este caso la responsabilidad penal del autor. En relación con otro caso parecido, vid. también DAN-COHEN, M, «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, vol. 105 (1992), pp. 1000-1001.

²³⁰ Así, el propio SAMSON, 2003, pp. 108-113, 135, 139, que niega, en este caso, la existencia de una conducta perturbadora por las mismas razones que en el del guardagujas; o MOLINA FERNÁNDEZ, que razona, en el mismo sentido, que «si las condiciones [*scil.* de la muerte] son idénticas, atender a lo anecdótico —qué mano active el mecanismo mortal— resulta desproporcionado frente al hecho de que el propio ordenamiento ha justificado la muerte del condenado. Insistir en que nadie más que el verdugo tiene derecho a quitar la vida al sujeto es casi reconocer la mala conciencia por la imposición de la pena otorgando al condenado un ¿derecho? que tan poco útil le resulta. Eso no quiere decir que el hecho sea correcto o indiferente. Es, desde luego, antijurídico, y si se quiere incluso gravemente, porque la privación de un derecho tan importante como la vida debe estar muy formalizada, y el respeto al ritual tiene un significado social especialmente destacable en este caso. Podría ser considerado como un grave delito contra la Administración de justicia. Pero afirmar que nos encontramos ante un homicidio, sin más, resulta poco satisfactorio cuando previamente se ha estimado que el verdadero daño que se produce con la muerte, la privación de la vida, está justificado» (2001, n. 76, p. 136). Coincide, en definitiva, KAHRIS, 1968, pp. 7-8, 78-80, 85-86, 120-121, aunque considera la absolución del autor en este caso una excepción a su planteamiento general, tolerable por razones «de política jurídica»; razones muy similares, en cualquier caso, a las aducidas por MOLINA FERNÁNDEZ en el pasaje que acaba de reproducirse.

²³¹ En sentido muy similar, hace notar JAKOBS, en relación con este mismo caso, que «[a]l que va a ser ejecutado se le garantiza que lo va a hacer la persona competente» (1991, pp. 234-235).

En cualquier caso, las dudas de calificación pueden multiplicarse hasta el infinito: ¿en qué punto dejan de ser normativamente irrelevantes las diferencias en el lugar en que se produce la muerte? ¿Es normativamente «lo mismo» morir rodeado de amigos y familiares que sin posibilidad alguna de comunicarse con ellos? ¿Cambia la solución de casos como el de SAMSON si los pasajeros del tren tienen cubierto por un seguro (de forma *ex ante* perceptible) el riesgo de morir a un lado de la vía, pero no el de morir al otro? ¿Y cuándo empieza a ser normativamente relevante el adelantamiento o el retraso de la producción de un resultado lesivo? ¿Depende esto último de que el bien amenazado sea un interés personal o puramente patrimonial? ¿Es el adelantamiento de la muerte en todo caso una diferencia normativamente relevante²³²? ¿Y su retraso²³³? Como puede verse, este grupo de casos no es solo una buena muestra de lo vidriosa que resulta la frontera entre no desaprobación jurídica y justificación, sino también de las difíciles cuestiones *normativas* que impregnan el juicio de desaprobación jurídica²³⁴; cuestiones que no pueden soslayarse, ni mucho menos camuflarse bajo fórmulas «matemáticas» como las empleadas por los analistas económicos del Derecho.

b. Riesgo de lesión versus probabilidad de salvación

La ponderación en la que se basa el juicio de desaprobación jurídica consiste, como ya se indicó, en un doble proceso de comparación. El primero se refiere al valor

²³² Puede traerse aquí a colación el famoso ejemplo de quien dispara a una persona que se ha precipitado desde la azotea de un edificio, creando el riesgo de que muera unos segundos antes de su inminente colisión contra el suelo (igualmente mortal); vid. HART Y HONORÉ, 1985, pp. 206-207, 243. Entre los autores que afirman la relevancia normativa de *todo* acortamiento de la vida destaca SAMSON, 2003, pp. 34, 101-102.

²³³ Piénsese, por ejemplo, en una variante del célebre «caso de la cantimplora», planteado inicialmente (¡pero nunca resuelto!) por MCLAUGHLIN, JA, «Proximate cause», *Harvard Law Review*, vol. 39 (1925), n. 25 (p. 155): un explorador se dispone a hacer una travesía por el desierto. Con ánimo de matarlo de sed, Ana vacía su cantimplora de agua y la rellena con sal. Acto seguido, Beatriz roba la cantimplora. El explorador muere efectivamente de sed. En la medida en que el vaciamiento de la cantimplora fuera cognoscible para la persona baremo o conocido por Beatriz en el momento de actuar, parece claro que esta se habría limitado a sustituir un riesgo para la vida del explorador por otro idéntico en todo lo normativamente relevante. Pero considérese ahora la modificación introducida por HART Y HONORÉ, 1985, pp. 239-241, de acuerdo con la que Ana no vacía, sino que envenena la cantimplora. Suponiendo que el envenenamiento fuera cognoscible para la persona baremo o conocido por Beatriz, esta estaría, de nuevo, limitándose a sustituir un riesgo para la vida del explorador (el de morir envenenado) por otro (el de morir de sed *más tarde*). Una de las razones por las que la doctrina encuentra esta variante del caso especialmente problemática es precisamente la asunción de que, en ella, Beatriz *mejora* la situación del explorador, en la medida en que alarga su vida; vid., por ejemplo, MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 110-112. Sin embargo, ¿es realmente peor, en lo normativamente relevante, morir envenenado de forma relativamente inmediata que esperar a desfallecer de sed en el desierto, con el mismo resultado fatal?

²³⁴ Lo subrayan CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 39, 453-454; y KINDHÄUSER, 2008, «Risikoerhöhung und Risikoverringering», pp. 494-495.

que, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico del que se trate, se asigna, respectivamente, a los intereses amenazados por la conducta del autor y a los que esta se orienta a proteger; intereses que incluyen, como mínimo, el del propio autor en llevar a cabo la conducta. La segunda de las comparaciones opera, en cambio, en relación con dos *estimaciones de probabilidad*: el riesgo de que los primeros resulten lesionados y la probabilidad de salvación de los segundos. Como también se anticipó, el primero de estos aspectos se tratará (fragmentariamente) en el punto (c) de este epígrafe, donde se analizarán los criterios de valoración del único interés que, por hipótesis, se encuentra presente en todos los escenarios de ponderación a los que puede obedecer el juicio de desaprobación jurídica: el simple *agere licere* del autor. A la segunda de las comparaciones mencionadas se dedica el presente punto.

Como se recordará, las pautas de formulación del juicio de peligro para los intereses ajenos amenazados por la conducta del autor se analizaron ya en el epígrafe 1 de este apartado. Se impone ahora, sin embargo, hacer referencia a un problema relacionado con esta primera estimación de probabilidad que solo se plantea en sede de ponderación: el relativo a la posibilidad de considerar jurídicamente desaprobadas (y, por tanto, perturbadoras) conductas consistentes en la creación u omisión de contención de un *riesgo nimio* para los intereses ajenos (inciso i). Acto seguido, se estudiarán — remitiendo, en buena medida, a lo ya indicado en el epígrafe 1— los criterios de estimación del segundo de los términos de comparación mencionados: la *probabilidad de salvación* de los intereses que la conducta del autor se orienta a preservar (inciso ii).

i. La ponderación en casos de riesgo nimio

La doctrina ampliamente mayoritaria requiere que el riesgo para los intereses ajenos que el autor crea u omite contener revista una cierta entidad para poder considerar perturbadora la conducta en cuestión, excluyendo, por tanto, como regla, su desaprobación jurídica en los supuestos de riesgo nimio para el bien jurídico²³⁵. A un

²³⁵ Esta es, de hecho, la base sobre la que se asienta la teoría de la adecuación; vid., por todos, VON KRIES, J, «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 9 (1889), pp. 531-533; RÜMELIN, 1896, pp. 14-16, 52; 1900, *passim*; RADBRUCH, 1902, pp. 336-337; TRAEGER, 1904, pp. 159, 165; VON BAR, 1907, pp. 178-189; DEUTSCH, 1963, p. 118; BYLDINSKI, F, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht* (Stuttgart: Ferdinand Enke, 1964), pp. 58-63; GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 38-44; FRISCH, P, 1973, pp. 89-95; ROXIN, 1976, pp. 131-132; RUDOLPHI, 1977, pp. 20-21; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 99-100, 114-118; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 192-195; JESCHECK Y WEIGEND,

grupo de casos de esta clase me he referido ya al hablar del principio de confianza, de acuerdo con el que el riesgo de que los demás defrauden las expectativas sociales de conducta, cuando de ello depende la probabilidad de que resulten lesionados sus propios intereses o los de terceros, ha de calificarse —salvo que existan indicios en contrario— precisamente como nimio. No son estos, sin embargo, los supuestos que la doctrina suele discutir en esta sede, sino otros que, a pesar de resultar fenomenológicamente muy diferentes plantean, a mi juicio, el mismo problema que los anteriores en lo que hace a la desaprobación jurídica de la conducta.

Los casos que preocupan a la doctrina pertenecen, fundamentalmente, a dos grandes constelaciones. La primera de ellas se refiere a conductas que podrían calificarse como de «tentativa remota»²³⁶. Aquí cabe englobar el clásico ejemplo, planteado originalmente por THYRÉN, de quien dispara a otra persona, con intención de matarla, desde una distancia desde la que acertar el tiro resulta prácticamente imposible²³⁷, pero también el caso —quizás más realista— de quien encuentra una tarjeta de crédito ajena tirada en el suelo e intenta extraer con ella dinero de un cajero automático, tratando de adivinar el número secreto en una de las tres oportunidades sucesivas de introducirlo que ofrece la máquina²³⁸. El segundo de los grupos de supuestos abarca los casos en que se

2002, pp. 305-306, 308; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 337-339; FREI, 2010, pp. 42-43; DíEZ-PICAZO, 2011, pp. 364-366; SUMMERER, 2013, pp. 367-372; BAUTISTA PIZARRO, 2017, p. 45; y JÄGER, 2017, nm. 93 (p. 59). LUZÓN PEÑA, 2016, p. 203, llega incluso a cuantificar este umbral de riesgo, que sitúa, a los efectos penales, en al menos un 3-5% de probabilidad de que se produzca el resultado típico.

²³⁶ Mi propósito con esta denominación es exclusivamente aludir a la escasa probabilidad de «éxito» del intento. Como el lector comprobará inmediatamente, no pretendo establecer paralelismo alguno con el concepto de «*conatus remotus*» del Derecho común.

²³⁷ THYRÉN, 1894, p. 126. Una opinión distinta al respecto sostiene, sin embargo, LUZÓN PEÑA, que argumenta, en relación con este supuesto, que «una cosa es que no sea muy probable el acierto y otra es que en este caso es perfectamente previsible, y no ya con una remotísima previsibilidad, sino incluso conforme a las reglas de la común experiencia, que se realice alguna de las posibilidades, aunque no sean muy numerosas, de que el disparo —que además es intencionalmente preparado y dirigido, calculando la gran distancia y las circunstancias concurrentes, lo que aumenta las posibilidades de éxito— alcance en el blanco. Hay por tanto un grado de peligrosidad jurídicopenalmente relevante y por ello adecuación, como lo confirmaría el hombre medio, que se sentiría fundadamente en peligro si fuera consciente de que está siendo apuntado por un rifle aunque sea a gran distancia» (2016, n. 18, p. 204). Vid., en sentido similar, ENGISCH, 1930, pp. 163, 169; y GIMBERNAT ORDEIG, 1966, p. 156.

²³⁸ El caso se ha planteado ante los tribunales españoles y la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se encuentra dividida entre la apreciación de una tentativa punible y la absolución por falta de un peligro suficiente para su «idoneidad». A modo de ejemplo, vid., en el primero de los sentidos, las SSAP Sevilla (Sección 4.^a) 41/2001, de 16 de febrero; Barcelona (Sección 10.^a), de 15 de diciembre de 2006; Barcelona (Sección 6.^a), de 18 de diciembre de 2006; Ciudad Real (Sección 2.^a) 87/2007, de 24 de mayo; Barcelona (Sección 7.^a), 244/2009, de 13 de febrero; o Cádiz (Sección 4.^a) 235/2014, de 15 de julio; y, en el segundo, las SSAP Almería (Sección 1.^a), de 27 de marzo de 1999; Barcelona (Sección 3.^a), de 1 de junio de 2000;

crea el riesgo (nimio) de dar lugar a un determinado resultado lesivo, dada la probabilidad, estadísticamente exigua, de que el potencial afectado adolezca de «debilidades especiales» como hemofilia, un sistema óseo especialmente frágil —de ahí que la doctrina anglosajona suele referirse a esta constelación de supuestos como «*eggshell-skull*» o «*thin-skull cases*»²³⁹— o un carácter demasiado impresionable que lo hace especialmente propenso a sufrir lesiones psicológicamente condicionadas. Los casos de «daños por shock» pueden entenderse, en este sentido, a mi juicio, como un grupo particular de los pertenecientes a esta constelación²⁴⁰.

Como se ha anticipado, la doctrina prácticamente unánime rechaza, en principio, la desaprobación jurídica de la conducta cuando esta somete a los intereses amenazados a un riesgo meramente *insignificante*. Esto conduce a la mayoría de los penalistas a excluir la tipicidad de la conducta en los casos de «tentativa remota»²⁴¹; supuestos que los civilistas no suelen siquiera discutir, dada la práctica imposibilidad de que llegue a

Tarragona (Sección 2.^a), de 2 de julio de 2001; Asturias (Sección 2.^a), 165/2002, de 18 de julio; o Vizcaya (Sección 6.^a) 1232/2009, de 28 de diciembre.

²³⁹ Así, p. ej., HART Y HONORÉ, 1985, pp. 173, 267, 304; SPIER, J, «Art. 3:201. Scope of Liability», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), p. 61; o MOORE, 2009, pp. 100, 222-223. La etiqueta procede del famoso *dictum* del Juez Kennedy en el caso *Dulieu v White & Sons* (resuelto por la *King's Bench* división de la *High Court* inglesa en 1901), en el que afirmaba que «no puede responderse a la pretensión resarcitoria del perjudicado argumentando que este habría sufrido un daño menor, o no lo habría sufrido en absoluto, si no hubiera tenido un cráneo inusualmente fino o un corazón especialmente débil». El ejemplo de quien causa, por medio de un leve golpe, la muerte de una persona con un cráneo anormalmente frágil es, en cualquier caso, un clásico a ambos lados del Atlántico, que puede encontrarse ya en BRUCK, 1885, p. 106; RÜMELIN, 1900, pp. 267, 300; RADBRUCH, 1902, p. 360; VON BAR, 1907, pp. 215-216; ENGISCH, 1931, pp. 56, 74; SCHÄFFER, 1937, p. 17; y MAYER, 1967, pp. 54-55. Observa correctamente este paralelismo GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 521-522.

²⁴⁰ Vid., en esta línea, FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 421-432; próximo, FEJOO SÁNCHEZ, 2011, 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», pp. 282-283. La decisión de la *House of Lords* en el caso *Page v. Smith* [1995] WLR 2, 644 ss., pone especialmente de manifiesto esta conexión: la conducción imprudente del demandado condujo a un accidente de tráfico del que solo resultaron inmediatamente daños materiales para el vehículo del demandante. La conmoción derivada del choque provocó, sin embargo, que el síndrome de fatiga crónica (encefalomielitis miálgica) que este último padecía adquiriera carácter permanente, incapacitándolo para trabajar. Por mayoría de tres frente a dos magistrados, el tribunal condenó al demandado a indemnizar al demandante el lucro cesante derivado de su incapacidad, recurriendo, entre otros argumentos, a la clásica «*eggshell-skull rule*»: las especiales debilidades de la víctima no pueden conducir a exonerar al demandado de su responsabilidad. Un excelente análisis crítico de los hechos del caso, las opiniones de los diferentes magistrados y las repercusiones de la sentencia puede encontrarse en BAILEY, S Y NOLAN, D, «The Page v. Smith Saga: A Tale of Inauspicious Origins and Unintended Consequences», *Cambridge Law Journal*, vol. 69 (2010), *passim*.

²⁴¹ Así, JAKOBS, 1991, p. 268; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 90-91, 108-118; HERZBERG, 1996, pp. 381-382, y, aparentemente, también KOHLER, 1916, p. 245. Cfr., sin embargo, HART Y HONORÉ, 1985, p. 487, que emplean este caso, precisamente, para criticar la teoría (causal) de la adecuación.

existir en ellos un daño resarcible²⁴². Un grupo nada desdeñable de autores —también partidarios de rechazar, como regla, la desaprobación de la conducta en casos de riesgo nimio— afirma, sin embargo, la existencia de una tentativa punible en ejemplos como los del disparo a larga distancia y la tarjeta de crédito; supuestos que, de acuerdo con su planteamiento, merecerían un tratamiento excepcional con base en el dolo directo de primer grado con el que actúa el autor²⁴³.

También es ampliamente mayoritaria entre los penalistas la opinión conforme a la que se niega la desaprobación jurídica de la conducta del autor (en atención a la dimensión de riesgo aquí discutida²⁴⁴) en los casos de «debilidades especiales»²⁴⁵, incluidos los de

²⁴² No obstante, STÜBEL, 1805, p. 90, relata un caso real —resuelto unos años atrás por una corporación eclesiástica de Sajonia— que bien podría incluirse en esta constelación de supuestos y en el que lo que pareciera una «tentativa remota» del autor llegó a materializarse en el resultado deseado: al parecer alguien intentó (¡y consiguió!) quemar un tejado de paja, atando un hilo de azufre ardiendo a la pata de un gorrión y haciendo que el pájaro volara hacia el objetivo. El autor fue condenado nada menos que a pena de muerte. Cfr., en cualquier caso, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 45-46, que estima que no habría responsabilidad civil, por mucho que el daño llegase a producirse, en el caso de «la persona que dispara una bala verticalmente con la intención de que, al caer por la fuerza de la gravedad, lo haga sobre la persona que tiene a su lado» (en la misma línea, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, pp. 63-67).

²⁴³ Así, MIR PUIG, 1988, pp. 677-678; 2016, pp. 261-262; RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 99-100, 136-142, 152-153, 183-187; SACHER, 2006, pp. 136, 149-150, 165-166; SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 647; siguiendo la estela de autores como STÜBEL, 1805, pp. 92-93; VON BAR, 1871, pp. 15-16, 33, 36; 1907, pp. 188, 199-200; y, aparentemente, RÜMELIN, 1896, p. 15; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 339-342; y JÄGER, 2017, nm. 108 (p. 66). Tampoco faltan, sin embargo, defensores de teorías puramente cognoscitivas del dolo que —de forma muy contraintuitiva, a mi juicio— no encuentran una representación del peligro suficiente para afirmar la existencia de dolo *directo de primer grado* en esta clase de supuestos; vid., en este sentido, por ejemplo, MÜLLER, 1912, p. 46; JAKOBS, 1991, p. 268; ROSS, A, *Über den Vorsatz. Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung* (Baden-Baden: Nomos, 1979), *passim*, esp., pp. 17-22, que, de hecho, rechaza (coherentemente) que la intención sea en sí misma una forma de dolo; o MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Dolo, imprudencia y error», nm. 2444.

²⁴⁴ Es perfectamente posible —y frecuente, de hecho, precisamente en este grupo de supuestos— que la conducta resulte jurídicamente desaprobada en atención a *otras* dimensiones de riesgo que el autor simultáneamente crea o deja de contener. Sobre este punto se insistirá más adelante en el texto.

²⁴⁵ Así, ya BRUCK, 1885, pp. 73, 106; VON BAR, 1907, pp. 215-216; ENGISCH, 1931, pp. 73-74. También RUDOLPHI, H-J, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *Juristische Schulung*, vol. 9 (1969), p. 553; FRISCH, P, 1973, p. 91; BURGSTALLER, 1974, pp. 128-129; SCHÜNEMANN, 1975, p. 716; SAMSON, 1977, p. 138; WOLTER, 1981, pp. 85-87; TORÍO LÓPEZ, Á, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, p. 39; STRUENSEE, 1987, «El tipo subjetivo del delito imprudente», pp. 445-446; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 204, 534-535; NAMIAS, 1993, pp. 149, 153-154; REYES ALVARADO, 1994, pp. 138, 189-192; FRISCH, W, 1995, p. 37; 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 428-432; 2015, pp. 63-66; FEJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, pp. 264-265; REY SANFIZ, 2001, pp. 32-33; SACHER, 2006, p. 164; MARAVER GÓMEZ, 2009, p. 336; MARINUCCI, 2013, p. 471; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 310; y HOYER, 2017, nms. 36 (pp. 487-488), 83-85 (pp. 503-504).

«daños por shock»²⁴⁶. Curiosamente, sin embargo, la doctrina civilista mayoritaria defiende —en línea con la jurisprudencia española y comparada, tanto civil como penal— la solución contraria para esta clase de supuestos²⁴⁷; postura a la que se han sumado algunos penalistas²⁴⁸ y que, sin embargo, ni unos ni otros autores suelen sostener de forma tan vehemente en relación con los casos de «daños por shock»²⁴⁹. Esta posición —que ha encontrado expresa acogida en el par. VI-4:101(2) DCFR²⁵⁰— suele basarse en consideraciones de política jurídica como la necesidad de proteger, en palabras de

²⁴⁶ Vid., RÜMELIN, 1900, p. 228; VON BAR, 1907, pp. 227-228; RUDOLPHI, 1969, p. 553; 1977, p. 33; BURGSTALLER, 1974, pp. 125-126; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 716, 720; ROXIN, 1976, pp. 137, 196-197; 1995, p. 227; 2006, pp. 388, 1078; WOLTER, 1981, pp. 55-56, 341; SILVA SÁNCHEZ, 1984, nm. 8; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 549-550; JAKOBS, 1991, p. 263; REYES ALVARADO, 1994, pp. 315-318; FRISCH, W, 1995, p. 44; 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 421-428; FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, pp. 281-283; CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, p. 100; 2004, «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», p. 38; MATELLANES RODRÍGUEZ, 2015, p. 163; HOYER, 2017, nm. 87 (p. 504); JÄGER, 2017, nm. 138 (p. 86); y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 492, 1198. También, entre los civilistas, RÜMELIN, 1900, p. 228; WAGNER, 2017, nm. 469.

²⁴⁷ Así, p. ej., RÜMELIN, 1900, pp. 267, 300; VON CAEMMERER, E, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht* (Freiburg i.B.: Hans Ferdinand Schulz Verlag, 1956), p. 18; DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 273-288, 300-302; TRIMARCHI, 1967, p. 91; HART Y HONORÉ, 1985, pp. lxxvii, 80, 172-173, 274; PANTALEÓN PRIETO, 1990, p. 1568; 1991, «Artículo 1902», p. 1985; SPIER, 2005, «Art. 3:201. Scope of Liability», p. 61; MOORE, 2009, pp. 100-101, 221-223, 235; OETKER, H, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, ed. Krüger, W, 8.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019), nms. 138-140; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 431-432; o YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 247-248. También VON BAR, 1907, p. 217; y FREI, 2010, pp. 291-293, admiten la posibilidad de soluciones diferenciadas para este grupo de casos a los efectos de responsabilidad civil y penal, pudiendo resultar más «equitativo» a los primeros que sea el dañante quien soporte finalmente los costes de la especial debilidad del perjudicado. La aceptación de esta regla entre los civilistas europeos es tan generalizada que ha cristalizado en el art. VI-4:101(2) DCFR, que establece que «en los supuestos de daños personales o muerte, la predisposición de la víctima a padecer los daños que ha sufrido, sea en su tipo o extensión, es irrelevante». Cfr., no obstante, PEÑA LÓPEZ, 2002, n. 226 (p. 238); 2011, pp. 102-104; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, pp. 180-182.

²⁴⁸ Así, NINO, 1980, pp. 403-404; HART Y HONORÉ, 1985, pp. 342-344; y, aparentemente, GIMBERNAT ORDEIG, 1966, p. 213; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 310; MOORE, 2009, pp. 100-101, 221-223, 235; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, n. 121 (p. 521); y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nms. 1374-1375. Esta postura sostenían también STÜBEL, 1805, pp. 201-202, 206-209, 214; y RÜMELIN, 1900, pp. 223, 300, que la presentan, además, como ampliamente dominante en la época.

²⁴⁹ Vid., p. ej., PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1431; u OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 149-156. También PANTALEÓN PRIETO, 1990, pp. 1567-1568; 1991, «Artículo 1902», p. 1985 que no deja de matizar, sin embargo, que «[l]a solución será distinta, cuando entre el espectador y la víctima existiera una íntima relación de afecto (y quizá también, aunque esa relación no existiese, cuando el accidente sea extraordinariamente horroroso y sangriento), sin que quepa negar la imputación objetiva por el hecho de que se trate de una persona excesivamente impresionable e inestable psíquicamente» (en el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, 1981, n. 63, p. 192). Cfr., sin embargo, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 432-434.

²⁵⁰ «En los supuestos de daños personales o muerte, la predisposición de la víctima a padecer los daños que ha sufrido, sea en su tipo o extensión, es irrelevante».

PANTALEÓN PRIETO, «el derecho de los enfermos y los débiles a no ser ciudadanos de segunda (a poder llevar una vida normal, sin que ello se considere “culpa” por su parte)»²⁵¹. Por lo demás, casi todos están de acuerdo en que ha de afirmarse la desaprobación jurídica de la conducta en los supuestos en que el autor conoce la especial debilidad del afectado, lo que, en puridad, no constituye para estos autores ninguna excepción a la regla general: si, como en general ellos mismos sostienen, el juicio de peligro ha de formularse sobre la base de los conocimientos especiales del autor²⁵², no puede afirmarse en estos supuestos la existencia de un riesgo nimio.

A través de esta combinación entre una regla general —no perturbación en casos de riesgo nimio— y un conjunto más o menos extenso de excepciones para grupos de casos particulares se llega, a mi juicio, a soluciones ampliamente compartibles en la práctica, pero a través de un razonamiento errado. Y es que no se trata, en mi opinión, de que exista una suerte de umbral mínimo de riesgo, transversalmente aplicable, por debajo del que no quepa, en general, afirmar el carácter perturbador de la conducta. A mi juicio, si el comportamiento del autor consiste en la creación u omisión de contener un riesgo, *por nimio que sea*, sobre el que el primero tiene competencia, ha de llevarse a cabo una ponderación de todos los intereses en juego para decidir sobre su desaprobación jurídica; no hay, en otras palabras, un nivel mínimo de riesgo por debajo del que, como regla, resulte innecesario ponderar²⁵³. Lo que ocurre es más bien que, en tanto la probabilidad de lesión de los intereses ajenos es uno de los factores que se tienen en cuenta en la ponderación, esta se inclinará *normalmente* del lado de la permisión de la conducta en casos de riesgo nimio. Esto, sin embargo, no ha de ser necesariamente así: el *valor relativo* de los intereses en conflicto puede determinar que la solución se invierta.

²⁵¹ PANTALEÓN PRIETO, 1990, p. 1568; 1991, «Artículo 1902», p. 1985. Vid., en la misma línea, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 431. En sentido diametralmente contrario, opina FRISCH que «[e]l ordenamiento jurídico no puede sino atribuir al propio individuo la protección frente a peligros derivados de tales peculiaridades en su constitución: debe hacer sus planes de manera que no le ocurra nada por conductas ajenas, admisibles suponiendo un baremo general. En concreto: el hemofílico —por duro que suene— tiene que mantenerse apartado, por su propio bien, en la medida de lo posible precisamente de ámbitos con riesgo intenso de lesión; quien tiene especiales propensiones o disposiciones desconocidas para terceros debe hacerlas saber, etc.» (2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 430 con n. 96).

²⁵² Vid. los trabajos citados en la n. 104 de este capítulo.

²⁵³ En palabras de FEJOO SÁNCHEZ, «[n]o existe una frontera matemática o un nivel cuantitativamente fijo de riesgo cuyo traspaso determine los límites de la intervención del Derecho penal. La mera probabilidad de lesión ni fundamenta la imputación personal ni la exonera» (2001, *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»*, p. 272).

Planteando solo el escenario de ponderación más sencillo —el que concurre, por lo demás, en los supuestos más frecuentemente discutidos— puede suceder, en efecto, que el sacrificio de la libertad de actuación del autor «pese» especialmente poco, al menos en comparación con los intereses sobre los que se cierne el riesgo (nimio) que este crea o deja de contener con su comportamiento²⁵⁴.

Así ocurre especialmente en los casos en que el interés del autor en llevar a cabo la conducta en cuestión ha de considerarse especialmente poco, o incluso en absoluto digno de tutela, como sucede en relación con **comportamientos cuyo sentido objetivo se agota en la puesta en peligro de intereses ajenos**, de manera que no cabe interpretarlos como la persecución (simultánea) de finalidades legítimas²⁵⁵. A este grupo de supuestos pertenecen, precisamente, los ejemplos del disparo a larga distancia²⁵⁶ y de la tarjeta de crédito²⁵⁷. La solución defendida por la minoría de penalistas que afirman,

²⁵⁴ Así, THYRÉN, 1894, pp. 126-130, 134-135, 149; MÜLLER, 1912, pp. 35-42; MÜNZZBERG, 1966, pp. 189-190; SANCINETTI, 1991, pp. 205-207; DERKSEN, 1992, p. 233; JAKOBS, 1999, pp. 3-4; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 412; GIL GIL, 2007, pp. 200, 233-239, 277-279, 404; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1376. Este es el planteamiento que parece subyacer también a la afirmación de BINDING (lamentablemente, no ejemplificada) de que «[l]a prohibición de un conjunto de acciones inútiles se encuentra justificada ya por el hecho de que una pequeña parte de ellas traiga consigo consecuencias lesivas, por nimia que pueda ser la entidad de esta. El carácter totalmente prescindible de la conducta permite dejar de concebir su prohibición como un mal» (1922, pp. 399-400).

²⁵⁵ Aunque vertida en otro contexto, puede traerse a colación aquí la sugerente observación de JAKOBS de que «en una concepción del mundo según la cual la concurrencia de un error no deroga la calculabilidad [...] el *versari in re illicita* no tiene por qué perder todo significado; al menos no hay ningún interés social en que se lleven a cabo comportamientos no permitidos, de manera que puede que por esa razón se endurezcan las reglas de imputación. Por ejemplo: quien daña a otro con ocasión de un comportamiento ligeramente imprudente puede sufrir un tratamiento más severo que quien comete una leve imprudencia con ocasión de un comportamiento permitido o incluso socialmente útil» (1997, «El principio de culpabilidad», p. 380); opinión que el autor ha retomado muy recientemente en 2020, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 6.

²⁵⁶ El aquí propuesto es, precisamente, el criterio empleado por el propio THYRÉN, 1894, pp. 126-127; y por autores como TRIMARCHI, 1967, pp. 84-86, 159-160; MÜNZZBERG, 1966, p. 190; FEJOO SÁNCHEZ, 2001, 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», pp. 272-274; o GIL GIL, 2007, pp. 238-239, para afirmar la desaprobación jurídica de la conducta en este caso, distinguiéndolo de otros —como el del tratamiento médico arriesgado— en los que comportamientos mucho más peligrosos se toleran en aras de su mayor utilidad social. La misma idea subyace al planteamiento de PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)*, pp. 8-9, como se infiere de lo señalado por el autor en , p. 159, y podría estar también detrás de la afirmación de ROXIN de que «[e]s cierto, por otra parte, que el disparo del asesino efectuado a gran distancia representa una acción de matar consumada aun cuando la probabilidad de acertar a la víctima fuera escasa. Pero lo decisivo aquí no es [...] que el asesino considere que la “escasa probabilidad” basta para un control causal fundamentador de la finalidad, sino que lo haga el *legislador*» (1976, p. 145, énfasis en el original). Cfr., no obstante, SANCINETTI, 1991, p. 208 (aunque sobre la base de un ejemplo algo diferente).

²⁵⁷ Así, de nuevo, PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)*, pp. 8-9.

en estos casos, la desaprobación jurídica de la conducta me parece, en este sentido, la más acertada, pero esta no puede basarse (directamente) en la necesidad de un tratamiento excepcional de los supuestos de creación de un riesgo nimio con dolo directo de primer grado. Y es que, como advierten GIMBERNAT ORDEIG²⁵⁸ y MARTÍNEZ ESCAMILLA²⁵⁹, si esto fuera así, habría que afirmar el carácter perturbador de la conducta en el que es quizás el ejemplo paradigmático de no desaprobación jurídica²⁶⁰: el conocido como «caso del tío rico», en el que un joven convence a su acaudalado tío de que haga un viaje en avión, con la esperanza de que este se estrelle, para así poder heredar su fortuna²⁶¹. El dolo

²⁵⁸ 1966, pp. 41-42.

²⁵⁹ 1992, pp. 109-110.

²⁶⁰ Vid., por todos, ENGISCH, 1930, *passim*, p. ej. p. 13; 1931, pp. 49, 51; MÜNZZBERG, 1966, p. 306; MAYER, 1967, pp. 56, 76-78; ROXIN, 1976, *passim*, p. ej., p. 132; 1995, pp. 220-221, 222, 231; RUDOLPHI, 1977, p. 25; WOLTER, 1981, pp. 79-80, 113-114; FRISCH, W, 1983, pp. 141-142; HART Y HONORÉ, 1985, p. 171; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 302, 313; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, *La Autoría en Derecho Penal* (Barcelona: PPU, 1991), p. 198; DERKSEN, 1992, pp. 24-25; TOEPEL, 1992, pp. 204-205; NAMIAS, 1993, p. 125; REYES ALVARADO, 1994, pp. 93-95; ROXIN, 1995, pp. 220-221, 222, 231; PUPPE, I, «Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm», en *Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997*, ed. Schulz, J y Vormbaum, T (Baden-Baden: Nomos, 1997), p. 227; 2001, p. 57; 2017, nm. 154; CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 322-333; JÄGER, 2006, pp. 5, 19; SACHER, 2006, *passim*, p. ej. pp. 24-25; KORIATH, 2007, pp. 92-93, 159; MOORE, 2009, p. 8; PERALTA, JM, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal* (Madrid: Marcial Pons, 2012), p. 267; MARINUCCI, 2013, p. 358; MIR PUIG, 2016, p. 535; y JÄGER, 2017, nm. 108 (p. 66).

²⁶¹ El ejemplo se basa en el caso planteado por TRAEGER, 1904, pp. 8, 76, 168-173, para demostrar que el llamado «correctivo de la culpabilidad» no basta en todo caso para evitar que la aplicación de la teoría causal de la equivalencia —por oposición a la de la causalidad adecuada— conduzca a resultados injustos (sobre estas teorías vid. n. 94 del capítulo 3 y el texto al que acompaña). Curiosamente, en el ejemplo de TRAEGER, es el tío quien, para heredar la fortuna de su sobrino de diez años, lo envía al bosque durante una tormenta, con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo. El caso puede considerarse, en este sentido, un desarrollo del ejemplo, planteado diez años antes por VON KRIES, 1889, p. 532 —y conducido a una versión prácticamente idéntica a la de TRAEGER por RÜMELIN, 1900, p. 227—, del cochero que se equivoca de camino, conduciendo al carruaje a un lugar donde es alcanzado por un rayo, falleciendo así su ocupante. Los autores que afirman al mismo tiempo la desaprobación jurídica de la conducta en el caso del disparo a larga distancia, con base en el dolo directo de primer grado del autor, y la rechazan en el caso del tío rico no tienen más remedio para conciliar ambos postulados que negar —de manera bastante artificiosa, como han señalado numerosos autores; vid., por ejemplo, LIEPMANN, 1905, pp. 328-329— la existencia de un verdadero dolo en el segundo de los supuestos: el joven del ejemplo no tendría la «intención» de matar a su tío, sino solo la «esperanza» (infundada) de que muriera; así VON BAR, 1907, pp. 187, 200-201. Se alcanza así un curioso punto de contacto entre las posturas de algunos grandes detractores del «correctivo de la culpabilidad» como criterio de resolución de casos en los que más bien debería negarse ya la tipicidad objetiva de la conducta, y la de los finalistas —y, más recientemente, la de los partidarios de la llamada «teoría analítica de la imputación»— que los resuelven, precisamente, afirmando que el dolo propiamente dicho solo puede proyectarse sobre cursos causales «dominables» (KAUFMANN, ARM, 1985, p. 821; RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 107, 153, 324, 327), o con una probabilidad suficiente de materializarse en el resultado (así, KINDHÄUSER, 2007, pp. 75-76, 99-100; 2008, «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», pp. 26-27, 28). No está de más destacar, en cualquier caso, que el propio WELZEL, 1939, pp. 517, 558, al que sigue en este punto ZIELINSKI, 1973, p. 161, prefirió en un primer momento negar en este caso la tipicidad objetiva de la conducta con base en el criterio de la «adecuación social», en una línea muy similar a la que suelen seguir los partidarios de la moderna teoría de la imputación objetiva. Afirmaba, en este sentido, contundentemente que «[e]ste ejemplo no tiene nada que

directo de primer grado es, en este sentido, un falso indicador de la solución correcta, que a veces conduce a ella por casualidad, por el simple hecho de que muchas de las conductas que se llevan a cabo con la intención de lesionar a otros tienen un sentido objetivo que también se agota en la puesta en peligro de sus intereses.

Con arreglo al mismo principio han de resolverse, a mi juicio, los casos de «debilidades especiales», alcanzando con ello una solución diferenciada, con la que probablemente gran parte de la doctrina tanto penalista como civilista estaría dispuesta a coincidir: la conducta solo podrá considerarse jurídicamente desaprobada (también) en atención al riesgo nimio de dar lugar a esta clase de resultados lesivos si no cabe en absoluto interpretarla como la persecución de intereses legítimos, más allá de la puesta en peligro de otros²⁶². Así, por ejemplo, pegar empujones a otras personas con la suficiente fuerza como para provocarles una caída es una conducta cuyo sentido objetivo se agota en la puesta en peligro de sus intereses. Este comportamiento crea un riesgo considerable de lesionar a los potenciales afectados, pero también un riesgo *insignificante* de matarlos si los huesos de sus cráneos son especialmente frágiles. En este caso, la importancia prácticamente nula que ha de atribuirse a la restricción de la libertad de actuación del autor en la correspondiente ponderación de intereses conduce a calificar su conducta como jurídicamente desaprobada en atención a *ambas* dimensiones de riesgo²⁶³. Por el contrario, conducir un vehículo de motor por encima del límite de velocidad de la vía es una conducta que cabe interpretar como la persecución de finalidades legítimas; como un intento, por ejemplo, de no llegar tarde al lugar de destino. Esto no impide que se desaprobe jurídicamente en atención al riesgo considerable de producir atropellos o colisiones con otros vehículos que crea, con la consiguiente probabilidad de dar lugar a

ver ni con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado social de la acción, al que nos hemos referido como adecuación social» (WELZEL, 1939, p. 517; opinión que mantiene también en 2001, p. 86). Matiza, sin embargo, la relevancia de este cambio de parecer de WELZEL, subrayando que, en todo caso, «el punto de partida decisivo está en determinar el sentido social de la acción a partir del tipo subjetivo», RUEDA MARTÍN, 2001, p. 196.

²⁶² A un resultado muy similar llega, en definitiva, PANTALEÓN PRIETO, en la medida en que sostiene que «la producción del evento dañoso al que la víctima (enfermo del corazón, hemofílico, artrítico, neurótico, etc.) está especialmente expuesta o es anormalmente propensa, no puede considerarse realización del riesgo general de la vida, que excluya la imputación objetiva, *a no ser que el suceso imputable al demandado, que actualizó la predisposición dañosa, no sea sustancialmente distinto de otros que resulten muy frecuentes en la vida cotidiana*» (1990, p. 1568; 1991, «Artículo 1902», p. 1985, énfasis añadido).

²⁶³ Como demuestra este ejemplo (y los siguientes que se analizarán en el texto), cuando un comportamiento desencadena varios riesgos diferentes, el juicio de imputación exige dilucidar en atención a *cuáles* de ellos se considera, en su caso, jurídicamente desaprobado el comportamiento; así, NAMIAS, 1993, pp. 31-36, 136-139.

daños materiales, lesiones e incluso muertes. Pero la conducta también da lugar a un riesgo de producir «daños por shock» a terceros especialmente impresionables que presencian o a los que se informa de los correspondientes accidentes; riesgo que, con carácter general, cabe calificar como nimio²⁶⁴. Y aquí una ponderación de todos los intereses en juego conduce a no considerar jurídicamente desaprobada la conducta en atención a esta segunda dimensión de riesgo²⁶⁵.

El que el sentido objetivo de la conducta del autor se agote o no en la puesta en peligro de los intereses ajenos puede ser determinante también en la resolución de otro grupo de casos de riesgo nimio que la doctrina, como se anticipó, no suele, sin embargo, discutir en esta sede: aquellos en los que la calificación del riesgo como *insignificante* resulta de la aplicación del principio de confianza. Siempre que, por ejemplo, se vende a otro un cuchillo, se crea el riesgo de que el comprador mate a un tercero; riesgo que, en ausencia de indicios en contrario, ha de considerarse nimio con arreglo al principio de confianza. Pero también crea, de acuerdo con este principio, un riesgo nimio de dar lugar a la muerte de otro quien ofrece dinero a un tercero para que lo mate, si no existen indicios de que este aceptará la oferta. La razón por la que la primera de las conductas, a diferencia de la segunda, no puede considerarse jurídicamente desaprobada es que cabe interpretar

²⁶⁴ La única excepción que quizás podría plantearse se referiría al riesgo de lesiones derivadas de las reacciones al accidente por parte de familiares cercanos y amigos íntimos de los primariamente afectados, que cabe usualmente esperar incluso de personas con una fortaleza psíquica normal. Esta concreta dimensión de peligro podría merecer, en este sentido, el mismo tratamiento que el riesgo de dar lugar a los correspondientes atropellos o colisiones, de manera que también en atención a ella habría que considerar la conducta jurídicamente desaprobada; así, VON BAR, 1907, pp. 227-228; PANTALEÓN PRIETO, 1990, pp. 1567-1568; 1991, «Artículo 1902», p. 1985; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, n. 74 (p. 425).

²⁶⁵ Es dudoso, sin embargo, a dónde debería conducir este planteamiento en un «caso-límite», como el «caso del hurto de la maleta de viaje» («*Reisekoffer-Diebstahlsfall*») planteado por GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, p. 520, en el que un ladrón hurta al pasajero de un tren una maleta que (de forma totalmente imprevisible) contiene un medicamento que su propietario necesita tomar para mantenerse con vida, falleciendo este como consecuencia. Y un problema más difícil, si cabe, habría planteado el siguiente caso ocurrido en Alemania, sobre el que también llama la atención el autor (ibíd., n. 16, p. 520): a bordo de un tren, unos ladrones hurtaron una maleta que contenía (de nuevo, imprevisiblemente) médula ósea para la realización de un trasplante de células madre. Sorprendidos por el contenido de la maleta, la dejaron abandonada a bordo de otro tren, donde, afortunadamente, fue localizada a tiempo para realizar el trasplante (<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/emden-putzleute-finden-koffer-mit-knochenmarkspende-im-ic-13613891.html>). ¿Ha de considerarse el hurto una conducta jurídicamente desaprobada también en atención al riesgo *insignificante* de que el objeto del que se apodera el autor contenga un elemento necesario para salvar la vida de su dueño? Francamente, no me siento capaz de emitir una opinión definitiva al respecto; sí de expresar mi intuición de que la respuesta debería ser negativa. Una respuesta diferenciada —negativa, a efectos de imputación del resultado típico; afirmativa, a efectos de la determinación judicial de la pena— sostiene el propio GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 522-524.

la venta de un cuchillo como la persecución de finalidades ajenas a la lesión de los intereses de otros. Evidentemente, no cabe decir lo mismo del intento de persuadir a alguien precisamente de que los lesione²⁶⁶. La misma diferencia existe entre conductas como entregar a otro una soga con la que podría ahorcarse y convencerlo de que su vida carece de sentido, en ausencia, en ambos casos, de indicios de que vaya a suicidarse. Es por ello por lo que solo la segunda de estas conductas puede considerarse perturbadora en atención a esta dimensión de riesgo.

Pero al igual que el carácter nimio del riesgo no conduce irremisiblemente a la permisión de la conducta, tampoco la constatación de que esta no puede interpretarse como la persecución de intereses legítimos la convierte *automáticamente* en desaprobada: ninguna circunstancia elimina de plano la necesidad de ponderar, y esto es precisamente lo que ha de hacerse también en esta clase de casos. Y es que puede ocurrir que, con carácter excepcional, aunque la libertad de actuación del autor sea, como en estos supuestos, especialmente poco digna de tutela, lo sean aún menos los intereses amenazados por su conducta, al menos si se tiene en cuenta el carácter nimio del riesgo al que se los somete. Este puede ser el caso cuando la materialización del riesgo *insignificante* que el autor crea o deja de contener con su conducta presupone el ejercicio autorresponsable de la libertad del propio afectado, por oposición a los supuestos en que la realización del resultado lesivo está condicionada por una «debilidad especial» fruto de su mala suerte.

Un ejemplo puede, de nuevo, resultar de ayuda para entender a qué me refiero. Cortar a otro superficialmente con un cuchillo es una conducta cuyo sentido objetivo se agota en la puesta en peligro de sus intereses. Crea, por supuesto, un riesgo considerable de lesionar al afectado, pero también un riesgo nimio de matarlo si resulta ser hemofílico.

²⁶⁶ Si esta solución se combina con la postura defendida, a los efectos penales, respecto de la posibilidad de formular el juicio de peligro sobre la base de los conocimientos especiales del autor (vid. punto (a) del epígrafe 1 de este apartado), se alcanzan resultados muy similares a aquellos a los que conducen el criterio de la «prohibición de regreso» como límite a la participación punible, en el sentido en que lo concibe JAKOBS, 1991, pp. 214, 217-218, 696-700, 848-849; 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», pp. 215-218; 1997, «La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión», *passim*; 2012, pp. 78-79, 80-82; 2015, pp. 55-63, o la doctrina de los «actos neutrales», sobre la que vid., por todos, ROBLES PLANAS, 2003, *passim*, esp. pp. 21-75, 275-318; ROXIN, 2014, pp. 291-304; BAUTISTA PIZARRO, 2017, pp. 95-97, 105-109. A conclusiones similares llega también VON BAR, 1907, pp. 218-222, si bien, de nuevo, a través de un tratamiento diferenciado —a efectos de causalidad «adecuada»— de los supuestos en que el (primer) autor actúa con dolo y aquellos en los que su conducta es meramente imprudente.

De acuerdo con lo hasta aquí sostenido, el comportamiento ha de considerarse jurídicamente desaprobado en atención a ambas dimensiones de peligro. No obstante, otro riesgo al que da lugar la conducta —que también ha de considerarse nimio, con arreglo al principio de confianza— es el de matar al afectado de una infección si este deja voluntariamente de lavarse la herida. Aquí, por el contrario, parece que una ponderación de todos los intereses en juego debería conducir a no considerar desaprobado el comportamiento también en atención a esta dimensión de riesgo: la decisión autorresponsable del afectado de no contener el peligro que se cierne sobre sus propios bienes llevaría a considerar *menos dignos de tutela* los intereses amenazados, a los efectos de la eventual desaprobación jurídica de la conducta del autor²⁶⁷, lo que, unido al propio carácter (*ex ante*) nimio del riesgo, determinaría su permisión²⁶⁸. De acuerdo con este

²⁶⁷ Que el comportamiento del afectado puede influir sobre la valoración de sus intereses en la ponderación a la que obedece el juicio de desaprobación jurídica lo pone de manifiesto, sin ir más lejos, la regulación de la legítima defensa (art. 20.4 CP), conforme a la que —salvo quizás en casos de extrema desproporción— se considera «mal menor» cualquier daño al agresor derivado de la defensa necesaria frente a su conducta. Vid., en sentido similar, MÜNZBERG, 1966, pp. 364-368; HASSEMER, R, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB* (Berlín: Duncker & Humblot, 1981), pp. 88-91; ELLMER, 1986, pp. 191-192; SILVA SÁNCHEZ, 1989, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», p. 635, esp. n. 17; SANCINETTI, 1991, p. 519; LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 59, 67, 106-107 (quien, sin embargo, rechaza la posibilidad aquí defendida de reconducir esta causa de justificación al principio del interés preponderante; vid. *ibid.*, pp. 70-75); MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Legítima defensa», nms. 1636-1638; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», pp. 882-883.

²⁶⁸ Una «interrupción del nexo causal» en este grupo de casos defendían ya autores como BRUCK, 1885, pp. 94, 96-98; y VON BAR, 1871, p. 23; 1907, pp. 166-167, 232-234. Lo adecuado de esta solución no permite, sin embargo, pasar por alto la correcta afirmación de TRAEGER de que «[l]a expresión “interrupción del nexo causal” es [...] desacertada. Cuando un evento se encuentra en una relación de causalidad con un determinado resultado, esta relación de causalidad no puede ser ya eliminada o interrumpida. Nadie tiene el poder de hacer desaparecer del mundo lo ya sucedido» (1904, pp. 177-178); o la todavía más contundente de MAYER de que «un nexo causal interrumpido es un hierro de madera, una *contradictio in adiecto* como no se puede imaginar una más estridente y reprochable» (1967, p. 94); consideraciones que entroncan con la famosa calificación de la fórmula por parte de HART Y HONORÉ como «la metáfora favorita de los juristas y, quizás, la responsable de más malentendidos» (1985, p. 12). La misma solución para esta clase de supuestos alcanzan, por la vía (más correcta) de una exclusión de la imputación objetiva, BURGSTALLER, 1974, pp. 123-124; ROXIN, 1976, pp. 188-189; ROXIN, C, «Nachträgliches Mitverschulden des Opfers», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 167 (2020), pp. 189-190; SILVA SÁNCHEZ, 1989, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», n. 63 (p. 244); JAKOBS, 1991, p. 214; DERKSEN, 1992, pp. 233-236; REYES ALVARADO, 1994, pp. 338-345; CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 334-339; 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 105-109; 2004, «Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective», pp. 547-548; y JÄGER, 2017, nm. 133 (p. 83). Y es que, como señala CANCIO MELIÁ, «el hecho de que un corte en un brazo con un cuchillo [...], que sangra profusamente, desde el punto de vista externo o médico-biológico pueda perfectamente desencadenar un cierto riesgo de muerte por gangrena si no se desinfecta la herida, no afecta a la consideración de que en una sociedad en la que la higiene es un elemento esencial de la medicina —además de una medida de cuidado elemental en este tipo de heridas, conocida por todos—, ese riesgo —suponiendo que la eliminación de la simple desinfección es segura— no debe considerarse “insito” en el riesgo producido por

mismo razonamiento no procedería tampoco, por ejemplo, considerar un comportamiento jurídicamente desaprobado en atención al riesgo nimio (principio de confianza) de dar lugar a la muerte del potencial afectado si este rechaza una transfusión de sangre por motivos religiosos²⁶⁹. En un Estado de libertades, la condición de testigo de Jehová no es una «especial debilidad» del afectado, sino el resultado del ejercicio autorresponsable por su parte de un derecho fundamental²⁷⁰.

Finalmente, una segunda constelación de supuestos en los que la «balanza» puede inclinarse del lado de la desaprobación jurídica de la conducta a pesar del carácter nimio del riesgo que el autor crea o deja de contener se refiere a los casos de **restricción de la libertad del autor también nimia en relación con la importancia de los bienes amenazados**. De esta forma se explica, a mi juicio, la desaprobación jurídica de la conducta en los supuestos en que el autor incumple un «deber de doble aseguramiento»; casos que la doctrina discute normalmente al analizar los límites del principio de confianza²⁷¹. Así, por ejemplo, el miembro de un equipo quirúrgico que, concluida la

el corte» (CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 338-339); o, más bien, diría yo, no conduce a la consideración de la conducta como desaprobada (también) en relación con él.

²⁶⁹ Así, CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 105-109; 2004, «Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective», p. 547; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 455; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1433. También BURGSTALLER, 1974, p. 122, que defiende esta solución incluso para el caso de que el autor conociera la convicción religiosa de la víctima; supuesto en que un juicio de peligro formulado (como, en la línea de la doctrina mayoritaria, propone el autor) sobre la base de este conocimiento, el riesgo de fallecimiento ya no podría calificarse propiamente como nimio.

²⁷⁰ Muy claro, en este sentido, FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 474. Desde este punto de vista, hay que coincidir con CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 114-115, 336-337 en su crítica a la decisión de la *Court of Appeal* en el caso *R v Blaue* [1975] WLR 1, 1411 ss., donde el tribunal inglés confirmó la condena por homicidio de un hombre que había apuñalado a una mujer, testigo de Jehová, que terminó falleciendo al rechazar una transfusión de sangre por motivos religiosos. Cfr., no obstante, HART Y HONORÉ, 1985, pp. 360-361, quienes, a pesar de compartir (aparentemente) el principio general defendido en el texto (ibíd., p. 173), defienden la resolución adoptada en el caso *Blaue*, con base en el argumento de que, aquí, el peligro de muerte ante el que se encontraba la víctima impedía considerar verdaderamente autorresponsable su decisión de rechazar la transfusión. Ante una frontera mucho más vidriosa nos sitúan, sin embargo, los supuestos en los que la ofensa padecida por la víctima de un delito sexual es tal que la conduce al suicidio (autorresponsable): ¿violar a otra persona es una conducta jurídicamente desaprobada también en atención al riesgo de que termine suicidándose? Una interesante discusión al respecto puede encontrarse en GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 547-550.

²⁷¹ Así, p. ej., JAKOBS, 1991, p. 210; 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», p. 220; PUPPE, 2001, p. 113; 2015, p. 206; 2017, nms. 163, 242; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 143-145, 291-294, 404; CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ, 2010, pp. 145-146; FREI, 2010, p. 112; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1394; o PUPPE, I Y GROSSE-WILDE, T, «Doppeltes Staatsversagen – Das (vorläufige) Ende des Loveparade-Verfahrens», *JuristenZeitung*, vol. 74 (2019), p. 338.

operación, omite el contaje de los instrumentos empleados deja de contener el riesgo (sobre el que tiene competencia por asunción voluntaria) de que uno de ellos pueda, a consecuencia de un error de otro de los miembros del equipo, quedar abandonado en el cuerpo del paciente²⁷². De acuerdo con el principio de confianza, este riesgo ha de calificarse como nimio. A pesar de ello, el carácter especialmente poco oneroso de la imposición de un deber como el de contaje, unido a la importancia de los intereses en juego —nada menos que la salud, e incluso la vida, de los potenciales afectados— lleva a considerar jurídicamente desaprobada la conducta de quien lo incumple. El mismo razonamiento, *mutatis mutandis*, permite calificar como perturbadora la conducta de quien, en el tráfico rodado, no reduce su velocidad al aproximarse a una intersección en la que tiene preferencia, o la atraviesa sin mirar para comprobar si ya se ha introducido en ella (incorrectamente) otro conductor²⁷³.

ii. La probabilidad de salvación de otros intereses: el juicio de «peligro inverso»²⁷⁴

Como se desarrolló en el punto (a) de este apartado, en todos los posibles escenarios sobre los que se proyecta el juicio de desaprobación jurídica el comportamiento del autor supone, al mismo tiempo, el riesgo de que resulten lesionados ciertos intereses ajenos y la probabilidad de salvación de otros intereses. Como también se vio, estos últimos incluyen, como mínimo, el del autor en llevar a cabo su propia conducta. La determinación de la probabilidad de que este último interés resulte

²⁷² Vid., en este sentido, MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 293, 294; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1394.

²⁷³ A esta misma lógica responde también, a mi juicio, lo dispuesto en el art. 15.4 LPRL. De acuerdo con el principio de confianza, el riesgo de que el trabajador descuide sus propios intereses ha de calificarse, en efecto, como nimio; conclusión a la que, en este caso, coadyuva lo dispuesto en el art. 29 LPRL. Sin embargo, lo escasamente oneroso que resulta para el empresario adaptar las medidas de protección de la seguridad y salud en el trabajo (que en todo caso está obligado a implementar) a la vista de la posibilidad de que sus trabajadores cometan, en el desarrollo de su actividad, «distracciones o imprudencias *no temerarias*» —al menos en relación con la importancia de los intereses en juego— conduce a considerar desaprobada la omisión por parte del primero de contener esta dimensión de riesgo. Vid., en una línea similar, MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 285, 287, 296-298, que, a pesar de no calificar el precepto como una medida de doble aseguramiento, lo considera una suerte de deber de cuidado cualificado que opera, en este ámbito, como excepción (parcial) al principio de confianza.

²⁷⁴ Para evitar el empleo de esta extraña expresión, orillando las connotaciones intrínsecamente negativas de conceptos como «riesgo» o «peligro», MÜNZBERG, 1966, p. 164, prescinde en toda su obra del uso de estos últimos y habla en su lugar de la «idoneidad» (*Eignung*) de una conducta para lesionar unos intereses y/o salvar otros. Sin embargo, el autor evita de este modo una extrañeza expresiva para caer en otra: la derivada de ocultar el papel central que en su teoría de la antijuridicidad —como, por lo demás, en casi todos los planteamientos doctrinales al respecto— juega el concepto (matemático, si se quiere) de probabilidad.

preservado a través del comportamiento no plantea problema alguno, en la medida en que se trata, por definición, más bien de una certeza (probabilidad = 1): la permisión de una conducta siempre protege de manera plenamente eficaz la libertad del autor de llevarla a cabo. No ocurre lo mismo en escenarios de ponderación en los que —como sucede, en la práctica, en la mayoría de los supuestos y, paradigmáticamente, en los clásicos de justificación—, junto con los bienes ajenos amenazados y el simple *agere licere* del autor, está en juego la protección de otros intereses. La preservación de estos intereses a través de la conducta del autor puede ser más, menos o igual de probable que la lesión de los bienes amenazados por ella.

Puesto que una y otra estimación de probabilidad sirven, en definitiva, al mismo fin —la determinación del carácter perturbador o no de la conducta— parece lo más razonable someter su formulación a los mismos criterios²⁷⁵, de forma que, como ya se anticipó, puede remitirse aquí en buena medida a lo sostenido en el epígrafe 1 de este apartado. La estimación de la probabilidad de salvación de otros intereses a través del comportamiento del autor no es ni más ni menos, en este sentido, que un juicio de «peligro inverso». También en la formulación de este juicio rige, por tanto, un principio de confianza como el analizado en el punto (b) de dicho epígrafe: cuando la salvación de los intereses en conflicto depende de cómo se comporten otras personas, ha de partirse, (con los límites allí señalados) de la consideración como nimio del riesgo de que estas defrauden las expectativas sociales de conducta, incluyendo las relativas al cuidado de sus propios bienes. A efectos prácticos, sin embargo, lo que más importa destacar aquí es que ambas estimaciones de probabilidad han de formularse sobre la base del mismo nivel de conocimiento, en los términos expuestos en el punto (a) del epígrafe 1. En la medida en que se trata, también en esta sede, de determinar si la conducta del autor se ajusta al contenido de las expectativas de comportamiento jurídicamente garantizadas, el nivel de conocimiento de la realidad de partida no puede ser otro, en principio, que el disponible

²⁷⁵ Así, BURGSTALLER, 1974, pp. 155, 163; y WOLTER, 1981, pp. 38-40, 132, 134-135, 136-142, 165-173, 357-358. En la misma línea, señala MOLINA FERNÁNDEZ que «también en la justificación se plantea, de forma similar a lo ya visto en la fundamentación del injusto, el problema de si el hecho debe valorarse *ex post*, por lo que resulte, o *ex ante*, por lo que un espectador objetivo estime racionalmente que correcto desde la perspectiva de la menor lesividad. Y la respuesta que debe darse en ambos casos es idéntica. Las mismas razones sirven en uno y otro caso, ya que en último extremo de lo que se trata *siempre* es de encontrar aquella acción que en el momento de realizarse sea lo menos lesiva posible para los bienes jurídicos. Ello alude por igual a los casos en los que sólo está en juego un bien, como a aquéllos en los que hay un conflicto [...]. La única diferencia es que en este caso las complicaciones aumentan, ya que tanto la peligrosidad *ex ante* como el resultado tiene que referirse a cada uno de los bienes y al conflicto entre ellos» (2001, p. 397).

en el momento en el que la conducta se lleva a cabo (*ex ante*) para el participante medio en el concreto sector del tráfico de que se trate: la persona baremo en la posición del autor.

A lo sostenido en relación con el juicio de peligro puede remitirse, asimismo, en lo que hace al tratamiento de los conocimientos del autor *inferiores* a los de la persona baremo, lo que conduce en este ámbito a soluciones, por así decirlo, «simétricas» a las allí defendidas. Así, en la medida en que la estimación de probabilidad de salvación de los intereses en conflicto formulada desde la perspectiva de la persona baremo conduzca a afirmar la desaprobación jurídica de la conducta, existirá, a los efectos tanto penales como civiles, una conducta perturbadora. Los conocimientos inferiores del autor que lo lleven a *sobreestimar* tal probabilidad serán relevantes, a lo sumo, a los efectos de su responsabilidad penal, pudiendo fundamentar un error de tipo (indirecto) —en su caso, un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación— excluyente del dolo o, si es invencible, de la culpabilidad. A la inversa, si la estimación de probabilidad de salvación de aquellos intereses formulada sobre la base del nivel de conocimientos de la persona baremo conduce a calificar el comportamiento como permitido, no podrá afirmarse en ningún caso la existencia de una perturbación, decayendo incluso (a los efectos penales) la posibilidad de castigar por tentativa al autor cuyos conocimientos inferiores lo lleven a *subestimar* tal probabilidad.

Igualmente «simétricas» son las soluciones que han de defenderse para la formulación del juicio de peligro y del juicio de «peligro inverso» en los supuestos en que el autor tiene unos conocimientos de la realidad *superiores* a los de la persona baremo en su posición que le permiten estimar de forma más correcta la probabilidad de salvación de los intereses en conflicto. De esta forma, coincide el tratamiento penal y civil de los conocimientos superiores que conducen al autor a percibir una probabilidad de salvación superior a la que se representaría la persona baremo (la persona baremo *subestima* esta probabilidad): el juicio de «peligro inverso» ha de formularse, en ambos casos, tomando como base los conocimientos del autor. Las soluciones penal y civil difieren, sin embargo, en lo que se refiere a los conocimientos superiores del autor que le conducen a representarse una probabilidad de salvación de los intereses en conflicto inferior a la que percibiría la persona baremo (la persona baremo *sobreestima* esta probabilidad). Mientras que, a los efectos civiles, el juicio de «peligro inverso» ha de formularse aquí, de nuevo, desde la perspectiva (más correcta) del autor, el principio del hecho impide, en esta clase

de casos, la consideración —por hipótesis incriminatoria— de los conocimientos especiales del autor a los efectos de su responsabilidad penal.

El planteamiento que acaba de resumirse proporciona, a mi juicio, la clave para resolver una serie de problemas que la doctrina, sobre todo penalista, suele discutir en sede de **consentimiento** y de legítima defensa. En relación con el primero, de lo sostenido hasta este punto resulta que no cabrá afirmar la permisón del comportamiento del autor con base en el consentimiento del afectado en la puesta en peligro de sus propios bienes (disponibles), en la medida en que tal consentimiento resulte incognoscible *ex ante* para la persona baremo en la posición del autor, y a la vez desconocido para este último en el momento en que lleva a cabo la conducta; el que, en un caso así, el consentimiento del afectado exista realmente carece por completo de relevancia a estos efectos²⁷⁶. Viceversa, un consentimiento del afectado en la puesta en peligro de sus bienes (disponibles) cognoscible *ex ante* para la persona baremo será suficiente para excluir la desaprobación jurídica de la conducta, por mucho que el autor no se represente en absoluto su concurrencia. En esta clase de supuestos decaerá ya el carácter perturbador del comportamiento, sin que pueda afirmarse siquiera, a los efectos penales, la existencia de una tentativa.

Tampoco la **legítima defensa** ha de considerarse, a mi juicio, una excepción al planteamiento aquí defendido. Merece, en este sentido, ser objeto de crítica la tesis, defendida por la doctrina dominante²⁷⁷, de acuerdo con la que la «agresión ilegítima» presupuesto de esta causa de justificación tendría que concurrir efectivamente (*ex post*)

²⁷⁶ Así, ROMEO CASABONA, 1981, pp. 345-346, 407; JAKOBS, 1991, pp. 242, 245-246, 438; HÖRNLE, 1999, p. 205; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 409-410, 411-412; ROXIN, 2006, pp. 569-570; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 371; MIR PUIG, 2016, pp. 532-533; MARAVER GÓMEZ, M Y CANCIO MELIÁ, M, «Spain», en *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*, ed. Reed, A et al. (Londres/ Nueva York: Routledge, 2017), p. 405; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2020, pp. 257-258, 462; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 680-682. Cfr., no obstante, PUENTE SEGURA, 1997, p. 48. Sobre su posible relevancia para negar, en esta clase de supuestos, la concurrencia de un resultado típico (penal) o de un daño (civil), vid., respectivamente, inciso (i) del punto (b) del epígrafe 2 del capítulo 3 y epígrafe 1 del apartado III del capítulo 4.

²⁷⁷ Aunque cuestionada, con buenos argumentos, por WOLTER, 1981, pp. 38, 138-141 (y de forma mucho más lacónica en WOLTER, J, «La imputación objetiva objetiva en un sistema del delito de doble vía», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J et al. (Madrid: Reus, 2020), p. 1187); FRISCH, W, 1983, pp. 419-448, 462; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 386-413, 839; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Legítima defensa», nm. 1655; y, aunque desde una perspectiva radicalmente subjetivista, que aquí no se comparte, ZIELINSKI, 1973, pp. 218-307, 310-311; SANCINETTI, 1991, pp. 511-572, esp. 524-531. Una postura muy similar a la de los dos primeros autores citados parece mantener MÜNZZBERG, 1966, pp. 342-374, cuyas conclusiones acaban coincidiendo, no obstante, con las de la doctrina mayoritaria.

para poder excluir la desaprobación jurídica de la defensa, más allá de los límites del estado de necesidad agresivo (art. 20.5.^a CP); postura que se basa en la idea de que solo el verdadero autor de una agresión antijurídica tendría el «deber de soportar» la defensa en la amplia medida tolerada por el art. 20.4.^a CP²⁷⁸. En mi opinión, siempre que un

²⁷⁸ Así, JAKOBS, 1991, pp. 353-357; 1997, «El principio de culpabilidad», pp. 390-391; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 265-271; PUENTE SEGURA, 1997, pp. 171, 188-189; BOLEA BARDÓN, C, «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 51 (1998), pp. 628-629; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 355, 375; ROXIN, 2006, p. 662; PALERMO, 2006, pp. 13-116, 265-268 (aunque con algunos matices relevantes); WILENMANN, 2017, pp. 184-187; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 777. Vid. también GARCÍA ÁLVAREZ, 2014, p. 78. Normalmente, esta postura descansa, en efecto, en una concepción de la legítima defensa como «estatuto» que conllevaría no solo la licitud de la conducta del agredido, sino también un deber del agresor de *tolerar* la defensa necesaria que, a su juicio —y, probablemente, al de cualquiera—, solo debería poder predicarse de los agresores *reales* y no de los meramente aparentes (por muy razonable que resulte la suposición de que lo son). No alcanzo a ver, sin embargo, por qué la justificación por legítima defensa ha de ir necesariamente aparejada de la no justificación sobre la misma base del agresor putativo que se defiende, a su vez, de la «defensa» de quien (razonablemente) se supone agredido. El dogma de que no cabe legítima defensa contra legítima defensa y la concepción de esta como «estatuto» en la que se basa tiene, según creo, muchos más inconvenientes que ventajas desde el punto de vista dogmático. A mi juicio, ha de coincidirse plenamente con FRISCH cuando afirma que la función de las causas de justificación «en el marco de la teoría del delito no es la de determinar las clases de comportamiento que los *terceros* tienen el deber de *soportar*; este problema solo es objeto de análisis cuando se estudian los derechos de defensa (*Abwehrrechte*) que corresponden a los terceros» (FRISCH, W, 1983, pp. 424-425); o que «el análisis de las causas de justificación en el contexto de la teoría del delito no tiene por objeto establecer “derechos de intromisión” (*Eingriffsrechte*) con sus correspondientes deberes de soportar, sino únicamente determinar cuándo el comportamiento [del autor] no entra en consideración como fundamento para la imposición de la pena, teniendo en cuenta la relación existente entre dicho comportamiento y el mundo de los bienes [jurídicos]» (ibíd., p. 445). En el mismo sentido, puede traerse a colación la siguiente cita de WELZEL sobre el estado de necesidad: «La consideración de la situación de necesidad no es un acto de gracia [*Gnade*] retrospectiva, sino el reconocimiento de que, en ella, no es incorrecto —no se desaprueba jurídicamente— aspirar a la salvación de unos bienes aun a costa del sacrificio de otros superiores. Esto es: la acción en estado de necesidad, como tal acción, no es ilícita, por mucho que haya conducido a la lesión de un bien jurídico y, con ello, a un resultado jurídicamente desaprobado, que da entrada (de acuerdo con ciertas construcciones) a la legítima defensa. Que ambas valoraciones puedan darse al mismo tiempo se debe a los distintos puntos de vista desde los que se formulan: la primera es un juicio sobre el autor y su acción; la segunda, sobre el resultado (y la situación del lesionado). Una y otra no tienen por qué coincidir en todo caso —la vida no siempre es tan armoniosa— y el Derecho tiene que dar una respuesta justa a esta clase de colisiones» (1939, p. 535). A la misma conclusión llegan, aunque solo en relación con el estado de necesidad (no respecto de otras causas de justificación), GIMBERNAT ORDEIG, E, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed. (Madrid: Tecnos, 1990), pp. 229-230; LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 219-228; y, únicamente en relación con *determinados supuestos especiales* de estado de necesidad agresivo (como el que representa el tan discutido caso del derribo de aviones), ROBLES PLANAS, R, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado honoris causa en la Universidad de Alcalá*, ed. Luzón Peña, D-M (Las Rozas: La Ley, 2010), pp. 464-470.

En esta línea se manifiestan muy claramente SANCINETTI, 1991, pp. 560-563, 611; y, sobre todo, ZIELINSKI, 1973, pp. 297-301, 311, que subraya, además, que el argumento frecuentemente aducido por los partidarios de la postura que aquí se critica, en el sentido de que permitir reacciones defensivas justificadas frente a conductas a su vez lícitas conduciría a una suerte de «regreso al estado de naturaleza», no conduce a ninguna solución fructífera. Así, afirma, p. ej., COCA VILA que la concepción aquí defendida «conduce en un primer momento a dejar en manos del más fuerte la solución del conflicto, para, en un segundo momento, acabar sumiendo a todos los agentes implicados en la situación de conflicto en el más absoluto caos normativo y empírico como consecuencia de un carrusel de acciones defensivas entrecruzadas cuasi-justificadas» (2016,

pronóstico formulado sobre la base del nivel de conocimiento disponible *ex ante* para la persona baremo permite afirmar la existencia de los presupuestos objetivos de la legítima defensa, la conducta del autor debe considerarse permitida dentro de los límites definidos por el art. 20.4.^a CP, por mucho que tales presupuestos no concurren realmente²⁷⁹. Solo podría llegarse a una solución diferente, *a los efectos civiles*, para el caso en que el autor se percatase, dados sus conocimientos especiales, de la efectiva inexistencia de los presupuestos de justificación; resultado que el principio del hecho impediría, en todo caso, trasladar al ámbito penal.

Acierta, sin embargo, la doctrina mayoritaria al denunciar lo injusto que resulta, desde el punto de vista material, que quien realmente no ha agredido al autor termine, sin embargo, por padecer su «defensa» en los límites tolerados por el ordenamiento. Aquí parece, en efecto que debería ser el propio autor —o el tercero que, en su caso, se haya *beneficiado* de la defensa— quien soportase finalmente los costes de su interacción con el afectado. Pero es importante destacar que el Derecho penal carece de instrumentos para conducir a esta solución: por mucho que, como propone la doctrina mayoritaria, se afirmara en estos casos la existencia de una perturbación, y por mucho que la errónea representación del autor fuera, además, insuficiente para excluir su culpabilidad, ello no cambiaría en nada la posición del afectado. La pena que se le impusiera al primero sería,

p. 459). Parece claro, no obstante, que la simple declaración de que un comportamiento defensivo se encuentra simplemente exculpado (no justificado), por estar justificada la agresión contra la que se dirige, no sirve para impedir que, de hecho, la concreta situación de conflicto se resuelva a través de una «guerra de todos contra todos» en la que prevalezca «el derecho del más fuerte». Dicha declaración solo puede tener lugar, por hipótesis, en un momento (legislativo) *anterior* al concreto conflicto o en un momento (judicial) *posterior* a él, en el que este ya se ha dirimido de uno u otro modo: el Derecho no puede «aparecer» en el momento crítico para obligar a quien resulta justificadamente atacado a que soporte la pérdida de sus bienes. Como afirma ZIELINSKI, «[l]a solución “libre de contradicciones” de la teoría tradicional de la justificación no tiene efecto regulativo alguno; tampoco ella puede impedir que se produzca el conflicto señalado. Es una solución meramente aparente. Cuando ambos autores reaccionan a la situación de conflicto del mismo modo que lo habría hecho en su lugar la personificación (¡no omnisciente!) del ordenamiento jurídico, entonces han actuado “conforme a Derecho”, incluso cuando ello conduce a que —lamentable, pero inevitablemente— hayan tenido que quitarse la vida el uno al otro» (1973, p. 301). Vid., en el mismo sentido, SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, n. 438 (pp. 297-298), p. 361.

²⁷⁹ Nótese que, contra lo sostenido por ZIELINSKI, 1973, pp. 218-307, 310-311; y SANCINETTI, 1991, pp. 511-572, esp. pp. 524-531, para la justificación no basta, en este caso, de acuerdo con lo aquí defendido, la mera representación errada del autor de que tales presupuestos efectivamente concurren (legítima defensa «putativa»); lo que importa es que quepa o no afirmar su existencia desde la perspectiva —más correcta, aunque también en definitiva errada— de la persona baremo. Si ni siquiera desde este último punto de vista puede sostenerse la concurrencia de los presupuestos de justificación, la representación en sentido contrario del autor podrá fundamentar, a lo sumo, un error excluyente del dolo o, si es invencible, de la culpabilidad. Por expresarlo con la (alambicada) terminología habitual, ha de distinguirse el error *objetivamente* invencible sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa —que excluye, como regla, el carácter perturbador de la conducta— de la mera representación errada (*personalmente* vencible o invencible) del autor de que concurren; relevante, en principio, únicamente a los efectos penales.

en su caso, solo un mal que *se añadiría* al daño derivado de la conducta defensiva que el segundo ya ha padecido, sin mejorar en absoluto la situación de este último, más allá de una eventual «satisfacción» vindicativa²⁸⁰.

La vía para lograr el resultado político-jurídicamente deseable al que se ha hecho referencia solo puede, en este sentido, buscarse en el sector del ordenamiento encargado de *trasladar* daños de un participante a otro de la interacción que los ha generado: el Derecho de la responsabilidad civil²⁸¹. No obstante, afirmar aquí, en la línea defendida por la doctrina mayoritaria, la existencia de una perturbación y, por consiguiente, la posibilidad de responsabilidad civil *por culpa* tendría un coste importante en términos de coherencia sistemática, en la medida en que desharía la identidad estructural entre los criterios de formulación del juicio de peligro y del juicio de «peligro inverso» únicamente para este (pequeño) grupo de casos. A mi juicio, no es necesario incurrir en este coste para alcanzar la solución aparentemente más justa: basta, en efecto, con admitir en estos casos la posibilidad de una responsabilidad civil *por sacrificio* como la que se reconoce a favor del perjudicado por un estado de necesidad agresivo, por medio de una aplicación analógica, o incluso *a fortiori* —totalmente aceptable teniendo en cuenta la naturaleza *civil* de la norma— del art. 118.1.3.^a CP²⁸². Al igual que sucede en relación con la

²⁸⁰ Vid. n. 44 del capítulo 1 y el texto al que acompaña.

²⁸¹ Así, ZIELINSKI, 1973, pp. 294-297.

²⁸² No es, en definitiva, el Derecho penal, sino el Derecho de la responsabilidad civil —y, en concreto, el de la responsabilidad civil *por sacrificio*— el encargado de corregir los «excesos colectivistas» a los que quizás podría conducir la combinación aquí defendida entre perspectiva *ex ante* y principio del interés preponderante, en la línea denunciada, entre otros, por HAAS, V, «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental», *InDret*, vol. 1 (2016), pp. 11-17. Cuando el Derecho penal considera justificada la conducta del autor (o cuando el Derecho de daños lo considera libre de culpa, en el sentido civil del término), no establece a la vez un deber de la víctima de soportar la injerencia en cuestión. Ello solo ocurriría si se le negase a esta además la posibilidad de ser indemnizada en virtud de una posible responsabilidad civil por sacrificio del dañante (¡o del beneficiado por la injerencia!). Creo que puede afirmarse, en fin, que los autores que más y mejor se han ocupado de construir una dogmática de las causas penales de justificación atenta a fundamentar también los (supuestos) «deberes de tolerancia» que estas implican para la víctima —de forma paradigmática, BALDÓ LAVILLA, 1994, *passim*, y, en la literatura más reciente, PAWLIK, 2002, *passim*; PALERMO, 2006, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, JM, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Cizur Menor: Aranzadi, 2005), *passim*; MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 249, 255-274; JAKOBS, 2012, pp. 44-52; JAKOBS, G, «Defensivnotstand», en *Notwehr in Deutschland und China. Weltsanschaulicher Hintergrund und dogmatische Grundfragen* (Baden-Baden: Nomos, 2020), *passim*; COCA VILA, 2016, *passim*, esp., 195-196, 391-392, 435-437, 446-497; 2017, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», *passim*; 2017, «Coche autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», *passim*; COCA VILA, I, «Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, 2021, pp. 183-184, 185-186; WILENMANN, 2017, *passim* — lo que han desarrollado en realidad, de forma consciente o inconsciente, es una inmejorable teoría de la responsabilidad *civil* por

responsabilidad civil por culpa, esta responsabilidad decaería, sin embargo, en caso de que al perjudicado le fuera imputable la apariencia de agresión ilegítima que motivó la defensa del dañante: aquí sí existiría, indudablemente un deber del perjudicado de soportar el daño²⁸³.

c. Lo que «pesa» el sacrificio de la libertad del autor: criterios generales de valoración

Como ya se ha indicado en numerosas ocasiones, el único interés que, por hipótesis, está presente en todas las clases de escenarios de ponderación a las que puede responder el juicio de desaprobación jurídica es el del autor en llevar a cabo su propia conducta. En favor de la permisión de una determinada forma de comportamiento «pesa» siempre, en efecto, la necesidad de tutelar la libertad de los posibles interesados en llevarla a cabo. Toda desaprobación jurídica de una conducta supone, en este sentido, un sacrificio del *agere licere*; sacrificio cuyo desvalor dependerá, en primer lugar, de la clase de comportamiento de que se trate. Así, por ejemplo, como también se vio, el interés del autor en dar empujones a otras personas no es tan digno de tutela como su interés en

sacrificio; una tarea, por lo demás, enormemente necesaria y cuyo valor dogmático no pretendo en absoluto poner en duda.

Que el esfuerzo de estos autores pueda resultar más fructífero para el Derecho privado que para el Derecho penal tiene, a mi juicio, muy poco de sorprendente. Y es que, «[e]l Derecho penal es parte del Derecho público del Estado. En Derecho público no se establecen relaciones entre particulares, sino entre particulares y el Estado. En un caso de enfrentamiento entre causas de justificación no hay una relación jurídico-penal entre las personas enfrentadas, sino una relación jurídico-penal entre el Estado y, por ejemplo, el ciudadano uno, y otra relación jurídico-penal entre el Estado y, por ejemplo, el ciudadano dos. Un hipotético deber de tolerancia derivado de una conducta justificada no es otra cosa que el deber general de atenerse a la norma de determinación» (SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, pp. 338-339). En la misma línea, señala MAÑALICH RAFFO que el planteamiento que establece una vinculación *necesaria* —por oposición a meramente contingente— entre justificación penal y deber de tolerancia del perjudicado por la injerencia «descansa en la hipótesis de que las normas (o “reglas”) de comportamiento del derecho penal funcionarían como fundamentos de relaciones jurídicas entre personas individuales, que respectivamente contarían como sujetos de los correspondientes derechos y deberes. [...] Esto último es incompatible con el estatus de normas de derecho público que exhiben las así llamadas “normas de comportamiento del derecho penal”» (MAÑALICH RAFFO, JP, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, ed. Mañalich Raffo, JP (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2013), pp. 230-231.

²⁸³ Por «culpa concurrente»; vid. apartado V del capítulo 4. Esta misma postura defiende, en relación con la legítima defensa *putativa* (y del estado de necesidad *putativo*), BUSTO LAGO, 1998, pp. 355-356, 396. A mi juicio, sin embargo, la aplicación analógica del art. 118.1.3.ª CP ha de reservarse para los supuestos en los que, pese a concurrir (*ex ante*) una situación de legítima defensa *real*, el perjudicado por la acción defensiva no tiene un deber de soportar el daño derivado, bien de su condición de agresor ilegítimo, bien de la creación (responsable) por su parte de una apariencia intersubjetivamente creíble de estar agrediendo a quien se defiende (entonces, culpa concurrente). En los casos de legítima defensa y estado de necesidad *putativos* rige, en cambio, la regla de responsabilidad civil —por culpa, no por sacrificio— en caso de error (art. 118.2 CP; o art. 109 CP, en caso de error vencible que no excluya la responsabilidad penal).

conducir un vehículo de motor, si es que el primero lo es en absoluto. Las cuestiones que se analizarán en este punto se refieren, sin embargo, como su título indica, a los criterios «generales» de valoración del interés del autor en llevar a cabo la conducta, a los efectos del juicio de desaprobación jurídica; a aquellos que, por expresarlo de otro modo, rigen *en todo caso* con independencia de la forma concreta de comportamiento de que se trate.

En este sentido, lo primero que cabe destacar es que la valoración del interés del que aquí se trata es un juicio que parte, necesariamente, de unas determinadas *capacidades*. El sacrificio de la libertad de obrar derivado de la desaprobación jurídica de una forma de conducta será tanto más importante cuanto mayor sea el esfuerzo que deba invertirse para evitar llevarla a cabo; esfuerzo que, a su vez, dependerá de las facultades con las que se cuente a estos efectos. A esta cuestión se dedicará el inciso (i) de este punto, donde se tratará de responder a la pregunta por el concreto nivel de capacidades del que ha de partirse al valorar la restricción del *agere licere* que supondría la desaprobación jurídica de la conducta del autor.

Por otra parte, se plantea en este nivel la pregunta por la *perspectiva general* desde la que ha de realizarse la valoración del interés del autor en llevar a cabo la conducta, a los efectos de su eventual desaprobación jurídica; perspectiva que no difiere de aquella desde la que han de valorarse el resto de los intereses en juego y que, como ya se indicó, no es otra que la del Derecho. La filosofía política que impregna un determinado ordenamiento jurídico tiene, en este sentido, una importante influencia sobre el «peso» que se asigna a los diferentes valores en conflicto y, por consiguiente, sobre los resultados que arroja su ponderación. A la hora de valorar el *agere licere*, un Derecho (moderadamente) liberal como el español parte de principios muy diferentes a los que asumiría un ordenamiento jurídico de corte autoritario-colectivista; principios como el de que cada individuo puede legítimamente tener sus propios intereses y los de sus seres queridos en más alta estima que los intereses de otros conciudadanos. Sobre esta problemática y sus implicaciones en materia de justificación se profundizará en el inciso (ii) de este punto.

i. Las capacidades con base en las que se valora la restricción de la libertad: el problema de las capacidades especiales

Como se ha anticipado, en la medida en que la magnitud de la limitación de la libertad que supone la desaprobación jurídica de una determinada forma de conducta se mide por el nivel de esfuerzo necesario para evitar llevarla a cabo, su valoración ha de tomar como base unas determinadas capacidades. Pues bien, si se tiene en cuenta que esta valoración se realiza a los efectos de decidir, a través de la correspondiente ponderación de intereses, si la conducta en cuestión ha de considerarse contraria a las *expectativas de comportamiento* que el Derecho garantiza, parece que —al igual que sucedía en relación con los conocimientos de la realidad con base en los que se formulan tanto el juicio de peligro como el juicio de «peligro inverso»— las capacidades que se tomen como punto de partida habrán de ser, al menos en principio, las del **participante medio** en el concreto sector del tráfico de que se trate²⁸⁴. La perspectiva relevante es, en este sentido, de nuevo, la de la persona baremo en la posición del autor.

Como también ocurría respecto de la formulación del juicio de peligro, lo acertado de este planteamiento apenas se cuestiona cuando se trata de resolver supuestos en que el autor tiene unas **capacidades inferiores** a las de la persona baremo en su posición: si valorando la restricción de la libertad sobre la base de las capacidades de la persona baremo se llega, mediante la oportuna ponderación de intereses, a una conclusión favorable a la desaprobación jurídica del comportamiento, existirá, a todos los efectos relevantes, una conducta perturbadora. El que el autor sea personalmente menos capaz que la persona baremo de evitar incurrir en esta clase de conductas, o incluso completamente incapaz de hacerlo, tendrá relevancia, en el ámbito penal, para atenuar o excluir su culpabilidad²⁸⁵. Civilmente, en cambio, las capacidades inferiores del autor son, como regla²⁸⁶, completamente irrelevantes²⁸⁷. Así resulta, como ya se indicó, de la lógica resarcitoria por la que se rige este sector del ordenamiento.

²⁸⁴ Vid. n. 86 de este capítulo y el texto al que acompaña.

²⁸⁵ Dando lugar, en este último caso, a un simple «rodeo» dogmático, que solo se justifica por sus ventajas didácticas y prácticas; vid. n. 39 de este capítulo y el texto al que acompaña.

²⁸⁶ Al margen de la exclusión de la responsabilidad de ciertas categorías de dañantes con capacidades inferiores por razones de política jurídica (vid. apartado VI del capítulo 4).

²⁸⁷ Mantiene una posición contraria —de forma prácticamente aislada, hasta donde alcanzo— PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 484-492.

Algo más discutidos resultan los casos en los que el autor presenta unas **capacidades superiores** a las de la persona baremo; el conocido como «problema de las capacidades especiales» (*Sonderfähigkeiten*). Una minoría de autores opta por dar a estas capacidades el mismo tratamiento que defiende para los conocimientos superiores del autor a los efectos de la formulación del juicio de peligro; postura que suele basarse en los mismos argumentos esgrimidos en aquella sede²⁸⁸. Por el contrario, la doctrina probablemente dominante tanto penalista como civilista distingue uno y otro grupo de supuestos: si bien el juicio de peligro ha de formularse sobre la base de los conocimientos especiales del autor²⁸⁹, la desaprobación jurídica de la conducta se determina únicamente sobre la base de las capacidades de la persona baremo, sin tener en cuenta las eventualmente superiores de aquel²⁹⁰. A la fundamentación normativa de esta diferencia de trato suele prestarse, sin embargo, una atención muy escasa, o más bien nula.

A mi juicio, la solución correcta pasa, una vez más, por prestar atención a las diferentes funciones que la exigencia de una conducta perturbadora desempeña en las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil,

²⁸⁸ Así, KÖHLER, 1912, pp. 127, 131-132, 172; GUARNERI, 1947, p. 150; SAMSON, 1977, p. 131; DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 45-52; ROMEO CASABONA, 1981, pp. 215-221, 403; SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 215; MIR PUIG, 1988, pp. 673-676; 2016, pp. 302-303, 550, que, sin embargo, admite en esta última obra una excepción para los casos en que el autor no puede decidir voluntariamente si emplea o no sus capacidades superiores a la media; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 127-146, 219-220, 230-235, 249, 307, 339-342; JORGE BARREIRO, 1990, pp. 42-43; FEJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, pp. 107-110, 114-116, 247-248; PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 478-484; VILLACAMPA ESTIARTE, 2003, pp. 74-77, 88-89, 253; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 52-53; 2008, pp. 56, 84; ROXIN, 2006, pp. 1085-1086; KINDHÄUSER, 2007, pp. 36-37, 51, 79-81; FREI, 2010, pp. 72-74, 78-79, 89, 92-93, 199, 201-202, 296; MARINUCCI, 2013, pp. 155-156, 162; MATELLANES RODRÍGUEZ, 2015, pp. 158-160; HOYER, 2017, nms. 17-24 (pp. 481-484), 100 (p. 509); PUPPE, 2017, nm. 161; GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nms. 54-56; DE VICENTE REMESAL, 2020, *passim*, esp. 15, 17-18, 34-39 (excluyendo las capacidades especiales «innatas»); y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 1203-1204. Este parece ser, asimismo, el criterio dominante en los Estados Unidos, como demuestra lo dispuesto en el § 289 del *Restatement (Second) of Torts* del American Law Institute. También en esta línea, aunque con matices importantes para sectores de actividad en los que la estandarización de los deberes de cuidado resulta especialmente relevante desde el punto de vista de la protección de los bienes jurídicos, SACHER, 2006, pp. 272-275, 289.

²⁸⁹ Vid. los trabajos citados en la n. 104 de este capítulo.

²⁹⁰ Así, FRISCH, P, 1973, pp. 80-82; BURGSTALLER, 1974, pp. 66-67; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 134-135; JORGE BARREIRO, A, «Jurisprudencia penal y Lex Artis médica», en *Responsabilidad del personal sanitario (Actas del seminario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994)*, ed. Jorge Barreiro, A y Gracia Guillén, D (Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995), pp. 79-80; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 264-272; GIL GIL, 2007, pp. 242-244, 414; PAWLIK, 2012, p. 343; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 284-285; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1386; y, aparentemente, WELZEL, H, «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 63 (1951), p. 53; y JESCHECK, 1965, p. 12. Cfr., no obstante, entre los civilistas, KOZIOL, 2012, pp. 209-210.

analizadas en el apartado III de este capítulo. Como se indicó al tratar el problema de los conocimientos del autor superiores a los de la persona baremo, el que la concurrencia de los diferentes elementos estructurales de la perturbación —allí el riesgo, aquí la desaprobación jurídica de la conducta— se valore, como regla, desde una perspectiva impersonal obedece precisamente a tales funciones, y no a un pretendido carácter «esencialmente objetivo» del requisito. No ha de perderse de vista, en este sentido, que las mencionadas consideraciones funcionales pueden exigir una renuncia a la estandarización, como de hecho demuestran las soluciones aquí defendidas para la mayoría de los casos de conocimientos especiales²⁹¹. Un resultado diferente ha de alcanzarse, sin embargo, según creo, en relación con las capacidades del autor superiores a las de la persona baremo. Como trataré de demostrar, un examen de este problema desde la perspectiva relevante (la funcional) conduce a la conclusión de que, en esta sede, ha de prevalecer en todo caso el criterio *impersonal*.

Para el ámbito penal, ello no es más que una consecuencia del principio del hecho, como garantía que protege el fuero interno del ciudadano frente a la indagación estatal con fines incriminatorios. Ciertamente, resultaría absurdo calificar como «*cogitationes*» las capacidades del autor que lo diferencian de la persona baremo en su posición. Estas tienen, sin embargo, en común con los conocimientos especiales el que descubrir su existencia obliga a examinar el ámbito privado del autor más allá de lo que puede colegirse del aspecto externo de su conducta²⁹², y solo esto último resulta, como ya se indicó, relevante para considerar que una determinada circunstancia forma parte de la esfera protegida por el principio del hecho. Por lo demás —a diferencia de lo que sucede en relación con los conocimientos superiores—, la formulación del juicio de desaprobación jurídica sobre la base de las capacidades especiales del autor *solo puede*

²⁹¹ Vid. punto (a) del epígrafe 1 e inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3 de este apartado.

²⁹² Esto, claro está, podría ponerse en duda en relación con las personas cuyas capacidades superiores a la media son, por así decirlo, «públicas y notorias»; piénsese en el ejemplo «de manual» del cirujano famoso en su especialidad que precisamente emplea dichas capacidades como reclamo publicitario. En relación con este grupo de casos caben, a mi juicio, dos soluciones posibles, y ambas conducen a la formulación del juicio de desaprobación jurídica teniendo en cuenta (aquí sí) las capacidades especiales del autor. La primera de ellas consistiría en argumentar que la persona baremo con cuya conducta ha de compararse la del experto no es, en este caso, el cirujano medio, sino la correspondiente al rol que aquel desempeña de forma socialmente visible»: el cirujano particularmente habilidoso en su especialidad. La segunda pasaría, en cambio, por interpretar la publicitación de las capacidades especiales como una suerte de «confesión» de su existencia, a través de la que el experto renunciaría (anticipadamente) a la protección del principio del hecho; principio que, como en su momento se argumentó, no ampara a nadie en contra de su voluntad (vid. el texto que acompaña a la n. 122 de este capítulo).

resultar incriminatoria; solo puede, en efecto, conducir a afirmar la existencia de una perturbación allí donde, partiendo de la base de las capacidades de la persona baremo, la conducta del primero se calificaría como permitida. Estas reflexiones conducen, en definitiva, a la solución defendida (pero insuficientemente fundamentada) por la doctrina mayoritaria para este grupo de casos: en ausencia de una conducta que pueda calificarse como perturbadora partiendo de las capacidades de la persona baremo en la posición del autor, le está vedada al Estado la indagación en el fuero interno de este último para descubrir si hubiera podido, con menos esfuerzo que la media, evitar el comportamiento arriesgado en cuestión.

En lo que hace al Derecho de daños, lo primero que es necesario señalar es que resulta *imposible* trasladar al ámbito de las capacidades superiores del autor la solución defendida, a los efectos civiles, para el problema de los conocimientos especiales. Y es que existe, a estos efectos, una diferencia fundamental entre conocimientos y capacidades: solo los primeros son representaciones de la realidad²⁹³. La mayor o menor correspondencia con esta última opera como parámetro de *corrección* de los conocimientos, de forma que un conocimiento superior constituye, por hipótesis, una representación más correcta de la realidad que otro inferior²⁹⁴. Ante esta circunstancia, el Derecho civil puede garantizar la «neutralidad» entre las partes que le impone su función resarcitoria formulando en cada caso el juicio de peligro desde la perspectiva de la

²⁹³ Como señala GIL GIL, «los conocimientos del autor no se tienen en cuenta por sí mismos, como representaciones, sino como identificación de *los datos de la realidad que configuran el supuesto de hecho* de la norma, lo que evidentemente no se puede predicar de las capacidades» (2007, pp. 243, 414, énfasis añadido). Esta diferencia entre conocimientos y capacidades me parece mucho más relevante, desde el punto de vista penal, que la señalada por DE VICENTE REMESAL, 2020, p. 8, en el sentido de que, mientras que los conocimientos nunca son innatos, las capacidades pueden ser innatas o adquiridas. DE VICENTE REMESAL sostiene que debería ser exigible al autor el empleo de sus conocimientos y capacidades *adquiridos* (todos, en el caso de los conocimientos; la mayoría en el caso de las capacidades), pero no el de sus capacidades innatas (ibíd., *passim*, esp. pp. 15, 17-18, 34-39). Pero si lo relevante a estos efectos es el grado de *esfuerzo* que el Derecho le exige al autor para la protección de los intereses ajenos —y parece claro que el esfuerzo que requiere emplear una capacidad especial es independiente de que esta sea innata o adquirida—, considero que el criterio de DE VICENTE REMESAL no puede compararse.

²⁹⁴ Vid., por todos, SEARLE, JR, *The Construction of Social Reality* (Nueva York: The Free Press, 1995), pp. 199-226. Esta diferencia entre conocimientos y capacidades, en la que la doctrina no ha reparado suficientemente, podría, por cierto, servir de base para construir un argumento *adicional* al fundado en el principio del hecho para no tener en cuenta las capacidades superiores del autor a la hora de valorar la restricción a la libertad de actuación que derivaría de considerar desaprobada su conducta; y ello con independencia de la solución que se diera al problema de los conocimientos especiales (así, p. ej., GIL GIL, 2007, pp. 242-244, 414). Por esta vía, sería posible fundamentar el tratamiento diferenciado que la doctrina mayoritaria ofrece a uno y otro problema: consideración de los conocimientos especiales del autor para la formulación del juicio de peligro (y del juicio de peligro inverso) y no consideración de sus capacidades especiales en el juicio de desaprobación jurídica.

persona baremo o desde la del autor, en función de cuál de las dos resulte *más ajustada a la realidad*, lo que beneficiará unas veces al dañante y otras al perjudicado. Es evidente, sin embargo, que las capacidades no pueden evaluarse en términos de su mayor o menor corrección. No existe, en relación con ellas, una perspectiva «más acertada» a la que el Derecho pueda adherirse sin más, beneficie a la parte que beneficie. La única solución al problema que preserva la debida «neutralidad» entre las partes pasa, en este sentido, por dar aquí al dañante todo lo que se le quita en sede de capacidades inferiores: si la justicia entre dañante y perjudicado exige que los defectos del primero no se tengan en cuenta en detrimento del segundo, entonces ha de exigir también que este no tenga derecho a que el dañante emplee en su beneficio sus capacidades superiores a la media. Se impone así, una vez más, la perspectiva impersonal defendida (pero, de nuevo, escasamente fundamentada) por la doctrina mayoritaria.

Recapitulando lo sostenido hasta este punto, resulta que las capacidades de las que ha de partirse para valorar la magnitud de la restricción de la libertad de actuación que supondría la desaprobación jurídica de una forma de conducta, a los efectos de su posible calificación como perturbadora, son *en todo caso* las del participante medio en el concreto sector del tráfico de que se trate. En este nivel de las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil, las concretas capacidades del autor —sean inferiores o superiores a las de la persona baremo— resultan, en consecuencia, absolutamente irrelevantes. El contraste de esta monolítica solución con la respuesta, más diferenciada, que se ha dado a la pregunta por el nivel de conocimiento del que ha de partirse en la formulación tanto del juicio de peligro como del juicio de «peligro inverso» no hace más que poner de manifiesto las *diferencias funcionalmente relevantes* que existen, a mi juicio, entre el problema de los conocimientos especiales y el de las capacidades especiales; diferencias que, como ha podido comprobarse, algunos autores pasan completamente por alto, y a las que la doctrina mayoritaria no ha prestado hasta el momento, a mi juicio, toda la atención que debería.

ii. La perspectiva general de enjuiciamiento: valoración impersonal y «justificación personal»

Como no podría ser de otra manera, el valor que se asigna a cada uno de los intereses en juego a los efectos de la ponderación en la que se basa el juicio de desaprobación jurídica se determina desde la perspectiva del Derecho. Esta es, por

hipótesis, una perspectiva **impersonal** («intersubjetiva», en la feliz expresión de MIR PUIG²⁹⁵), pero también una perspectiva impregnada por los principios de la filosofía política que inspira el ordenamiento jurídico en cuestión. Para un Derecho como el español, uno de estos principios es, sin duda, el de *igualdad*: cada vida, cada integridad física, etc. en juego «pesa» exactamente lo mismo en la «balanza», con total independencia de la identidad de su titular. En lo que aquí interesa, también la libertad de actuación de cada individuo se valora, a los efectos del juicio de desaprobación jurídica, con arreglo a idénticos criterios con independencia de quién lleve a cabo la conducta de que se trate²⁹⁶.

Pero estos criterios de valoración son, como ya se anticipó, los propios de un ordenamiento (moderadamente) **liberal**, un Derecho que toma en serio la idea de que, *para cada individuo concreto*, no todas las vidas, integridades físicas, etc. en juego tienen por qué «pesar» lo mismo. Y es que, en caso de conflicto, lo usual es que a *cualquiera* le cueste más esfuerzo sacrificar un interés propio o de un ser querido o uno ajeno, por mucho que un ordenamiento regido por el principio de igualdad deba asignar exactamente el mismo valor a uno que a otro. En lugar de ignorar este hecho, como haría un Derecho de corte autoritario-colectivista, nuestro ordenamiento le confiere una relevancia normativa fundamental en la ponderación en la que se basa el juicio de desaprobación jurídica²⁹⁷, valorando como *más grave* cualquier sacrificio del interés del autor en llevar a cabo su propia conducta que implique, al mismo tiempo, la renuncia por su parte a salvaguardar un interés propio o de un ser querido (y permitiendo así que, *ceteris paribus*, el autor prefiera *legítimamente* la preservación de estos intereses a la de los ajenos)²⁹⁸.

²⁹⁵ MIR PUIG, 1988, p. 663.

²⁹⁶ Y es que, como señala NINO, «la universalización inherente a todo juicio ético excluye la posibilidad de que las conclusiones morales acerca de la corrección de cierta acción puedan variar de acuerdo con la persona que la ejecuta, salvo que la alteración de los agentes implique diferencias en cuanto a circunstancias moralmente relevantes» (1980, p. 16).

²⁹⁷ En palabras de VARONA GÓMEZ, «[l]as relaciones íntimas están definidas, en último término, por una intensa parcialidad, y no podemos al mismo tiempo afirmar la validez de tales relaciones y condenar a alguien por miedos que revelan que valora su bienestar y el de su familia más que el de los extraños» (VARONA GÓMEZ, D, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia* (Granada: Comares, 2000), p. 63).

²⁹⁸ Con lo dicho no se pretende sino trasladar al ámbito de la *justificación* la sugerente fundamentación de la eximente de miedo insuperable llevada a cabo por VARONA GÓMEZ, 2000, pp. 56-66, 378-380 —cuyas agudas reflexiones críticas en torno a los argumentos empleados por la doctrina mayoritaria para negarle al miedo insuperable el estatus de causa de justificación (ibíd., 85-102, 382-383) parecen revelar que el propio autor se vio seriamente tentado de dar ese paso—; o, *mutatis mutandis*, la de la categoría general de la exculpación desarrollada por MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 274-349. No quiero sostener, con ello, que *la*

Contra lo que sostienen autores como VARONA GÓMEZ²⁹⁹, esta perspectiva no está, a mi juicio, en absoluto reñida con el principio de igualdad ni con el carácter impersonal de los criterios jurídicos de valoración. No se trata de que el Derecho asuma la perspectiva del autor concreto en la valoración de los intereses en juego, ni siquiera de que la tome como punto de partida en la determinación de lo que «pesa» en cada caso la restricción del *agere licere*, a los efectos del juicio de desaprobación jurídica. Lo que sucede es más bien que, en la valoración *impersonal* de este último interés, el Derecho no cierra los ojos a las *relaciones personales* que vinculan al autor —sea quien sea— con los distintos bienes en conflicto y que condicionan, *para cualquiera en su posición*, el esfuerzo que ha de invertir para orientar su conducta en un sentido o en otro. El interés de cualquier autor en llevar a cabo una determinada conducta se somete siempre a la misma «vara de medir», pero es una que toma en serio a cada cual como un individuo con unas preferencias y un proyecto de vida propios, y no como mero integrante de un colectivo.

concreta eximente de miedo insuperable responda al planteamiento desarrollado por VARONA GÓMEZ, ni que *todos* los supuestos a los que MARTÍN LORENZO da cabida bajo la exculpación sean, en realidad, de justificación: discutir estos extremos desbordaría sin duda los límites de este trabajo. Sí creo, sin embargo, que los planteamientos que ambos autores refieren a la exculpación describen más bien la perspectiva general desde la que se enjuicia la *desvaloración jurídica* de las conductas; una idea con la que me aventuro que la propia MARTÍN LORENZO estaría dispuesta a coincidir si no partiera (como parte) de una teoría de la justificación como la que se ha criticado en las nn. 278 y 282 de este capítulo: una que debe fundamentar también el (supuesto) deber del sacrificado de tolerar la conducta justificada.

Puede trazarse, en este sentido, una interesante línea desde la afirmación de WELZEL de que «la corrección de una acción no depende solo de un saldo positivo externo de bienes jurídicos, calculado por el Derecho como si de un frío hombre de negocios en una sucursal se tratase: ¡este sería un racionalismo totalmente insoportable y éticamente indigno! Las valoraciones del Derecho son mucho más profundas y complejas: [...] este también tiene en cuenta [...], en la valoración de la acción en estado de necesidad, la proximidad del bien jurídico para el autor» (1939, p. 535); hasta la de MOLINA FERNÁNDEZ de que «la ponderación de los intereses en conflicto se hace siempre de una manera objetiva, tomando como referencia la valoración del propio ordenamiento. Ello lleva habitualmente a una única solución del conflicto: para cualquier afectado, la ponderación arroja el mismo resultado, lo que podríamos denominar justificación no personal, o no personalmente condicionada. Aunque esta es la situación habitual, en algunos conflictos las circunstancias personales de los implicados (derivadas de su cargo, profesión, relaciones familiares, etc.) son objetivamente relevantes según la propia valoración del ordenamiento, de manera que para unos puede estar justificado lo que para otros no lo está» (MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Sistema de causas de justificación», nm. 1590); vid., en la misma línea, MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Exigibilidad y causas de inexigibilidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 2579. En este sentido se pronuncian muy claramente también ROXIN, 2006, pp. 757-758; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 869-870, que sin embargo no llegan a extraer de este planteamiento las conclusiones que se defenderán a continuación en el texto. Con carácter general, sobre la posibilidad de dar cabida a razones «relativas al agente» en el marco de una moral consecuencialista, vid., por todos, BAYÓN MOHINO, JC, «Causalidad, consecuencialismo y deontologismo», *Doxa*, vol. 6 (1989), pp. 478-479; MOORE, 2009, pp. 38-40.

²⁹⁹ 2000, pp. 118-123, 383-384.

Algunas variantes del famoso **ejemplo de la locomotora** (el llamado «*trolley problem*») ³⁰⁰ pueden ser útiles para ilustrar estas ideas tan abstractas, ofreciendo, al mismo tiempo, a modo de recapitulación final de las cuestiones examinadas en este apartado, una suerte de panorámica general de la estructura del juicio sobre la concurrencia o no de una conducta perturbadora. Supóngase, en primer lugar, que una locomotora sin frenos avanza por una vía a la que se encuentran encadenadas cinco personas, de manera que, con práctica seguridad, morirán si la locomotora prosigue su camino. El guardagujas, que está observando la situación, tiene, sin embargo, la posibilidad de desviar la locomotora hacia otra vía a la que se encuentra encadenada una sola persona, condenando a esta última para salvar a las cinco anteriores. A ninguna de ellas le une, por lo demás, relación personal alguna con el primero. En este escenario — y todos los que en adelante se examinarán— existen dos alternativas de conducta para el guardagujas: dejar que los acontecimientos sigan su curso o dirigir la locomotora hacia la segunda vía.

En el primero de los casos, el guardagujas, deja de contener un *riesgo* (epígrafe 1) para la vida de las cinco personas encadenadas a la primera vía; riesgo sobre el que, sin embargo, no es *competente* (epígrafe 2). La competencia del autor sobre el riesgo solo podría basarse, en efecto, en el art. 195.1 CP, que presupone, sin embargo, que el riesgo en cuestión pueda contenerse «sin riesgo propio *ni de terceros*» ³⁰¹. La existencia de una conducta perturbadora queda excluida, así pues, sin necesidad de entrar a valorar siquiera la posible *desaprobación jurídica* del comportamiento (epígrafe 3). Si el guardagujas opta, por el contrario, por dirigir la locomotora hacia la segunda vía, crea un *riesgo* para la vida de la persona encadenada a ella, sobre el que es sin duda competente, en la medida en que procede de su propia esfera de organización. El carácter perturbador de su conducta depende, en este sentido, de que quepa considerarla *jurídicamente desaprobada* con base en una ponderación de todos los intereses en juego. Del lado de la permisión «pesan», en este caso, tanto el interés del guardagujas en llevar a cabo su conducta, como las vidas de las cinco personas encadenadas a la primera de las vías que el comportamiento se dirige a proteger. Del de la desaprobación, la vida de la persona

³⁰⁰ Aunque el ejemplo suele atribuirse a FOOT, P, «The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect», *Oxford Review*, vol. 5 (1967), lo había empleado más de una década antes WELZEL, 1951, p. 51.

³⁰¹ Lo subraya, precisamente para excluir en este grupo de casos la concurrencia de una «colisión de deberes», MIR PUIG, 2016, p. 475. Respecto de la interpretación de esta cláusula que considero más correcta, vid. n. 177 de este capítulo.

encadenada a la segunda de las vías; bien al que ha de sumarse el interés general en la preservación del *statu quo*. Y es que, como ha sostenido correctamente parte de la doctrina, nuestro Derecho es, en efecto, «conservador», en el sentido de que otorga relevancia normativa al reparto por defecto de las oportunidades de supervivencia de los bienes³⁰². En ausencia de una preponderancia sustancial de unos intereses en juego sobre otros, la «balanza» se inclina, en este sentido, del lado de la preservación de aquellos que el destino no ha condenado.

En la variante del supuesto aquí considerada, puede sostenerse, sin embargo, a mi juicio, que existe tal preponderancia sustancial entre unos intereses y otros; preponderancia con base en la que debe considerarse permitida y, por ende, *no perturbadora*, la conducta del guardagujas que desvía la locomotora hacia la segunda vía. Y es que, por heterodoxa que pueda resultar, la afirmación de que, desde el punto de vista jurídico, cinco vidas valen *mucho más* que una sola me parece francamente poco discutible. La doctrina mayoritaria —y prácticamente unánime en Alemania³⁰³— aduce frente a esta tesis el argumento de que a un Derecho que toma en serio la dignidad de cada persona como individuo le estaría vedada la consideración de la vida (el valor supremo) como un bien ponderable y, por consiguiente, susceptible de sacrificio en aras de intereses superiores³⁰⁴. El valor de cada vida humana sería, en este sentido, equivalente

³⁰² Así, ya TORP, 1903, p. 105; y, en la doctrina reciente, BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 61-63, 68-69; ROXIN, 2006, pp. 744-746; COCA VILA, 2016, pp. 330-331, 356-358, 380-411, 532-533; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 416-417; SÁNCHEZ DAFUCE, 2016, pp. 305-306, 312-313, 316-320; PUPPE, I, «Verursachen durch Verhinderung rettender Kausalverläufe und durch Unterlassen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, vol. 11 (2018), pp. 489-490; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 859-861.

³⁰³ Cfr., no obstante, HILGENDORF, E, «Recomendaciones de triaje en la crisis del coronavirus: no importunar a los médicos con cuestiones jurídicas», *En Letra: Derecho Penal*, vol. 10 (2020), pp. 24-25; ROSTALSKI, F, «La vida no es imponderable», *En Letra: Derecho Penal*, vol. 10 (2020), *passim*.

³⁰⁴ Vid., por todos, WELZEL, 1951, pp. 51-52; 2001, p. 196; ROXIN, 1976, pp. 165-166, 222; 2006, pp. 738-742; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 175-217; PUENTE SEGURA, 1997, p. 235; BUSTO LAGO, 1998, pp. 393-394; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 387, 389, 539-540; MARTÍN LORENZO, 2009, *passim*, esp. p. 186; ROBLES PLANAS, 2010, pp. 446-450; PERALTA, 2012, pp. 255-259; GRECO, 2019, p. 489; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 854-858; COCA VILA, 2021, *passim*, esp. pp. 184-188; y, aparentemente, PEÑARANDA RAMOS, E, «Homicidio», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 6970; ENGLÄNDER, A, «Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante Triage», en *Triage in der Pandemie*, ed. Hörnle, T, Huster, S, y Poscher, R (Tubinga: Mohr Siebeck, 2021), pp. 115-116, 119; y HÖRNLE, T, «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en *Triage in der Pandemie*, ed. Hörnle, T, Huster, S, y Poscher, R (Tubinga: Mohr Siebeck, 2021), pp. 159-163; argumento que autores como JAKOBS, 1991, pp. 419-422; 2012, pp. 50-51, 65; o MIR PUIG, 2016, pp. 481-483, extienden a todos los intereses de carácter «esencial» (vida, integridad física, libertad sexual, etc.). Con este último planteamiento coinciden, en definitiva, RENZIKOWSKI, 1994, pp. 256-257, 265-266; PAWLIK, 2002, pp. 244-268; COCA VILA, 2016, pp. 227-228, 333, 493-495; 2017, «Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», pp. 253, 257-259; WILENMANN, 2017, pp. 641-651, que enfatizan, sin embargo, con acierto, lo difícil que resulta conciliar estas limitaciones (deontológicas) con una

a infinito, de manera que cinco vidas valdrían exactamente lo mismo que una sola ($5 \cdot \infty = \infty$). No obstante, en mi respetuosa opinión, este planteamiento no solo es contradictorio con la forma en que el juicio de desaprobación jurídica opera *de lege lata* (al menos) en el Derecho español, sino que resulta, además, sumamente cuestionable *de lege ferenda*.

No puede afirmarse seriamente, en primer lugar, que nuestro ordenamiento jurídico parta de la consideración de la vida como un valor «imponderable». Ya el hecho de que nadie discuta que se puede matar en legítima defensa, como mínimo, de la vida y otros intereses personalísimos proporciona una prueba muy clara de lo contrario: la vida de quien agrede ilegítimamente a otro vale menos, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, que la vida, e incluso que la integridad física, la libertad sexual, etc. del agredido³⁰⁵. ¿Por qué otra razón habría de permitirse si no la conducta defensiva? Y, si a este juicio no subyace una ponderación de intereses, ¿cómo se explica entonces que la permisión tenga un límite, de acuerdo con la doctrina dominante, precisamente en los casos de «extrema desproporción» entre los intereses en juego? Pero para poner de manifiesto la contradicción entre el planteamiento discutido y el Derecho español vigente no hace falta siquiera recurrir a ejemplos tan dramáticos: la permisión del tráfico rodado bajo ciertas condiciones proporciona la mejor muestra de que el ordenamiento tolera la puesta en peligro (incluso) de la vida en aras de bienes tan aparentemente banales en comparación como el interés en disfrutar de las ventajas de la conducción³⁰⁶. Esto resultaría completamente inasumible si, como sostienen estos autores, el valor de cada

concepción (utilitarista) del estado de necesidad como la aquí defendida, basada en el principio del interés preponderante (RENIKOWSKI, 1994, pp. 43, 205; PAWLIK, 2002 pp. 53-56, 136, 245-248; COCA VILA, 2016, pp. 238-239; WILENMANN, 2017, pp. 638-639). PAWLIK afirma, en este sentido, que «[l]evada a sus últimas consecuencias, esta concepción del estado de necesidad debe oponerse al establecimiento de límites absolutos al sacrificio. Que todos los intereses sean ponderables implica que el valor de todos ellos pueda relativizarse (*Umfassende Abwägigkeit bedeutet umfassende Relativierbarkeit*)» (ibíd., p. 245).

³⁰⁵ En esta línea, señala SÁNCHEZ DAFAUCE que «[l]a tradicional afirmación de que no se puede utilizar al hombre como medio para un fin justo no es cierta hoy ni lo ha sido nunca, pues la protección de la vida no es ni mucho menos una prioridad absoluta del Estado. Como muestra de ello, la regulación de la legítima defensa. El homicidio de un agresor ilegítimo puede ser una conducta legítima» (2016, p. 118).

³⁰⁶ Lo ponen de manifiesto MOORE, 2009, p. 51, cuando apunta que una prohibición absoluta de matar es incompatible con la permisión general de actividades como el tráfico rodado; o FRIED, 2018, pp. 12-13, 17, 22, que señala, en este sentido, además, que «por muy prudentes que sean, todas nuestras decisiones de salir a correr por la calle, de liberar anticipadamente a un preso o de no romper la promesa de confidencialidad con un paciente para alertar a otra persona de que podría encontrarse en grave peligro suponen tomar en nuestras manos las vidas de los demás» (ibíd., p. 15). En el mismo sentido, ROSTALSKI, 2020, *passim*.

vida humana fuera equivalente a infinito, pues esto mismo «pesaría» el producto del valor (infinito) de la vida y cualquier probabilidad de lesión a la que se lo sometiera³⁰⁷.

La tesis de la doctrina mayoritaria puede interpretarse, en este sentido, a lo sumo, como una simple propuesta *de lege ferenda*; una propuesta basada nada menos que en la asunción de que el ordenamiento jurídico español no toma la dignidad humana suficientemente en serio y cuya puesta en práctica, como revelan los ejemplos anteriores, resultaría probablemente imposible. Pero es que, además, resulta cuanto menos dudoso que la conclusión a la que llegan estos autores realmente deba inferirse de las premisas de su planteamiento. A mi juicio, tomar en serio la dignidad de cada persona como individuo no puede más que conducir, como se ha indicado, a valorar cada vida humana, en principio, *en la misma medida*. Y si todas las vidas humanas valen lo mismo para el Derecho, entonces parece sencillamente evidente que, desde esta perspectiva, cinco vidas —y cuatro, y tres, y dos— tienen que valer más que una sola: ni más ni menos que cinco —cuatro, tres o dos— veces más³⁰⁸. Volviendo al ejemplo planteado, me parece, en definitiva, bastante claro, que cualquier solución contraria a la consideración como permitida de la conducta del guardagujas que desvía la locomotora hacia la segunda vía no sería la propia de un ordenamiento jurídico especialmente respetuoso de la dignidad individual, sino más bien la de uno extremadamente «conservador», en el sentido antes

³⁰⁷ Por todo ello, no puedo más que discrepar de la afirmación de COCA VILA de que «[a]l Derecho, con carácter general, no le preocupa la maximización agregada de intereses, sino más bien que cada sujeto vea los suyos particulares respetados» (2017, «Coche autopilotado en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», p. 248). De acuerdo con el autor, «[s]olo así cabe explicar por qué el Derecho reconoce la posibilidad a su titular de destruir un interés, incluso por capricho, instituciones básicas del Derecho penal como la legítima defensa o la diferencia penológica existente entre el delito imprudente y doloso, ambas inexplicables desde ópticas puramente utilitaristas» (pp. 248-249). No obstante, como he defendido a lo largo del capítulo, tanto el consentimiento del titular en la lesión de sus propios bienes (y, *a fortiori*, su autolesión) como la legítima defensa pueden reconducirse fácilmente al principio del interés preponderante: basta, para ello, con incluir en la ponderación el posible interés del titular de los bienes en que estos sean puestos en peligro (vid. punto a del epígrafe 3 del apartado IV de este capítulo) y con considerar la responsabilidad del agresor en la provocación del conflicto como un elemento que reduce el valor que se asigna a sus intereses en la correspondiente ponderación (vid. n. 267 de este capítulo).

³⁰⁸ Así, LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 415-416. Argumenta, en este sentido, el autor que «es cierto que en principio toda vida humana tiene el mismo valor que cualquier otra, pero eso no puede significar que una vida tenga el mismo peso y valor social y jurídico que miles de vidas. Hay un fallo lógico, y también axiológico, en el argumento de que, como una vida no es (no pesa) más que otra vida, muchas vidas son (pesan) igual que una sola vida, lo que equivale a decir que como 1 no es más, sino que es igual a 1, 100 es igual a 1. Pues bien, precisamente porque la vida es el bien jurídico individual más importante, si hay peligro para vidas crece el interés jurídico y social en salvar el mayor número posible y evitar el mayor número de muertes, por lo que si ello solo se puede lograr con el sacrificio de un número mucho menor, es valorativamente lógico que se autorice a elegir el mal menor» (ibíd., p. 416). Vid., en sentido similar, SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, *passim*, esp. pp. 323-324, 414-426, 449-451, al menos en relación con supuestos de manifiesta desproporción entre vidas sacrificadas y vidas salvadas.

indicado: la de uno que priorizara la preservación del *statu quo* incluso en casos de preponderancia sustancial de los intereses condenados por el destino sobre aquellos a los que ha sonreído la fortuna³⁰⁹. Ha de excluirse aquí, por tanto, la existencia de una perturbación, de manera que el guardagujas no habrá de responder penal ni civilmente por su conducta. Serán los cinco beneficiados por el comportamiento quienes deberían indemnizar, en su caso, a los perjudicados por la muerte de quien estaba encadenado a la segunda vía (art. 118.1.3.ª CP).

Considérese ahora una variante del ejemplo idéntica a la anterior, salvo por el hecho de que ahora hay una sola persona encadenada a cada una de las vías. Las alternativas de conducta para el guardagujas son, de nuevo, no hacer nada o desviar la locomotora de una vía a otra. En la primera, el que no exista *competencia* sobre el riesgo permite descartar la existencia de una conducta perturbadora. Si opta por la segunda existe, sin embargo, un *riesgo* para la vida de la persona encadenada a la segunda de las vías del que el guardagujas, al haberlo creado el mismo, es sin duda *competente*. Pero, a diferencia de lo que ocurría en relación con la variante del ejemplo anteriormente considerada, aquí el juicio de *desaprobación jurídica* ha de inclinarse del lado de la existencia de una perturbación: los intereses que «pesan», en este caso, del lado de la permisión —la vida de la persona encadenada a la primera vía y el interés del guardagujas en desviar la locomotora— no pueden imponerse sobre la suma de otra vida humana (exactamente igual de valiosa) y el interés general en la preservación del *statu quo*. Sería necesaria, como se ha visto, una preponderancia sustancial de los intereses condenados sobre los salvados por el destino, para que el Derecho se apartase de la solución «conservadora» que por defecto prefiere.

Pero imagínese, finalmente, una variante del ejemplo en el que es la propia persona hacia la que se dirige la locomotora la que tiene la capacidad de desviarla hacia

³⁰⁹ Por lo demás, tiene razón SÁNCHEZ DAFAUCE al afirmar que «la idea de protección del tabú de la vida humana queda en entredicho con la muerte de quien decide cumplir la norma. No hay que olvidar que la decisión acerca de quién debe vivir y quién debe morir la toma en tales casos el ordenamiento por delegación del azar. Encierra tanto peligro para el valor de la vida humana el hecho de que el ciudadano pueda actuar justificadamente en situaciones de necesidad existencial como el hecho de que el Estado pueda pedir, también circunstancialmente, la vida del ciudadano. Ambas soluciones trabajan a la misma distancia del tabú» (2016, p. 117)

otra vía, condenando, así, a otra persona que se encuentra encadenada a ella³¹⁰. En este caso, la alternativa de conducta consistente en dejar que los acontecimientos sigan su curso —el caso de «suicidio heroico»— no plantea, como es evidente, problema jurídico alguno. ¿Pero qué ocurre si el autor decide desviar la locomotora? El escenario parece, a primera vista, idéntico al que se plantea en relación con la misma conducta en la segunda de las variantes del ejemplo consideradas. Es evidente, por un lado, que el autor crea un *riesgo* para la vida de la persona encadenada a la segunda vía sobre el que es *competente*. Por otro lado, a los efectos de *desaprobación jurídica*, sigue habiendo una vida en cada lado de la «balanza», amén de un interés general en la preservación del *statu quo* que debería, en principio, conducir a afirmar la existencia de una perturbación. Para un Derecho (moderadamente) liberal como el español existe, no obstante, una diferencia normativamente esencial entre uno y otro supuesto de hecho. Y es que, por mucho que las dos vidas en juego valgan en ambos exactamente lo mismo desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, en la variante del ejemplo aquí considerada «pesa» mucho más que en la anterior el interés del autor en desviar la locomotora. La restricción el *agere licere* que implica *para cualquiera* el sacrificio de uno mismo determina así, a mi juicio, que tampoco esta alternativa de conducta haya de considerarse jurídicamente desaprobada; sin perjuicio, de nuevo, de que el beneficiado por el comportamiento —aquí el propio autor— haya de responder civilmente *por sacrificio* frente a los eventuales perjudicados por el fallecimiento de quien se encontraba encadenado a la segunda de las vías (art. 118.1.3.ª CP).

El planteamiento aquí defendido conduce a conclusiones en buena medida coincidentes con las de la doctrina de la «justificación personal» defendida, entre nosotros, por MOLINA FERNÁNDEZ³¹¹. De acuerdo con él, la mayoría de los supuestos en

³¹⁰ El ejemplo no hace más que plantear una situación equivalente a la de la famosa «tabla de Carnéades»; supuesto en el que la doctrina mayoritaria afirma, contra lo aquí defendido, el carácter jurídicamente desaprobado de la conducta del autor.

³¹¹ Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Sistema de causas de justificación», nm. 1590; 2020, «Estado de necesidad», nm. 1772; 2020, «Exigibilidad y causas de inexigibilidad», nms. 2576-2580; 2020, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», pp. 861, 863-864, 872, 879-890; desarrollando una postura ya anticipada en MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, n. 95 (pp. 663-664); y también, aunque partiendo de premisas sistemáticas diversas (y de forma, a mi juicio, excesivamente indiferenciada), BOLDOVA PASAMAR, MÁ, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva* (Madrid: Civitas, 1995), pp. 162-175. Probablemente, el planteamiento más desarrollado de esta posición en nuestro país se deba a SÁNCHEZ DAFUACE, 2016, *passim*, esp. pp. 39, 41, 267, 298-305. Vid. asimismo, en el ámbito anglosajón, MOORE, 2009, pp. 38, 39. A pesar de sus radicales discrepancias con el planteamiento de estos autores, la afirmación de COCA VILA, 2016, p. 334, de que la ponderación (limitada) de intereses que ha de

los que la doctrina mayoritaria aprecia la existencia de un estado de necesidad exculpante —y probablemente todos los cubiertos por el § 35 StGB, al menos en una interpretación estricta— han de concebirse, en efecto, como casos de justificación o, lo que es lo mismo, de no desaprobación jurídica³¹². Se excluye, por tanto, en ellos, el carácter perturbador de la conducta y, en consecuencia, tanto la responsabilidad penal del autor³¹³, como —lo que resulta más importante en la práctica— su responsabilidad civil por culpa, sin perjuicio de una eventual responsabilidad por sacrificio (art. 118.1.3.^a CP).

Más allá de estas pinceladas generales relativas a los criterios de ponderación relevantes, delimitar la frontera entre permisión y mera exculpación en este grupo de casos y ejemplificarla con supuestos de hecho concretos sería una labor de indudable utilidad práctica, pero que llevaría demasiado lejos esta investigación. He de limitarme aquí, en este sentido, a adherirme a la tesis según la que, a los efectos del juicio de desaprobación jurídica —y, en concreto, de la valoración en esta sede del interés del autor en llevar a cabo su propia conducta—, el Derecho otorga una relevancia normativa fundamental a las relaciones personales que vinculan al autor con los distintos intereses en juego. De qué lado termine inclinándose la ponderación en las diferentes constelaciones de supuestos es una cuestión que, como se ha visto, depende de algunas variables adicionales; una cuestión respecto de la que no puedo, en este trabajo, más que remitirme a la amplísima literatura sobre el particular.

tener lugar a la hora de jerarquizar razones de obligación ha de tener en cuenta la perspectiva *individual* de los particulares implicados en el conflicto, de manera que, por ejemplo, «pesaría más» el dedo de un pianista que el de cualquier otra persona cuyos planes de vida no se vieran radicalmente alterados por la fractura de una falange.

³¹² Así, MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Exigibilidad y causas de inexigibilidad», nms. 2576-2580; 2020, «Sistema de causas de justificación», nm. 1590; y SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, *passim*, esp. pp. 332-338, que señala certeramente, en este sentido, que «el mantenimiento en la culpabilidad o en la responsabilidad de los conflictos existenciales sigue utilizando una herramienta individual para la solución de un problema que no depende de la persona implicada en el conflicto, sino del hecho de que en el conflicto está implicada una persona. Se trata de conflictos para los que existe una solución única, diseñada con independencia absoluta de las condiciones de la persona implicada. La espera hasta la culpabilidad para la solución de un asunto objetivo —la inexigibilidad es un problema objetivo en el que puede estar implicada *toda* persona— provoca importantes disfunciones» (ibíd., p. 30). A las mismas conclusiones, aunque restringidas al estado de necesidad por conflicto entre bienes *iguales* llegan GIMBERNAT ORDEIG, 1990, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», *passim*; y LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 219-221, 590. Es interesante comprobar cómo, sin llegar a este extremo, JAKOBS deja no obstante apuntado que «[e]s posible reinterpretar algunos grupos de casos de inexigibilidad como si fueran de justificación» (1991, p. 493); una afirmación que, lamentablemente, no ejemplifica. Un germen de este planteamiento puede, a mi juicio, encontrarse ya en las reflexiones de WELZEL, 1939, pp. 534-536, sobre el estado de necesidad.

³¹³ Pero no, como se verá, de eventuales partícipes a los que no vinculen las mismas relaciones personales con los intereses en conflicto (vid. punto (d) de este epígrafe).

d. Excurso: tipo y justificación

Como seguramente habrá podido inferirse de lo sostenido hasta este punto, el planteamiento aquí defendido tiene una implicación fundamental para la teoría jurídica del delito: la anticipación del examen de la concurrencia de causas de justificación al de la tipicidad del comportamiento. La clásica definición analítica del delito como «conducta típica, antijurídica y culpable» se sustituye, en consecuencia, por así decirlo, por otra que lo describe como «conducta *perturbadora*, típica y culpable», donde la existencia de una perturbación excluye, por hipótesis, la concurrencia de una situación justificante. Como se anticipó, de acuerdo con esta concepción, los tipos penales no hacen más que «recortar» selectivamente el universo de posibles conductas antijurídicas, convirtiendo en penalmente relevantes solo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes³¹⁴.

La descripción analítica del delito aquí defendida presenta, a mi juicio, algunas ventajas **teóricas** importantes respecto de la tradicional. Permite, en primer lugar, presentar de forma ordenada los elementos de la estructura dogmática del delito, diferenciando los que son a la vez presupuestos de la responsabilidad civil —la existencia de una conducta perturbadora— de aquellos que, como la tipicidad y la culpabilidad, resultan completamente ajenos a esta forma de responsabilidad. En segundo lugar, la definición resulta más coherente que la clásica con la existencia de un *continuum* entre las situaciones de simple no desaprobación de la conducta («riesgo permitido», en sentido amplio) y las habitualmente calificadas como de justificación, en el sentido explicado en el punto (a) de este epígrafe. Por lo demás, la inversión del orden tradicional entre los niveles del tipo y la justificación no debería sorprender a ningún penalista familiarizado con el desarrollo histórico de la teoría del delito a lo largo del siglo XX. Recuérdese, en este sentido, que la diferenciación entre una antijuridicidad «objetiva» y una culpabilidad «subjetiva»³¹⁵ es muy anterior a la introducción por parte de BELING de la tipicidad como categoría autónoma y, en cierto modo, «superpuesta» a la primera³¹⁶.

³¹⁴ Vid. texto junto a la n. 29 de este capítulo y apartado II del capítulo 3.

³¹⁵ Distinción que es común atribuir a VON JHERING en su obra *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, publicada por primera vez en 1867 (vid. VON JHERING, 2013, *passim*, esp. pp. 59-64).

³¹⁶ Lo destaca, entre otros, LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 108-109. Aunque también BELING, E, *Die Lehre vom Tatbestand* (Tubinga: Mohr Siebeck, 1930), pp. 20-21, defiende, en la línea de la doctrina mayoritaria, que la comprobación de la tipicidad ha de preceder a la de la antijuridicidad desde el punto de vista tanto

En cuanto a las implicaciones **prácticas** del planteamiento, lo primero que hay que destacar es que esta anticipación del análisis de la justificación al de la tipicidad resulta perfectamente *posible*³¹⁷, como lo demuestran no solo el hecho de que la concurrencia de causas de justificación excluya también la responsabilidad civil por culpa³¹⁸ —necesariamente «atípica» en un sistema de «cláusula general» como el español—, sino también algunas instituciones propias de la teoría jurídica del delito. Así, por ejemplo, de acuerdo con la doctrina ampliamente mayoritaria, aunque la agresión «ilegítima» presupuesto de la legítima defensa debe resultar en todo caso contraria a Derecho, no ha de ser, sin embargo, necesariamente típica³¹⁹. Al margen de ello, las consecuencias prácticas de la aproximación aquí defendida son *hasta cierto punto* idénticas a las que resultan de la teoría de los elementos negativos del tipo defendida por una cualificada minoría de la doctrina penalista³²⁰. En este sentido, a mi juicio, conductas como matar a una mosca y matar a otra persona en legítima defensa no difieren en

analítico como práctico, sostiene, sin embargo, en la línea de lo que aquí se propone, que la primera de las categorías «recorta» selectivamente el ámbito de la primera, de acuerdo con los principios de taxatividad y fragmentariedad (ibíd., 1-3, 9). Muy clara, en este sentido, resulta su afirmación de que «[l]os contornos de los tipos de delito [*Deliktstypen*] se encuentran dibujados en el gran campo del comportamiento antijurídico y culpable; se encuentran en su seno y se limitan a poner de relieve especies particulares de él» (ibíd., p. 2).

³¹⁷ Así, PUPPE, 2007, pp. 389-390, que, sin embargo, encuentra más ventajosa la construcción tradicional de la estructura del delito.

³¹⁸ Sin perjuicio, como se ha visto, de una responsabilidad civil por sacrificio como la contemplada en el art. 118.1.3.^a CP. Vid., en este sentido, NINO, 1980, p.48; y LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 336, 338, 407. Cfr., sin embargo, MIR PUIG, 2016, p. 441.

³¹⁹ Vid., en este sentido, VON LISZT, F Y SCHMIDT, E, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Erster Band: Einleitung und Allgemeiner Teil*, 26.^a ed. (Berlín/ Leipzig: Walter de Gruyter, 1932), p. 194; MÜNZBERG, 1966, pp. 112-114; JAKOBS, 1991, p. 389; RENZIOWSKI, 1994, pp. 92, 278-279; BUSTO LAGO, 1998, p. 363; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 366; GIL GIL, 2007, n. 95 (p. 53); PALERMO, 2006, p. 285; ROXIN, 2006, p. 669; MIR PUIG, 2016, pp. 449-450; PAWLIK, 2012, pp. 269-270; WILENMANN, 2017, pp. 172, 545; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Legítima defensa», nm. 1662; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 784. Así resulta, además, de una interpretación *a contrario sensu* de lo dispuesto, respecto de la defensa de los bienes, en el art. 20.4.^o Primero CP. Cfr., sin embargo, BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 276, 278-279; PUENTE SEGURA, 1997, pp. 172-173; LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 141-142, 481-494, 536-537; 2016, pp. 385, 388-389 GARCÍA ÁLVAREZ, 2014, p. 78; y, aparentemente, FEJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, p. 113. Subraya la contradicción existente entre el planteamiento mayoritario y la idea, defendida normalmente por los mismos autores, de que la antijuridicidad “se basa” en la tipicidad MÜNZBERG, 1966, p. 113.

³²⁰ Así, entre otros, ENGISCH, 1930, pp. 9-12; 1931, pp. 58-59; GIMBERNAT ORDEIG, 1966, nn. 214 (pp. 60-61), 3 (p. 101); 1990, p. 228; SAMSON, 1977, p. 132; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 64-66, 72-73, 370-371, 444-465, 535; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 396-397, 663 (con n. 95), aunque de forma algo más matizada en 2020, «Sistema de causas de justificación», nms. 1572-1576; y LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 153-154, 171, 319. También, aparentemente, RUDOLPHI, 1977, p. 14. Muy próximos a esta posición se muestran también, aunque con matices importantes, WOLTER, 1981, pp. 38, 40, 145-148, 360-361; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 525-540, 552-554, 607-614, 634-644 (que la rechaza, sin embargo, desde el punto de vista *valorativo*); y MIR PUIG, 2016, pp. 169-170, 432-433.

absoluto en el plano valorativo —se trata, en ambos casos, de conductas *jurídicamente* no desaprobadas—, ni tampoco a los efectos de error: como puede extraerse de lo señalado en el inciso (ii) del punto (b) de este epígrafe, los errores sobre los presupuestos de las causas de justificación merecen exactamente el mismo tratamiento que los errores de tipo, también en supuestos de error inverso³²¹.

Lo anterior no implica, sin embargo, que los elementos «positivos» de los tipos penales sean idénticos a los presupuestos de justificación *a todos los efectos*. El ámbito más importante en relación con el que no cabe, a mi juicio, afirmar tal identidad es el de la teoría de la participación. Y es que el principio de accesoriedad limitada debería, según creo, impedir la participación punible en conductas no subsumibles en ningún tipo concreto de la Parte Especial, pero no necesariamente en conductas justificadas que, sin embargo, sí reunieran los elementos típicos de una figura delictiva. En estos casos, la exención de responsabilidad penal de los partícipes habría de presuponer, en mi opinión, que *también su propia conducta* estuviera justificada³²²; algo que, aunque normalmente ocurrirá, podrá no ser así en los supuestos en que la justificación de la conducta del autor se fundamente en las *relaciones personales* de este último con los intereses en conflicto («justificación personal»)³²³. Así, por ejemplo, volviendo a la tercera variante del caso de

³²¹ Esta es, por lo demás, como resulta de sobra conocido, la posición mayoritaria en la doctrina penalista, compartida incluso por autores que no defienden al mismo tiempo la teoría de los elementos negativos del tipo. Vid., en este sentido, p. ej., ZIELINSKI, 1973, pp. 225-228, 268-293, 310; ROXIN, 1976, pp. 96, 114-115, 118, 121-122, 124-125; ROXIN, 2006, pp. 626-632; WOLTER, 1981, *passim*, esp. pp. 147-148, 165-166; FRISCH, W, 1983, pp. 449-462; JAKOBS, 1991, pp. 374-376; que en 2020, Kritik des Vorsatzbegriffs, pp. 26-29, 50, llega al punto de extender esta calificación también a los supuestos de error sobre la existencia (y los límites) de las causas de justificación; PUENTE SEGURA, 1997, pp. 189-190, 237; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 499-501; HERZBERG, 2008, pp. 29-30; WILENMANN, 2017, pp. 354-355; MAÑALICH RAFFO, 2020, n. 2 (p. 14); ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 740-745.

³²² Vid., en esta misma línea (aunque en relación con el supuesto inverso), MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 393-395. Cfr., no obstante, GIMBERNAT ORDEIG, 1990, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», p. 226.

³²³ Como me advirtió el Profesor CASTELLVÍ MONSERRAT tras su lectura del borrador de este trabajo, plantean, en este punto, un problema particularmente complejo los supuestos de lo que podría denominarse «justificación limitadamente personal»: aquellos en los que el fundamento de la justificación de la conducta del autor depende solo *parcialmente* de las relaciones personales de este. Puede traerse aquí a colación el ejemplo propuesto por MIR PUIG en el acto de defensa de tesis doctoral de BOLDOVA PASAMAR — precisamente, para defender el principio de accesoriedad limitada frente al de accesoriedad mínima— de quien contribuye a la ejecución de un condenado a muerte proporcionando al verdugo la soga con la que este lo ahorca (vid. BOLDOVA PASAMAR, 1995, p. 183). La conducta del verdugo *no es perturbadora*, puesto que este, a diferencia de cualquier particular, se encuentra habilitado para la ejecución de penas de muerte, con lo que no crea, al hacerlo, un riesgo *jurídicamente desaprobado*. No obstante, su comportamiento es, sin duda, subsumible bajo el tipo de homicidio: el verdugo *ha matado* al condenado a muerte. ¿Significa esto que el particular que le proporciona la cuerda, y que no cuenta con tal habilitación, ha de responder como cómplice del delito? Efectivamente, el principio de accesoriedad mínima *no impide* alcanzar esta

la locomotora propuesta en el inciso (ii) del punto (c), quien convence al autor, inicialmente dispuesto al «suicidio heroico», a que desvíe la locomotora —cosa que aquel finalmente hace, de forma justificada— podrá ser castigado como inductor a un homicidio doloso (art. 28.a, en relación con art. 138.1 CP), salvo que él mismo se encuentre en una relación personal lo suficientemente estrecha con el autor como para considerar igualmente justificada su propia conducta³²⁴.

conclusión: la conducta del verdugo es típica y esto abre, en principio, la puerta al castigo de posibles partícipes. Sin embargo, *no impone en absoluto alcanzarla*, puesto que el castigo del partícipe ligado al principio de accesoriedad mínima presupone también que *su propia conducta* (interpretada en conexión con la del autor) haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado de matar. Esto es, precisamente, a mi juicio, lo que no sucede en este caso.

Para explicar por qué, creo que puede resultar útil recurrir a la clasificación de los elementos del delito del autor formulada por PEÑARANDA RAMOS, 2014, *Estudios sobre el delito de asesinato*, pp. 173-236; PEÑARANDA RAMOS, 2014, «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», *passim*, esp. pp. 44-53, que distingue, a los efectos de su posible «comunicación» a los partícipes (art. 65 CP), entre elementos «altamente personales» (no comunicables), «impersonales» u «objetivos» (plenamente comunicables) y «limitadamente personales» (limitadamente comunicables). Esta taxonomía puede trasladarse, *mutatis mutandis*, al plano de la justificación, diferenciando, a los mismos efectos, entre supuestos de «justificación objetiva» (p. ej., legítima defensa) —en los que cualquier forma de colaboración con el autor se encuentra asimismo justificada—, supuestos de «justificación personal» —como el que se expone seguidamente en el texto, en los que la justificación de la conducta del autor no conduciría a su vez a la justificación de la de los partícipes— y supuestos de «justificación limitadamente personal», como el que aquí nos ocupa. En el ejemplo de la sogá, el fundamento de la justificación es solo *parcialmente* personal: esta se debe a la condición de verdugo de quien mata, pero también, como no podría ser de otra manera, al hecho de estar la víctima legítimamente condenada a muerte y al de haberse seguido un cauce procedimentalmente correcto para la ejecución de la condena.

Ocurre aquí algo similar a lo que sucede cuando un *extraneus* participa en un delito especial (pero a la inversa): como defiende PEÑARANDA RAMOS en los trabajos citados, la razón por la que se castigan más gravemente las falsedades en documento público cometidas por funcionarios que las perpetradas por particulares no radica únicamente en la infracción por parte del funcionario de los deberes propios de su cargo —en la «infidelidad a la institución»—, sino también en la especial confianza depositada en el tráfico en la veracidad de los documentos autorizados por fedatarios públicos. El paralelismo es claro: ni la falsedad en documento público cometida por funcionario es (solo) un «delito de infracción de deber (personal)», ni la ejecución de una condena a muerte por parte de un verdugo es (solo) un «hecho justificado en virtud del cumplimiento de un deber (personal)». Si en el primero de los casos se condena al *extraneus* como partícipe en el delito especial en cuestión, pese a no reunir él mismo «las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» (art. 65.3 CP), la conducta del *extraneus* a la justificación limitadamente personal —en el ejemplo, proporcionar la sogá al verdugo— ha de considerarse *justificada* sobre la misma base. Y es que la conexión entre las esferas de responsabilidad de los diferentes intervinientes en un hecho conjunto, característica de todos los supuestos de participación, determina, en ambos grupos de supuestos, que tales «condiciones, cualidades o relaciones personales» del autor se «comuniquen» (se imputen) a los partícipes, tanto en su vertiente incriminatoria —limitadamente, y de ahí la atenuación penológica prevista en el art. 65.3 CP—, como en su vertiente «protectora»; algo de lo que, como también me hizo notar el Profesor CASTELLVÍ MONSERRAT, no solo dan cuenta casos como el de la sogá, sino también, por ejemplo, el hecho de que se equiparen (al menos penológicamente) al delito de atentado las conductas consistentes en «acometer, emplear violencia o intimidar a las personas *que acudan en auxilio* de la autoridad, sus agentes o funcionarios» (art. 554.2 CP). Al planteamiento aquí defendido parecen aproximarse RUDOLPHI, 1977, pp. 24-25; y JÄGER, 2017, nm. 107 (pp. 65-66), aunque, lamentablemente, no lo ejemplifican.

³²⁴ Se llega, con ello, a resultados muy similares a los que se derivan de la doctrina de la «justificación relativa» defendida por JAKOBS, 1991, pp. 676-377, para otra clase de supuestos, en cierto modo similares

El planteamiento que acaba de exponerse se infiere, a mi juicio, de una premisa ampliamente compartida en la doctrina penalista: la de que la opción del Derecho español y de la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno por un sistema de participación accesoria —por un concepto restrictivo de autor en lugar de uno unitario— obedece, por así decirlo, a la finalidad de «contener» las fronteras de los tipos penales frente a la posibilidad de castigar conductas demasiado «alejadas» de las inmediatamente subsumibles en su tenor literal³²⁵. De acuerdo con ello, el principio de accesoriedad impide, con razón, castigar a quien induce a otro a llevar a cabo una conducta que no presenta (todavía) los elementos de ningún tipo de la Parte Especial —por ejemplo, por no haber entrado siquiera en fase de tentativa— o a quien coopera con él con este mismo fin. El principio no debería, sin embargo, suponer ningún obstáculo para apreciar una conducta punible de participación en supuestos como el que acaba de considerarse. Aquí, en efecto, el comportamiento de quien convence al autor a que desvíe la locomotora se encuentra lo suficientemente «próximo» a la conducta (justificada) del segundo consistente en matar a otro (art. 138 CP) como para poder calificarlo como inducción punible a un homicidio sin que se resienta en absoluto el principio de taxatividad³²⁶.

a los aquí considerados. Vid., en sentido muy similar, SANCINETTI, 1991, pp. 770-773; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Sistema de causas de justificación», nm. 1625. También SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, pp. 304-305, 337-338, 343-360, aunque con la particularidad —crucial en relación con el ejemplo aquí examinado— de que el autor no extiende este planteamiento a la inducción (ibíd., pp. 356-359).

³²⁵ Así, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 122-133, 140-141, 201, 407-408, 453, 485, 750, esp. pp. 130-133; SANCINETTI, 1991, pp. 632-634; y BOLDOVA PASAMAR, 1995, pp. 146-147, 171; también, PEÑARANDA RAMOS, E, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad* (Madrid: Tecnos, 1990), pp. 318-320, 326-329, 335-339; PEÑARANDA RAMOS, E, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): lección sobre autoría y participación* (Madrid, 2020), pp. 3, 5, quien, sin embargo, pone en duda, con excelentes argumentos, la tan manida afirmación de que esta (supuesta) ventaja de los sistemas de participación accesoria no pueda lograrse también a través de un sistema unitario de intervención en el delito legislativa o interpretativamente limitado; algo que, por lo demás, permitiría evitar algunos de los inconvenientes sistemáticos que derivan de la combinación de un sistema de participación accesoria con la ubicación dominante del dolo en el tipo de injusto.

³²⁶ De este modo, la única accesoriedad que tendría sentido desde el punto de vista funcional sería una «mínima», como la defendida, entre otros, por ZIELINSKI, 1973, pp. 302-307, 311; BOLDOVA PASAMAR, 1995, pp. 144-150, 175-192; y GIL GIL, 2007, n. 95 (p. 53). A esta conclusión se ha aproximado por escrito recientemente PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): lección sobre autoría y participación*, pp. 3, 27-28. Creo, en cualquier caso, que no conduciría a consecuencias en nada diferentes acoger la accesoriedad vinculada únicamente a la parte objetiva del injusto (hecho objetivamente típico y no *objetivamente* justificado) propugnada por ROBLES PLANAS, 2003, pp. 221-225. Por lo demás, con el planteamiento defendido podría coincidir, según creo, SANCINETTI, 1991, pp. 779-781, en la hipótesis (sumamente improbable) de que renunciara a la «ubicación» del dolo en el tipo, en la línea que se sugerirá en el epígrafe 2 del apartado III del capítulo 3; y es que si el autor opta por prescindir de *toda* accesoriedad (cualitativa) de la participación en lugar de conformarse con la mínima aquí propuesta ello se debe, en muy buena medida, a su defensa cerrada de la teoría finalista del dolo.

4. Elementos excluidos del análisis

Recapitulando muy brevemente lo defendido hasta este punto, tanto la responsabilidad penal como la civil presuponen la existencia de una conducta contraria a las expectativas jurídicamente reforzadas de comportamiento en relación con los intereses ajenos; lo que aquí se ha denominado una «perturbación». En este apartado del capítulo, se ha tratado de concretar estructuralmente este requisito común a ambas formas de responsabilidad, partiendo de la base de una definición de la conducta perturbadora como «creación o no contención *jurídicamente desaprobada* de un *riesgo* para los intereses ajenos sobre el que se tiene *competencia*». Riesgo, competencia y desaprobación jurídica son, de acuerdo con ello, las tres grandes instituciones que, en el sentido explicado en los epígrafes anteriores del apartado, vertebran la perturbación como categoría dogmática.

Para precisar estos conceptos más allá de lo aquí señalado puede recurrirse en buena medida, como ya se anticipó, a la amplísima literatura desarrollada en torno a los conceptos penal y civil de imprudencia, así como a la teoría penal de la imputación objetiva. En muchos de estos estudios doctrinales se tratan, no obstante, junto los elementos que forman parte de la estructura dogmática de la perturbación de acuerdo con lo defendido en este trabajo, otros, que, a mi juicio, han de quedar excluidos de este análisis. Este es el caso, en primer lugar, de algunos de los criterios de **imputación objetiva** a los que se refiere habitualmente la doctrina penalista y, muy señaladamente, aquellos que ROXIN y sus seguidores agrupan bajo el tópico del «alcance del tipo»³²⁷. Se trata, en efecto, de criterios que *presuponen* una creación u omisión de contención desaprobada de un riesgo sobre el que el autor tiene competencia y determinan, una vez establecida aquella, la posibilidad de subsumirla en unos *tipos penales* u otros (autoría *versus* participación, omisión pura *versus* comisión por omisión, lesiones agravadas *versus* homicidio, etc.)³²⁸. En consecuencia, su estudio ha de relegarse a un nivel de la

³²⁷ Vid., p.ej., ROXIN, 1976, pp. 183-196 (aunque todavía bajo el ambiguo rótulo «fin de protección de la norma»); 1995, pp. 224-225; 2006, p. 401; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 341-367; FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, pp. 339-398; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nms. 1402-1420; o ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 503-504.

³²⁸ Muy claramente, en este sentido, PEÑARANDA RAMOS, E, «Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J et al. (Madrid: Reus, 2020), pp. 893-894, 901, desarrollando lo apuntado en PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1402.

estructura dogmática de la responsabilidad penal ulterior al de la perturbación: precisamente, el relativo a la tipicidad³²⁹. Como advierte el propio ROXIN, estos elementos carecen, sin embargo, de relevancia en relación con la responsabilidad civil — por definición «atípica»— del autor³³⁰.

Tampoco es presupuesto, a mi juicio, de la existencia de una perturbación la concurrencia de un **comportamiento humano**³³¹, en el sentido de una conducta consciente y (mínimamente) voluntaria³³², o de una «manifestación de la personalidad» del autor³³³. Basta, tanto a efectos penales (art. 10 CP) como civiles (art. 1902 CC), con que un *ser humano*³³⁴ —por oposición a un animal o un fenómeno natural— cree o deje de contener de forma jurídicamente desaprobada un riesgo sobre el que es competente³³⁵.

³²⁹ Vid. epígrafe 1 del apartado II del capítulo 3.

³³⁰ ROXIN, 1976, pp. 198-199. En el mismo sentido, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, p. 209.

³³¹ Ninguna de estas descripciones —ni, por tanto, las críticas que siguen— se corresponde con el «concepto social» de acción defendido por autores como MAIHOFFER, 1958, *passim*, esp. pp. 184-185, 186-187; o RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, pp. 209-213. Pero lo que esto muestra es que el concepto social no es tanto un nuevo concepto jurídico-penal de acción como una *renuncia* a este elemento en cuanto «primer escalón» de la teoría del delito y, bien su identificación con la tipicidad, bien su conversión en una síntesis de todos los elementos del injusto.

³³² ENGISCH, 1930, p. 5; WELZEL, H, «Kausalität und Handlung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 51 (1931), *passim*; 1939, *passim*, esp. p. 502; 2001, *passim*, esp. pp. 41-49; MAYER, 1967, pp. 7-8; ZIELINSKI, 1973, pp. 61-78; RUDOLPHI, 1977, pp. 8-9; FRISCH, W, 1983, pp. 265-268; PUENTE SEGURA, 1997, p. 34; PUPPE, 2007, pp. 395-396; FREI, 2010, pp. 5-8; SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 649; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 130-134; MIR PUIG, 2016, pp. 23-37; JÄGER, 2017, nms. 32-33 (pp. 29-30).

³³³ ROXIN, 2006, pp. 256, 270-271; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Acción y causas de ausencia de acción», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 1172; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 355, 373-374.

³³⁴ La responsabilidad *civil* de las personas jurídicas puede calificarse, en este sentido, como una suerte de responsabilidad «vicarial» por la culpa de una o varias de las personas que la integran; modelo que no plantea problema alguno en un sector del ordenamiento no regido por el principio de culpabilidad.

³³⁵ Con ello debería bastar, a mi juicio, por cierto, para responder a la objeción de ROXIN al planteamiento que aquí se defiende, de acuerdo con la que «incluso aunque se comience la estructura sistemática [*scil.* del delito] por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero en tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa “acción” o la “conducta” a la que se atribuye la calificación de “típica”. Además, tiene que haber un sustrato común al que se puedan vincular las valoraciones jurídico-penales, pues si según opinión casi unánime no son adecuados para ello fenómenos como pensamientos, vis absoluta, etc., entonces los hechos que parecen idóneos para una posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los conviertan en “acciones”; y no es nada superfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (como “elemento de enlace o unión”)» (ROXIN, 2006, pp. 255-256); vid., en idéntico sentido, ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 352-355. Para cumplir tal función de «enlace», parece que debería bastar, en efecto, con un concepto de acción tan «descafeinado» como el que se propone en el texto. De hecho, podría irse más allá y argumentarse que, frente a lo sostenido por autores como ZIELINSKI, 1973, pp. 63-65; este es (paradójicamente) el único concepto de acción capaz de distinguir los comportamientos humanos de los de (el resto de) los animales; un planteamiento al que por un momento parece aproximarse HALL en su crítica al concepto final de acción: «Es posible [...] pensar también en los animales como “videntes”, pensar que [...] pueden gobernar los cursos causales, proponerse metas y alcanzarlas. ¿Qué obstáculo habría para

En este sentido, tanto los supuestos tradicionales de «ausencia de acción» (*vis absoluta*, movimientos reflejos y plena inconsciencia³³⁶) como los de absoluta incapacidad personal de contener el riesgo en las omisiones³³⁷ han de tratarse, según creo, como casos de

afirmar que los castores y los zorros también pueden actuar “dolosamente”? Inteligencia no les falta» (HALL, KA, *Fahrlässigkeit im Vorsatz. Eine anthropologisch-strafrechtsgomatische Studie* (Marburgo: N.G. Elwert, 1959), p. 18).

³³⁶ Como ha señalado MOLINA FERNÁNDEZ, «aquí hay un detalle, al que no se ha prestado demasiada atención, pero que es extraordinariamente significativo: a pesar de no estar expresamente previstas en el Código, y a pesar del interminable debate sobre qué constituye una acción, el acuerdo sobre las causas de ausencia de acción es máximo en la doctrina. Prácticamente sin excepciones, se dejan fuera de la acción los fenómenos naturales, en los que no hay atisbo de experiencia psíquica que permita hablar de voluntariedad, los comportamientos de animales y, ya en el ámbito humano, los casos de fuerza irresistible, movimientos reflejos y plena inconsciencia» (MOLINA FERNÁNDEZ, 2016, pp. 374-375; vid., en el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Definición de delito», nm. 1112; 2020, «Acción y causas de ausencia de acción», nm. 1170). Sirvan, como botón de muestra, JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 240-241; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 135-140; MIR PUIG, 2016, pp. 17-43; JÄGER, 2017, nm. 35 (p. 30). Añade MOLINA FERNÁNDEZ, seguramente con razón, que «esto a la vez lo que muestra es que la polémica sobre el concepto de acción es [...] puramente bizantina en uno de sus sentidos: hay una clara contradicción en una buena parte de los planteamientos. Si todo el mundo excluye la acción en los mismos casos, es evidente que se está manejando de facto un mismo concepto positivo, que precisamente se definirá a partir de lo que se deja fuera. En este sentido, una buena parte de las teorías de la acción son sencillamente incongruentes al definir las dos caras de la moneda de la acción, sus elementos positivos y sus causas de exclusión, que lógicamente deben complementarse de forma perfecta» (2016, n. 17, p. 375). Tal vez ello se deba, en cualquier caso, a que, en este debate, como ha señalado JAKOBS, «no siempre se distingue con claridad entre el problema sustancial (¿cuáles son los presupuestos de la imputación y cómo han de ordenarse? ¿cómo está estructurado un delito?) y el terminológico (¿qué puede o debe llamarse acción?)» (1991, p. 126).

³³⁷ La doctrina suele tratar estos supuestos como casos de ausencia de acción (así, HONIG, 1930, pp. 191-194; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 168-169; JAKOBS, 1991, pp. 775-776, 788-790; BALDÓ LAVILLA, 1994, p. 18; ROXIN, 2006, pp. 266-267; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 367) o, al menos de atipicidad (vid., p. ej. ENGISCH, 1930, p. 356; ZIELINSKI, 1973, pp. 196-197; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 311; SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 138, 176, 298-299; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 241, 664-665; SACHER, 2006, pp. 223-225; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 569, 570, 576-577, 589; MIR PUIG, 2016, pp. 215-216, 319-320; PUPPE, 2017, nm. 124; o PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipicidad en los delitos omisivos», nms. 1470, 1478, 1522). Esta solución se basa, normalmente, en un conocido argumento de teoría de la norma: los imperativos no pueden motivar a quien no tiene la capacidad personal de cumplirlos (*ad impossibilia nemo obligatur*). No obstante, como ya advirtiera RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. n. 5 (p. 323), y ha demostrado de forma sumamente convincente MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, *passim*, esp. 465-471, este argumento, llevado a sus últimas consecuencias, conduce irremisiblemente a considerar no solo la acción, sino también la propia culpabilidad, como presupuestos de la antijuridicidad, colapsando toda la teoría jurídica del delito en una única categoría. Y a esto mismo conduce la fundamentación preventivo-general positiva de la anticipación de la evitabilidad personal al tipo objetivo defendida paradigmáticamente por JAKOBS, aunque, en este caso, esa «única categoría» no es el injusto, sino la propia acción, concebida necesariamente como acción *culpable*; vid. 1997, «El concepto jurídico-penal de acción», *passim* (y, en una línea similar, 2012, pp. 23-24, 60). Como, en una síntesis insuperable, describe este fenómeno PEÑARANDA RAMOS, «cada una de esas opciones favorece una tendencia a la unificación de las categorías del sistema del delito, aunque desde perspectivas distintas: gráficamente, aunque a conciencia de cierta imprecisión, cabe afirmar que una concepción imperativa de las normas de conducta impulsa una unificación “hacia arriba”, desplazando progresivamente elementos desde la culpabilidad hacia el injusto; mientras que una *concepción indiferenciada* de la prevención general positiva conduce a una unificación “hacia abajo”, desde el injusto hacia la culpabilidad» (2001, p. 408, énfasis en el original). Sea como fuere, lo que interesa aquí señalar es que, desde el punto de vista de cualquiera de estos dos planteamientos, acción y culpabilidad han de correr, como se defiende a continuación en el texto, exactamente la misma suerte.

*inexistencia de culpabilidad*³³⁸, irrelevante para la responsabilidad civil del autor³³⁹. Y es que, a mi juicio, las razones para excluir o para afirmar, respectivamente, la responsabilidad penal o civil de un sujeto que, por ejemplo, lesiona los intereses de otro de forma personalmente inevitable en un estado de sonambulismo *no pueden ser distintas* de las que existen para afirmarla o excluirla si la lesión se produce —también de forma personalmente inevitable para el autor— durante una situación de trastorno mental transitorio o un brote esquizofrénico (cfr. arts. 20.1.º-3.º y 118.1.1.ª y 2.ª CP)³⁴⁰. Creo, en definitiva, que hay que coincidir con la contundente afirmación de ROXIN de que el concepto penal de acción «no sirve absolutamente para nada fuera del Derecho penal» e

³³⁸ Como célebremente defendiera MARINUCCI en su ensayo *El delito como «acción»: crítica de un dogma* (vid. 2013, pp. 255-257, 261-269). Los problemas tradicionales de ausencia de acción se tratarán, pues, con mayor detenimiento junto con los de ausencia de culpabilidad en el epígrafe 1 del apartado III del capítulo 3 de este trabajo.

³³⁹ Vid., en este sentido, p. ej., MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 641; cfr., no obstante, PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 308-309; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 32, 67, 69-80, 85-86, que, sin embargo, coincide con el punto de vista aquí asumido en fundir las consideraciones de «ausencia de acción» (ibíd., pp. 76-79) y de «inimputabilidad» (ibíd., pp. 72-73). en una sola categoría dogmática (igualmente, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, p. 108). He de retractarme, así, de lo señalado al respecto en (PANTALEÓN DÍAZ, 2018, «Children's Liability in Negligence», pp. 37-39). La solución del Derecho inglés, conforme a la que ha de excluirse la responsabilidad civil en los supuestos tradicionales de «ausencia de acción», pero no, en principio, en los de inimputabilidad me resulta, en este sentido, sumamente cuestionable *de lege ferenda*.

³⁴⁰ Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «[l]a exención de responsabilidad en las causas que excluyen la acción y en las de inimputabilidad tiene una base común, hasta el punto de que históricamente no se distinguía entre ellas. Las primeras suponen la admisión del nivel más elemental (y por ello universalmente admitido), del principio “debe entraña puede”. Si el autor ni siquiera tenía la capacidad física de evitar (o realizar) el hecho, no habría acción (u omisión), desapareciendo con ello el presupuesto elemental de cualquier imputación. Las causas de inimputabilidad muestran una versión similar, aunque menos conspicua de este hecho» (2000, p. 90). En otras palabras, «la acción es tan sólo un primer paso de una estructura formada por varios elementos destinados a idéntico fin: situar el delito abiertamente en el seno de la responsabilidad subjetivo-mental» (MOLINA FERNÁNDEZ, 2016, p. 377). Vid., en el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 425-433, 700-701; 2017, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», pp. 738, 739; 2020, «Acción y causas de ausencia de acción», nms. 1157, 1170. Próximos, también, PEÑA LÓPEZ, 2011, p. 152; MARTÍNEZ GARAY, L., «Imputabilidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), p. 247. Con esto solo se quiere indicar que ausencia de acción e inimputabilidad son iguales *en lo relevante para afirmar o negar la responsabilidad penal o civil* del autor. Resulta perfectamente posible defender a la vez la tesis —probablemente mayoritaria en la doctrina penalista— de que ambas causas de exención de responsabilidad penal son también en cierto sentido *diferentes*: puede que, como recientemente lo ha expresado SILVA SÁNCHEZ, desde el punto de vista comunicativo los casos de ausencia de acción no sean más que «pura naturaleza», mientras que las acciones no culpables entrañan ya una cierta «expresión de significado» (SILVA SÁNCHEZ, JM, «Ein Modell für die actio libera in causa. Die actio praecedens als strafbare Teilnahme an der actio posterior», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 167 (2020), p. 241); vid., en sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 645-646. Lo que aquí sostengo es, sencillamente, que tal diferencia es (o debería ser) *irrelevante* tanto a efectos penales —para la imposición de penas y medidas de seguridad, así como para la posibilidad de apreciar participación punible— como a los del Derecho de daños.

«incluso dentro del campo del Derecho penal sólo tiene escasa importancia teórica y carece totalmente de importancia práctica. [...] Se puede tomar la definición que se quiera, pues ya se defina la acción como “movimiento corporal voluntario”, ya se la defina como “causación de modificaciones en el mundo exterior”, como “comportamiento socialmente relevante” o de cualquier otra manera, si se pregunta qué aportan en la práctica estos conceptos al Derecho penal, la respuesta ha de ser siempre la misma: nada. [...] [E]l concepto superior buscado a efectos sistemáticos en el fondo sólo tiene valor estético-arquitectónico. Aunque se le suprima sin más de la teoría del delito [...], ello no tiene influencia de ningún tipo en la solución de los problemas materiales del Derecho penal»³⁴¹.

Por lo demás, el que tanto en casos de ausencia de acción como de inimputabilidad pueda afirmarse, a los efectos penales, la existencia de una conducta típica (y antijurídica) tiene algunas ventajas prácticas fundamentales: la posibilidad de imponer, también en el primero, medidas de seguridad al autor (art. 95.1.1.^a CP)³⁴²; la de considerar, en su caso, inductora o cooperadora necesaria a la persona que conduce dolosamente a la persona en situación de ausencia de acción a llevar a cabo el hecho, de estar excluida, por cualquier motivo, la posibilidad de apreciar autoría mediata³⁴³; y, probablemente, la de afirmar la competencia del juez penal para pronunciarse en estos casos sobre la responsabilidad civil

³⁴¹ 1976, pp. 85-86; un planteamiento que, sin embargo, como han demostrado las citas de las notas anteriores, fue abandonado posteriormente (o, al menos, fuertemente matizado) por el autor.

³⁴² Se soluciona, de esta forma, el importante problema al que hacen referencia MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 82; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, vol. 74 (2008), passim, esp. pp. 115-117, 122-123; 2020, «Definición de delito», nm. 1127; 2020, «Acción y causas de ausencia de acción», nms. 1262-1263; MARTÍNEZ GARAY, 2020, «Imputabilidad», pp. 249-251; y MARTÍNEZ GARAY, L Y FRÍGOLS I BRINES, E, «Anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 2292. Frente a este escollo, como señala el primero de los autores citados, la jurisprudencia no ha encontrado otra solución que calificar como de inimputabilidad supuestos muy claros de ausencia de acción (estados de plena inconsciencia, por ejemplo) e imponer en todo caso la correspondiente medida de seguridad; vid. MOLINA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 115-117; 2020, «Acción y causas de ausencia de acción», nm. 1263. Una minoría de autores trata, en cambio, de resolver este problema desvinculando completamente el presupuesto de las medidas de seguridad de la categoría jurídico-penal de injusto; así, p. ej., JAKOBS, 1991, pp. 321, 492; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 680-681, 683-684; y el propio MOLINA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 137-144; 2020, «Acción y causas de ausencia de acción», nms. 1262-1263, a cuya postura parece adherirse también MARTÍNEZ GARAY, 2020, «Imputabilidad», nms. 2202-2209. La crítica, sin embargo, SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, pp. 177-180.

³⁴³ Resulta, sin embargo, francamente difícil imaginar situaciones en las que esto pueda ocurrir. Puede pensarse, por ejemplo, en el supuesto de quien empuja a otro (fuerza irresistible) para que entre sin permiso en una morada ajena (art. 202.1 CP), pero solo en la medida en que se comparta que, en este caso, el principio de legalidad impide considerar autor del allanamiento a quien no «entra» por sí mismo en la casa (sobre este punto, vid. n. 19 del capítulo 3).

ex delicto del autor, aplicando (directamente o por analogía) los arts. 118.1.1.^a y 119 CP³⁴⁴.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. Tanto la responsabilidad penal como la responsabilidad civil presuponen la creación (o no contención) jurídicamente desaprobada de un riesgo sobre los intereses ajenos sobre el que se tiene competencia; lo que aquí he denominado «perturbación».
2. La perturbación no se corresponde exactamente con ninguno de los elementos de las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, tal y como las construye la teoría dominante. Su equivalente más claro es la «culpa o negligencia» del art. 1902 CC, siempre que esta no se restrinja a las conductas culpables (en el sentido más propiamente penal del término) e incluya la ausencia de causas de justificación. En el ámbito penal, la categoría se aproxima a la de una suerte de «antijuridicidad objetiva pretípica»: una conducta desaprobada y no justificada, pero no necesariamente subsumible en un tipo penal.
3. La perturbación cumple funciones diferentes en el marco de cada una de estas estructuras dogmáticas. En la del delito, la exigencia de una perturbación es una consecuencia, pero (sobre todo) un límite de la función preventiva de la pena, derivado del principio del hecho: la existencia de una perturbación, intersubjetivamente perceptible, es lo único que legitima al Estado a indagar en el fuero interno de sus ciudadanos con fines incriminatorios. En la estructura dogmática de la responsabilidad civil, la perturbación es una exigencia derivada de su función resarcitoria. Se trata, precisamente, del elemento que justifica que el daño que ha padecido el perjudicado se traslade a la esfera del dañante, exceptuando así la máxima *casum sentit dominus*.

³⁴⁴ La doctrina mayoritaria rechaza, en cambio, esta posibilidad, por entender, contra lo aquí sostenido que en los supuestos de ausencia de acción se excluye también la existencia de un «hecho descrito por la ley como delito», en el sentido del art. 109.1 CP; así, p. ej., LUZÓN PEÑA, 2016, p. 140. Otros van más allá y rechazan de plano —radicalmente en contra de lo aquí defendido— la posibilidad de exigir responsabilidad civil al dañante inmerso en un supuesto de ausencia de acción; vid., por todos, JANSEN, 2003, pp. 142-143; y FREI, 2010, p. 4.

4. La perturbación consiste, ante todo, en la creación o no contención de un riesgo; riesgo cuya existencia se determina desde la perspectiva *ex ante* de un participante medio en el concreto sector del tráfico de que se trate. A este nivel de conocimiento han de añadirse los conocimientos especiales (superiores) del concreto autor, salvo que se trate de inculparlo penalmente con base en ellos. Esto último lo impide el principio del hecho, que opera como límite a la función preventiva de la responsabilidad penal, pero no a la función resarcitoria de la responsabilidad civil. A la hora de valorar la concurrencia de un riesgo, el principio de confianza impone considerar como nimio, salvo que existan indicios de lo contrario, el peligro de que otras personas defrauden las expectativas sociales de conducta.
5. Solo puede ser perturbadora la creación o no contención de un riesgo sobre el que se tiene competencia; viceversa, desde el punto de vista jurídico, cualquiera puede desentenderse de aquellos riesgos sobre los que no tiene competencia. Cada persona tiene una competencia general sobre los riesgos (incluso lícitos) que emanan de su propio ámbito de organización. Sin embargo, la competencia sobre riesgos dimanantes de ámbitos de organización ajenos solo existe cuando se asume voluntariamente o la ley la impone de forma excepcional.
6. Por último, la perturbación ha de ser en todo caso una conducta que, tras una ponderación de todos los intereses en juego, resulte jurídicamente desaprobada. Se trata de comparar, por un lado, el valor de los intereses amenazados por la conducta y la probabilidad de que resulten lesionados (juicio de peligro), y, por otro, el valor de los que aquella se orienta a proteger —como mínimo, el interés del autor en llevar a cabo la conducta— y la probabilidad de su salvación (juicio de «peligro inverso»). No existe un umbral mínimo de riesgo, transversalmente aplicable, por debajo del que no quepa afirmar el carácter perturbador de la conducta: incluso comportamientos consistentes en la creación o no contención de riesgos nimios para los intereses ajenos pueden considerarse jurídicamente desaprobados si la ponderación de todo lo que está en juego arroja este resultado.
7. A estos efectos, los casos de «riesgo permitido» no difieren sustancialmente de los de justificación, incluidos (contra lo que sostiene la doctrina mayoritaria), los de legítima defensa. Que entre ambos grupos de casos existe, en realidad, un *continuum* lo ponen

de manifiesto especialmente los casos de consentimiento en el riesgo y los de «sustitución» de un riesgo por otro para el mismo interés.

8. El interés del autor en llevar a cabo su conducta se valora teniendo en cuenta el esfuerzo requerido para evitarla, tomando como base las capacidades de una persona baremo en la posición del aquel. En un ordenamiento jurídico de corte liberal, como el español, dicha valoración ha de formularse, además, teniendo en cuenta que a cualquiera le puede resultar más costoso sacrificar un interés propio o de un ser querido que un interés ajeno (con la consiguiente posibilidad de una «justificación personal»).

Capítulo 3. Lo específicamente penal

I. INTRODUCCIÓN

Si hay una idea rectora que vertebra este trabajo, es la de que las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil se diferencian en mucho más de lo que comparten. Más allá de ese núcleo estructural (limitadamente¹) común al que aquí se ha denominado «perturbación», los requisitos de una y otra forma de responsabilidad difieren radicalmente; algo que, desde el punto de vista de una dogmática teleológicamente orientada, no hace más que confirmar las tesis defendidas en el capítulo 1 en relación con la diversidad funcional de la responsabilidad penal (preventiva) y la responsabilidad civil (resarcitoria). En este capítulo se analizarán los componentes de la estructura dogmática del delito que resultan ajenos a la de la responsabilidad civil: los enumerados en la columna izquierda del esquema anticipado en el capítulo 2.

A lo largo de este capítulo, realizaré, en efecto, un breve recorrido por los diferentes «escalones» de la teoría jurídica del delito, tratando de dilucidar cómo se corresponde cada una de estas categorías con la función preventiva de la responsabilidad penal (o con los particulares límites a las que esta se somete), y cómo deben interpretarse para desempeñar esta función de la mejor forma posible. Con ello, se alcanzarán desde conclusiones aparentemente evidentes —como la de que la tipicidad de la conducta objeto de enjuiciamiento o la culpabilidad de quien la lleva a cabo son elementos privativos de la estructura dogmática de la responsabilidad penal, sin parangón en el Derecho de daños—, hasta otras que no lo son tanto, como la de que el concepto penal de resultado típico no se corresponde con el civil de daño, ni son idénticos los criterios para imputar uno y otro al comportamiento del agente.

A nadie se le escapa que profundizar en cada uno de estos elementos requeriría una obra con pretensiones muy distintas a la presente; más bien un tratado de Parte General de Derecho penal que un capítulo de tesis. En este sentido, no trataré aquí, ni mucho menos, de agotar los problemas jurídicos que plantean los componentes de la

¹ Vid. punto (a) del epígrafe 1 del apartado IV del capítulo 2.

estructura dogmática del delito a los que voy a referirme, sino más bien —en la línea de lo que intenté en el capítulo 2— de ordenarlos en un «mapa» funcionalmente coherente, prestando especial atención a los aspectos que, a mi juicio, pueden resultar más fructíferos para una comparación de las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil. El grueso de la argumentación desarrollada en el capítulo se centrará, así, en los elementos del delito que, aunque parecen tener correlativos jurídico-civiles claros (respectivamente, el daño y su imputación a la perturbación), en realidad difieren estructuralmente de ellos en aspectos en absoluto carentes de relevancia práctica: el resultado típico y su imputación al comportamiento. Otros componentes de la estructura dogmática de la responsabilidad penal —como la subsunción de la perturbación en las modalidades de conducta de los distintos tipos penales, la culpabilidad o la punibilidad— recibirán, en cambio, un tratamiento necesariamente superficial y tentativo.

II. LA SUBSUNCIÓN TÍPICA

	RESPONSABILIDAD PENAL	RESPONSABILIDAD CIVIL
	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>jurídicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>	
INJUSTO TÍPICO	Subsunción típica	Daño
	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo 	Concepto subjetivo y concreto
IMPUTACIÓN PERSONAL		Imputación del daño a la perturbación
	<ul style="list-style-type: none"> - Elemento <i>absoluto</i>: capacidad personal de comportamiento conforme a la norma - Elementos <i>de graduación</i>: dolo natural y conocimiento de la prohibición + otros elementos subjetivos + grado de capacidad personal de comportamiento conforme a la norma 	Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)
		No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado
	PUNIBILIDAD	No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i> », « <i>wrongful life</i> » etc.

Una de las diferencias entre las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil que más rápidamente saltan a la vista —sobre todo en sistemas «de cláusula general» como los que consagran el art. 1902 CC y los arts. 1240-1241 CCF²— radica en que, mientras que cualquier comportamiento perturbador puede, en principio, dar lugar al deber de su autor de resarcir los daños causados a los eventuales perjudicados por él, solo las perturbaciones *típicas* (subsumibles bajo un tipo penal legislativamente configurado de forma más o menos taxativa) pueden tener como respuesta la imposición de una pena³. Esto no es más que la consecuencia de dos de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal que no tienen, sin embargo, como es sabido, parangón en el Derecho de daños: el principio de legalidad —y, en concreto, el mandato de tipicidad dirigido al legislador que de él se deriva— y el principio de fragmentariedad, estrechamente relacionado con el de intervención mínima, de acuerdo con el que la pena debe reservarse como reacción ante las formas de ataque más graves a los bienes jurídicos de mayor trascendencia protegidos por el ordenamiento⁴. La tipicidad se muestra, así, en afortunada expresión de RODRÍGUEZ MOURULLO, como el «precipitado técnico» de tales

² Aunque el *tort of negligence* del Derecho anglosajón constituye también una suerte de cláusula general en un sistema, por lo demás, «típico» de Derecho de daños. En este sentido, vid. JANSEN, 2003, pp. 185-186, que sitúa —a mi juicio, acertadamente— el sistema alemán de responsabilidad civil extracontractual en una suerte de «punto intermedio» entre el modelo francés y el anglosajón, concibiéndolo como un sistema de «triple cláusula general» (en la misma línea, BUSTO LAGO, 1998, pp. 200-201; ROCA TRÍAS, E, «La responsabilidad civil extracontractual», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.ª ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), p. 17). Interesa señalar, sin embargo, que, como señala DEUTSCH, 1963, p. 61, ni siquiera en sistemas de responsabilidad civil como el alemán puede afirmarse que la «tipicidad» desempeñe un papel tan central desde el punto de vista de las garantías propias de un Estado de Derecho como en el ámbito penal.

³ Lo destacan BUSTO LAGO, 1998, p. 199; GARCÍA AMADO, 2013, pp. 99-100, 135; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 32; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 32.

⁴ Así, ya BELING, 1930, pp. 1-3; GUARNERI, 1947, pp. 164-166; y, en la doctrina contemporánea, MÜNZBERG, 1966, pp. 101, 172; RUDOLPHI, 1977, p. 13; TORÍO LÓPEZ, 1986, pp. 42, 46; FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, p. 252; WELZEL, 2001, pp. 69-71; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 261; ROXIN, 2006, pp. 196, 280; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 109, 151, 154; MIR PUIG, 2016, pp. 117, 148, 159; JÄGER, 2017, nm. 56 (p. 39); PUPPE, 2017, nm. 24; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Hecho típico», nm. 1278; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 290, 383; una posición a la que se aproximaba ya BINDING, 1922, *passim*, esp. pp. 132-237, con su defensa de que el legislador penal «eleva» a la categoría de delito solo determinadas formas de conducta antinormativa (antijurídica y culpable). De ambos principios podría decirse que operan, al mismo tiempo, como *límites* a la prevención en aras de la protección de la libertad del ciudadano (y, en el caso del principio de legalidad, también de sus derechos de participación democrática) —en la línea en que, como vimos, el principio del hecho protege su esfera privada de la injerencia estatal (vid. sobre todo epígrafe 1 del apartado III del capítulo 2)—, y como *vehículos* de la función preventiva de la pena. Y es que, como han subrayado muchos autores, tanto la indeterminación de la ley penal como el abuso del recurso a la pena como *prima ratio* para prevenir cualquier tipo de conductas perturbadoras (banalizando las que se consideran realmente graves) merman —si no eliminan— la capacidad de este sector del ordenamiento de servir como instrumento para la orientación de la conducta.

principios⁵. Como se anticipó al estudiar la relación que, de acuerdo con el esquema aquí defendido, existe entre tipo y justificación⁶, puede pensarse en el conjunto de tipos penales como una suerte de «plantilla» que «recorta» selectivamente (y de forma lo más taxativa posible) un universo prácticamente infinito de conductas perturbadoras. De nuevo en palabras de este último autor,

«El legislador ha de describir con la mayor precisión y claridad las acciones que eleva al rango de delito y castiga con pena. Mediante un proceso de tipificación legal, ha de indicar cuáles, entre las acciones pertenecientes al ámbito de lo injusto, se convierten en injustos punibles. El ámbito general de lo antijurídico y el marco de lo injusto punible se presentan como dos círculos concéntricos, siendo el segundo de menor superficie»⁷.

La primera —y muchas veces única— condición de la tipicidad consiste en la concurrencia de una conducta perturbadora con unas determinadas características (objetivas o subjetivas⁸): en la creación o no contención jurídicamente desaprobada y,

⁵ 1978, pp. 60, 238.

⁶ Vid. punto (d) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2.

⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 238.

⁸ Como se vio al tratar el problema de los conocimientos especiales (vid. punto (a) del epígrafe 1 del apartado IV del capítulo 2), nada en la «naturaleza de las cosas» se opone a tener en cuenta en el nivel del injusto típico (perturbación típicamente abarcada) elementos subjetivos —representaciones, intenciones, etc. del autor— que sirvan para definir con mayor precisión las conductas perturbadoras que se consideran merecedoras de una reacción específicamente penal; así, p. ej., JAKOBS, 1991, p. 308. Es más, lo cierto es que, como ha señalado agudamente ROXIN, «no sólo hay elementos típicos puramente objetivos [...] y subjetivos [...], sino también otros en los que ya lingüísticamente se entremezclan indisolublemente elementos objetivos y subjetivos [...]: así, una “simulación” [...] es ciertamente una acción externa, pero inimaginable de entrada sin una conciencia subjetiva de engañar; sería ocioso por ello discutir sobre la atribución de tal elemento al tipo objetivo o al subjetivo. La separación entre exterior e interior sólo sirve para el orden externo y ha de resultar improcedente cuando contradiga el sentido de un concepto» (ROXIN, 2006, p. 306). Vid., en idéntico sentido, ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 403-404. El único límite para el legislador viene dado, de nuevo, por el *principio del hecho*, que, como se vio, impide a la autoridad estatal indagar en el fuero interno de los ciudadanos sin su consentimiento con fines incriminatorios, sin haber constatado antes la existencia de una conducta externamente perturbadora (vid. epígrafe 1 del apartado III del capítulo 2). En este sentido, es perfectamente legítimo que el legislador atienda, por ejemplo, a un elemento subjetivo como el «ánimo de lucro» para —partiendo de la base de la conducta, externamente, perturbadora, de quien toma una cosa ajena sin la voluntad de su dueño—diferenciar el hurto (arts. 234 y ss. CP) del mero hurto de uso; conducta que, dada su menor gravedad, solo resulta punible en relación con vehículos a motor y ciclomotores (art. 244 CP). Lo que no resulta aceptable, sin embargo, desde la perspectiva del principio del hecho, es la tipificación de conductas cuyo carácter perturbador solo puede determinarse indagando *primero* en el fuero interno del autor; tendencia que no ha parado de crecer desde que fuera detectada (aunque no criticada, a mi juicio, con la suficiente vehemencia) por JAKOBS, 1997, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», y cuyo principal exponente en el Derecho penal español es quizás, como ya se dijo, el delito de autoadocctrinamiento terrorista contemplado en el art. 575.2 CP (vid. n. 44 del capítulo 2 y el texto a la que acompaña). Muy próximo a este

típicamente abarcada de un riesgo para los intereses ajenos sobre el que se tiene competencia⁹. A esta primera cuestión se dedicará el epígrafe 1 de este apartado. Otros tipos penales requieren, además, la concurrencia de un *resultado* separado de la conducta típica e *imputable* a ella; aspectos que, dados sus aparentes paralelismos con ciertas categorías propias de la estructura dogmática de la responsabilidad civil, se tratarán con cierta profundidad en el epígrafe 2. En el tercero de los epígrafes del apartado (3) se analizará, por último, la pertinencia de considerar el (in)cumplimiento por parte de la víctima concreta de sus «cargas de autoprotección» (*Obligenheiten zum Selbstschutz*) como criterio de imputación objetiva —del comportamiento y/o del resultado— *adicional*

planteamiento se muestra NINO, cuando afirma que «[p]uede darse el caso de que el legislador requiera una intención determinada para identificar cuáles son las acciones que causan el perjuicio que la ley busca evitar por medio de la pena; de ahí no cabe deducir que la intención sea lo decisivo para justificar la punición de las acciones de que tratamos o para justificar ciertos grados de punición» (NINO, 1999, p. 53).

⁹ Analíticamente, el primer paso consistiría, pues, en comprobar la existencia de una perturbación, y solo en un segundo momento se pasaría a dilucidar si esta es, además, una de las conductas perturbadoras que el legislador ha decidido considerar típicas. Aunque sus resultados no son enteramente coincidentes, puede trazarse un cierto paralelismo entre este sistema de análisis y el procedimiento propuesto por FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado, passim*, esp. 84-85, 88-94, para determinar la concurrencia de la conducta típica de los delitos de resultado, consistente en «dirimir, en una especie de proceso en dos fases, en primer lugar, si la desaprobación de ciertas conductas con riesgo inherente, en vista de la libertad de acción, parece un medio idóneo, necesario y adecuado para conservar determinados bienes, y, en segundo lugar, si para mantener la validez e inquebrantabilidad de la norma parece necesario y adecuado reaccionar a las creaciones de riesgo así desaprobadas *con la pena* y recurriendo a los delitos de resultado» (ibíd., p. 94, énfasis en el original). Este paralelismo es, si cabe, más intenso, si se parte de la lectura del planteamiento de FRISCH llevada a cabo por ROBLES PLANAS, conforme a la que «[l]a tipicidad penal es el nivel en el que se lleva a cabo el análisis sobre si una determinada conducta contiene los suficientes elementos que la convierten en merecedora de pena (*presupuesta* la ausencia de causas de justificación). En este sentido, la tipicidad penal presupone que la conducta sea antijurídica desde el punto de vista general. Ahora bien, no cualquier conducta antijurídica es sólo por ello una conducta merecedora de pena. Así, en la tipicidad es donde se concreta qué injusto es injusto penal, *filtrando* aquellos hechos injustos que no cumplen con los criterios de relevancia penal. La tipicidad penal es, pues, la categoría que expresa los requisitos específicamente penales que debe mostrar el injusto para llegar a ser injusto penal» (ROBLES PLANAS, 2003, pp. 193-194, énfasis añadido). En un sentido similar concibe, en sede de imputación objetiva, el criterio del «alcance del tipo» PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor», p. 902.

Merece la pena destacar, por lo demás, la importancia que en este juicio de subsunción reviste el marco penal asociado al tipo penal de que se trate y, en particular, la *pena mínima* legislativamente prevista. Y es que, como ha defendido BASSO, GJ, «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso Mesa Nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en *Actas del Seminario Internacional «El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal»*, ed. Pérez Cepeda, AI y Ruiz Arias, M (Salamanca: Ratio Legis, 2017), pp. 245-249; BASSO, GJ, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho* (Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2019), pp. 284-291, 297-298, 349-367, 388-390, la especial gravedad de esta última puede justificar la consideración como atípicas de conductas *formalmente* subsumibles en la descripción del delito, en virtud de su escasa lesividad *material* (por concurrir, en los términos empleados en este trabajo, una perturbación relativamente leve); un fenómeno que yo misma me he atrevido a bautizar como «efecto Basso» (PANTALEÓN DÍAZ, 2019, «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito», p. 158).

a los estudiados, admitiendo, como hace buena parte de la doctrina, la posibilidad de una suerte de «imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima».

1. De la perturbación al comportamiento típico

Todos los tipos penales requieren la existencia de una conducta perturbadora subsumible en su ámbito de aplicación; requisito que no es solo condición necesaria, sino también suficiente, para la tipicidad de los delitos de mera actividad (incluidos los de peligro abstracto) y de la tentativa de los delitos de resultado. Cada tipo penal abarca, en afortunada expresión de W. FRISCH¹⁰, diferentes «dimensiones de riesgo» y, como consecuencia del principio de fragmentariedad, hay dimensiones de riesgo cuya creación o no contención jurídicamente desaprobada sobre la que se tiene competencia —conducta perturbadora— no se encuentra abarcada por ninguna descripción típica¹¹. En esta sede se plantean problemas enormemente complejos, atinentes tanto a la Parte General como a la Parte Especial del Derecho penal, cuyo análisis desbordaría con creces el objeto de este trabajo. A los fines «topográficos» de este capítulo ha de bastar, pues, una enumeración (no exhaustiva) de los más importantes.

En el primero de los planos, se trata, por ejemplo, de delimitar las dimensiones de riesgo abarcadas por los delitos de **comisión por omisión** de las cubiertas únicamente por los delitos de omisión pura, determinando cuáles de las fuentes de competencia sobre el riesgo analizadas en el capítulo 2¹² constituyen, a la vez, posiciones de garante a los efectos penales; un problema que ROXIN ha llegado a calificar como «el capítulo aún hoy más discutido y oscuro en la dogmática de la parte general»¹³. También en este ámbito ha de ubicarse la distinción de las dimensiones de riesgo abarcadas, respectivamente, por los tipos de **autoría** y por los diferentes tipos de **participación** (accesoria)¹⁴; cuestión que resulta totalmente ajena al Derecho de daños, donde —de forma coherente con la estrecha relación que, como se dijo, existe entre el principio de accesoriedad de la participación y

¹⁰ 2004, *passim*, esp. pp. 77-80.

¹¹ Piénsese, por ejemplo, en la creación accidental (pero jurídicamente desaprobada) del riesgo de destruir una cosa ajena cuyo valor no supera los 80.000 euros (cfr. art. 267 CP).

¹² Epígrafe 2 del apartado IV.

¹³ 2014, p. 845.

¹⁴ Problemática a la que, como se verá más adelante, pueden reconducirse las discusiones sobre el fundamento de la atipicidad de la mera participación en una autopuesta en peligro, por oposición a la puesta en peligro de otro con su consentimiento (vid. epígrafe 3 de este apartado).

el principio de tipicidad¹⁵— rige un concepto unitario de autor (vid. § 830 BGB)¹⁶. Por último, cabe mencionar la exigencia de una perturbación «grave» o, como mínimo, «menos grave» (en los tipos de homicidio y lesiones)¹⁷ para la conformación de la conducta típica de los delitos punibles en ausencia de dolo¹⁸; gravedad que vendrá determinada por la medida en que el juicio de ponderación de intereses del que, como se vio, depende la existencia de una conducta perturbadora se incline del lado de la desaprobación jurídica de la conducta.

Pero, como no podría ser de otra manera, la subsunción típica plantea también importantes problemas de Parte Especial, derivados, entre otros, de la necesidad de determinar si la conducta perturbadora en cuestión responde o no a las **modalidades específicas de comportamiento** (en su caso) descritas en el tipo: ¿«entra», por ejemplo, «en morada ajena» (art. 202.1 CP), la persona que engaña a otra para que penetre en la casa de un tercero, haciéndole creer que este último consiente en la entrada¹⁹? ¿Y «accede carnalmente» a su hija el padre (garante) que se limita a no impedir, pudiendo hacerlo, que un tercero la viole (art. 179 CP)²⁰? En este plano han de ubicarse, por lo demás, los problemas de delimitación de las **dimensiones de riesgo abarcadas por unos y otros**

¹⁵ Vid. punto d del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2.

¹⁶ Así, TRAEGER, 1904, pp. 273-283. Vid., en sentido similar, FREI, 2010, pp. 260-261; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 290; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II*, p. 1045.

¹⁷ Sobre la evolución de la normativa en esta materia y, especialmente, sobre el controvertido concepto de imprudencia «menos grave» introducido a través de la LO 1/2015, pueden consultarse PANTALEÓN DÍAZ, 2019, «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito», pp. 159-179, y la fundamental STS (Sala Segunda) 421/2020, de 22 de julio, que aclara varias de las cuestiones problemáticas apuntadas en aquel trabajo.

¹⁸ Únicamente en este sentido resulta inexacto, como descripción del Derecho penal español vigente, el planteamiento desarrollado por autores como JAKOBS, 1991, pp. 317, 872; HERZBERG, 1996, pp. 380-382; 2008, nn. 44-45 (p. 19), pp. 21-22; o GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 554-561, 569, conforme al que, al ser idéntico el tipo (objetivo) de los delitos dolosos e imprudentes, el dolo es solo un *plus* respecto de la imprudencia; posición, como se verá, muy similar a la que se defenderá en el epígrafe 2 del apartado III de este capítulo. De acuerdo con esta tesis, todo delito doloso «encierra» en sí, en cierto modo, un delito imprudente, al modo en que, por ejemplo, cualquier asesinato lleva implícito un homicidio; concurso de leyes que se resolvería castigando al autor únicamente por el correspondiente delito doloso como *lex specialis*.

¹⁹ La doctrina quizás mayoritaria se muestra partidaria de la configuración del allanamiento de morada como un delito de propia mano, en el que no cabría autoría mediata. Un excelente resumen del estado de la discusión puede encontrarse en PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): lección sobre autoría y participación*, pp. 23-24.

²⁰ Vid., al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 171-173, 506-508; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 159; MIR PUIG, 2016, p. 237; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Hecho típico», nn. 1296. Que con ello se cumpla sin más el requisito de «equivalencia» exigido en el art. 11 CP entre la acción de violar y la omisión por parte del garante de impedir que otro viole resulta, por supuesto, mucho más discutible.

tipos de la Parte Especial, núcleo en torno al que gira, paradigmáticamente, la discusión sobre si se encuentra dentro del alcance del tipo de homicidio, o únicamente del de lesiones, la creación de riesgos graves para la salud que amenazan con materializarse en una muerte muy diferida en el tiempo²¹. Piénsese, por ejemplo, en los tan debatidos casos de contagio doloso o imprudente del V.I.H. que terminan provocando, mucho tiempo después, la muerte del contagiado a consecuencia de la enfermedad²².

La enumeración que acaba de realizarse permite poner de manifiesto algo que ya se anticipó en la parte final del capítulo 2: que, en muchos de los grupos de casos que los penalistas discuten en sede de imputación objetiva —muy especialmente, los que ROXIN y sus seguidores agrupan bajo el tópico del «alcance del tipo», pero también una parte importante de los que se tratan en relación con la llamada «prohibición de regreso»— lo que se cuestiona no es la existencia o no de una conducta perturbadora (la creación o no contención jurídicamente desaprobada de un riesgo sobre el que se tiene competencia), sino la posibilidad de *subsumir* una perturbación, que indudablemente existe, en unos u

²¹ Ya VON BAR, 1907, pp. 194-195, consideraba el transcurso de un largo lapso de tiempo entre conducta y resultado un «indicio no despreciable» de la inexistencia de una relación de causalidad «adecuada» entre ellos. En la doctrina española, se inclina por apreciar en esta clase de casos únicamente delito de lesiones, en la línea seguida originalmente por ROXIN, 1976, pp. 193-196, PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Homicidio», nms. 6957-6960, con una argumentación que ha sido acogida, prácticamente punto por punto, por la Sala Segunda del TS en su sentencia 663/2012, de 24 de julio. Vid., en el mismo sentido, BURGSTALLER, 1974, pp. 127-128; y LUZÓN PEÑA, 2016, p. 208. De la opinión contraria era, aparentemente, STÜBEL, 1805, p. 148; y lo son hoy también, aun señalando las importantes dificultades *procesales* para reaccionar a esta clase de supuestos mediante la imposición de una pena, SILVA SÁNCHEZ, 1989, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», pp. 681, 683, 684, 687; PUPPE, 2001, pp. 149-155; 2017, nms. 257-260; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 523-535; y también —aunque con importantes matices, en su caso, de carácter más bien sustantivo— JAKOBS, 1991, pp. 228-229; 1996, pp. 188-189, 198; DERKSEN, 1992, pp. 236-238. Una solución diferenciada para los supuestos en que el daño a la salud inicialmente provocado «se desarrolla de modo continuo (durante un periodo más o menos extendido) hasta la muerte», y aquellos otros en que «la enfermedad se estabiliza, sin que resulte posible una recuperación total» y la muerte se produce como consecuencia de «la reducción general de la resistencia y las capacidades físicas de la víctima», defienden ahora ROXIN, 2006, p. 1079; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 1198-1199. Vid., en sentido similar, SCHÜNEMANN, 1975, p. 720; RUDOLPHI, 1977, pp. 31-33; CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 98-99; 2004, «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», pp. 37-38; JÄGER, 2017, nms. 135-137 (pp. 84-86).

²² Sobre este concreto grupo de casos, pueden consultarse, entre otros, JAKOBS, 1991, p. 229; HERZBERG, RD, «SIDA: desafío y piedra de toque del Derecho penal. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 StR 262/88)», en *Problemas jurídico penales del SIDA*, ed. Mir Puig, S (Barcelona: Bosch, 1993), pp. 147-152; LUZÓN PEÑA, 1993, pp. 17-18; SCHÜNEMANN, B, «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», en *Problemas jurídico penales del SIDA*, ed. Mir Puig, S (Barcelona: Bosch, 1993), pp. 28-39; CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 98-99; ROXIN, 2006, pp. 1078-1079; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Homicidio», nms. 6959-6960; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 1198-1199.

otros tipos penales²³. Y esta constatación conduce a una consecuencia especialmente importante a los efectos que aquí interesan: la de que los criterios de imputación objetiva conforme a los que la doctrina penalista defiende la absolución del autor o la atenuación de su responsabilidad penal en estos grupos de casos *no son en absoluto trasladables al* (¡atípico por antonomasia!) *Derecho de daños*. Si la responsabilidad civil del autor ha de excluirse o aminorarse en estos supuestos, ello obedecerá, por tanto, a otros motivos, reconducibles a categorías privativas de la estructura dogmática de esta forma de responsabilidad.

2. Eventualmente, el resultado típico y su imputación al comportamiento

Muchos tipos penales —denominados, precisamente por ello, delitos «de resultado»— requieren, además de un comportamiento perturbador subsumible en su ámbito de aplicación, un resultado separado de dicho comportamiento y a él imputable. Este resultado puede consistir en una lesión del bien jurídico protegido por el delito en cuestión (la muerte en los arts. 138 y ss. CP; el perjuicio patrimonial en los arts. 248 y ss. CP, etc.), o bien en su «puesta en peligro concreta» (por ejemplo, la de la vida o la integridad de las personas en el art. 380 CP); el (mal) llamado «resultado de peligro» que, como con excelentes argumentos ha defendido, entre nosotros, MOLINA FERNÁNDEZ, no consiste propiamente en un peligro²⁴, sino más bien en una modificación de la realidad que revela la *proximidad* —espacio-temporal— a la lesión del bien jurídico a la que ha conducido la conducta²⁵. En adelante, y para simplificar el análisis, ignoraré la existencia (en términos numéricos, marginal) de esta última clase de delitos y utilizaré indistintamente las expresiones «resultado típico» y «resultado lesivo» como si fueran

²³ Así, PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor», pp. 893-894, 901.

²⁴ Como se señaló al analizar el juicio de peligro en que se basa la existencia de una perturbación, solo tiene sentido hablar de un riesgo de que se produzca un resultado lesivo ante una situación de *incertidumbre* sobre si este en efecto se producirá. Sobre la base de todo el conocimiento disponible *ex post* —incluido, por tanto, el conocimiento de que el resultado lesivo *no se produjo*— solo puede llegarse a una conclusión: la de que la conducta en cuestión no entrañaba, en realidad el riesgo de producirlo (vid. texto junto a las nn. 76-77 del capítulo 2). Desde este punto de vista —el único científicamente sostenible—, es tan conceptualmente imposible concebir un «resultado de peligro», como incomprensible resulta la distinción entre un peligro «abstracto» y uno «concreto», absolutamente desconocida en la teoría de probabilidad. Sobre todo ello, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 669-670; 2007, pp. 103, 120-129, 130-132.

²⁵ Así, MIR PUIG, 2016, p. 239. Vid., en sentido similar, WELZEL, 1961, pp. 22-23; y WOLTER, 1981, pp. 223-247, que distinguen, con buen criterio, entre la peligrosidad de la conducta y la «puesta en peligro del bien jurídico» (como resultado de los delitos de peligro), definiendo este último, a fin de cuentas, como la entrada del bien jurídico en la «esfera de acción» (*Wirkungsbereich*) de la conducta peligrosa.

sinónimas; todo ello en el entendido de que, a mi juicio, el planteamiento que desarrollaré en relación con los delitos de resultado de lesión puede aplicarse plenamente, *mutatis mutandis*, a los de peligro concreto.

En ambas clases de delitos²⁶, la ausencia de un resultado lesivo imputable a la conducta típicamente perturbadora del autor da lugar, según la existencia o no de dolo, a la imposición a aquel de una pena inferior en uno o dos grados (art. 62 CP) o a su impunidad, salvo que el comportamiento en cuestión se encuentre tipificado autónomamente como delito de peligro abstracto²⁷. En los puntos (b) y (c) de este epígrafe se analizarán los criterios conforme a los que pueden afirmarse —de forma coherente con la función preventiva de la responsabilidad penal—, respectivamente, la existencia de un resultado lesivo penalmente relevante y su imputación a la conducta típica. Antes resultará necesario, no obstante, salvar un difícil escollo, consistente en justificar por qué precisamente la imposición de una consecuencia jurídica *preventiva* como la pena puede quedar al albur —como mínimo, en lo que a su *quantum* se refiere— de una circunstancia como la efectiva concurrencia de un resultado lesivo, cuya materialización y extensión no dependen (o, al menos, no dependen exclusivamente) de la gravedad de la conducta perturbadora del autor. A esta cuestión se dedicará el punto (a) siguiente.

a. La función del resultado típico en la estructura dogmática del delito

Que la medida de pena impuesta al autor de una conducta típicamente perturbadora dependa de los efectos perjudiciales que dicha conducta produzca en el mundo parece, de entrada, enormemente intuitivo²⁸. La imputación de mérito o demérito por los resultados de nuestro comportamiento es una de las constantes que vertebran tanto

²⁶ Y solo en ellas, pues, como señala MAÑALICH RAFFO, «sólo en caso de que el respectivo tipo de acción se encuentre especificado, a través de una descripción causalmente compleja, como consistente en la producción o el impedimento de un determinado resultado, se vuelve pertinente el recurso al análisis causal como herramienta de subsunción» (2014, p. 39).

²⁷ Precisamente como delitos imprudentes (con imprudencia consciente) sin resultado, o como auténticas «tentativas imprudentes», se refieren a los delitos de peligro abstracto autores como ZIELINSKI, 1973, pp. 156-162; ZIELINSKI, D, «Der Notarzt als Retter des Täters —Vom Glück und Pech als Maß der Schuld», en *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, ed. Amelung, K et al. (Heidelberg: C.F. Müller, 2003), pp. 537-538; CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 206; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 713; 2020, «Formas imperfectas de ejecución del delito», nm. 2847; ROXIN, 2006, p. 428; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 532; vid., en sentido similar, ANTÓN ONECA, 1949, p. 220; JAKOBS, 1991, pp. 328, 716-717; y LUZÓN PEÑA, 2016, p. 161.

²⁸ Así, p. ej., NINO, 1980, p. 31; y, sobre todo, MOORE, 2009, pp. 29-33, 434-435. Aunque quizás sea cierto que lo que existe en este ámbito sean más bien, en palabras de DAN-COHEN, «intuiciones irremediabilmente contradictorias» en un sentido y en el contrario (1992, p. 985).

las relaciones humanas como la concepción de la propia «biografía» personal²⁹. Ante dos alumnos que han dedicado exactamente *el mismo esfuerzo* a estudiar para un examen, nos resulta perfectamente natural conceder un aprobado al que estudió precisamente los temas que se preguntaron y un suspenso al que tuvo la mala suerte de estudiar otros. Y cualquier conductor de un automóvil distingue la conducción por encima de la velocidad reglamentariamente permitida que lo conduce a su casa sin percances —conducta no por perturbadora menos parte de la vida cotidiana de muchos de nosotros— de la tragedia o, como mínimo, la conmoción que supone *la misma conducción* si tiene como resultado el atropello mortal de un peatón (resultado de lesión) o incluso la necesidad de frenar bruscamente para impedirlo por muy poco (resultado de peligro concreto)³⁰. La atribución recíproca de responsabilidad moral por las consecuencias de nuestro comportamiento (personalmente imputable) es tan inherente a nuestras pautas de interacción social como la de concebarnos los unos a los otros como seres dotados de libre albedrío. De hecho, desde una perspectiva determinista —en absoluto descartable dado el estado actual del conocimiento científico— tiene tanto sentido decir que los efectos de nuestras conductas son un mero «producto del azar»³¹ como predicar lo mismo de nuestras acciones, e incluso de las propias *decisiones* que nos conducen a llevarlas a cabo³².

²⁹ Así, HONORÉ, T, «Responsibility and Luck. The moral basis of strict liability», en *Responsibility and Fault* (Oxford/ Portland: Hart Publishing, 1999), 14-15, 29-31; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, p. 133. En esta misma línea, afirma con razón DAN-COHEN, que, en un sentido relevante, «la identidad de un sujeto deriva de los objetos y eventos que se consideran de su autoría» (1992, p. 963); y es que, como señalan HART Y HONORÉ, «los individuos adquieren, en una medida u otra, la concepción de sí mismos como personas diferenciadas y el sentido de respeto por sí mismos en buena parte a través de la reflexión sobre los cambios en el mundo que los rodea que sus conductas son suficientes para provocar sin la intervención de otros y que les son, por tanto, atribuibles separadamente a ellos. Este sentido de respeto por nosotros mismos y por los demás como personas diferenciadas se debilitaría mucho, o incluso se disolvería, si no pudiéramos pensar en nosotros mismos como autores de los cambios que provocamos en el mundo» (HART Y HONORÉ, 1985, pp. lxxx-lxxxii).

³⁰ MOORE, 2009, p. 30.

³¹ Así, entre otros, VON BAR, 1907, pp. 445, 473; ENGISCH, 1930, p. 331; WELZEL, 1961, p. 20; JESCHECK, 1965, p. 16; MÜNZBERG, 1966, pp. 119-120; KAHRS, 1968, p. 31; 1969, pp. 174-175; ZIELINSKI, 1973, *passim*, p. ej., pp. 128, 130, 142, 151, 152-153, 214-215, 308; 2003, *passim*, esp. 535, 537, 548; SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 291; 2012, pp. 629, 670-672, 674-675; CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 208; SANCINETTI, 1991, *passim*, esp. pp. 62, 67, 101, 126-128, 291-292; NAMIAS, 1993, pp. 66, 129, 145; SAMSON, 2003, p. 154; y JAKOBS, 2010, pp. 50-51, 53.

³² Una reducción al absurdo en esta misma línea del argumento de la «mala suerte moral» (*moral luck*) lleva a cabo, paradigmáticamente, MOORE, 2009, pp. 24-29, 434, quien afirma, en este sentido, que «es una ilusión pensar que la superficie de nuestra piel marca una cesura en el grado de nuestro control, que carecemos de control sobre lo que pasa en el mundo exterior mientras que controlamos lo que ocurre dentro» (ibid., p. 25). También, DAN-COHEN, 1992, p. 983; NINO, 1999, pp. 61-62; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 130-132; PUPPE, 2017, nm. 21. Vid., en sentido similar,

La importancia del resultado desde el punto de vista moral parece, en definitiva, difícilmente soslayable. Pero fundamentar esta poderosa intuición desde el punto de vista preventivo, de forma que pueda trasladarse al ámbito de la responsabilidad penal, resulta mucho más complicado³³. Recuérdese, en este sentido, que uno de los principales argumentos empleados en el capítulo 1 para defender que la responsabilidad civil *no* tiene una función preventiva fue precisamente su radical dependencia (tanto en el *an* como en el *quantum*) de la existencia de un daño que resarcir³⁴. Y es que la lógica preventiva —al

MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 799-802; ROXIN, 2006, p. 327; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 424. No obstante, como reconoce el propio GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 134-135, tal reducción al absurdo no constituye todavía ningún argumento *a favor* de la relevancia penal del resultado. Desde otro punto de vista, critica la concepción del resultado como «azaroso», HIRSCH, 2002, pp. 8, 11-12, haciendo énfasis en el carácter (supuestamente) «dominable» del curso causal más allá de la tentativa; si bien él mismo admite que el razonamiento no puede extenderse tan fácilmente al ámbito del delito imprudente (ibíd., pp. 17-18).

³³ Lo han destacado especialmente SANCINETTI, 1991, pp. 81-86; FRISCH, W, 2014, p. 20. Al contrario que el segundo, cuya posición se expone seguidamente en el texto, el primero de los autores termina por afirmar que: «el carácter “finalmente” (desde el punto de vista temporal) dañoso, no es una propiedad de la acción (u omisión) que se pueda predicar en el momento en el que debe operar la prevención, la disuasión, en contra de una acción disvaliosa; es decir, que pueda operar ya en el momento en el que a más tardar el ordenamiento jurídico hubiera debido pronunciar un mandato de abstención (delitos de comisión) o de acción (delitos de omisión), si quería proteger el bien jurídico. Por consiguiente, no hay cómo poder justificar la exigencia del daño efectivo en una formulación preventivista; al menos no, por el mero hecho de ser preventivista» (SANCINETTI, 1991, p. 82). Un excelente resumen del estado actual de la cuestión, con amplias referencias a las diferentes posiciones al respecto, puede encontrarse en GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 116-148.

³⁴ Vid. epígrafe 2 del apartado II del capítulo 1. De hecho, resulta relativamente sencillo fundamentar la relevancia del resultado típico si uno está dispuesto a conceder a la pena, contra lo defendido en este trabajo, una función (al menos parcialmente) «satisfactiva» respecto de la víctima concreta del delito. En esta línea, sostiene GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 141-148, la existencia de un «derecho subjetivo» de la víctima concreta a la consideración del resultado típico en la determinación de la pena; un derecho derivado, a su vez, de su «derecho subjetivo a no resultar lesionada», vulnerado por el autor. En los «delitos sin víctima» (vid. n. 37 del capítulo 1), la relevancia del resultado típico respondería, por su parte, a la necesidad de no generar un «agravio comparativo» contra los autores de delitos contra bienes jurídicos individuales. En mi opinión, este planteamiento resulta criticable desde varios puntos de vista. Me parece cuando menos dudoso, en primer lugar, que exista ese «derecho subjetivo» a la incolumidad; «derecho» que GROSSE-WILDE da por sentado, con base, por ejemplo, en el derecho —este sí, innegable— de la víctima a reaccionar justificadamente contra injerencias ajenas en su propia esfera de organización, sea en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo. El autor mezcla aquí (¿deliberadamente?) dos planos que responden a lógicas bien distintas: el de los *derechos subjetivos* y el de los *daños* (vid. ya n. 35 del capítulo 1). La víctima no tiene ningún derecho a no sufrir daños —*casum sentit dominus!*—, ni siquiera un derecho a no sufrir daños objetivamente imputables a conductas perturbadoras, sino solo una modesta pretensión de resarcimiento (derecho de crédito) frente a quien de esta forma se los causa. Lo que sí tiene la víctima son derechos subjetivos (absolutos) a la vida, a la integridad física, etc., que le confieren, por así decirlo, un «monopolio» sobre su esfera de organización. Son *estos* derechos los que la legitiman a reaccionar defensivamente frente a injerencias indeseadas *actuales* de terceros en esta esfera. No obstante, el momento de la determinación de la pena es otro bien distinto. En él ya no existe injerencia alguna en los derechos subjetivos de la víctima; injerencia que (por hipótesis) *cesó* con la consumación del delito. Aquí solo hay, en su caso, un *daño* eventualmente resarcible,

menos, en su vertiente intimidatoria— parece conducir irremisiblemente a la conveniencia de decidir sobre la imposición de la pena y sobre su extensión con base *exclusivamente* en la gravedad de la conducta típica, pues solo sobre la decisión del agente de comportarse de uno u otro modo pueden incidir las razones (prudenciales o de otro tipo) en contra de dicha conducta derivadas de la norma prohibitiva³⁵. Es cierto que, como apunta NINO, tales razones son idénticas se haga o no depender la punición de la concurrencia del resultado típico³⁶. Pero de ello no se infiere, como parece querer dar a entender el autor, que la eficacia preventiva de un sistema en el que se castigaran *todas* las conductas típicamente perturbadoras sería la misma que la de uno en la que la punición

pero ningún derecho que «vindicar» o que «reintegrar». Una forma más generosa —aunque implausible, a mi juicio— de interpretar el planteamiento de GROSSE-WILDE supondría entenderlo en el sentido de que los *deberes estatales de protección penal* derivados del reconocimiento constitucional (y jurídico-internacional) de los derechos a la vida, a la integridad física, etc. se traducen no solo en su obligación de tipificar como delito el homicidio, las lesiones, etc., sino también en un deber de *castigar más* el homicidio, las lesiones, etc. *consumados* que su tentativa. Este argumento tendría, sin embargo, como condición de validez, la demostración de lo que precisamente aquí se discute: que un Derecho penal como el actualmente vigente protege de forma más eficaz los bienes jurídicos que uno en el que la punición fuera independiente del resultado típico; o, alternativamente, que existen motivos (constitucionalmente) fundados para renunciar a la protección adicional que brindaría este último sistema.

A objeciones similares se presta el planteamiento ideado por KRÜPELMANN, J, «Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, ed. Vogler, T (Berlín: Duncker & Humblot, 1985), *passim*, y desarrollado, sobre todo, por ERB, 1991, *passim*, esp. pp. 161-168, 295-296, de acuerdo con el que el desvalor de resultado radica en la infracción de la «pretensión de protección» (*Schutzanspruch*) que las normas penales otorgan a las víctimas concretas de los delitos. Aunque, a diferencia de GROSSE-WILDE, ninguno de estos autores relaciona su planteamiento expresamente con una teoría de la pena hasta cierto punto orientada a la víctima concreta, esta es, hasta donde alcanzo, la única fundamentación posible de su teoría desde un punto de vista funcional. Precisamente en esta línea se orienta la crítica que TOEPEL, 1992, pp. 125-127 dirige a esta clase de posiciones.

³⁵ En palabras de MÜNZBERG, «un resultado como tal no puede prohibirse, como no se puede prohibir a una bomba que cae o a un rayo que impacten contra el suelo» (1966, p. 3; una idea que aparece recurrentemente en diversos lugares de la obra, p. ej., pp. 5, 53-54). Vid., en sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 291, 293, 325-326.

³⁶ NINO, 1999, pp. 78-79; una apreciación que SANCINETTI, 1991, pp. 82-83, 85, termina por emplear a favor de su argumentación, aduciendo, convincentemente, que «el problema reside [...] en que la inclusión de factores casuales —en la norma, y en los presupuestos de la sanción— nunca podrá ser visto como algo justo [...]: dos decisiones de voluntad idénticas no pueden ser disuadidas de manera diferente» (ibid., p. 85). Admiten este punto de partida, por lo demás, JAKOBS, 1972, pp. 124-126; SCHÜNEMANN, 1975, p. 512; HART Y HONORÉ, 1985, pp. 396-397; y MOORE, 2009, p. 49. En la misma línea, aunque de forma más matizada, señala MOLINA FERNÁNDEZ que «desde un punto de vista *preventivo* la necesidad de sancionar hechos no lesivos es inversamente proporcional al grado de confianza que tenga el sujeto en el efecto dañoso de su acción [...]. En una tentativa con dolo de consecuencias necesarias, y también generalmente en las de dolo directo, el sujeto confía plenamente en la producción del hecho, por lo que la inexistencia de sanción para la tentativa no sería en su caso acicate alguno para realizar la acción [...]. La norma que sanciona el delito consumado tiene el mismo efecto sobre la tentativa con dolo directo y dolo de consecuencias necesarias. Por el contrario, cuanto más improbable sea que del hecho prohibido se derive un resultado, más razones habrá (desde el punto de vista estrictamente preventivo) para sancionar el hecho, ya que el sujeto siempre puede confiar en que en su caso precisamente no se dará el resultado» (2001, n. 341, p. 807).

se condicionara a la posibilidad de imputar resultados lesivos a tales conductas. Y ello por la sencilla razón de que un sistema de esta última clase no ofrecería incentivo alguno en contra de los comportamientos perturbadores que se llevan a cabo *en la confianza* de que no redundarán en consecuencias perjudiciales.

A pesar de su inferior eficacia preventiva³⁷, optar por un sistema de este tipo podría tener sentido —y esta es la segunda interpretación posible del argumento de NINO³⁸— por razones *garantistas* (relativamente³⁹) independientes de la lógica preventiva que se impusieran a ella como un *limite*⁴⁰. El razonamiento en este punto podría ser similar al que se emplea para justificar la punición selectiva de las conductas imprudentes (art. 12 CP) con base en el principio de *fragmentariedad*: ya sea por el carácter más perturbador de la conducta dolosa respecto de la meramente imprudente, o —como se defenderá más adelante⁴¹— por la mayor facilidad del autor de «distanciarse» a sí mismo personalmente de la segunda que de la primera, parece evidente que hay motivos suficientemente fundados para afirmar que, *ceteris paribus*, los ataques dolosos a los bienes jurídicos son *más graves* que los imprudentes, con la consiguiente mayor necesidad (preventiva) de pena. Una distinción entre ambas formas de conducta a efectos de intervención mínima no parece, por tanto, en absoluto arbitraria. Pero ¿realmente puede sostenerse que, en términos *preventivamente* relevantes, la conducta típicamente perturbadora a la que puede imputarse un resultado lesivo es *más grave* —y, por tanto,

³⁷ Consideración solo matizable si se aduce que, dado el carácter limitado de los recursos materiales y humanos destinados al aparato de justicia penal, reduciría la eficacia preventiva *global* del sistema que se destinaran esfuerzos a la persecución de conductas imprudentes que no dan lugar a un resultado lesivo, en detrimento de la de otras más graves; así, por ejemplo, VON BAR, 1907, pp. 444-447. Este argumento, ciertamente atendible, incurre, sin embargo, a mi juicio, en una poco disimulada petición de principio, soslayando la cuestión verdaderamente discutible: ¿acaso cabe partir sin más de la base de que las conductas imprudentes lesivas son *penalmente* más graves que las que no redundan en resultado típico alguno?

³⁸ Amén de la más consistente con lo sostenido por el autor en NINO, 1980, pp. 424-431, y especialmente con su explicación de que «los hábitos, prácticas y maneras de actuar genéricamente peligrosos están ampliamente difundidos en la sociedad y casi todos incurrimos de cuando en cuando en ellos; el derecho trata de disuadir tales hábitos y prácticas por medio de la pena, pero sería una inaceptable expansión de la esfera de la interferencia jurídica si todas esas actividades y hábitos estuvieran efectivamente sujetos a pena. Así, pues, el derecho escoge algunas de aquellas actividades peligrosas con el propósito de hacer efectiva la responsabilidad penal, y esto se hace eligiendo las actividades negligentes que tienen la característica contingente de causar daño, renunciando a la aplicación de pena en el resto de los casos» (ibíd., p. 430).

³⁹ Vid. n. 4 de este capítulo.

⁴⁰ Y es que, como apunta JAKOBS, «el considerar antinormativa la tentativa no conduce, sin embargo, forzosamente a sancionarla, en la medida en que existan consideraciones extranormativas (especialmente, político-criminales) que hagan inconveniente la imposición de una sanción» (1972, p. 125).

⁴¹ Vid. epígrafe 2 del apartado III de este capítulo.

requiere en mayor medida una reacción a través de la pena— que aquella que no produce el resultado típico⁴²?

Hasta donde se me alcanza, solo la teoría de la prevención general positiva (al menos, en alguna de sus versiones) ofrece una respuesta mínimamente satisfactoria a este interrogante; alternativa que, hoy por hoy, considero la explicación más plausible del Derecho vigente. Se basa en la siguiente argumentación: cuando la frustración de una expectativa normativa tiene precisamente las consecuencias cuya evitación le confiere sentido —cuando ocurre, en otras palabras, precisamente lo que la norma trataba de prevenir— esta *manifestación pública* (o «demostración», como diría W. FRISCH⁴³) a la vez de la defraudación de la expectativa y de lo que la hace digna de confirmación *contrafáctica* erosiona especialmente la confianza en la vigencia de la norma. La pregunta «¿puedo seguir esperando que los demás se comporten de forma diferente?» surge, en estos casos, con especial intensidad, y de ahí la mayor necesidad de pena⁴⁴.

Esta explicación de la relevancia del resultado típico me genera las mismas dudas que me suscitan, en general, todas las versiones más o menos psicológico-sociales de la teoría de la prevención general positiva. Y es que, desde este punto de vista, la necesidad de pena parece ser, en realidad, *inversamente proporcional* a la gravedad de la conducta⁴⁵. Aplicado a este grupo de casos: ¿realmente la sociedad se cuestiona de forma especialmente intensa la prohibición de, por ejemplo, matar, cuando efectivamente se

⁴² Subraya la necesidad insoslayable de responder afirmativamente a esta pregunta, si se quiere además sostener que la producción del resultado típico conlleva un «injusto incrementado» respecto de su ausencia FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 544-546.

⁴³ FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 403, 489 (también FRISCH, W, 1995, p. 76); a quien siguen de cerca FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, p. 327; GIL GIL, 2007, pp. 107-114, 408; y BOLEA BARDÓN, 2020, p. 97. Vid., en sentido similar, KAUFMANN, ARM, 1964, p. 54, para quien el resultado típico imputable a una conducta imprudente siempre «demuestra» la infracción del deber objetivo de cuidado; FEIJOO SÁNCHEZ, B, «Los límites políticos-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible», *Revista del Poder Judicial*, vol. 61 (2001), pp. 147-148; GRECO, 2018, pp. 30-31, que habla de una función «confirmativa» del resultado; y, JAKOBS, que sostiene, muy gráficamente, que el resultado deja «grabada a fuego» la «protesta» del autor contra la estructura normativa (2020, n. 5). Muy próximo, JAKOBS, 1997, «El concepto jurídico-penal de acción», pp. 117-118; 2010, p. 54; 2012, p. 70.

⁴⁴ Así, FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 546-549. Seguramente quepa interpretar en este mismo sentido la afirmación de JAKOBS de que «cuando los tipos están bien contruidos, es decir, cuando la consumación está conectada a una lesión de un bien jurídico, o al menos a un suceso relevante para el quebrantamiento de la norma, entonces el hecho consumado tiene forzosamente más significación» (1991, p. 166).

⁴⁵ Vid. ya n. 22 del capítulo 1.

materializa el riesgo desaprobado de muerte creado por el autor? ¿No puede argumentarse, tal vez, que se la cuestiona *menos* ante la constatación precisamente de lo que hace importante esa norma? Ante el resultado de muerte, es ciertamente una reacción posible preguntarse «¿sigue prohibido matar?», pero también lo es —y, de hecho, parece incluso más plausible— afirmar «¿ves? *Por eso está prohibido* matar». Sea como fuere, a la argumentación propuesta solo se me ocurre la alternativa *de lege ferenda* de una reforma que, efectivamente, equiparase a efectos penológicos la conducta típicamente perturbadora a la que puede imputarse un resultado lesivo y aquella a la que no⁴⁶. Y, dado tanto lo moralmente intuitiva que, como se ha dicho, resulta la diferencia de gravedad entre una y otra, como el hecho de que ningún Derecho del mundo (que me conste) haya adoptado hasta ahora este modelo, esta opción me resulta francamente insatisfactoria.

Sin embargo, menos satisfactorias aún me resultan las posiciones de los autores que renuncian completamente a una explicación de la diferencia entre conducta típicamente perturbadora sin resultado y delito consumado fundada en consideraciones de gravedad (y consiguiente necesidad de pena), y conciben el primero como una mera condición objetiva de punibilidad —o, en los delitos dolosos, la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa como una basada en la menor punibilidad de la conducta—, con base en la mayor «conmoción social» que genera su concurrencia⁴⁷. Como se expondrá

⁴⁶ Así, al menos para los delitos dolosos, GUARNERI, 1947, pp. 173-174; ZIELINSKI, 1973, 213-217, 309; 2003, pp. 541-548; KAUFMANN, ARM, «La parte dogmática de Proyecto Alternativo», *Nuevo Pensamiento Penal*, vol. 13-14 (1977), pp. 58-59; SANCINETTI, 1991, *passim*, p. ej., pp. 131-134, 483-486; y, para los imprudentes, KAHRS, 1968, pp. 274-275, 279-281. A esta posición se aproxima también, en definitiva, WELZEL, en cuanto considera el resultado un elemento meramente «limitador» (por oposición a «constitutivo») del injusto típico (1961, pp. 11, 20-21) y achaca principalmente la solución acogida por el legislador al «sentimiento irracional» de que la conducta «no fue tan mala, si todo salió bien al final» («*das irrationale Gefühl [...], daß "alles nicht so schlimm war, wenn es noch einmal gut gegangen ist"*») (ibid., p. 21). La opinión de Armin KAUFMANN sobre este particular no ha sido siempre tan radical; de hecho, en otro trabajo, si bien comparte la postura de WELZEL en cuanto a la calificación dogmática del resultado (KAUFMANN, ARM, 1964, pp. 42-44, 54-55), se muestra tendencialmente favorable a esta limitación de la punibilidad de la imprudencia, fundamentalmente dada la mayor salvaguarda del principio de determinación que supone (ibid., pp. 54-55). Vid., en sentido muy similar, MIR PUIG, 2016, pp. 304-306.

⁴⁷ Vid., en esta línea, p. ej., el propio ZIELINSKI, 1973, pp. 207-209, 263-264, 309; MIR PUIG, 1988, *passim*, esp. 668-669, 671-673; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 37-38, 382, 427-428, 439, 441; o SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 629-630, 672-673, 675-677, que fundamenta la relevancia del resultado típico, desde el punto de vista político-criminal, sobre la base de que «su producción genera una decisiva perturbación de la paz jurídica, una mayor sensación de inseguridad, una mayor indignación por la comisión del hecho. Ello hace que la renuncia a la pena o la disminución de la misma resulten más difíciles en estos casos» (ibid., p. 676; en la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 2). Así, en definitiva, también VON BAR, 1907, pp. 444-447; KÖHLER, 1912, pp. 145-147; y, aparentemente, MÜLLER, 1912, p. 138. Curiosamente, a veces esta misma clase de argumentos, basados en la «mayor perturbación de la paz jurídica» que genera la producción del resultado típico, se emplean para fundamentar la pertenencia de este elemento al injusto, negando su carácter de condición objetiva de punibilidad; así WOLTER, 1981, pp. 49, 130-131; ROXIN, 2006, pp. 325-

brevemente en el apartado IV de este capítulo, la punibilidad, como categoría dogmática, abarca supuestos en los que la función preventiva de la responsabilidad penal se sacrifica (parcialmente) en aras de *intereses legítimos prevalentes* de política jurídica general que entran en conflicto con el interés en la prevención de delitos. Pero que esta última se condicione a la existencia de una especial necesidad de «calmar» a una sociedad «conmocionada» por la concurrencia del resultado —¿de saciar, quizás, su «sed» incrementada de castigo? — no me parece justificable desde ningún punto de vista⁴⁸.

Con las reservas expresadas, me decantaría, pues, en definitiva, por respaldar la tesis según la que el resultado típico desempeña en la estructura dogmática del delito (de resultado) una función *demonstrativa*, en la medida en que su concurrencia pone de manifiesto el motivo que hace digna de confirmación contrafáctica la expectativa normativa infringida, con la consiguiente necesidad incrementada de pena. De ello se derivan —como se verá inmediatamente— importantes consecuencias en lo que se refiere

327; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 325-327. Esta posición me resulta, sin embargo, difícilmente compatible con un concepto de antijuridicidad material basado en la lesión (o puesta en peligro) de bienes jurídicos como el que defienden estos mismos autores; concepto en el que no parece tener cabida autónoma la simple perturbación de la paz jurídica.

⁴⁸ Preocupaciones similares a las que acaban de exponerse parecen asaltar a GIMBERNAT ORDEIG, que en uno de sus más célebres ensayos dejó escrito lo siguiente: «Tengo la impresión, en efecto, de que el método adoptado por el Derecho vigente de castigar con mayor severidad el delito de lesión que el de peligro no está justificado por su necesidad social (¡la pena únicamente puede contribuir a la disminución de los comportamientos peligrosos y sólo entonces —y mediatamente— de las causaciones imprudentes de resultados!) y de que lo único que explica tal método es que la producción imprudente de una muerte (a diferencia de lo que sucede con el comportamiento peligroso que no ha tenido consecuencias) despierta en los ciudadanos instintos de venganza a cuya satisfacción sirve la mayor gravedad de la pena. Pero la misión del legislador penal no es —ni mucho menos— la de satisfacer tales instintos» (GIMBERNAT ORDEIG, E, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed. (Madrid: Tecnos, 1990), n. 46, p. 157); vid., en el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 183-185. En la misma línea se orienta la siguiente aguda reflexión de SANCINETTI: «Se podría pensar, quizá, que una mayor punibilidad de las acciones efectivamente lesivas con relación a las que no lo son podría estar apoyada [...] en razones de *necesidad social*. Pero esta necesidad social [...] no podría guardar ninguna relación con la necesidad de prevención, precisamente porque la disuasión, si opera, opera *ex ante*. ¿De qué necesidad social se trataría entonces? [...] Uno se siente inclinado a explicar esta necesidad en la mayor *perturbación social* que produce el hecho criminal consumado. Sin embargo, esto no dejaría de ser una descripción simplista y tautológica del fenómeno, en tanto equivale a afirmar que el disvalor del resultado reclama una mayor reacción, precisamente porque *hay un resultado*. Dejaría sin explicar por qué una perturbación social debería servir de fundamento para justificar una mayor reacción contra el autor del hecho. La perturbación social sólo puede parecer suficiente si se circunscribe la justificación del derecho penal a la necesidad de satisfacer un sentimiento atávico de venganza, el cual, naturalmente, sólo puede nacer —y, por tanto, reclamar satisfacción— en la medida en que haya un resultado “que vengar” (principio de retribución *de los resultados*). Sería el último en negar que la mayor punibilidad del hecho consumado frente al tentado se apoya exclusivamente en un sentimiento vindicativo, en la circunstancia de que la sociedad se tranquiliza a un “menor precio” ante el hecho tentado, que ante el consumado, a pesar de que, en ambos casos, el autor “haya hecho” exactamente *lo mismo*» (1991, pp. 115-116, énfasis en el original). Críticos con esta clase de planteamientos, aunque por razones parcialmente diferentes a las defendidas en el texto, se muestran también WOLTER, 1981, pp. 130-131; ERB, 1991, p. 160; GIL GIL, 2007, pp. 94-96; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 177; y PUPPE, 2017, nm. 20.

a los criterios conforme a los que han de constatarse tanto la concurrencia de un resultado penalmente lesivo (punto b), como su imputación a la conducta típica (punto c).

b. La determinación de la concurrencia del resultado típico

A diferencia de lo que sucede en relación con el concepto de daño en el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, es bastante infrecuente encontrar en bibliografía sobre Derecho penal desarrollos doctrinales de una teoría del resultado típico —del desvalor de resultado como categoría general— más allá de un análisis centrado en delitos concretos en los que este elemento plantea especiales problemas; muy señaladamente, el tipo de estafa⁴⁹. Como señala PUPPE, «al esfuerzo desde hace más de un siglo de la dogmática jurídico-penal por desarrollar una teoría general de la acción y un concepto de acción con validez general se opone, de la forma más extrema y llamativa, la ausencia de una teoría del resultado»⁵⁰. El extenso debate doctrinal sobre el concepto de daño que ha tenido lugar entre los civilistas permite, sin embargo, traer a colación algunos problemas a los que la doctrina penalista ha prestado, a mi juicio, una atención injustificadamente escasa, y cuya solución (ya en sede de Parte General) podría aportar la luz necesaria para enfocar de forma más correcta la determinación de los requisitos necesarios para apreciar la concurrencia del resultado típico de cada uno de los particulares delitos de resultado.

A estos efectos, son dos las cuestiones que, en mi opinión, suscitan más interés teórico y, como se verá, también práctico. La primera se refiere a la dependencia o no del resultado lesivo de la valoración por parte del sujeto pasivo del delito del concreto interés afectado: ¿ha de partirse de un concepto objetivo de resultado típico o de uno subjetivo, vinculado a las preferencias del sujeto pasivo? Al tratamiento de este problema se dedicará el inciso (i) de este punto. En el inciso (ii), se cuestionará si tiene sentido trasladar a la teoría jurídico-penal del resultado típico la teoría de la diferencia (*Differenztheorie* o, también, *Differenzhypothese*) desarrollada en relación con el

⁴⁹ La literatura sobre el concepto de «perjuicio patrimonial» en este delito resulta ya, en efecto, prácticamente inabarcable. A título de ejemplo, pueden consultarse, ELLMER, 1986, pp. 129-144; PAWLIK, 1999, pp. 259-294; PASTOR MUÑOZ, 2004, pp. 32-46, 57-87, 281-282.

⁵⁰ PUPPE, 2017, nm. 62. Lo han destacado también SUMMERER, 2013, pp. 30, 96; y GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, p. 5, cuyo estudio pormenorizado de esta categoría dogmática se limita, sin embargo, a los efectos de la determinación de la pena (ibíd., pp. 410-490).

concepto civil de daño, frente a un concepto real-concreto de lo que constituye un resultado lesivo, independiente de una comparación matemática entre el estado actual del interés lesionado y aquel en el que se encontraría de no ser por la conducta típicamente perturbadora del autor.

i. Concepto objetivo *versus* subjetivo

¿Depende la concurrencia de un resultado típico de la valoración por parte del sujeto pasivo del interés lesionado por el delito? Algunos ejemplos pueden ser útiles para situar esta pregunta en su contexto y comprender su trascendencia práctica. Supongamos, en primer lugar, que Ana, con la intención de gastar a Beatriz una broma pesada, le tatúa a esta su nombre («Ana») en un brazo, mientras Beatriz se encuentra en un estado de embriaguez letárgica. De manera totalmente incognoscible *ex ante* para la persona-baremo en la posición de Ana, y desconocida para la propia Ana⁵¹, Beatriz —secretamente enamorada de ella— había decidido antes de emborracharse acudir esa misma tarde a un tatuador para hacerse precisamente ese tatuaje. De hecho, cuando se recupera de la embriaguez, se muestra encantada con el resultado. Partiendo de la base de que Ana ha cometido una conducta perturbadora abarcada por el delito de lesiones (art. 147 CP)⁵², ¿se trata de un delito *consumado* o de una simple *tentativa*? ¿Ha causado Ana a Beatriz una «lesión», «menoscabando» su integridad corporal? Y supongamos, en segundo lugar, que Carlos tala uno de los árboles de David con intención de perjudicar a este último, sin saber que David se había propuesto talar él mismo el árbol solo unas horas después; circunstancia que, de nuevo, habría resultado de todo punto incognoscible *ex ante* para la persona baremo en la posición de Carlos: ¿*tentativa* o delito *consumado* de daños (art. 263 CP)?

Hasta donde alcanzo, la doctrina mayoritaria tanto española como alemana se decantaría en ambos casos —si bien con notables excepciones⁵³— por la apreciación de

⁵¹ Si no se diera cualquiera de estas dos condiciones no existiría, de acuerdo con los criterios examinados en el capítulo 2, una conducta perturbadora; vid. punto (a) del epígrafe (1) e inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3 del apartado IV de dicho capítulo.

⁵² Vid. inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3, del apartado IV del capítulo 2. Este es también, como se vio, el criterio de la doctrina ampliamente mayoritaria.

⁵³ Así, BURGSTALLER, 1974, pp. 165-166; ROXIN, 2006, p. 470; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 682; y, posiblemente, SANCINETTI, 1991, pp. 612-617, 622-625, que, sin embargo, no se pronuncia sobre este concreto grupo de supuestos.

una simple tentativa⁵⁴. En Alemania, la discusión ha girado, sin embargo, predominantemente en torno a los requisitos de eficacia del consentimiento como causa de atipicidad («acuerdo», *Einverständnis*) o de justificación (*Einwilligung*), predominando los partidarios de la teoría de la «dirección de la voluntad» (*Willensrichtungstheorie*) sobre quienes exigen para la eficacia jurídico-penal del consentimiento que este se haya manifestado de forma expresa o, al menos, mediante actos concluyentes.

Con independencia de cuál sea la solución más correcta, creo que, de esta forma, el problema queda, en cierta medida, desenfocado. Y es que la eventual relevancia de la *manifestación* (expresa o tácita) del consentimiento del sujeto pasivo en la lesión de su interés, lo es, en todo caso, *a los efectos de determinar la existencia o no de una conducta perturbadora*; lo que dependerá de hasta qué punto el autor conoce el consentimiento del afectado y/o este resulta reconocible para la persona baremo en su posición. Un consentimiento no manifestado en absoluto será casi siempre incognoscible para la persona baremo y desconocido por el autor, lo que bastará para considerar perturbadora su conducta, con la consiguiente posibilidad de apreciar (como mínimo) una tentativa; posibilidad que los defensores de la teoría de la dirección de la voluntad tampoco discuten. A la inversa, si el consentimiento se manifiesta, normalmente podrá considerarse reconocible para la persona baremo en la posición del autor, de forma que, aunque este último lo desconozca, decaerá —al menos en España, y siempre que el interés afectado por la conducta sea uno disponible— incluso la posible tentativa⁵⁵, por lo que la

⁵⁴ Vid., en este sentido, GUARNERI, 1947, pp. 239-240, 255-260; ROMEO CASABONA, 1981, pp. 345-346, 407; HÖRNLE, 1999, p. 205; MIR PUIG, 2016, p. 532; MARAVER GÓMEZ Y CANCIO MELIÁ, 2017, p. 405; y, aparentemente, HERZBERG, RD, «Funktion und Bedeutung des Merkmals „Irrtum“ in § 263 StBG», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, p. 296; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 402; y CASTELLVÍ MONSERRAT, 2020, pp. 257-258, 462. Esta misma postura defiende el Profesor PEÑARANDA RAMOS, que no ha conseguido convencerme de ella, a pesar de nuestras tan largas como apasionantes discusiones al respecto (lo que con seguridad dice muy poco a favor de la posición defendida en el texto). También partidario de la teoría de la dirección de la voluntad se muestra JAKOBS, 1991, pp. 242, 245-246, 438. El autor, sin embargo, no deja de manifestar serias dudas al respecto; dudas que, de hecho, me ha reiterado en nuestra correspondencia. Puntualiza, en este sentido que «[l]a problemática aún no se ha aclarado suficientemente. La voluntad de renunciar al bien como dato psíquico priva al bien de su atribución a la persona y por consiguiente de su cualidad de ser un bien. Resulta dudoso, desde luego, si esa voluntad, sin objetivación alguna, solo como algo interno, es relevante socialmente (tal como estima la teoría de la dirección de la voluntad, también aquí defendida [...])» (ibíd., n. 162, p. 242; vid. asimismo ibíd, p. 245). En la misma línea se posicionaba originalmente

⁵⁵ Recuérdense, en este sentido, las importantes diferencias existentes entre las regulaciones alemana (§ 22 StGB) y española (art. 16.1 CP) de la tentativa, y cómo esta última —más respetuosa con el principio del hecho— exige en todo caso la existencia de una conducta externamente perturbadora, con independencia

discusión sobre si el delito en cuestión se encuentra o no consumado ni siquiera llegará a surgir. Esta última cuestión no depende, por tanto, de que el consentimiento del sujeto pasivo haya sido o no manifestado, sino de si la existencia de un *resultado lesivo* para el bien jurídico-penalmente protegido por el delito de que se trate puede estar en función de las valoraciones de aquel, las haya manifestado o no.

A esta pregunta ha de darse, a mi juicio, la respuesta más coherente con la función *preventiva* de la responsabilidad penal (y con la función *demonstrativa* que dentro de esta lógica desempeña el resultado típico) que permita el *sentido literal posible* de los preceptos en los que se contemplan los distintos delitos de resultado⁵⁶. Desde esta perspectiva, y partiendo de la base del papel marginal que, como se argumentó en el capítulo 1, corresponde a los concretos afectados por el delito respecto de la responsabilidad penal de quien lo comete⁵⁷, tiendo a pensar que un **concepto objetivo de resultado típico** —uno que, por oposición a otro subjetivo, permita afirmar su concurrencia aunque el concreto sujeto pasivo del delito no valore en absoluto la subsistencia del interés afectado— es el que mejor se corresponde con la lógica preventiva a la que obedece esta forma de responsabilidad⁵⁸. En mi opinión, por tanto, debería ser suficiente para afirmar la existencia del resultado (y la consiguiente consumación del delito) la constatación de una modificación de la realidad que sea posible caracterizar *externamente* como un menoscabo del bien jurídico de que se trate.

Con ello basta para que el resultado desempeñe la función demostrativa que está llamado a cumplir: cuando sucede algo que cualquier espectador (víctima potencial) que desconociera las preferencias del sujeto pasivo interpretaría como una lesión del bien jurídico, queda públicamente de manifiesto precisamente la razón por la que dicho bien se considera, *con carácter general*, merecedor de protección; en otras palabras, lo que hace digna de confirmación contrafáctica la expectativa normativa defraudada por el autor. La información adicional de que, casualmente, *en este caso concreto*, el sujeto

de la representación del autor; vid. epígrafe 1 del apartado III, y punto (a) del epígrafe (1) e inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3, del apartado IV del capítulo 2, esp. el texto junto a las nn. 57-59 del mismo capítulo.

⁵⁶ Así, FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 541.

⁵⁷ Vid. epígrafe 2 del apartado III del capítulo 1.

⁵⁸ No sorprende, por tanto, que los autores que atribuyen una mayor centralidad al papel de la víctima concreta en la teoría de la pena tiendan a la vez a construir el resultado típico por asimilación al concepto jurídico-civil de daño; así, p. ej., HÖRNLE, 1999, p. 185.

pasivo no apreciaba la subsistencia del interés afectado no altera en absoluto esta percepción, porque no es suficiente para privar de su validez como orientación *para el futuro* al mensaje anterior. Esta información no hace, dicho de otra manera, que a la víctima potencial le parezca ni un ápice menos preocupante la posible producción de futuras defraudaciones de la expectativa. La pregunta «¿puedo seguir esperando que los demás se comporten de forma diferente?» sigue surgiendo aquí con especial intensidad.

Una cuestión distinta —pero igualmente importante— es si el concepto objetivo de resultado aquí defendido cabe en el *sentido literal posible* de los preceptos del CP que tipifican delitos de resultado. Responder a esta pregunta con la debida profundidad requeriría, por supuesto, un estudio de la Parte Especial que me resulta imposible acometer aquí. Sin perjuicio de ello, una respuesta afirmativa no me parece, de entrada, del todo implausible. Limitándome a los ejemplos con los que he encabezado este inciso, creo que es perfectamente posible entender que un tatuaje (consentido o no⁵⁹), como alteración permanente de la integridad física que es, constituye una «lesión» a los efectos del art. 147 CP; interpretación que, de hecho, estaría perfectamente en línea con la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS conforme a la que lo que constituye una «grave deformidad» a los efectos del art. 149 CP —por oposición a la simple «deformidad» del art. 150 CP— ha de determinarse con arreglo a parámetros objetivos, independientes de las circunstancias personales del concreto afectado (que solo serán relevantes, en su caso, para la valoración del daño civilmente resarcible)⁶⁰. En mi opinión, por tanto, Ana debería ser castigada por un delito consumado de lesiones, y no por una simple tentativa.

En cuanto al delito de daños, solo conduciría a la conclusión contraria una interpretación del art. 263 CP en clave de remisión tácita al concepto *jurídico-civil* — como se verá, subjetivo⁶¹— de daño; interpretación que, a mi juicio, es ciertamente posible, pero en absoluto obligada⁶², y que, ante la duda, parece razonable rechazar, decantándose por la más coherente con la función preventiva de la responsabilidad penal. Y es que no violenta en absoluto el tenor literal del tipo entender que, al talar el árbol de

⁵⁹ Otra cosa, como se señaló al principio, es que, si existe consentimiento y este resulta reconocible *ex ante* para la persona baremo o conocido para el autor, no exista una perturbación y no llegue a surgir siquiera la pregunta por la concurrencia del resultado típico.

⁶⁰ Vid., por todas, la STS (Sala Segunda) 2/2017, de 16 de enero.

⁶¹ Vid. epígrafe 1 del apartado III del capítulo 4.

⁶² Lo destaca, en relación con el delito de estafa, PAWLIK, 1999, pp. 253-254.

David, Carlos ha causado un «daño en propiedad ajena» (art. 263.1 CP), por el que puede imponérsele la pena correspondiente al delito consumado, por mucho que no deba al primero ni un céntimo en concepto de responsabilidad civil.

ii. Concepto real-concreto versus abstracto-matemático

Probablemente, la discusión teórica más importante de las que se han desarrollado en torno al concepto jurídico-civil de daño haya sido la que gira en torno a la adecuación o no de la teoría de la diferencia desarrollada por MOMMSEN para valorar su concurrencia, así como a la necesidad de matizar normativamente este punto de partida para evitar llegar a conclusiones materialmente injustas. Aunque esta problemática se tratará en mayor profundidad más adelante⁶³, conviene introducir ahora mínimamente el debate, para valorar hasta qué punto los argumentos que en él se aducen pueden trasladarse, *mutatis mutandis*, a la construcción jurídico-penal del resultado típico como categoría dogmática.

A primera vista, el empleo de la expresión «teoría de la diferencia» para referirse a una teoría del daño parece casi tautológico: ¿acaso existe alguna forma de precisar lo que significa que se ha producido un daño sin referirse, de alguna manera, a una diferencia (a peor) entre un estado de cosas y otro? No es, sin embargo, esto lo que se discute, sino más bien el *grado de abstracción* con el que se define el menoscabo en el que, por hipótesis, todo daño consiste⁶⁴. La teoría de MOMMSEN se caracteriza, en este sentido, por partir del máximo grado de abstracción posible: daño es, en principio, la diferencia entre la *situación patrimonial global* (real) en la que se encuentra el perjudicado y la situación patrimonial global (hipotética) en la que se encontraría si el dañante no se hubiera comportado como lo hizo⁶⁵. Se configura, así, lo que, empleando la terminología acuñada, entre nosotros, por PANTALEÓN PRIETO, podríamos denominar un concepto «abstracto-matemático» de daño, por oposición a uno «real-concreto» —el defendido por este último autor—, centrado en la pérdida de valor del *particular interés* afectado como consecuencia de la conducta del dañante, con independencia de las variaciones en su caso producidas en la situación patrimonial global del perjudicado. De acuerdo con

⁶³ Vid. epígrafe 2 del apartado III del capítulo 4.

⁶⁴ Así, BYLDINSKI, 1964, pp. 21, 30-31.

⁶⁵ MOMMSEN, F, *Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse* (Brunswick: C.A. Schwetschke & Sohn, 1855), *passim*, esp. pp. 3-5.

PANTALEÓN PRIETO, frente al concepto de daño derivado de la teoría de la diferencia, debería, pues, acogerse uno

«que parta de los singulares factores de daño, cada uno de ellos “daño en sí” (fenómeno real, al que no pueden sacar del mundo acaeceres hipotéticos) en lugar de disolverlos en una diferencia matemática entre dos situaciones patrimoniales globales, una real y otra hipotética»⁶⁶.

Un ejemplo puede, de nuevo, ser útil para ilustrar la diferencia entre ambas posiciones teóricas y comprender la relevancia práctica del problema⁶⁷. Supongamos que Ana se dispone a coger un avión para ir de vacaciones al Caribe y toma un taxi, conducido por Beatriz, para dirigirse al aeropuerto. Como consecuencia de la conducción imprudente de Beatriz, se produce un accidente de tráfico en el que resulta muerta Ana, que, por tanto, nunca llega a coger el avión. Este, sin embargo, se estrella horas después, falleciendo todos los pasajeros. La muerte de Ana produce una considerable pérdida de ingresos a su hijo, Carlos, que, sin embargo, al ser su heredero universal, también hereda una gran fortuna como consecuencia del fallecimiento. De acuerdo con la *teoría de la diferencia*, habría que concluir que Carlos no ha sufrido ningún daño, quedando excluida cualquier acción de responsabilidad civil frente a Beatriz: la situación patrimonial global de Carlos no ha empeorado en absoluto como consecuencia de la conducta de esta, pues Ana habría fallecido de todos modos, aunque Beatriz se hubiera comportado correctamente. Es más, aunque el accidente aéreo no hubiera tenido lugar, la pérdida de ingresos de Carlos derivada de la muerte de Ana habría quedado compensada por el incremento patrimonial derivado de la herencia (*compensatio lucri cum damno*), por lo que tampoco en este caso habría sufrido aquel un daño, en el sentido abstracto-matemático aquí considerado. Si se acoge, por el contrario, un concepto *real-concreto* de daño, ha de partirse de la base de que la pérdida de ingresos sufrida por Carlos es ya, en

⁶⁶ PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1991; concepción pormenorizadamente desarrollada en PANTALEÓN PRIETO, 1981, n. 31 (pp. 451-452), pp. 623-688, 826-827, a la que parece sumarse Díez-PICAZO, 2011, pp. 335-344. Sigue en este punto el autor la estela de una minoría de civilistas alemanes que, como NIEDERLÄNDER, H, «Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen», *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 153 (1954), p. 53, rechazaron a mediados del siglo XX el concepto abstracto-matemático de daño; si bien estos, a diferencia del primero de los autores citados, terminaron, prácticamente sin excepción, defendiendo a la vez un concepto *objetivo* de daño, que, como defenderé en el epígrafe I del apartado III del capítulo 4, contradice la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

⁶⁷ Pueden encontrarse ejemplos muy similares en KAHRS, 1969, pp. 7-8; REYES ALVARADO, 1994, pp. 239, 370; o FREI, 2010, p. 21.

sí misma, una partida de daño, siendo cuestiones diferentes si esta ha de compensarse (excepcionalmente) con la partida de beneficio derivada de la herencia, y si ha de imputarse objetivamente a Beatriz a pesar del accidente aéreo.

Como se verá con mayor detenimiento en el capítulo 4, la teoría de la diferencia ha sido objeto de importantes críticas, y solo con matices se admite actualmente como punto de partida para valorar la concurrencia de un daño a efectos de responsabilidad civil⁶⁸. A pesar de ello, es necesario admitir que el fundamento en el que se basa esta teoría difícilmente puede resultar más coherente con la función resarcitoria de esta forma de responsabilidad. El planteamiento de MOMMSEN descansa, en efecto, sobre un «principio de no enriquecimiento» —completamente ajeno, por cierto, a la lógica preventiva de la responsabilidad penal—, conforme al que el resarcimiento del daño no ha de dejar al perjudicado en una situación mejor que aquella en la que se encontraría de no ser por la conducta perturbadora del dañante. No es extraño, por tanto, que la doctrina penalista no se haya planteado siquiera, con carácter general, la posibilidad de determinar la concurrencia del resultado típico de los delitos de resultado de acuerdo con los criterios derivados de la teoría de la diferencia⁶⁹. Sigue teniendo, así, una vigencia prácticamente plena la afirmación de RÜMELIN de que «[n]adie ha dudado nunca de que deba ser condenado como asesino quien dispara a una persona que habría muerto cinco minutos después como consecuencia de una enfermedad»⁷⁰.

Una propuesta en la línea contraria solo ha sido formulada, que me conste, por SANCINETTI⁷¹. Este autor plantea, por ejemplo, el caso de un corredor que, durante su

⁶⁸ Vid. epígrafe 2 del apartado III del capítulo 4.

⁶⁹ Así, ROXIN, 1976, pp. 163-166; SUMMERER, 2013, p. 211; y BOLEA BARDÓN, 2020, pp. 56-57. Quizás no sobre señalar, sin embargo, que, en la práctica, la mayoría de los autores alcanzan resultados muy similares al rechazar la imputación objetiva del resultado en todos los supuestos de inevitabilidad con el comportamiento alternativo conforme a Derecho (vid. inciso (iii) del punto (c) de este epígrafe) y admitir una suerte de *compensatio lucri cum damno* en la determinación de la concurrencia del resultado típico de ciertos delitos. Esto último es lo que sucede, por ejemplo, cuando se afirma —criticablemente, a mi juicio— que el tratamiento médico exitoso (el que mejora, en términos globales el estado de salud del paciente) nunca puede ser constitutivo de un delito consumado de lesiones; vid., al respecto, PANTALEÓN DÍAZ, 2018, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil», p. 4; «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen 1*, ed. Cancio Meliá, M et al. (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 689-690, con ulteriores referencias.

⁷⁰ 1900, p. 284.

⁷¹ SANCINETTI, MA, «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2010, pp. 601-605. De ella puede, no obstante, encontrarse un claro precedente en KAUFMANN, ART, «Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht», en

rutina de entrenamiento, tira al suelo media docena de hamburguesas de un vendedor, que ha resuelto en cualquier caso arrojar a la basura al anochecer todas las hamburguesas que no haya conseguido vender ese día. SANCINETTI defiende que, en este supuesto, la punición por delito consumado de daños debería quedar supeditada «a que, en el ínterin, se presentara realmente algún comprador y que el vendedor no tuviese más hamburguesas para ofrecerle»⁷². Si esto no ocurriera, sostiene, «el curso dañoso en sí dado físicamente se compensa con el hecho de que, en caso contrario, igualmente el propio vendedor habría arrojado a la basura las hamburguesas»⁷³, pudiendo el corredor ser castigado, a lo sumo, por tentativa de daños⁷⁴. Para fundamentar este traslado de la teoría de la diferencia a la construcción del resultado típico jurídico-penal como categoría dogmática, el autor argumenta que

«no podría ser razonable que el derecho penal, que en principio es la *ultima ratio* para la preservación de aquellos bienes que ya lo son según las disposiciones de los demás ámbitos del Derecho, parta de un concepto de daño contrapuesto al del derecho civil. El concepto de daño resarcible del derecho civil tiene que ser el concepto de lesión del delito consumado correspondiente del derecho penal. Ambas definiciones de “daño”, en principio, deben coincidir»⁷⁵.

Pero, incluso concediendo a SANCINETTI que el abstracto-matemático derivado de la teoría de la diferencia fuera el concepto de daño del Derecho civil —lo que, como en su momento se verá, resulta, como mínimo, discutible⁷⁶— el argumento que acaba de reproducirse no es, a mi juicio, en absoluto convincente. Y es que el razonamiento del

Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, ed. Bockelmann, P y Gallas, W (Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961), pp. 227-231, que, sin llegar al extremo de trasladar al Derecho penal el conjunto de la teoría de la diferencia, sí se mostró partidario de negar la existencia de un *desvalor de resultado* en todos los casos en los que la víctima se encontrase, en el momento de la conducta del autor, predispuesta con la suficiente probabilidad al padecimiento del mismo daño; supuestos conocidos como *Anlagefälle*, en los que, como se verá más adelante, la doctrina civilista prácticamente unánime excluye la existencia de una obligación de resarcimiento del daño (vid. n. 177 del capítulo 4).

⁷² SANCINETTI, 2010, p. 599.

⁷³ *Ibid.*, p. 599.

⁷⁴ *Ibid.*, n. 55 (pp. 598-599).

⁷⁵ *Ibid.*, p. 602. Un argumento similar emplea GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, p. 415, en su caso, para la defensa de un concepto real-concreto de resultado típico (*ibid.*, pp. 410-411), como el que, a su juicio, opera en el Derecho de daños (*ibid.*, n. 2, p. 410).

⁷⁶ El propio SANCINETTI, 2010, pp. 600-601, se hace eco de algunas importantes restricciones a esta teoría reconocidas por la doctrina civilista. Sobre ello, vid. epígrafe 2 del apartado III del capítulo 4.

autor en este punto descansa enteramente sobre una premisa que, como trató de demostrarse en el capítulo 1, no por extendida resulta menos cuestionable: la de que el Derecho penal y el de daños, como instrumentos de protección de bienes jurídicos, se encuentran entre sí en una relación de subsidiariedad, de manera que no tendría sentido sancionar penalmente conductas que no fueran aparejadas a una obligación civil de resarcimiento⁷⁷. Como allí se dijo, si es cierto que, como sostiene la doctrina ampliamente mayoritaria (a la que me adhiero) la responsabilidad penal y la responsabilidad civil tienen funciones radicalmente diferentes —preventiva la primera, resarcitoria la segunda— no puede defenderse a la vez que un sector del ordenamiento es *ultima ratio* respecto del otro. En la medida en que el Derecho penal y el de daños se rigen por *rationes* diferentes, no resulta contradictorio (e incluso puede ser obligado) partir en el primero de estos ámbitos de un concepto de resultado típico que permita afirmar su concurrencia, en un caso en el que se haya excluido, a la vez, la existencia de un daño civil⁷⁸. Los ejemplos del tatuaje y la tala del árbol planteados en el inciso anterior son, de hecho, la mejor prueba de ello.

Ello no implica, por supuesto, que no pueda adoptarse para la definición del resultado penalmente típico un concepto basado en la teoría de la diferencia, en la línea propuesta por SANCINETTI. Significa, sencillamente, que, en la decisión sobre si se acoge un concepto abstracto-matemático o uno real-concreto de resultado lesivo, el Derecho penal *no está en absoluto vinculado* por la configuración —sea cual sea— del concepto jurídico-civil de daño. Aquí ha de partirse, de nuevo, del concepto de resultado típico más coherente con la *función preventiva* de la responsabilidad penal (y con la *demonstrativa* que en este marco desempeña el propio resultado típico) que permita el *sentido literal posible* de los preceptos en los que se contemplan los distintos delitos de resultado. Y, en este sentido, lo primero que es necesario señalar es que un concepto abstracto-matemático de resultado lesivo como el que se derivaría de la teoría de la diferencia parece, ya de entrada, radicalmente *incompatible* con el tenor literal de algunos tipos, como el de homicidio o el de lesiones. En el ejemplo antes presentado, el hecho de que el avión que Ana habría cogido de no ser por el accidente de tráfico se estrellara podría ser relevante, en su caso, para la *imputación* del resultado de muerte a la conducta típicamente

⁷⁷ Vid. epígrafe 2 del apartado III del capítulo 1.

⁷⁸ Así, aunque en relación con el concepto de causalidad, GUARNERI, 1947, pp. 200-202.

perturbadora de Beatriz⁷⁹, pero lo que desde luego no cabe es una interpretación de los arts. 138 y ss. CP conforme a la que pueda seriamente afirmarse que esta no ha «matado» a Ana. Por lo mismo, en el caso del verdugo de ENGISCH planteado en el capítulo anterior⁸⁰, no cabe afirmar que quien sustituye al verdugo no haya «matado» al condenado a muerte, con independencia de que no haya acertado en absoluto su vida⁸¹.

En relación con otros delitos —como el de daños (art. 263.1 CP), al que se refiere el ejemplo de SANCINETTI—, la letra de la ley deja, en efecto, espacio a una lectura del resultado típico en la línea de la teoría de la diferencia. Pero, incluso prescindiendo de la conveniencia, como mínimo cuestionable, de manejar conceptos diferentes de resultado típico para unos y otros delitos de resultado (uno real-concreto para el homicidio y uno abstracto-matemático para los daños, por ejemplo⁸²), considero que la lógica preventiva por la que se rige la responsabilidad penal ha de conducir a preferir un **concepto real-concreto de resultado típico** para todos ellos. Y la razón radica, de nuevo, a mi juicio, en el papel marginal que, como se argumentó en el capítulo 1, corresponde a los concretos afectados por el delito respecto de la responsabilidad penal de quien lo comete⁸³.

Como se ha visto, un concepto abstracto-matemático de resultado típico deja la concurrencia de este último al albur de lo que a la *víctima concreta* del delito le habría sucedido si la conducta perturbadora del autor no hubiera tenido lugar. Pero esta consideración —a la que el «principio de no enriquecimiento» antes mencionado dota de una importancia fundamental a los efectos del Derecho de daños— no tiene cabida en la estructura dogmática de una institución de naturaleza preventiva como la responsabilidad penal. Aquí puede construirse un razonamiento similar al que sirvió para fundamentar la opción por un concepto objetivo (*versus* subjetivo) de resultado típico: en cuanto tiene lugar la pérdida de valor del *particular* interés afectado como consecuencia de la conducta del autor —en el momento en que Ana fallece, en el momento en que las hamburguesas

⁷⁹ Como se verá, no ha de serlo, sin embargo, conforme al planteamiento aquí defendido; vid. inciso (iii) del punto (c) de este epígrafe.

⁸⁰ Vid. punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV.

⁸¹ Así, ya STÜBEL, 1805, pp. 126-127; VON BAR, 1907, pp. 195-196; y, en la literatura más reciente, MÜNzBERG, 1966, pp. 133-134; JAKOBS, 1991, pp. 223-224, 234-235; FREI, 2010, pp. 291-292; y MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 112-113. Cfr., sin embargo, KAUFMANN, ART, 1961, p. 231, que, de forma coherente con su planteamiento, solo considera posible castigar en este caso por tentativa.

⁸² Como, sin embargo, parece hacer VON BAR, 1907, pp. 195-196.

⁸³ Vid. epígrafe 2 del apartado III del capítulo 1.

caen al suelo— se cumple ya la función demostrativa que corresponde desempeñar al resultado típico. Con ello queda puesto de manifiesto precisamente aquello que, *con carácter general*, hace que la expectativa normativa defraudada por el autor merezca ser contrafácticamente confirmada; manifestación que no queda en absoluto contrarrestada por la información adicional de que, casualmente, *en este caso concreto*, la lesión del interés afectado se habría producido igualmente, aunque el primero se hubiera comportado de forma correcta. De nuevo, esta información no reduce en lo más mínimo la desconfianza especialmente intensa (generada por la concurrencia del resultado, en el sentido real-concreto aquí defendido) de la víctima potencial en la vigencia de la expectativa defraudada como orientación *para el comportamiento futuro*.

c. La imputación del resultado al comportamiento

Recapitulando lo sostenido hasta este punto, resulta, pues, que el concepto de resultado típico más coherente con la función (demostrativa) que esta categoría desempeña en el marco de la estructura dogmática del delito —y coherente, a su vez, con la función eminentemente preventiva de la responsabilidad penal— es uno *objetivo y real-concreto*: uno desvinculado, en otras palabras, tanto de la valoración del interés afectado por parte del concreto sujeto pasivo del delito, como de la situación global en la que este se encontraría (hipotéticamente) de no ser por la conducta típicamente perturbadora del autor. Procede, ahora, por último, examinar la *relación* que ha de existir entre esta y el resultado típico para considerar consumado el delito de que se trate: los criterios de los que depende la imputación del resultado a la conducta típica⁸⁴. Para determinarlos, la idea

⁸⁴ Empleo aquí el término «imputación» con el simple propósito de no distanciarme (más) de las nomenclaturas habituales en la dogmática penal y civil mayoritaria. Me parece, sin embargo, plenamente acertada la crítica que recientemente ha llevado a cabo FRISCH, W, 2018, pp. 569-571 (y antes PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 49-63; y RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 63-97, 437-438), de este uso del lenguaje. La imputación, en el sentido filosófico (moral) del término es necesariamente subjetiva, personal. Como acertadamente señala el autor alemán, «la pregunta por la imputación del resultado a la que se refiere la teoría de la imputación objetiva tiene, en realidad, poco que ver con la verdadera imputación. Lo que aquí interesa es la posibilidad de reconducir el resultado acaecido al riesgo ligado al emprendimiento de la conducta, a razón del que esta se considera prohibida. Se trata de la pregunta por si el resultado acaecido forma parte del injusto o si este no es necesario para constituirlo, porque no es un desvalor de resultado reconducible al comportamiento ilícito en cuestión. Emplear a estos efectos un concepto tan tradicionalmente saturado de otras consideraciones como el de imputación seguramente no sea totalmente incorrecto, pero resulta de poca ayuda y puede conducir a errores» (ibid., p. 570). Cfr., sin embargo, la posición mucho más moderada que sostenía el autor en FRISCH, 2004, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», pp. 66-67, donde únicamente rechazaba de forma vehemente la caracterización de los aspectos relativos a la tipicidad (desaprobación jurídica) *de la conducta* como problemas de imputación. En sentido similar, aunque refiriéndose a la teoría de la imputación objetiva en su conjunto (no solo a la imputación del resultado) apunta SILVA SÁNCHEZ que esta

rectora fundamental será la misma que ha guiado la indagación del punto anterior sobre el concepto de resultado típico: las condiciones de imputación del resultado habrán de ser aquellas que, sin violentar el *tenor literal* de los tipos, garanticen que aquel desempeñe la función *demonstrativa* que le corresponde en la estructura dogmática de una institución *preventiva* como la responsabilidad penal⁸⁵.

El primero de estos requisitos no resulta, en este punto, demasiado restrictivo: la mayoría de los preceptos penales en los que se contemplan delitos de resultado se limitan a exigir que este último haya sido «causado⁸⁶», «producido⁸⁷» u «ocasionado⁸⁸» por la conducta típica, y otros no especifican siquiera de esta forma tan vaga la relación que ha de existir entre uno y otro⁸⁹. En el marco de esta libertad interpretativa, considero acertado afirmar —coincidiendo, al menos hasta este punto, con la doctrina hoy prácticamente unánime— que la conexión que ha de darse entre la conducta típicamente perturbadora y el resultado lesivo para considerar consumado el delito de que se trate requiere un doble presupuesto: una relación (fáctica) de *causalidad* y una relación (normativa) de *imputación objetiva*, tales que la suma de ambas permita entender que el resultado es precisamente la consecuencia que pretendía evitarse al garantizar jurídicamente determinadas expectativas de comportamiento, calificando como perturbadora su defraudación; dos relaciones tales que la combinación de una y otra permita, en otras palabras, que el resultado típico cumpla la función demostrativa que hasta aquí se le ha venido atribuyendo⁹⁰.

«no pretendió, ni pretende, establecer las condiciones de atribución del hecho a un sujeto como su obra, cuanto establecer las reglas de atribución de un sentido concreto al referido hecho» (SILVA SÁNCHEZ, JM, «Prólogo», en *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, ed. Frisch, W y Robles Planas, R (Barcelona: Atelier, 2004), p. 16; en la misma línea, ROBLES PLANAS, 2015, pp. 37-38).

⁸⁵ Así, de nuevo, FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 541-543, 549. También NAMIAS, 1993, *passim*, p. ej., pp. 77, 112, 172; BOLEA BARDÓN, 2020, pp. 17-18, 97-98.

⁸⁶ Vid., p. ej., arts. 147, 149-150, 153, 157 y 252 CP

⁸⁷ Así, entre otros, arts. 144-145 CP,

⁸⁸ Vid., p. ej., art. 146 CP

⁸⁹ Así, entre otros, los arts. 138-139 y 248 CP.

⁹⁰ En realidad, tiene razón FRISCH, W, 1995, p. 76; , pp. 551-552; 2015, n. 26 (pp. 53-54), cuando afirma que la relación de causalidad no es más que el requisito mínimo que ha de cumplirse para que sea posible afirmar la imputación objetiva del resultado con arreglo al criterio que se analizará en el inciso (ii) de este punto. Es cierto, en este sentido, que *a los efectos puramente sustantivos* no haría falta, en rigor, distinguir una categoría dogmática de otra. En la misma línea, apunta también JAKOBS cuando señala que «[l]a habitual formulación [...] de que en el ámbito de la realización del riesgo no se trata de un problema de causalidad es correcta sólo en el sentido en que si se niega la realización del riesgo no es necesario negar también el efecto causal de una acción para con el resultado [...]. Pero [...] también la realización del riesgo

Al análisis de cada una de estas relaciones —causalidad e imputación objetiva— se dedicarán, respectivamente, los incisos (i) y (ii) de este punto. Por último, en el inciso (iii), se prestará atención a una consideración normativa a la que la doctrina penalista mayoritaria confiere relevancia en sede de imputación objetiva del resultado, pero a la que no debería concedérsele, a mi juicio, papel *autónomo* alguno en este ámbito: la situación (hipotética) en que habría quedado el interés lesionado si el autor se hubiera comportado correctamente; la conocida como hipótesis de «comportamiento alternativo conforme a Derecho» (*rechtmäßiges Alternativverhalten*) (inciso iii).

i. La relación de causalidad

Dentro de la expresión «causa» caben, como demuestra la extensísima literatura científica, filosófica y jurídica desarrollada en torno a tal concepto, numerosos significados, cuyo único denominador común es la denotación de una cierta relación *fáctica condicional* entre un fenómeno antecedente y otro consecuente: A es causa de B

constituye una especificación de la causalidad: no son características cualesquiera de la acción antijurídica las que (entre otros factores) han condicionado el resultado, sino (entre otros factores) especialmente aquellas que fundamentan el juicio de antijuridicidad. Es cierto que en caso de faltar la realización del riesgo falta también la relevancia jurídica de la causalidad existente; sin embargo, esta relevancia no puede ser aportada a un sistema de imputación sin variar la causalidad. Si falta la realización del riesgo entonces falta también la causalidad relevante» (1997, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», p. 277). Vid. también PUPPE, 2001, pp. 11-12; 2015, *passim*, esp. pp. 203, 207-209; 2017, nms. 229, 253; PEÑA LÓPEZ, 2011, pp. 45-75, 135, 151; SUMMERER, 2013, pp. 34-41, 82, 131-138, 187, 330-333, 335-352, 379-383, que llega a señalar que «el error capital de la dogmática contemporánea es precisamente el de haber separado la causalidad de la imputación objetiva» (ibíd., p. 330); GROSSE-WILDE, T, «Verloren im Dickicht von Kausalität und Erfolgszurechnung. Über “Alleinursachen”, “Mitursachen”, “Hinwegdenken”, “Hinzudenken”, “Risikorealisationen” und “Unumkehrbarkeitszeitpunkte” im Love Parade-Verfahren», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, vol. 10 (2017), p. 648; 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, p. pp. 306, 319-321, 336-337; y GRECO, 2018, p. 55.

Solo entendida en este sentido parece justificada la acusación de HAAS, cuando aduce que «[p]uesto que [...] se somete a la equivalencia de las causas parcialmente a una revisión a través del concepto autorreferenciado de riesgo, se impone naturalmente la sospecha de que la doctrina de la imputación objetiva establece subrepticamente —en cierta medida de forma clandestina— una contemplación individualizadora de la causalidad» (2016, p. 20); pero entonces lo que está fuera de lugar es calificar esta maniobra dogmática como «subrepticia» o «clandestina», o afirmar, como el autor hace a renglón seguido, que esta se opone «diametralmente» a la «auto-comprensión conceptual oficial» de la teoría de la imputación objetiva. Por otro lado, en lo que se refiere al carácter supuestamente «autorreferenciado» del concepto de riesgo en la teoría de la imputación objetiva, solo me queda remitir al lector a las pp. 19-20 del trabajo citado, por si fuera capaz de alcanzar una comprensión de esta crítica, que a mí misma, honestamente, se me escapa.

La diferencia entre un nivel fáctico y otro jurídico resulta, sin embargo, fundamental *a otros efectos*, como la determinación procesal de lo que ha de ser objeto de prueba (solo los hechos) —así, HART Y HONORÉ, 1985, p. 407— o de lo que constituye, con carácter general, materia revisable en casación (solo la aplicación del Derecho) —así, PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 45-48—; motivo por el que, en este trabajo, se ha optado por mantenerla. Vid., en sentido similar, BURGSTALLER, 1974, p. 75 y n 42 (p. 75), que considera la distinción entre causalidad e imputación objetiva innecesaria, aunque «útil» (*zweckmäßig*) en la práctica.

si es, como mínimo, condición de B; si se encuentra, en otras palabras, entre los factores que *explican* su producción. Este mínimo común denominador entre las teorías causales es el que recoge la (hoy dominante⁹¹) «teoría de la condición» (*Bedingungstheorie*) o de la «equivalencia de las condiciones» (*Äquivalenztheorie*), desarrollada en la segunda mitad del siglo XIX por GLASER⁹² y VON BURI⁹³. Más allá de este contenido mínimo —y dejando a un lado las teorías (pseudo-)causales que, de una forma u otra, anticipan a este nivel problemas de imputación⁹⁴— la relación de condicionalidad puede complementarse

⁹¹ Vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 121-123; BURGSTALLER, 1974, pp. 74-76, 81-83, 95, 208; TORIO LÓPEZ, 1986, pp. 37-38, 41; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 191, 199; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1335.

⁹² GLASER, J, *Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht. Erster Band* (Viena: Tendler & Comp., 1858), pp. 298-299.

⁹³ Vid., entre otras obras, VON BURI, M, *Ueber Causalität und deren Verantwortung* (Leipzig: J.M. Gebhardt, 1873), *passim*, esp. pp. 1-13; VON BURI, M, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* (Stuttgart: Ferdinand Enke, 1885), *passim*, esp. pp. 1-22. No le falta, sin embargo, razón a KNOCHÉ, 1959, pp. 23, 39-40, 81-82, 179-180, cuando señala a STÜBEL como un decisivo precedente de esta teoría.

⁹⁴ Pueden citarse aquí tanto las diferentes teorías «individualizadoras» de la causalidad desarrolladas a lo largo de los siglos XIX y XX, como la teoría de la «causalidad adecuada» o de la «adecuación» (*Adäquanztheorie*), uno de los precedentes más importantes de la moderna teoría de la imputación objetiva —así, p. ej., ROXIN, 1976, p. 131; 2004, pp. 369-370, 377-378; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 40-41; , p. 1563; STRUENSEE, 1987, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», p. 97; FRISCH, W, 1995, pp. 26-27; FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, p. 151; PASTOR MUÑOZ, 2004, p. 121; SACHER, 2006, pp. 32-33; SUMMERER, 2013, p. 369; MIR PUIG, 2016, p. 258; BAUTISTA PIZARRO, 2017, p. 43; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1368; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 475, 483-484—, hasta el punto de que KINDHÄUSER llega a afirmar, en tono crítico, que «[l]os actuales representantes de la imputación objetiva entienden por imputación objetiva una modificación sumamente afiligranada de la teoría de la causalidad adecuada» (2007, p. 53). Vid., en sentido muy similar, MARINUCCI, 2013, pp. 336-338, que se refiere a la primera versión de la teoría de la imputación objetiva como una «teoría de la adecuación enmascarada»; o FRISCH, W, 2018, pp. 557, 559, que sostiene (refiriéndose, entre otras, a la teoría de la causalidad adecuada) que «si uno tiene en mente los contenidos nucleares de la teoría de la imputación objetiva del resultado y los compara con sus precedentes, es muy fácil darse cuenta de que la teoría de la imputación objetiva no supuso en absoluto una innovación tan grande como a menudo se sostiene. La mayoría de sus contenidos nucleares habían sido desarrollados mucho tiempo atrás en el seno de otras teorías» (ibíd., p. 559); en la misma línea, FRISCH, W, 2015, pp. 51-53). De hecho, el contenido material lo que autores como LARENZ, K, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. En Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität“* (Lucka: Reinhold Berger, 1927), *passim*, esp. pp. 81-85; HONIG, 1930, *passim*, esp. pp. 178-184; y WELZEL, 1931, pp. 718-720 con n. 30 (p. 719), entendieran originariamente como «imputación objetiva» (a la voluntad) se corresponde plenamente —como ellos mismos admiten— con el contenido de lo que los partidarios de la teoría de la adecuación llamaban «causalidad adecuada».

Una panorámica bastante completa de las teorías individualizadores puede encontrarse, entre otras, en las obras de THYRÉN, 1894, *passim*, esp. pp. 35-140; RADBRUCH, 1902, pp. 333-382; TRAEGER, 1904, pp. 80-66; KNOCHÉ, 1959, pp. 128-140, 147-220; y, sorprendentemente, HART Y HONORÉ, 1985, pp. 423-442. En el primer grupo de teorías habría de incluirse, a mi juicio, aunque no suele mencionarse entre ellas (cfr., no obstante, PUPPE, 2011, p. 404), la teoría causal de HART Y HONORÉ, 1985, *passim*, esp. pp. 26-61, que defienden un criterio de identificación de las condiciones «propriadamente causales» basadóa en el sentido que habitualmente se otorga a la noción de «causa» en el lenguaje ordinario —teoría que siguen de cerca NINO, 1980, pp. 466-470; y, aparentemente, BAYÓN MOHÍNO, 1989, pp. 464-465, 486-488— o la distinción

con predicados adicionales, dando lugar a planteamientos más restrictivos, como los que califican como «causas» únicamente aquellas condiciones que son en sí mismas *necesarias* para la producción del resultado (*conditiones⁹⁵ sine qua non*)⁹⁶ o, al menos, *elementos necesarios* de un conjunto de condiciones *suficiente* para su materialización⁹⁷.

desarrollada por autores como MACKIE, JL, *The Cement of the Universe: A Study of Causation* (Oxford: Clarendon Press, 1980), pp. 34-36, entre aquellas condiciones que son propiamente causas y las que forman parte del «campo causal» (*causal field*). Estos autores entroncan, así, curiosamente, con preocupaciones muy presentes en la obra de VON BAR, «padre» de una teoría de la adecuación centrada en la llamada «regla de la vida»; vid. VON BAR, 1871, *passim*, esp., pp. 13-22; 1907, *passim*, esp. pp. 197, 242 —un paralelismo que ha destacado agudamente KORIATH, 2007, pp. 19-20—; y con la afirmación de RADBRUCH de que el problema de la causalidad en la ciencia del Derecho es «uno específicamente jurídico, filosófico solo en el sentido en que también es al fin y al cabo filosófica la misión de la ciencia del Derecho: la explicación de las intuiciones jurídicas de los pueblos (*die instinktive Rechtsgedanken der Völker*)» (1902, p. 329).

Las teorías individualizadoras de la causalidad, que parecían haber pasado a mejor vida con el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva, han experimentado recientemente un curioso «revival» de la mano de partidarios de la llamada «teoría analítica de la imputación» como HAAS, 2016, pp. 26-28, que abraza una de estas teorías como vía para «escapar a las fricciones de la teoría de la imputación objetiva». Esto resulta ciertamente paradójico, en la medida que puede argumentarse que son *precisamente* las dificultades que genera *en la práctica* el abandono de la teoría de la imputación objetiva como herramienta para la resolución de casos —en su intento de eliminar «fricciones», en su mayoría, de carácter puramente teórico— las que conducen a la *necesidad* de recurrir a conceptos individualizadores de la causalidad para evitar incurrir en soluciones verdaderamente absurdas.

⁹⁵ Empleo, aquí y en adelante, la expresión que, hasta donde alcanzo, es la más habitual en la doctrina (al menos) española, aunque probablemente tenga razón PANTALEÓN PRIETO al señalar que la forma correcta en latín clásico es *condicio*, no *conditio* (y, desde luego, nunca *condictio*); vid., en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, 1981, n. 44 (p. 184); 1990, n. 1 (p. 1561).

⁹⁶ Así, todavía, la doctrina dominante en Alemania, siguiendo el criterio defendido por los propios GLASER y VON BURI. La identificación entre la teoría de la equivalencia y la fórmula causal de la *conditio sine qua non* resulta, de hecho, bastante frecuente en la doctrina; vid., por todos, VON BAR, 1871, p. 4; TRAEGER, 1904, pp. 38-48; LIEPMANN, 1905, pp. 377-378; MÜLLER, 1912, pp. 10-20; VON LISZT Y SCHMIDT, 1932, pp. 161-164; KNOCHE, 1959, *passim*, esp. pp. 64-85; BYLDINSKI, 1964, pp. 8-9, 111; ULSENHEIMER, K, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten* (Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1965), pp. 81-82, 101; MÜNZZBERG, 1966, *passim*, p. ej., p. 111; MAYER, 1967, *passim*, p. ej., pp. 63, 98; SANTOS BRIZ, J, «La relación causal y problemas relacionados con ella», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2008), p. 540; FREI, 2010, pp. 12-15; KOZIOL, 2012, pp. 133-134; DíEZ-PICAZO, 2011, pp. 360-361, 366; WAGNER, 2017, nms. 69-70; MEDINA ALCOZ, 2018, p. 23; y OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 103. Cfr., sin embargo, en la línea defendida en el texto, ENGISCH, 1931, *passim*; BURGSTALLER, 1974, pp. 92-93, 208; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 579-580; RUDOLPHI, 1977, p. 26; MAIWALD, M, *Kausalität und Strafrecht* (Gotinga: Otto Schwartz, 1980), p. 3; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 48-55; REYES ALVARADO, 1994, pp. 11-12; FRISCH, W, 1995, pp. 29-30; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 298-304, 346-348; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 199-200; MIR PUIG, 2016, pp. 247-254; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, p. 260; JÄGER, 2017, nms. 61-63 (pp. 45-47); PUPPE, 2017, nm. 110a; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 395-396; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1337.

⁹⁷ Esta es la teoría causal desarrollada, a uno y otro lado del Atlántico, por PUPPE, 1997, p. 238; 2001, pp. 54-56; 2001, *passim*, esp. pp. 13-16, 41-42; 2008, *passim*, esp. pp. 405-407, 418-432, 440-442; 2017, nms. 102-110a; 2018, p. 484, con su fórmula de la «condición mínima suficiente», y WRIGHT, R, «Causation in tort law», *California Law Review*, vol. 73 (1985), pp. 1774-1775, 1788-1803, con su «test NESS» (*Necessary Element of a Sufficient Set*); aunque, como ambos autores reconocen, puede atisbarse ya, hasta cierto punto, en el planteamiento de HART Y HONORÉ, 1985, pp. xlvi, 109-112, 129, 452. A ella se suman, entre otros, MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 41-47; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgsszurechnung in der*

¿Por cuál de estas definiciones de «causa» ha de optarse para la configuración jurídico-penal de la relación de causalidad entre conducta típica y resultado, como presupuesto de la imputación del segundo a la primera? Para responder a esta pregunta, lo primero que debe quedar claro, según creo, es que el Derecho *no se encuentra vinculado* a estos efectos por ninguna teoría científica o filosófica de la causalidad, sino que puede adoptar cualquiera que quepa en el tenor literal de los preceptos que tipifican delitos de resultado⁹⁸; requisito que todos los planteamientos antes mencionados cumplen sobradamente. Así las cosas, la decisión solo puede basarse en criterios funcionales: ha de acogerse una teoría causal que permita al resultado típico desempeñar su función demostrativa y que sea, a la vez, lo suficientemente amplia para no excluir sin más la imputación del resultado en supuestos en que dicha función tiene visos de poder cumplirse⁹⁹.

Pues bien, a mi juicio, solo la teoría de la equivalencia de las condiciones, reducida a su expresión más *mínima* posible —definida, si cabe, de un modo aún más inclusivo que conforme a la fórmula de la «condición ajustada a leyes de la naturaleza» de

Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre, pp. 307-319; GRECO, 2018, pp. 53-64, 70, 81; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 475-459, 462-464; y ESTRADA I CUADRAS, A, «Intervención delictiva a través de las decisiones de órganos colegiados de la empresa. Responsabilidad penal por comisión activa», *La Ley Compliance penal*, vol. 4 (2021), pp. 5, 8-9, 26. Como ha destacado especialmente GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, nn. 69 (p. 320), 162 (p. 341), p. 342, resulta sorprendente que los dos primeros autores citados hayan desarrollado, independientemente el uno del otro, planteamientos tan enormemente similares entre sí.

⁹⁸ Así, TRAEGER, 1904, pp. 2, 4-5, 72-74; VON BAR, 1907, p. 178 y n. 37 (p. 178); GUARNERI, 1947, pp. 200-201; BYLDINSKI, 1964, pp. 4-7; HART Y HONORÉ, 1985, pp. 9-13, 432; KORIATH, 2007, p. 78; y, más moderadamente, RÜMELIN, 1900, pp. 177-182; ENGISCH, 1931, pp. 34-35; MAIWALD, 1980, pp. 1-2, 14; y PUPPE, 2001, *passim*, p. ej., pp. 8, 35; 2008, pp. 4-5; 2011, pp. 401-402; 2017, nm. 110a. Es evidente que, como no podría ser de otra manera, «los operadores jurídicos son “consumidores” y no “productores” de las leyes de la experiencia científica» (PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1981), pero sería un *non sequitur* inferir de ello que aquellos están necesariamente vinculados por estas en su determinación de lo que, a efectos jurídicos, constituye una relación causal; que el Derecho no pueda «sino partir del concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza: la llamada “concepción nomológico-funcional” de la causalidad» (PANTALEÓN PRIETO, 1990, p. 1563; en el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, 1981, p. 40; y VON CAEMMERER, 1956, p. 12). Radicalmente contrarios a la postura aquí defendida se muestran también, no obstante, MAYER, 1967, pp. 5-6; REYES ALVARADO, 1994, pp. 34-35, 37, 230; y MOORE, 2009, *passim*.

⁹⁹ Como señala PUPPE, la tarea del nexo causal en el Derecho penal se reduce a «la determinación del primer presupuesto de la imputación del resultado. Por esta razón, en la determinación del nexo causal no deben plantearse exigencias imposibles, en principio, de cumplir, que lleven a una exclusión general de la imputación en amplios sectores de la vida, aun cuando otras ciencias permitan esto» (2001, p. 8). Vid., en la misma línea, JAKOBS, G, «Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, ed. Mir Puig, S y Luzón Peña, D-M (Barcelona: Bosch, 1996), p. 78.

ENGISCH¹⁰⁰— puede resultar satisfactoria a estos efectos. La relación de causalidad requeriría exclusivamente, conforme a este planteamiento, que la conducta típica revistiera **relevancia explicativa para la producción del resultado en su configuración totalmente concreta**, incluyendo, por tanto, todas las condiciones (*positivas o negativas*) que, actuando conjuntamente, determinaron su materialización en esa precisa forma, lugar y tiempo¹⁰¹; y con independencia tanto de la necesidad de cada una para la suficiencia causal del conjunto, como de la relevancia normativa de que el resultado se configurara precisamente de ese modo o de otro¹⁰². A la inversa, la causalidad solo quedaría excluida en supuestos en los que la conducta típica en cuestión no hubiera tenido, de hecho, *absolutamente nada que ver* con el resultado concretamente producido; cuando aportar información sobre ella fuera, en otras palabras, por completo superfluo en la explicación de por qué el resultado lesivo se materializó precisamente de esa forma¹⁰³.

¹⁰⁰ ENGISCH, 1931, pp. 21-28, que la enuncia de la siguiente manera: «Un comportamiento [...] resulta entonces causal en relación con un resultado concreto (y positivo) delimitado por un determinado tipo penal cuando a dicho comportamiento le han seguido temporalmente una sucesión de modificaciones en la realidad exterior que se encuentran vinculadas tanto con el comportamiento como entre sí por leyes (de la naturaleza) y que han desembocado en una parte del estado de cosas que se encuentra delimitado por la ley penal como resultado» (ibíd., p. 21).

¹⁰¹ A favor de la relevancia, a los efectos *causales*, de la configuración totalmente concreta del resultado (y no solo de las circunstancias *normativamente relevantes* en las que se produce) se posicionan MÜLLER, 1912, pp. 10-14; ENGISCH, 1931, pp. 9-13; VON LISZT Y SCHMIDT, 1932, p. 162; NIEDERLÄNDER, 1954, p. 43; BURGSTALLER, 1974, p. 85; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 27-30, 128; ERB, 1991, pp. 44-53, 252-258; TOEPEL, 1992, pp. 65-90; ROXIN, 2006, pp. 359-360; KORIATH, 2007, pp. 145-147; FREI, 2010, pp. 17-19; MIR PUIG, 2016, pp. 249-254; JÄGER, 2017, nm. 71 (pp. 50-51); GRECO, 2018, pp. 36-40 y; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 464-465. Cfr., no obstante, las objeciones «metodológicas» a esta construcción formuladas por MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 60, 63-67, que, sin embargo, termina alcanzando las mismas consecuencias prácticas a través de la diferenciación entre la descripción del resultado (*qua* hecho) y su identificación como evento (objeto de la explicación causal); vid. ibíd., pp. 58-63.

¹⁰² Son condiciones y, por tanto, causas también los factores que determinan que el resultado lesivo se produzca de una forma *igual*, o incluso *mejor*, *en lo normativamente relevante*, que aquella en la que habría tenido lugar en su ausencia; por ejemplo, la conducta del médico que interviene para salvar la vida del paciente y finalmente solo consigue retrasar su muerte unas horas. En este grupo de casos, sin embargo, normalmente habrá quedado descartado ya de antemano el carácter perturbador de la conducta; vid. punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2.

¹⁰³ PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipicidad en los delitos omisivos», nms. 1522-1526, es el autor que, quizás, más se ha acercado a una construcción de la causalidad en la línea aquí propuesta, aunque el escaso desarrollo de su postura impide determinar hasta qué punto estaría de acuerdo con las soluciones defendidas en este inciso. También se aproxima al planteamiento aquí defendido la teoría causal de KINDHÄUSER, 2008, «Risikoerhöhung und Risikoverringerung», pp. 485-487. Aunque el autor parte, al contrario de lo que aquí se ha sostenido, de la necesidad de formular los juicios causales en relación con ciertas propiedades penalmente relevantes del resultado —no, por tanto, de su configuración totalmente concreta— (ibíd., pp. 482-485), mantiene, en una línea muy similar a la defendida en el texto, que para la determinación de la causalidad «no hay que preguntarse [...] si resultado desaparecería si uno suprime mentalmente una determinada circunstancia del curso real de los acontecimientos. Lo que hay que preguntarse es, más bien, si la producción del resultado, conforme a las leyes empíricas relevantes y las circunstancias realmente existentes, resultaría explicable aunque no se tuviera en cuenta la circunstancia en cuestión» (ibíd., p. 486).

Una relación causal concebida de este modo es lo suficientemente restrictiva como para ***excluir de plano una condena por delito consumado*** en supuestos en los que la conducta típica no guarda la más mínima relación con la lesión (casualmente) producida con posterioridad; o, más bien —como sucederá en casi todos los supuestos en que este requisito adquiera relevancia práctica— cuando la existencia de esta relación no pueda probarse en el proceso más allá de toda duda razonable. La variante del «caso de la cantimplora» de MCLAUGHLIN planteada por HART y HONORÉ¹⁰⁴ proporciona un bonito ejemplo de lo primero: un explorador se dispone a hacer una travesía por el desierto, cuando, con ánimo de matarlo, uno de sus enemigos envenena el agua de su cantimplora. Acto seguido, sin embargo, otro enemigo del explorador le sustrae la cantimplora con la intención de que muera de sed; cosa que, efectivamente, sucede. En este supuesto, para dar una respuesta completa y satisfactoria a la pregunta por cómo murió el explorador basta con hacer referencia a que uno de sus enemigos le sustrajo su cantimplora, provocando que muriera de sed. La conducta de quien envenena el agua no es en absoluto relevante para explicar la producción del resultado lesivo tal y como se produjo; cualquier alusión al comportamiento del primero de los enemigos resulta, en otras palabras, superflua para «narrar la historia» de la muerte del explorador. De acuerdo con el criterio aquí defendido, habrá que negar, por tanto, la existencia de una relación de causalidad entre uno y otra^{105 106}.

¹⁰⁴ Vid. ya n. 233 del capítulo 2.

¹⁰⁵ Así, WRIGHT, 1985, p. 1802; FREI, 2010, pp. 23-25; PUPPE, 2011, p. 400, y, extensamente, MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 92-104, si bien sobre la base de la fórmula causal algo diferente a la aquí defendida (vid. n. 97 anterior). La causalidad entre envenenamiento y muerte solo podría afirmarse si —como en la variante del caso propuesta por SANCINETTI, 2010, p. 585— el hecho de que el agua estuviera envenenada hubiera sido precisamente lo que hubiera *motivado* al segundo de los intervinientes a sustraerla, con la intención de retrasar la muerte del explorador. Vid., en esta misma línea, LUZÓN PEÑA, 2016, p. 201.

¹⁰⁶ En lo que aquí interesa, plantea el mismo problema que el caso de la cantimplora el ejemplo propuesto por JAKOBS, en el que, como consecuencia de unas labores de mantenimiento deficientes, un ascensor soporta solo la mitad de la carga teórica máxima. Al montar en él una carga cuyo peso es muy superior a este límite teórico, el ascensor se precipita al vacío. De acuerdo con el autor, «[t]anto el sobrepasar la carga teórica como el hecho de que faltara capacidad de carga pueden explicar por sí solos la caída. Pero no es admisible el acumularlos, pues si un riesgo ya está completo antes de que se cree el otro (p. ej., los cables están dañados antes de que se decida sobre la mercancía que ha de cargarse), pierden su sentido las normas para evitar el otro riesgo (en cada uno de los casos). El mandato de respetar la carga teórica al ir a cargar pierde su sentido tan pronto como ésta no puede ser soportada, al igual que una prohibición de debilitar los cables pierde su sentido cuando de todos modos se lleva a cabo una sobrecarga. Por ello hay que atender a qué riesgo es el primero que se concreta perfectamente, es decir, cuál es el que primero ha salido del ámbito de organización de la persona a la que le incumbe. En relación con el ejemplo citado: si el responsable de la carga ha ordenado la sobrecarga antes de que al realizar las labores de mantenimiento incorrectamente se dañasen los cables, en la caída se realiza solo el riesgo derivado de la sobrecarga, porque a partir del

Ejemplos de lo segundo —de supuestos en los que la relación de causalidad entre conducta típica y resultado lesivo no puede afirmarse por razones puramente probatorias— proporcionan, paradigmáticamente, los casos conocidos como de «causalidad alternativa». Supongamos, por ejemplo, que dos cazadoras, actuando *independientemente* la una de la otra, disparan al mismo tiempo contra lo que ellas creen que es una pieza de caza. El objetivo común resulta ser, sin embargo, otra persona, a la que alcanza mortalmente *una sola* de las dos balas, resultando imposible, sin embargo,

momento en que esto consta, la caída ya no depende de que el ascensor no exceda de la carga máxima» (1991, p. 230).

Tanto aquí como en JAKOBS, 1996, «Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos», pp. 80-82; 1997, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», pp. 283-287, el autor trata este caso como un supuesto de sobredeterminación, en el que, pese a que ambas conductas —mantenimiento defectuoso y sobrecarga— han de considerarse causas de la caída del ascensor, este resultado solo puede imputarse objetivamente a la primera en producirse; solución que comparten autores como ERB, 1991, pp. 278-279, 283-288; SANCINETTI, 2010, pp. 585, 602-605; SUMMERER, 2013, pp. 322-325 (estos dos últimos la extienden al caso de la cantimplora, como también parece hacer KINDHÄUSER, U, «Zurechnung bei alternativer Kausalität», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 159 (2012), pp. 143-145); HOYER, 2017, nms. 70-71 (pp. 498-499); BOLEA BARDÓN, 2020, pp. 103-104; y, aunque con una fundamentación diferente, GIL GIL, 2007, pp. 357, 366. Un tratamiento similar de este grupo de casos plantea, para el Derecho de daños, PANTALEÓN PRIETO, 1981, n. 104 (pp. 216-218). A mi juicio, sin embargo, la conducta de quien, en el ejemplo, omite el mantenimiento correcto del ascensor es tan poco causal como la de quien envenena el agua del explorador en el caso de la cantimplora: para «narrar la historia» de la caída del ascensor basta con referirse a la sobrecarga, resultando superflua cualquier referencia al hecho de que los cables soportaran una carga inferior a la teórica. Así lo sostiene, en relación con un ejemplo muy similar, WRIGHT, 1985, pp. 1794 (con n. 246), 1795, 1799-1800, que matiza, además, que las cosas serían distintas si la conducta del primero de los agentes hubiera consistido en desgastar los cables del ascensor en un punto en concreto y estos se hubieran roto por ese mismo punto como consecuencia de la sobrecarga: aquí, a diferencia de en el caso planteado por JAKOBS, si nos encontraríamos ante un supuesto de sobredeterminación. Por otro lado, pese a lo sostenido por este último autor, tampoco es cierto, como se verá con mayor detalle en los incisos (ii) y (iii) de este mismo punto, que la caída del ascensor no pueda imputarse objetivamente en este caso al responsable de la carga: por mucho que, *en este caso concreto (ex post)*, el resultado lesivo fuera efectivamente inevitable aun respetando los límites de carga, no por ello deja de ser esta cautela una medida *en general idónea (ex ante)* para evitar que los ascensores se precipiten al vacío. Contra lo que sostiene JAKOBS, el mandato de respetar la carga teórica tiene aquí todavía perfecto sentido *como orientación para la conducta futura*. Esta misma solución para el caso defiende REYES ALVARADO, 1994, pp. 381-384, aunque, como JAKOBS, lo considera —erradamente, a mi juicio— un supuesto de sobredeterminación.

Pero, frente a lo que pudiera parecer inferirse de los dos ejemplos analizados, la solución para este grupo de casos tampoco pasa siempre por considerar causal únicamente el evento que se produce *en segundo lugar*, convirtiendo el primero en irrelevante. Considérese, por ejemplo, el siguiente caso planteado por MÜLLER, 1912, p. 16: A y B deciden, independientemente el uno del otro, provocar un choque entre dos trenes. Con este fin, A seda al guardagujas con un potente somnífero, de manera que se encuentre dormido en el momento en que tiene que cambiar la aguja para impedir la colisión. Acto seguido, B, que no sabe que A ha drogado al guardagujas, lo ata de pies y manos y lo amordaza con el mismo propósito. El guardagujas (todavía dormido) no cambia la aguja y los trenes chocan. Frente lo que el propio MÜLLER sostiene, este tampoco es, a mi juicio, un supuesto de sobredeterminación: aquí la única conducta relevante para proporcionar una explicación completa y satisfactoria de la producción del choque de trenes es la de A, única que responde a la pregunta sobre por qué estaba dormido el guardagujas en el momento en que debía haber cambiado la aguja. La referencia al hecho de que este estaba *además* maniatado y amordazado es tan superflua a estos efectos como una eventual descripción del color de sus calcetines. En este caso, como puede observarse, es la eficacia de la *primera* de las conductas la que impide a la segunda operar como condición del resultado.

determinar (al menos, más allá de toda duda razonable) *cuál de las dos* ha sido. Aquí resulta perfectamente claro que existe una relación de causalidad —y, por cierto, de imputación objetiva— entre la conducta (típica) de *una* de las cazadoras y el resultado; e igual de claro resulta que la conducta de la otra cazadora no tiene relevancia explicativa alguna para la producción de la muerte. Sin embargo, la imposibilidad de probar la causalidad entre el resultado típico y la conducta de *cada* cazadora concreta impide condenar a cualquiera de ellas como autora de un delito de homicidio consumado¹⁰⁷. La solución sería distinta si las cazadoras hubieran actuado de forma *coordinada* —como sería el caso, por ejemplo, de un pelotón de fusilamiento—, pues, en este supuesto, podría recurrirse a la *coautoría* (dolosa o imprudente¹⁰⁸) para fundamentar una imputación (recíproca) a los intervinientes no causales de la relación de causalidad existente entre una o más de las contribuciones y el resultado lesivo¹⁰⁹.

Pero una relación de causalidad concebida en términos de relevancia explicativa también es lo suficientemente poco exigente (y aquí reside, a mi juicio, su mayor virtud) como para ***no excluir la imputación del resultado típico*** en supuestos en que la relación fáctica existente entre este y la conducta perturbadora podría bastar —sumada, por supuesto, a una relación normativa de imputación determinada como se analizará en el inciso siguiente— para que el resultado se interpretase como una manifestación precisamente de lo que hace la expectativa normativa infringida digna de confirmación contrafáctica, desempeñando, así, su función demostrativa. En lo que resta de este inciso, trataré de mostrar, a través de un ejemplo, cómo la fórmula de la relevancia explicativa aquí propuesta permite superar los inconvenientes que, precisamente a estos efectos,

¹⁰⁷ Así, p. ej., KAUFMANN, ART, 1961, p. 211; SANCINETTI, 1991, pp. 486, 668-669; TOEPEL, 1992, pp. 71-72; y FREI, 2010, p. 32. Sobre el tratamiento jurídico-civil de esta clase de supuestos, que, como se verá, han dado lugar a originales soluciones legislativas y jurisprudenciales tanto en Alemania como en el *common law*, vid. epígrafe 1 del apartado IV del capítulo 4.

¹⁰⁸ La doctrina mayoritaria admite la posibilidad de una coautoría imprudente; así ya EXNER, 1930, pp. 572-573; y, más recientemente, p.ej., MAÑALICH RAFFO, 2014, p. 84; ROXIN, 2014, pp. 168-169; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 291; PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): lección sobre autoría y participación*, p. 17-18; y TURIENZO FERNÁNDEZ, A, «Acuerdos alcanzado en el seno de un órgano colegiado y responsabilidad penal individual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 23 (2021), pp. 14-16. Cfr., sin embargo, en la doctrina reciente, GRECO, 2018, pp. 64-70.

¹⁰⁹ Así, TRAEGER, 1904, pp. 284-285; JAKOBS, 1991, pp. 192-193, 624; HART Y HONORÉ, 1985, p. 424; PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», pp. 1983-1984; REYES ALVARADO, 1994, pp. 40, 224-225; ROXIN, 2006, p. 362; MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 84-86; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 466-467. Parte de la doctrina se refiere a esta estructura de intervención como «coautoría aditiva»; vid., en este sentido, por todos, ROXIN, 2014, pp. 158, 164, 168-169, 778; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): lección sobre autoría y participación*, pp. 15-16.

presentan las fórmulas alternativas de la condición necesaria, del elemento necesario de un conjunto de condiciones suficiente e, incluso (aunque en menor medida), de la condición ajustada a leyes de la naturaleza.

Supongamos que la junta militar de Realistán convoca una reunión para decidir sobre el posible bombardeo de un colegio de educación infantil en un país enemigo. El órgano colegiado está integrado por diez miembros: los Generales Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavio, Noveno y Décimo. Todos ellos tienen obligación de asistir a las reuniones de la junta, que no puede quedar constituida sin la presencia de, al menos, cinco miembros, y en la que las decisiones se adoptan por mayoría de presentes. El día previsto para la votación, asisten a la junta los Generales Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto, mientras que los Generales Sexto, Séptimo, Octavio, Noveno y Décimo, sin haberlo acordado previamente —y a pesar de ser conscientes del orden del día de la reunión—, se quedan en casa. El bombardeo del colegio se aprueba con el voto a favor (simultáneo, a mano alzada y tampoco acordado previamente) de los Generales Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, y el voto en contra del General Quinto. El colegio es bombardeado esa misma tarde, con el consiguiente fallecimiento de diez niños. Poco antes de la reunión, la junta militar de Hipotesistán —país aliado de Realistán— había acordado bombardear el colegio a la misma hora de la tarde, si no se decidía a ello la junta militar de Realistán.

En este supuesto de hecho, parece claro que todos los integrantes de la junta, salvo el General Quinto, han cometido conductas perturbadoras abarcadas (como mínimo) por el tipo de homicidio: los Generales Primero, Segundo, Tercero y Cuarto han votado a favor del bombardeo, y los Generales Sexto, Séptimo, Octavio, Noveno y Décimo no han acudido a la reunión a votar en contra, pudiendo y debiendo haberlo hecho. Igualmente claro parece, además, que, en este caso, la muerte de los niños ha puesto de manifiesto precisamente aquello que pretendía evitar la norma que conduce a considerar perturbadoras las conductas de los Generales, quedando la vigencia de dicha norma particularmente erosionada¹¹⁰: respecto de cada una de las conductas típicas, el resultado desempeña, en otras palabras, su función demostrativa. Negar la existencia de una relación de causalidad entre este y aquellas —impidiendo condenar a los nueve generales

¹¹⁰ A diferencia de lo que habría ocurrido si, por ejemplo, el bombardeo hubiera sido evitado en el último momento por las autoridades del país enemigo donde el colegio se encontraba.

como autores «accesorios» (*Nebentäter*¹¹¹) de diez delitos consumados de homicidio—resultaría, en definitiva, por todo ello, francamente insatisfactorio.

La fórmula de la relevancia explicativa aquí defendida permite impedir fácilmente esta injusta consecuencia práctica: no puede proporcionarse un relato completo y satisfactorio de la muerte de los niños sin hacer referencia a *todas* las circunstancias en las que se adoptó la decisión de bombardear el colegio, para la que fueron igualmente determinantes los votos a favor, el voto en contra y las ausencias. Si alguien se limitara, en este sentido, a narrar que los Generales Primero, Segundo, Tercero y Cuarto votaron a favor del bombardeo, a su interlocutor *le faltaría información* para entender por qué murieron los niños: ¿por qué bastaron cuatro votos para adoptar la decisión de bombardear el colegio? El relato solo se completa cuando se indica, adicionalmente, que el General Quinto acudió a la reunión —con lo que se completó el quórum— y que faltaron los Generales Sexto, Séptimo, Octavio, Noveno y Décimo. Solo así se ofrece una explicación adecuada del resultado tal y como *concretamente* se produjo¹¹².

¿Qué hay, sin embargo, del resto de teorías causales mencionadas? La fórmula de la *conditio sine qua non* —que solo permite calificar como causas las condiciones *necesarias* del resultado— conduce, en este caso, a resultados inaceptables. Quizás el más llamativo sea la obligada absolución de todos los Generales de cualquier delito de resultado consumado (condenándolos, a lo sumo, por tentativa), incluso en el caso de que hubieran adoptado la decisión de bombardear el colegio de mutuo acuerdo y por unanimidad. Y es que, en un escenario en el que la junta militar de Realistán no hubiera decidido emprender el bombardeo, habría sido la junta militar de Hipotesistán la que, en todo caso —en circunstancias idénticas y con el mismo resultado— habría bombardeado el colegio¹¹³. Tan insatisfactoria resulta esta consecuencia que los propios partidarios de

¹¹¹ Expresión de la que tanto «autoría colateral» (SANCINETTI, 1991, pp. 648, 659, 661, 663, 665, 667-668, 670, 671, 686-689), como «autoría yuxtapuesta» (LUZÓN PEÑA, 2016, p. 193) o «autoría única plural» (PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): lección sobre autoría y participación*, p. 12) serían, probablemente, traducciones más adecuadas.

¹¹² En esta línea, JAKOBS, 1996, «Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos», pp. 84-87; TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 20, 29.

¹¹³ Vid., en este sentido, ENGISCH, 1931, pp. 15-17; KAUFMANN, ART, 1961, pp. 208-209; TRIMARCHI, 1967, p. 5; BURGSTALLER, 1974, pp. 88-89; RUDOLPHI, 1977, p. 16; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 52-53; 1990, n. 2 (p. 1562); , p. 1983; HART Y HONORÉ, 1985, pp. 124-125; WRIGHT, 1985, pp. 1775-1776; LARRAURI PIJOAN, 1988, pp. 719-720; CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 391; REYES ALVARADO, 1994, p. 15; FRISCH, W, 1995, p. 30; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 302; MOORE, 2009, pp. 86, 410-412, 419-425,

la teoría han ideado correcciones a la fórmula de la *conditio sine qua non* para evitar que conduzca a lagunas de punibilidad en supuestos de «causalidad hipotética» como este. Destaca, en este sentido, la propuesta de MIR PUIG de afirmar la relación de causalidad siempre que una supresión mental de la conducta considerada (decisión de la junta militar de Realistán) y de cualquier conducta de la misma clase (decisión de la junta militar de Hipotesistán) tenga como consecuencia una variación del resultado en su configuración totalmente concreta¹¹⁴.

Pero, con independencia de que esta restricción de la fórmula resulte más o menos convincente¹¹⁵, no han sido los problemas de causalidad hipotética, sino los de «causalidad múltiple» o «cumulativa» (*rectius*, sobredeterminación) los que han dado quebraderos de cabeza más importantes a los defensores de la fórmula de la *conditio sine qua non*¹¹⁶. Para comprobar por qué, basta con pensar que, en el ejemplo anterior —

510; PUPPE, 2011, pp. 402-403, 410-413; 2017, nm. 95; 2018, pp. 484, 487-488; JÄGER, 2017, nm. 62 (p. 46); y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1340.

¹¹⁴ Así, entre otros, MIR PUIG, 2016, pp. 250-254. LUZÓN PEÑA, 2016, p. 199, opina, en cambio, que la fórmula de la *conditio sine qua non* no conduce a resultados insatisfactorios en los supuestos de causalidad hipotética, en la medida en que aquella requiere simplemente suprimir mentalmente el curso causal real (decisión de la junta militar de Realistán), *sin añadir*, al mismo tiempo, otros cursos causales meramente hipotéticos (decisión de la junta militar de Hipotesistán). Vid., en sentido similar, HEINEMANN, J, *Überholende Kausalität und Schadensbegriff* (Hamburgo: UNI-Druck, 1961), pp. 61-63; y SAMSON, 2003, pp. 64-65. Olvidan estos autores, sin embargo, a mi juicio, que los únicos cursos hipotéticos que la doctrina mayoritaria introduce en el análisis son precisamente aquellos que no llegan a realizarse porque tiene lugar la conducta mentalmente suprimida. En el mundo paralelo a cuya construcción conduce (necesariamente) la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non*, el curso causal que ellos llaman «hipotético» es perfectamente *real*. El procedimiento propuesto por estos autores resulta, así, en palabras de REYES ALVARADO, «abiertamente incompatible con la *conditio sine qua non* en cuanto ella supone por definición una construcción mental imaginaria y como tal hipotética pues al suprimir mentalmente un factor para examinar si sin su presencia el resultado desaparecería se está recurriendo a una hipótesis, a algo que en realidad no ha ocurrido» (1994, p. 18). Vid., en sentido similar, JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 302-303; PUPPE, 2008, pp. 7-8.

¹¹⁵ A mi juicio, se trata de un mero «parche» *ad hoc* que trata de camuflar lo que, en el fondo, no deja de ser una *renuncia* (razonable) a considerar propiamente causales únicamente las condiciones *necesarias* del resultado; vid., en sentido similar, BURGSTALLER, 1974, pp. 88-89.

¹¹⁶ Lo destacan ya TRAEGER, 1904, pp. 45-46; VON BAR, 1907, p. 231; y McLAUGHLIN, 1925, pp. 153-154; ENGISCH, 1931, pp. 13-14. Así, también KAUFMANN, ART, 1961, pp. 210-211; TRIMARCHI, 1967, pp. 5-6; BURGSTALLER, 1974, pp. 90-92; RUDOLPHI, 1977, p. 16; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 48-52; 1990 n. 2 (pp. 1561-1562); 1991, «Artículo 1902», pp. 1982-1983; HART Y HONORÉ, 1985, pp. 122-124, 128; WRIGHT, 1985, pp. 1775-1776; LARRAURI PIJOAN, 1988, pp. 720-721; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 391-393; ERB, 1991, p. 278; REYES ALVARADO, 1994, pp. 15-16; PUPPE, 2001, pp. 52-54; 2011, pp. 402-403, 410-413, 431-432; 2017, nms. 92, 108; 2018, pp. 484, 487-488 (con particular atención a los supuestos de sobredeterminación en decisiones colegiadas como el aquí planteado); JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 302; MOORE, 2009, pp. 86, 410-412, 414-417, 510; DíEZ-PICAZO, 2011, p. 361; MARTÍN CASALS, 2011, p. 45; KINDHÄUSER, 2012, p. 138; KOZIOL, 2012, pp. 162-163; MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 40-41; JÄGER, 2017, nms. 62 (p. 46), 78 (p. 53), 81 (p. 54); GRECO, 2018, pp. 43-70 (también con especial referencia a los casos de decisiones colegiadas); BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 397-398, 444-445; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm.

incluso dejando de lado el eventual bombardeo «de reserva» por parte de la junta militar de Hipotesistán— *cualquiera* de las contribuciones de los Generales (votos a favor, en contra o inasistencias) podría suprimirse mentalmente sin que el resultado se alterase en absoluto. El voto en contra de *uno más* de los miembros de la junta no habría impedido el bombardeo, lo que equivale a decir que ninguna de las conductas analizadas fue condición *necesaria* del resultado lesivo¹¹⁷. No ha de producir, pues, extrañeza alguna, que los PETL, tras acoger la *conditio sine qua non* como fórmula causal (art. 3:101) deban establecer, a renglón seguido, que «en caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima» (art. 3:102: causas concurrentes); y que «si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada» (art. 3:104: causas potenciales, apartado 1).

1342, así como ESTRADA I CUADRAS, 2021, pp. 3-4; y TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 4, 16-19, en sendos artículos monográfico sobre responsabilidad por decisiones colegiadas. Considera, sin embargo, tanto teórica como político-criminalmente (!) adecuada la absolucón de *todos* los intervinientes en este grupo de casos TOEPEL, 1992, pp. 72-75, 119-120; una consecuencia práctica que debería, a mi juicio, bastar por sí sola para arrojar dudas sobre la cerrada defensa de la fórmula de la *conditio sine qua non* llevada a cabo por este autor (ibíd., pp. 52-96).

¹¹⁷ Argumenta, sin embargo, muy ingeniosamente, MÜLLER, 1912, pp. 14-18, que el problema que plantean los casos de sobredeterminación para la fórmula de la *conditio sine qua non* se revela meramente aparente en cuanto esta se aplica teniendo en cuenta el resultado *en su configuración totalmente concreta*: si, en el ejemplo propuesto, no se define el resultado como «muerte de los niños como consecuencia del bombardeo del colegio decidido por mayoría por la junta militar de Realistán», sino como «muerte de los niños como consecuencia del bombardeo del colegio decidido por mayoría por la junta militar de Realistán, aprobado con los votos a favor de los Generales Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, y el voto en contra del General Quinto, no habiendo asistido a la reunión los Generales Sexto, Séptimo, Octavio, Noveno y Décimo», entonces la supresión mental de cualquiera de las contribuciones de los Generales (votos a favor, en contra e inasistencias) altera su configuración. Si se sustituye, por ejemplo, el voto a favor del General Cuarto por un voto en contra, el resultado sigue siendo «muerte de los niños como consecuencia del bombardeo, etc.», pero ahora «aprobado con los votos a favor de los Generales *Primero, Segundo, y Tercero*, y los votos en contra de los Generales *Cuarto* y Quinto, no habiendo asistido a la reunión, etc.». Pero, con esta inteligente maniobra dogmática, MÜLLER, demuestra la utilidad de la fórmula de la *conditio sine qua non* a un precio demasiado alto: el de convertirla en una herramienta vacía por *tautológica*. Y es que, si la fórmula se aplica teniendo en cuenta el resultado en una configuración *tan «concreta»* como la que propone el autor —teniendo en cuenta como «circunstancias» de su producción todos los factores que parece normativamente adecuado calificar como *causas*—, aquella se convierte, si se me permite la metáfora, en esa chistera de la que el mago solo puede sacar un conejo porque él mismo lo ha escondido allí antes. De nada sirve, en otras palabras, exigir una relación de condicionalidad *necesaria* entre comportamiento y resultado, si en la *descripción* de la configuración «concreta» de este se van a tener en cuenta ya *todas* las condiciones de su producción (y no solo las necesarias): las condiciones no necesarias expulsadas por la puerta acaban entrando sistemáticamente por la ventana. Así, muy claramente, PANTALEÓN PRIETO, 1981, n. 66 (pp. 194-195); HART Y HONORÉ, 1985, pp. xli-xlii; MAÑALICH RAFFO, 2014, p. 41; PUPPE, 2017, nm. 96; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 463. Vid., en sentido similar, aunque en relación con el problema de la «causalidad hipotética», BURGSTALLER, 1974, pp. 88-89; ERB, 1991, pp. 47-48, 50; SUMMERER, 2013, p. 89; y, en relación con ambos grupos de casos, WRIGHT, 1985, pp. 1777-1778; PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1983 (desdiciéndose así, en lo que a la causalidad hipotética se refiere, de lo sostenido en 1981, p. 53).

Precisamente con el objetivo de alcanzar soluciones satisfactorias en esta clase de supuestos, en los que la fórmula de la *conditio sine qua non* está, como se ha visto, condenada al fracaso, surge la teoría que se conforma, para considerar establecida la relación causal entre una conducta y un resultado, con que la primera sea un *elemento necesario de un conjunto de condiciones suficiente* para la producción del segundo¹¹⁸. Aplicado a nuestro ejemplo, el razonamiento del que parte esta (alambicada) fórmula causal es el siguiente: existen varias combinaciones diferentes de condiciones que, tomadas en su conjunto, son *suficientes* para dar lugar al resultado lesivo —tres votos a favor y cinco ausencias, cuatro votos a favor y cuatro ausencias, etc.— y cualquiera de ellas puede construirse de forma que cada miembro de la junta sea un elemento *necesario* de la combinación. El voto del General Primero es causa del resultado porque puede imaginarse un conjunto de condiciones suficiente para su producción del que aquel forma parte necesariamente: el formado por los votos a favor del General Primero y otros dos Generales, unido a las ausencias de otros cinco. La ausencia del General Sexto es causa del resultado porque puede imaginarse un conjunto de condiciones suficiente para la adopción de una decisión favorable al bombardeo que cuenta con esta ausencia como elemento necesario: el formado por los votos a favor de cuatro Generales y las ausencias del General Sexto y otros dos miembros de la junta; y así sucesivamente. Sin embargo, cabe preguntarse en qué sentido es «necesaria» una posición en el conjunto que puede ocupar, alternativamente, *cualquiera* de las contribuciones: que el conjunto de condiciones con base en el que se afirma la eficacia causal del voto del General Primero se pueda construir exactamente igual para afirmar la eficacia causal (por ejemplo) del voto del General Segundo, con solo *sustituir* mentalmente un voto por otro, lo que demuestra es, precisamente, a mi juicio, que *ninguno de los dos votos* es un elemento necesario de la combinación. Creo, en definitiva, que hay motivos bien fundados para

¹¹⁸ Vid. n. 97 de este capítulo. Cierta similitud con este criterio guarda la segunda «corrección» de la fórmula de la *conditio sine qua non* —en realidad, como señalan BYLDINSKI, 1964, p. 16; BURGSTALLER, 1974, p. 91; JÄGER, 2017, nm. 78 (p. 53); GRECO, 2018, pp. 49-50; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 389; y ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 4, una fórmula alternativa— propuesta por autores como TRAEGER, 1904, pp. 46, 47-48; FREI, 2010, pp. 29-30; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 200-201; o MIR PUIG para este grupo de casos, de acuerdo con la que «cuando varios factores pueden suprimirse mentalmente en forma alternativa pero no cumulativa, sin que resulte afectado el resultado, todos ellos son causa del mismo» (MIR PUIG, 2016, p. 253); un planteamiento con el que, en sus líneas fundamentales, coincide, como él mismo admite, KINDHÄUSER, 2012, pp. 141-142, 146, 148. En su crítica a esta modificación de la fórmula, PUPPE, 2011, pp. 411-412, afirma, con razón, que «esta fórmula no solo supone una renuncia a la exigencia del carácter necesario de la causa, sino que, más bien, la contradice *expressis verbis*» (ibíd., p. 412; en el mismo sentido, 2017, nm. 93). No obstante, como se argumentará a continuación en el texto, lo mismo puede afirmarse, en definitiva, de la propia teoría causal de la autora.

sospechar que la fórmula causal analizada oculta, de nuevo, lo que no es más que una *renuncia* —¡por lo demás, sensata! — a la necesidad como atributo necesario de la causalidad¹¹⁹.

La fórmula de la condición ajustada a leyes de la naturaleza —sin duda, la que mayor similitud guarda con la de la relevancia explicativa que aquí se propone— no se enfrenta a ninguna de las anteriores dificultades¹²⁰. Llevada a sus últimas consecuencias, plantea, no obstante, algún problema a la hora de afirmar la relación de causalidad entre las conductas *omisivas* de los Generales Sexto, Séptimo, Octavio, Noveno y Décimo, y la muerte de los diez niños. Y es que no existe ninguna «ley de la naturaleza» (de la física, si se quiere) capaz de vincular un simple no hacer con la alteración efectivamente producida de un estado de cosas¹²¹. Desde una perspectiva puramente *empírica* —la de

¹¹⁹ Vid., en este sentido, MOORE, 2009, pp. 416-417. Desde este punto de vista, podría quizás compartirse la concepción de la propia PUPPE, 2008, pp. 12-13, 41-42; 2011, pp. 405-406; 2017, nm. 102, de su fórmula causal como un simple *desarrollo* de la de la condición ajustada a leyes de ENGISCH; valoración con la coinciden ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 457-459. Y así cabría explicar también la apreciación de GROSSE-WILDE de que, en la formulación que define la causa como elemento necesario de un conjunto de condiciones mínimamente suficiente para el resultado, «el atributo “necesario”, en el sentido fuerte del término, tiene un significado meramente clarificador y, en realidad, resulta superfluo, pues cada uno de los elementos de una condición mínima suficiente es por definición necesario» (2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regeleleiteten Strafmaßbehre*, p. 317). De ahí, quizás, que KORIATH, 2007, pp. 149-153, no alcance conclusiones demasiado diferentes a las de estos autores a través de la defensa de un concepto causal basado sencillamente en la suficiencia (*conditio per quam*).

¹²⁰ De ahí que autores como GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 121-123; GIMBERNAT ORDEIG, E, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho. De la causalidad a la imputación objetiva* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2018), pp. 137-141; BURGSTALLER, 1974, pp. 92-96, 208; RUDOLPHI, 1977, pp. 16-20; PANTALEÓN PRIETO, 1990, n. 2 (pp. 1561-1562); 1991, «Artículo 1902», p. 1981; REYES ALVARADO, 1994, pp. 32-34; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 303-304; ROXIN, 2006, pp. 351-355; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nms. 1337-1354, la prefieran respecto a la de la *conditio sine qua non* como fórmula de determinación de la causalidad con arreglo a la teoría de la equivalencia de condiciones. Vid., en sentido similar, TRIMARCHI, 1967, pp. 7-8; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 552-554; y LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 195-196, 199-200, que, aunque no rechazan completamente dicha fórmula, consideran necesaria su complementación con la de la condición ajustada a leyes para alcanzar soluciones adecuadas. Esta era también la vía propuesta por PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 55-65, 824, antes de decantarse definitivamente por esta última fórmula causal.

¹²¹ Así, RADBRUCH, 1902, pp. 326, 398, 400-402, 404, 407-408; TRAEGER, 1904, pp. 13-37, 63-70; LARENZ, 1927, pp. 85-89; KAUFMANN, ART, 1961, pp. 212-216, esp. p. 214; BURGSTALLER, 1974, p. 83; MOORE, 2009, pp. 53-55, 139-142, 242, 304-305, 435-451; y KOZIOL, 2012, pp. 136. Vid., en sentido similar, LIEPMANN, 1905, pp. 343-344; MÜNZBERG, 1966, pp. 40, 43-46, 55-56; JAKOBS, 1972, pp. 22-23; 1991, pp. 194, 791-792; 2012, pp. 25-26; SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 7-8, 212, 229-237, 320-321, 361-363; LARRAURI PIJOAN, 1988, p. 767; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 407-408; CORCOY BIDASOLO, M, «Eficacia de la imputación “objetiva”. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales», *Themis: Revista de Derecho*, vol. 68 (2015), p. 18; LUZÓN PEÑA, 1990, p. 88; , pp. 190, 201, 580, 592-593, 609; PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1984; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 298, 665-668; PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 509-510; 2011, pp. 23, 46-49, 70, 136-138; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 72-73; 2008, p. 206; FREI, 2010, pp. 19, 124, 237-238, 306-307; GARCÍA AMADO, 2013, pp. 81-85, 95-96, 135; MIR

las leyes de la naturaleza— los Generales que no asisten a la reunión no causan la muerte de los niños, sino que se limitan a contemplar pasivos un curso causal (este sí, ajustado a leyes naturales) que va desde la votación de los asistentes hasta el resultado lesivo: *ex nihilo nihil fit*. Como sostiene acertadamente RODRÍGUEZ MOURULLO¹²², solo desde el punto de vista de una teoría causal que, sin llegar a una completa confusión entre lo ontológico y lo normativo¹²³, preste atención a la faceta *social-comunicativa* de la realidad —no menos «real», en el sentido relevante para el Derecho, que la que puede reconducirse por entero a las leyes de la física¹²⁴— es posible dar sentido al oxímoron

PUIG, 2016, pp. 247, 259, 559; y BOLEA BARDÓN, C, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret*, vol. 4 (2018), pp. 3, 11; 2020, pp. 65-66, 131-132, que presentan la responsabilidad por comportamientos omisivos como un supuesto de responsabilidad por el resultado sin causalidad.

Lo niega, sin embargo, el propio ENGISCH, 1931, pp. 29-32; al que siguen, en este punto autores como MAYER, 1967, p. 128; RUDOLPHI, 1977, pp. 17-18; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 70-71, n. 221 (p. 71); ROXIN, 2006, p. 351; PUPPE, 2008, pp. 30-33, 42-43; 2011, pp. 415-416; 2017, nms. 117-119; 2018, pp. 486-489; JÄGER, 2017, nm. 70 (p. 50); BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 398-399; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 453. Afirma ENGISCH, en este sentido, que «cuando un comportamiento activo en sí mismo o junto con otros *es idóneo para impedir la producción del resultado típico* [la “habría impedido”], entonces existe una relación conforme a leyes entre él y la no-producción del correspondiente resultado. De ello se extrae, a través de una inversión lógica del argumento, que también entre la omisión de tal comportamiento y la producción posterior del resultado existe una relación conforme a leyes, de manera que la fórmula de la condición conforme a leyes explica también la causalidad de la omisión» (1931, p. 30, énfasis añadido). Sin embargo, creo que tienen razón KAUFMANN, ART, 1961, p. 131; y JAKOBS, 1972, pp. 22-24, cuando afirman que este argumento no supone una aplicación de la fórmula de la condición ajustada a leyes, sino, muy al contrario, su abandono en favor de los planteamientos netamente hipotéticos contra los que tan contundentemente se posiciona este mismo autor. Y es que lo que se «invierte lógicamente» aquí —nótese la cursiva introducida en la cita— no es, contra lo que pudiera parecer, una relación conforme a leyes «estándar» entre conducta y resultado, sino una basada en la *idoneidad* de la primera para impedir la producción del segundo. Esta idoneidad solo puede entenderse en dos sentidos: *ex ante* («conducta en general apta para impedir...») o *ex post* («conducta que en el caso concreto habría impedido...»). ENGISCH solo puede estarse refiriendo al segundo de ellos, como revela no solo la elocuente aclaración que introduce entre corchetes, sino también la propia opinión del autor —aquí compartida— de que el primero de los puntos de vista es el que se emplea para dirimir la «antijuridicidad objetiva» (yo diría: carácter perturbador) del comportamiento, no la causalidad (vid. *ibíd.*, pp. 52-60). Y no existe, hasta donde alcanzo, ninguna forma no hipotética de preguntarse por la *evitabilidad* de un resultado.

¹²² 1966, pp. 53-60. En una línea similar, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2006, pp. 682-688.

¹²³ Como la que conduce, en definitiva, a los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada a afirmar la eficacia causal de las conductas omisivas; vid., por todos, VON BAR, 1907, pp. 258-261, 268-269.

¹²⁴ Fundamental, en este sentido, SEARLE, 1995, *passim*, esp. pp. 79-126. Y es que, como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, «[a]l negar una causalidad en sentido físico-naturalista en la omisión, y afirmar, sin embargo, la existencia de una causalidad en la omisión, no nos convertimos en defensores de un puro “concepto jurídico” de causalidad. La causalidad que se postula aquí para la omisión es [...] una causalidad que se asienta sobre categorías realistas, previas a toda creación jurídica. Lo único que sucede es que se reconoce de antemano que esas categorías realistas pueden muy bien no poseer sentido ni valor físico-naturalista, sin que ello implique que carezcan contemporáneamente de sentido y valor para la regulación jurídica» (1966, p. 59).

(solo aparente) que entraña la idea de una «condición negativa»¹²⁵. Desde esta perspectiva, las omisiones serían, a los efectos causales,

«como el agujero en el casco de un buque, a través del que penetran las olas del mar. Este agujero, desde el punto de vista estrictamente físico, no es más que una “nada”. Sin embargo, de acuerdo con nuestra imagen mental de una nave normal, en buen estado para la navegación, nos parece real; un “algo” con efectos muy reales. La falta de algo aparece como hecho»¹²⁶.

El camino marcado en esta bella metáfora de VON BAR es, a mi juicio, el único capaz de ofrecer un criterio para la determinación de la **causalidad en la comisión por omisión** que no anticipe el análisis de consideraciones cuya relevancia —si es que han de tenerla¹²⁷— debería estar ceñida al plano normativo del juicio de imputación objetiva. Una de tales consideraciones es, paradigmáticamente, la evitabilidad del resultado con el comportamiento alternativo conforme a Derecho; verdadero núcleo de la «causalidad hipotética», que la doctrina mayoritaria considera la única posible en las omisiones, al tiempo que, sin embargo, admite la ausencia de cualquier paralelismo entre aquella y la causalidad *stricto sensu* que ha de constatarse en los comportamientos activos¹²⁸. La fórmula de la relevancia explicativa aquí defendida —atenta, precisamente, a la faceta social-comunicativa de la realidad antes mencionada— proporciona, a mi juicio, la clave para concebir la causalidad activa (de las condiciones positivas) y la omisiva (de las condiciones negativas) sobre la base de un criterio unitario: el que consiste en preguntarse si, para un relato completo y satisfactorio de la producción del resultado tal y como

¹²⁵ Así, JAKOBS, 1991, pp. 193-194, 791-792. Cfr., sin embargo, MÜLLER, 1912, pp. 19-20; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 305-307; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, nn. 115 (pp. 672-673), 134 (p. 693); y MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Acción y causas de ausencia de acción», nm. 1164.

¹²⁶ VON BAR, 1907, p. 259. Vid., en sentido similar, MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 56-58, que disipa lo que él mismo califica como el «pseudoproblema» de la «causalidad negativa», a través de una concepción «explicativa» (por oposición a «productiva») del juicio de causalidad relevante a efectos jurídicos; y GROSSE-WILDE, 2017, «Verloren im Dickicht von Kausalität und Erfolgzurechnung. Über “Alleinursachen”, “Mitursachen”, “Hinwegdenken”, “Hinzudenken”, “Risikorealisationen” und “Unumkehrbarkeitszeitpunkte” im Love Parade-Verfahren», pp. 653 (con n. 110), 657 (con n. 146).

¹²⁷ En el inciso (iii) de este punto se argumentará, precisamente, en contra de esta postura.

¹²⁸ Así, RÜMELIN, 1900, pp. 197-201, 319-320; TRAEGER, 1904, pp. 70-73, 218, que prefiere, en este sentido, referirse a la vinculación entre una conducta omisiva y un resultado como una de «relevancia» de la primera en relación con el segundo, en lugar de como una propiamente causal; MÜNzBERG, 1966, pp. 43-46, 55-56 BURGSTALLER, 1974, pp. 85-86, 131-132; SCHÜNEMANN, 1975, p. 580; ERB, 1991, pp. 250-252; SANTOS BRIZ, 2008, p. 547; KOZIOL, 2012, pp. 169, 280; y WAGNER, 2017, nm. 92.

concretamente ha tenido lugar, la información sobre el comportamiento de que se trate resulta necesaria (causalidad) o, por el contrario, superflua (no causalidad)¹²⁹.

Con arreglo a esta fórmula, debe afirmarse la existencia de causalidad entre la conducta típica y el resultado —dejando abierta, claro está, la posibilidad de negar, si procede, la imputación objetiva del segundo a la primera— en supuestos en los que la doctrina mayoritaria solo podría llegar a la misma conclusión acogiendo planteamientos en la línea de la «teoría del incremento del riesgo» (*Risikoerhöhungslehre*) formulada por ROXIN; teoría, como se verá¹³⁰, dudosamente respetuosa con el principio de presunción de inocencia y que, si ya resulta minoritaria en tanto criterio de imputación objetiva del resultado cuando se trata de comportamientos activos, como fórmula de determinación de la causalidad en las omisiones, goza de una acogida francamente residual¹³¹. Aquí puede traerse a colación, de nuevo, un «caso de manual»: el del empresario que omite proporcionar a sus operarios los arneses de seguridad que necesitan para trabajar en altura, de modo que uno de ellos —que, de haber dispuesto de arnés, probablemente habría optado en todo caso por no utilizarlo— fallece como consecuencia de una caída¹³². Este es también, sin embargo, el problema al que la Sala Segunda del TS tuvo que enfrentarse al resolver sobre el famoso caso «Madrid Arena»¹³³, en el que la Sala terminó acogiendo

¹²⁹ Vid., en esta línea, PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipicidad en los delitos omisivos», nms. 1522-1526.

¹³⁰ Vid. inciso (iii) de este punto.

¹³¹ En este sentido, partidarios del criterio del incremento del riesgo como BURGSTALLER, 1974, pp. 85-86, 93, 131-132; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 585, 654-655; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 667-668; y CORCOY BIDASOLO, 2015, p. 18, limitan su aplicación al campo de los comportamientos activos, exigiendo para la apreciación de la «causalidad» omisiva la constatación de que el comportamiento correcto habría evitado la producción del resultado típico *con una probabilidad rayana en la certeza*. Sin llegar a este extremo (al que sin embargo parecía adherirse en ROXIN, 1976, pp. 173, 234), el propio ROXIN, 2014, pp. 773-776, introduce matizaciones a su teoría a los efectos de la comisión por omisión, donde las dudas sobre la existencia efectiva de una «disminución del riesgo» habrían de resolverse siempre a favor del reo, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de un comportamiento activo acreditadamente causal respecto del resultado (vid. ROXIN, 2006, p. 396; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 499-500). Cfr., sin embargo, STRATENWERTH, G, «Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung», en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, ed. Lackner, K et al. (Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter, 1973), *passim*, esp. pp. 237-238; GRECO, 2018, pp. 30-31, 33-41, 81; y para el Derecho de daños, donde no se plantea el problema de la presunción de inocencia, PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1984.

¹³² Como en la sentencia *Roberts v. Dorman Long & Co.* [1953] WLR 1, 942 ss., de la *Court of Appeal* inglesa. Al contrario que este tribunal —y, añadiría yo, en abierta contradicción con su propio planteamiento—, niega en este supuesto la existencia de una relación de causalidad entre omisión y resultado WRIGHT, 1985, pp. 1801-1802.

¹³³ STS (Sala Segunda) 805/2017, de 11 de diciembre. Un resumen de los hechos del caso puede encontrarse en PANTALEÓN DÍAZ, M, «La utilidad de una buena dogmática para una buena jurisprudencia (y viceversa). El ejemplo de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 805/2017, de 11 de diciembre (caso “Madrid Arena”)», *Libertas (Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales)*, vol. 7 (2018), pp. 107-110.

el criterio del incremento del riesgo como expediente (a mi juicio, innecesario) para afirmar que el tratamiento médico defectuoso recibido por las víctimas en la enfermería del evento —omisión cuya relevancia explicativa para la producción de su muerte, tal y como concretamente tuvo lugar, estaba, según creo, fuera de duda— se encontraba entre las *causas* del fatídico resultado¹³⁴. Valga este ejemplo real como último botón de muestra de las ventajas que, según creo, presenta la fórmula de especificación de la teoría de la equivalencia de las condiciones defendida en este inciso sobre las alternativas propuestas por la doctrina.

ii. La realización de la perturbación típicamente abarcada en el resultado (realización del riesgo)

Que la conducta típica de que se trate haya sido una de las *condiciones* del resultado (la relación de causalidad entre uno y otro, entendida como relevancia explicativa) no es, evidentemente, suficiente para que este desempeñe la función demostrativa que le corresponde en la estructura dogmática del delito. Para que el resultado se convierta en una manifestación pública a la vez de la perturbación típica — en tanto defraudación de una expectativa de comportamiento jurídicamente reforzada— y de lo que hace a la expectativa defraudada digna de confirmación contrafáctica, ha de existir entre una y otro una particular relación de carácter *normativo*: **ha de realizarse en el resultado precisamente una de las dimensiones de riesgo en atención a las que el juicio de ponderación de intereses** analizado en el capítulo anterior¹³⁵ **conduce a considerar perturbadora la conducta de que se trate**. Y es esta «relación de riesgo» (*Risikozusammenhang*)¹³⁶ la que la doctrina penalista prácticamente unánime toma, bajo terminologías muy diversas¹³⁷, como núcleo central y criterio rector de la imputación objetiva del resultado a la conducta típica¹³⁸.

¹³⁴ El mismo discutible criterio se sigue en la posterior STS (Sala Segunda) 135/2018, de 21 de marzo. Crítica ambas resoluciones, con excelentes argumentos, PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipicidad en los delitos omisivos», nm. 1524.

¹³⁵ Vid. esp. apartado IV del capítulo 2.

¹³⁶ En la terminología acuñada, según creo, por BURGSTALLER, 1974, pp. 77-79, 96-129, 208.

¹³⁷ El propio BURGSTALLER, 1974, pp. 76-77, cita, como equivalentes, las expresiones «relación de antijuridicidad» (*Rechtswidrigkeitzusammenhang*), «realización (en el resultado) de la infracción de deber típica» (*realisierung der tatbestandsmäßigen Sorgfalverstoß*) o «relación de imputación» (*Zurechnungszusammenhang*) empleadas por otros autores para referirse a la misma institución.

¹³⁸ Las raíces de este criterio de imputación se remontan, sin embargo, como mínimo a MÜLLER, 1912, pp. 55-58, que —con base en una concepción de la antijuridicidad objetiva como presupuesto de la culpa (penal

Como con especial brillantez argumenta W. FRISCH, en términos puramente teóricos, una vez llevado a cabo el juicio de ponderación de intereses que permite dilucidar no solo *si* una determinada conducta ha de considerarse perturbadora, sino también en atención a *qué concretas dimensiones de riesgo* lo es, el juicio sobre la existencia de una relación de riesgo entre aquella y el resultado producido no requiere más que una sencilla labor de *comprobación*. Se trata únicamente, en efecto, de determinar —en su caso, con ayuda de expertos— si el curso causal que ha derivado en la producción del resultado se corresponde con una de tales dimensiones de riesgo (entonces, imputación del resultado), o más bien con otras cuya creación o no contención a través de la conducta típica no resulta, a su vez, típicamente perturbadora (entonces, no imputación del resultado)¹³⁹. Pero tiene razón el autor alemán al admitir también que esta distinción analítica tan tajante entre un primer juicio (normativo *ex ante*) de determinación de las dimensiones de riesgo que fundamentan la calificación de la conducta como perturbadora y un segundo juicio de pura constatación (*ex post*) de si ha sido una de ellas la que se ha realizado en el resultado no puede trazarse, en la práctica,

y civil)— considera necesaria la realización del riesgo para tener el resultado por *culposamente* causado por la conducta; un planteamiento que acoge plenamente ENGISCH, 1931, pp. 60-69. La formulación de este criterio que lleva a cabo el primero de los autores resulta increíblemente moderna: «Un hecho se encuentra culposamente causado (condicionado), cuando lo causa (condiciona) un comportamiento culposo y se realiza en él precisamente el riesgo en atención al que dicho comportamiento se considera culposo» (ibíd., p. 58). Algo similar (y coincidente en las consecuencias) sostiene también muy tempranamente, aunque de forma mucho menos elaborada, KOHLER, 1916, pp. 248-250.

¹³⁹ FRISCH, W, 1995, pp. 100, 114; 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 77-80, 453-454, 557-558. En sentido muy similar, explicaba JAKOBS en su *Parte General*, donde (aún en la línea seguida en JAKOBS, 1972, pp. 91-95) defendía la exclusividad de la realización del riesgo —todavía no definida en términos de «evitabilidad planificable» (vid. a continuación en el texto)— como criterio de imputación objetiva del resultado (1991, pp. 222-223, 792-796), que «[u]n riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo. Si no se necesita uno de estos datos, no se ha realizado la relación no permitida. [...] Se trata de invertir el proceso que se sigue en la definición de riesgos (no permitidos): al igual que la peligrosidad, de acuerdo con la experiencia, de un conjunto de condiciones conduce a definir las prospectivamente como un riesgo, en la realización del riesgo se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo. Las situaciones que se tienen en mente al definir el riesgo son precisamente aquellas con cuya producción se realiza el riesgo» (ibíd., p. 226; también en 1997, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», p. 277; y de nuevo en 2012, pp. 39-40, 90). Vid., en la misma línea, BURGSTALLER, 1974, p. 97; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1422. Este carácter «especular» respecto del juicio sobre si concurre una perturbación que caracteriza al criterio de realización del riesgo es, con toda probabilidad, lo que conduce a autores como REGLERO CAMPOS y PEÑA LÓPEZ a concluir que «todos los criterios de imputación objetiva son simplemente otra forma de denominar lo que tradicionalmente han sido elementos típicos del concepto de culpa o negligencia civil del Derecho clásico» (2014, «Los sistemas de responsabilidad civil», p. 305). Por las razones indicadas en el texto, considero que esta afirmación no sería del todo exacta, ni siquiera aunque hiciera referencia a la realización del riesgo como único criterio jurídico-penal de imputación del resultado. Pero referida, como lo está, a los criterios jurídico-civiles de imputación objetiva del daño a la perturbación —que, como se verá en el apartado IV del capítulo 4, no se reducen a la realización del riesgo—, resulta, a mi juicio, especialmente desatinada.

tan nítidamente. Y la razón es que, a menudo, solo cuando vemos ya materializada una determinada dimensión de riesgo —por tanto, una vez que el resultado lesivo en cuestión ya se ha producido (*ex post*)— nos preguntamos si dicha dimensión de riesgo es una de las que fundamentan la calificación como perturbadora (*ex ante*) de la conducta consistente en crearla o dejar de contenerla.

Para trasladar el razonamiento de W. FRISCH —que aquí se suscribe plenamente— a un ejemplo canónico, supongamos que Ana se salta un semáforo en rojo mientras conduce su automóvil, por lo demás, correctamente. Doscientos metros más adelante (y todavía conduciendo de forma correcta), atropella mortalmente a un peatón que, de pronto, cruza la calle sin mirar. Cuando Ana se salta el semáforo, lleva a cabo una conducta perturbadora abarcada típicamente, entre otros, por el delito de homicidio; tipo cuyo resultado (muerte del peatón) también concurre aquí con especial claridad. Ni que decirse tiene, además, que la conducta de Ana ha causado la muerte del peatón¹⁴⁰. Pero ¿se ha materializado en este resultado una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta de Ana debe calificarse como perturbadora?

Analíticamente, el camino correcto para responder a esta pregunta consistiría en elaborar una lista de todas las dimensiones de riesgo —de la más nimia a la más notoria— asociadas a la conducta «saltarse un semáforo en rojo», e ir realizando un juicio de ponderación de intereses en relación con cada una de ellas, para dilucidar si el comportamiento ha de considerarse perturbador precisamente en atención a esa dimensión de riesgo. En esa lista aparecerían, por ejemplo, los riesgos (en principio, considerables) de matar, lesionar, etc. a otros como consecuencia de una colisión con otro vehículo en el cruce regulado por el semáforo, o de un atropello en el paso de peatones no respetado. En atención a *estas* dimensiones de riesgo, el correspondiente juicio de ponderación de intereses arrojaría un resultado muy claro: saltarse un semáforo en rojo es una conducta perturbadora. Pero, en algún punto de la lista, figuraría, también el riesgo (en principio, mínimo¹⁴¹) de atropellar varios metros más adelante —y conduciendo

¹⁴⁰ A esta conclusión no conduce solo el criterio de la relevancia explicativa defendido en el inciso anterior, sino también prácticamente cualquier otro imaginable. Nótese que, aplicando a este caso la fórmula de la *conditio sine qua non*, se obtiene que, si Ana hubiera parado en el semáforo, nunca habría atropellado al peatón, pues habría llegado *más tarde* al punto en el que la colisión se produjo. Lo destaca PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1424.

¹⁴¹ Recuérdese, a estos efectos, la incidencia del principio de confianza en el juicio de peligro (vid. punto (b) del epígrafe 1 del apartado IV del capítulo 2).

correctamente— a un peatón despistado que cruzara la calle sin mirar. Aquí, una ponderación de los intereses en conflicto conduciría a la conclusión de que la conducta «saltarse un semáforo en rojo» no se considera perturbadora en atención a *esta* dimensión de riesgo. La razón es fácil de comprender: por muy poco valiosa que, a los ojos del ordenamiento jurídico, sea la libertad de conducir sin respetar la señalización, restringirla para contener riesgos como el de atropellar a peatones que cruzan la calle incorrectamente *no serviría de nada*, porque estos riesgos —en tanto que *inherentes* al tráfico rodado en condiciones normales— seguirían materializándose exactamente igual (o, al menos, sin variaciones relevantes) mientras se siguieran conduciendo vehículos, incluso con un respeto escrupuloso por las señales de tráfico¹⁴². Y en la medida en que —recuperando una cita de NINO a la que ya he recurrido a otros efectos¹⁴³—, «sería *simplemente irracional* tratar de proteger algo contra cierto mal usando una medida [...] que fuera inefectiva o *innecesaria*»¹⁴⁴, ningún juicio de ponderación de intereses puede arrojar como resultado una restricción inútil del *agere licere*¹⁴⁵.

Examinada por completo la dimensión *ex ante*, el siguiente paso del análisis consistiría, sencillamente, en *comprobar* si en el resultado producido (*ex post*) —aquí, el atropello y muerte del peatón despistado— se ha materializado una de las dimensiones de riesgo de la lista en atención a las que la conducta «saltarse un semáforo en rojo» se considera perturbadora. En este nivel, la tarea se limitaría a una simple constatación, para la que no haría falta ninguna carga argumentativa adicional a la ya desarrollada: de la conclusión (alcanzada desde la perspectiva *ex ante*) de que la conducta en cuestión *no* se

¹⁴² Así, PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1424.

¹⁴³ Vid. n. 221 del capítulo 2.

¹⁴⁴ NINO, 1980, p. 210 (énfasis añadido).

¹⁴⁵ Una defensa especialmente lúcida de (in)idoneidad *ex ante* de la norma de cuidado para impedir la producción del resultado típico como criterio para (la exclusión de) su imputación objetiva a la conducta puede encontrarse en PUPPE, 1997, *passim*, esp. pp. 234-235, 243-245; 2001, pp. 99-105; 2007, pp. 397-398; 2015, pp. 212-217; 2017, nms. 232-236, 256, que emplea esta idea como fundamento del requisito de «continuidad» (*Durchgängigkeit*) que defiende para la imputación del resultado (2001, pp. 81-105; 2015, pp. 212-214; 2017, nms. 237-253). Señala la autora, en este sentido, que «la falta de idoneidad general de la norma de cuidado incumplida para impedir cursos causales de la clase en cuestión [...] se demuestra precisamente cuando la observancia de la norma produciría el daño aproximadamente en tantos casos como su inobservancia. Expresado de otra manera: una norma de cuidado es idónea en general para impedir cursos lesivos de esta clase, si su observancia reduce significativamente la frecuencia del daño» (2001, p. 99). También en términos de (in)idoneidad *ex ante* de la norma de cuidado para impedir la producción de esa clase de resultados conciben el criterio de imputación del «fin de protección de la norma» ERB, 1991, pp. 88-89, 213-214; y MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 277-282. Vid., en sentido similar, CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 579-581.

considera perturbadora en atención al riesgo de matar a peatones que cruzan incorrectamente la vía puede saltarse *directamente* a la exclusión de la imputación objetiva del resultado en este supuesto¹⁴⁶.

No obstante, como se ha dicho, el propio FRISCH es perfectamente consciente de que el razonamiento necesario para resolver esta clase de casos resulta, en la práctica, mucho más parecido a un constante «ir y venir» entre las perspectivas *ex ante* y *ex post* que a una tajante separación «secuencial» entre uno y otro plano. Y es que parece evidente que la pregunta (*ex ante*) por si el comportamiento consistente en saltarse un semáforo se considera perturbador en atención al riesgo de atropellar a peatones despistados surgirá normalmente solo ante la efectiva constatación (*ex post*) de que un comportamiento de esa clase ha causado precisamente un resultado así¹⁴⁷. Huelga decir, en definitiva, que los despachos de los jueces ante los que se plantean casos de imputación del resultado no están llenos de listas —elaboradas en abstracto— de las dimensiones de riesgos asociadas a todas las conductas eventualmente perturbadoras imaginables, sobre la base de las que (solo en un segundo momento) *constatan* la existencia o no, en cada caso concreto, de la relación precisa entre la conducta típica y el resultado lesivo en cuestión.

La exigencia de «realización del riesgo» aquí defendida como criterio rector del juicio de imputación objetiva coincide plenamente (hasta donde alcanzo) con la «causalidad de la infracción del deber de cuidado» y el «requisito de continuidad» (*Durchgänglichkeitserfordernis*) exigidos, a los mismos efectos, por PUPPE¹⁴⁸; y con el

¹⁴⁶ Esta solución defiende, como no podría ser de otra manera, la doctrina prácticamente unánime, que de hecho suele considerar este ejemplo prototípico de la ausencia de una «relación de antijuridicidad» entre comportamiento (imprudente) y resultado típico; vid., p. ej., KAUFMANN, ARM, 1964, pp. 53-54; BURGSTALLER, 1974, pp. 99-100; SAMSON, 1977, p. 136; WOLTER, 1981, p. 342; HART Y HONORÉ, 1985, pp. 121-122; FEJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, pp. 332-333; PUPPE, 2015, p. 213; 2017, nms. 233, 239; HOYER, 2017, nm. 87 (p. 504); o PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1424. También, aunque desde una perspectiva diferente, KINDHÄUSER, 1994, pp. 205, 207-208.

¹⁴⁷ FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 80. De nuevo, en sentido similar se pronuncia BURGSTALLER, 1974, p. 97.

¹⁴⁸ PUPPE, 2001, pp. 57-79; 2015, pp. 209, 211; 2017, nms. 200-227, 232-253, quien admite, de hecho, que «[e]n la actualidad, este requisito es formulado por la mayoría en el sentido de que el riesgo prohibido debe realizarse en el resultado» (2001, p. 58). Añade la autora, no obstante, que «[t]ambién lo que esto quiere decir es impreciso, pues no se señala lo que es un riesgo prohibido, ni mucho menos cómo debe presentarse la relación entre el riesgo y el resultado para que el riesgo haya podido realizarse en el resultado. Aquí para nada se ha tenido en cuenta ese celo de los juristas, muchas veces excesivo, por definir previamente todos los conceptos, incluso los más banales, antes de aplicarlos al caso» (ibíd., p. 58); una objeción que, a mi juicio, se ha visto felizmente superada, al menos, desde el tan citado trabajo de FRISCH, 2004,

requisito de «causalidad del aspecto incorrecto de la conducta» (*tortious-aspect causation*) propuesto, en idéntico sentido, por WRIGHT¹⁴⁹. Guarda también un intenso paralelismo tanto con la teoría del «fin de protección de la norma» planteada originalmente por GIMBERNAT ORDEIG¹⁵⁰, como con el planteamiento desarrollado por JAKOBS, conforme al que únicamente procedería la imputación objetiva de resultados lesivos «evitables de modo planificable»¹⁵¹. En lo que a las implicaciones prácticas se refiere, la coincidencia con ambas posturas es —hasta donde alcanzo— casi total. En cuanto al planteamiento teórico, el propuesto en este trabajo es prácticamente idéntico al que fundamenta la teoría del fin de protección de la norma, hasta el punto de que «realización del riesgo» y «fin de protección de la norma» podrían, probablemente, considerarse etiquetas intercambiables para un mismo criterio de imputación¹⁵². Y es que, en el fondo, da lo mismo decir que se imputa el resultado porque en él se ha materializado una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta se considera (típicamente) perturbadora, que decir que se imputa porque es uno de los que la norma (objetiva) de cuidado infringida tenía la finalidad de evitar.

Si se ha optado, en este trabajo, por emplear la primera de estas terminologías en lugar de la segunda, ello ha obedecido principalmente a dos razones. La primera es que, como se indicó en el capítulo 2¹⁵³, se ha tratado de evitar aquí también, en la medida de

Comportamiento típico e imputación del resultado. Posiblemente por ello, la coincidencia se admite sin matices en otros trabajos posteriores; vid., p.ej., PUPPE, 2015, pp. 214, 218; 2017, nm. 256. Sigue de cerca a PUPPE, en este punto, GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 319-327, que coincide en que las diferencias entre uno y otro criterio de imputación del resultado son puramente «analíticas».

¹⁴⁹ WRIGHT, 1985, pp. 1766-1774.

¹⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 136-143, 156-157; a quien sigue, punto por punto, su discípula MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 37-38, 169-171, 259-312. Las últimas contribuciones del autor sobre esta materia revelan, sin embargo, un llamativo cambio de parecer, que merece, a mi juicio, ser objeto de crítica. En estos trabajos, GIMBERNAT ORDEIG se ha mostrado partidario de la teoría del incremento del riesgo, en tanto criterio de imputación del resultado —a su juicio— desvinculado de planteamientos hipotéticos como el de la inevitabilidad, y equivalente, en última instancia, a una aplicación «indirecta» del fin de protección de la norma a un particular grupo de casos; vid. esp. GIMBERNAT ORDEIG, 2018, pp. 94-99. Como argumentaré en el inciso (iii) de este punto, ninguna de estas dos afirmaciones puede compartirse.

¹⁵¹ JAKOBS, 1996, *La imputación Objet. en Derecho Penal*, pp. 181-184, 198.

¹⁵² Así las consideran, p. ej., BURGSTALLER, 1974, p. 76-77; MIR PUIG, 2016, pp. 262-263; OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 121. En la misma línea, MARTÍNEZ ESCAMILLA llega a afirmar que «[l]o realmente problemático de los supuestos que han de solucionarse con el “fin de la norma” es si el riesgo jurídicamente relevante se ha realizado o no en el resultado» (1992, p. 274). Cfr., sin embargo, JAKOBS, 1991, pp. 227-228; y FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 80-82, 99-100.

¹⁵³ Vid. texto junto a las nn. 12-14 de dicho capítulo.

lo posible, el empleo de expresiones como la de «deber objetivo de cuidado» que pudieran despertar suspicacias (injustificadas) respecto del planteamiento en su conjunto entre los partidarios de una teoría imperativista de la norma. La segunda, y más importante, es que resulta, a mi juicio, dogmáticamente mucho más productivo reservar la expresión «fin de protección de la norma» para referirse a un *sub-tópico* del criterio general de la realización del riesgo, resultante de su aplicación a aquellos supuestos, a los que se realizó una breve referencia en el capítulo 2¹⁵⁴, en los que lo que constituye una conducta perturbadora puede determinarse (al menos, indiciariamente) a través de *normas sectoriales* con o sin valor jurídico —regulación administrativa, estándares profesionales, reglas técnicas o, incluso, reglamentaciones contractuales vinculantes exclusivamente para las partes—, de cuyo proceso de elaboración (antecedentes legislativos, negociaciones precontractuales, etc.) puede inferirse cuáles son las concretas dimensiones de riesgo a cuya contención obedecen¹⁵⁵.

Un perfecto ejemplo del ámbito de aplicación de este sub-tópico de imputación objetiva lo proporciona el famoso caso inglés *Gorris v Scott*¹⁵⁶. El demandante, el Sr. Gorris, había contratado al demandado, el Sr. Scott, para que este transportara por barco hasta Inglaterra desde un puerto extranjero algunas de sus ovejas. Scott cargó las ovejas en el barco vulnerando una ley sobre enfermedades contagiosas (el *Contagious Diseases Act* de 1869) que imponía que el transporte de ovejas desde el extranjero se produjera en todo caso separándolas entre sí en jaulas de unas determinadas dimensiones. Durante el trayecto, se produjo una tormenta que hizo que cayeran por la borda y se perdieran varias de las ovejas de Gorris, cosa que, con toda probabilidad, no habría ocurrido si estas hubieran estado sujetas dentro de las jaulas, como exigía la normativa mencionada. En su demanda, Gorris solicitó a Scott la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la pérdida de sus ovejas, alegando que esta había sido causada por la infracción por parte del segundo de la legislación sobre transporte de animales. El tribunal

¹⁵⁴ Vid. texto al que acompaña su n. 192.

¹⁵⁵ Así parecen emplear el criterio PANTALEÓN PRIETO, 1990, pp. 1580-1585; 1991, «Artículo 1902», pp. 1986-1987; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1430. Vid., en sentido similar, MARTÍN CASALS, 2011, p. 54; GARCÍA AMADO, 2013, pp. 127-128; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 106-107, 410. Precisamente en sentido inverso al defendido en el texto construye la relación entre ambos conceptos LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 202, 206-207, que concibe la realización del riesgo como un sub-criterio (junto con el alcance del tipo) del fin de protección de la norma.

¹⁵⁶ *Gorris v Scott* [1874] LR 9, 125 ss.

falló a favor del demandado, argumentando que, por mucho que la conducta de Scott pudiera, sobre la base aducida por el demandante, considerarse negligente — perturbadora, en la terminología empleada en este trabajo—, no lo era en atención a la dimensión de riesgo específicamente materializada, sino solo en atención al peligro de que las ovejas llegaran a puerto infectadas por alguna enfermedad; el resultado concretamente producido no era, en otras palabras, uno de los que el *Contagious Diseases Act* tenía la finalidad de evitar¹⁵⁷.

En lo que hace a la teoría de la «**evitabilidad planificable**» de JAKOBS —y sin perjuicio, como se ha dicho, de un acuerdo prácticamente total con este autor en cuanto a las soluciones que han de darse a los distintos grupos de casos—, creo que la coincidencia entre esta posición y la aquí defendida, en lo que hace al planteamiento teórico, es solo parcial. La evitabilidad planificable del resultado es, sin lugar a dudas, un buen *heurístico* para determinar si se ha realizado en él una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta se considera perturbadora. Y ello porque, como antes se señaló, calificar como perturbadora una conducta en atención a un riesgo cuya materialización *no depende en absoluto* de que se respete o no la expectativa de conducta jurídicamente garantizada en cuestión supondría una (irracional y, por tanto, inasumible) restricción *inútil* de la libertad de actuación. Sin embargo, como se argumentó en el capítulo 2, existen conductas que, por diferentes razones —por ejemplo, el hecho de que su sentido objetivo posible se agote en la puesta en peligro de intereses ajenos—, se consideran desaprobadas (también)

¹⁵⁷ Como señalan HART Y HONORÉ, 1985, pp. lviii-lix, 119-120; y PANTALEÓN PRIETO, 1990, p. 1586, el caso *The Empire Jamaica*, resuelto en 1955 por la sección naval (*Admiralty Division*) de la *High Court* inglesa, es otro buen ejemplo del funcionamiento de este criterio de imputación. En este caso, se demandaba al propietario de un barco por los daños consecuencia de una colisión producida por la negligencia del capitán, que se había quedado dormido al timón. Aunque el capitán estaba, de hecho, perfectamente capacitado para navegar, carecía de las licencias administrativas necesarias al efecto, lo que permitía calificar como imprudente —perturbadora, en la terminología de este trabajo— la conducta del propietario del barco al contratarlo. El juez, sin embargo, absolvió a este último argumentando que el hecho de que el capitán contratado hubiera contado con la correspondiente licencia no habría impedido que este se durmiera, provocando la misma colisión. No obstante, desde la perspectiva de este trabajo —que, a diferencia de la propia del *common law*, no convierte por sistema el juicio de causalidad «fáctica» en uno de evitabilidad con la conducta alternativa conforme a Derecho (vid. n. 166 del capítulo 3)— no hace falta siquiera plantearse lo que habría sucedido si el demandado se hubiera comportado correctamente para resolver este caso, en el que, ya de primeras, resulta meridianamente claro que no se ha realizado en el daño uno de los riesgos en atención a los que la conducta del demandado se considera perturbadora. Y es que la finalidad del sistema de permisos administrativos para la navegación consiste (entre otras, mucho más relacionadas con cuestiones económicas que de aseguramiento) en impedir accidentes marítimos derivados de una falta de cualificación de la tripulación, y no en aquellos que —como el del *Empire Jamaica*— resultan *ya ex ante inevitables* por mucho que esta cualificación exista.

en atención a riesgos *nimios*¹⁵⁸; riesgos cuya materialización resultaría artificioso calificar, al menos en algunos casos, como «planificablemente evitable».

Piénsese, por ejemplo, en la siguiente variante del célebre «caso del hemofílico»: Ana se dedica, por pura diversión, a asaltar a otras personas por la calle y hacerles cortes superficiales en las extremidades con un cuchillo, para grabar sus reacciones y luego difundir en las redes sociales los videos obtenidos. Un día, sin embargo, la persona a la que ataca resulta ser hemofílica, con lo que la «broma», que solía saldarse normalmente con unas lesiones más o menos graves, desencadena en este caso una hemorragia incontrolable y el consiguiente fallecimiento de la víctima. Conforme a los criterios analizados en su momento, la conducta de Ana —que no tiene otro sentido posible que el de poner en peligro los intereses ajenos— ha de calificarse como perturbadora, no solo en atención al riesgo (considerable) que crea de lesionar a otros, sino también en atención al riesgo (mínimo) de matarlos si resultan ser hemofílicos. Puesto que es precisamente este riesgo el que se ha materializado en el resultado de muerte, debería, conforme al planteamiento aquí defendido, afirmarse en este caso la concurrencia de un delito *consumado* de homicidio. Y solo si se está dispuesto a sostener, al mismo tiempo, que la muerte de una persona hemofílica como consecuencia de una conducta que, en la inmensa mayoría de los casos, únicamente habría dado lugar a lesiones es un resultado planificablemente evitable —algo que, hasta donde alcanzo, el propio JAKOBS no estaría dispuesto a asumir—, podrá afirmarse la total coincidencia entre el criterio de imputación objetiva del resultado aquí propuesto y el defendido por este autor.

Finalmente, en lo que hace a la «**adecuación**» del resultado como criterio de imputación objetiva, las coincidencias con el planteamiento aquí defendido son puramente accidentales. Esta postura, basada en la simple traslación al plano normativo —al que, en realidad, siempre perteneció— de la teoría (pseudo-)causal de la adecuación¹⁵⁹, se basa en decidir sobre la imputación objetiva del resultado típico considerando exclusivamente la mayor o menor *previsibilidad ex ante* de este y del concreto curso causal que ha desembocado en él¹⁶⁰. El criterio de la adecuación conduce

¹⁵⁸ Vid. inciso (i) del punto (b) del epígrafe 3 del apartado IV.

¹⁵⁹ Vid. n. 94 de este capítulo.

¹⁶⁰ Este era, en efecto, el criterio causal defendido por partidarios de la teoría de la causalidad «adecuada»; y el que autores como VON CAEMMERER, 1956, pp. 17-18; DEUTSCH, 1963, pp. 65, 118-119; BYLDINSKI,

en muchas ocasiones, *por casualidad*, a las mismas conclusiones que el de la realización del riesgo aquí defendido. Esto es perfectamente comprensible, dado que *lo normal* es que una ponderación racional de intereses lleve a considerar perturbadora cierta conducta *solo* en atención al riesgo de que se materialicen cursos causales «adecuados» (habituales). Sin embargo, ni es cierto que toda conducta perturbadora lo sea exclusivamente en atención a dimensiones de riesgo de esta clase —las conductas consideradas perturbadoras (también) en atención a riesgos *nimios*, a las que se acaba de hacer referencia, son el mejor ejemplo de ello—¹⁶¹, ni lo es tampoco que toda conducta consistente en la creación o no contención de un riesgo *elevado* para los intereses ajenos se considere, por hipótesis, perturbadora en atención a esa dimensión de riesgo¹⁶². Piénsese, por ejemplo, en el caso de quien deja correr, hasta materializarse, un riesgo muy considerable de lesión de los intereses ajenos cuya actualización podría fácilmente evitar, pero sobre el que, sin embargo, no tiene competencia¹⁶³. El criterio de la adecuación es, en definitiva, a lo sumo, un simple heurístico —y, a diferencia del de la evitabilidad planificable de JAKOBS, muchas veces un *mal* heurístico— del de realización del riesgo aquí defendido¹⁶⁴.

1964, pp. 58-64, 112; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 580-581; 2009, pp. 288-289; RUDOLPHI, 1977, p. 21; PANTALEÓN PRIETO, 1990, pp. 1590-1591; 1991, «Artículo 1902», pp. 1987-1988; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M Y PAREDES CASTAÑÓN, JM, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), pp. 74-75; KOZIOL, 2012, pp. 272-276; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 204-206; y, con importantes matices, JÄGER, 2017, nms. 94 (pp. 59-60), 96 (p. 60); OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 109-119; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 419-424; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 228-229, proponen como un criterio (entre otros) de imputación objetiva.

¹⁶¹ Vid., en sentido similar, KOHLER, 1916, p. 250; SANCINETTI, 2010, n. 35 (p. 593); PUPPE, 2017, nm. 255; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 327-333; y OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 117. Cfr., no obstante, BURGSTALLER, 1974, pp. 77-78, 108, que defiende que una relación de riesgo rectamente entendida entre comportamiento y resultado presupone la existencia de una de adecuación.

¹⁶² Lo destacan RUDOLPHI, 1969, *passim*, esp. 551-552; BURGSTALLER, 1974, p. 76; ROXIN, 2006, p. 370; SACHER, 2006, p. 33; SANCINETTI, 2010, n. 35 (p. 593); OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 117; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 475. También, en relación con los supuestos particulares de contribución al resultado por parte de la víctima, CANCIO MELIÁ, 2001, p. 135-140.

¹⁶³ Vid. epígrafe 2 del apartado IV del capítulo 2.

¹⁶⁴ Me parece, en este sentido, enormemente certero, el diagnóstico de JAKOBS de que «[e]l juicio de adecuación no puede sustituir al enjuiciamiento diferenciado que se realiza a través del riesgo permitido y es superfluo junto a este» (JAKOBS, 1991, p. 197). Vid., en la misma línea, aunque desde un punto de vista ciertamente diferente, HART Y HONORÉ, 1985, pp. li, 259-275; PUPPE, 1997, p. 229; 2001, *passim*, esp. pp. 87-88, 150-151; 2017, nm. 255. Y es que es ciertamente difícil dejar de dar la razón a esta última autora cuando señala que «por encima [del resto de tópicos tradicionales de la imputación objetiva] planea todavía la exigencia de previsibilidad general del curso causal, a la que se recurre cada vez que se quiere descartar la imputación, pero no se sabe demasiado bien por qué» (2015, p. 204).

iii. Irrelevancia de la hipótesis del comportamiento alternativo conforme a Derecho como criterio autónomo de imputación

Hasta este punto, se han analizado dos elementos que, por las razones expuestas, deben darse para que proceda considerar consumado un delito de resultado: que la conducta típica en cuestión haya estado entre las condiciones de su producción (*causalidad*, entendida como relevancia explicativa) y que en él se haya materializado precisamente una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta se considera perturbadora (*realización del riesgo*). Estos dos requisitos son, a mi juicio, *suficientes* para la imputación objetiva de un resultado lesivo a una conducta típicamente perturbadora, a efectos penales¹⁶⁵. No lo entiende así, sin embargo, una gran mayoría de penalistas, que suele exigir adicionalmente para la imputación objetiva del resultado que este fuera evitable con la conducta alternativa conforme a Derecho. Al tratamiento de este problema se dedica el presente inciso.

La doctrina, tanto española como alemana¹⁶⁶, lleva más de cinco décadas discutiendo cómo han de resolverse los casos agrupados bajo el tópico de la conducta alternativa conforme a Derecho, hasta el punto de que puede afirmarse que el nacimiento de la teoría de la imputación objetiva —o de algo similar a lo que hoy entendemos por ella— tuvo lugar precisamente al hilo del debate sobre este grupo de supuestos¹⁶⁷. Originalmente, protagonizaron la discusión una serie de casos reales de la jurisprudencia alemana, entre los que cabe destacar fundamentalmente tres: el «caso de la novocaína»

¹⁶⁵ Los criterios civiles de imputación objetiva del daño a la conducta perturbadora son, como se verá, algo más exigentes (vid. apartado IV del capítulo 4, esp. epígrafe 3).

¹⁶⁶ Y, aunque en menor medida, también la anglosajona que, sin embargo —de forma completamente inasumible desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia— trata estos supuestos como problemas de *causalidad*; vid., en este sentido, p. ej., CLARK, T Y NOLAN, D, «A Critique of Chester v Afshar», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34 (2014), pp. 661-664. Esta posición revela hasta qué punto, a pesar de las apariencias, la institución anglosajona de la «*factual causation*» tiene poco que ver con la «causalidad de ordenamientos continentales como el español o el alemán. Ello se debe a que el «*but-for test*» que opera, en el Derecho inglés, como criterio de comprobación de esa causalidad supuestamente fáctica consiste, en realidad, en preguntarse por lo que habría sucedido si el autor se hubiera comportado *correctamente*; vid., sobre ello, PANTALEÓN DÍAZ, M, «Imputación objetiva e imprudencia en el Derecho anglosajón», en *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, ed. Pérez Álvarez, F et al., 2016, p. 158; 2018, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil», n. 37, con ulteriores referencias.

¹⁶⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ Y CANCIO MELIÁ, 1996, pp. 28-30; y CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, p. 42. El debate tiene, sin embargo, precedentes mucho más antiguos, que se remontan (como mínimo) hasta STÜBEL, 1805, pp. 104-107.

(*Novokain-Fall*), resuelto en 1926 por el *Reichsgericht*¹⁶⁸; el «caso de los pelos de cabra» (*Ziegenhaarfall*), resuelto por el mismo tribunal en 1929¹⁶⁹; y el «caso del ciclista», más conocido en Alemania como «caso del camión» (*Lastwagen-Fall*), resuelto por el BGH en 1957¹⁷⁰.

En el caso de la novocaína, un médico anestesió localmente a un niño con cocaína, en lugar de con novocaína, como habría sido lo indicado. Como consecuencia, el niño sufrió un «incidente de narcosis» y falleció. En la autopsia se descubrió, no obstante, que al paciente no se le había reducido la glándula timo-linfática; circunstancia — imperceptible *ex ante*— que le generaba una hipersensibilidad anormal ante cualquier clase de anestésico. Ello permitía afirmar que, probablemente, el niño habría fallecido igualmente, aunque se lo hubiera anestesiado con novocaína.

En el segundo de los casos, el empresario de una fábrica de pinceles había adquirido una determinada cantidad de pelo de cabra de una empresa china y, contra la advertencia expresa de la vendedora de que el pelo había de ser desinfectado, se lo entregó directamente a sus trabajadoras sin realizar ninguna operación de esta clase. El pelo se encontraba infectado por bacilo de carbunco, lo que provocó que cuatro de las trabajadoras enfermasen y murieran. En el proceso no pudo demostrarse, sin embargo, que una bacteria como la que había infectado a las trabajadoras hubiera podido ser destruida por medio de los procesos reglamentarios de desinfección, existiendo una gran probabilidad de que fuera inmune a ellos y, por consiguiente, de que las trabajadoras hubieran fallecido en todo caso, aunque el empresario hubiera desinfectado los pinceles.

El tercero de los casos mencionados —sin duda, uno de los más discutidos de la historia de la dogmática penal¹⁷¹— consistió en un adelantamiento a una bicicleta por parte del conductor de un camión, que lo llevó a cabo guardando una distancia lateral de solo 0,75 metros, en lugar de los 1,5 reglamentarios, lo que determinó que el ciclista

¹⁶⁸ Sentencia del *Reichsgericht* de 15 de octubre de 1926. Aunque la doctrina suele referirse a esta decisión como inédita y citarla por remisión a EXNER, 1930, pp. 583, 587-588, ULSENHEIMER, 1965, p. 26, advierte de que la sentencia sí fue publicada, en la revista *Höchstrichterliche Rechtsprechung (HRR)* de 1926, pp. 1636 ss. A mí no me ha sido posible, en cualquier caso, acceder directamente al texto de la decisión.

¹⁶⁹ RGSt 63, 211 ss.

¹⁷⁰ BGHSt 11, 1 ss.

¹⁷¹ Una decisión del BGH que, en palabras de PUPPE, «ha hecho historia en el Derecho penal» (2001, p. 77) y que constituye, a su juicio, «el inicio de la moderna teoría de la imputación objetiva» (ibíd., p. 2). Coincide SUMMERER, 2013, p. 25.

cayera bajo las ruedas del remolque del vehículo y falleciera. No obstante, en el proceso se demostró que, dado el estado de embriaguez en que se encontraba el ciclista en ese momento, existía la posibilidad de que este resultado se hubiera producido en todo caso, aunque el conductor de camión hubiese guardado en el adelantamiento la distancia lateral reglamentaria.

Más recientemente, la discusión sobre este problema ha vuelto a intensificarse a raíz de un grupo de supuestos planteado, sobre todo, en el ámbito del Derecho penal (y civil) médico, al que probablemente no resultaría exagerado reconocer el estatus de «tema de moda» en Alemania¹⁷²: el del llamado «consentimiento hipotético» (*hypothetische Einwilligung*) del paciente¹⁷³. Se trata de casos en los que un médico trata a un paciente sin haber recabado su consentimiento plenamente informado, ya sea porque ni siquiera consulta al segundo, pudiendo hacerlo, sobre la oportunidad de llevarlo a cabo (tratamiento médico no consentido o «arbitrario»), o porque no le proporciona toda la información que debería sobre los riesgos inherentes a la intervención (tratamiento médico consentido con incumplimiento del deber de información asistencial)¹⁷⁴. Aunque esta, desde el punto de vista técnico, se lleva a cabo conforme a la *lex artis ad hoc*, uno de tales riesgos se materializa, provocando al paciente lesiones, o incluso la muerte. En el proceso se demuestra, sin embargo, que, de haberse recabado su consentimiento, informándolo exhaustivamente de los riesgos inherentes al tratamiento, el paciente —con mayor o menor probabilidad— habría optado, en todo caso, por someterse a él.

¹⁷² Un completo y preciso resumen del estado de la cuestión en este país, con abundantes referencias bibliográficas, puede encontrarse en ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 705-711; o, en relación con el Derecho de daños, en JOHN, 2020, pp. 208-217, 247-248. No ha sucedido lo mismo en España, donde el problema ha pasado prácticamente desapercibido para la doctrina. Cfr., no obstante, PANTALEÓN PRIETO, 1990, pp. 1587-1590; GÓMEZ RIVERO, M DEL C, *La responsabilidad penal del médico*, 2.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), pp. 171-172; CANCIO MELIÁ, M, «Autonomie und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung. Eine Skizze aus spanischer Perspektive», en *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Band 1*, ed. Heinrich, M et al. (Berlín/ Nueva York: Walter de Gruyter, 2011), n. 37 (p. 520); y SILVA SÁNCHEZ, 2014, pp. 498-500.

¹⁷³ Me he ocupado brevemente de este grupo de casos en PANTALEÓN DÍAZ, 2018, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil», pp. 6-7; 2019, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», pp. 693-696, donde puede encontrarse un resumen, aplicado a esta clase de supuestos, del planteamiento que se defenderá seguidamente en el texto.

¹⁷⁴ Aunque uno y otro supuesto merecen, a mi juicio, un tratamiento diferenciado a otros efectos; vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2018, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil», pp. 1-6; 2019, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», pp. 683-693.

En cuanto al tratamiento que han de merecer los casos de comportamiento alternativo conforme a Derecho, la doctrina se ha encontrado siempre, y se encuentra todavía, dividida¹⁷⁵. Aunque existe un sector muy minoritario que aboga, en la línea de lo que aquí se defenderá, por negar cualquier clase de relevancia a la conducta alternativa lícita como criterio de imputación del resultado —siempre, claro está, que pueda afirmarse que se ha materializado en él uno de los riesgos en atención a los que la conducta que lo ha causado se considera (típicamente) perturbadora—¹⁷⁶, la inmensa

¹⁷⁵ No en vano, califican ROXIN y GRECO este problema como «el más discutido desde la posguerra en conexión con la idea de riesgo» (ROXIN, 2006, p. 392; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 496); y GIMBERNAT ORDEIG, como «uno de los más difíciles —si no el más difícil— de los que encierra la teoría de la imputación objetiva» (2018, p. 4). Todos ellos se hacen eco de la expresiva afirmación de SCHÜNEMANN de que «no sería errada la constatación de que el de la causalidad hipotética del comportamiento alternativo conforme a Derecho plantea el problema más difícil de la dogmática del delito imprudente, cuando no de toda la dogmática jurídico-penal; pues en ningún lugar se muestra la (siempre amenazante) tensión entre “política criminal y sistema de Derecho penal” [...] tan obstinadamente resistente como aquí a cualquier intento de sincronización» (1975, p. 654).

¹⁷⁶ Vid., en este sentido, SPENDEL, 1964, pp. 17-19; RANFT, 1984, pp. 1429-1430, 1433; STRUENSEE, 1987, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», p. 103 (aunque solo para los delitos dolosos); JAKOBS, 1991, pp. 222-223, 232-234; 1996, pp. 184-185, 198; 1997, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», pp. 275-277; 2012, pp. 42-42; aunque solo como regla general (sobre las excepciones, vid. enseguida las nn. 177 y 178 siguientes); MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 193-257 (esp. pp. 234-239); REYES ALVARADO, 1994, pp. 278-293; PAWLIK, 1999, pp. 249-251 (en relación con el delito de estafa); PUPPE, 2001, pp. 57-79; 2007, p. 397; 2015, pp. 209-211; 2017, nms. 200-227, 232-253, esp. nms. 201-203; MOORE, 2009, pp. 427-435 (si bien únicamente para los comportamientos activos); PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nms. 1426-1428; y también, aparentemente, MIR PUIG, 2016, pp. 308-309, aunque con un desarrollo de la postura demasiado escaso como para adscribirla con rotundidad. A este sector pertenecía también, originalmente, GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 136-143, 156-157, que ahora se muestra partidario, sin embargo, de la teoría del incremento del riesgo; vid. GIMBERNAT ORDEIG, E, «Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo», en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, ed. Maqueda Abreu, M. L., Martín Lorenzo, M., y Ventura Püschel, A (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016), *passim*, esp., pp. 121, 131, 134; 2018, *passim*, esp. pp. 50-51, 76, 83. Un claro precedente de esta posición puede encontrarse ya, a mi juicio, en STÜBEL y su vehemente defensa de la tesis de que la responsabilidad de un autor no se limita a las consecuencias «necesarias» (*notwendige Folgen*) de su conducta, sino que se extiende a las «accidentales» (*zufällige Folgen*), en el sentido, tanto de aquellas que no derivan con total certeza del comportamiento —no mata, por ejemplo, solo el que provoca a la víctima una herida *necesariamente* mortal, sino también quien le causa una lesión para la que existe una cura que, sin embargo, no llega a aplicarse en el caso concreto— (1805, pp. 85-90, 179-210), como, en lo que aquí interesa, de aquellas *que se habrían producido en cualquier caso* aunque tal comportamiento no hubiera tenido lugar (ibíd., pp. 43-44, 104-107, 157-158). Curiosamente, sin embargo, son muchos más los autores que se muestran partidarios de este planteamiento para resolver los supuestos de *consentimiento hipotético*; así, p. ej., PAPATHANASIOU, K, «Der ärztliche Heileingriff und die Rechtsfigur der “hypothetischen Einwilligung” im Lichte des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Anlässlich des Urteils des AG Moers vom 22.10.2015», *Hamburger Rechtsnotizen*, vol. 1 (2016), p. 15; JÄGER, 2017, nms. 126-127 (pp. 77-78); JOECKS, W Y HARDTUNG, B, «§ 223 Körperverletzung», en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4*, ed. Sander, GM, 3.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2017), nms. 119-120; PAEFFGEN, H-U Y ZABEL, B, «§ 228 Einwilligung», en *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. Band 2*, ed. Kindhäuser, U, Neumann, U, y Paeffgen, H-U, 5.^a ed. (Baden-Baden: Nomos, 2017), nm. 86; STERNBERG-LIEBEN, D, «§ 223 Körperverletzung», en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. Eser, A, 30.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019), nm. 40h; o ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 706-711, apartándose en este punto con los criterios de imputación objetiva del resultado que ellos mismos defienden con carácter general.

mayoría de autores defienden que la constatación de que el resultado típico se habría producido igualmente con el comportamiento alternativo conforme a Derecho ha de excluir la imputación objetiva del resultado a la conducta (permitiendo condenar al autor, a lo sumo, por tentativa)¹⁷⁷ o, al menos, tener una incidencia favorable para el reo en sede de determinación de la pena¹⁷⁸. Lo que se discute no es esto, sino, más bien, el *grado de certeza* con el que ha de acreditarse en el proceso la evitabilidad del resultado con la conducta alternativa lícita: mientras que los partidarios de la «teoría de la evitabilidad»

¹⁷⁷ Así, EXNER, 1930, pp. 583-585; ULSSENHEIMER, 1965, pp. 143-149; TRIMARCHI, 1967, pp. 199-200; KAHRS, 1968, *passim*, esp. pp. 33-68; RUDOLPHI, 1969, pp. 553-554; 1977, pp. 26-29; STRATENWERTH, 1973, *passim*; ZIELINSKI, 1973, p. 213; BURGSTALLER, 1974, pp. 78-79, 129-145, 208-209; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 647-648; ROXIN, 1976, p. 167; 2006, p. 392; SAMSON, 1977, p. 134; 2003, pp. 95-113; ROMEO CASABONA, 1981, pp. 226-228, 241-242, 403; WOLTER, 1981, pp. 31-37, 331, 334; HUERTA TOCILDO, 1983, pp. 278-281; HART Y HONORÉ, 1985, pp. lx-lxi, 117-121, 208-212, 250-253, 411-418, 455; KAUFMANN, ARM, 1985, pp. 812-813; SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 176, 212 (al menos, para el comportamiento omisivo); STRUENSEE, 1987, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», pp. 100-101, 103-105 (aunque solo para el delito imprudente); CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 475, 489-497, 594-595; , pp. 21-30; SCHROEDER, F-C, «Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung», *JuristenZeitung*, vol. 17 (1989), pp. 778, 780; TOEPEL, 1992, pp. 96-135; KINDHÄUSER, 1994, pp. 206-208, 219-221; 2007, pp. 119-123; 2008, «El lado subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», pp. 20-21; FRISCH, W, 1995, pp. 42-43, 52-53, 55, 76-78, 86-87, 111-112; 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 561-567; 2015, pp. 88-90; JORGE BARREIRO, 1995, pp. 88-90; FEIJOO SÁNCHEZ, 2000, pp. 11-31; 2001, *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»*, pp. 127-145, 330-337; WELZEL, 2001, pp. 120-121; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 309-310, 628-630; CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 95-98; MOORE, 2009, pp. 435-452 (aunque solo para los comportamientos omisivos); FREI, 2010, pp. 121-132; MARINUCCI, 2013, pp. 210-218, 323, 348-353, 471-473; SUMMERER, 2013, *passim*, esp. pp. 36, 62, 125-126, 131-138, 168-172, 183-190, 243-244, 299-311, 327-333, 335-352, 372-378; MATELLANES RODRÍGUEZ, 2015, pp. 163-164; GIMBERNAT ORDEIG, 2016, *passim*, esp. p. 132; 2018, *passim*, esp. pp. 77-78, 151-152; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 208, 218; HOYER, 2017, nms. 67-81 (pp. 497-502); JÄGER, 2017, nms. 119-125 (pp. 72-77); BOLEA BARDÓN, 2018, pp. 4-5; 2020, pp. 67-72, 147-148; GRECO, 2018, pp. 30-31, 33-41, 81; VALIENTE IVÁÑEZ, 2018, pp. 282-283, 289-290, 331-332; VALIENTE IVÁÑEZ, V, «“Deberes de cuidado” e “incumbencias”. Notas sobre la cláusula normativa inherente a la responsabilidad por imprudencia», *Revista En Letra Derecho Penal*, 2019, p. 3; VALIENTE IVÁÑEZ, V, «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 22 (2020), pp. 23-24; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 496. También JAKOBS, 1991, pp. 232-233, 793, 795; 1996, pp. 189-192, 198, aunque únicamente (y con carácter explícitamente excepcional) para los casos en que lo que se achaca al autor es la *omisión de contener* un riesgo jurídicamente desaprobado, no su creación. Ello permite al autor rechazar la imputación del resultado en el caso de los pelos de cabra, aduciendo que, aunque «un fallo hipotético no aclara ningún proceso causal dañoso real, es decir, un bien no deja de ser digno de protección porque otras personas lo habrían lesionado imputablemente, de haberse dado otro curso causal», «si el curso causal que habría debido activarse antes fuera ineficaz sin el comportamiento defectuoso imputable [...], no se realiza el riesgo no permitido, pues entonces es completamente idéntico a un riesgo permitido, o al menos a una circunstancia concomitante irrelevante. Lo que lo hace ser no permitido no puede aportar nada al curso causal» (1991, pp. 232-233). La solución es, a mi juicio, correcta, pero, como se verá más adelante en el texto ello se debe a que, en el grupo de casos a los que JAKOBS se refiere en este pasaje (y en el concreto caso de los pelos de cabra), la inevitabilidad del resultado con la conducta alternativa lícita funciona como *heurístico* de la falta de realización en el resultado de una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta se considera perturbadora.

¹⁷⁸ De nuevo, también JAKOBS, 1991, pp. 234-235, 796, si bien con carácter explícitamente excepcional. Aunque la mayor parte de la doctrina no ha reparado en ello, deja igualmente abierta esta posibilidad SPENDEL, 1964, pp. 17, 20.

(seguramente dominante) sostienen que esta debería probarse con una probabilidad más o menos cualificada —rayana en la certeza, en la versión más garantista de esta tesis—¹⁷⁹, los de la teoría del incremento del riesgo, con ROXIN a la cabeza¹⁸⁰, optan por excluir la imputación del resultado únicamente en los casos en los que se demuestra, con una probabilidad significativa —en su versión más extrema, rayana en la certeza—, que el resultado se habría producido también en el caso de haberse comportado correctamente el autor¹⁸¹.

¹⁷⁹ Así, EXNER, 1930, pp. 587-589; ULSENHEIMER, 1965, p.149 con n. 33; SAMSON, 1977, pp. 135-136; KAUFMANN, ARM, 1985, pp. 812-813; SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 176, 212; STRUENSEE, 1987, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», p. 104; TOEPEL, 1992, pp. 128-133; KINDHÄUSER, 1994, p. 221; 2007, pp. 123-124; JORGE BARREIRO, 1995, pp. 88-90; ROMEO CASABONA, 1981, pp. pp. 226-228, 241-242, 403; WELZEL, 2001, p. 121; SAMSON, 2003, p. 148; CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 95-98; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 208, 218; MIR PUIG, 2016, pp. 309-310; JÄGER, 2017, nm. 119 (p. 72); VALIENTE IVÁÑEZ, 2018, p. 331; y, aparentemente, MARINUCCI, 2013, pp. 349-353, 367, 478-479. Versiones especialmente matizadas de esta tesis, que seguramente cabría calificar como intermedias entre la teoría de la evitabilidad y la del incremento del riesgo, sostiene FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 575-583; 2015, pp. 98-99 (cuya teoría describe GIL GIL, 2007, p. 380 precisamente como «una versión suavizada del incremento del riesgo»); o BOLEA BARDÓN, 2018, pp. 13-17; 2020, pp. 101-107, 148. Aunque el planteamiento de esta última autora se resiste a una clasificación nítida —pues conduce, según creo, a consecuencias que en la práctica suelen coincidir con las de la teoría del incremento del riesgo (vid. 2020, pp. 109-138)— ella parece considerarse más próxima a la teoría de la evitabilidad, teniendo en cuenta su propia afirmación de que su teoría «parece aproximarse a la versión de la teoría de la evitabilidad mantenida por la doctrina dominante. Ahora bien, con una importante matización de carácter normativo: una vez ha quedado constatado que la conducta alternativa (correcta o indicada) era idónea para la evitación del resultado, opera la presunción de que el riesgo desaprobado, creado o no impedido, se ha realizado en el resultado. Y dicha presunción únicamente quedará desvirtuada cuando aparezca un segundo riesgo no tenido en cuenta *ex ante*, procedente de la propia víctima, de un tercero o de las propias fuerzas de la naturaleza, capaz de sembrar dudas razonables sobre la virtualidad causal de la conducta alternativa para evitar el resultado» (ibid., p. 106).

¹⁸⁰ ROXIN, 1976, pp. 133-136, 167-175; ROXIN, 2006, pp. 392-399; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 496-502.

¹⁸¹ Defienden esta postura, entre otros, JESCHECK, 1965, p. 17; RUDOLPHI, 1969, p. 554; 1977, pp. 26-29; STRATENWERTH, 1973, *passim*; ZIELINSKI, 1973, p. 213; BURGSTALLER, 1974, pp. 136-139; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 648-654; WOLTER, 1981, pp. 334-340; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 475, 521-528; 2015, pp. 21-30; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 629-630; FREI, 2010, pp. 128-130, 132, 307-308; SUMMERER, 2013, pp. 192-195, 278-282, 327, 404-415; MATELLANES RODRÍGUEZ, 2015, pp. 163-164; HOYER, 2017, nms. 74-81 (pp. 500-502); GRECO, 2018, pp. 30-31, 33-41, 81; y, de forma algo más matizada, GÓMEZ PAVÓN Y BUSTOS RUBIO, 2013, pp. 367-368. También, aparentemente, HUERTA TOSILDO, 1983, pp. 278-281. Prácticamente coincidente en las consecuencias resulta el planteamiento de KAHRS, 1968, *passim*, esp. pp. 51-58, 64-65, 120-127, que propone afirmar la imputación objetiva del resultado siempre que se constate (más allá de toda duda razonable) la eliminación por parte del autor de una «posibilidad objetiva de salvación» (*objektive Rettungsmöglichkeit*) del bien jurídico; una coincidencia que, por lo demás, admite el propio autor (ibid., pp. 236-239). Como también señala KAHRS (ibid., pp. 236-237), la diferencia más importante entre ambas posturas estriba en el tratamiento mucho más benigno que la mayoría de los defensores de la teoría del incremento del riesgo otorgan a la comisión por omisión (vid. n. 131 anterior y el texto al que acompaña). Lo mismo puede afirmarse de la teoría de la «correspondencia normativa» entre comportamiento y resultado planteada por KRÜPELMANN, 1985, *passim*, y desarrollada fundamentalmente por ERB, 1991, pp. 153-200, 259-262, 293-296, que conduce a negar la imputación del resultado solo en los casos en los que la probabilidad *ex ante* de salvación del bien jurídico (calculada desde la perspectiva de su portador) es idéntica con el comportamiento ilícito del autor y su conducta alternativa conforme a Derecho. También el último de los autores citados reconoce expresamente la coincidencia de su postura con las de la teoría del incremento del riesgo, al menos para la inmensa mayoría de los casos (ibid., pp. 200-203, 240).

Si el debate sigue enquistado en este punto, ello se debe, probablemente, a que ninguna de las dos posiciones mayoritarias resulta plenamente satisfactoria desde el punto de vista político-criminal¹⁸². La teoría de la evitabilidad, llevada a sus últimas consecuencias, conduce a la necesidad de excluir la imputación objetiva del resultado salvo que se demuestre *más allá de toda duda razonable* que este no se habría producido de todas formas con el comportamiento alternativo conforme a Derecho. Lleva, con ello, a insoportables lagunas de punición en ámbitos —como lo es, señaladamente, el médico-sanitario— en los que esta demostración resulta, normalmente, del todo imposible¹⁸³; ámbitos para los que a los partidarios de esta teoría no les queda sino proponer, *de lege ferenda*, la tipificación de nuevos delitos de peligro con marcos penales próximos a los de los delitos de resultado consumados¹⁸⁴. Uno de los principales objetivos perseguidos por ROXIN al desarrollar la teoría del incremento del riesgo fue siempre, precisamente, el

¹⁸² Lo destaca MÜNZBERG, 1966, pp. 131-132. A ello podría deberse el hecho de que, en la práctica, como observa PEÑA LÓPEZ, F, «Inexistencia de responsabilidad cuando se pruebe que el daño se hubiera producido igualmente con un comportamiento correcto (el argumento de la “conducta alternativa lícita”)», en *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, ed. Herrador Guardia, MJ (Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2018), pp. 247-249, ambas posiciones suelen sostenerse en sus versiones más moderadas (ni absolución con probabilidad muy escasa de daño inevitable; ni condena con probabilidad muy escasa de daño evitable), alcanzando, por tanto, soluciones prácticamente idénticas para la mayor parte de grupos de casos. Vid., en sentido similar, GIMBERNAT ORDEIG, 2016, pp. 115, 131; 2018, pp. 101-106.

¹⁸³ Vid., en esta línea, p. ej., GIMBERNAT ORDEIG, 1966, n. 65 (p. 125); 2016, pp. 120-122, 126, 129-133, 135-136; 2018, pp. 46-52, 63-64, 71-75, 80, 151-152; KAHRS, 1968, pp. 1-6; RUDOLPHI, 1969, p. 554; ROXIN, 1976, pp. 135, 159; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 93-94; WOLTER, 1981, p. 336; ERB, 1991, pp. 90-92, 118, 291; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 200, 205; REYES ALVARADO, 1994, pp. 235-236; SAMSON, 2003, pp. 153-154; FREI, 2010, p. 128; PUPPE, 2017, nms. 139, 151-151a; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1435; y GRECO, 2018, p. 25. Recientemente, SILVA SÁNCHEZ ha condensado de la mejor forma posible esta clase de preocupaciones: «En mayor o menor medida en función de la variante que se acoja, la doctrina del comportamiento alternativo conforme a Derecho —o de la evitabilidad del resultado— agudiza los problemas de prevención general que plantea la regulación legal de los delitos imprudentes de resultado. En efecto, a partir de esta, el agente recibe el siguiente mensaje: no actúes descuidadamente; pero, aunque lo hagas, si no se produce el resultado no serás castigado. Sin embargo, el sujeto que obra imprudentemente se caracteriza precisamente por confiar en que no producirá el resultado. Por tanto, la estructura típica de los delitos imprudentes de resultado no incentiva de modo suficiente el actuar cuidadoso. Pues bien, la doctrina del comportamiento alternativo añade a lo anterior el siguiente mensaje: aunque hayas actuado descuidadamente y se produzca el resultado, tampoco serás castigado si no se logra acreditar con seguridad o probabilidad rayana en la certeza que un comportamiento cuidadoso tuyo habría evitado con seguridad el resultado. Esto disminuye aún más las razones instrumentales para abstenerse de realizar la conducta contraria a Derecho» (SILVA SÁNCHEZ, JM, «La no disminución del riesgo en el caso “Madrid Arena”: dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero», *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal InDret*, 2021, p. 409).

¹⁸⁴ Así, KAHRS, 1968, pp. 3-4, 238, 274-283; JAKOBS, 1991, p. 237; 1997, «El delito imprudente», p. 186; TOEPEL, 1992, pp. 132-133; FEIJOO SÁNCHEZ, 1997, pp. 363-365; VILLACAMPA ESTIARTE, 2003, pp. 128-137, 255; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 578; 2015, pp. 88-90; MIR PUIG, 2016, pp. 309-310; una propuesta a la que se han sumado incluso partidarios de la teoría del incremento del riesgo como WOLTER, 1981, pp. 193-195, 299-300, 362.

de impedir que se produjeran tales lagunas de punibilidad¹⁸⁵. A los defensores de esta postura puede hacerseles, sin embargo, una objeción, a mi juicio, definitiva: considerar la evitabilidad del resultado con el comportamiento alternativo conforme a Derecho un requisito de la imputación objetiva del resultado¹⁸⁶ y conformarse, a la vez, para afirmarla, con que aquella *no pueda descartarse completamente* supone invertir en contra del reo el estándar probatorio que rige en el proceso penal, de forma palmariamente contraria al principio de presunción de inocencia¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, 1975, pp. 649, 651; ERB, 1991, pp. 121, 292; FEJOO SÁNCHEZ, 1997, n. 56 (p. 332); KAHRS, 1968, pp. 235-236; SAMSON, 2003, p. 148; y SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 409.

¹⁸⁶ Que es lo que, a todas luces, hacen tanto los partidarios de la teoría de la evitabilidad como los de la del incremento del riesgo, por mucho que los segundos se esfuercen en negarlo; como, p. ej., GIMBERNAT ORDEIG, 1966, p. 134; 2018, pp. 80-82, 86, 92-93; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 652-654; ROXIN, 1976, pp. 169, 176-177; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 90-91, 99-100; CORCOY BIDASOLO, 2015, pp. 22-23; GRECO, 2018, p. 32 (por razones que se asumen punto por punto en la reciente STC 18/2021, de 15 de febrero, sobre el caso «Madrid Arena», F.J. 6). Así lo han señalado, con excelentes argumentos, SPENDEL, 1964, pp. 18-19; ULSENHEIMER, 1965, pp. 137-138; BURGSTALLER, 1974, pp. 143-145, 209; SAMSON, 1977, pp. 134-135; 2003, n. 32 (p. 45), pp. 75-76, 151-152, 155; RANFT, 1984, pp. 1427-1428, 1433; SCHROEDER, 1989, p. 780; ERB, 1991, pp. 153, 204, 291-292; TOEPEL, 1992, pp. 150-153, 171-172; REYES ALVARADO, 1994, pp. 246-247; PUPPE, 2001, pp. 3-4; GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, 2008, pp. 194-195; SANCINETTI, 2010, p. 590; SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 410; y, de forma más matizada, también MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 219-223, 230-231. Resulta, en este sentido, certera, la afirmación de BOLEA BARDÓN de que «[e]n realidad, teoría del incremento del riesgo y teoría de la disminución del riesgo representan las dos caras de una misma moneda. Ambas vienen a responder a la pregunta sobre el grado de probabilidad que se requiere para entender que la acción que tendría que haber realizado el sujeto (conducta indicada) hubiera evitado el resultado» (2018, p. 6). Por ello, me parece particularmente poco atinado el FJ 6 de la reciente STC 18/2021, de 15 de febrero, en el que se rechaza la concesión del amparo al médico condenado en el caso «Madrid Arena», con base, precisamente, en el argumento de que la teoría del incremento del riesgo prescinde de la consideración (hipotética) sobre lo que habría sucedido con el comportamiento alternativo conforme a Derecho.

¹⁸⁷ Así, ULSENHEIMER, 1965, pp. 138-139; SAMSON, 1977, pp. 135-136; 2003, pp. 44-45; STRUENSEE, 1987, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», p. 104; JORGE BARREIRO, 1990, pp. 66-69; ERB, 1991, pp. 133-145, 292; JAKOBS, 1991, p. 226, 235-237, 792-795; 1996, pp. 192-197, 198; 1997, «El delito imprudente», pp. 184-186; TOEPEL, 1992, pp. 153-165, 171-172; REYES ALVARADO, 1994, pp. 235, 248-250; FEJOO SÁNCHEZ, 2000, p. 54; 2001, *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»*, pp. 170-171; PUPPE, 2001, p. 74; CANCIO MELIÁ, 2004, «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», p. 36; GIL GIL, 2007, pp. 378-379; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 218; MIR PUIG, 2016, pp. 209-210; JÄGER, 2017, nm. 119 (p. 72); PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1435; y ESTRADA I CUADRAS, 2020, pp. 531-532. Hasta donde se me alcanza, el único defensor de la teoría de la evitabilidad que se ha mostrado contrario a esta conclusión es FRISCH, cuya argumentación en este punto —bastante oscura, por cierto— no resulta, a mi juicio, convincente. El autor parte de «entender que la cuestión que nos ocupa constituye un problema de *interpretación correcta de los delitos de resultado*: se trata de indagar la relación normativamente correcta entre conducta y resultado» (2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 571, énfasis en el original; igualmente, 2015, p. 98). Sobre esta base, sostiene que «parece de entrada fuera de lugar pretender encontrar o fundamentar la relación buscada con auxilio del principio “in dubio pro reo” [...] el principio “in dubio pro reo” presupone haber resuelto ya la cuestión de las exigencias normativamente determinantes, no pudiendo ofrecer por sí mismo esta solución» (2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 571); una argumentación a la que se ha adherido recientemente SILVA SÁNCHEZ, 2021, pp. 414-415, en su comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero (caso «Madrid Arena»). Es, según creo, la premisa de la que parte esta argumentación la que no puede compartirse. Y es que, como se ha señalado, las «exigencias normativamente determinantes» para la

A mi juicio, el tratamiento correcto de esta constelación de supuestos pasa por diferenciar, en primer lugar, los casos, por así decirlo, «**puros**» de **comportamiento alternativo conforme a Derecho**, de aquellos en los que este tópico funciona simplemente como *heurístico de la (no) realización en el resultado de una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta típica se considera perturbadora*. En esta última clase de supuestos ha de excluirse, en efecto, la imputación objetiva del resultado a la conducta, pero la razón por la que ello debe ser así no es el hecho de que la víctima hubiera quedado en la misma situación aunque el autor se hubiera comportado correctamente. Esta consideración resulta, sin embargo, útil como *dispositivo auxiliar* para alcanzar la solución correcta porque, como se vio en el inciso anterior, ningún juicio racional de ponderación de intereses conduce a considerar perturbadora una conducta en atención a una dimensión de riesgo que resulta *ya ex ante inevitable* aunque se adopte el comportamiento conforme a la expectativa jurídicamente reforzada en cuestión. La inevitabilidad del resultado constatada con toda la información disponible *ex post* funciona aquí como un simple *heurístico* de una inevitabilidad constatable *ya ex ante* (que excluye la realización del riesgo)¹⁸⁸.

Considérese, por ejemplo, el caso de los pelos de cabra. En este caso debe coincidirse con la doctrina mayoritaria en cuanto a la obligada exclusión de la imputación objetiva del resultado¹⁸⁹. Para ello no basta, sin embargo, con afirmar que las trabajadoras

imputación del resultado a la conducta típica son exactamente *las mismas* para los defensores de la teoría de la evitabilidad y los de la del incremento del riesgo: unos y otros consideran, a estos efectos, una «exigencia normativamente determinante» la evitabilidad del resultado con el comportamiento alternativo conforme a Derecho. Aquí termina la discusión sobre «la relación normativamente correcta entre conducta y resultado» —se ha respondido: «evitabilidad del resultado con la conducta lícita»—, y comienza la que versa sobre el *estándar probatorio* de la evitabilidad; cuestión para la que, como no podría ser de otra manera, el principio *in dubio pro reo* reviste una importancia insoslayable.

¹⁸⁸ Así, GIMBERNAT ORDEIG, 1966, p. 138; RANFT, 1984, pp. 1430-1433. Vid., en sentido similar, REYES ALVARADO, 1994, pp. 257-263; JAKOBS, 1997, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», pp. 275-277; SUMMERER, 2013, p. 276; y BOLEA BARDÓN, 2020, pp. 99-101, 148. En esta línea parece apuntar también la observación de PEÑARANDA RAMOS de que a veces, con la fórmula de la conducta alternativa conforme a Derecho, «se alcanza, por casualidad, una conclusión correcta, porque la identidad de la situación producida por el comportamiento adecuado y por el inadecuado es un síntoma de que el resultado producido es expresión de un riesgo común a ambas situaciones, esto es concreción de un riesgo permitido o por otro motivo típicamente irrelevante que acompaña al riesgo dotado de relevancia jurídico-penal» (PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1427).

¹⁸⁹ Así, entre otros, ULSSENHEIMER, 1965, pp. 149, 152-153; KAHRS, 1968, pp. 103, 156-157; ROXIN, 1976, pp. 135, 173 (aunque solo para la hipótesis de que la configuración fáctica del supuesto fuera efectivamente la que se ha presentado aquí); 2006, p. 387; RANFT, 1984, pp. 1430-1431; HART Y HONORÉ, 1985, p. 252; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 527-528; 2015, p. 23; ERB, 1991, pp. 302-303; JAKOBS, 1991, pp. 232-233; TOEPEL, 1992, p. 226; FEIJOO SÁNCHEZ, 2000, pp. 22-23, 24; 2001, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la*

habrían fallecido igualmente, aunque el empresario hubiera desinfectado el pelo de cabra que les entregó (constatación *ex post* de la inevitabilidad con el comportamiento alternativo conforme a Derecho). La clave para la adecuada resolución del caso no reside, a mi juicio, aquí, sino en el hecho de que la adopción de los procedimientos de desinfección reglamentarios era una medida *ex ante inidónea* para contener el riesgo consistente en infecciones derivadas de bacterias inmunes a tales procedimientos, como lo era —o debe presumirse, en beneficio del reo, que lo era—, en este caso, el bacilo de carbunco¹⁹⁰. Si la omisión de desinfectar el pelo de cabra se considera una conducta perturbadora, lo es, en otras palabras, en atención a los riesgos derivados de la presencia en ellos de bacterias que una desinfección correcta es capaz de eliminar, pero no en atención al riesgo que, en este caso, se ha materializado (inevitabilidad *ex ante* y consiguiente no realización del riesgo)¹⁹¹.

Dependiendo de la configuración concreta de los hechos, el caso de la novocaína —en el que la doctrina ampliamente mayoritaria se muestra partidaria de la no imputación objetiva del resultado a la conducta¹⁹²— puede formar parte de este grupo de supuestos (y entonces hay que coincidir con la doctrina dominante) o ser un caso puro de comportamiento alternativo conforme a Derecho (y entonces, según creo, estos autores se equivocan). Todo depende de a qué se debiera, en concreto, el «incidente de narcosis» padecido por el niño. Suponiendo que la novocaína y la cocaína tuvieran una serie de propiedades comunes a estos y otros anestésicos («propiedades A») y otras diferenciadas, exclusivas, respectivamente, de la novocaína («propiedades N») y de la cocaína («propiedades C»), habría que negar, en este caso, la realización del riesgo y la consiguiente imputación del resultado, si en la muerte del niño se hubiera materializado un riesgo inherente a las *propiedades A* de la cocaína inyectada: la conducta consistente

norma de cuidado», p. 139; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, p. 202; SUMMERER, 2013, p. 315; PUPPE, 2017, nm. 214. ROXIN Y GRECO, 2020, p. 491; y BOLEA BARDÓN, 2020, pp. 141-142 (de nuevo, únicamente para el supuesto de hecho que aquí se ha asumido).

¹⁹⁰ RANFT, 1984, pp. 1430-1431; SUMMERER, 2013, p. 315.

¹⁹¹ Respecto de la particular solución defendida por JAKOBS, vid. n. 177 anterior.

¹⁹² Vid., en este sentido, por todos, EXNER, 1930, pp. 587-589; ENGISCH, 1931, pp. 66-67; ULSSENHEIMER, 1965, pp. 149, 152-153; KAHRS, 1968, pp. 102-103, 155-156; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 524-525; 2015, p. 23; TOEPEL, 1992, p. 226; FEIJOO SÁNCHEZ, 2000, pp. 22-23, 25; 2001, *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»*, pp. 139-140; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, p. 202; SUMMERER, 2013, p. 326; GIMBERNAT ORDEIG, 2016, p. 132; 2018, pp. 77-78; y, al menos para alguna de las posibles variantes del caso, SCHÜNEMANN, 1975, p. 654; y PUPPE, 2017, nm. 214. Cfr., no obstante, RANFT, 1984, p. 1431; HART Y HONORÉ, 1985, p. 253; y JAKOBS, 1991, p. 232.

en inyectar cocaína en lugar de novocaína no puede considerarse desaprobada en atención a dimensiones de riesgo vinculadas tanto a una como otra sustancia; riesgos cuya materialización resulta, ya *ex ante*, inevitable con el comportamiento conforme a la *lex artis ad hoc*¹⁹³. Sin embargo, habría que afirmar la imputación del resultado si en este se hubiera realizado un riesgo inherente a las *propiedades C*, exclusivas de la cocaína (constatación *ex post* de la inevitabilidad con el comportamiento alternativo conforme a Derecho). En la primera variante del caso, la consideración de que el niño habría muerto de todas formas con la conducta alternativa lícita opera como un *heurístico* de la no realización del riesgo en el resultado; en la segunda —el caso *puro* de comportamiento alternativo conforme a Derecho— carece completamente de relevancia a estos efectos¹⁹⁴.

Por su parte, el caso del ciclista y los de consentimiento hipotético solo pueden concebirse como casos puros de comportamiento alternativo conforme a Derecho. Tanto en uno como en otros, el autor ha cometido una conducta *perturbadora* abarcada típicamente por los tipos de homicidio o de lesiones, esta conducta ha *causado* el resultado típico y en él se ha realizado una de las dimensiones de *riesgo* en atención a las que la conducta se considera perturbadora¹⁹⁵: adelantar con la distancia lateral reglamentaria es una medida *ex ante* idónea para impedir atropellos de ciclistas; recabar el consentimiento plenamente informado del paciente es una medida *ex ante* idónea para permitir a este proteger su integridad física de los riesgos inherentes a determinados tratamientos médicos. Sin embargo, con el conocimiento disponible *ex post* —el ciclista estaba ebrio, el paciente habría consentido en la intervención— se constata que, aunque el autor se hubiera comportado correctamente, *la víctima concreta* se hubiera encontrado en una situación igual en todo lo normativamente relevante¹⁹⁶.

¹⁹³ Así, GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 138-139. Autores como RANFT, 1984, n. 57 (p. 1431) y, aparentemente, HART Y HONORÉ, 1985, p. 253, niegan, sin embargo, que esta primera configuración de los hechos del caso fuera siquiera posible.

¹⁹⁴ Una solución diferenciada muy similar a la defendida en el texto para las diferentes variantes del caso puede encontrarse en ROXIN, 1976, pp. 173-175; ERB, 1991, pp. 301-302; GIL GIL, 2007, pp. 364, 366; y BOLEA BARDÓN, 2020, pp. 140-141.

¹⁹⁵ Lo admiten los propios ROXIN, 2006, pp. 400-401 (que en 1976, p. 176 extendía esta consideración a *todos* los supuestos de hecho considerados en este inciso); y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 503. Vid., en la misma línea, ULSSENHEIMER, 1965, pp. 118, 127-128; WOLTER, 1981, p. 341; ERB, 1991, p. 75; y JOHN, 2020, pp. 23-24.

¹⁹⁶ Coincido plenamente, en este sentido, con el análisis llevado a cabo por PUPPE, 1997, pp. 238-239 del caso del ciclista y otros casos similares, sobre la base de que, en la generalización necesaria para establecer si la norma de cuidado es en general (*ex ante*) idónea para impedir el desencadenamiento de cursos causales como el producido en el caso en cuestión ha de hacerse abstracción de aquellas infracciones por parte de la

Esta misma estructura presentan dos de los ejemplos planteados en el inciso (i) de este punto, al analizar la causalidad en la comisión por omisión: el del empresario que omite proporcionar a su empleado el arnés de seguridad que necesita para trabajar en altura y el relativo al caso «Madrid Arena». En ambos supuestos está clara, de nuevo, tanto la existencia de una conducta típicamente *perturbadora*, como la relación de *causalidad* (condicionalidad negativa como relevancia explicativa) entre esta y el resultado. También ha de estimarse que en este último se realiza precisamente una de las dimensiones de *riesgo* en atención a las que se considera perturbadora la conducta: proporcionar arneses de seguridad a los empleados es una medida *ex ante* idónea para protegerlos frente a caídas cuando trabajan en altura; llevar a cabo las maniobras de reanimación adecuadas es una medida *ex ante* idónea para salvar la vida de un paciente que llega a la enfermería en situación de parada cardiorrespiratoria. No obstante, el conocimiento disponible *ex post* confirma que, aunque el autor se hubiera comportado como debía, el resultado probablemente no se habría alterado en ningún aspecto normativamente relevante: ese *concreto* trabajador no se habría puesto el arnés y habría fallecido, en todo caso, en la caída; y, aunque las hubieran reanimado correctamente, los médicos habrían logrado, a lo sumo, prolongar brevemente la vida de esas *concretas* jóvenes¹⁹⁷.

¿Ha de concederse alguna relevancia a esta clase de constataciones *ex post* a los efectos de la imputación objetiva del resultado? Para responder a esta pregunta, lo primero que debe quedar claro, a mi juicio, es que —contra lo que han sostenido autores de la talla

víctima de sus cargas de autoprotección que no sean a su vez condiciones mínimas suficientes de la producción del resultado. Vid., en sentido similar, JAKOBS, 2012, pp. 41-42; y SUMMERER, 2013, pp. 319-321.

¹⁹⁷ No plantea este mismo problema, pese a las apariencias, el ejemplo del verdugo de ENGISCH analizado en el punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2. En este caso, el mismo motivo que permite calificar (*ex ante*) como perturbadora la conducta de quien sustituye al verdugo, impide afirmar (*ex post*) que el comportamiento alternativo conforme a Derecho habría conducido a un resultado *igual en todo lo normativamente relevante*: en una sociedad que considera legítima la pena de muerte, es *normativamente peor* morir a manos de un particular que ejecutado por un verdugo. Este razonamiento, rara vez explicitado en las exposiciones doctrinales sobre esta problemática, permitiría justificar la aparente incoherencia en la que incurren autores como ROXIN y GRECO al defender al mismo tiempo que la inevitabilidad del resultado con la conducta alternativa lícita —siempre que se acredite con el grado suficiente de certeza— ha de excluir la imputación objetiva del resultado, y que quien sustituye al verdugo en el caso de ENGISCH puede ser condenado como autor de un homicidio consumado (ROXIN, 2006, pp. 379-382; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 483-485); incoherencia (solo aparente) denunciada ya por GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 141-142, y que podría achacarse también al planteamiento de FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 575-583, 596-597.

de BOLEA BARDÓN¹⁹⁸, FEJOO SÁNCHEZ¹⁹⁹, W. FRISCH²⁰⁰, GIL GIL²⁰¹, GIMBERNAT ORDEIG²⁰², RUDOLPHI²⁰³, STRUENSEE²⁰⁴, amén de una larga lista de grandes civilistas²⁰⁵— los casos de comportamiento alternativo conforme a Derecho que aquí he calificado como

¹⁹⁸ 2020, pp. 101-104, 148.

¹⁹⁹ 2000, pp. 19-31; 2001, 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», pp. 134-145.

²⁰⁰ FRISCH, W, 1995, pp. 42-43, 52-53, 55, 76-78, 86-87, 111-112; 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 561-567. El autor señala, en este sentido, que, en esta clase de casos, «el resultado producido, para el miembro de la comunidad jurídica que es sensato y capaz de diferenciar, se achaca a la circunstancia de que el respectivo tipo de acción está permitido, valorándose por tanto como realización de un riesgo general de la vida; el que se hecho se haya desencadenado por una conducta con riesgo ya no tolerado se percibe como algo fortuito e irrelevante» (ibíd., p. 566). Matiza FRISCH, sin embargo que «en suma es una cuestión terminológica secundaria, bien descartar en tales casos —como se hace aquí— la propia realización de la creación de riesgo desaprobada, o bien hablar de una realización de la creación de riesgo desaprobada, pero negar luego la imputación del resultado, atendiendo al curso del acontecimiento asimismo de haberse observado el riesgo permitido: en sentido *naturalístico*, el riesgo vinculado a la acción desaprobada —la única real— se ha realizado también si, observando el riesgo permitido, habría ocurrido lo mismo; y ello ya porque no existe una conducta normativamente correcta, ni puede surtir efecto causalmente, lo cual habla a favor de la segunda posible acepción. Sin embargo, en sentido específicamente *normativo*, cabe decir en puridad que aquí no ha realizado el riesgo de la acción desaprobada (o mejor: el riesgo desaprobado de la acción), sino el riesgo permitido de ésta: de hecho la norma puede y quiere contrarrestar simplemente ciertos cursos de acontecimientos peligrosos; aquellos que no se habrían podido evitar de haberse observado la norma no corresponden al círculo del riesgo desaprobado, sino que constituyen el reverso del riesgo permitido que da por sentado la norma» (ibíd., pp. 566-567); vid., en la misma línea (aunque de forma mucho más escueta), FRISCH, 2004, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», p. 47; 2015, pp. 88-90. Ante este argumento, resulta imposible resistirse a traer a colación las palabras de MOLINA FERNÁNDEZ cuando advierte de que «[l]a “normativización” se ha convertido en el Derecho penal moderno en una especie de varita mágica para sortear problemas. Basta con decir que algo es normativo y no ontológico para que, de forma misteriosa, desaparezcan las dificultades» (MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, n. 209 (p. 726)).

²⁰¹ 2007, pp. 347-366, 383, 420.

²⁰² 2016, pp. 132, 136; 2018, pp. 94-99, sobre la base de que «[l]a conclusión de que, si no se imputa objetivamente un resultado causado por una acción imprudente cuando con ella, excepcionalmente —y dadas las circunstancias particulares del supuesto de hecho individual—, no se ha incrementado el riesgo permitido, porque el mismo riesgo de lesión era el que encerraba la acción correcta, es una conclusión que tiene su fundamento en que la ley, cuando prohibió el comportamiento imprudente, quería abarcar [...] acciones que superaban el riesgo permitido de lesión, pero no otras cuya potencialidad de causar un resultado típico fuera idéntica a la contenida en el comportamiento ejecutado conforme a la diligencia debida» (2018, p. 98). Este planteamiento parece haberlo compartido ENGISCH, 1931, pp. 66-67, a juzgar por la solución que defiende para el caso de la novocaína. Sin embargo, el autor dedica una atención tan escasa a esta problemática que no me atrevería a afirmarlo con rotundidad.

²⁰³ 1969, pp. 553-554.

²⁰⁴ 1987, pp. 101, 104.

²⁰⁵ Vid., por todos, TRIMARCHI, 1967, pp. 62, 72-73, 193, 195; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 103, 112-114; 1990, pp. 1577-1578, 1587-1590; KOZIOL, 2012, pp. 279-286; GRÜNEBERG, C, «Schadensersatz (§§ 249-253): Vorbemerkungen», en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 76.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2017), nm. 64; WAGNER, 2017, nm. 461; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 408-410, 430-431. No obstante, como veremos, la confusión entre uno y otro problema tiene mucha menos relevancia a los aspectos civiles —ámbito en el que tanto la realización del riesgo como la evitabilidad con la conducta alternativa lícita son, en principio, presupuestos de la imputación del resultado (vid. epígrafes 2 y 3 del apartado IV del capítulo 4)— que a los penales, para los que a la segunda de estas consideraciones no debería concedérsele, a mi juicio, relevancia autónoma alguna.

«puros» *no plantean ningún problema de realización del riesgo*²⁰⁶. En la segunda de las configuraciones fácticas posibles del caso de la novocaína, en los ejemplos del ciclista, del consentimiento hipotético y del arnés de seguridad, y en el caso «Madrid Arena», el riesgo que se ha materializado en el resultado es, como se ha dicho, uno de los que fundamentan la calificación de la conducta típica como perturbadora. Sostener lo contrario implica llevar a cabo un injustificado salto lógico de la idea (correcta) de que ninguna conducta puede considerarse desaprobada en atención a dimensiones de riesgo cuya realización se presenta ya *ex ante*, y con carácter *general*, como inevitable respetando la expectativa normativa en cuestión, a la conclusión (incorrecta) de que la constatación *ex post* de que, en el caso *concreto*, el resultado habría sido inevitable con la conducta alternativa lícita excluye *en todo caso* la realización del riesgo²⁰⁷. Como se ha argumentado, esto solo será así en los supuestos en los que tal constatación funcione como *heurístico* de una inevitabilidad del resultado predicable ya *ex ante* y en general; pero nunca en los casos *puros* de comportamiento alternativo conforme a Derecho.

Para hacer más comprensible la diferencia entre una y otra dimensión — evitabilidad *ex ante* (relevante para la realización del riesgo) *versus* evitabilidad *ex post* (irrelevante)— puede resultar útil la comparación de los dos sencillos ejemplos. Supongamos, en primer lugar, que el conductor de un automóvil, circulando a ciento ochenta kilómetros por hora en una autopista limitada a ciento veinte, atropella a un peatón que trata de cruzar la vía a pie, provocándole la muerte en el acto. Si la colisión se hubiera producido a ciento veinte kilómetros por hora, el peatón, con toda probabilidad, habría muerto de todas formas. Pero, a los efectos de la realización del riesgo, esta constatación no es relevante *en cuanto tal*, sino solo como *heurístico* de lo verdaderamente importante: de que el fin de protección de una norma que impide circular

²⁰⁶ Distinguen, correctamente, entre uno y otro criterio de imputación MÜNZZBERG, 1966, pp. 119-120; JAKOBS, 1972, pp. 100-102; BURGSTALLER, 1974, pp. 78-79, 129-130, 137; SCHÜNEMANN, 1975, p. 716; WOLTER, 1981, pp. 333, 341; 2020, p. 1179; RANFT, 1984, pp. 1425, 1433; HART Y HONORÉ, 1985, pp. lxii-lxv, 121-122, 208-212; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 491-497; 2015, pp. 20, 23; ERB, 1991, pp. 71, 75, 87-90, 213-214; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 236-237; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 628-631; MARINUCCI, 2013, pp. 216, 322-323, 346-349, 470-473; SUMMERER, 2013, pp. 168, 259-261, 270-282, 288-291, 314; MIR PUIG, 2016, pp. 308-309; OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 221; JOHN, 2020, *passim*, esp. pp. 29, 42-43, 66-69, 150-157, 172-175, 196-198, 219-221, 248-250, 270; y, aparentemente, NAMIAS, 1993, pp. 52-53.

²⁰⁷ Supone, en palabras del propio FRISCH, «poner en duda desde la perspectiva *ex post* el sentido de normas de conducta trazadas a la medida de la situación *ex ante*»; estrategia que el autor considera «poco convincente» (2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 599-600).

a más de ciento veinte kilómetros por hora²⁰⁸ no puede ser el de impedir que mueran atropellados los peatones a los que se les ocurra atravesar la vía a pie, pues esta clase de muertes pueden considerarse ya *ex ante* inevitables por mucho que se respete el límite de velocidad²⁰⁹. No puede afirmarse, en otras palabras, que se haya realizado en el resultado (muerte del peatón) una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta consistente en circular a ciento ochenta kilómetros por hora se considera perturbadora.

Pero supongamos ahora que, en lugar del atropello de un peatón, lo que se produce en el caso anterior es una colisión de alcance entre otro automóvil y el que el autor conduce a ciento ochenta kilómetros por hora, falleciendo, en consecuencia, uno de los ocupantes del primer vehículo. Con esta información —única disponible *ex ante*— la realización en el resultado de una de las dimensiones de riesgo en atención a las que el exceso de velocidad se considera una conducta desaprobada no parece ofrecer duda alguna: el fin de protección de la norma que impide circular a más de ciento veinte kilómetros por hora es, precisamente, el de impedir que se produzcan colisiones entre vehículos que resultan *en general* evitables cuando se circula a tal velocidad. Imaginemos, sin embargo, que posteriormente se constata que, dada la tendencia del conductor alcanzado a frenar más bruscamente de lo debido (dato *ex ante* imprevisible), la colisión habría tenido lugar de todas formas, aunque el autor hubiera respetado el límite de velocidad. Esta información adicional (solo disponible *ex post*) convierte este supuesto en un caso *puro* de comportamiento alternativo conforme a Derecho. La constatación de que el resultado se habría producido en todo caso puede servir —si es que existen razones normativamente fundadas para ello— para excluir la imputación objetiva de este a la conducta *a pesar de la realización del riesgo*. Pero a lo que de ninguna manera puede conducir es a *revisar* la conclusión —ya inamovible— de que en el resultado se ha materializado una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducción a ciento ochenta kilómetros por hora en una vía limitada a ciento veinte se considera una conducta (típicamente) desaprobada; dimensiones de riesgo que han de poder determinarse, en todo caso, a través de un análisis *ex ante*²¹⁰.

²⁰⁸ Recuérdese cómo, de acuerdo con lo aquí defendido, el fin de protección de la norma opera como sub-tópico de la realización del riesgo, en tanto criterio general de imputación objetiva del resultado (vid. inciso (ii) de este punto).

²⁰⁹ GIMBERNAT ORDEIG, 2018, p. 109.

²¹⁰ Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 233. Recuérdese, a estos efectos, el razonamiento de FRISCH —aquí acogido plenamente— de acuerdo con el que, desde el punto de vista *teórico*, es el juicio de

La pregunta es, entonces, si existen *razones normativamente fundadas* para excluir la apreciación de un delito consumado en los casos puros de comportamiento alternativo conforme a Derecho, a pesar de la realización del riesgo en el resultado que (como se ha argumentado) en ellos concurre. Como se verá, esto es precisamente lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad civil, cuya función *resarcitoria* conduce, al menos en principio, a esta conclusión²¹¹. Pero ¿puede afirmarse lo mismo desde el punto de vista de la función *preventiva* de la responsabilidad penal? A mi juicio, ha de atribuirse a W. FRISCH el mérito de haber desarrollado la argumentación más sólida de cuantas pueden citarse en esta línea; argumentaciones que, en todo caso, brillan por su ausencia en la mayoría de las exposiciones doctrinales de esta materia. De acuerdo con el autor alemán, la constatación de que, en el supuesto de hecho concreto, la situación de la víctima no habría mejorado en ningún sentido normativamente relevante con el comportamiento alternativo conforme a Derecho impediría al resultado típico —a pesar de la realización en él de una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta que lo ha originado se considera (típicamente) perturbadora— desempeñar la *función demostrativa* que está llamado a cumplir. Señala FRISCH, en este sentido, que

«en los casos de esta índole precisamente el resultado ya no es apropiado para evidenciar en las consecuencias del hecho lo disvalioso de la conducta y el sentido de observar las exigencias de conducta; a tales intentos enseguida se les opondría que el resultado tampoco se habría podido evitar observando los límites del riesgo permitido»²¹².

Y es que, para el autor,

«no se trata de demostrar lo razonable de la observancia de la norma en cualesquiera otros casos; tomar el caso concreto como ocasión para punir o para

ponderación de intereses conforme al que se decide sobre el carácter perturbador o no de una conducta el que permite dilucidar también en atención a *qué concretas dimensiones de riesgo* lo es; quedando reducido así el juicio sobre la existencia de una relación de riesgo entre conducta típica y resultado a una mera labor de *comprobación* (vid. inciso (ii) de este punto). Vid., en la misma línea, ERB, 1991, pp. 84-85, 88, 126-127, 213-214.

²¹¹ Vid. epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 4.

²¹² FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 565-566. También FRISCH, W, 1995, pp. 76, 86, 112.

agravar la pena sólo tiene sentido si la demostración puede hacerse precisamente *con el caso concreto* (con todos sus factores de riesgo)»²¹³.

El razonamiento expuesto resulta, sin embargo, a mi juicio, francamente cuestionable. Y es que, según creo, puede aducirse contra él una argumentación similar a la empleada en el punto (b) de este epígrafe para defender —precisamente con base en la función *preventiva* de la responsabilidad penal y en la función *demostrativa* que, en este marco, corresponde al resultado— la opción por un concepto objetivo y real-concreto de resultado típico. Dicha argumentación ha de tomar, de nuevo, como punto de partida, el papel *marginal* que, de acuerdo con lo sostenido en el capítulo 1, corresponde a la víctima concreta del delito en relación con la responsabilidad penal de quien lo comete²¹⁴. Las posiciones que exigen para la imputación objetiva de resultado que este resulte evitable (*ex post*) con la conducta alternativa conforme a Derecho tienen en común con el concepto abstracto-matemático de resultado típico que se derivaría de la teoría de la diferencia el hacer depender la concurrencia de un delito consumado de lo que a la *víctima concreta* del delito le habría sucedido en caso de que el autor se hubiera comportado correctamente. Pero esto, desde el punto de vista preventivo, carece por completo de relevancia: el resultado desempeña, en estos casos, su función demostrativa, *con total independencia* de esa consideración; siempre, claro está, que pueda afirmarse que se ha materializado en el él una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta se considera (típicamente) desaprobada.

Es la realización del riesgo en el resultado típico la que convierte a este último en una manifestación pública al mismo tiempo de la defraudación de una expectativa de comportamiento jurídicamente garantizada y de lo que hace a tal expectativa digna de confirmación contrafáctica. La realización del riesgo basta, en efecto, para transmitir al observador (víctima potencial), de forma especialmente clara, que un comportamiento conforme a la expectativa sirve *en general* para evitar precisamente esa *clase* de resultados. Y, contra lo que sostiene FRISCH, este mensaje no queda invalidado en absoluto por la información adicional de que, *en este caso concreto*, el resultado habría

²¹³ FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, n. 89 (p. 562) (énfasis añadido). Vid., en la misma línea, GIL GIL, 2007, pp. 386-387. Partidarios de la teoría del incremento del riesgo como BURGSTALLER sostienen, en sentido similar, que la constatación de la inevitabilidad del resultado con el comportamiento alternativo conforme a Derecho hace que la norma pierda, en estos supuestos, su «finalidad preventiva en concreto» (*in concreto Verhütungszweck*) (1974, pp. 136-139).

²¹⁴ Vid. epígrafe 2 del apartado III del capítulo 1.

podido producirse igualmente con una conducta no perturbadora, pues el primero sigue sirviendo perfectamente —en términos «estadísticos», si se quiere— como orientación *para el futuro*²¹⁵. El que a la víctima *concreta* hubiera podido pasarle exactamente lo mismo, aunque el autor no se hubiera comportado de forma perturbadora, carece por completo de relevancia para cualquier víctima *potencial*, para la que la realización del riesgo en el resultado hará tambalearse, en cualquier caso, de forma especialmente intensa, la confianza en que no se produzcan futuras defraudaciones de la expectativa jurídicamente garantizada de que se trate²¹⁶.

Por todo lo anterior, considero, en definitiva, que en los casos *puros* de comportamiento alternativo conforme a Derecho —aquellos en los que puede afirmarse la realización en el resultado de una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta se considera (típicamente) perturbadora— la única opción coherente con la función preventiva de la responsabilidad penal y, en particular, con la función demostrativa que corresponde en su estructura dogmática al resultado típico, consiste en afirmar la concurrencia de un **delito de resultado consumado**. Y con ello, por cierto, quedan resueltos de un plumazo los *problemas político-criminales* a los que, como se vio, conducían tanto la teoría de la evitabilidad como la del incremento del riesgo. Con la postura aquí defendida se llega, en efecto, a una solución condenatoria en los mismos casos en los que la alcanzan los partidarios de la teoría del incremento del riesgo (y, posiblemente, en alguno más²¹⁷), con lo que desaparecen las lagunas de punición

²¹⁵ Precisamente esta crítica dirige ERB al planteamiento del autor, aduciendo que «cuando, a pesar de la realización hipotética del riesgo lícito, en realidad es uno de los riesgos desaprobados el que se ha materializado en el resultado típico, queda perfectamente demostrado el “buen sentido (*Sinnhaftigkeit*) de la norma”, por mucho que excepcionalmente concorra un riesgo permitido “de reserva”» (1991, p. 78). Vid., en el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 244; y JOHN, 2020, *passim*, esp. pp. 98-99, 113-114, 121-123, 126, 127-128, 134, 142, 144, 145, 156, 157-159, 225, 249-250.

²¹⁶ El propio FRISCH viene a reconocerlo cuando afirma, en relación con un grupo de casos parcialmente diferente (el de las «causas substitutivas hipotéticas») que «el sentido de las normas de conducta es prevenir *eventuales* menoscabos de bienes jurídicos; que éstos no se hubieran producido en un caso concreto, o se hubieran producido de todos modos, desde luego no priva de sentido al atenerse con carácter general a la norma de conducta y a su imposición, precisamente porque en la situación *ex ante* no cabe apreciar el curso posterior» (2004, pp. 599-600).

²¹⁷ No se olvide, a estos efectos, que la teoría del incremento del riesgo conduce a excluir la imputación del resultado, al menos, en los supuestos en que existe la *certeza* de que este se habría producido igualmente con la conducta alternativa conforme a Derecho; algo que un buen número de autores consideran que sucede en el caso de la novocaína (así, p. ej. CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 524-525; 2015, p. 23; GIMBERNAT ORDEIG, 2016, p. 132; 2018, pp. 77-78). Conforme al planteamiento por el que se ha abogado aquí, la concurrencia de un delito consumado podría apreciarse incluso en estos casos, con tal de que pudiera afirmarse en ellos la realización en el resultado de una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta que está en su origen se considera (típicamente) perturbadora; algo que, como se ha visto, es perfectamente posible si se parte de una determinada configuración fáctica del caso de la novocaína.

derivadas de la teoría de la evitabilidad. Al mismo tiempo, sin embargo, el abandono de la premisa teórica conforme a la que la imputación objetiva del resultado presupone su evitabilidad con el comportamiento alternativo conforme a Derecho —premisa que, como se argumentó, una y otra teoría comparten²¹⁸— permite alcanzar estas (satisfactorias) conclusiones sin detrimento alguno del principio de presunción de inocencia: algo que *no es un requisito* de la imputación objetiva del resultado no requiere, a estos efectos, ser objeto de prueba alguna.

Pero no quisiera concluir este inciso sin hacer referencia a que la constelación de casos que ha sido aquí objeto de análisis es, junto con la analizada en el punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2, otra de las que se ha estudiado tradicionalmente bajo el *topos* de los «cursos causales hipotéticos». Espero que ahora pueda verse de forma especialmente clara la forma en que, como ya anticipé, esta categoría agrupa injustificadamente grupos de casos que plantean problemas diferentes y merecen, por consiguiente, soluciones también distintas. Estos grupos de casos son, recapitulando lo dicho hasta ahora, básicamente tres: los de «sustitución» de un riesgo por otro para el mismo interés, analizados en el capítulo anterior, en los que lo que se cuestiona no es la imputación del resultado sino la existencia misma de una *perturbación* (por ejemplo, el caso del verdugo de ENGISCH); un conjunto de supuestos en los que lo problemático es la *realización del riesgo* en el resultado, y en los que la constatación de que este se habría producido igualmente con la conducta alternativa lícita opera como heurístico de que aquella no se ha producido (por ejemplo, el caso de los pelos de cabra); y, finalmente, los casos *puros* de comportamiento alternativo conforme a Derecho, en los que —de acuerdo con el planteamiento aquí defendido— ha de afirmarse, a efectos penales, la imputación objetiva del resultado (por ejemplo, el caso del ciclista). Parece evidente, en definitiva, que el viejo tópico de los cursos causales hipotéticos carece de utilidad dogmática alguna como categoría unitaria, por lo que debería, a mi juicio, ser abandonado.

3. ¿Imputación a la esfera de responsabilidad de la víctima?

Buena parte de la doctrina penalista se refiere, como criterio de imputación objetiva (del comportamiento y/o del resultado) *adicional* a los estudiados en este capítulo

²¹⁸ Vid. n. 186 de este capítulo y el texto al que acompaña.

y el anterior, a la llamada «imputación a la esfera de la responsabilidad de la víctima»²¹⁹. Este tópico aglutina una gran variedad de supuestos, cuyo único elemento en común es que, en ellos, puede afirmarse que la víctima concreta del delito ha contribuido de algún modo al resultado lesivo padecido mediante el incumplimiento de sus cargas²²⁰ de autoprotección: de las expectativas sociales que se proyectan sobre ella en relación con el cuidado de sus propios intereses. Aunque, como ya se argumentó, el Derecho *no refuerza* estas expectativas —con la consecuencia de que su defraudación no puede convertir en perturbadora la conducta de la víctima—²²¹, estas no están exentas de relevancia jurídica, en la medida en que su incumplimiento puede, como en su momento se verá, dar lugar a un deber del perjudicado por un daño de soportarlo total o parcialmente (culpa concurrente del perjudicado)²²².

¿Existe, como parecen argumentar los defensores de la «imputación a la víctima», una suerte de equivalente jurídico-penal a esta última institución? El punto de partida para responder a esta pregunta pasa, a mi juicio, por reconocer que con este tópico ocurre, en cierto modo, lo mismo que con la categoría de los cursos causales hipotéticos a la que antes me he referido. Bajo este amplio paraguas, la doctrina engloba constelaciones de casos que plantean problemas muy diversos, atinentes a diferentes categorías de la estructura dogmática del delito, y a los que corresponden, de nuevo, soluciones diferenciadas. Como trataré de demostrar, en *la mayoría* de los supuestos en los que estos autores recurren a la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima para negar la

²¹⁹ Así, p. ej., NEUMANN, 1987, pp. 240-241; SILVA SÁNCHEZ, 1989, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», pp. 641-642; JAKOBS, 1991, pp. 239, 253-254; 1996, pp. 109-112, 176-78; 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», pp. 220-222; DERKSEN, 1992, pp. 169-262; REYES ALVARADO, 1994, pp. 167-169, 174-184; HÖRNLE, 1999, pp. 204-205; PAWLIK, 1999, pp. 148-162 (en relación con el delito de estafa); CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 284-317; 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 89-92; 2004, «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», pp. 29-32; 2004, «Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective», *passim*, esp. pp. 532-541; 2014, *passim*, esp. pp. 317, 322-323; PUPPE, 2001, pp. 9, 136-148; CANCIO MELIÁ Y PEÑARANDA RAMOS, 2004, pp. 30-31; PASTOR MUÑOZ, 2004, *passim*, esp. pp. 92, 101-102, 167-168; PALERMO, 2006, pp. 72, 333-335, 348; CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ, 2010, *passim*, esp. p. 138; FREI, 2010, pp. 139-156; o PAWLIK, 2012, pp. 215-248.

²²⁰ Frente a lo que resulta habitual en la doctrina jurídico-penal, se emplea aquí (como es común entre los civilistas) el término «carga», en lugar de «exigencia» o «incumbencia», para traducir el alemán «*Obliegenheit*». Se trata así de mantener las resonancias del término a la institución jurídico-civil análoga que permite la lengua alemana. El término, en cualquier caso, designa una conducta que no puede ser exigida por otro —que no hay una pretensión (*Anspruch*) para exigir—, pero que ha de realizarse, en interés propio, para evitar consecuencias jurídicas perjudiciales.

²²¹ Vid. nn. 3 y 136 del capítulo 2.

²²² Vid. apartado V del capítulo 4.

tipicidad de la conducta o la imputación objetiva del resultado, puede argumentarse que el incumplimiento por parte de la víctima concreta de sus cargas de autoprotección no opera como *fundamento* de tal exclusión, sino como simple *heurístico de las consideraciones normativas verdaderamente relevantes*²²³. Más allá de estas constelaciones de supuestos, cabría imaginar casos «puros» de (posible) imputación a la víctima, en los que, a mi juicio —que curiosamente coincide, en cuanto a las soluciones, con el de muchos de los partidarios de este criterio de imputación—, no debería concedérsele al incumplimiento por su parte de sus cargas de autoprotección ninguna relevancia a los efectos de una eventual exclusión de la tipicidad²²⁴.

El primero de los grupos de casos mencionados no es unitario, sino que reúne, a su vez, supuestos que plantean cuestiones bien diferentes. En este sentido —y siguiendo el orden expositivo presentado en este trabajo— puede distinguirse, en primer lugar, una constelación de casos en los que lo problemático es la **existencia o no de una perturbación**, de acuerdo con los criterios analizados en el apartado IV del capítulo 2; grupo en el que, a su vez, cabe diferenciar supuestos de *falta de competencia* sobre el riesgo²²⁵ y casos de *conducta jurídicamente no desaprobada*²²⁶. Como ejemplo de lo primero, puede plantearse el caso de la consejera delegada de una entidad aseguradora²²⁷, Ana, que acude a la oficina de un banco y da a una de las empleadas de este último, Beatriz, la instrucción de que tramite, en nombre de la aseguradora, la orden de compra de más de la mitad de las acciones de una sociedad anónima cotizada. Como revelan sus cuentas anuales —publicadas en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de

²²³ Coincido plenamente, en este punto, con CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 317-348, aunque, como se comprobará inmediatamente, no con su reconocimiento de un ámbito de aplicación autónomo para la «imputación a la víctima» en el seno de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento (ibíd., pp. 307-310). Sobre la posibilidad de reconducir la mayor parte de los grupos de casos de «imputación a la víctima» a otros tópicos de la teoría de la imputación objetiva llama la atención también SILVA SÁNCHEZ, 1989, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», pp. 642-643, 645.

²²⁴ En la misma línea parece orientarse GIMBERNAT ORDEIG, 2018, p. 116, nn. 229 (p. 116) y 230 (pp. 116-117), aunque no desarrolla suficientemente la idea como para poder afirmarlo con rotundidad.

²²⁵ Vid. epígrafe 2 del apartado IV del capítulo 2.

²²⁶ Vid. epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2.

²²⁷ De acuerdo con el art. 207.1.c TRLMV, «contraparte elegible», respecto de la que, por expresa disposición legal (art. 207.3 TRLMV), no rigen los deberes de información contemplados en el art. 209.3 TRLMV. Aunque se discute hasta qué punto el incumplimiento de los deberes civiles de información puede ser, sin más, constitutivo de un engaño típico de estafa, lo que sí parece claro es que, allí donde el Derecho civil no impone deberes especiales de información, no puede imponerlos autónomamente el Derecho penal. Así, PASTOR MUÑOZ, 2004, pp. 213-214, 229-231.

Valores—, esta sociedad se encuentra en una situación muy próxima a la insolvencia; dato que conoce Beatriz, pero no Ana, que ni siquiera se ha preocupado de consultar la información contable de la entidad. Beatriz, sin embargo, tramita la orden de compra sin informar a Ana en absoluto sobre los riesgos de la operación, que, como era de esperar, termina causando un considerable perjuicio patrimonial a la entidad aseguradora compradora.

En este caso, está claro que la víctima (la entidad aseguradora a la que Ana representa) ha descuidado la protección de sus propios intereses patrimoniales; y está claro, también, que la conducta de Beatriz no puede calificarse como perturbadora. Esto segundo puede, sin embargo, afirmarse con total independencia de lo primero, porque para ello basta con reparar en el hecho de que Beatriz *carece de competencia* sobre el riesgo que ha dejado de contener con su conducta, al ser este absolutamente ajeno a su ámbito de organización²²⁸, y no poder fundamentarse esta competencia en una disposición legal²²⁹ o una asunción voluntaria por su parte del deber de contener el riesgo²³⁰. Esta consideración impide, ya en el nivel más básico de análisis, apreciar la concurrencia en este supuesto de un delito de estafa, resultando, a estos efectos, puramente *anecdótica* —o relevante únicamente para que el lector se explique qué hace una entidad aseguradora comprando acciones de una sociedad cercana a la insolvencia— cualquier referencia al incumplimiento por parte de la víctima de sus cargas de autoprotección.

En cuanto a los supuestos en los que el descuido por parte de la víctima de sus propios intereses opera como heurístico de la no desaprobación jurídica de la conducta, los ejemplos se multiplican. Cabe mencionar aquí, en primer lugar, los supuestos de *consentimiento* por parte de la víctima en la puesta en peligro de sus propios bienes disponibles, como el de quien decide participar en un combate de boxeo en el que su

²²⁸ Al menos, en la medida en que no pueda considerarse su silencio un auténtico engaño (activo) por «actos concluyentes»; algo para lo que no parece existir base alguna en este supuesto. Sobre esta posibilidad, vid., en cualquier caso, ELLMER, 1986, pp. 100-106; SILVA SÁNCHEZ, 1986, pp. 358-359; JAKOBS, 1991, pp. 834-835; PASTOR MUÑOZ, 2004, pp. 218-223; y SCHÜNEMANN, 2009, pp. 419-420.

²²⁹ Distinto sería el caso si quien hubiera dado a Beatriz la instrucción de tramitar la orden de compra lo hubiera hecho en nombre de un particular (como regla general, «cliente minorista» en los términos del art. 204 TRLMV); caso en el que los deberes de información reconocidos en el art. 209.3 TRLMV sí regirían en toda su plenitud.

²³⁰ El caso, de nuevo, sería distinto si esta asunción voluntaria pudiera inferirse de las relaciones contractuales existentes entre el banco y la compañía aseguradora, por ejemplo, si entre ellas existiera una relación de asesoramiento (vid. PASTOR MUÑOZ, 2004, pp. 141, 224, 233, 239).

contrincante —por medio de un golpe reglamentario— le rompe la nariz²³¹. Especial referencia merecen también los casos en los que la no desaprobación de la conducta responde a la consideración como *insignificante*, merced al *principio de confianza*, del riesgo para los intereses de la víctima que el autor crea o deja de controlar; constelación en la que, como se vio en el capítulo 2, caben desde el ejemplo de la persona que vende un producto de uso corriente a otra que se lesiona por utilizarlo de forma contraria a las instrucciones²³², hasta el de quien hiere a un testigo de Jehová que acaba falleciendo por rechazar una transfusión de sangre²³³. En todos estos casos, es obvio que la víctima concreta ha descuidado gravemente la protección de sus propios intereses. Sin embargo, esta consideración resulta, de nuevo, *superflua* (o tiene, a lo sumo, un valor heurístico) para fundamentar la inexistencia en ellos de una conducta perturbadora del autor, sea con carácter absoluto o, al menos —como en el caso del testigo de Jehová—, en atención a la concreta dimensión de riesgo que se materializa en el resultado. Y esto es lo único que importa para alcanzar la solución correcta.

Una vez afirmada la concurrencia de una perturbación, un segundo grupo de problemas se plantea en el nivel de la subsunción típica, con casos en los que se cuestiona si la conducta perturbadora del autor se encuentra **abarcada por algún tipo penal**. El ejemplo paradigmático lo proporciona aquí el grupo de supuestos en el que la absolución de quien ha contribuido con su conducta a la producción de un resultado lesivo se basa en considerarlo un simple *participe* (accesorio) en la «autopuesta en peligro» (*Selbstgefährdung*), por parte de la víctima, de sus propios intereses *indisponibles*²³⁴; conducta esta última que resulta, por hipótesis, atípica. Piénsese, por ejemplo, en el caso del traficante de droga que entrega a la víctima una cierta cantidad de heroína, que ella

²³¹ Vid. punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2. Como allí se vio, la doctrina rechaza unánimemente en estos supuestos la existencia de una conducta perturbadora, sea negando la tipicidad del comportamiento —bajo los tópicos del riesgo permitido o del consentimiento como causa de atipicidad—, o afirmando que se encuentra justificado con base en el ejercicio de un derecho (art. 20.7.º CP); vid. las referencias incluidas en las nn. 206-208 de dicho capítulo.

²³² Parece, en este sentido, adecuada la calificación por parte de DERKSEN, 1992, pp. 198-200, de este grupo de supuestos como «casos *impropios* de actuación a propio riesgo», expresión con la que el autor alude precisamente al hecho de que, aquí, no es necesario referirse a la infracción por parte de la víctima de sus cargas de autoprotección para excluir la imputación, pues esta puede negarse en virtud de otros criterios.

²³³ Vid. inciso (i) del punto (b) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2.

²³⁴ En caso contrario, el consentimiento de la víctima en su puesta en peligro impediría considerar *perturbadora* la conducta del primero, sin que, conforme a la estructura de análisis aquí propuesta, hubiera que entrar a valorar siquiera su eventual tipicidad (vid. punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2). Vid., en sentido similar, GARCÍA ÁLVAREZ, 2014, pp. 183-184.

misma (siendo responsable y perfectamente consciente de los riesgos implicados) se inyecta, falleciendo o quedando gravemente lesionada como consecuencia de una sobredosis²³⁵.

No es casual que ROXIN y sus seguidores traten este grupo de casos bajo en tópicos del *alcance del tipo*, pues de lo que aquí se trata, en efecto, es de determinar en qué clase de supuestos puede considerarse abarcada por los tipos de *autoría* la conducta de la víctima que contribuye a la puesta en peligro de sus propios intereses —calificación que convertirá automáticamente en atípicas las contribuciones de otros *coautores* (principio de imputación recíproca)²³⁶ o *participes* (principio de accesoriedad limitada), salvo que

²³⁵ Sobre este grupo de supuestos, que ha dado lugar a una ingente cantidad de literatura, vid. solo JAKOBS, 1991, pp. 637-638, 655; DERKSEN, 1992, pp. 155-159; CANCIO MELIÁ, 2001, p. 308; PUPPE, 2001, pp. 141-143; 2017, nms. 192-193; ROXIN, 2006, pp. 403-406; JÄGER, 2017, nm. 140 (pp. 87-88); PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1408; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 505-510.

²³⁶ Esta vía —poco explorada en la doctrina, pero que han defendido expresamente autores como CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 552-553; LUZÓN PEÑA, 1993, n. 1 (p. 16); SCHÜNEMANN, 1993, p. 42; o ZACZYK, R, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten* (Heidelberg: C.F. Müller, 1993), pp. 40-41; y que puede también, a mi juicio, considerarse implícita en la aproximación a este grupo de casos de JAKOBS, 1991, pp. 254, 624-628, 637-638, 818-820; 1997, «La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte», pp. 396-403, 410, 412; 1997, «La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión», pp. 358-360; y FREI, 2010, p. 143— puede resultar fructífera, para resolver supuestos tan discutidos como el de la persona infectada de V.I.H. que, en el curso de una relación sexual consentida sin protección, contagia a otra la enfermedad (cfr., sin embargo, la opinión aparentemente contraria de FRISCH, W, 1995, p. 144; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y PAREDES CASTAÑÓN, 2004, n. 48, p. 69). Algunos autores han empleado este ejemplo para demostrar la inviabilidad de una solución basada en el deslinde de los tipos de autoría y participación (alcance del tipo) para este grupo de casos: cuando dos personas mantienen una relación sexual, estando una de ellas infectada, ¿dónde acaba la participación en autopuesta en peligro (atípica) y empieza la heteropuesta en peligro consentida (típica)? Así, p. ej., DERKSEN, 1992, pp. 34-35, n. 185 (p. 222); FRISCH, W, 1995, p. 48; CANCIO MELIÁ, 2001, n. 273 (p. 160), pp. 211-212; , pp. 524-525; o PUPPE, 2001, p. 138, que se pregunta, con cierta sorna, si ello debería quizá depender de que fuera el hombre o la mujer el V.I.H. positivo (también, 2017, nm. 198). Pero el planteamiento de esta dicotomía —cuya aplicación al ejemplo propuesto está evidentemente condenada al fracaso— pasa por alto un dato que, en mi opinión, resulta fundamental para llegar a la conclusión correcta. Y es que, si la «autoría» (atípica) de la víctima en su puesta en peligro convierte en atípica la *participación* (accesoria) en ella de un tercero, por el mismo motivo habrá de convertir también en atípica la contribución de quien contribuye a la autopuesta en peligro de la víctima como *coautor*. ¿Y acaso hay algún ejemplo más claro de coautoría en una puesta en peligro (recíproca) que el de dos personas que, de mutuo acuerdo, mantienen relaciones sexuales sin protección, pudiendo estar una de ellas infectada?

Haciendo hueco en la teoría de ROXIN a los supuestos de coautoría con la víctima en su propia puesta en peligro y dándoles el tratamiento que, a mi juicio, merecen (el mismo que a los de participación en una autopuesta en peligro), se alcanzan, en definitiva, soluciones prácticamente idénticas a las que CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 372-373, deriva de su defensa —con base en el principio de autorresponsabilidad— de una imputación *preferente* a la víctima en supuestos de «organización conjunta del riesgo» con el autor; neutralizando, además, el riesgo, advertido por FEIJOO SÁNCHEZ de que «en los casos de relaciones sexuales que encierran la posibilidad de contagio la imputación del hecho no dependa de la postura sexual que adopte la pareja en su relación» (2001, *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»*, p. 383). Creo que en esta línea se orienta de forma muy clara la fundamentación de la reciente STS 2ª

estas se encuentren tipificadas de forma expresa²³⁷— y en qué otros la centralidad de la contribución de la víctima queda desplazada por las de otros intervinientes en el hecho a los que cabe calificar como autores *directos* («heteropuesta en peligro consentida») o *mediatos* (contribución a la autopuesta en peligro de una víctima no responsable) de la lesión que la víctima se limita a *padeecer*²³⁸. En esta constelación de casos, una eventual

690/2019, de 11 de marzo. Y así también podría explicarse, como el Profesor PEÑARANDA RAMOS me hizo notar en una de nuestras conversaciones al respecto, el que el art. 143.3 CP siga denominando «suicidio» al homicidio de la víctima en el que la cooperación del autor «llegara hasta el punto de ejecutar la muerte»: cuando el autor y la víctima (que siempre aporta, al menos, su cuerpo) coejecutan el hecho, la calificación de «suicidio» que corresponde al hecho de la víctima —y la consiguiente impunidad, si no existiera un precepto que tipificara expresamente este delito— se imputa (recíprocamente) al autor. Como señala FEJOO SÁNCHEZ, «[e]l actual apartado 3.º del art. 143 CP [...] equipara en el único supuesto de favorecimiento punible a una autolesión contemplado en el CP la ejecución de la muerte a una cooperación. Por tanto, nuestro CP nos está diciendo que todo supuesto de “cuasiautoría” no se debe entender más que como una autolesión. [...] La consecuencia es que si no existiera este art. 143, conductas como las tipificadas en dicho precepto serían impunes, de acuerdo con el sentido del art. 138» (2001, *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»*, pp. 385-386). De hecho, el argumento quizás podría extenderse para proponer una interpretación del art. 155 CP distinta de la que resulta habitual en la doctrina, leyéndolo no como una cláusula de *atenuación penológica* de ciertas lesiones en sí mismas típicas (y especialmente graves) cuando la víctima las consiente, sino como una cláusula de *tipificación expresa* de ciertas «cooperaciones ejecutivas a la autolesión» (de nuevo, especialmente graves) que, de otro modo, serían impunes.

²³⁷ El caso más claro de ello en España es, sin duda, el de la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, contempladas, respectivamente, en los apartados 1 y 2 del art. 143 CP; conductas que, de no estarlo, serían atípicas, merced al principio de accesoriedad limitada. Vid., en este sentido, por todos, PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Homicidio», nms. 6903-6904, 6920.

²³⁸ Vid., en este sentido, ROXIN, 1976, pp. 183-193; 1995, pp. 224-225; 2006, pp. 401-417; SCHÜNEMANN, 1975, pp. 720-721; RUDOLPHI, 1977, p. 33; CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 317-318, 354, 358-359, 540-541, 550-560; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 355-358; TOEPEL, 1992, pp. 190-191; LUZÓN PEÑA, 1993, pp. 15-17; 2016, pp. 212-216; FEJOO SÁNCHEZ, 2001, *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»*, pp. 340-398; FEJOO SÁNCHEZ, B, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), pp. 97-99 (a mi juicio, las diferencias entre el planteamiento de este autor y los anteriores radica no tanto en un rechazo del llamado «argumento de la participación» como en la adopción de un concepto diferente de autor); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y PAREDES CASTAÑÓN, 2004, pp. 60-71; KINDHÄUSER, 2007, pp. 94-95; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 381-384, 406; FREI, 2010, pp. 142-145; GARCÍA ÁLVAREZ, 2014, pp. 184-185, 187; MIR PUIG, 2016, pp. 389, 413, 523-524, 530; JÄGER, 2017, nms. 139-152 (pp. 86-95); PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nms. 1404-1417; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 504-521; y, aunque sobre la base de una fundamentación material diferente, en definitiva también ZACZYK, 1993, pp. 30-65; o GIL GIL, 2007, pp. 201-203, 285-343, 417-420. La clave para resolver este grupo de casos se encuentra, así, en la acertada opinión de PEÑARANDA RAMOS, en la idea de que «la mediación de la conducta consciente y responsable de una persona “distancia” no física, pero sí normativamente al primer agente del suceso, porque hace inaceptable la equiparación del comportamiento del intermediario a la interposición de un puro proceso causal. La imagen del hombre que subyace al Ordenamiento jurídico como un ser capaz de determinarse responsablemente tiene como consecuencia no sólo que se pongan a su cargo los hechos antijurídicos que él mismo cometa, sino también una limitación de principio de su esfera de responsabilidad con respecto a los actos antijurídicos ajenos» (2020, «Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor», p. 943). Curiosamente, puede encontrarse ya un germen de esta teoría en la observación de EXNER de que «resulta muy cuestionable que deba castigarse la cooperación a la autopuesta en peligro cuando la cooperación al suicidio es impune» (1930, p. 590). Para una crítica en profundidad de este planteamiento, cfr., no obstante, DERKSEN, 1992, pp. 30-61; y CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 190-291, 383-384.

referencia al incumplimiento por parte de la víctima de sus cargas de autoprotección resulta, de nuevo, tan evidentemente posible, como *superflua* para llegar a la solución correcta; solución que, como se ha visto, puede perfectamente fundamentarse sin necesidad de recurrir al *topos* de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima.

Finalmente, existe un tercer grupo de casos en los que el incumplimiento por parte de la víctima concreta de sus cargas de autoprotección opera —al igual que la inevitabilidad del resultado con la conducta alternativa lícita— como heurístico de la **(no) realización del riesgo** en el resultado, en tanto criterio de imputación objetiva de este a la conducta típica. Aquí puede traerse a colación el «ejemplo de manual» del guardabarreras que olvida cerrar la barrera cuando va a pasar un tren, permitiendo así que un suicida se arroje ante la locomotora y sea mortalmente atropellado. Este caso y el analizado en el inciso (iii) del punto (c) del epígrafe 2 de este apartado de quien, conduciendo a ciento ochenta kilómetros por hora, atropella a un peatón que cruza la vía plantean exactamente el mismo problema. Lo importante no es aquí el descuido por parte de la víctima de sus propios intereses —expresión que, en el caso del suicida, resulta como mínimo eufemística— sino el hecho de que en el resultado producido se ha realizado un riesgo cuya materialización resulta, en ambos casos, ya *ex ante* inevitable con el respeto de la expectativa de conducta defraudada por el autor; dimensión de riesgo en atención a la que, por tanto, el comportamiento no puede considerarse perturbador. Y es que, como señala GIMBERNAT ORDEIG,

«[L]as barreras bajadas sirven para avisar a los que quieren seguir en este mundo que se aproxima el paso de un tren y no para constituir un obstáculo a los suicidas. Es claro que con las barreras no se puede pretender, en serio, evitar las muertes de los que voluntariamente se arrojan ante los trenes; para hacerlo, habría que acudir a una medida mucho más radical: suprimir la circulación ferroviaria»²³⁹.

Al margen de estas constelaciones de supuestos, pueden imaginarse, como se ha dicho, **casos puros de (posible) imputación a la víctima**; casos en los que el autor comete una conducta típicamente perturbadora, que causa un resultado también típico y objetivamente imputable a la primera, pero al que *también* contribuye la víctima concreta a través del incumplimiento de sus cargas de autoprotección. Gráficamente, podría

²³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, 1966, p. 137. Vid., en el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nms. 1424, 1430.

decirse que se plantea en estos casos una suerte de «autoría yuxtapuesta» (*Nebentäterschaft*)²⁴⁰ entre autor y víctima²⁴¹. Aunque la doctrina no suele discutirlo en esta sede, sino solo bajo el tópico de la conducta alternativa lícita²⁴², el del ciclista analizado en el inciso (iii) del punto (c) del epígrafe 2 de este apartado es, de hecho, uno de los mejores ejemplos de este grupo de casos. No obstante, son otros los supuestos pertenecientes a esta constelación los que han suscitado un mayor debate doctrinal en torno a una posible exclusión de la tipicidad de la conducta del autor —o, como mínimo, de la imputación objetiva del resultado— con base el incumplimiento por parte de la víctima de sus cargas de autoprotección: aquellos en que una persona se deja convencer por un engaño del autor que nadie normal en su posición habría creído, llevando a cabo, como consecuencia, un acto de disposición en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero.

Alguien podría dudar, en primer término, que estos sean realmente, como se ha dicho, casos *puros* de imputación a la víctima: ¿acaso puede en estos supuestos calificarse como perturbadora la conducta del autor? ¿No son estos, más bien, casos como los examinados al principio de este epígrafe en los que el *riesgo* para el patrimonio de la víctima creado por aquél es demasiado *nimio* como para considerar jurídicamente

²⁴⁰ Término que, como se vio, la mayor parte de la doctrina traduce (impropiamente) como «autoría accesoria» (vid. n. 111 de este capítulo).

²⁴¹ JAKOBS, 1991, pp. 222-223, 229-230; 1996, pp. 177-178; 1997, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», pp. 274-275, admite la posibilidad de esta estructura de intervención delictiva (en sentido amplio), aunque no explicita los efectos que se derivarían de ella en punto a la responsabilidad penal del autor. De la exclusión de la imputación objetiva que el autor defiende para los casos, estructuralmente muy similares (si no idénticos) de «actuación a propio riesgo» (*Handeln auf eigene Gefahr*) de la víctima (1991, pp. 253-254; 1997, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», p. 221), podría quizás inferirse, no obstante, que sería partidario, contra lo que se defenderá en el texto, de conferirles este mismo tratamiento. También la contempla CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 345-348; 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 95, 119-123, que, si bien se muestra contrario en estos casos a una completa exclusión de la imputación objetiva, propone —de nuevo, contra lo que aquí se sostendrá— conceder relevancia en sede de determinación de la pena al incumplimiento por parte de la víctima de sus cargas de autoprotección. En la misma línea, apunta PUPPE que la responsabilidad del autor no puede quedar excluida «por una corresponsabilidad de la víctima. [...] [L]a corresponsabilidad nunca exime completamente, aun cuando tenga una preponderancia considerable sobre la falta del autor. El lesionado no puede ser puesto aquí en peor situación que cualquier otro partícipe. Si el autor lesiona un deber de cuidado al haber participado en la autopuesta en peligro de la víctima, la infracción añadida por ésta de lo que es de su incumbencia *tendrá un efecto atenuante*, pero, en principio, no se opondrá a que el resultado se impute también al comportamiento del autor contrario al deber de cuidado» (2001, pp. 138-139, énfasis añadido). Vid., igualmente, NEUMANN, 1987, pp. 230-231; y PUPPE, 1997, p. 237 con n. 25; 2017, nms. 211, 220, 225-226, 247.

²⁴² Lo que probablemente se deba a la tendencia mayoritaria a rechazar en este caso la imputación objetiva del resultado, con base en la teoría de la inevitabilidad.

desaprobado su comportamiento? En mi opinión, esto no es así, pero demostrarlo requiere alguna explicación adicional.

Lo primero que, en este sentido, hay que cuestionar es que estos supuestos sean *siempre* casos de riesgo nimio²⁴³. La descripción del engaño como uno «que nadie normal en la posición de la persona engañada había creído» parece abocar a esta conclusión, pero ello no es necesariamente así: el riesgo para el patrimonio generado a través de un determinado engaño no se mide por la capacidad de este último de conducir a una persona-baremo en la posición de la *engañada* a llevar a cabo el correspondiente acto de disposición patrimonial, sino de la probabilidad de que esto sucediera que percibiría una persona baremo en la posición del *autor*. Estos puntos de vista no tienen por qué coincidir y, de hecho, se distancian especialmente el uno del otro en el supuesto de estafa quizás criminológicamente más frecuente: aquella en la que el engaño se dirige a personas perceptiblemente menos inteligentes o más crédulas que la media. Y es que, desde la perspectiva de la persona baremo en la posición del autor²⁴⁴ un engaño patentemente *burdo* —uno que no llevaría nunca a una persona con capacidades normales a incurrir en un error— dirigido a una persona con capacidades visiblemente *inferiores* a la media (un anciano con evidente deterioro cognitivo, por ejemplo) no dará lugar a un riesgo nimio de producir un perjuicio patrimonial, sino a uno bastante considerable²⁴⁵.

²⁴³ Así, HILLENKAMP, T, *Vosatztat und Opferverhalten* (Gotinga: Otto Schwartz, 1981), pp. 87-88, 147; y KURTH, 1984, pp. 164-165, 167.

²⁴⁴ Perspectiva desde la que corresponde, en principio, formular el juicio de peligro (vid. punto (a) del epígrafe 1 del apartado IV del capítulo 2).

²⁴⁵ A esto mismo parece referirse SILVA SÁNCHEZ, cuando señala que «cabe perfectamente concluir que un riesgo que *ex ante* (esto es, en todo caso, antes de haber podido acceder a la *esfera* de la víctima) se muestra como perfectamente inocuo para el ciudadano en cuestión (teniendo en cuenta las *posibilidades* de éste) es un riesgo típicamente irrelevante, un riesgo que no debe prohibirse bajo pena, sino se desea caer en hipertrofias punitivas» (1989, p. 643). La perspectiva contraria defiende, sin embargo, PAWLIK, 1999, pp. 158, 173-174, que admite únicamente una excepción en relación con las víctimas constitucionalmente incapaces de hacerse cargo de sus propios asuntos, como niños o discapacitados psíquicos severos (ibíd., 178, 179-182), sobre la (escalofriante) base de que, en estos supuestos, «[l]a víctima no se presenta [...] como una persona en Derecho que ha cometido un fallo, sino que desmiente *por completo* el estatus de persona en Derecho autorresponsable que se le ha conferido» (ibíd., p. 180, énfasis en el original). El autor fundamenta esta postura «objetivista» con base en un postulado aquí ampliamente compartido: el de que el cometido del Derecho penal no consiste en garantizar las expectativas *individuales* de cada víctima concreta, sino las que rigen *con carácter general* en el tráfico jurídico (las de las víctimas potenciales) (ibíd., pp. 173, 177, 246). Espero, sin embargo, haber demostrado suficientemente en el texto que una cosa no se sigue necesariamente de la otra. Una posición muy cercana a la de este autor —aunque más radical en algunos puntos— y a la que, por tanto, pueden dirigirse, *mutatis mutandis*, las mismas objeciones, sostiene PASTOR MUÑOZ, 2004, pp. 246-256.

Pero, incluso en caso de que cupiera calificar como *insignificante* el riesgo generado por el engaño —piénsese en la maniobra especialmente burda dirigida a inducir a error a una persona con capacidades normales— con ello no queda zanjada la discusión sobre el carácter eventualmente perturbador del comportamiento. Recuérdese, en este sentido, que existe la posibilidad de que una determinada conducta se considere perturbadora (también) en atención a los riesgos nimios que crea o deja de contener, cuando su sentido objetivo se agota en la puesta en peligro de los intereses ajenos²⁴⁶. Y si, conforme a lo defendido en este trabajo, ha de considerarse jurídicamente desaprobada la conducta de quien encuentra una tarjeta de crédito ajena tirada en el suelo e intenta, sin conocer el número secreto, extraer con ella dinero de un cajero automático, ¿por qué no la de quien intenta engañar *burdamente* a otro para provocar a este (o a un tercero) un perjuicio patrimonial? ¿Por qué va a «pesar» más, en un juicio racional de ponderación, el interés del autor en llevar a cabo este engaño que los intereses patrimoniales que este pone en peligro, siquiera mínimamente? ¿Qué libertad de actuar *valiosa* se protege al no considerar perturbador este comportamiento?

En la clase de supuestos ahora objeto de análisis será, en definitiva, extremadamente raro —si es que es posible— que no exista una conducta perturbadora calificable como «engaño bastante» (art. 248.1 CP). Si la persona engañada cae en la trampa y realiza un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno, concurrirá, además, un resultado típico de estafa objetivamente imputable a dicha conducta. Se plantea aquí, pues, un problema *puro* de (posible) imputación a la víctima, con base en el incumplimiento por su parte de sus cargas de autoprotección. Tan es así que la corriente «victimodogmática», popularizada por autores como SCHÜNEMANN desde finales de los años setenta del siglo pasado²⁴⁷, ha encontrado precisamente en este

²⁴⁶ Vid. inciso (i) del punto (b) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2.

²⁴⁷ El planteamiento, que radica, hasta donde alcanzo en las contribuciones seminales de AMELUNG, K, «Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, *passim*, esp. pp. 6-10, 17 (precisamente sobre el delito de estafa) y del propio SCHÜNEMANN, 1978, pp. 32-33, 54-56 (respecto de la protección penal de los secretos privados), ha sido desarrollado por este último autor en numerosos trabajos posteriores: vid., p. ej., SCHÜNEMANN, B, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, ed. Kaufmann, A et al. (Múnich: C.H. Beck, 1979), pp. 130-131; SCHÜNEMANN, B, «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 2 (1986), pp. 196, 439-442; 1999, pp. 38-40; SCHÜNEMANN, B, «Sistema de Derecho penal y victimodogmática», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, ed. Díez Ripollés, JL et al. (Madrid: Tecnos, 2002), pp. 165-170. También, de forma especialmente extensa, en la obra de su discípulo HASSEMER, R, 1981, *passim*, esp. pp. 22-25,

grupo de casos su ámbito de aplicación más importante. De acuerdo con esta línea de pensamiento —fundada en el llamado «principio victimológico»—, el descuido por parte de la víctima de sus propios intereses patrimoniales impediría apreciar la concurrencia de un delito de estafa (o, al menos, de uno consumado²⁴⁸) en esta clase de supuestos, en la medida en que concederle a aquella la protección penal que no ha sabido brindarse a sí misma, debiendo haberlo hecho, vulneraría el principio de *subsidiariedad* del Derecho penal.

Las críticas doctrinales a esta (por lo menos curiosa) aplicación del principio de subsidiariedad por parte de los defensores de la victimodogmática son de sobra conocidas²⁴⁹; como también lo son las basadas en las inaceptables consecuencias a las que conduciría una aplicación generalizada del principio victimológico a delitos distintos de los patrimoniales²⁵⁰. Pero estas no son, a mi juicio, las objeciones más importantes que

72-81 y, en particular, respecto del delito de estafa, pp. 113-167. Vid. también, respecto de este último delito, NAUCKE, W, «Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik», en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, ed. Baumann, J y Tiedemann, K (Tubinga: Mohr Siebeck, 1974), pp. 114-120; y KURTH, 1984, pp. 145-150, 160-197, 244-246, que rechazan sobre esta misma base la imputación objetiva del resultado en este grupo de casos, vinculando las consideraciones victimodogmáticas, respectivamente, al criterio de la adecuación y al del fin de protección de la norma; o ELLMER, 1986, pp. 271-300, que, también sobre la base de una concepción victimológica del principio de subsidiariedad (ibíd., pp. 233-237) propone la restricción teleológica del concepto de «engaño» a los supuestos de defraudación de una confianza de la víctima «digna de protección»; confianza que solo existe cuando aquella no ha infringido (gravemente) sus cargas en relación con la tutela de sus propios intereses (vid., en la misma línea, si bien en términos más genéricos, ARZT, 1984, pp. 111-114). Aunque limitado al ámbito del delito imprudente, guarda cierta similitud con este planteamiento la teoría de FRISCH, P, 1973, pp. 116-127, de acuerdo con la que el incumplimiento por parte de la víctima de sus propias cargas de autoprotección conduce a excluir la protección penal de los intereses de esta, decayendo, en estos casos, la infracción de un deber de cuidado por parte del autor. Creo, por tanto, que ha de coincidir con CANCIO MELIÁ cuando afirma que «[e]n lo que se refiere a la fundamentación material de esta propuesta, la aproximación defendida por este autor [...] responde a la idea que subyace a las aproximaciones dogmáticas que se han producido recientemente bajo el rótulo del así llamado “principio victimológico”, a saber: la de la falta de merecimiento de protección de la víctima. En este sentido, puede decirse que P. FRISCH llevó a cabo una construcción victimodogmática *avant la lettre*» (2001, p. 144).

²⁴⁸ Admiten la posibilidad de una tentativa AMELUNG, 1977, *passim*, p. ej., pp. 12, 14; HASSEMER, R, 1981, *passim*, p. ej., pp. 117-118, 147; KURTH, 1984, p. 150; y SILVA SÁNCHEZ, 1989, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», p. 645.

²⁴⁹ Vid., por todos, HERZBERG, 1977, pp. 294-295; HILLENKAMP, 1981, pp. 175-180; HASSEMER, W, 1990, «Consideraciones sobre la víctima del delito», pp. 249-251; DERKSEN, 1992, pp. 132-136; PAWLIK, 1999, p. 50; CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 245-246; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 158-163; PASTOR MUÑOZ, 2004, pp. 109, 118; ROXIN, 2006, p. 608; CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ, 2010, p. 138; GARCÍA ÁLVAREZ, 2014, pp. 175, 177; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 20.

²⁵⁰ Dificultades señaladas, entre otros muchos, por HERZBERG, 1977, p. 295; HILLENKAMP, 1981, pp. 27, 194-195; DERKSEN, 1992, pp. 127-132; CANCIO MELIÁ, 2001, p. 244; y FEIJOO SÁNCHEZ, 2004, p. 97, cuyo principal botón de muestra es, quizás, la tentación de emplearlo para la restricción teleológica del delito de violación (así, p. ej., ARZT, 1984, pp. 112-113, 115-116); y que, como ha destacado correctamente SILVA SÁNCHEZ, 1989, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate

cabe hacer a este planteamiento, incluso si este pretende ceñirse a los limitados márgenes del delito de estafa. Por de pronto, llama poderosamente la atención que se hable de «retirar la protección penal a una víctima que no la merece (o que no la necesita)²⁵¹» en supuestos como estos en los que la víctima —quien sufre el perjuicio patrimonial como resultado típico del delito de estafa— no tiene, evidentemente, por qué coincidir con quien se deja engañar por el autor; sujeto engañado que, a su vez, no infringe ninguna carga de *autoprotección* (sino, en su caso, auténticos deberes frente a terceros) cuando, como consecuencia del error padecido, realiza un acto de disposición patrimonial en perjuicio *ajeno*. La única respuesta que puede ofrecer la victimodogmática para supuestos «triangulares» de esta clase pasa, hasta donde alcanzo, por defender una imputación al titular del patrimonio del descuido del engañado, en virtud de la relación jurídica de apoderamiento que autoriza al segundo para disponer de los bienes del primero²⁵². Con ello se llega, no obstante, al paradójico resultado de que la víctima pierde su condición de tal a efectos penales por el hecho de ser *doblemente atacada*: por un lado, por el autor del engaño; por otro, por su propio apoderado, cuyo descuido *se hace valer* —pues, por definición, no puede serlo— como una infracción *autorresponsable* por parte del titular del patrimonio de sus cargas de autoprotección²⁵³.

Con todo, el problema principal no reside tampoco aquí, sino en el núcleo teórico mismo del principio victimológico, a mi juicio incompatible con la lógica *preventiva* de la responsabilidad penal y el consiguiente papel marginal que corresponde, en este ámbito, a la víctima concreta del delito²⁵⁴. Y es que la víctima «no merecedora de protección penal» a la que se refieren los partidarios del enfoque victimodogmático es (necesariamente) la víctima *concreta* que, descuidando sus propios intereses, ha contribuido a la producción del resultado típico. Pero a esta víctima, que ya ha sido

sobre la victimodogmática», p. 639, conducen al propio SCHÜNEMANN, 1986, p. 442; 1999, pp. 38, 40; 2002, p. 168, a rechazar la aplicación de este principio cuando se trata de delitos violentos (¡aunque no de delitos sexuales sin violencia!: 2002 pp. 168-169, 170). Vid., en la misma línea, HASSEMER, R, 1981, pp. 65-68; y GARCÍA ÁLVAREZ, 2014, pp. 178-179.

²⁵¹ Al respecto, vid. AMELUNG, 1977, p. 10.

²⁵² Así, AMELUNG, 1977, pp. 14-15; HASSEMER, R, 1981, pp. 172-173; y, desde una perspectiva diferente, PAWLIK, 1999, pp. 207-211.

²⁵³ Un argumento muy similar hace valer ELLMER, 1986, pp. 290-292, en su crítica a este planteamiento, lo que lo conduce a exigir en estos supuestos, para la exclusión de la tipicidad del comportamiento, que *también la propia víctima* haya infringido (gravemente) sus cargas de autoprotección en la *selección* de su apoderado.

²⁵⁴ Vid., especialmente, epígrafe 2 del apartado III del capítulo 1.

lesionada, el Derecho penal ya no puede concederle protección; ni puede retirársela para el futuro sin retirársela a la vez a todas las víctimas *potenciales* de hechos similares, que, por hipótesis, no han hecho nada para merecerlo²⁵⁵. El *beneficio injustificado* que, en definitiva, supone para el autor una declaración de atipicidad —o la apreciación de una simple tentativa—, en un caso en el que a su conducta típicamente perturbadora le es objetivamente imputable un resultado lesivo²⁵⁶, no se obtiene, pues, a costa de quien ha incumplido sus cargas de autoprotección (una víctima concreta a la que el Derecho penal ya no puede quitarle nada) sino a costa de *la sociedad en su conjunto*, que —por motivos poco claros— se ve obligada a renunciar a la imposición al autor de una pena que, si existe culpabilidad²⁵⁷, será tan preventivamente *necesaria* como *merecida*²⁵⁸.

La función preventiva de la responsabilidad penal impone, en este sentido, a mi juicio, no conceder relevancia alguna, como criterio de imputación, al hecho de que la víctima haya contribuido, descuidando sus propios intereses, a la producción del resultado típico. En los casos *puros* de (posible) imputación a la víctima, no debería, por tanto,

²⁵⁵ Como atinadamente señala DERKSEN, «[c]uando se presta atención a la víctima (concreta) del delito, sobre todo a través de la consideración de su merecimiento y necesidad de protección, también se está enjuiciando su (co)rresponsabilidad. La corresponsabilidad de la víctima, su implicación en el acontecimiento social definido como delito adquiere sentido únicamente mediante la orientación de la dogmática a la víctima *concreta*. La víctima, en abstracto, siempre necesita la protección del Derecho penal y también es siempre digna de ella. Pero contra a esta consideración del *merecimiento de protección* como baremo de la imputación parece que podría afirmarse, *prima facie*, que un criterio rector individualista como este no puede desempeñar un papel importante en un Derecho penal orientado a garantizar normas elementales, cuyo ámbito de aplicación no puede, por tanto, determinarse en función de que la víctima *individual* merezca o no la protección del Derecho penal» (1992, p. 140, énfasis en el original). De acuerdo con el autor, este planteamiento solo se sostendría «[s]i se partiera de un entendimiento básico del Derecho penal como instrumento para la protección de la persona *concreta* y sus bienes» (ibíd., p. 134, énfasis en el original). Vid., en el mismo sentido, NEUMANN, 1987, *passim*, esp. pp. 229-230; TOEPEL, 1992, pp. 125-127; y PAWLIK, 1999, p. 52.

²⁵⁶ Nótese que este resultado que no le es nada menos imputable a su conducta por el hecho de que lo sea *también* a la conducta de la víctima. Aquí puede plantearse, de nuevo, el símil con la figura de la autoría yuxtapuesta: ¿acaso se atenúa en este caso la pena correspondiente a cada uno de los autores por el simple motivo de que el hecho les sea imputable a todos a la vez, en lugar de a cada uno aisladamente?

²⁵⁷ Vid. apartado III de este capítulo.

²⁵⁸ En palabras de FRISCH, «no se trata, p. ej., de negar una satisfacción, tras cometerse el hecho, a la víctima que ha descuidado protegerse a sí misma, precisamente porque podría haberse autoprotegido. Al interpretar algunas de las posturas victimodogmáticas se tiene a veces la impresión de que tras la reducción de la intervención penal opera motivando también un entendimiento del Derecho penal en tales términos. En un Derecho penal que ha de operar de modo pedagógico-socialmente preventivo y que pretende salir al paso, mediante el castigo de determinadas conductas, a futuras conductas de esa clase, renunciar a la pena por la autoprotección no significa sino indicar al autor que frente a una determinada clase de ataques tiene que contar si acaso con la autoprotección de la víctima, y frente a la víctima la apelación a que puede protegerse a sí misma; el Estado se mantiene al margen de tales asuntos [...]. [E]sto supone alentar y exhortar a la ley del más fuerte, o a hacer uso de la legítima defensa» (2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 162 con n. 184).

excluirse con este fundamento la tipicidad de la conducta ni la imputación objetiva del resultado. Ni debería siquiera —como en una línea más moderada han propuesto otros autores— *atenuarse* sobre esta base la pena que eventualmente se impusiera al autor²⁵⁹; operación que, en Derecho español, resulta especialmente cuestionable al haberse suprimido legislativamente la circunstancia atenuante, contemplada en el art. 9.5.ª CP73, «de haber precedido inmediatamente [*scil.* al delito] provocación o amenaza adecuada por parte del ofendido». **Al incumplimiento por parte de la víctima concreta de sus cargas de autoprotección no le corresponde**, en definitiva, de acuerdo con lo aquí defendido, **papel autónomo alguno en la estructura dogmática del delito**.

III. LA IMPUTACIÓN PERSONAL AL AUTOR DE LA PERTURBACIÓN TÍPICAMENTE ABARCADA (LA CULPABILIDAD)

Si hay algo que caracteriza paradigmáticamente a la responsabilidad penal y la distingue de otras formas de responsabilidad contempladas en el Derecho español —y la aproxima, por cierto, a la responsabilidad moral²⁶⁰— es, sin duda, su estricta sujeción al

²⁵⁹ Como defendiera paradigmáticamente HILLENKAMP, 1981, *passim*, esp. pp. 211-309, que llega a afirmar que esta postura «probablemente no cuenta con oponente alguno» (ibíd., p. 211). En la misma línea, vid., p. ej., KURTH, 1984, pp. 233-234, 246; PUPPE, 2001, pp. 138-139; 2017, nm. 184a; CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 95, 119-123; CANCIO MELIÁ Y PEÑARANDA RAMOS, 2004, pp. 35-40; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y PAREDES CASTAÑÓN, 2004, pp. 81-83; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 479; ROXIN, 2006, pp. 609-610; CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ, 2010, pp. 135-136; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 725; y también (*de lege ferenda*), aunque sobre la base de un planteamiento causal felizmente superado, BINDING, 1919, pp. 587-591. Cfr., no obstante, NEUMANN, 1987, pp. 230-234; y, aunque solo en relación con el delito de administración desleal, GROSSE-WILDE, T, «Richterrechtliche Strafzumessungsregeln für die Untreue?», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, vol. 11 (2018), p. 458. En esta corriente hay que incluir también al nada despreciable grupo de autores que defienden, para el delito imprudente, la posibilidad de degradar la imprudencia del autor —de grave a leve (ahora, «menos grave»)— con base en el descuido por parte de la víctima de sus propios intereses que ha contribuido al resultado lesivo. Así, CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 176-177, 221, 334-335, 359-360, 368-370; 2015, pp. 92, 96-97; LUZÓN PEÑA, 1990, pp. 66-67, 79; 2016, p. 304; CANCIO MELIÁ Y PEÑARANDA RAMOS, 2004, pp. 41-44; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y PAREDES CASTAÑÓN, 2004, pp. 79-80; y DE VICENTE REMESAL, J, «Dos propuestas legislativas antagónicas sobre el homicidio por imprudencia leve: referencia especial al ámbito de la seguridad vial», *Derecho y Proceso Penal*, vol. 36 (2014), p. 142. Crítico, no obstante, QUINTERO OLIVARES, G, «La contribución de la víctima al daño y el alcance de la llamada compensación de culpas», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 139, 140. Subraya correctamente la incongruencia que supone tener en cuenta estas consideraciones en sede de determinación de la pena pero negarse, a la vez, a valorarlas para restringir teleológicamente el alcance de los tipos ARZT, 1984, p. 109, aunque, como se ha visto, se decanta por la postura (coherente) contraria a la defendida en el texto.

²⁶⁰ Lo que distingue a la responsabilidad penal de la moral no es tanto el criterio de imputación personal de una y otra (prácticamente idéntico) como la *clase de hechos* por los que se puede responder en uno y otro orden normativo. El elenco de lo potencialmente inmoral es, como no podría ser de otra manera, mucho más amplio que el de lo potencialmente delictivo, por mucho que la atribución de una y otra forma de

principio de culpabilidad. La responsabilidad penal depende, en efecto, tanto en el *an* como en el *quantum*, de la existencia de una vinculación personalísima entre el autor y el hecho por el que responde, así como de la intensidad de tal vinculación: la pena solo puede imponerse por hechos que el autor podía personalmente evitar, y en una medida inversamente proporcional a lo «comprensible» que resulte, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, no haberlos evitado.

El **fundamento** de la sujeción de la responsabilidad penal al principio de culpabilidad no puede dilucidarse sin tomar como punto de partida una determinada teoría de la pena²⁶¹, discusión en la que, por razones evidentes, no puedo tomar partido en este trabajo, más allá de volver a subrayar lo que —en línea con la doctrina prácticamente unánime— se sostuvo en el capítulo 1: que la responsabilidad penal tiene una función (al menos, predominantemente) *preventiva*. Pero de *cómo* se conciba que opera en concreto la pena como institución preventiva dependerá el papel que, en el marco de esta lógica, se le otorgue al principio de culpabilidad.

Muy simplificada, los defensores de una teoría preventivo-general «positiva» de la pena —la pena previene delitos a través de la confirmación (contrafáctica) de la prohibición de cometerlos cuya vigencia ha cuestionado el autor— tenderán a entender el principio de culpabilidad como una *exigencia* derivada de la propia función preventiva de la pena²⁶²: para que el delito pueda interpretarse como un acto de

responsabilidad —a diferencia de otras formas de responsabilidad jurídica— presuponga la infracción personal de un deber de conducta y se gradúe en función de la posibilidad del autor de distanciarse personalmente de su hecho. Vid., en sentido similar, MOLINA FERNÁNDEZ, 2000, *passim*, esp. pp. 59, 62; 2016, p. 401; VALIENTE IVÁÑEZ, 2018, pp. 15, 190-195, 229-230; 2020, pp. 3-4, 9. Extiende, sin embargo —y muy cuestionablemente, a mi juicio— esta analogía al Derecho de daños MOORE, 2009, *passim*, esp. pp. 3-4, 95-96.

²⁶¹ Ya EXNER afirmaba con (justificada) contundencia que «[e]l problema de la culpabilidad radica en el problema de la pena. Clarificar la naturaleza y la finalidad de la pena permitiría comprender más claramente la naturaleza de la culpabilidad penal» (1910, p. 1).

²⁶² Como demuestra, paradigmáticamente, la opción de JAKOBS, 1991, pp. 469-470, 480-484, 557-560; JAKOBS, G, «Culpabilidad y prevención», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), *passim*; 1997, «El principio de culpabilidad», *passim*, esp. pp. 384-388; 2012, pp. 61-63, por un «concepto funcional» de culpabilidad, pero también la admisión en esta sede, por parte de ROXIN, 1976, pp. 209-211, 270; 2006, pp. 851-855, de una categoría configurada en términos tan netamente funcionales como la «responsabilidad» (vid. también; ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 962-965). Que no existen, contra lo que pueda parecer, diferencias tan sustanciales entre uno y otro planteamiento lo pone perfectamente de manifiesto, a mi juicio, que la siguiente cita no haya sido extraída de la *Parte General* de JAKOBS, sino de la de ROXIN: «La paz y la seguridad jurídicas en una sociedad resultan de la expectativa de que a los seres humanos se les induce por regla general a la conducta fiel al Derecho mediante prohibiciones y mandatos. Por ello, cuando alguien infringe las leyes penales se produce una conmoción de la conciencia jurídica general (y con ella descontento e inseguridad) que se solventa de nuevo cuando las normas se afirman en su vigencia

«rebeldía» frente al ordenamiento jurídico por parte del autor, ha de tratarse, como mínimo, de un hecho que este haya podido evitar; hecho que cuestionará tanto más la vigencia de la norma cuanto menos capaz sea el autor de presentarlo como algo diferente de una declaración directa, consciente y voluntaria de que esta no lo vincula²⁶³. Desde esta perspectiva la culpabilidad del autor se encuentra indisociablemente vinculada a la *necesidad de pena*. Por su parte, los partidarios de una teoría preventivo-general «negativa» (intimidatoria) —la pena previene delitos ofreciendo a los autores potenciales razones prudenciales para no cometerlos— concebirán el principio de culpabilidad más bien como un *límite deontológico* a la prevención, derivado de consideraciones de justicia retributiva (merecimiento): aunque reaccionar con penas a las conductas típicamente perturbadoras de autores no culpables podría ser útil para incentivar a *los demás* a no comportarse del mismo modo²⁶⁴, su imposición no podría legitimarse frente a la persona

mediante la punición del sujeto. [...] De lo anterior se deriva que la aplicación del Derecho penal es innecesaria e inadecuada cuando la suposición de que una persona era motivable por el Derecho resulta infundada por su estado mental o anímico o por las circunstancias de la situación. Así sucede con las personas mental o psíquicamente enfermas y gravemente perturbadas en su capacidad de motivación, así como las inmaduras o con aquellas que no podían alcanzar a conocer las normas. De ellas no se espera en general que observen las normas. Si infringen la ley no se defrauda ninguna expectativa social, y la conciencia social no se conmueve. Nadie resulta estimulado a imitarlos, porque la vigencia de la norma a los ojos de la opinión pública no resulta disminuida por tales hechos» (ROXIN, 2006, p. 873; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 985); un parentesco entre ambas concepciones que, por lo demás, siempre han reconocido tanto el propio ROXIN (vid. 2006, p. 874; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 985), como JAKOBS, 1997, «Culpabilidad y prevención», pp. 77, 87-88.

²⁶³ En palabras de JAKOBS, «sea cual sea la razón de que en una concepción moderna la pena presupone culpabilidad, en todo caso puede decirse que en el marco de tal concepción no existe una lesión de la vigencia de la norma jurídico-penalmente relevante sin culpabilidad, esto es, que la finalidad de la pena no cristaliza en la vulneración de una norma —que puede producirse sin culpabilidad— como injusto, sino en la culpabilidad. Desde esta perspectiva, formulándolo como norma, detrás de la norma de comportamiento hay otra norma [...] con el siguiente tenor: ¡no seas culpable! Solo quien vulnera la norma de comportamiento siendo responsable, esto es, siendo culpable, vulnera *esta* norma, y en *esta* vulneración de la norma es en donde cristaliza la finalidad de la pena, porque es *esta* vulneración de la norma la que constituye la lesión de la vigencia de la norma» (1997, «El concepto jurídico-penal de acción», p. 123, énfasis en el original). Vid. también 1991, *passim*, p. ej., pp. 139, 164, 183-184, 386; 1997, «Culpabilidad y prevención», *passim*, esp. pp. 91-92; 2012, pp. 23-24, 60; 2020, «Bemerkungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand», n. 2; postura que acoge plenamente y desarrolla CANCIO MELIÁ, M, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, ed. López Barja de Quiroga, J y Zugaldía Espinar, JM (Madrid/ Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset/ Marcial Pons, 2004), pp. 74-77. Como explica PEÑARANDA RAMOS, «para las teorías de la prevención general positiva, la cualidad del autor como persona a la que se reconoce libertad y razón es una condición ya intrínseca para que se pueda imponer una pena: sólo en ese caso quien actúa en contra del Derecho puede poner efectivamente en cuestión la vigencia de la norma» (2001, p. 414).

²⁶⁴ Precisamente en este sentido se refiere HART a la fundamentación del principio de culpabilidad ofrecida por BENTHAM nada menos que como «un espectacular *non sequitur*» (HART, HLA, «Prolegomenon to the Principles of Punishment», en *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, ed. Gardner, J, 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 19). Lo destacan con acierto VARONA GÓMEZ, 2000, pp. 24-28; y PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)», p. 145, con ulteriores referencias.

concreta en la que recae, que solo la aceptaría como una consecuencia *justa* de su comportamiento si —y en la medida en que— este le fuera personalmente atribuible. Desde este punto de vista, la exigencia de culpabilidad somete la posibilidad de imponer una pena (preventivamente necesaria) a que esta sea también una pena *merecida*²⁶⁵.

Sea como fuere, a los efectos de la presente investigación interesa especialmente destacar dos aspectos. El primero de ellos es que tanto una como otra fundamentación del principio de culpabilidad —como exigencia de las necesidades preventivas y como límite a la prevención basada en consideraciones de merecimiento— son completamente **ajenas a la lógica de la responsabilidad civil**; responsabilidad que, como se vio, ni tiene por función el prevenir comportamientos perturbadores, ni se asigna con base en criterios de justicia retributiva²⁶⁶. Es por ello por lo que, como se verá con algo más de detenimiento en el próximo capítulo, la responsabilidad civil por culpa, objeto de este trabajo, no presupone necesariamente que el dañante haya cometido culpablemente (infringiendo un deber personal de comportamiento) la conducta perturbadora a la que resulta imputable el daño padecido por el perjudicado. En esta línea, como trataré de argumentar, si ciertos dañantes no culpables se encuentran exentos de responsabilidad civil —como es el caso en España, señaladamente, de los niños menores de catorce años— ello no obedece, como en Derecho penal, a exigencias derivadas del principio de culpabilidad, sino a razones de política jurídica general, con base en las que se impone excepcionalmente al perjudicado un deber de soportar el daño²⁶⁷.

El segundo de los aspectos que conviene destacar en este punto —en el que me detendré algo más— es que, como no podría ser de otra manera, las exigencias del principio de culpabilidad se traducen a la estructura dogmática del delito, dando lugar a la categoría tradicionalmente designada con el mismo nombre²⁶⁸, y para la que hoy se

²⁶⁵ Así, por ejemplo, PEÑARANDA RAMOS, 1990, *Proyecto docente (Concurso para Profesor Titular de Derecho Penal)*, pp. 79-81; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2000, *passim*, esp. pp. 63, 79-80, 85; 2016, pp. 410-411.

²⁶⁶ Vid. epígrafe 2 del apartado II del capítulo 1.

²⁶⁷ Vid. apartado VI del capítulo 4.

²⁶⁸ Defiende, en cambio, la posibilidad de desligar la estructura de la culpabilidad como categoría dogmática del principio homónimo limitador del *ius puniendi* autores como PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)», pp. 145-147, nn. 413 (p. 145) y 979 (pp. 402-403). De acuerdo con este autor, solo la primera podría estar imbuida de consideraciones preventivas, mientras que el segundo —en la línea sostenida, paradigmáticamente, por FRISTER, H, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle*

prefiere muchas veces la denominación (según algunos, más neutra) de «imputación personal»²⁶⁹. A un estudio necesariamente superficial de la **estructura** de esta categoría dogmática —con los fines meramente «topográficos» que caracterizan a este trabajo y sin pretensión alguna de hacer justicia a las discusiones doctrinales desarrolladas en torno a esta materia— se dedica el presente apartado. La exigencia de culpabilidad implica, en primer lugar, que no hay delito si la perturbación típicamente abarcada (constatada en el nivel del injusto típico) no le resulta atribuible al autor en tanto *infracción de un deber personal*, lo que presupone, como mínimo, la capacidad por su parte de comportarse en el sentido exigido por la norma: *ad impossibilia nemo tenetur*. A este elemento «absoluto» de la culpabilidad —absoluto, en el sentido de que constituye una exigencia *sine qua non* para la imposición de una pena al autor, por mínima que esta sea— se dedicará el epígrafe 1 de este apartado. En el epígrafe 2 se analizarán, por último, los elementos de esta categoría dogmática que, por oposición al anterior, cabe calificar como «graduales»; elementos cuya concurrencia en mayor o menor medida condiciona la posibilidad del autor de *distanciarse personalmente* de su hecho y, por ende, la magnitud de la pena (proporcional a la culpabilidad) que corresponde imponerle²⁷⁰.

Grundprinzipien des Strafrechts (Berlín: Duncker & Humblot, 1988), pp. 19-23; y, entre nosotros, por PÉREZ MANZANO, M, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Madrid: UAM Ediciones, 1990), pp. 147-160 —operaría exclusivamente como un *límite* de carácter deontológico a la prevención. PUENTE RODRÍGUEZ no descarta, sin embargo, «que lo que ahora llamamos “límites axiológicos” o “garantías frente a la prevención” no sean más que “prevención cristalizada” (la “foto fija” de las necesidades preventivas de un determinado momento histórico)» (PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)», p. 146); planteamiento últimamente defendido, a mi juicio, de forma muy convincente, por RODRÍGUEZ HORCAJO, D, «¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen 1*, ed. Cancio Meliá, M et al. (Madrid: UAM Ediciones, 2019), *passim*, que lo había apuntado ya en 2016, p. 296. Sea como fuere, lo cierto es que esta importante discusión tiene pocos efectos *en lo que aquí interesa*, en la medida en que, como se tratará de argumentar en el texto, los componentes estructurales básicos del juicio de culpabilidad pueden fundamentarse tanto desde un punto de vista como desde el contrario. Lo que parece, en todo caso, ciertamente difícil de justificar es la independencia entre la estructura de la culpabilidad como categoría dogmática y las funciones político-criminales que se asignen al principio del mismo nombre (cualesquiera que sean).

²⁶⁹ Así, p. ej., MIR PUIG, 2016, pp. 135, 150. En este trabajo, se utilizarán indistintamente ambas denominaciones.

²⁷⁰ La concepción de la culpabilidad que aquí se expone es completamente tributaria del planteamiento que el Profesor PEÑARANDA RAMOS me ha transmitido en numerosas conversaciones al respecto y del que ha dejado «huellas» por escrito en distintos trabajos, aunque sin darle el desarrollo que, a mi juicio, merecería. Sirva el texto que sigue —en el que tales obras serán objeto de cita, cuando proceda— como «altavoz» de la que humildemente considero la construcción de la culpabilidad más convincente de todas las que he tenido la ocasión de examinar. Una comprensión similar de la exculpación (en sentido amplio) como un juicio sobre la medida en que el autor puede distanciarse personalmente de su hecho se deja atisbar, asimismo, no obstante, en ciertos pasajes de la obra de JAKOBS (p. ej., pp. 497-499, 509-512, 704) y DAN-COHEN, 1992, p. 990.

RESPONSABILIDAD PENAL		RESPONSABILIDAD CIVIL	
INJUSTO TÍPICO	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>jurídicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>		
	Subsunción típica - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo	Daño Concepto subjetivo y concreto	
IMPUTACIÓN PERSONAL	Imputación del daño a la perturbación Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)		
	- Elemento <i>absoluto</i> : capacidad personal de comportamiento conforme a la norma - Elementos <i>de graduación</i> : dolo natural y conocimiento de la prohibición + otros elementos subjetivos + grado de capacidad personal de comportamiento conforme a la norma	No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado	
PUNIBILIDAD		No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i> », « <i>wrongful life</i> » etc.	

1. Elemento absoluto: capacidad personal de comportamiento conforme a la norma

Gráficamente, cabe entender la atribución de culpabilidad como un proceso en el que la sociedad —personificada en la autoridad estatal—, que ha identificado a uno de sus miembros como autor de una perturbación típicamente abarcada (injusto típico), reclama a este sujeto una *explicación* del hecho²⁷¹; demanda ante la que el autor puede desde presentar la perturbación como un accidente inevitable, hasta describirla como un acto de oposición frontal al ordenamiento jurídico, pasando por todos los niveles intermedios. En el primero de los casos, tanto la necesidad como el merecimiento de pena serán *nulos*: el comportamiento del autor, que no tenía capacidad de actuar de otra manera, ni habrá cuestionado en absoluto la vigencia de la norma, ni le será personalmente atribuible a título de demérito. En el segundo, por el contrario, necesidad y merecimiento de pena serán *máximos*: la vigencia de la norma queda especialmente

²⁷¹ Como señala SILVA SÁNCHEZ, «[e]l carácter relacional de la responsabilidad es inherente a su propia etimología de “respuesta” en diversas lenguas: *respondeo*, *ver-antworten*. [...] No se responde sin más. [...] Por el contrario, alguien responde por algo, frente a alguien, en virtud de un sistema de normas» (2018, pp. 108-109). Vid., en el mismo sentido, CASTELLVÍ MONSERRAT, 2020, pp. 408-409; y MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 302-309.

puesta en tela de juicio cuando la única explicación que el autor puede proporcionar de su comportamiento equivale a una declaración de que el Derecho por el que la sociedad se rige no lo vincula; explicación que, a su vez, no permite distanciar en lo más mínimo al autor de la perturbación típicamente abarcada, que le resulta plenamente atribuible como hecho propio²⁷².

De todas las explicaciones que un autor puede ofrecer de su conducta perturbadora, la única que equivale a presentar el hecho como un accidente, eliminando tanto la necesidad como el merecimiento de pena, es, pues, su **inevitabilidad personal**: la afirmación de que aquel no tenía la capacidad de comportarse en el sentido prescrito por la norma²⁷³. A ello equivalen precisamente las alegaciones de *ausencia de acción* —

²⁷² En sentido similar, señala MOLINA FERNÁNDEZ que «[s]ólo cuando hay imputación subjetiva plena el individuo *no puede alejarse del hecho* —de su hecho— e imputárselo a un tercero o a otro factor causal previo» (2016, p. 399, énfasis añadido).

²⁷³ Contra lo que plantea un creciente número de autores, no creo que haya ninguna razón de peso para entender que dicha capacidad presupone la *representación* de los presupuestos del deber emanado de la norma (en la imputación «ordinaria» a título de dolo) o de los presupuestos de la correspondiente exigencia de cuidado (cuya infracción fundamentaría una imputación «extraordinaria» de la infracción de la norma a título de imprudencia); así, entre otros, TOEPEL, 1992, *passim*, esp. pp. 21-31; KINDHÄUSER, 1994, pp. 201-204, 209, 210; , pp. 17-19 RENZIKOWSKI, 1994, pp. 153-155, 282; VALIENTE IVÁÑEZ, 2018, *passim*, esp. 161, 177-180, 293, 303, 329, 333; 2019, p. 5; 2020, *passim*, esp. pp. 8-9, 10-11, 16-17; GONZÁLEZ LILLO, D, «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, vol. 2 (2019), pp. 8-17; MAÑALICH RAFFO, 2020, pp. 13-14; y, aparentemente, WILENMANN, 2017, *passim*, esp. pp. 356-357. A mi juicio, la complejidad del sistema dogmático preconizado por esta corriente —del que puede encontrarse un excelente resumen en DE LA FUENTE HULAUD, 2019, pp. 17-19, 21-49— deriva del hecho de que estos autores construyen los presupuestos del *incumplimiento* personalmente imputable de la norma (culpabilidad) sobre la base de algo que, en rigor, no interesa en absoluto al Derecho penal: los requisitos que, a su juicio, han de darse para que a alguien pueda imputársele personalmente su *cumplimiento*. El razonamiento adopta, básicamente, la siguiente forma: como el cumplimiento de una norma solo resulta personalmente imputable si esta se toma (conscientemente) como *razón* para el comportamiento correcto, entonces la *capacidad* para el cumplimiento de la norma —necesaria para la imputación personal de su infracción— presupone la *posibilidad* de haberla tomado como razón para la acción en el momento del incumplimiento, y por tanto, necesariamente, la *representación* de que concurrían sus presupuestos. En palabras de MAÑALICH RAFFO, «los criterios de imputación del quebrantamiento de la norma se identifican con las condiciones de cuya satisfacción depende que del destinatario de la norma pueda esperarse el seguimiento *intencional* de esta, bajo la premisa (contrafáctica) de que el seguimiento de la norma sería su preferencia dominante» (2020, p. 16, énfasis añadido). Pero, incluso aunque los requisitos necesarios para considerar que a alguien le resulta imputable el cumplimiento de una norma fueran tan estrictos como estos autores pretenden —cosa que, a mi juicio, resulta francamente discutible—, no alcanzo a entender por qué razón habría que partirse de ellos para la determinación de los criterios de *responsabilidad* personal por un comportamiento *contrario* a la norma. Esto es un claro *non sequitur* salvo que antes se demuestre que los criterios de imputación del demérito son los mismos que los del mérito; afirmación que, amén de resultar contraintuitiva, no ha sido siquiera defendida expresamente por ninguno de estos autores. Todo ello, con independencia de lo criticable (por disfuncional, aunque no solo) que resulta la construcción de la teoría del delito tomando como punto de partida la «teoría de la acción» o la «teoría de la norma» y no las finalidades (político-criminales) a las que se orienta la imposición de penas; aspecto en el que coincido punto por punto con la certera argumentación desarrollada por PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)», pp. 167-168 (esp. n. 459).

y de incapacidad personal de contener el riesgo en las omisiones—²⁷⁴, de *inimputabilidad* (arts. 20.1-3 CP), de *inexigibilidad* (miedo insuperable: art. 20.6 CP)²⁷⁵, y de *error de tipo* o de prohibición *personalmente invencible* (art. 14 CP)²⁷⁶. En todas estas circunstancias, la perturbación típicamente abarcada no puede imputarse personalmente al autor y se interpreta socialmente como si de un fenómeno natural (lesivo) se tratase, de forma que no se conmueve en absoluto la vigencia de la norma. Necesidad y merecimiento de pena quedan, en definitiva, completamente excluidos.

Estudiar cada una de estas eximentes con la profundidad que merecen excedería con mucho el objeto de esta investigación. Baste señalar aquí que, pese a lo que la expresión «inevitabilidad personal» podría dar a entender, la frontera entre lo que, a estos efectos, se entiende por «evitable» e «inevitable» —la línea que separa la inimputabilidad

²⁷⁴ Como argumenté en el epígrafe 4 del apartado IV del artículo 2, estas circunstancias no condicionan, a mi juicio, la existencia de una perturbación sino solo la posibilidad de imputársela personalmente al autor (con la importante consecuencia de que son, en principio, totalmente irrelevantes a efectos de responsabilidad civil).

²⁷⁵ En la medida en que, excluyendo los casos de «justificación personal» a los que, de acuerdo con lo defendido en el capítulo anterior, habría que dar cabida en sede de estado de necesidad (vid. inciso (ii) del punto (c) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2), pueda identificarse todavía un ámbito de aplicación para esta circunstancia que, al mismo tiempo, no se solape con el trastorno mental transitorio del art. 20.2.º CP. Sobre este particular, vid., por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Exigibilidad y causas de inexigibilidad», nms. 2605-2607.

²⁷⁶ El error *objetivamente* invencible de tipo o sobre los presupuestos de una causa de justificación —aquel en el que habría incurrido la persona baremo en la posición del autor—, a diferencia del solo *personalmente* invencible —conocimientos del autor (inevitavelmente) inferiores a los de la persona baremo en su posición— excluye ya, como se vio, la existencia misma de una perturbación, sin que proceda siquiera, por tanto, entrar a valorar la culpabilidad (vid. punto (a) del epígrafe (1) e inciso (ii) del punto (b) del epígrafe (3) del apartado IV del capítulo 2). Por su parte, la idea de un «error de prohibición objetivamente invencible» constituye una auténtica contradicción en los términos: la persona baremo en la posición del autor nunca erraría sobre el Derecho, pues aquella no es más que la personificación de la perspectiva de un ordenamiento jurídico que no puede equivocarse sobre sí mismo (vid. n. 188 del capítulo 2). En esta misma línea, sostiene correctamente LUZÓN PEÑA que «un error de prohibición no puede ser, por definición, objetivamente invencible para el hombre ideal desde la perspectiva jurídica» (2016, p. 265; vid. también pp. 527, 528). Conciben, en cambio, la posibilidad de un error de prohibición objetivamente invencible MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 481, n. 166 (pp. 481-482); y MIR PUIG, 2016, p. 553, que matiza, en todo caso que un error de esta clase rara vez concurrirá en la práctica, dada la publicación de las leyes penales. Sorprendentemente, sin embargo, este último autor no considera que en esta clase de situaciones se encuentre excluida la antijuridicidad —como ocurre, a su juicio, en los supuestos de error *de tipo* objetivamente invencible (vid. *ibíd.*, *passim*, p. ej. pp. 181, 432, 435-436, 438-440)—, sino que opina, con la doctrina mayoritaria, que el error de prohibición (incluso objetivamente invencible) solo puede tener incidencia en la culpabilidad. El argumento con base en el que MIR PUIG fundamenta esta postura resulta, no obstante, algo confuso, si es que no ha de entenderse en un sentido puramente dogmático. De acuerdo con el autor, «[a]unque el error de prohibición sea objetivamente invencible, no excluirá la antijuridicidad, sino sólo su imputación. Ello se debe a que, aunque impide prohibir el hecho a todo hombre medio en la posición del autor, y no sólo a éste, no obsta a la imputación intersubjetiva del hecho, sino sólo a la de su carácter antijurídico. La imputación intersubjetiva de la antijuridicidad presupone la previa existencia de ésta» (*ibíd.*, p. 533). En esta misma línea, aunque negando en este grupo de casos (de forma más consistente, a mi juicio), la propia tipicidad de la conducta, vid. las interesantes reflexiones de FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 126-128.

y la inexigibilidad totales de las disminuidas, el error invencible del vencible, etc.— no puede determinarse sin atender a **consideraciones normativas**. Y es que, como han señalado autores muy cualificados, en muchas ocasiones (y sobre todo en supuestos-límite) el juicio sobre si el autor era «capaz» de comportarse conforme a lo jurídicamente prescrito tiene mucho más que ver con la concreta construcción social de un estándar de *normalidad* que con lo que el autor estuviera facultado para hacer o no hacer desde el punto de vista ontológico: no todo lo que, de hecho, merma la capacidad del autor de comportarse conforme a la norma condiciona al mismo tiempo su responsabilidad penal²⁷⁷.

Solo desde esta perspectiva puede determinarse lo que significa, a los efectos de una eventual declaración de inimputabilidad —o de un error de prohibición invencible²⁷⁸—, la incapacidad del autor de «comprender» la ilicitud del hecho: ¿puede «comprenderla», por ejemplo, un psicópata que es capaz de *representarse* el hecho como prohibido, pero no de *interiorizar* las valoraciones que subyacen a la norma²⁷⁹? ¿O el

²⁷⁷ En palabras de MARTÍN LORENZO —referidas a la exculpación, pero que podrían, a mi juicio, extrapolarse al juicio de culpabilidad en su conjunto—, «[q]ue un sujeto exponga las causas de su conducta no significa que *se le* exculpe con ello, por más que *a él* sus razones le parezcan suficientes para ello. La explicación no genera automáticamente comprensión, se limita a ser la vía imprescindible para suscitar su entendimiento por parte del ordenamiento» (2009, p. 309). Vid., en el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, 1990, *Proyecto docente (Concurso para Profesor Titular de Derecho Penal)*, pp. 81-83; JAKOBS, 1991, pp. 495-496, 533-523; 1997, «Culpabilidad y prevención», *passim*; 1997, «El principio de culpabilidad», pp. 388-390; 2020, pp. 61-63; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 459-450, 639-640; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 417-419, 466-469, 661-666; MIR PUIG, 2016, pp. 557-561; MARTÍNEZ GARAY, 2020, «Imputabilidad», nms. 2213-2214; y PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)», *passim*, esp. pp. 211-219, 272-289. A esta clase de planteamientos de aproxima ya TOBLER, 1931, pp. 122-125, en su defensa de que incluso un baremo «subjetivo» de medición de la imprudencia (penal) —uno adaptado a las capacidades eventualmente inferiores a la media de comportarse conforme a la norma del concreto autor— es «objetivo» (normativo), en el sentido de que es *el Derecho* el que decide cuáles de las características individuales del autor se tienen en cuenta a estos efectos y cuáles, en cambio, son irrelevantes. Y es que, en palabras del primero de los autores citados, «la capacidad no es un estado de cosas constatable, sino una atribución que tiene lugar porque hay que “procesar” un conflicto que no puede ser “procesado” si no es reconduciéndolo a una persona» (JAKOBS, 1997, «Culpabilidad y prevención», pp. 96-97).

²⁷⁸ Sobre todo a efectos de la posibilidad de imponer medidas de seguridad, la doctrina discute cuál de estas dos circunstancias ha de estimarse concurrente en casos de error de prohibición invencible condicionado por inimputabilidad. En relación con este punto, vid. solo el atractivo planteamiento de PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)», pp. 163-166, 353-354, con completas referencias al estado de la cuestión.

²⁷⁹ Los términos de la discusión se encuentran bien definidos en PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)», n. 107 (p. 192), cuya posición sobre el particular —especialmente desarrollada en PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Psicopatía y Derecho penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, vol. 45 (2017), pp. 84-92— me resulta, de nuevo, particularmente convincente. En la misma línea que este autor, señalaba ya PUENTE SEGURA «que no basta —ni es, a mi juicio, tampoco necesario— que el sujeto no sea capaz de comprender los valores imperantes de forma mayoritaria en la colectividad, siendo, en cambio, suficiente —y necesario también— que no pueda

miembro de una minoría cultural cuyas normas sociales difieren sustancialmente del Derecho vigente en el Estado al que pertenece²⁸⁰? Y la misma clase de consideraciones normativas subyacen, en definitiva, a la determinación de los factores que pueden conducir a considerar al autor «incapaz» de actuar conforme a su comprensión (potencial) de la ilicitud del hecho. En este sentido, parece claro, por ejemplo, que nadie puede pretender excusarse de la comisión de un delito imprudente aduciendo su *carácter* especialmente despistado, por mucho que ello determine que el *esfuerzo* que tiene que hacer para satisfacer las expectativas de comportamiento en relación con los intereses ajenos sea muy superior a la media²⁸¹. Pero, ¿distancia en alguna medida de su hecho al autor de un delito patrimonial su pertenencia a un entorno social especialmente desfavorecido²⁸²?

comprender algo, si se quiere más simple y prosaico, como es la ilicitud del acto. Un sujeto puede (y reconozco que el ejemplo acaso resulte más o menos exótico) no comprender, por mor de alguna alteración en la percepción, la desaprobación social generada por ciertos comportamientos (supongamos, agresiones sexuales, falsificaciones, etc.), sin embargo, la circunstancia eximente no amparará, en mi opinión, su comportamiento si a pesar de desconocer esa desvaloración social, conoce de manera suficiente la prohibición legal» (1997, p. 157); y apunta LUZÓN PEÑA que «es inadmisibles hacer depender la culpabilidad de que el sujeto participe o comparta los valores o el respeto a los bienes jurídicos, pues ello debería producir siempre la inadecuada consecuencia de inculpabilidad no solo en todo conflicto de conciencia sino en el delincuente por convicción, pero incluso también en la mayoría de los delincuentes que precisamente con la infracción patentizan que no participan o comparten los valores de la convivencia. Lo que presupone la culpabilidad como reprochabilidad aparte de la libertad no es el contacto o participación en los valores de los bienes jurídicos y de las normas, [...] sino simplemente la accesibilidad del sujeto a la prohibición de la norma penal y por tanto la posibilidad de motivarse o determinarse normalmente por ella, aunque sea sólo por el temor» (2016, p. 478).

²⁸⁰ Sobre esta discusión, vid., p. ej. LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 530-531.

²⁸¹ Vid., en este sentido, por todos, JESCHECK, 1965, p. 21; BURGSTALLER, 1974, pp. 189-192, 200, 209-210; ROXIN, 2006, p. 1106; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 1220. En la misma línea se orientaba ya la afirmación de August KÖHLER de que en lo que respecta «al lado emocional de nuestra psique» (por oposición al «intelectual») la imprudencia se juzga según un baremo objetivo (1912, p. 131). Y es que, como señala FEJOO SÁNCHEZ, «[e]l Derecho penal no puede asumir que algo que atenta contra la razón de su existencia suponga un menor reproche. Sería contradictorio asumir como un dato para la atenuación una motivación permanente contraria a Derecho (a la norma de cuidado)» (2001, *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»*, p. 49).

²⁸² Sobre esta problemática, vid., por todos, PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)», pp. 253-267, que se opone —a mi juicio, con excelentes argumentos— a las respuestas afirmativas que, de forma más o menos matizada, han dado a esta pregunta autores como SÁNCHEZ DAFUCE, 2016, pp. 228-234, 248-265; SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 91-98, 106-110; CIGÜELA SOLA, J., *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), *passim*, esp. pp. 275-359; y CASTELLVÍ MONSERRAT, 2020, pp. 391-405.

2. Elementos de graduación: representaciones, intenciones y normalidad motivacional (personal y situacional)

Constatada la capacidad del autor de comportarse conforme a la norma —y excluida, por tanto, su posibilidad de presentar la conducta típicamente perturbadora cometida como un accidente inevitable— se abre, en principio²⁸³, la posibilidad de imponerle una pena. La *medida* de esta pena (proporcional a la culpabilidad) será máxima, como se ha dicho, en caso de que el autor no pueda proporcionar para su comportamiento una explicación distinta de la declaración frontal de que él no se encuentra vinculado por el Derecho. Entre este punto y la inevitabilidad personal, analizada en el epígrafe anterior, existen infinitos niveles de necesidad y merecimiento de pena, que vendrán determinados por la medida en que concurran los que aquí se han denominado «elementos graduales» de la imputación personal.

A mi juicio, estos elementos pueden distribuirse en dos grandes grupos. Al primero pertenecen las **representaciones e intenciones** del autor que permiten a este distanciarse en mayor o menor medida de su hecho: el *dolo* (entendido aquí como «dolo natural»), el *conocimiento de la prohibición* y determinados *motivos* reprochables, como el precio que convierte el homicidio en asesinato (art. 139.1.2.^a CP) y funciona, a la vez, como circunstancia agravante genérica (art. 22.3.^a CP)²⁸⁴; o los móviles discriminatorios

²⁸³ A salvo de una eventual exclusión por razones de política jurídica general, en sede de punibilidad (vid. apartado IV de este capítulo).

²⁸⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2014, *Estudios sobre el delito de asesinato*, pp. 291-293. Pese a lo sostenido en PANTALEÓN DÍAZ, M Y SOBEJANO NIETO, D, «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 29 (2014), pp. 224, 226, 232, tiendo a pensar ahora que esta es también la concepción más acertada del fundamento de la calificación como asesinato del homicidio cometido «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra» (art. 139.1.4.^a CP); así, PEÑARANDA RAMOS, E, «Informe crítico sobre la reforma de los delitos de homicidio, asesinato y lesiones en el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal», en *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, ed. Alvarez García, FJ y Antón Boix, JR (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014), pp. 106-107; PEÑARANDA RAMOS, E, «Homicidio y asesinato», *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, vol. 46 (2015), pp. 156-157; PEÑARANDA RAMOS, E, «Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal», *Cuadernos penales José María Lidón*, vol. 13 (2017), pp. 33-34. Como desarrollaré más adelante en el texto, el argumento que allí utilizábamos para rechazar esta tesis no resulta convincente: de la concepción mayoritaria de la culpabilidad como un juicio de imputación personal del injusto, que aquí se comparte, no se deduce en absoluto que los factores que son relevantes en sede de culpabilidad solo puedan tener efectos *atenuantes* sobre la pena. No ha de concederse, en definitiva, demasiado peso sustantivo a la decisión de pura técnica legislativa, sobre si una circunstancia, formalmente, atenúa o agrava. Sobre ello, vid., en mayor profundidad, PANTALEÓN DÍAZ, M, «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia», *La Ley Penal*, vol. 147 (2020), p. 5.

a los que se refiere el art. 22.4.^a CP²⁸⁵. La tesis que acaba de defenderse es pacífica —al menos, en cuanto a los resultados— en lo que al conocimiento de la prohibición se refiere²⁸⁶. No obstante, como es sabido, la doctrina ampliamente mayoritaria considera el dolo un elemento subjetivo del tipo de injusto²⁸⁷; conclusión que suele hacerse extensiva también a los motivos reprochables, en la creencia (injustificada, a mi juicio) de que tenerlos en cuenta en sede de culpabilidad implicaría acoger una concepción de esta

²⁸⁵ Vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2020, «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia», *passim*. Como allí indico expresamente, este razonamiento no tiene por qué extenderse a figuras de la Parte Especial como los delitos de violencia de género o el tipificado en el art. 510 CP. En ellas, el fundamento de la agravación de la pena podría radicar perfectamente en un mayor contenido de injusto (en una mayor lesividad), como ha sostenido recientemente PÉREZ MANZANO, M, «En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2018, *passim*.

²⁸⁶ Hay que señalar, no obstante, que el acuerdo gira básicamente en torno al conocimiento *potencial* de la prohibición como elemento (absoluto) de la culpabilidad, cuya ausencia impide atribuir al autor la perturbación típicamente abarcada como infracción personal de un imperativo de conducta. El que el conocimiento *actual* de que el hecho está prohibido —que integra, sumado al dolo, el *dolus malus* del causalismo— suponga un *plus* respecto del anterior en términos de *imputación personal* del hecho al autor es algo que, sin embargo, no suele fundamentarse suficientemente; crítica que puede dirigirse, a mi juicio, con especial dureza, a los autores que sostienen al mismo tiempo que la diferencia existente entre la imprudencia (*minus*) y el dolo (*plus*) es, en cambio, de *injusto* y no de culpabilidad. Que el conocimiento actual de la prohibición permita una imputación personal más intensa del hecho a su autor que el meramente potencial no es algo que pueda quedar sin explicación, máxime en un ordenamiento como el español en que el error de prohibición vencible trae como consecuencia una atenuación *obligatoria* de la pena (art. 14.3 CP), y no una meramente potestativa como la del Derecho penal alemán (§ 17 StGB). Y la fundamentación más convincente de ello que, a mi juicio, puede ofrecerse pasa precisamente por defender lo sostenido en el texto: que, así como el autor puede distanciarse en menor medida de su hecho *dolosus* que del meramente *imprudente*, puede presentar más fácilmente su conducta como algo distinto de un acto de rebeldía contra el Derecho si conocía que aquella estaba prohibida (*dolus malus*) que si solo tenía la capacidad de saberlo (*imprudencia iuris*). Se aproxima, a mi juicio, a esta crítica MOLINA FERNÁNDEZ, cuando dirige la siguiente pregunta retórica a los defensores del «desplazamiento» del dolo natural, pero no del conocimiento (actual) de la prohibición al tipo subjetivo: «¿Significa esto que el dolo, que se desplaza, es el objeto valorado, y el conocimiento de la prohibición, que se queda y es un dato cognitivo, igual que el dolo, sólo que referido a la prohibición, es la valoración del dolo?» (2016, p. 410).

²⁸⁷ Es lo que SILVA SÁNCHEZ ha calificado como «la gran aportación finalista al sistema del delito» (2004, p. 12). En la doctrina post-finalista, se apartan de la posición hegemónica, no obstante, autores como RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 253-254; NINO, CS, «La pequeña historia del dolo y el tipo», *Revista Jurídica Argentina La Ley*, vol. 148 (1972), *passim*, esp. pp. 1073-1074; PEÑARANDA RAMOS, 1990, *Proyecto docente (Concurso para Profesor Titular de Derecho Penal)*, pp. 43-52, 67-68; , pp. 1-5; REYES ALVARADO, 1994, pp. 65-69; MARINUCCI, 2013, *passim*, esp. pp. 325-326, 355, 363-366, 390, 415, 417-418, 476-477; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2017, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», *passim*; 2020, «Dolo, imprudencia y error», nm. 2432. Por su parte, HERZBERG, 2008, pp. 23, 30, aunque manifiesta simpatía por el planteamiento de estos autores, termina adhiriéndose al mayoritario con base en la dificultad que en algunos casos existe (a su juicio) para juzgar la tipicidad de una conducta haciendo abstracción de los conocimientos de su autor. Quizás el que FRISCH, W, 1983, pp. 34-40, 113-114, deje la cuestión deliberadamente abierta pueda interpretarse como una alentadora muestra de que, contra lo que pudiera parecer, el debate no se encuentra del todo zanjado, ni siquiera en Alemania. Pero la postura contraria a la aquí defendida se encuentra a todas luces tan extendida que no provoca, tristemente, sensación alguna de extrañeza leerle a GRACIA MARTÍN que «[s]i se me permite [...] recurrir a las Ciencias físicas como referente comparativo, los sistemas que incluyen lo subjetivo en la culpabilidad se encontrarían en este momento en una situación metodológica similar a la existe en aquel otro momento, ya demasiado lejano, en que Occidente entraba en la oscuridad y en el punto muerto de su Edad Media, es decir, en la situación de las cosmologías y cosmogonías desarrollada en la Grecia de los siglos VI a. C. a V d. C.» (2002, p. 24)

basada en el reproche al autor por su actitud interna (*Gesinnungsschuld*), y no en la imputación personal a este de un injusto típico²⁸⁸.

Como se ha visto, un esquema analítico como el aquí presentado es perfectamente capaz de dar cabida a elementos subjetivos del tipo, siempre que su consideración resulte respetuosa con el principio del hecho²⁸⁹; y sería, por tanto, igualmente capaz de integrar el dolo y los motivos reprochables en esta sede, si existieran buenas razones para ello. Sin embargo, como trataré de argumentar, al menos en lo que al **dolo** se refiere, los argumentos *teóricos* que ofrece la doctrina mayoritaria en defensa de su tesis no resultan convincentes y —lo que es más importante²⁹⁰— las implicaciones *prácticas* de este planteamiento son mucho menos satisfactorias que las del aquí defendido.

La fundamentación teórica de la tesis conforme a la que el dolo «pertenece» al tipo de injusto descansa, simplificando mucho, en tres argumentos: el de que el comportamiento doloso es *más peligroso* para los bienes jurídicos que el meramente

²⁸⁸ Vid., por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 57 (2004), pp. 149-154; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, «Motivos racistas o similares», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nms. 4440-4442, 4448; PERALTA, 2012, pp. 193-195; MIR PUIG, 2016, pp. 648-649; y, aparentemente, SANCINETTI, 1991, pp. 93, 350-351.

²⁸⁹ Vid. n. 8 de este capítulo.

²⁹⁰ En realidad, la discusión puramente teórica sobre la «ubicación» del dolo en el concepto analítico de delito pierde gran parte de su peso en cuanto uno repara en que, como acertadamente señala JAKOBS, «[e]n la teoría del delito no se trata —por expresarlo gráficamente— de unos cajones apilados, en los que pueden desaparecer objetos sin consideración al contenido de los demás cajones, sino en la ordenación de objetos hacia un fin, es decir, de la determinación de los presupuestos de la pena. Por eso los objetos (p. ej. dolo, imprudencia) integrados en los escalones iniciales del delito (p. ej. tipo) no se pierden para los escalones posteriores (p. ej. culpabilidad) [...]. [T]odo el injusto pertenece al tipo de culpabilidad» (1991, p. 475). De forma igualmente plástica apunta ROXIN, en la misma línea, que un sistema dogmático político-criminalmente (funcionalmente) orientado «no conduce a una “división” de la conducta delictiva en una multitud de “elementos” que han de ser “ubicados” en algún “escalón” de la estructura del delito. [...] [L]a acción delictiva es siempre una unidad inseparable, y el significado de las categorías del delito no consiste en descomponer y desgarrar un todo con sentido psico-físico-social, que sólo posteriormente tendrá que reagruparse como “edificio del delito” a través de sus componentes parciales. Mediante las categorías delictivas lo que se expresa es únicamente que en cada caso y bajo diversos aspectos valorativos hay diversos “momentos” del suceso que resultan significativos jurídicopenalmente» (2006, p. 231; igualmente, ROXIN Y GRECO, 2020, p. 321). Vid., en el mismo sentido, ROXIN, 1976, p. 143; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 214; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)*, p. 3. Y ello no puede sorprender, en la medida en que, como explica RODRÍGUEZ DEVESA, «[l]os conceptos jurídicos son recursos técnicos para dominar una realidad compleja y multiforme. [...] Porque en la realidad no existe el dolo o la culpa. Dolo y culpa son simplificaciones técnicas para reducir a términos practicables [...] una realidad plena de tránsitos fluyentes. No existe un *dolus naturalis*. El patrimonio conceptual creado por el jurista es un artilugio técnico para conseguir solucionar el problema que las normas jurídicas pretenden resolver, esto es, la pacífica convivencia del género humano» (RODRÍGUEZ DEVESA, JM, «Prólogo», en *La doctrina de la acción finalista*, Rodríguez Muñoz, JA (Valencia: Universidad de Valencia, 1978), p. XI).

imprudente²⁹¹; el llamado «argumento de la *tentativa*» —aducido originalmente por WELZEL²⁹²— que, de la premisa de que el dolo es (indiscutiblemente) un elemento del tipo de injusto de la tentativa, extrae la conclusión de que ello no puede ser distinto en el delito consumado²⁹³; y el de que el comportamiento doloso revela una *oposición más frontal* al ordenamiento jurídico que el meramente imprudente²⁹⁴.

Comenzando por el primero de estos argumentos, la afirmación en la que se basa resulta, a mi juicio, cuando menos cuestionable. Como los propios defensores de este argumento admiten, los casos de error de tipo vencible desmienten completamente esta tesis: el cazador que dispara, con intención de matar, contra lo que él cree que es una pieza de caza, pero resulta ser uno de sus compañeros de partida, crea exactamente el mismo peligro para la vida de este último que el que lo dispara con dolo directo de primer grado²⁹⁵. Pero esto, que esta clase de supuestos permiten mostrar de forma particularmente clara, no es, en realidad, más que una manifestación de que la peligrosidad *real* de una conducta solo depende (valga la redundancia) de cómo *sea* la

²⁹¹ Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 111-112, 117; SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 647; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 172-173, 220-221, 229, 231; MIR PUIG, 2016, pp. 179-180; e incluso un acérrimo partidario de la opinión aquí defendida como MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Formas imperfectas de ejecución del delito», nm. 2748.

²⁹² P. ej., en 2001, pp. 52, 99-100.

²⁹³ Vid., en este sentido, ZIELINSKI, 1973, pp. 49-54; SANCINETTI, 1991, pp. 362-366; ROXIN, 2006, p. 311; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 173; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 407-408.

²⁹⁴ Así LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 172-173, 220-221, 229, 231; MIR PUIG, 1988, pp. 665-667; 2016, pp. 179-180; FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, «Los límites políticos-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible», p. 148. Aunque no se posiciona en este trabajo sobre la «ubicación» dogmática del dolo, afirma, en la misma línea, PÉREZ MANZANO, que «hay acuerdo en sostener que la mayor gravedad de la conducta dolosa se fundamentaría en que expresa la oposición a los fines del Derecho penal y al sentido de sus normas, desde la perspectiva subjetiva, esto es, una decisión a favor de la lesión del bien jurídico» (PÉREZ MANZANO, M, «Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, ed. García Valdés, C et al. (Madrid: Edisofer, 2008), p. 1457). Vid. también PÉREZ MANZANO, M, «Prueba y subsunción en el dolo: una cuestión de garantías constitucionales», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, ed. Silva Sánchez, JM et al. (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2017), p. 14); PÉREZ MANZANO, M, «Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J et al. (Madrid: Reus, 2020), pp. 998-1000; 2020, «El fundamento de la pena del delito doloso», *passim*, esp. pp. 542-544; o PÉREZ MANZANO, M, «La delimitación entre prueba y subsunción del dolo en Derecho penal económico: el caso de los testaferreros», en *Derecho penal económico y teoría del delito*, ed. Demetrio Crespo, E, de Cuerda Martín, M, y García de la Torre García, F (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), pp. 339, 341-343, 354, donde la autora añade que «la decisión contraria al bien jurídico no es el elemento volitivo del dolo [...] sino la representación conceptual unitaria de toda clase de dolo y el fundamento de la mayor gravedad de la pena del delito doloso» (ibíd., pp. 341-342) y parece, ahora sí, inclinarse por considerar el dolo un elemento del tipo subjetivo (ibíd., p. 333).

²⁹⁵ MIR PUIG, 2016, pp. 179-180. Así, también PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)*, p. 4.

realidad, nunca de cómo se la *represente* el autor²⁹⁶. Conducir a ciento veinte kilómetros por hora por una vía urbana es una conducta que puede calificarse como peligrosa para los intereses ajenos dejando totalmente al margen la actitud personal del autor hacia ese riesgo, que será *idéntico* con total independencia de que el primero ni siquiera sepa a qué velocidad circula, o lo sepa pero subestime el peligro existente, confiando en que no se materializará (imprudencia); se represente este último perfectamente, asumiendo la posibilidad de que se produzca una lesión (dolo eventual), o hasta deseando que ocurra (dolo directo de primer grado); o incluso sobreestime el peligro, tomando esta posibilidad como una certeza (dolo directo de segundo grado)²⁹⁷.

El argumento de la tentativa resulta, a mi juicio, igualmente poco convincente, al menos teniendo en cuenta la forma en que esta se regula en el ordenamiento español. En

²⁹⁶ Así, muy claramente, RADBRUCH, 1902, pp. 357, 378; LIEPMANN, 1905, pp. 345-346; HART Y HONORÉ, 1985, p. 234; ERB, 1991, p. 263; SANCINETTI, 1991, pp. 365-366; SACHER, 2006, p. 133; JAKOBS, 2012, p. 58; MOLINA FERNÁNDEZ, 2017, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», pp. 740, 746, 751; PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)*, p. 4; y PÉREZ MANZANO, 2020, «El fundamento de la pena del delito doloso», pp. 536-538, 541. En sentido similar, señala VALIENTE IVÁÑEZ que «en términos de lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico, no existe diferencia alguna entre un injusto doloso y un injusto imprudente» (2019, p. 5); y SUÁREZ GONZÁLEZ Y CANCIO MELIÁ, que «[l]a idea de que el comportamiento doloso entraña un mayor grado de peligro que el imprudente es correcta en la medida que se tome como objeto de referencia “el punto de vista del autor” no, sin embargo, si el grado de peligro se valora “objetivamente”» (1996, n. 78, p. 48).

²⁹⁷ A esto, evidentemente, no puede oponerse una supuesta mayor peligrosidad del comportamiento doloso —*rectius*, del comportamiento *intencional*— basada en el hecho de que quien, queriendo lesionar el bien jurídico, no lo consigue «a la primera» (normalmente) vuelve a intentarlo. Quienes defienden este argumento incurren, a mi juicio, en una difícilmente disimulable alteración de los términos del contraste, comparando la capacidad lesiva de una conducta *aislada* (imprudente) con la de una *secuencia* de ataques (dolosos) hacia el bien jurídico. Si la atención se centra en *cada uno de los intentos* sucesivos, resulta claro, en mi opinión, que cada uno de ellos entraña el *mismo peligro* para el bien jurídico que el mismo movimiento corporal llevado a cabo *sin dolo* en idénticas circunstancias. Tiene, así, toda la razón SANCINETTI, cuando sostiene que «aunque alguna forma de plan de acción, cualquiera que sea, pudiera implicar siempre un peligro de repetición —téngaselo ahora por presupuesto— sería contrario a un “derecho penal admisible en un Estado de derecho” [...] que se tomara en cuenta, para evaluar el acto “uno”, la posibilidad que tenía el autor de repetir el acto, después, más veces. Si los actos “dos”, “tres”, etc., llegaron a ser realizados, la mayor amenaza no proviene ya de un peligro de repetición, proviene más bien de una *repetición efectiva*, ya *concretada*; el primer acto —que es el que estamos juzgando— no se modifica por esto. Si, en cambio, los actos ulteriores: “dos”, “tres”, etc., fueron impedidos por causas independientes a la voluntad del autor —por ejemplo, porque fue sorprendido *in fraganti* después del acto “uno” y antes de su repetición—, no existe ninguna razón para considerar más grave el acto “uno” por el hecho de que habría podido ser repetido por el autor, si éste no hubiera sido sorprendido. ¿De dónde saldría la legitimación para el juicio de una mayor peligrosidad sobre la base de que, *en general*, un autor que falla puede repetir el acto e intentarlo de nuevo? Esto sí es (autoritario) derecho penal de ánimo o de autor, y no (democrático) derecho penal por el hecho *realmente cometido* (SANCINETTI, 1991, pp. 370-371). A ello han de sumarse las dificultades puestas de manifiesto por PÉREZ MANZANO, 2020, «El fundamento de la pena del delito doloso», pp. 538-539, 541-542, para conciliar el planteamiento aquí criticado con un Derecho penal del hecho, en la medida en que parece hacer derivar la necesidad de pena del delito doloso (intencional) de la peligrosidad de su autor, obviando al mismo tiempo su autonomía para decidir repetir o no el intento fallido de lesión.

un Derecho penal como el alemán, en el que basta para la tentativa que el autor *se represente* su conducta como idónea para producir el resultado típico, con independencia de lo que quepa afirmar de ella desde la perspectiva (intersubjetiva) de la persona baremo en su posición (§ 22 StGB), parece, en efecto, *imposible*, definir el comportamiento típico del delito intentado sin hacer referencia al dolo²⁹⁸; y de ahí, precisamente, la premisa de la que parte el argumento. No obstante, trasladar automáticamente este razonamiento al Derecho español implica pasar por alto, una vez más²⁹⁹, las importantes diferencias que existen entre las configuraciones de la tentativa en uno y otro ordenamiento, restando importancia al hecho de que, en el nuestro, el delito intentado sí requiere la existencia de una conducta *externamente perturbadora* con independencia de las representaciones del autor; precisamente, que este dé «principio a la ejecución del delito directamente por hechos *exteriores* practicando todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado» (art. 16.1 CP)³⁰⁰. Esta definición del comportamiento típico de la tentativa resulta, desde el punto de vista teórico, perfectamente compatible tanto con la presencia de dolo como con su ausencia, por mucho que el principio de intervención mínima conduzca a la impunidad de la «tentativa imprudente» (art. 12 CP) o, más bien, a su tipificación selectiva a través de delitos de peligro abstracto³⁰¹. La premisa de la que parte el argumento de la tentativa no resulta, en definitiva, extrapolable al Derecho español.

Algo diferente puede afirmarse, en cambio, del tercero de los argumentos empleados por la doctrina mayoritaria para fundamentar la «pertenencia» del dolo al tipo de injusto; a saber, el de que la conducta dolosa revela una oposición más directa del autor hacia el Derecho que la meramente imprudente. Esta afirmación es, según creo, indiscutiblemente acertada, pero, como ha señalado muy agudamente PEÑARANDA RAMOS, no prueba lo que pretende demostrar, sino todo lo contrario: que el comportamiento doloso es, *ceteris paribus*, *más culpable* que el imprudente. Y es que, si

²⁹⁸ Vid., en esta línea, HERZBERG, 2008, p. 23. También críticos en relación con el argumento de la tentativa, aunque por diferentes razones, se muestran MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Formas imperfectas de ejecución del delito», nm. 2787; Y PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)*, p. 3.

²⁹⁹ Vid. n. 93 del capítulo 2 y el texto al que acompaña.

³⁰⁰ Sobre todo ello, vid. epígrafe 1 del apartado III, y punto (a) del epígrafe (1) e inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3, del apartado IV del capítulo 2.

³⁰¹ Vid. n. 27 de este capítulo y el texto al que acompaña.

se considera que el autor doloso se «rebela» más frontalmente contra el ordenamiento que el meramente imprudente, ello obedece precisamente a que el autor que no puede aducir una explicación del tipo «no sabía lo que hacía» o «subestimé el riesgo y confiaba en que no pasaría nada» *puede distanciarse en una medida mucho menor* de su conducta típicamente perturbadora que el autor meramente imprudente³⁰². El conocimiento de la prohibición no aporta, como se ha dicho³⁰³, más que un nuevo *plus* en esta escala respecto del dolo natural: el que media entre una manifestación directa del autor de que *no asume como vinculantes* las valoraciones del ordenamiento, y una explicación de su comportamiento del tipo «no valoro este bien que el Derecho protege, pero desconocía que lo protegía (y puede que, de haberlo sabido, me hubiera comportado de otra manera por el simple reconocimiento de la autoridad de este último)».

El *dolus malus* del causalismo permite, en definitiva, atribuir como propio en mayor medida el comportamiento a su autor que el simple dolo natural (error de prohibición vencible); y este a su vez que la imprudencia consciente o inconsciente (error de tipo vencible)³⁰⁴. En el mismo sentido —pero partiendo ahora de la aproximación preventivo-general positiva al fundamento de la culpabilidad—, conmueve más la vigencia de la norma la declaración frontal del autor de que el Derecho no lo vincula

³⁰² PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)*, pp. 4-5, 11-12; una idea que, por lo demás, parece compartir el propio MIR PUIG (vid. 2016, p. 180). En el mismo sentido, pese a defender la «ubicación» del dolo (también) en el tipo subjetivo, reconocen ROXIN y GRECO que «[l]a delimitación entre dolo e imprudencia expresa [...] no sólo una diferencia de injusto, sino también una diferencia importante de culpabilidad, que justifica la distinta punición de ambas formas de conducta: pues quien se decide [...] en contra del bien jurídico protegido denota una actitud más hostil al Derecho que quien confía [...] en la no producción del resultado» (ROXIN, 2006, p. 447; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 549). En una línea prácticamente idéntica se manifiesta PÉREZ MANZANO, 2020, «Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva», pp. 542-544; 2020, «El fundamento de la pena del delito doloso», *passim*, esp. pp. 542-544.

³⁰³ Vid. n. 286 de este capítulo.

³⁰⁴ Merece la pena traer a colación aquí la inteligente observación de NINO de que «[s]i se defiende la tesis de que el que obró con error culpable de prohibición debe ser castigado con la pena impuesta para el delito doloso pero disminuida de acuerdo con el grado de culpabilidad en el error, no es indispensable sostener que el dolo es independiente de la conciencia de la antijuridicidad, también se podría defender un concepto complejo y graduable de dolo, de tal modo que se decidiera que había obrado con “un grado menor de dolo” quien actuó conociendo los hechos pero con un desconocimiento negligente del derecho» (1980, p. 88); o la de MIR PUIG de que «[s]i el error de prohibición invencible ha de impedir la infracción de la norma de determinación, el error vencible debe disminuir su gravedad [...], ello se funda de la forma más sencilla y convincente diciendo que el error de prohibición excluye el tercer y último nivel necesario para que el dolo sea un *dolus malus* (tras los niveles de conocimiento del tipo, necesario para el dolo típico, y el conocimiento de la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación, que exige el dolo del tipo negativo): la conciencia de la antijuridicidad; y que si el error vencible deja paso a una imprudencia de Derecho por la falta de cuidado que el sujeto demuestra al no haber advertido la antijuridicidad, y si es invencible determina la impunidad por falta de dolo e imprudencia» (2016, p. 572; postura a la que el autor ya apuntaba en 1988, pp. 678-680).

(*dolus malus*), que su manifestación de menosprecio por los bienes jurídicos que el ordenamiento protege (dolo natural); y esta que su simple muestra de descuido hacia ellos (imprudencia)³⁰⁵. Si, recurriendo a una conocida y afortunada metáfora, se representase

³⁰⁵ Resulta discutible si, en el marco de este nivel mínimo de imputación personal ha de distinguirse, a su vez, entre una imprudencia «consciente», más culpable, y otra «inconsciente» que lo sería menos (así, GUARNERI, 1947, p. 138; ROXIN, 2006, p. 1087; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015* (Barcelona: Bosch, 2015), pp. 196-197; MIR PUIG, 2016, p. 294; WILENMANN, 2017, pp. 262-266; y ROXIN Y GRECO, 2020, p. 1205) o, incluso, para algunos autores, no lo sería en absoluto de no poder reconducirse a la anterior; idea que los conduce, en afortunada expresión de BINDING, a llevar a cabo una suerte de «cacería del dolo en la imprudencia» (1919, p. 328); en este sentido, vid., por todos, STRUENSEE, 1987, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *passim*; 1987, «El tipo subjetivo del delito imprudente», *passim*, esp. 442-444, 447-450; SANCINETTI, 1991, pp. 136, 204, 221-222, 257-299, esp. p. 286; NINO, 1999, n. 31 (p. 82); MOLINA FERNÁNDEZ, 2000, nn. 11 (p. 63), 177 (p. 134); 2005, n. 104 (p. 734); MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Estructura y fundamento de la culpabilidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F. (Madrid: Francis y Taylor, 2020), nm. 2172; HOYER, 2017, *passim*, esp. nms. 28-35 (pp. 485-487); VALIENTE IVÁÑEZ, 2018, pp. 242-243, 305, 321-328; GONZÁLEZ LILLO, 2019, *passim*, esp. pp. 34-36; y, aparentemente, KINDHÄUSER, 2008, «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», pp. 23-24. Esta parece ser también la idea que subyace a la observación de RODRÍGUEZ MOURULLO de que «parece que no puede negarse que a la base de los delitos por olvido hay como una especie de *reenvío voluntario*, un *ya me acordaré luego* o un *ya lo haré después*. En todos ellos se da un momento de consciencia del deber de actuar, por la sencilla razón de que no se puede olvidar más que aquello que se ha sabido alguna vez» (1966, p. 47). Un posible argumento *de lege lata* a favor de esta tesis podría ser la opción del legislador por la tipificación exclusivamente de delitos de peligro abstracto *dolosos* (es decir, con imprudencia *consciente* respecto del resultado lesivo que amenazan producir), dejando totalmente impune la imprudencia *inconsciente* sin resultado. Cfr., sin embargo, LUZÓN PEÑA, 2016, p. 302, n. 3 (p. 308), que considera, con base en lo dispuesto en el art. 382 CP, que existen delitos de peligro cuya comisión imprudente también resulta excepcionalmente punible.

Aunque no puedo, por razones evidentes, profundizar en esta discusión, las dudas que, al menos *de lege ferenda*, me suscita esta postura se basan, por un lado, en que no me resulta en absoluto plausible la afirmación de que resulte más «comprensible» a ojos del ordenamiento el descuido de quien ni siquiera se para a pensar lo que está en juego que el de quien —al menos en cierta medida— se lo representa y sigue adelante en la confianza de que no ocurrirá nada malo. A mi juicio, si alguna de estas conductas comunica una mayor desatención hacia los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, es en todo caso la primera. Vid., en este sentido, VON BAR, 1907, p. 459. Próximos, también EXNER, 1910, p. 216; ANTÓN ONECA, 1949, p. 218; FEIJOO SÁNCHEZ, 1997, pp. 332-333; 2001, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal de la imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, pp. 49, 149; y GIL GIL, 2007, pp. 60, 167-169. En segundo lugar, me parece completamente acertada la observación de JAKOBS, 1991, pp. 271, 315-316, 317; 1997, «El delito imprudente», pp. 169-171; 2012, p. 57, de que, en lo relevante a los efectos que aquí interesan, *toda* imprudencia es, en mayor o menor medida, *inconsciente*: como diría HALL, si el dolo es «claridad», la imprudencia es siempre una «penumbra» (1959, p. 20). Y es que resulta francamente difícil de imaginar un supuesto en que el autor se comporte de forma perturbadora, representándose perfectamente —sin subestimarlos en absoluto— el riesgo que entraña su conducta, y a la vez confie *razonablemente* en que el resultado lesivo no se producirá; sin manifestar, en otras palabras, con su confianza infundada en la no producción del resultado, el desprecio por los bienes jurídicos propio del dolo. En esta misma línea se orienta ya la clásica concepción del delito imprudente de autores como BRUCK, 1885, pp. 13-15, para los que toda imprudencia constituye, en definitiva, un supuesto de error: «la imprudencia penal [*Kriminalculpa*] es la voluntad de un sujeto de causar un resultado, construida sobre la base de una representación errónea respecto de la potencialidad causal o la conformidad a Derecho de su comportamiento, debida a su vez a una falta de atención culpable de dicho sujeto» (ibid., p. 15); definición que conduce al autor a negar expresamente la posibilidad de una imprudencia consciente (ibid., pp. 15-19). Vid., en la misma línea, BINDING, 1919, pp. 350-352, 462-473, 561-562; WELZEL, 1939, pp. 562-563; MAIHOFFER, 1958, pp. 190-192; ZIELINSKI, 1973, pp. 162-168; SCHMIDHÄUSER, 1975, pp. 141-143, con n. 40 (p. 142); CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 247, 255-259, 283-285; FEIJOO SÁNCHEZ, 2001, *Resultado*

la culpabilidad como un tamiz que dejara pasar a la esfera del autor una cantidad mayor o menor de injusto típico³⁰⁶, cada uno de los grados de esta escala —imprudencia, dolo natural, *dolus malus*— sería, por así decirlo, un filtro con poros más anchos. Y de ahí el sistema de incriminación al que, de forma consistente con los principios de fragmentariedad e intervención mínima, ha recurrido nuestro legislador penal: punición general del comportamiento con *dolus malus*; punición también general, aunque con una pena imperativamente atenuada, de la conducta dolosa con error de prohibición vencible (*imprudencia iuris*); y punición doblemente selectiva —solo en relación con determinadas perturbaciones especialmente graves y solo, en principio³⁰⁷, cuando a estas les resulta objetivamente imputable un resultado lesivo— del comportamiento meramente imprudente³⁰⁸.

La concepción del dolo como «forma de culpabilidad», aquí defendida, tiene, por lo demás, como se ha dicho, *implicaciones prácticas* mucho más satisfactorias que la tesis de la doctrina mayoritaria; implicaciones que —como ha destacado de forma particularmente certera MOLINA FERNÁNDEZ— afectan sobre todo a la participación de *extranei* en delitos especiales cometidos sin dolo por un *intraneus* y a la posibilidad de imponer medidas de seguridad en supuestos de error de tipo invencible condicionado por

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», pp. 260-262; 2001, «Los límites político-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible», pp. 147-148; y, aunque de forma menos clara, también TOBLER, 1931, pp. 115, 158; y PAWLIK, 2012, p. 333. Sin llegar a este extremo, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina defiende, en cualquier caso, la igual gravedad *ceteris paribus* de ambas modalidades de imprudencia; así, p. ej., CORCOY BIDASOLO, 1989, pp. 241-242; BURGSTALLER, 1974, p. 21; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 295; PUPPE, 2017, nm. 158; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)*, p. 15.

³⁰⁶ Así, entre otros, HÖRNLE, 1999, p. 188; DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2004, pp. 149-154; PERALTA, 2012, pp. 193-195; DÍAZ LÓPEZ, JA, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP* (Cizur Menor: Aranzadi, 2013), pp. 348-350; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 492; MIR PUIG, 2016, pp. 648-649; y BASSO, 2019, pp. 275, 277, 300. Cfr., no obstante, la crítica formulada a esta concepción por GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, pp. 95-115.

³⁰⁷ Con la tipificación selectiva de delitos de peligro abstracto como única excepción (vid. nn. 27 y 301 de este capítulo y el texto al que acompañan).

³⁰⁸ Considero, en esta medida, acertada, la afirmación de BINDING de que «el que se conmine con pena exclusivamente la acción dolosa no significa que la correspondiente (y siempre imaginable) conducta imprudente no sea antinormativa, sino más bien que no presenta una culpabilidad lo suficientemente intensa como para fundamentar su punibilidad» (1922, p. 200); afirmación coherente, por lo demás, con la defensa del autor de que, también en la línea de lo que aquí se sostiene, las variantes dolosa e imprudente de un mismo delito infringen *la misma* norma de comportamiento, y no dos distintas (ibid., *passim*, esp. pp. 80-81, 188-194, 200-201; también BINDING, 1919, *passim*, p. ej. pp. 285, 309, 341, 451-452, 581). Vid., en sentido similar, KÖHLER, 1912, p. 155; y VON LISZT Y SCHMIDT, 1932, p. 280.

inimputabilidad. En el primero de estos grupos de casos, combinar la concepción del dolo como elemento del tipo subjetivo con el principio de accesoriedad limitada (o incluso mínima, en el sentido propuesto en el capítulo 2³⁰⁹) conduce irremisiblemente a la impunidad del *extraneus* que —en el supuesto más frecuente— provoca un error de tipo a un *intraneus* para que cometa un delito especial, del que el primero no puede, por falta de la cualificación necesaria, ser autor mediato; piénsese, por ejemplo, en el asesor fiscal que engaña al obligado tributario para que cometa un delito contra la Hacienda Pública (art. 305 CP)³¹⁰. Esta inconveniente laguna de punibilidad desaparece si el dolo se ubica, como aquí se ha propuesto, en sede de culpabilidad. En cuanto a la segunda clase de supuestos, la concepción del dolo como elemento del tipo de injusto da lugar exactamente al mismo problema al que, como se vio, conduce el estudio de la acción en esa misma sede: el derivado de la imposibilidad de apreciar, en estos supuestos, la concurrencia de un «hecho previsto como delito», a los efectos del art. 95.1.1.^a CP³¹¹. Con solo postergar a la culpabilidad el análisis del dolo —como en este trabajo se ha hecho también con la acción—, la dificultad queda, de nuevo, completamente disipada³¹².

En cuanto a los **motivos reprochables** (precio, móviles discriminatorios, etc.), profundizar sobre su «ubicación» dogmática requeriría, sin duda, un trabajo independiente, dispuesto a prestar atención —aunque no solo— a las peculiaridades de la Parte Especial; un trabajo que otros autores ya han llevado a cabo con mucha mayor solvencia de la que yo sería capaz³¹³. Baste, por tanto, dejar apuntado aquí que considerar los motivos del autor un factor condicionante, no de la gravedad de su conducta (en términos de injusto), sino de la medida en que esta puede imputársele personalmente,

³⁰⁹ Vid. punto (d) del epígrafe (3) del apartado IV.

³¹⁰ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, 2017, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», pp. 750-751; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Autoría y participación delictiva», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nms. 2987-2988. Vid. también JAKOBS, 1991, pp. 634-635; SANCINETTI, 1991, pp. 766-770, 773-779, 804-805; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 156; y MIR PUIG, 2016, p. 393. La mejor prueba de la existencia de este problema es que, al toparse con él, a la Sala Segunda del TS no se le ha ocurrido mejor solución que calificar sistemáticamente como *de prohibición* errores que la doctrina prácticamente unánime considera de tipo; así, en sus STS, Sala Segunda, 539/2003, de 30 de abril; 222/2010, de 14 de marzo; y 303/2013, de 26 de marzo.

³¹¹ Vid. epígrafe 4 del apartado IV del capítulo. También en este grupo de casos, la jurisprudencia ha optado por cerrar los ojos a la (evidente) ausencia de dolo e imponer, en todo caso una medida de seguridad; vid., en este sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 117-119.

³¹² MOLINA FERNÁNDEZ, 2017, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», pp. 749-750; 2020, «Definición de delito», nm. 1127; 2020, «Dolo, imprudencia y error», nms. 1432, 2489-2490.

³¹³ En la doctrina española, la de DÍAZ LÓPEZ, 2013, sigue siendo, a mi juicio, la obra de referencia en esta materia.

resulta perfectamente *compatible* con una concepción de la culpabilidad como culpabilidad por el hecho, alejada de planteamientos en la línea de la *Gesinnungsschuld*. Y es que tener en cuenta los motivos por los que obra el autor —desde la compasión por la víctima hasta el odio hacia ella, pasando por la indiferencia hacia sus intereses ante la promesa de una contraprestación económica— como algo que, al igual que el dolo o el conocimiento de la prohibición, contribuye a *distanciarlo* en mayor o menor medida de su conducta, haciéndola más (¡o menos!) «comprensible» desde el punto de vista del ordenamiento³¹⁴, no tiene nada que ver con reprocharle su actitud interna³¹⁵. La *contingencia* de que el legislador haya considerado el precio o los móviles discriminatorios circunstancias agravantes, en lugar de adoptar la estructura de incriminación inversa, no debería ocultar que aquí se trata, en todo caso, de determinar la medida en que un hecho típicamente antijurídico le resulta *personalmente atribuible* a su autor; o, dicho en términos preventivo-general-positivos, la medida —nula, en el caso de ciertos motivos reprochables— en que el hecho se presta a una *explicación alternativa* a la simple declaración de aquel de que no se encuentra vinculado por el ordenamiento jurídico y sus valoraciones³¹⁶.

³¹⁴ Y determinando, por tanto (en términos preventivo-general positivos), la medida en que el hecho puede presentarse como algo distinto de una declaración frontal del autor de que no se encuentra vinculado por el ordenamiento jurídico y sus valoraciones.

³¹⁵ Es perfectamente posible trasladar a este ámbito el razonamiento que desarrolla PÉREZ MANZANO en relación con la exigencia de un elemento volitivo para la configuración del dolo: «exigir una vinculación volitiva con el hecho no supone en sí misma la sanción de la nuda voluntad y la comprensión dual del dolo no produce ninguna quiebra de la prohibición de sanción del fuero interno si la vinculación volitiva requerida pone en conexión subjetiva al sujeto con el injusto materializado por el hecho» (2020, «Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva», p. 993).

³¹⁶ Me remito, de nuevo, a lo expuesto en PANTALEÓN DÍAZ, 2020, «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia», pp. 5-6. Tampoco se deja confundir, en este sentido, por la estructura de incriminación (arbitrariamente) escogida por el legislador al contemplar estas circunstancias, PERALTA, 2012, pp. 199-212, 261-282, 311-312, que las concibe, sin embargo, como indicadores de una *total ausencia de justificación* del hecho, frente a los supuestos normales, en los que este se encontraría «cuasi-justificado»; planteamiento que ha acogido recientemente BUSTOS RUBIO, M., *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22, 4ª CP)* (Barcelona: Bosch, 2020), pp. 235-239. No es este el lugar para llevar a cabo una valoración crítica de esta atractiva propuesta. Resulta, en cualquier caso, verdaderamente notable el paralelismo que puede trazarse entre lo que este autor sostiene en el plano del injusto y la postura —aquí acogida— que PEÑARANDA RAMOS, 2014, *Estudios sobre el delito de asesinato*, pp. 291-293, defiende en sede de culpabilidad. Si considero preferible esta última, ello se debe, entre otras razones, a que PERALTA no termina de explicar, a mi juicio, por qué el legislador recurre a esta extraña técnica para anudar consecuencias jurídicas a la existencia (*objetiva*) de un contexto de no-justificación: ¿por qué remitir para ello a un epifenómeno *subjetivo* y, en esta medida, más difícil de constatar? Considera plausibles tanto uno como otro planteamiento DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 373-392.

Sea como fuere, las implicaciones prácticas de cada uno de los planteamientos alternativos no son, en este caso, tan relevantes como sucedía en relación con el dolo. Las únicas que (en su caso) podrían imaginarse, se plantearían, hasta donde alcanzo, en sede de autoría y participación; en concreto, a la hora de determinar si los motivos por los que obra el autor son circunstancias «comunicables» a los partícipes que, sin compartirlos, los conozcan (art. 65 CP). No obstante, creo que puede afirmarse —en la línea de lo defendido por la mejor doctrina— que ello no depende necesariamente de la «ubicación» dogmática de estas circunstancias en el tipo o en la culpabilidad, sino más bien de su calificación o no como *personales*³¹⁷. Y, en la medida en que existen elementos del injusto cuyo carácter personalísimo impide, en todo caso, su comunicación a los partícipes (piénsese, por ejemplo, en las circunstancias que fundamentan la «justificación personal»³¹⁸), nada impediría decir exactamente lo mismo de los motivos del autor, si se prefiriera concebirlos —contra lo aquí defendido— como elementos subjetivos del tipo.

En un segundo grupo de elementos graduales de la culpabilidad, se encuentran, por último, en mi opinión, los que condicionan el grado de **normalidad motivacional** del que disponía el autor al llevar a cabo la conducta perturbadora, sea en términos *personales* (imputabilidad disminuida) o *situacionales* (exigibilidad disminuida). Este es, a mi juicio, el fundamento de las eximentes incompletas y atenuantes analógicas de inimputabilidad (arts. 21.1.^a y 7.^a, en relación con art. 20.1.^o-3.^o CP) y de miedo insuperable (arts. 21.1.^a y 7.^a en relación con art. 20.6.^o CP), así como de las atenuantes de grave adicción (art. 21.2.^a CP) y de estado pasional (art. 21.3.^a CP)³¹⁹. Todas estas circunstancias permiten, de nuevo, *distanciar* en cierta medida al autor de su hecho, presentándolo como algo distinto de un acto frontal de oposición al ordenamiento jurídico y sus valoraciones.

Al contrario de lo que sucede en relación con las representaciones e intenciones del autor, el análisis de estas circunstancias en sede de imputación personal resulta

³¹⁷ Vid., en este sentido, DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 395-396; y PEÑARANDA RAMOS, 2014, *Estudios sobre el delito de asesinato*, pp. 173-236.

³¹⁸ Vid. punto (d) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2.

³¹⁹ Respecto de las dos últimas circunstancias, se discute si su fundamento radica en una inimputabilidad disminuida, en una menor exigibilidad o en una mezcla de ambas; cuestión no totalmente exenta de relevancia práctica, al menos a efectos interpretativos. Sobre este debate, vid., por todos, GALLEGO ARRIBAS, D, «Grave adicción y medidas de seguridad. Una aproximación desde el fundamento de la atenuante y el principio de legalidad», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen I*, ed. Cancio Meliá, M et al. (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 452-456; y MARTÍNEZ GARAY, L, «Grave adicción a sustancias», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nms. 4067-4070.

completamente pacífico, por lo que aquí me limitaré a subrayar, una vez más, la naturaleza insoslayablemente *normativa* de los juicios mediante los que se decide sobre su eventual concurrencia. Y es que, al igual que sucede en relación con el elemento de la culpabilidad que he llamado «absoluto», solo exculpan parcialmente al autor las circunstancias personales y situaciones que se consideran lo suficientemente *anormales* como para hacer su conducta típicamente perturbadora *más comprensible* desde la perspectiva del ordenamiento. Esto importa, de nuevo, mucho más que la medida en que el autor estuviera, desde el punto de vista ontológico, capacitado para adaptar su conducta a lo prescrito por la norma. Como demuestra, por ejemplo, la jurisprudencia reciente sobre la aplicación de la atenuante de estado pasional en supuestos de comportamiento motivado por los celos, una emoción *reprochable* a los ojos del ordenamiento —por muy intensa y restrictiva de las facultades de autocontrol que resulte ser— no sirve en absoluto para distanciar al autor de su hecho, en el sentido relevante para la culpabilidad³²⁰.

IV. BREVE REFERENCIA A LA PUNIBILIDAD

Afirmada la existencia de una perturbación típicamente abarcada y atribuible al autor en tanto infracción personal de un deber de conducta, procederá, normalmente, que a este se le imponga, en la medida de su culpabilidad por el hecho, la pena *preventivamente necesaria* que merece. No obstante, como se señaló en el capítulo 1, el interés público en la prevención de delitos —al que obedece el Derecho penal— no es siempre el que encabeza la lista de prioridades de la política jurídica general, pudiendo anteponerse a él otros intereses legítimos³²¹. Cuando estos intereses entran en conflicto con el primero, el Derecho *renuncia a la prevención de delitos* en aras de su defensa, dando lugar a una amplia y variada serie de causas de exclusión (total o parcial) de la

³²⁰ Un buen resumen de la jurisprudencia en esta materia, con referencias a las sentencias más relevantes, puede encontrarse en MARTÍNEZ GARAY, L., «Arrebato, obcecación u otro estado pasional», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nms. 4107-4108. Esta restricción del ámbito de aplicación del atenuante a supuestos en los que el contexto permite al autor *distanciarse* del hecho es la razón por la que, de acuerdo con PUENTE SEGURA, 1997, p. 383-385, 392; DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 405-413, nunca cabría apreciar al mismo tiempo la atenuante del art. 21.3.^a CP y la agravante del art. 22.4.^a CP.

³²¹ Vid. epígrafe 2 del apartado III del capítulo 1.

responsabilidad penal para las que la doctrina mayoritaria suele reservar una categoría autónoma de la teoría jurídica del delito: la punibilidad³²².

RESPONSABILIDAD PENAL		RESPONSABILIDAD CIVIL	
INJUSTO TÍPICO	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>jurídicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>		
	Subsunción típica - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo	Daño Concepto subjetivo y concreto	
	IMPUTACIÓN PERSONAL - Elemento <i>absoluto</i> : capacidad personal de comportamiento conforme a la norma - Elementos <i>de graduación</i> : dolo natural y conocimiento de la prohibición + otros elementos subjetivos + grado de capacidad personal de comportamiento conforme a la norma	Imputación del daño a la perturbación Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)	
No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado			
PUNIBILIDAD		No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i> », « <i>wrongful life</i> » etc.	

En estos términos cabría explicar, por ejemplo, que la punición de los delitos contra el Derecho de gentes con las penas previstas en los arts. 605 y 606.1 CP se condicione a que estas conductas «tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas» (art. 606.2 CP); condición que implica subordinar el interés en la prevención de estos delitos a uno que se considera prevalente, pero que resulta ajeno a la estricta política criminal: el interés en la reciprocidad de las relaciones diplomáticas³²³. A una fundamentación similar se presta,

³²² Vid., en esta línea, por todos, ROXIN, 2006, pp. 227, 1042-1044; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Punibilidad y delito», nms. 4805, 4820; SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 195-199; PEÑARANDA RAMOS, E, *Apuntes para la docencia a distancia (inéditos): guion ampliado sobre punibilidad y circunstancias modificativas de la responsabilidad* (Madrid, 2020), p. 2; y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 1168-1169. A pesar de atribuirle este mismo fundamento, rechazan, no obstante, que esta sea una categoría de la teoría jurídica del delito con sustantividad propia LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 107-108, 554-555; y MIR PUIG, 2016, pp. 153-155.

³²³ Así, entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Condiciones objetivas de punibilidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 4828; y PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para la docencia a distancia (inéditos): guion ampliado sobre punibilidad y circunstancias modificativas de la responsabilidad*, p. 2.

también, la «excusa absolutoria» de parentesco contemplada en el art. 268 CP, de acuerdo con la que el interés público en la prevención de delitos patrimoniales cometidos sin violencia, intimidación ni abuso de vulnerabilidad de la víctima se sacrifica — razonablemente o no— en aras de la preservación del interés (supuestamente prevalente) en la mínima intromisión posible del Derecho penal en un ámbito tan delicado como el de las relaciones familiares³²⁴.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. Más allá de la perturbación, como núcleo estructural común a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, la estructura dogmática del delito está compuesta por tres elementos: la tipicidad (subsunción típica de la perturbación), la culpabilidad (imputación personal del injusto típico) y la punibilidad. Ninguna de estas categorías tiene parangón en la estructura dogmática de la responsabilidad civil extracontractual.
2. Que solo puedan ser constitutivas de delito las conductas perturbadoras subsumibles en un tipo penal es la consecuencia dogmática de dos principios limitadores del *ius puniendi* estatal: el de legalidad y el de fragmentariedad. Gráficamente, puede pensarse en el conjunto de tipos penales como una «plantilla» que «recorta» un universo prácticamente infinito de conductas perturbadoras, seleccionando entre ellas las que constituyen los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes y describiéndolas de la forma más taxativa posible. Esta forma de análisis supone invertir el orden tradicional de las categorías de la teoría jurídica del delito, anteponiendo la ausencia de causas de justificación a la tipicidad.

³²⁴ En este sentido, es jurisprudencia constante de la Sala Segunda del TS que «la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente CP [...] se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268, porque ello suele provocar una irrupción del sistema *per se* dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados» (STS, Sala Segunda, 551/2019, de 12 de noviembre; con cita de otras anteriores en la misma línea). Vid., en este mismo sentido, LUZÓN PEÑA, 2016, p. 560; GUÉREZ TRICARICO, P, «Delitos patrimoniales: disposiciones comunes», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), nm. 10704.

3. En los tipos penales de mera actividad (y la tentativa), este nivel de análisis se agota en la subsunción de la conducta perturbadora en uno o varios tipos penales, lo que plantea problemas de Parte General —muy señaladamente, el relativo a la diferenciación de autoría y participación— y, sobre todo, de Parte Especial. Los tipos de resultado requieren, además, la concurrencia de un resultado típico separado de la conducta típicamente perturbadora y su imputación a esta última. La función que desempeña este elemento en la estructura dogmática del delito es sumamente difícil de dilucidar sobre la base de la finalidad preventiva de la pena (y de sus límites en un Estado de Derecho). De atribuirle alguna legítima, ha de optarse por una función «demostrativa», desde el punto de vista de la prevención general positiva: cuando la frustración de una expectativa normativa tiene precisamente las consecuencias cuya evitación le confiere sentido, esta manifestación pública a la vez de la defraudación de la expectativa y de lo que la hace digna de confirmación contrafáctica erosiona especialmente la confianza en la vigencia de la norma.
4. Tanto los rasgos generales del concepto de resultado típico como los requisitos para su imputación a la conducta han de construirse, dentro de los límites marcados por el tenor literal de los preceptos legales correspondientes, tomando como base la función demostrativa del primero. De acuerdo con ello, ha de optarse por un concepto objetivo y real-concreto de resultado típico: uno independiente tanto de la medida en que la víctima concreta valora sus propios intereses, como de lo que a esta le habría sucedido de no ser por la conducta perturbadora del autor. En cuanto a los criterios de imputación del resultado, la función demostrativa de este último presupone la existencia de una doble relación entre conducta y resultado típico: una de causalidad, de manera que la primera se presente como una de las condiciones del segundo (que sea relevante para explicar la configuración totalmente concreta de su acaecimiento); y una de realización del riesgo, que requiere que el que se materializa en el resultado sea precisamente uno de aquellos en atención a los que la conducta se considera (típicamente) desaprobada.
5. Más allá de los supuestos en que funciona como un simple heurístico de la falta de realización del riesgo, la inevitabilidad del resultado con la conducta alternativa lícita no excluye la posibilidad de imputarlo a la conducta típica. Mientras pueda afirmarse la realización del riesgo, la función demostrativa del resultado típico se sigue cumpliendo por mucho que se demuestre —incluso con una probabilidad rayana en la certeza— que

este se habría producido igualmente de haberse comportado de forma correcta el autor. Por el mismo motivo, carece asimismo de relevancia autónoma a estos efectos el incumplimiento por parte de la víctima concreta de sus cargas de protección; incumplimiento que también puede, sin embargo, servir como heurístico de la ausencia de otros elementos necesarios para afirmar la existencia de un delito. Ni el «comportamiento alternativo conforme a Derecho» ni la «imputación a la víctima» tienen cabida, pues, como criterios penales de imputación con sustantividad propia.

6. En cuanto al resto de requisitos de la estructura dogmática del delito, el juicio de culpabilidad —en tanto plasmación dogmática del principio constitucional homónimo— consiste en dilucidar si y, en su caso, hasta qué punto, el injusto típico resulta personalmente imputable a su autor. Presupone, en este sentido, la capacidad de este último de comportarse conforme a la norma (imputabilidad, exigibilidad, ausencia de error invencible) y se gradúa, sobre esta base, teniendo en cuenta otra serie de elementos que permiten al autor distanciarse en mayor o menor medida de su hecho (representaciones, intenciones, normalidad motivacional). Por su parte, la punibilidad agrupa un conjunto heterogéneo de supuestos de renuncia (total o parcial) a la función preventiva de la pena en aras de intereses superiores de política jurídica general que entran en conflicto con su plena realización.

Capítulo 4. Lo específicamente civil

I. INTRODUCCIÓN

Una vez analizados tanto el elemento estructural (limitadamente¹) común a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil (capítulo 2), como los componentes privativos de la estructura dogmática del delito (capítulo 3), este capítulo —el último de los que integran lo que podría denominarse el «núcleo dogmático» de esta tesis— se dedicará al estudio de los elementos que, sumados a la existencia de una conducta perturbadora, integran la estructura de la responsabilidad civil por culpa, y cuya indisociable relación con la función resarcitoria del Derecho de daños determina que carezcan de equivalentes jurídico-penales. Se trata, ahora, de los elementos enumerados en la columna derecha del «mapa», presentado en el capítulo 2, que viene sirviendo de guía para la exposición en este trabajo: el daño, su imputación a la conducta perturbadora y la ausencia de un deber del perjudicado de soportar el daño basado, bien en su desatención de sus propios intereses, bien en razones de política jurídica general ajenas a la lógica estrictamente resarcitoria.

Como se hizo en el capítulo 3 con las diferentes categorías de la teoría jurídica del delito, en este capítulo se llevará a cabo, nuevamente, un somero recorrido por cada uno de los componentes de la estructura dogmática de la responsabilidad civil que se han enumerado. Una vez más, se hará especial hincapié en el daño y su imputación a la perturbación; categorías respecto de las que resulta especialmente interesante, a los efectos de este trabajo, plantear los elementos que las diferencian de sus aparentes correlativos jurídico-penales: el resultado típico y su imputación al comportamiento. También aquí se impone subrayar, sin embargo, que —en la medida en que la presente obra no puede, por razones evidentes, aspirar a convertirse en algo siquiera parecido a un tratado de Derecho de daños— la aproximación al objeto de estudio que se adoptará en este capítulo será, como en el anterior, necesariamente superficial. El objetivo es, de nuevo, mucho más el de *ordenar* las categorías a las que voy a referirme en una «topografía» funcionalmente coherente que el de ofrecer un tratamiento exhaustivo de los problemas jurídicos que plantean.

¹ Vid. punto (a) del epígrafe 1 del apartado IV del capítulo 2.

A partir del tercero, cada uno de los apartados de este capítulo —III, IV, V y VI— se ocupan de uno de los elementos de la estructura dogmática de la responsabilidad civil a los que, hasta ahora, no se ha prestado atención en esta obra: respectivamente, el daño, su imputación a la perturbación, la culpa concurrente del perjudicado y la exención de responsabilidad por razones de política jurídica. A ellos se antepone, sin embargo, un primer apartado (II) dedicado a las características que tiene que reunir la *conducta* del dañante para poder dar lugar a responsabilidad civil por culpa; características que, contra lo que sostiene la doctrina mayoritaria, se agotan, a mi juicio, en su carácter perturbador.

II. PERTURBACIÓN, CULPA Y CULPABILIDAD. RELEVANCIA (MARGINAL) DEL DOLO DEL DAÑANTE

Como anticipé en el capítulo 2, la perturbación —elemento estructural común a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil— equivale plenamente a lo que, a mi juicio, ha de entenderse por «culpa o negligencia» a los efectos del art. 1902 CC². Que la conducta del dañante suponga la creación o no contención jurídicamente desaprobada de un riesgo sobre el que aquel tiene competencia es, en este sentido, *suficiente* (en principio³) para fundamentar su deber de resarcir al perjudicado el daño que le ha causado de forma objetivamente imputable, con total independencia de la **responsabilidad personal (culpabilidad)** del dañante por su comportamiento⁴. Pero este que es, según creo, el único planteamiento coherente con la función resarcitoria del Derecho de daños ha tenido una acogida francamente escasa entre los civilistas españoles, que exigen de forma prácticamente unánime, como presupuesto de esta forma de responsabilidad *adicional* al carácter perturbador de la conducta del dañante, que este sea «civilmente imputable» o tenga, en otras palabras, «capacidad de culpa civil»⁵; categoría que algunos

² Vid. apartado II del capítulo 2.

³ Es decir, siempre que no exista un deber del perjudicado de soportar el daño basado en su propia conducta descuidada o en razones generales de política jurídica (vid., respectivamente, apartados V y VI de este capítulo).

⁴ En este sentido, es correcta (aunque probablemente confusa para un civilista) la afirmación de MARAVER GÓMEZ de que «en materia de responsabilidad civil, es necesario realizar un juicio de imputación objetiva —basado en la infracción de un deber de cuidado o en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado—, pero no un juicio de imputación subjetiva —relativo al carácter doloso o imprudente de la infracción del deber de cuidado» (2010, p. 339).

⁵ El autor que ha desarrollado este planteamiento de forma más pormenorizada en nuestro país ha sido, probablemente, PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 295-384. También ha seguido esta línea muy intensamente

autores configuran de forma idéntica a su equivalente penal, pero la mayoría conciben — por razones poco claras, o directamente no explicitadas en absoluto— como un requisito menos exigente⁶.

Que esta sea, en España, la posición todavía dominante no resulta sorprendente si se hace un breve recorrido por el Derecho comparado y nuestra propia legislación histórica⁷. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, los enfermos mentales y los niños menores de cierta edad —que oscila entre los siete y los catorce años— se encuentran expresamente exentos de responsabilidad civil por culpa y sujetos únicamente a una eventual responsabilidad «en equidad»; responsabilidad normalmente solo subsidiaria a la de sus guardadores y basada en consideraciones como la situación económica relativa de dañante y perjudicado. Así, por ejemplo, el § 827 BGB establece que «quien, en estado de inconsciencia o en un estado patológico de alteración de la conciencia impeditivo del libre ejercicio de su voluntad causa daño a otro no es responsable de tal daño»⁸; y el § 828 BGB exime categóricamente de responsabilidad civil a los niños menores de siete años y condiciona la de cualquier menor de dieciocho

YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 283-290, 323, 352-353; autor que, sin embargo, reconoce (curiosamente) que «[s]i la responsabilidad civil va a tener carácter exclusivamente patrimonial, los módulos de análisis no tienen los atributos que definen el carácter personal de la culpa penal: sus módulos son objetivos y abstractos. Todo lo que hay de personal y que podría recordar la idea de pena está excluido, en principio, del Derecho de daños» (ibid., pp. 33-34), o que «como en el Derecho de la responsabilidad civil no se busca la sanción ni el castigo sino la reparación, no hablaremos tanto de “responsables” (en cuanto culpables) sino de “patrimonios que soporten la responsabilidad”». Hasta donde alcanzo, solo se separa contundentemente de la postura aquí discutida GARCÍA RUBIO, MP, «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5 (2018), pp. 191-192; GARCÍA RUBIO, MP, «Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, ed. Gete-Alonso y Calera, M del C (Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2020), pp. 57-58; GARCÍA RUBIO, MP, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón. Tomo II*, ed. Cobacho Gómez, JA y Ataz López, J (Cizur Menor: Aranzadi, 2021), *passim*. De forma más tímida, en la misma línea, SANTOS BRIZ, 2008, pp. 590-591, 598; y LACRUZ BERDEJO ET AL., 2013, p. 440; y,

⁶ Vid., p. ej., PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 312-314.

⁷ De todo lo que sigue me he ocupado con mayor profundidad (y ulteriores referencias) en PANTALEÓN DÍAZ, M, «La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal. Sobre la responsabilidad civil de los inimputables», *InDret*, vol. 3 (2017); 2018, «Children's Liability in Negligence». Un análisis mucho más completo del Derecho comparado en este punto puede encontrarse en GARCÍA RUBIO, 2021, pp. 971-980.

⁸ Según VON JHERING, 2013, pp. 107-108, también en el Derecho romano clásico se consideraba exentos a los menores y «enajenados mental» de responsabilidad por *damnum iniuria datum*, en virtud de la *Lex Aquilia*. Ello, sin embargo, no resulta en absoluto extraño si se tiene en cuenta la naturaleza *penal* (aunque privada) de esta forma de responsabilidad, que el autor deja patente a lo largo de la obra citada.

años a un criterio de discernimiento. Por su parte, el § 829 BGB (*Ersatzpflicht aus Billigkeitsgründen*) contempla, en los términos mencionados, un régimen de responsabilidad en equidad para los dañantes a los que se refieren los dos artículos anteriores⁹. Las interpretaciones doctrinales de estos preceptos van, de hecho, mucho más allá de su literalidad, proponiendo un completo «trasvase» al ámbito civil de las causas penales de exculpación, de manera que tampoco cabría responsabilidad civil por culpa — sin perjuicio de una eventual responsabilidad en equidad— en supuestos como el estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB) y el exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB)¹⁰.

Aunque los PETL no han llegado tan lejos¹¹, este es el sistema por el que han apostado claramente los autores del DFCR. Así, su par. VI-3:103 exonera completamente de responsabilidad civil a los niños menores de siete años y dispone, respecto de los menores de dieciocho, que responderán «en la medida en que no haya[n] actuado con la diligencia exigible a una persona razonable de su misma edad y en las mismas circunstancias del caso». No obstante, el apartado (3) del precepto excepciona este régimen «en la medida en que: (a) el perjudicado no pueda obtener reparación de otra persona en virtud del presente Libro; y (b) la obligación de reparar resulte equitativa teniendo en cuenta los medios económicos de las partes y las demás circunstancias del caso». Por otro lado, en cuanto a las personas con discapacidad psíquica¹², el par. VI-5:301(1) DFCR establece que «la persona con discapacidad psíquica en el momento en que causa un daño jurídicamente relevante sólo responderá en virtud del principio de

⁹ El precepto establece, literalmente, que «quien, con base en los §§ 827 y 828, no sea responsable del daño causado en las circunstancias establecidas en los §§ 823 a 826 debe no obstante resarcirlo, salvo que el perjudicado pueda obtener compensación de un tercero obligado a la supervisión del dañante, en la medida en que, en las circunstancias —incluyendo, sin limitación alguna, las circunstancias de las partes involucradas— una indemnización resulte equitativa y el dañante no se vea por ello privado de recursos para mantenerse razonablemente a sí mismo y para cumplir sus obligaciones legales de manutención».

¹⁰ Así, p. ej., KOZIOL, 2012, *passim*, esp. pp. 202-205, 208; WAGNER, 2017, nms. 51-56, 58, 82; GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nms. 164, 166-170; y, aparentemente, DEUTSCH, 1963, p. 62. Cfr., sin embargo, JANSEN, 2003, pp. 450-453. En nuestra doctrina, sigue esta misma vía PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 284-287, 384-403, al reconocer el miedo insuperable como causa de exención de responsabilidad civil que, solo en caso de que esta «derivase» de un delito, daría lugar a una responsabilidad subsidiaria a la del causante del miedo, fundada en la equidad (ibíd., pp. 395-396, 402-403).

¹¹ Limitándose a establecer que el estándar de conducta exigible en la responsabilidad por culpa «puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla» (art. 4:102, apartado 2).

¹² «Se considera que padece discapacidad psíquica quien no es capaz de comprender el alcance de su propia conducta, a menos que esta falta de entendimiento sea consecuencia transitoria de su propia culpa» (nm. VI-5:301(2) DFCR).

equidad y teniendo en cuenta sus medios económicos y demás circunstancias del caso. Esa responsabilidad se limitará a una compensación razonable».

La excepción más clara a este modelo es el ordenamiento jurídico francés¹³, que se separó definitivamente de él en 1968¹⁴, con la introducción en el CCF del art. 489-1 (actual art. 414-3), de acuerdo con el que «quien causa daño a otro bajo la influencia de una alteración psíquica está, no obstante, obligado a repararlo»; precepto que la jurisprudencia no tardó en extender analógicamente para afirmar la responsabilidad civil de los niños de cualquier edad, con independencia de su capacidad de discernimiento. Este categórico reconocimiento de la responsabilidad civil de los niños es, sin embargo, solo aparente, en la medida en que —a través de una adaptación excepcional del estándar de cuidado a la edad— las conductas de esta clase de dañantes solo se declaran perturbadoras cuando defraudan las expectativas normativas proyectadas sobre un *niño* razonable (valga el oxímoron) en su posición; cosa que, por razones evidentes, pocas veces sucede. También en la línea del francés se encuentra, con algunos matices, el sistema inglés de responsabilidad civil por culpa¹⁵.

Los arts. 1902 y ss. CC no ofrecen ni han ofrecido nunca datos para el encuadramiento en una u otra línea del Derecho español de daños. Los indicios normativos más elocuentes al respecto se han encontrado siempre en la regulación especial de la responsabilidad civil *ex delicto* contenida en el CP; regulación que históricamente daba pie a una interpretación del sistema en la línea del primero (y más extendido) de los modelos. De acuerdo con este régimen —que se mantuvo básicamente inalterado desde el Código Penal de 1848 (art. 16.1.^a) hasta el de 1973 (art. 20.Primer), y que reproducía, con mínimas variaciones, el art. 120.1.^a del Proyecto de Código Penal de 1992— la responsabilidad civil del inimputable por hechos descritos por la ley como

¹³ Vid., por todos, GARCÍA RUBIO, 2017, *passim*, esp. pp. 380-383.

¹⁴ Sobre el estado anterior de la cuestión, vid. solo DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 95-107, que, de hecho, lo critica (tímidamente) *de lege ferenda* (ibíd., pp. 107, 154).

¹⁵ Vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2018, «Children's Liability in Negligence», pp. 33-39. Las matizaciones que es necesario introducir se refieren, sobre todo, a la exigencia paralela de un requisito de *voluntariedad* en la causación del daño para la responsabilidad civil; algo para lo que, a mi juicio, no existe justificación alguna. El reconocimiento de una «*involuntariness defence*» para el Derecho de daños —lo más parecido a una exención de responsabilidad por ausencia de acción como la que existe en Derecho penal— no tiene sentido, en mi opinión, si se afirma a la vez la responsabilidad civil de los inimputables, pues no existen, como ya dije, diferencias normativamente relevantes entre una y otra situación (vid. n. 339 del capítulo 2 —en la que me retracto de lo señalado en PANTALEÓN DÍAZ, 2018, «Children's Liability in Negligence», pp. 37-39— y el texto al que acompaña).

delito era solo subsidiaria de la de sus guardadores. Fue bajo la vigencia de estos preceptos cuando la doctrina civilista española, no exenta de inspiración alemana, desarrolló la interpretación de acuerdo con la que los inimputables responden civilmente solo de forma subsidiaria a sus guardadores y por razones de equidad (nunca por culpa)¹⁶.

Esta lectura, todavía dominante, del Capítulo II del Título XVI del Libro IV del CC se ha mantenido, hasta hoy, casi tan inalterada como los lacónicos artículos 1902 y ss. No obstante, la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* de los inimputables en la que descansaba esta interpretación cambió radicalmente en 1995¹⁷, cuando se introdujo en el CP la disposición, actualmente vigente, de acuerdo con la que se declara civilmente responsables —*directamente*, y sin perjuicio de la responsabilidad civil *adicional* de sus guardadores— a las personas exentas de responsabilidad penal con base en los números 1.º a 3.º del art. 20 CP¹⁸ (art. 118.1, reglas 1.ª y 2.ª CP)¹⁹. Actualmente, completan el panorama normativo, en lo que aquí interesa, los arts. 3 y 61.3 LORPM y el art. 12 CRPD²⁰. Los primeros regulan la responsabilidad civil de los menores de dieciocho años, eximiendo categóricamente de ella a los menores de catorce²¹ y afirmando —de forma igualmente categórica— la responsabilidad civil *ex delicto* directa (y solidaria con la de sus guardadores) de los mayores de dicha edad no incurso en las causas de exclusión de

¹⁶ Así, p. ej., DE CASTRO Y BRAVO, F, *Derecho Civil de España. Tomo II: Derecho de la persona*, ed. Políticos, I de E (Madrid, 1952), pp. 188-189; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos* (Madrid: Tecnos, 1988), pp. 22-23; PANTALEÓN PRIETO, F, «Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 2 (1983), pp. 455-456; o GÓMEZ CALLE, E, *La responsabilidad civil de los padres* (Madrid: Montecorvo, 1992), pp. 183-187.

¹⁷ Lo destaca QUINTERO OLIVARES, G, «Las personas civilmente responsables (apartados 1-4)», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), p. 151.

¹⁸ Inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica, o trastorno mental transitorio; por intoxicación plena o síndrome de abstinencia; o por alteraciones de la percepción desde la infancia.

¹⁹ Como apunta GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 78-79, las razones de esta profunda transformación del sistema no pueden extraerse de la tramitación parlamentaria del CP: los preceptos sobre responsabilidad civil del nuevo Proyecto de Código Penal presentado en 1994 por el Gobierno de la V Legislatura no fueron objeto de debate en la Comisión de Justicia del Congreso, por haberlo sido ya los del Proyecto de 1992 en la legislatura anterior.

²⁰ Ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, 21 de abril de 2008) y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

²¹ Así ha de leerse, a mi juicio, el art. 3 LORPM; vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2017, pp. 5-7, con ulteriores referencias.

responsabilidad penal previstas en los números 1.º y 3.º del art. 20 CP²². El segundo, por su parte, obliga a reconocer a las personas con discapacidad «capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» (art. 12.2 CRPD), lo que, de acuerdo con un creciente número de autores, ofrece una base suficiente para fundamentar, como mínimo, una presunción de responsabilidad civil de los discapacitados psíquicos²³. De hecho, esta es sin duda la línea en la que se orienta el nuevo art. 299 CC, introducido por la LRAPD, en cuanto dispone que «[l]a persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables»²⁴.

A mi juicio, resulta poco discutible que el escenario normativo actual aproxima mucho más el sistema español de Derecho de daños, en este aspecto (como en tantos otros), al modelo francés que al alemán, coincidiendo plenamente con él tanto en la

²² También en este último supuesto son directamente responsables, pero con base, en este caso, en el citado art. 118.1.1.ª CP (con la consiguiente aplicación de un régimen de responsabilidad diferente para sus guardadores); vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2017, pp. 4-5.

²³ En este sentido, resulta particularmente expresiva GARCÍA RUBIO, cuando señala que «[e]s posible que algunos sigan siendo de la opinión de que la exención de responsabilidad civil de las personas que no alcanzan a prever las consecuencias dañosas de sus actos, debido a una discapacidad mental o psicosocial que altera su voluntad y la percepción de la realidad, es una regla que las favorece y protege y que, precisamente por ello, se debe mantener. A mi juicio, [...] nada más lejos de la realidad. Muy al contrario, las estigmatiza y las discrimina, pues no me cabe duda de que la exención puede llevar a pensar que estas personas suponen un peligro para la sociedad que esta no está en condiciones de evitar salvo marginándolas e incluso aislándolas; que lo más conveniente es no tratarlas o hacerlo lo menos posible, pues de relacionarse con ellas y sufrir por ello un daño no habría reparación o esta se derivaría a sus cuidadores. En fin, todas ellas, poco compatibles con la inspiradora CDPD» (2020, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», p. 985). Vid., en el mismo sentido, YÁÑEZ RIVERO, F, «The 2006 New York Convention and Obligations of Persons with Disabilities: Liability for Damages within the Scope of Civil Law and Common Law», *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 2012, pp. 10-11.

²⁴ Así, muy claramente, de nuevo GARCÍA RUBIO, 2018, pp. 191-192; 2020, pp. 57-58; 2021, p. 980. La redacción que al precepto proyectado (entonces, art. 297 CC) daba el APCPD era, a mi juicio, francamente mejorable. Advertí de ello, con mayor detalle, en PANTALEÓN DÍAZ, M, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: reformas pendientes», *Almacén de Derecho*, 2020, donde señalé que su tenor literal, conforme al que «[l]a persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables», podía dar a entender que las personas con discapacidad quedarían sometidas a un régimen de responsabilidad civil objetiva o estricta: uno que las obligara a responder por los daños causados a terceros «en todo caso», sin necesidad de que interviniese «culpa o negligencia», en el sentido del artículo 1902 CC; precepto que seguiría rigiendo, al igual que el artículo 1903 CC, «en relación a otros posibles responsables», es decir, en relación con otras personas sin discapacidad responsables de los mismos daños conforme a los referidos artículos 1902 y 1903 CC. De ello se hizo eco también el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el APCPD, recomendando, para solventar el problema, la redacción alternativa finalmente adoptada en el PCPD y el art. 299 LRAPD. Sobre esta evolución, vid. GARCÍA RUBIO, 2021, pp. 986-987.

afirmación de la responsabilidad civil de los enfermos mentales, como en la exclusión — *de facto* en el caso francés, *de iure* en el español— de la de los niños menores de cierta edad²⁵. Y esta regulación se presta a dos (y solo dos²⁶) interpretaciones posibles, ambas perfectamente compatibles con el tenor literal de los arts. 1902 y ss. CC. La primera es que la responsabilidad civil por culpa exige, como regla, una conducta no solo perturbadora sino también culpable del dañante; pero que esta regla, por alguna razón, se excepciona en lo que hace a los discapacitados psíquicos (y a las personas en estado de intoxicación plena), que responden aunque sean inimputables. La segunda, que esta forma de responsabilidad no depende en absoluto de la culpabilidad del dañante, si bien los niños, por alguna razón, se encuentran exentos de ella.

Ante la duda, el criterio para optar por una u otra de estas dos lecturas no puede ser otro, según creo, que decidirse por aquella que resulte más coherente con la función resarcitoria que, como se argumentó en el capítulo 1, desempeña la responsabilidad civil en el Derecho español²⁷. Desde este punto de vista, fundamentar la primera de las interpretaciones resulta doblemente difícil. Ya se ha argumentado, en primer lugar, que el requisito de culpabilidad que opera, paradigmáticamente, en la responsabilidad penal solo puede explicarse de dos maneras: bien como una exigencia de la propia función *preventiva* de esta forma de responsabilidad, o bien como un límite deontológico a la prevención basado en consideraciones de *merecimiento*²⁸. ¿Cómo fundamentar, entonces, que una responsabilidad que, como la civil, resulta completamente ajena tanto a la lógica preventiva como a la retributiva se someta a un requisito general de culpabilidad? Pero si ya es difícil de explicar la necesidad de imputación personal como *regla*, más difícil todavía resulta encontrar alguna razón de política jurídica capaz de fundamentar que esta regla se *excepcione* precisamente en relación con los enfermos mentales; discapacitados psíquicos a los que, sin motivo aparente, se estaría haciendo de peor condición que al

²⁵ Sin reconocer siquiera, al menos expresamente, la posibilidad de que estos últimos respondan en equidad.

²⁶ Como argumenté en un trabajo anterior, no resulta en absoluto convincente el planteamiento propuesto por algunos civilistas de acuerdo con el que únicamente responderían civilmente los inimputables penales que fueran a su vez «imputables civiles», quedando los demás exentos de responsabilidad por falta de «culpabilidad civil»; vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2017, pp. 11-14. Este planteamiento se basaba, en buena medida, por lo demás, en lo que solo podía interpretarse como una errata en el inciso final del art. 118.1.1.ª CP, que decía «imputables» donde debería haber dicho «inimputables»; una errata que ha sido finalmente corregida en la DF primera LRAPD. Lo destaca GARCÍA RUBIO, 2020, p. 59; 2021, pp. 1002-1003.

²⁷ Vid. epígrafe 2 del apartado II del capítulo 1.

²⁸ Vid. apartado III del capítulo 3.

resto de personas adultas en el marco normativo menos propicio para ello (vid. arts. 5 y 12 CDPD).

La interpretación alternativa —que invierte, respecto de la anterior, las posiciones de regla (no exigencia de culpabilidad) y excepción (exención de responsabilidad civil de los niños)— resulta, en cambio, mucho más acorde a la lógica resarcitoria por la que se rige la responsabilidad civil. Como se vio en el capítulo 2, es precisamente esta lógica la que impone formular desde un punto de vista *impersonal* el juicio sobre el carácter perturbador o no de la conducta del dañante, y hacer este juicio definitivo (en lo que atañe al análisis de su comportamiento) para la atribución de responsabilidad: en la *disyuntiva* entre que el daño —que ninguna de las partes «merece», en ningún sentido moralmente relevante, sufrir— lo soporte el perjudicado o sea desplazado al dañante, el que este haya defraudado las expectativas jurídicamente garantizadas de comportamiento en relación con los intereses ajenos convierte, en principio, esta segunda en una solución más satisfactoria desde el punto de vista de la justicia material, con independencia de que tal defraudación le resulte o no personalmente imputable al dañante²⁹. Existen, sin embargo, poderosas razones de política jurídica que aconsejan exceptuar esta lógica en relación con los niños menores de cierta edad, declarándolos (al menos *prima facie*³⁰) exentos de una responsabilidad civil que, impuesta en esta etapa tan temprana, podría lastrar muy gravemente sus perspectivas vitales y, con ello, el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE)³¹. Se trata de razones de política jurídica que, por lo demás, no concurren —o, al menos, no con la misma fuerza— en relación con los enfermos mentales, tanto por la relativa «ubicuidad» de la infancia comparada con esta última condición (todos, también los discapacitados psíquicos, hemos sido niños alguna vez), como, sobre todo, por el desiderátum de no «infantilizar» injustificadamente a los discapacitados psíquicos mayores de edad: también en este colectivo, hay que tratar a los niños como niños, y a los adultos como adultos; respectivamente, en igualdad de condiciones con los demás niños (art. 7.1 CRPD) y adultos (arts. 5 y 12 CRPD) de la sociedad³².

²⁹ Vid. epígrafe 2 del apartado III del capítulo 2.

³⁰ En PANTALEÓN DÍAZ, 2017, pp. 6-7 propongo algunas posibles excepciones, que podrían alcanzarse en España a través de una restricción teleológica del art. 3. LORPM.

³¹ Vid., en un sentido similar, la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 13 de agosto de 1998 (NJW 1998, 3557 ss.).

³² Resuelvo, así, el interrogante que dejé abierto en PANTALEÓN DÍAZ, 2018, «Children's Liability in Negligence», pp. 52-53. Se muestra próxima a este planteamiento diferenciador, aunque no llega a

Recapitulando lo dicho hasta ahora, considero, en definitiva, que la lectura del Derecho español de daños más coherente con la función resarcitoria que este desempeña pasa por reconocer que la «culpa o negligencia» del art. 1902 CC no presupone en absoluto la culpabilidad del dañante, ni en el sentido penal del término, ni en el sentido civil «autónomo» defendido por parte de la doctrina. La exención categórica de responsabilidad civil de los menores de catorce años que reconoce el art. 3 LORPM solo puede interpretarse, en este sentido, como un deber *excepcional* del perjudicado de soportar el daño en estos supuestos, basado en consideraciones generales de política jurídica que priman, en caso de conflicto, sobre la función resarcitoria del Derecho de daños³³.

Al igual que la culpabilidad, tampoco el **dolo** del dañante opera, en nuestro Derecho, como requisito de la responsabilidad civil por culpa; no, al menos, del modo en que, por ejemplo, se condiciona en todo caso en Alemania el resarcimiento por ciertas clases de daño —señaladamente, el puramente patrimonial o el moral no derivado de la lesión de un derecho subjetivo absoluto— al carácter doloso de la conducta que lo produce (vid. §§ 823 y 826 BGB)³⁴. Tampoco su concurrencia condiciona, como sin embargo sostiene todavía un nutrido grupo de autores³⁵, los criterios de imputación objetiva del daño a la conducta perturbadora del dañante: como ha defendido la mejor doctrina, la distinción que introduce el art. 1107 CC —que obliga al incumplidor doloso (por oposición al de buena fe) a indemnizar todos los daños «que conocidamente se

desarrollar su posición al respecto, GARCÍA RUBIO, 2021, n. 38. Cfr., no obstante, MARTÍN CASALS, 2011, p. 59, que no encuentra motivos para distinguir, a estos efectos, entre los niños y los discapacitados psíquicos.

³³ Vid. apartado VI de este capítulo. Esta misma tesis sostienen, en relación con el Derecho alemán, DEUTSCH, 1963, pp. 145-147, 405; y JANSEN, 2003, pp. 452, 629.

³⁴ Sobre ello, vid., por todos, WAGNER, 2017, nms. 46, 83; y GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nms. 46, 152. El Derecho alemán sigue, en este punto, la estela del Derecho romano, en la medida en que, como apunta DÍEZ-PICAZO, en este «la acción aquiliana [...] se limitaba exclusivamente a la destrucción o el quebrantamiento de cuerpos. Los daños patrimoniales de cualquier otra especie solo obligaban al autor del daño a resarcir en caso de haber obrado con dolo» (2011, p. 73). En esta misma línea, aunque de forma más matizada, el art. 2:102 PETL (intereses protegidos) dispone, en su apartado (4), que «la protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial [...] el hecho de que el agente sea consciente de que causará un daño a la víctima a pesar de que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de ésta»; y, en su apartado (5), que «el alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos».

³⁵ Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2012, pp. 100-101; KOZIOL, 2012, pp. 202, 248, 274-275, 278, 294-296; LACRUZ BERDEJO ET AL., 2013, pp. 476-467; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 190, 297-302.

deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» y no solo «los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación»— es una que solo tiene sentido en el marco de la responsabilidad civil *contractual*³⁶: tanto para el incumplidor doloso como para el de buena fe operan los criterios de imputación objetiva propios de la responsabilidad civil extracontractual, pero solo el segundo puede exonerarse del deber de resarcir un daño alegando que este era imprevisible *al tiempo de contratar*. Cualquier deudor contractual puede, en principio, alegar el sentido en el que los riesgos se repartieron al celebrarse el contrato —y con la información disponible en ese momento— para exonerarse de responsabilidad, pero no puede hacer lo mismo un deudor que, al incumplir con dolo, se sitúa a sí mismo consciente y voluntariamente fuera de la lógica del contrato³⁷.

El dolo del dañante no es, con todo, completamente irrelevante para la responsabilidad civil, de manera que (en este limitadísimo sentido) podría decirse que esta tiene en cuenta el «grado de culpabilidad» de la conducta del dañante. Expresarlo de esta forma oscurecería, sin embargo, que ello no obedece a nada parecido a la exigencia de proporcionalidad entre pena e imputación personal del hecho derivada del principio de culpabilidad —requisito que, por las razones expuestas, no tendría ningún sentido funcional exigir en el ámbito de la responsabilidad civil—, sino a la propia función resarcitoria del Derecho de daños o a consideraciones de política jurídica general que se tienen por prevalentes.

Un ejemplo muy claro de lo primero lo proporciona el hecho de que, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por lesiones del derecho al honor, las indemnizaciones del daño moral sean como regla más elevadas si la conducta que ha causado el daño ha sido dolosa. Esto no supone, como han defendido algunos autores, una suerte de «castigo»

³⁶ Así, PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 570-577, n 89 (pp. 718-720); PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 239-240; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, p. 147; DEL OLMO GARCÍA, 2009, p. 140; RUIZ ARRANZ, AI, «La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en Derecho alemán y español. Un análisis comparado», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 34 (2016), *passim*, p. ej., pp. 410, 419; y aparentemente, MONTÉS PENADÉS, V, «La responsabilidad por dolo», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, ed. Moreno Martínez, JA (Madrid: Dykinson, 2007), *passim*, esp. pp. 745-746. En el mismo sentido —respecto del precepto chileno equivalente, el art. 1558 CCCh—, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 171-173, 243, 427.

³⁷ Vid., en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F, «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44 (1991), pp. 1025-1027. Una interesante explicación alternativa, pero igualmente ceñida a la lógica de la responsabilidad *contractual*, puede encontrarse en RUIZ ARRANZ, 2016, pp. 422-425.

al dañante por su conducta reprochable (unos «daños punitivos» encubiertos)³⁸, sino el simple reconocimiento del hecho de que, al menos en estos casos, el *daño moral* padecido por el perjudicado —su sufrimiento— será normalmente mayor si se le ha dañado con dolo; en palabras de Oliver Wendell Holmes, «hasta un perro sabe la diferencia entre que se tropiecen con él y que le den una patada»³⁹. Y también obedece directamente a la lógica resarcitoria, como se verá, el que no se admita, en principio, un deber (siquiera parcial) del perjudicado de soportar el daño que el dañante le ha causado dolosamente, con base en el mero descuido de los intereses lesionados por parte del primero⁴⁰. En cuanto a lo segundo, en el apartado VI de este capítulo se examinarán algunos ejemplos de cómo, con base en diferentes consideraciones generales de política jurídica, ajenas a la función resarcitoria de la responsabilidad civil —y prevalentes sobre ella—, se impone al perjudicado, en (raras) ocasiones, un deber de soportar determinadas clases de daños salvo que el dañante se los haya causado dolosamente⁴¹.

III. EL DAÑO

Cuando en el capítulo 3 se analizó el resultado típico como elemento de los delitos de resultado, se tuvo que dedicar, como se recordará, una sección completa a tratar de justificar por qué una circunstancia como la efectiva concurrencia de un resultado lesivo —cuya producción no depende, o no depende exclusivamente, de la gravedad de la conducta perturbadora del autor— podía condicionar (al menos, en lo que a su *quantum* se refiere) la imposición de una consecuencia jurídica preventiva como la pena; cuestión a la que, no sin cierto escepticismo, se intentó dar respuesta a través de la función

³⁸ Así, PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 209-210; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 322-323, 331-332, 648-649. Vid., en sentido similar, JAKOBS, 2010, n. 32 (p. 50).

³⁹ Así, PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 748-749; PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1971; MARTÍN CASALS, M, «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en *Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1989), p. 1266; 2011, pp. 110-111; DEL OLMO GARCÍA, 2009, pp. 139-140; HORTAL IBARRA, 2014, pp. 6, 7; ALONSO GALLO Y PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, nm. 6322; y JOHN, 2020, p. 108. Así ha de leerse, precisamente, de acuerdo con el comentario que la acompaña, la referencia que el art. 10:301(2) PETL, sobre la cuantificación del daño no patrimonial hace a que «el grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo» (MAGNUS, U Y ROGERS, WVH, «Art. 10:301. Non-Pecuniary Damage», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 175-176).

⁴⁰ Vid. apartado V de este capítulo.

⁴¹ Otros ejemplos en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 50-52; 2008, pp. 54-55.

demonstrativa que puede atribuirse al resultado típico desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva⁴². En relación con el daño, como elemento de la estructura dogmática de la responsabilidad civil, ocurre justo lo contrario: sería prácticamente una obviedad justificar por qué una consecuencia jurídica cuya función es, precisamente, el resarcimiento al perjudicado de un daño ha de imponerse solo en caso de que este último efectivamente exista (en caso, en otras palabras, de que realmente haya un «perjudicado» al que resarcir)⁴³. Mientras que resulta perfectamente concebible —y posiblemente fuera deseable— un Derecho penal en el que la pena no dependiera en absoluto de la existencia de un desvalor de resultado, un resarcimiento sin daño sería sencillamente, como acertadamente observara BINDING, una contradicción en los términos⁴⁴. En esta medida, ha de coincidirse con BARROS BOURIE en que «metafóricamente, puede decirse que al comienzo de la responsabilidad civil está el daño»⁴⁵.

Los siguientes epígrafes de este apartado se centrarán, por tanto, exclusivamente, en los criterios conforme a los que puede afirmarse —en consonancia con la función resarcitoria de la responsabilidad civil— la concurrencia de un daño indemnizable. A diferencia de lo que, como en su momento se indicó, ocurre en relación con el resultado típico como categoría dogmática, la bibliografía sobre el *concepto* jurídico-civil de daño (contractual y extracontractual) resulta prácticamente inabarcable; como lo es también la que se refiere a sus criterios de *valoración*. En lo que a esta última se refiere no puedo, en este trabajo, más que remitirme a las obras de referencia en la materia, dada la altísima complejidad de las cuestiones que suscita y la escasa utilidad de su análisis a efectos de una comparación de los presupuestos de la responsabilidad penal y civil⁴⁶. Aquí me

⁴² Vid. punto a del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 2.

⁴³ Como señala YZQUIERDO TOLSADA, «[q]ue el daño o perjuicio se presenta como primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil es algo fuera de toda duda. En efecto, si se trata de reparar, es necesario que exista algo que reparar» (2020, p. 183).

⁴⁴ BINDING, 1922, p. 286. Vid., en el mismo sentido, ERB, 1991, pp. 231-232. Desde la perspectiva de una teoría *preventiva* del Derecho de daños, como la que se criticó en el epígrafe 2 del apartado II del capítulo 1 —y, en particular, como la defendida por los partidarios del análisis económico de este sector del ordenamiento— el problema para justificar por qué la exigencia de responsabilidad civil se condiciona precisamente a la existencia de un daño sería, en cambio, tan acuciante como el que se plantea en Derecho penal (y por las mismas razones). De hecho, probablemente lo sería más, en la medida en que la punibilidad general del delito intentado (art. 15 CP) contrasta con la relación de dependencia *absoluta* entre responsabilidad civil y daño.

⁴⁵ BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 223.

⁴⁶ Vid., por todos, DíEZ-PICAZO, 2011, pp. 501-512; VICENTE DOMINGO, 2014, pp. 399-453; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II*, pp. 985-1026; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 649-686.

ocuparé únicamente de replicar en relación con el daño las discusiones en torno a las que ya estructuré mi exposición sobre el concepto de resultado típico⁴⁷: ¿ha de partirse de un concepto objetivo de daño o de uno subjetivo, vinculado a la valoración por parte del perjudicado de sus propios intereses? (Epígrafe 1)? ¿Y tiene sentido adoptar el concepto matemático de daño de la teoría de la diferencia o es preferible un concepto real-concreto? (Epígrafe 2).

RESPONSABILIDAD PENAL		RESPONSABILIDAD CIVIL	
INJUSTO TÍPICO	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>jurídicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>		
	Subsuncción típica - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo	Daño Concepto subjetivo y concreto	
IMPUTACIÓN PERSONAL	Imputación del daño a la perturbación Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)		
	No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado		
	No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i> », « <i>wrongful life</i> » etc.		
PUNIBILIDAD			

1. Concepto subjetivo *versus* objetivo

En el capítulo 3 se llegó a la conclusión de que el concepto de resultado típico más coherente con la función preventiva de la responsabilidad penal —y con la función demostrativa que, en este marco, desempeña el resultado— es un concepto objetivo, desvinculado de las preferencias del concreto sujeto pasivo del delito: basta, a estos efectos, con constatar una modificación de la realidad que sea posible caracterizar *externamente* como un menoscabo del bien jurídico de que se trate⁴⁸. ¿Qué hay del

⁴⁷ Vid. punto (b) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

⁴⁸ Vid. inciso (i) del punto (b) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

concepto civil de daño? Tomando, de nuevo, los ejemplos empleados en el capítulo anterior, ¿ha causado Ana un daño a Beatriz al hacerle, sin recabar su consentimiento, un tatuaje que esta (secreta e imprevisiblemente) sin embargo deseaba? ¿Y ha perjudicado Carlos a David al talar el árbol, propiedad de este último, que David (secreta e imprevisiblemente) se había propuesto talar él mismo?

Antes de responder a estas preguntas, conviene realizar una precisión inicial, que distancia ya de entrada fuertemente este debate del que se desarrolló en relación con el concepto de resultado típico. Y es que la construcción del concepto de daño no está constreñida por el *sentido literal posible* de ninguna disposición legal (o, al menos, no lo está ni de lejos hasta el punto en que lo está la del resultado como categoría dogmática): en este ámbito, resulta viable cualquier definición del concepto que no suponga un absoluto vaciamiento de la expresión «daño» del art. 1902 CC; algo, por lo demás, extremadamente difícil de conseguir.

Sea como fuere, creo que solo un **concepto subjetivo de daño**, centrado en la medida en que el perjudicado valora sus propios intereses —medida que solo *iuris tantum* puede presumirse equivalente a su valor «objetivo» o «de mercado»—, puede cohonestarse con la función *resarcitoria* de la responsabilidad civil⁴⁹; y de ahí que sea, precisamente, el concepto de daño del que parte el art. 10:201 PETL⁵⁰. Si esta forma de

⁴⁹ Así, entre otros, MÜLLER, 1912, pp. 90-91, 92-94; DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 178-179, 163-302; PANTALEÓN PRIETO, 1981, n. 2 (p. 165), n. 31 (pp. 451-452), pp. 522-555, 823, 827; 1991, «Artículo 1902», pp. 1988-1989, 1990-1991; BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1276; BUSTO LAGO, 1998, pp. 70-71, 91, 95-96; Díez-PICAZO, 2011, pp. 310, 330-331; MARTÍN CASALS, 2011, pp. 97-98, 99 (que menciona, en este punto, la «personalización de las indemnizaciones» como uno de los principios rectores fundamentales del Derecho de daños); VENDRELL CERVANTES, C, «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56 (2012), p. 1222; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 271; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 187. Refuerza este argumento el hecho de que los (escasísimos) partidarios con los que cuenta entre la doctrina civilista el concepto objetivo de daño suelen fundamentar esta postura con base en la (supuesta) función preventiva o reintegradora de derechos subjetivos del Derecho de daños; así, p. ej., KOZIOL, 2012, pp. 80-82. Vid., en el mismo sentido, aunque con base en un (supuesto) «principio de tipicidad social del daño», GARCÍA AMADO, JA, «El daño en la responsabilidad civil», en *Filosofía del Derecho Privado*, ed. Papayannis, DM y Pereira Fredes, E (Madrid, 2018), pp. 291-292.

⁵⁰ Bajo la rúbrica «naturaleza y determinación del daño patrimonial», el precepto establece que «por regla general, tal daño se determina de un modo *tan concreto como sea posible*, pero puede determinarse en abstracto, como por ejemplo con relación al valor de mercado, cuando resulte pertinente». De acuerdo con el comentario que acompaña a este precepto, por «concretamente» ha de entenderse «atendiendo a la particular situación del específico perjudicado», única medida que se cohonestaría verdaderamente con la función resarcitoria del Derecho de daños, y que solo cabe sustituir presuntivamente *iuris tantum* por el valor (objetivo) de mercado (MAGNUS, U, «Art. 10:201. Nature and Determination of Pecuniary Damage», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 161-162, 163).

responsabilidad obedece exclusivamente al interés (privado) del perjudicado en poder continuar su vida, en la medida de lo posible, como si el dañante no se hubiera comportado de forma perturbadora, entonces tiene sentido imponerla únicamente *si* y en la *medida* en que el primero tuviera un interés personal (económicamente evaluable) en el objeto afectado por la conducta del segundo. En los ejemplos del tatuaje no consentido y la tala del árbol, las conductas de Ana y de Carlos pueden, sin duda, como ya se dijo, considerarse perturbadoras⁵¹. Sin embargo, ni Beatriz ni David han sufrido daño alguno, en el sentido civil del término: tanto la una —que había decidido hacerse ese mismo tatuaje— como el otro —que iba a talar esa misma tarde su árbol— están en la misma posición en la que se encontrarían si Ana y Carlos no se hubieran comportado de la forma en que lo hicieron⁵². En la medida en que su interés en la incolumidad de los bienes afectados por la conducta de estos últimos (respectivamente, su integridad física y su propiedad) ha sido en todo momento nulo, nula habrá de ser también la medida del resarcimiento funcionalmente coherente.

Al margen de estos ejemplos «de laboratorio», los supuestos más fácilmente imaginables de conducta perturbadora sin daño (subjetivo) se plantean en los casos de consentimiento del perjudicado en la puesta en peligro de sus propios intereses *indisponibles*. La solución penal a este grupo de supuestos pasa, como se recordará, por diferenciar los casos en los que la víctima es (co)autora plenamente responsable de su propia lesión —convirtiendo en atípica la aportación del resto de intervinientes en el hecho— de aquellos otros en que la centralidad de su contribución queda desplazada por la de estos últimos (autores directos o mediatos de la lesión padecida por la víctima). Se trata, en definitiva, de un problema de subsunción típica⁵³. De acuerdo con este criterio, por ejemplo, comete un delito (atenuado) de lesiones quien, en el contexto de una relación sexual sadomasoquista, causa a la víctima, con su consentimiento, graves quemaduras en

⁵¹ Vid. inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2 e inciso (i) del punto (b) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

⁵² De hecho, se encuentran *mejor*, en la medida en que ni Beatriz ni David han tenido que asumir los costes que habría implicado llevar a cabo sus propósitos por sí mismos (el precio que habría tenido que pagar la primera en el mercado por hacerse el tatuaje y el esfuerzo que tendría que haber empleado el segundo para talar su propio árbol).

⁵³ Vid. punto 3 del apartado II del capítulo 3.

partes muy visibles de su cuerpo (art. 150 en relación con art. 155 CP)⁵⁴; y comete un delito de lesiones (al menos) por imprudencia grave quien, conduciendo en un estado de grave intoxicación etílica, provoca un accidente que deja tetrapléjico a su copiloto, por mucho que este último haya consentido subirse en el coche siendo perfectamente consciente del riesgo. Son atípicas, sin embargo, como ya se argumentó, la conducta del traficante que entrega a la víctima una cierta cantidad de droga que ella misma —siendo plenamente responsable y consciente de los riesgos implicados— consume, quedando gravemente lesionada como consecuencia de una sobredosis (participación en autopuesta en peligro)⁵⁵; y la de la persona infectada por V.I.H. que mantiene relaciones sexuales consentidas con otra sin protección, contagiando a esta última (coautoría de la víctima en su propia puesta en peligro)⁵⁶.

Pero este criterio de resolución no puede funcionar en el ámbito de la responsabilidad civil, donde la inoperancia de un mandato de tipicidad como el que limita el *ius puniendi* estatal conduce, como en su momento se indicó, a que rija un concepto unitario de autor⁵⁷. En el Derecho de daños, este grupo de supuestos merece, pues, un tratamiento diferente, basado en distinguir los casos en los que el consentimiento del perjudicado en la puesta en peligro de sus bienes (indisponibles) revela la *falta de interés por su parte en su conservación* —en cuyo caso existirá una conducta perturbadora, pero no un daño—, de aquellos otros en los que no puede extraerse esta misma conclusión de la conducta del perjudicado. En estos últimos, habrá que afirmar la existencia tanto de perturbación como de daño, aunque normalmente cabrá apreciar también un deber del perjudicado de soportar este último —parcial o, incluso, totalmente—, con base en el incumplimiento por su parte de sus cargas de autoprotección (culpa concurrente)⁵⁸. Esta distinción coincide de forma prácticamente perfecta con la que la doctrina penalista establece (impropiamente) entre los supuestos de «consentimiento en la lesión» y de mero

⁵⁴ Vid., por todos, PEÑARANDA RAMOS, E, «Lesiones (I)», en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen I*, ed. Bajo Fernández, M (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003), pp. 374-388.

⁵⁵ Vid. n. 235 del capítulo 3 y el texto al que acompaña.

⁵⁶ Vid. n. 236 del capítulo 3.

⁵⁷ Vid. n. 15 del capítulo 3 y el texto al que acompaña.

⁵⁸ Vid. apartado V de este capítulo. Como señala ROXIN, 1976, p. 191, la culpa concurrente del perjudicado se presenta, así, como el dispositivo civil más apropiado para resolver en este ámbito los casos de participación en autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida.

«consentimiento en el riesgo»⁵⁹. Así pues, volviendo a los ejemplos anteriores, únicamente podrá negarse la existencia de un daño en el caso de las quemaduras sadomasoquistas consentidas, pero habrá que afirmarlas —sin perjuicio de una eventual reducción (o exclusión) del resarcimiento debido por culpa concurrente del perjudicado— en los del conductor intoxicado, el traficante de drogas y la persona infectada por V.I.H. que mantiene relaciones sexuales con otra sin protección⁶⁰.

Otra importante consecuencia de la adopción de un concepto subjetivo de daño consiste, por último, en que su valoración —en la que, como ya he anticipado, no puedo, en cualquier caso, profundizar aquí— habrá de venir, al menos en principio, determinada por las circunstancias personales del concreto perjudicado⁶¹. Aquí puede traerse de nuevo a colación la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS sobre la responsabilidad penal y civil en caso de lesiones constitutivas de deformidad (art. 149 *versus* art. 150 CP)⁶². Una cicatriz en la mejilla no se convierte en «grave deformidad» por el hecho de haberla padecido una famosa actriz de cine o una modelo; ni lo es menos la amputación de una oreja por ser la víctima un ermitaño, o un farero ya de por sí poco agraciado. Resulta perfectamente posible, sin embargo, que el daño que deba resarcirse a la actriz o a la modelo iguale —o incluso supere— al padecido por el ermitaño o el farero, aunque solo sea en términos de lucro cesante. Como puede observarse, las soluciones penales y civiles para el mismo grupo de casos vuelven a ser, de nuevo, radicalmente diferentes; consecuencia que, desde el punto de vista de una dogmática funcionalmente orientada acogido en este trabajo resulta de todo menos sorprendente.

⁵⁹ Vid. n. 203 del capítulo 2 y el texto al que acompaña.

⁶⁰ Así, p. ej., OETKER, H, «§ 254 Mitverschulden», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, ed. Krüger, W, 8.ª ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019), nms. 64, 66-67. Cfr., no obstante, YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 168, que defiende una exclusión radical de responsabilidad en el primer y el tercer grupo de casos («en quien frecuenta las relaciones sexuales con personas desconocidas que no destacan precisamente por sus buenos hábitos higiénicos» ¿?), con base en el principio *volenti non fit injuria*.

⁶¹ Como demuestra la regulación de la responsabilidad civil por accidentes de circulación, nada impide, sin embargo, su estandarización legislativa a través de baremos, como se hace en el Anexo al RDL 8/2004; sobre este particular, vid., p. ej., ROIG TORRES, 2010, pp. 304-339; REGLERO CAMPOS, LF Y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P, «Valoración de daños corporales. El sistema valorativo de la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.ª ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014); o ALONSO GALLO Y PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, nms. 6315-6324. En relación con el problema de constitucionalidad que supone la determinación del daño indemnizable con arreglo a esta clase de instrumentos, vid., por todos, PANTALEÓN PRIETO, 2000, pp. 174-175; ROIG TORRES, 2010, pp. 311-325; DÍEZ-PICAZO, 2011, pp. 186-206; y VICENTE DOMINGO, 2014, pp. 419-424.

⁶² Vid. n. 60 del capítulo 3 y el texto al que acompaña.

2. Concepto real-concreto *versus* abstracto-matemático

Como se anticipó en el capítulo 3, lo que distingue el concepto abstracto-matemático de daño de la teoría de la diferencia de MOMMSEN de uno real-concreto — como ha de serlo, a mi juicio, el concepto de resultado típico en Derecho penal— es el *grado de abstracción* con el que se determina la diferencia (a peor) entre un estado de cosas y otro en que, por definición, todo daño consiste. La teoría de la diferencia parte, a estos efectos, del máximo grado de abstracción posible, definiendo el daño como la diferencia entre dos *situaciones patrimoniales globales*: aquella (real) en la que se encuentra el perjudicado y aquella (hipotética) en la que se encontraría si el dañante no se hubiera comportado como lo hizo. La alternativa propuesta por los partidarios del concepto real-concreto de daño consiste, en cambio, en definirlo como la pérdida de valor del *particular interés* afectado como consecuencia de la conducta del dañante, con independencia de las variaciones eventualmente producidas en la situación patrimonial global del perjudicado⁶³.

De la misma forma en que la función *preventiva* del Derecho penal tiene su correlato en el concepto *objetivo* de resultado típico⁶⁴ y la función *resarcitoria* del Derecho de la responsabilidad civil lo tiene (como acaba de argumentarse) en el concepto *subjetivo* de daño, en este punto, las diferentes funciones de una y otra forma de responsabilidad vuelven a empujar, aparentemente, en direcciones opuestas: donde la *prevención* encaja perfectamente con un concepto *real-concreto* de resultado típico, el concepto *abstracto-matemático* parece hecho a la medida de una institución de carácter *resarcitorio*⁶⁵. Y es que la teoría de la diferencia descansa, como también se anticipó en el capítulo 3, en un «principio de no enriquecimiento» que cabría calificar, a primera vista, como el corolario más básico de la función del Derecho de daños. Si de lo que aquí se trata es de dejar al perjudicado en la misma situación en la que se encontraría si no

⁶³ Vid. inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

⁶⁴ Vid. inciso (i) del punto (b) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

⁶⁵ Esta es, probablemente, la razón por la que continúa defendiéndolo la doctrina mayoritaria. Vid., por todos, JANSEN, 2003, pp. 509-512; SUMMERER, 2013, pp. 206-209; ROJAS PICHLER, 2017, p. 264; OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 16-22; y, aparentemente, MOORE, 2009, pp. 431-432. También es este, de acuerdo con el comentario adjunto, el concepto de daño que subyace al art. 2:101 PETL (KOZIOL, H, «Art. 2:101. Recoverable Damage», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), p. 28), como confirman sus arts. 10:101 y 10:201. Como se verá, sin embargo, los arts. 3:104 (1) y 10:103 PETL introducen importantes restricciones normativas a la teoría de la diferencia.

hubiera tenido que padecer las consecuencias de la conducta perturbadora del dañante, ello implica, ciertamente, no dejarlo peor de lo que estaba; pero también, en lo que aquí interesa, *no mejorar* su posición a través del resarcimiento⁶⁶.

Pese a esta aparente coherencia con la función resarcitoria de la responsabilidad civil, la teoría de MOMMSEN se ha hecho acreedora de importantes críticas doctrinales, basadas en las consecuencias materialmente injustas a las que su aplicación *irrestringida* conduce en algunos de los supuestos pertenecientes a dos grandes constelaciones: la de aquellos en los que la conducta del dañante empeora y mejora, al mismo tiempo, la posición patrimonial del perjudicado —casos que la doctrina suele agrupar bajo el tópico de la «*compensatio lucri cum damno*» (*Vorteilsausgleich*)⁶⁷—; y aquellos a los que en el capítulo 3 me referí como casos «puros» de comportamiento alternativo conforme a Derecho⁶⁸.

En lo que respecta al primer grupo de casos, no cabe duda, por ejemplo, de que el daño padecido por una persona que tiene que permanecer hospitalizada durante unos días como consecuencia de unas lesiones ha de calcularse restando a sus gastos de hospitalización lo que aquella se ahorra en su propia manutención en su domicilio durante esos días⁶⁹. En el mismo sentido, parece justo que quien excava en un terreno ajeno, causando daños al dueño del fundo, pero por casualidad encuentra un tesoro, solo deba resarcirle al propietario del suelo la parte del daño no cubierta por el valor de la parte del tesoro que a este le corresponde (art. 351 CC). Hasta este punto, la regla de la *compensatio lucri cum damno* derivada del principio de no enriquecimiento del perjudicado parece perfectamente sensata⁷⁰.

⁶⁶ Así, SANCINETTI, 2010, p. 599; SUMMERER, 2013, pp. 206-207, 209, 211; y OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 20. Lo admite, sin ir más lejos, el propio PANTALEÓN PRIETO, 1981, p. 645.

⁶⁷ El único estudio monográfico al respecto publicado en nuestro país es, hasta donde alcanzo, el de MEDINA CRESPO, 2015.

⁶⁸ Vid. inciso (iii) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

⁶⁹ Así, MÜLLER, 1912, pp. 127-128, 131-132; PANTALEÓN PRIETO, 1981, p. 147; 1991, «Artículo 1902», p. 1992; y OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 242.

⁷⁰ Como lo es también cuando, en la línea de algunas sentencias recientes de la Sala Primera del TS (vid., por todas, la sentencia 286/2019, de 23 de mayo), se aplica a supuestos en los que el comprador de un producto financiero demanda al vendedor, alegando defectos de información en la comercialización del producto y reclamando, sobre esta base, la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 1101 CC). A pesar de lo cuanto menos extraña que resulta, desde el punto de vista técnico, la caracterización de la acción entablada por el comprador como una de daños contractuales —cuando lo que realmente se

La apariencia, sin embargo, comienza a disiparse cuando se piensa en cualquier supuesto de daños por fallecimiento en el que los perjudicados por la muerte son, al mismo tiempo, los herederos del difunto: ¿es justo descontar la cuantía heredada del montante del daño resarcible⁷¹? Y si este caso parece dudoso, imagínese, por ejemplo, que un esquiador desciende a toda velocidad por una pista mal acondicionada, de forma que choca con una piedra y sale disparado hacia fuera de la pista, resultando gravemente lesionado. En su caída por la ladera de la montaña tiene, sin embargo, la suerte de desenterrar un tesoro, del que le corresponde la mitad de su valor (art. 351 CC); cantidad que supera con creces la cuantía del menoscabo derivado de las lesiones (gastos de hospitalización y rehabilitación, daño moral, lucro cesante, etc.). ¿Significa esto que el esquiador no ha sufrido daño alguno del que pueda hacerse civilmente responsable al propietario de la estación de esquí⁷²? O supóngase que Ana destruye de una pedrada la luna delantera del coche de Beatriz, que queda, como consecuencia, inutilizable durante unos días. Mientras el coche está en el taller, una amiga de Beatriz, Carmen, se ofrece, sin embargo, a llevarla en su propio coche cada día de casa al trabajo, para que Beatriz no tenga que alquilar un vehículo de sustitución. Si Beatriz reclama a Ana que, al margen de reembolsarle el coste de la reparación del vehículo, la resarza por la pérdida de su valor de uso durante el tiempo que no ha podido utilizarlo, ¿realmente puede la segunda alegar que el favor que Carmen ha hecho a su amiga ha provocado la desaparición de este último capítulo de daño⁷³?

pretende (o se pretendería, si esta acción no estuviera caducada) es la restitución de prestaciones derivada de una anulación del contrato por error (arts. 1300 y ss. CC)—, la solución materialmente justa para este grupo de casos no puede ser otra que la que la Sala Primera considera amparada en la regla de la *compensatio lucri cum damno*: la de permitir al comprador recuperar su inversión solo *una vez descontados* los rendimientos obtenidos de ella.

⁷¹ La doctrina mayoritaria se muestra comprensiblemente reacia a aceptar esta solución. Una parte de ella admite, sin embargo, una compensación (parcial) del daño con el beneficio que *la anticipación* de la herencia supone para el perjudicado. Un excelente resumen del estado de la cuestión puede encontrarse en PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 422-424, 679-680; y, más recientemente, en MEDINA CRESPO, 2015, pp. 125-128; OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 270-272; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II*, p. 1010.

⁷² Una respuesta rotundamente negativa, en relación con un supuesto muy similar, alcanza MEDINA CRESPO, 2015, pp. 113-115.

⁷³ Sobre este grupo de casos, vid., por todos, OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 251-252. Parece claramente acertada la opción de PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 429, 649, por una respuesta negativa a esta pregunta, en la medida en que «[a]dmitir en estos casos la *compensatio* vendría a hacer imposible, en la práctica, cualquier manifestación de “solidaridad financiera” con los dañados. Lo único que se lograría sería liberar al dañante de su obligación de indemnizarle» (ibid., p. 649). Vid., en el mismo sentido, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II*, p. 1012; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 679. Cfr., sin embargo, la opinión (aparentemente) discrepante de MEDINA CRESPO, 2015, pp. 124, 239-242.

Como puede observarse, en todos estos supuestos, la opción por un concepto abstracto-matemático de daño conduce a una solución aberrante desde el punto de vista de la justicia material: la de que el dañante, que no cuenta con más méritos que el de haberse comportado de forma perturbadora, termine, sin embargo, «apropiándose» de ventajas —la herencia que el difunto ha reservado para sus seres queridos, el tesoro con el que el esquiador ha tenido la buena suerte de encontrarse, el amable favor que Carmen ha querido hacer a Beatriz— que corresponden legítimamente al perjudicado. Y reduciendo el daño a un simple *saldo* entre todas las consecuencias (positivas y negativas) que la conducta del dañante tiene para la situación global del patrimonio del perjudicado resulta, por hipótesis, imposible, llegar a un resultado distinto. Las soluciones satisfactorias para este grupo de supuestos pasan, pues, por determinar —con arreglo a criterios *normativos*, ajenos a cualquier cálculo matemático— cuáles de los beneficios obtenidos por el perjudicado como consecuencia de la conducta perturbadora del dañante tiene sentido permitir que este último pueda emplear a su favor, y cuáles, en cambio, deben corresponder privativamente al primero; algo evidentemente imposible de lograr dentro de los estrechos márgenes de la teoría de la diferencia⁷⁴.

La segunda constelación de supuestos en la que el concepto de daño de MOMMSEN conduce, en ocasiones, a resultados materialmente injustos es, como se ha dicho, la de los casos puros de comportamiento alternativo conforme a Derecho. Para demostrarlo, puede resultar útil, a mi juicio, comparar dos famosos supuestos ingleses de Derecho de daños —ambos resueltos por la *House of Lords* en la segunda mitad del siglo pasado— a los que volveré de forma recurrente a lo largo de este capítulo: los casos *Baker v Willoughby*⁷⁵ y *Jobling v Associated Dairies Ltd.*⁷⁶. En el primero de ellos, el Sr. Baker había quedado parcialmente incapacitado (entre otros aspectos) para realizar su trabajo con normalidad, como consecuencia de las lesiones en una pierna que le había provocado la negligencia al volante del Sr. Willoughby. Baker demandó a Willoughby reclamando, en lo que aquí interesa, el lucro cesante derivado de las lesiones. Poco antes del juicio, sin embargo, el primero fue víctima de un robo a mano armada, durante el que recibió un disparo que

⁷⁴ Así, VON CAEMMERER, 1956, p. 16; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 145-161, 417-426, 645-687; 1991, «Artículo 1902», pp. 1989-1990; DÍEZ-PICAZO, 2011, pp. 341-344; VICENTE DOMINGO, 2014, p. 326; OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 238; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 270; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 186-187, 678-680.

⁷⁵ [1963] All ER, 3, 1528 ss.

⁷⁶ [1981] All ER, 2, 752 ss.

derivó en la amputación de la pierna lesionada. Los hechos de *Jobling v Associated Dairies* son muy similares. Aquí, el demandante había sufrido un importante detrimento de su capacidad de obtener rendimientos del trabajo como consecuencia de las lesiones en la espalda padecidas en un accidente laboral. El Sr. Jobling demandó a su empleadora, Associated Dairies Ltd., reclamando, de nuevo, el lucro cesante derivado de las lesiones. No obstante, con anterioridad a la fecha del juicio, a Jobling le fue diagnosticada una mielopatía: una afección crónica de la médula espinal, no relacionada con el accidente, que se encontraba latente en ese momento y que a partir de su manifestación lo habría incapacitado, en cualquier caso, para realizar normalmente su trabajo.

Si se parte del concepto de daño de la teoría de la diferencia, los casos *Baker* y *Jobling* son indistinguibles: desde el momento en que al primero de los demandantes se le amputa la pierna, y desde el momento en que al segundo se le manifiesta la mielopatía, no puede decirse que —en términos de capacidad de trabajo— uno y otro estén *peor* de lo que lo estarían si sus respectivos demandados no se hubieran comportado de forma perturbadora. La situación patrimonial global (real) en la que los demandantes se encuentran *se iguala*, a partir de uno y otro momento, a la situación patrimonial global (hipotética) en la que se encontrarían de no haber sufrido, respectivamente, los accidentes de circulación y de trabajo que padecieron, con lo que no existe —en sentido abstracto-matemático— lucro cesante alguno que resarcir. No obstante, las soluciones alcanzadas unánimemente en uno y otro caso por la *House of Lords* nos ponen sobre aviso de la existencia de alguna diferencia normativamente relevante entre ellos: mientras que Willoughby tuvo que resarcir a Baker un lucro cesante inexistente desde el punto de vista abstracto-matemático, el tribunal absolvió a Associated Dairies de responsabilidad frente a Jobling por este concepto. Y lo que parece poder extraerse de las sensatas opiniones emitidas por los magistrados en cada uno de los casos es que percibieron que tal diferencia residía en el hecho de que, mientras que la mielopatía padecida por Jobling fue un producto de su propia mala suerte, fue la conducta *perturbadora* de los ladrones la que derivó en la amputación de la pierna de Baker.

En un apartado posterior de este capítulo abundaré en la relevancia que esta última diferencia ha de revestir, a mi juicio, desde la perspectiva de la función resarcitoria del Derecho de daños⁷⁷. Lo que ahora interesa destacar aquí es algo mucho más simple, y

⁷⁷ Vid. punto (b) del epígrafe 3 del apartado IV de este capítulo.

similar a lo que ya se ha afirmado en relación con los supuestos de *compensatio lucri cum damno*: que, al reducir la determinación del daño a un simple *saldo* matemático entre dos situaciones patrimoniales, la teoría de la diferencia no ofrece herramienta alguna para distinguir, con base en criterios *normativos*, en qué casos es justo que el resarcimiento del daño por parte del dañante se condicione a su evitabilidad con la conducta alternativa lícita de este último⁷⁸. El concepto abstracto-matemático de daño vuelve, pues, a mostrarse como un instrumento *poco fino* para alcanzar soluciones satisfactorias en el grupo de casos estudiado.

Ante esta constatación, caben, básicamente, dos opciones. La primera es continuar partiendo del concepto de daño de la teoría de la diferencia, pero «restringirlo normativamente» —admitir, en otras palabras, *excepciones* basadas en consideraciones normativas— para obtener resultados materialmente justos en los supuestos problemáticos que se han analizado. Esta es la posición defendida por la doctrina mayoritaria, que admite, en esta línea, una regla general de *compensatio lucri cum damno*, restringida solo en los supuestos en que se considera normativamente inadmisibles que el dañante se beneficie de ciertas ventajas obtenidas por el perjudicado⁷⁹; y una regla general de exclusión del *daño* en los casos puros de comportamiento alternativo conforme a Derecho, que opera salvo que la causa de la inevitabilidad del daño sea precisamente la conducta perturbadora de otro dañante⁸⁰. También es la alternativa a la que se adhieren los PETL (arts. 3:104(1), 3:106⁸¹ y 10:103⁸²) y, al menos en cuanto a la *compensatio lucri cum damno*, el DFCR (par. VI-6:103⁸³). Como se anticipó en el capítulo 3, PANTALEÓN

⁷⁸ Así, HEINEMANN, 1961, pp. 6760. 79-82, 94; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 23-36, 126-143, 407-416, 626-644; 1991, «Artículo 1902», p. 1989; DíEZ-PICAZO, 2011, pp. 337-341; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 186, 682-684.

⁷⁹ Vid., p. ej., HART Y HONORÉ, 1985, pp. 160-162; SANTOS BRIZ, 2008, pp. 565-575; GARCÍA AMADO, 2018, pp. 282-293; u OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 228-279.

⁸⁰ Así, de nuevo, OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 207-227.

⁸¹ Irrelevancia de los cursos causales hipotéticos: «si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada» (art. 3:104, apartado 1); excepción para las causas (hipotéticas) de daño incluidas en la esfera del perjudicado: «la víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera» (art. 3:106).

⁸² «Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, *a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio*».

⁸³ «(1) Los beneficios que el perjudicado obtenga con motivo de la causación del daño jurídicamente relevante *no se tendrán en cuenta salvo que sea justo y razonable hacerlo*. (2) Para decidir si es justo y razonable tener en cuenta esos beneficios, habrá que considerar el tipo de daño sufrido, la razón por la que

PRIETO prefiere, sin embargo, partir en su lugar de un concepto real-concreto de daño y admitir, por un lado, supuestos excepcionales en los que una (limitada) compensación de ganancias permite reducir el montante del daño resarcible —casos de «*menor daño real-concreto*», por oposición a la regla general de *compensatio*—⁸⁴; y, por otro, que la inevitabilidad del daño con el comportamiento alternativo conforme a Derecho del dañante opere (también limitadamente) como criterio de exclusión de la *imputación objetiva* de aquel a la conducta perturbadora de este⁸⁵.

Las soluciones a las que, en la práctica, conducen una y otra posición son casi idénticas, y coinciden con las que más arriba se han presentado como materialmente justas⁸⁶. La postura de PANTALEÓN PRIETO tiene, sin embargo, a mi juicio una ventaja importante sobre la mayoritaria desde el punto de vista analítico: la de permitir diferenciar nítidamente el *daño* (y su valoración) de su *imputación* a la conducta perturbadora del dañante —incluyendo la relación de causalidad entre una y otra—, en lugar de colapsar estas sofisticadas (¡pero útiles!) distinciones dogmáticas en una simple operación aritmética ajena, salvo por vía de excepción, a las consideraciones normativas en cada caso relevantes para determinar la eventual responsabilidad del dañante frente al perjudicado⁸⁷. Adoptar como punto de partida un **concepto real-concreto de daño** resulta, por lo demás, más coherente con el único dato de Derecho positivo español que, hasta donde alcanzo, permite inclinar la balanza a favor de una u otra solución: la vigencia del principio contable de no compensación de pérdidas y ganancias (PGC, Primera Parte, 3.º.5)⁸⁸. Este será, por todo lo dicho, el criterio seguido en este trabajo.

se imputa responsabilidad a quien lo ha causado y, si los beneficios los confiere un tercero, el propósito para el que fueron conferidos».

⁸⁴ Vid. PANTALEÓN PRIETO, 1981, *passim*, esp. p. 147; 1991, «Artículo 1902», p. 1992. Esta es también la posición a la que más se aproxima MÜLLER, 1912, pp. 93-94, 127-132. Sobre este problema de valoración del daño me resulta imposible, sin embargo, como ya he señalado, profundizar en el presente trabajo.

⁸⁵ PANTALEÓN PRIETO, 1981, *passim*, esp. pp. 77-124; 1990, pp. 1577-1578; 1991, «Artículo 1902», p. 1986. Así, también HEINEMANN, 1961, pp. 81-87; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 270-271; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 187.

⁸⁶ Vid., en este sentido, HEINEMANN, 1961, pp. 95-97.

⁸⁷ Y es que, como acertadamente señala el autor, «una concepción del daño que compara situaciones patrimoniales globales, en las que se desdibujan los singulares factores de daño, no parece compatible con el funcionamiento de los criterios de imputación objetiva» (PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1989). En sentido similar se pronunciaba ya RÜMELIN, 1900, pp. 175-176.

⁸⁸ Vid., en el mismo sentido, aunque argumentando con base en el art. 1686 CCom, PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», pp. 1988-1989. Ulteriores (y convincentes) argumentos normativos, en PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 633-644, 680-687.

IV. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO A LA PERTURBACIÓN

Hasta este punto del capítulo, se han analizado tanto el objeto de la responsabilidad civil —el daño, para cuya definición se ha optado por un concepto *subjetivo y real-concreto*— como el criterio mediante el que se determinan los capítulos de daño que el perjudicado tiene derecho a desplazar a la esfera del dañante: la culpa de este último, entendida, de acuerdo con lo aquí defendido, como conducta *perturbadora*. Pero, para que opere esta excepción a la máxima *casum sentit dominus* no basta con que concurren, sin más, una perturbación y un daño, sino que tiene que existir una determinada *relación* entre ellos que permita afirmar que, entre dañante y perjudicado, es preferible (al menos en principio) que sea el primero quien soporte las consecuencias perjudiciales de la interacción entre uno y otro.

Para ello es necesario, en primer lugar, que el daño sea *normativamente reconducible* a la perturbación. La responsabilidad *ex art. 1902 CC* no es solo una responsabilidad civil con culpa, sino una responsabilidad civil *por culpa*: la coincidencia «casual» entre una conducta perturbadora y un daño no basta para dejar de calificar este último como un producto de la propia mala suerte del perjudicado, con el que este no tiene derecho a hacer cargar a otra persona. De ahí que entre perturbación y daño tenga que existir, como mínimo, la misma conexión en la que deben encontrarse una conducta típica y un resultado lesivo para poder afirmar la imputación objetiva del segundo a la primera: una integrada por una relación (fáctica) de **causalidad** y una (normativa) de **realización del riesgo**⁸⁹. Al igual que cuando se analizaba la perturbación como presupuesto común de la responsabilidad penal y civil, existe aquí, como puede observarse, una nueva coincidencia entre una y otra *estructura* dogmática; coincidencia que, como entonces, obedece, sin embargo, a consideraciones *funcionales* muy diferentes. A estos dos primeros presupuestos de la imputación del daño a la conducta perturbadora del dañante se dedicarán, respectivamente, los epígrafes 1 y 2 de este apartado.

Pero esto, que es suficiente para la imputación del resultado a efectos penales, no basta para fundamentar el desplazamiento del daño de la esfera del perjudicado a la del

⁸⁹ Vid. punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3. Como ocurría también en el ámbito penal, la diferenciación entre una y otra categoría dogmática no reviste demasiada relevancia a los efectos sustantivos, pero sí a otros como los procesales (determinación de la materia objeto de prueba y de la revisable en casación, por ejemplo); vid. n. 90 del capítulo 3.

dañante⁹⁰. Para ello es necesario, *además*, asegurarse de que con ello no se deja al primero en una posición *mejor* de aquella en la que estaría si no se hubiera visto afectado por la conducta perturbadora de otra persona. Aquí es donde la teoría civil de la imputación objetiva enlaza con la prohibición de enriquecimiento que subyace al concepto de daño de la teoría de la diferencia, exigiendo, en todo caso, para la imputación del daño a la conducta perturbadora del dañante, que **no sea posible una imputación alternativa hipotética del primero a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)**. A este criterio de imputación, privativo de la estructura dogmática de la responsabilidad civil, obedece la relevancia general que cabe otorgar en este ámbito a la evitabilidad del daño con el comportamiento alternativo conforme a Derecho; consideración que, como se argumentó en el capítulo 3, no tiene incidencia (autónoma) alguna en la imputación penal del resultado típico a la conducta⁹¹. Este requisito se analizará en el epígrafe 3 del presente apartado.

	RESPONSABILIDAD PENAL	RESPONSABILIDAD CIVIL
INJUSTO TÍPICO	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>jurídicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>	
	<p style="text-align: center;">Subsunción típica</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo 	<p style="text-align: center;">Daño</p> <p style="text-align: center;">Concepto subjetivo y concreto</p>
IMPUTACIÓN PERSONAL	<ul style="list-style-type: none"> - Elemento <i>absoluto</i>: capacidad personal de comportamiento conforme a la norma - Elementos <i>de graduación</i>: dolo natural y conocimiento de la prohibición + otros elementos subjetivos + grado de capacidad personal de comportamiento conforme a la norma 	<p style="text-align: center;">Imputación del daño a la perturbación</p> <p style="text-align: center;">Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)</p>
		<p style="text-align: center;">No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado</p>
		<p style="text-align: center;">No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica</p> <p style="text-align: center;">Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i>», «<i>wrongful life</i>» etc.</p>
	PUNIBILIDAD	

⁹⁰ Ya VON BAR, 1907, pp. 163, 166, 257, advertía de la coincidencia solo *parcial* entre los criterios penales de imputación del resultado típico al comportamiento y los civiles de imputación del daño, aunque sin terminar de concretar en qué se materializaban, a su juicio, las diferencias entre unos y otros.

⁹¹ Vid. inciso (iii) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

1. La relación de causalidad

El art. 1902 CC establece, como es sabido, que «el que por acción u omisión *causa* daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño *causado*». Una lectura funcionalmente coherente de este artículo exige, como se ha dicho, interpretar la relación de «causalidad» a la que este se refiere en un sentido amplio, comprensivo tanto de la relación (fáctica) de *causalidad en sentido estricto* entre conducta perturbadora y daño —a la que se dedica este epígrafe—, como a la relación (normativa) de realización del riesgo entre uno y otro (epígrafe 2) y a la imposibilidad de una imputación alternativa hipotética del segundo a la esfera del perjudicado (epígrafe 3). En lo que hace al primero de estos requisitos, como sucedía en el ámbito penal, también a los efectos civiles ha de adoptarse una fórmula de determinación de la causalidad lo suficientemente *estricta* como para excluir de plano la imputación del daño a la perturbación cuando uno no tiene *absolutamente* nada que ver con la otra —resultando por hipótesis imposible reconducir normativamente el primero a la segunda—; pero una también lo suficientemente *amplia* como para no excluir sin más la imputación en supuestos en los que el desplazamiento del daño de la esfera del perjudicado a la del dañante tiene visos de estar suficientemente justificada.

A mi juicio, la única fórmula causal que puede resultar satisfactoria a estos efectos es, una vez más —y por las mismas razones—, la propuesta, a los efectos penales, en el capítulo 3: la relación de causalidad requiere exclusivamente que la conducta perturbadora **revista relevancia explicativa para la producción del daño en su configuración totalmente concreta**, incluyendo, de nuevo, todas las condiciones (*positivas y negativas*) que, actuando conjuntamente, determinaron su materialización en esa precisa forma, lugar y tiempo; e independientemente tanto de la necesidad de cada una para la suficiencia causal del conjunto, como de la relevancia normativa de que el daño se configurara precisamente de ese modo o de otro⁹². En el ámbito civil existe, de hecho, un argumento *adicional* —directamente derivado del Derecho positivo— a favor de la opción por el criterio de la relevancia explicativa para determinar la existencia de una relación de causalidad entre perturbación y daño. Y es que la referencia del art. 1902 CC a quien «por acción u omisión causa daño a otro» parece una invitación directa a escoger una fórmula causal en la que quepa holgadamente la relación de condicionalidad

⁹² Vid. inciso (i) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

negativa que caracteriza a las omisiones; requisito que, como se vio, ni siquiera la teoría alternativa (y dominante) de la condición ajustada a leyes de la naturaleza es capaz de cumplir sin dificultades⁹³.

En lo que atañe a la relación de causalidad entre perturbación y daño, puede, pues, en definitiva, remitirse aquí, *mutatis mutandis*, a todo lo señalado al respecto en el inciso (i) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3. Conviene, sin embargo, realizar en esta sede una breve referencia a un par de problemas causales de los que el primero únicamente se plantea en el ámbito del Derecho de daños y el segundo, sin ser exclusivo de este sector del ordenamiento, ha suscitado mucha mayor discusión entre los estudiosos del Derecho de la responsabilidad civil que entre los penalistas. La primera de las cuestiones se refiere a la determinación de la causalidad en relación con partidas de daño consistentes, no en un daño emergente, sino en un **lucro cesante**: en la supresión del presupuesto o de alguno de los presupuestos de realización por el perjudicado de una expectativa de ganancia. Hasta donde alcanzo, no se encuentra definido en estos precisos términos el resultado típico de ningún delito previsto en la legislación penal española⁹⁴. En cambio, las demandas civiles de resarcimiento por lucro cesante son extremadamente frecuentes. Piénsese, por ejemplo, en la conducta perturbadora del dañante que —como en los casos *Baker* y *Jobling*⁹⁵— deja al perjudicado inhabilitado para obtener sus ingresos habituales procedentes del trabajo; o en la del mafioso que rompe una pata al caballo del perjudicado, impidiendo que participe en una carrera en la que habría podido ganar un premio.

En esta clase de supuestos, la determinación de la causalidad entre conducta perturbadora y daño con arreglo a la fórmula propuesta en este trabajo no suscita, en principio, ninguna dificultad especial. En los ejemplos presentados, puede afirmarse, en este sentido, que todos los dañantes han causado con su comportamiento el lucro cesante del perjudicado: las conductas perturbadoras de Willoughby y Associated Dairies son, sin duda, relevantes para explicar por qué Baker y Jobling no pueden cobrar ya su salario

⁹³ Vid. nn. 120-125 del capítulo 3 y el texto al que acompañan.

⁹⁴ Sí hay, por supuesto, tipos que exigen como resultado la causación de un «perjuicio al patrimonio» o de un «perjuicio patrimonial», con lo que, de poder entenderse comprendido en lucro cesante en estas expresiones —tema en el que, por razones evidentes, no puedo abundar aquí—, los razonamientos que siguen podrían tener también una (limitada) aplicación jurídico-penal.

⁹⁵ Vid. nn. 75-76 de este capítulo y el texto al que acompañan.

habitual; al igual que el comportamiento del mafioso lo es para explicar por qué el dueño del caballo no ha podido ganar el premio de la carrera. La peculiaridad de este grupo de casos no reside aquí, sino en el hecho de que condiciones que en relación con un daño emergente se considerarían meramente «hipotéticas» pueden ser auténticas causas (reales) de un lucro cesante. Para entenderlo, puede pensarse, por ejemplo, en la conducta de los ladrones que, en el caso *Baker*, disparan al demandante en la pierna que el demandado ya había hecho inútil para el trabajo, con la consecuencia de que hay que amputársela; o imaginarse que, en el supuesto del caballo, un segundo mafioso incendia, con anterioridad a la carrera, el establo en que aquel se encuentra —ya en todo caso inhabilitado para correr— y lo mata por asfixia. Pues bien, supóngase, ahora, que Baker no solo hubiera reclamado el resarcimiento de su lucro cesante a Willoughby, sino también a los ladrones; y que el dueño del caballo demanda a ambos mafiosos por el mismo concepto.

En ninguno de estos supuestos parece tener sentido que los ladrones y el segundo mafioso puedan exonerarse de responsabilidad alegando que su conducta no ha causado el lucro cesante cuyo resarcimiento se les reclama; máxime si se tiene en cuenta que —por las razones que se verán en el epígrafe 3 de este apartado— tanto Willoughby como el primer mafioso pueden ser declarados plenamente responsables de él. Aquí parece, en efecto, francamente injusto privar de una indemnización a Baker y al dueño del caballo, pero ¿es más justo que sean Willoughby y el primer mafioso quienes asuman íntegramente el coste del resarcimiento, sin poder repetir una parte de él a los ladrones y al segundo mafioso, como ocurriría si estos fueran declarados conjunta y solidariamente responsables del daño con los primeros? Esta última solución —sin duda la más sensata en términos de justicia material⁹⁶— pasa, sin embargo, por afirmar la existencia de una relación de causalidad entre las conductas de los ladrones y el segundo de los mafiosos, y el lucro cesante padecido por cada uno de los perjudicados; relación que, en estos supuestos, parece no darse en absoluto. ¿No existe, en efecto, cierta similitud entre estos casos y el ejemplo del verdugo de ENGISCH⁹⁷, en el que el particular que sustituye al

⁹⁶ Pero que TRIMARCHI, 1967, pp. 187-189, por razones que —como PANTALEÓN PRIETO, 1981, n. 117 (pp. 225-226)— no alcanzo a comprender, considera «aberrante» desde este mismo punto de vista, prefiriendo que sea en estos casos el primer causante quien deba resarcir al perjudicado el total del lucro cesante, sin poder repetir contra el segundo de los intervinientes.

⁹⁷ Vid. punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2.

ejecutor impide que la conducta de este último se convierta en causa de la muerte del condenado?

Lo cierto es que esta semejanza es solo aparente; y es aquí donde radica la diferencia antes enunciada entre la determinación de la causalidad en el daño emergente y en el lucro cesante. La conducta del verdugo es, efectivamente, una condición meramente *hipotética* del fallecimiento del condenado a muerte, que no reviste relevancia explicativa alguna para su producción tal y como esta tuvo lugar. No obstante, tanto la conducta de los ladrones como la del segundo mafioso resultan relevantes para explicar, respectivamente, por qué Baker no pudo, *desde el momento del atraco*, obtener sus ingresos habituales (le había sido amputada la pierna) y por qué el propietario del caballo no pudo, *desde el momento del incendio*, ganar el premio de la carrera (el caballo estaba muerto). Y es que la configuración totalmente concreta de un lucro cesante depende de la falta de *cada uno de los presupuestos* que, aisladamente considerados, posibilitan —como condiciones equivalentes— la obtención de la ganancia de que se trate. La capacidad de Baker para obtener ingresos del trabajo presupone una pierna *existente* (condición destruida por los ladrones) y *funcional* (condición destruida por Willoughby); al igual que la capacidad del propietario del caballo para ganar la carrera presupone un caballo *vivo* (condición destruida por el segundo mafioso) y *que pueda correr* (condición destruida por el primer mafioso). Willoughby y los ladrones, por un lado, y ambos mafiosos, por otro, son, en este sentido *concausas* de los lucros cesantes de los perjudicados⁹⁸. En la medida en que el lucro cesante no es más que una ganancia que *nunca llega a obtenerse*, toda la «realidad» que pueden tener sus causas es, en definitiva, la de ser meramente

⁹⁸ Como también lo son, por tanto, en el caso *Jobling*, la conducta perturbadora del empleador del demandante y la *mileopatía* producto de su propia mala suerte.

«hipotéticas»⁹⁹; concepción que, de hecho, ha encontrado acogida en el art. 3:104(3) PETL¹⁰⁰.

El segundo de los problemas causales que afectan de forma particular al Derecho de daños —aunque sin ser, como se ha dicho, exclusivo de este sector del ordenamiento— es el que plantean los casos de **causalidad alternativa**, brevemente examinados ya en el capítulo 3¹⁰¹. Recuérdese el ejemplo de las dos cazadoras que, actuando *independientemente* una de la otra, disparan al mismo tiempo por error contra la misma persona, a la que alcanza mortalmente *una sola* de las dos balas, resultando imposible determinar *cuál de las dos* ha sido. Como se vio, de no poder afirmarse una coautoría (que presupondría, al menos, una conducta coordinada de los diferentes intervinientes) la única solución penal para este grupo de supuestos que permite la presunción de inocencia pasa por la absolución de todos los posibles causantes del resultado. Las cosas, sin embargo, no son tan claras a los efectos del Derecho de daños, como de nuevo pone de manifiesto una comparación de las lógicas funcionales de uno y otro sector del ordenamiento.

El dilema que plantea este grupo de supuestos radica en la disyuntiva entre condenar a *todos* los posibles causantes o no condenar a *ninguno*. En el ámbito penal, esta alternativa supone elegir entre el coste de la condena segura de uno o varios inocentes — sin beneficio alguno para la víctima concreta— y el de la absolución, también segura, de

⁹⁹ Vid., en esta línea, NIEDERLÄNDER, 1954, pp. 47-49, 51-52, 64, 79; BYLDINSKI, 1964, pp. 68-69; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 71-77, 632, 825-826; 1991, «Artículo 1902», p. 1991; KOZIOL, 2012, p. 164; y también, aunque en relación con la categoría más amplia de los «daños indirectos» (entre los que el lucro cesante ocupa, naturalmente un lugar destacado), LARENZ, K, «Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung», *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 3 (1950), pp. 491-492. En un sentido similar, TRAEGER, 1904, p. 253, niega la posibilidad de hablar de una causalidad propiamente dicha del lucro cesante; y HEINEMANN sostiene que «las causas hipotéticas que desempeñan un rol en el cálculo del lucro cesante no son [...] causas hipotéticas en el sentido relevante para el problema de que aquí se trata [*scil.* el de la causalidad “adelantada” o “anticipada” (*überholende Kausalität*)]» (1961, p. 92). Por su parte, TRIMARCHI, 1967, pp. 187-189, aunque baraja esta vía de argumentación, termina rechazándola por las consecuencias prácticas —a su juicio «aberrantes» (vid. n. 96 anterior)— a las que conduciría. En contra del planteamiento defendido en el texto se posiciona también muy claramente WRIGHT, 1985, p. 1798.

¹⁰⁰ SPIER, J, «Art. 3:104. Potential Causes», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 52-53. El precepto, tras señalar que «si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada» (apartado 1), matiza que «si la primera actividad ha causado un daño *continuado* [concepto en el que el comentario adjunto considera incluido el lucro cesante] y la actividad posterior también lo hubiera causado más tarde, *ambas actividades* deben ser consideradas como causa del daño continuado a partir del momento en que concurren» (apartado 2).

¹⁰¹ Vid. n. 107 del capítulo 3 y el texto al que acompaña.

un culpable —sin que la víctima concreta, de nuevo, pierda nada—; y lo que revela la vigencia del principio *in dubio pro reo* es, precisamente, una preferencia de este sector del ordenamiento por la segunda de estas opciones. Sin embargo, el Derecho de daños tiene que prestar aquí atención a un elemento adicional, íntimamente relacionado con su función resarcitoria: si se condena a todos los posibles dañantes, deberán, en efecto, soportar los costes de su interacción con el perjudicado algunas personas que con total seguridad no le han causado ningún daño, pero, a cambio, aquel se verá beneficiado por el resarcimiento; a la inversa, si se los absuelve, desaparecerá el riesgo de afirmar la responsabilidad civil de personas que no han causado ningún daño al perjudicado, pero este deberá soportar definitivamente un menoscabo que, también con total seguridad, le ha causado otra persona con su conducta perturbadora. Y es que, como se ha reiterado ya en varios puntos de este trabajo, el Derecho de la responsabilidad civil plantea —a diferencia del penal—, una suerte de «juego de suma cero» entre dañante(s) y perjudicado, entre los que ha de «distribuirse» un daño que ya no puede ser sacado del mundo¹⁰². Así las cosas, no parece descabellado afirmar que, ante la alternativa de que un perjudicado «inocente» tenga que soportar *íntegramente* un daño que con seguridad le ha causado la conducta de otra persona (cuya identidad no resulta determinable), es preferible que lo soporte *parcialmente* alguien que, aunque con seguridad no lo ha causado, ha defraudado con su comportamiento las expectativas jurídicamente garantizadas de conducta en relación con los intereses del perjudicado¹⁰³.

Es precisamente este razonamiento el que, a mi juicio, subyace al tratamiento previsto tanto en el Derecho alemán como en el anglosajón para este grupo de casos, consistente en obligar a resarcir el daño —mancomunada o solidariamente, según los casos— a todos sus posibles causantes. En estos ordenamientos, se impone así, excepcionalmente, a todos menos a uno de los intervinientes, una responsabilidad civil *sin causalidad*¹⁰⁴; ya sea declarándola directamente¹⁰⁵ (solución que se acoge en el art.

¹⁰² Vid. n. 44 del capítulo 1, n. 280 del capítulo 2, y el texto al que acompañan.

¹⁰³ Vid., en este sentido, BYLDINSKI, 1964, pp. 78-79; HART Y HONORÉ, 1985, p. 424; MARTÍN CASALS, 2016, p. 58; y KOZIOL, 2012, pp. 143-144.

¹⁰⁴ Así, HART Y HONORÉ, 1985, pp. liii-liv, lxii, 424.

¹⁰⁵ Así, el § 830(1) BGB, y la *House of Lords* inglesa en su sentencia sobre el caso *Fairchild v Glenhaven Funeral Services* [2002] WLR 3, 89 ss., un tratamiento por el que abogaban ya HART Y HONORÉ, 1985, pp. 423-425, y que BYLDINSKI, 1964, pp. 65-78, 94-95, 112-113, propone extender analógicamente a los supuestos de causalidad «adelantada» e «hipotética». Critica esta última propuesta, con buenos argumentos, KAHRS, 1969, pp. 171-175: como se vio en el inciso (i) del punto (c) del apartado II del capítulo 3, este

3:103(1) PETL¹⁰⁶), o a través de la inversión de una carga probatoria imposible de cumplir^{107 108} (modelo por el que opta el par. VI-4:103 DCFR¹⁰⁹). En esta misma línea, en el Derecho español de daños, el art. 33.5 LC dispone, en su inciso segundo, que «en la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza»¹¹⁰. Que esta sensata solución sea extrapolable *con carácter general* a la responsabilidad *ex art.* 1902 CC¹¹¹ resulta, sin embargo, enormemente discutible *de lege lata*. Y es que no parece ser esta la voluntad de un legislador que ha decidido prever este tratamiento de forma expresa *exclusivamente* para un sector especialmente regulado como la caza, en el que opera, además, un régimen de responsabilidad objetiva y seguro obligatorio (arts. 33.5, inciso primero, y 52 LC). Aquí, una interpretación *a contrario* del art. 33.5 LC parece, en efecto, mucho más razonable que el empleo de este precepto como base de una *analogía iuris* de la que derivar conclusiones para la responsabilidad civil por culpa¹¹².

último grupo de supuestos no plantea ningún problema desde el punto de vista probatorio, pues está perfectamente claro cuál de los agentes implicados ha causado el daño (y cuál no).

¹⁰⁶ «En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima».

¹⁰⁷ Así, el Tribunal Supremo de California, en su sentencia sobre el caso *Summers v. Tice* (1948) Cal.2d, 33, 80 ss.; el Tribunal Supremo de Canadá, en su sentencia sobre el caso *Cook v Lewis* [1951] SCR 830 ss.; y el § 433B del *Restatement of Torts (Second)* del *American Law Institute*.

¹⁰⁸ Sobre la equivalencia entre ambas opciones llaman la atención MEDINA ALCOZ, 2018, p. 104; y OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 136, que —en la línea sugerida tempranamente por RÜMELIN, 1900, p. 291— interpreta el § 830(1) BGB en clave de inversión legal de la carga de la prueba de la causalidad. Esta solución cuenta con el beneplácito de la doctrina mayoritaria, que ha tratado de fundamentarla a través de argumentos muy diferentes. Tampoco han faltado, sin embargo, autores que se han manifestado muy vehementemente en su contra; así, p. ej., WRIGHT, 1985, pp. 1816-1818. Sobre esta discusión, vid. en mayor profundidad PANTALEÓN DÍAZ, 2018, «Children's Liability in Negligence», pp. 46-47, con ulteriores referencias.

¹⁰⁹ «Cuando un daño jurídicamente relevante pueda haber sido causado por uno o varios sucesos que sean imputables a distintas personas y quede demostrado que fue causado por uno de esos sucesos, pero no por cuál de ellos, se presumirá, salvo prueba en contrario, que ha causado el daño cada una de las personas a las que se pueda imputar cualquiera de tales sucesos».

¹¹⁰ Sobre este régimen especial de responsabilidad, vid., por todos, LACRUZ BERDEJO ET AL., 2013, p. 522.

¹¹¹ Como, según MEDINA ALCOZ, 2018, p. 17; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 520, ha considerado en varias ocasiones la Sala Primera del TS. En la misma línea, PEÑA LÓPEZ, 2011, pp. 50-51.

¹¹² Vid., en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1984 (que había dejado abierta la cuestión en 1981, n. 139, pp. 243-246); LACRUZ BERDEJO ET AL., 2013, pp. 463-464; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 517-518. En esta misma línea MARTÍN CASALS, 2016, p. 59, trae a colación la prohibición derivada del art. 217.6 LEC de invertir la carga de la prueba de la causalidad (lo que él entiende que ocurre en estos casos) a falta de una disposición legal expresa. Cfr., no obstante, Díez-Picazo, 2011, pp. 142-144; MEDINA ALCOZ, 2018, p. 104, 138-141, 146-149; y, aparentemente, ROCA TRÍAS, 2020, «La causalidad», pp. 210-211.

2. La realización de la perturbación en el daño (realización del riesgo)

Desde el punto de vista estrictamente causal, dañante y perjudicado están completamente a la par: la conducta del perjudicado, aunque se reduzca al simple hecho de estar donde está en el momento de la lesión es, *por hipótesis*, explicativamente relevante para la producción del daño en su configuración totalmente concreta¹¹³. Para legitimar el desplazamiento de este de la esfera del perjudicado a la del dañante con base en la conducta perturbadora de este último —para establecer, en otras palabras, una responsabilidad civil *por culpa* (y no solo *con culpa*) del dañante sobre el daño— es necesario que este sea *normativamente reconducible* a dicha perturbación; relación de la que, como se ha señalado, la causalidad es un componente necesario, pero no suficiente. Para ello hace falta, además, que **se haya materializado en el daño precisamente una de las dimensiones de riesgo en atención a las que se considera perturbadora la conducta de que se trate**¹¹⁴.

En lo que hace a la realización del riesgo como criterio de imputación, me remito, de nuevo, *mutatis mutandis*, a todo lo indicado al respecto en el capítulo 3¹¹⁵. La coincidencia estructural —¡que no funcional!— con los presupuestos de la responsabilidad penal vuelve a ser, en este punto, completa. Baste destacar aquí que la realización del riesgo es la barrera de contención más importante para el establecimiento de una responsabilidad civil desmesurada por **daños puramente patrimoniales** (*pure economic loss*) de la que dispone el Derecho español¹¹⁶; problema que ordenamientos como el alemán o el inglés atajan de forma mucho más drástica, permitiendo solo con

¹¹³ En palabras de JAKOBS, «que Edipo causase la muerte de Layo matándole y que Layo participase en la causación de su propia muerte al ir a un sitio en que fue muerto es lo mismo en una concepción científico-natural de lo que es “causa”: tanto uno como otro es una condición del resultado» (1997, «El principio de culpabilidad», p. 370). Así, también MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 305-306; PANTALEÓN PRIETO, 2000, p. 175; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 102, 104; MARAVER GÓMEZ, 2009, p. 90; PAPAYANNIS, 2014, «Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad», pp. 142-143; y el propio JAKOBS, 2010, pp. 46-47. Vid., en la misma línea, CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 107-109; y PAWLIK, 2002, p. 304.

¹¹⁴ Así, PANTALEÓN PRIETO, 1990, p. 1577; WAGNER, 2017, nms. 70-71, 452-461; y OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 116-126, 132, 194-196.

¹¹⁵ Vid. inciso (ii) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II.

¹¹⁶ Así, PANTALEÓN PRIETO, 1981, p. 543; un razonamiento que Díez-PICAZO, 2011, pp. 317-319 parece extender al resarcimiento del daño moral. En el mismo sentido, KOZIOL, 2005, «Introduction to Chapter 2. Damage», p. 25; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 297-298.

carácter excepcional la indemnización de esta clase de daños¹¹⁷. Como señala BARROS BOURIE, «[t]odo sistema jurídico debe encontrar soluciones para definir dónde comienza efectivamente la responsabilidad en estos casos. Y lo sorprendente es que ellas tienden a ser en extremo semejantes, aunque los caminos conceptuales y las técnicas jurídicas sean diferentes»¹¹⁸.

La historia reciente proporciona, de hecho, uno de los mejores ejemplos para ilustrar cómo opera, a estos efectos, el criterio de imputación aquí analizado. El periódico *El País* del 13 de enero de 1998 narra los hechos del caso de la siguiente manera, bajo el impresionante titular «una superplataforma petrolífera a la deriva destroza un puente sobre la ría de Ferrol»:

«El temporal que azotaba de madrugada las costas gallegas provocó que la plataforma petrolífera Discover Enterprise, la mayor del mundo por su tamaño y características, soltase sus amarras y viajase a la deriva dos kilómetros hasta empotrarse contra el puente de As Pías, que enlaza Ferrol con Madrid y constituye el principal acceso a la ciudad coruñesa. La llamada de una vecina de Ferrol a la policía local a la 1.27 de hoy hizo posible que la Guardia Civil cortara los accesos al puente apenas un minuto antes del brutal impacto. La plataforma, de 300 metros de eslora, destrozó unos 100 metros del puente y a las cuatro de la mañana de hoy seguía encajada en la estructura del mismo a merced del viento. [...] Mientras As Pías permanezca cortado, cruzar la ría ferrolana supone un trayecto adicional de 20 minutos. [...] En su camino hacia el interior de la ría, la plataforma ha destrozado algunas cañerías de agua pero, en principio, la policía local descartaba en la madrugada de hoy que se hubiesen producido víctimas, aunque sí cuantiosos destrozos materiales»¹¹⁹.

Los daños que el choque de la plataforma provocó en la estructura del puente fueron, con todo, probablemente mínimos comparados con las cuantiosas pérdidas económicas en las

¹¹⁷ Sobre ello, vid., por todos, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 295-298. Como anticipé en el apartado II del capítulo 2, de existir en el Derecho español, esta restricción merecería ser calificada, siguiendo el esquema categorial presentado en este trabajo, como una exclusión excepcional de responsabilidad civil por razones de política jurídica, como las que se tratarán en el apartado VI de este capítulo. Sobre ella, vid., por todos, JANSEN, 2003, pp. 524-542.

¹¹⁸ BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 297.

¹¹⁹ <https://elpais.com/diario/1998/01/13/espana/884646015_850215.html>.

que el aislamiento parcial del Ferrol —en la época, todavía uno de los centros navieros e industriales más importantes de nuestro país— durante más de un mes derivó tanto para las empresas de la comarca como para las dependientes de los suministros procedentes de ellas.

Supongamos que, en lugar de tratarse de un suceso fortuito (como cabe suponer que lo fue), el accidente se hubiera debido, por ejemplo, a un amarre deficiente de la plataforma petrolífera al muelle del que se soltó como consecuencia del temporal, quedando a la deriva. ¿Cuáles de los daños provocados por el choque podrían imputarse a esta conducta perturbadora? Respecto de los daños materiales provocados a la estructura del puente no parece poder plantearse duda alguna: si se refuerza jurídicamente la expectativa de que enormes buques como estos se amarren como es debido es, precisamente, para que no se suelten del muelle y queden a la deriva, de manera que puedan colisionar con otras estructuras, deteriorándolas o (como aquí podría también haber sucedido) causando daños a las personas que las ocupan. Algo muy distinto puede afirmarse, sin embargo, de las pérdidas económicas generadas a las empresas. Y es que considerar perturbadora la conducta consistente en amarrar deficientemente una plataforma petrolífera en atención a esa dimensión de riesgo constituiría una restricción de la libertad *inútil*, a la que ningún cálculo racional de ponderación de intereses conduciría: el peligro de sufrir pérdidas económicas como consecuencia de un déficit en la oferta o la demanda de suministros —en tanto que *inherente* a la actividad empresarial en condiciones normales, y dependiente de una enorme multiplicidad de factores, entre los que nadie que realizara un análisis *ex ante* citaría lo bien o mal que los buques se amarran a los muelles vecinos— seguiría materializándose exactamente igual (o, al menos, sin variaciones relevantes) mientras continuara existiendo una actividad económica dependiente de la circulación de mercancías, por muy bien sujetas que se mantuvieran las plataformas petrolíferas frente a posibles tempestades¹²⁰. En el daño puramente patrimonial producido a las empresas, no se habría realizado, en definitiva, uno de los riesgos en atención a los que —en esta variante del supuesto de hecho— se consideraría perturbadora la conducta del dañante.

¹²⁰ Vid., en este sentido, TRIMARCHI, 1967, pp. 58-65, 139-140.

3. La imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)

Para la imputación del daño a la conducta perturbadora del dañante han de existir, pues, —como entre perturbación y resultado típico— una relación de *causalidad* (epígrafe 1) y una de *realización del riesgo* (epígrafe 2). Y hasta aquí llegan, en mi opinión, las coincidencias estructurales que existen, en este punto, entre responsabilidad penal y civil. Como ya he anticipado, la imputación del daño a la perturbación requiere, sin embargo, un requisito *adicional*, que coincide aproximadamente con la evitabilidad del primero con el comportamiento alternativo conforme a Derecho. Pero es precisamente la coincidencia solo *parcial* del presupuesto de la responsabilidad civil aquí analizado con esta última consideración —que, como se argumentó en el capítulo 3, carece de relevancia autónoma a los efectos penales— la que determina que sea conveniente, a mi juicio, sacrificar la simplicidad en el altar de la precisión y referirse a él en los términos que titulan este epígrafe: como «imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)».

Lo que con esta alambicada expresión se pretende indicar es que, como se desarrollará con mayor detalle a continuación, para imputar objetivamente a la conducta del dañante el daño que esta ha causado al perjudicado no basta con que en el segundo se haya realizado —si se quiere, «en el mundo *real*»— precisamente una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la primera se considera perturbadora, sino que es necesario, además, **que no exista un mundo hipotético posible en el que el daño pudiera imputarse exclusivamente a la conducta descuidada o a la simple mala suerte del propio perjudicado**¹²¹. Si este «universo alternativo» resulta imaginable, existirá la posibilidad de que la indemnización del daño por parte del dañante **enriquezca**

¹²¹ En ello coincide, aunque recurriendo a fundamentaciones muy diversas, la doctrina civilista ampliamente mayoritaria. Así, p. ej., McLAUGHLIN, 1925, pp. 154-155; DEUTSCH, 1963, p. 63; TRIMARCHI, 1967, pp. 6-7, 8-9, 10, 56-57, 199; KAHRS, 1969, *passim*, esp. pp. 16-22, 65; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 77-124; 1990, pp. 1577-1578; 1991, «Artículo 1902», p. 1986; PEÑA LÓPEZ, 2011, pp. 92-93; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, pp. 72-81, 208; FREI, 2010, pp. 235-243, 281; Díez-PICAZO, 2011, p. 374; GARCÍA AMADO, 2013, pp. 119-121, 125-126; LACRUZ BERDEJO ET AL., 2013, pp. 477-478; GRÜNEBERG, 2017, nm. 64; WAGNER, 2017, nms. 58, 68; OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 208, 217-218, 221-223; GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nm. 82; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 408-410, 4330-431. También, en definitiva, ERB, 1991, pp. 85-87, 123, 235-240, 296; y JOHN, 2020, *passim*, esp. pp. 29, 42-43, 62-64, 251-259, 272-273, aunque prefieren “ubicar” esta clase de consideraciones en sede de cuantificación del daño, en lugar de excluir sobre esta base su imputación a la conducta. Cfr., no obstante, la opinión prácticamente aislada de NIEDERLÄNDER, 1954, pp. 68-73.

injustamente a su costa al perjudicado, contradiciendo la lógica resarcitoria por la que se rige la responsabilidad civil¹²². Y es que una forma de responsabilidad que sirve para ofrecer al perjudicado la posibilidad de continuar su vida *como si* no se hubiera visto afectado por la conducta perturbadora de otra persona no puede, como regla, conducir a dejarlo *mejor* de lo que estaría en esta realidad hipotética. Todo lo que la teoría de la diferencia de MOMMSEN tiene de inadecuada como conceptualización civil del daño¹²³ lo tiene de razonable, en definitiva, el principio de no enriquecimiento que la inspira, a los efectos de la imputación objetiva de aquel a la perturbación¹²⁴.

Concretar esta noción y extraer sus consecuencias prácticas no resulta, con todo, demasiado sencillo. A mi juicio, la forma más fácil de precisar el criterio de imputación objeto de este epígrafe consiste en presentarlo a través de la combinación de una *regla general* y una *excepción*. La primera, a la que se dedicará el punto (a) de este epígrafe, consiste en excluir la imputación objetiva del daño a la perturbación cuando el perjudicado habría sufrido un daño *igual o peor* en lo normativamente relevante con la conducta alternativa lícita del dañante. La segunda, en afirmarla, a pesar de ello, si la razón por la que el daño habría sido, en tal caso, igual o peor, no reside (solo) en la conducta descuidada o la mala suerte del perjudicado, sino (también) en la *conducta perturbadora de un tercero*. Esta excepción a la regla general se analizará —junto con otras posibles restricciones propuestas por la doctrina— en el punto (b) siguiente.

a. La regla general: evitabilidad del resultado con la conducta alternativa lícita como presupuesto de la imputación del daño

El primer paso (y, como regla, el último) para la aplicación del criterio de imputación objetiva del daño aquí propuesto consiste, como se ha dicho, en imaginar la

¹²² Lo niega, sin embargo, HEINEMANN, 1961, pp. 87-88, argumentando que, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de *compensatio lucri cum damno*, en los que la conducta del dañante al mismo tiempo perjudica y beneficia al perjudicado, en los aquí examinados este último no se ve beneficiado en absoluto por ella, de manera que el resarcimiento del daño no supone enriquecerlo. Sin embargo, ni es cierto que, en los supuestos de *compensatio*, el no tener en cuenta en la valoración del daño la mejora de la situación patrimonial del perjudicado provocada por el dañante suponga *siempre* un enriquecimiento injusto del perjudicado (vid. epígrafe 2 del apartado III de este capítulo); ni lo es, a mi juicio, que no enriquezca injustamente a este último el permitirle trasladar a la esfera de otra persona un daño que habría podido padecer igualmente si esta se hubiera comportado correctamente.

¹²³ Vid. epígrafe 2 del apartado III de este capítulo.

¹²⁴ OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 213; JOHN, 2020, *passim*, esp. pp. 70-72, 106, 122, 132, 134, 143, 150-151, 190-192, 225, 238-241, 247, 250, 255-259, 260, 269-270. Vid., en sentido similar, TRIMARCHI, 1967, pp. 6-10; FREI, 2010, pp. 240-241.

situación hipotética en la que habría quedado el perjudicado si el dañante se hubiera comportado correctamente, afirmando la imputación solo si se demuestra que, en este caso, aquel habría estado mejor en lo normativamente relevante. Este primer juicio coincide, *mutatis mutandis*, con el de evitabilidad del resultado típico con el comportamiento alternativo conforme a Derecho, al que la doctrina mayoritaria concede, como se vio en el capítulo 3, relevancia para la imputación del resultado a efectos penales¹²⁵. Como allí se argumentó, la inevitabilidad (*ex post*) opera, en ocasiones, como un **heurístico de la inexistencia de una relación de riesgo** entre conducta típica y resultado, derivada de la posibilidad de constatar ya *ex ante* la inevitabilidad del segundo con el comportamiento adecuado a Derecho. Esta observación puede —de nuevo, *mutatis mutandis*— extenderse punto por punto al ámbito civil, donde, como acaba de indicarse, la imputación objetiva del daño requiere, como mínimo, que en él se haya materializado precisamente una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la conducta del dañante se considera perturbadora. En este grupo de supuestos, al que pertenece, por ejemplo, el famoso caso de los pelos de cabra (y, posiblemente, el de la novocaína), coinciden, en definitiva, las soluciones penal y civil: ha de excluirse la imputación tanto del resultado típico como del daño *por falta de realización del riesgo*.

Es en los que he denominado **casos «puros» de comportamiento alternativo conforme a Derecho** donde una y otra solución comienzan a distanciarse, dada, precisamente, la operatividad a efectos de responsabilidad civil de un criterio de imputación como la imposibilidad de imputación alternativa a la esfera del perjudicado, que carece de relevancia a efectos penales. Se trata de supuestos como el del adelantamiento del ciclista, los de consentimiento hipotético, el del empresario que omite proporcionar un arnés de seguridad a su empleado, el caso «Madrid Arena» (o, en otra configuración posible de los hechos, también el de la novocaína), en los que, como se vio, pese a la existencia de una relación de causalidad y de realización del riesgo entre conducta y resultado lesivo, se constata que *la víctima concreta* —que estaba ebria, que habría consentido la intervención de todas formas, que en cualquier caso no se habría puesto el arnés, que había pasado ya demasiado tiempo en parada cardiorrespiratoria (o a la que no se le había reducido la glándula timo-linfática)— se habría encontrado en una situación *igual* en todo lo normativamente relevante aunque el autor se hubiera

¹²⁵ Vid. inciso (iii) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

comportado correctamente. A esta constelación pertenecen también los casos *Baker* y *Jobling*, analizados al tratar el concepto de daño de la teoría de la diferencia¹²⁶, y de nuevo en relación con la causalidad de partidas de daño consistentes en un lucro cesante¹²⁷. En ellos, todos los dañantes pueden alegar, respecto del *lucro cesante* padecido por Baker y por Jobling *a partir*, respectivamente, de la amputación de la pierna del primero y de la manifestación de la mielopatía del segundo, que los concretos perjudicados lo habrían padecido exactamente igual por mucho que ellos se hubieran comportado correctamente¹²⁸.

Por las razones aducidas en el capítulo 3, excluir (o atenuar) sobre esta base la responsabilidad penal de los posibles autores en esta constelación de supuestos resultaría contradictorio tanto con la lógica preventiva por la que se rige este sector del ordenamiento como con la función demostrativa que, en su seno, corresponde desempeñar al resultado típico. Pero de la responsabilidad civil puede afirmarse lo contrario: de la función resarcitoria del Derecho de daños se deriva, como se ha visto, una prohibición de enriquecimiento del perjudicado que conduce, como regla¹²⁹, a la exclusión de la responsabilidad civil del dañante en este grupo de casos. Con esta conclusión se abre la puerta, sin embargo, a un campo sembrado de problemas; un campo por el que los penalistas, afortunadamente —y contra lo que la mayoría de ellos mismos parece creer—, no tienen siquiera por qué transitar. A ellos se dedicará lo que resta de este punto.

A una de tales dificultades se hizo referencia ya en el capítulo 2, al analizar los supuestos de «sustitución» de un riesgo por otro para el mismo interés, como el ejemplo

¹²⁶ Vid. nn. 75-76 de este capítulo y el texto al que acompañan.

¹²⁷ Vid. epígrafe 1 de este apartado.

¹²⁸ En algunos de estos supuestos, como es de sobra conocido, no opera en España el régimen general de responsabilidad por culpa. Tanto en el caso del ciclista como en *Baker* (respecto de la responsabilidad civil de Willoughby) resultaría aplicable el sistema de responsabilidad por riesgo y seguro obligatorio previsto en el RDL 8/2014; régimen para el que el criterio de imputación aquí analizado debería, a mi juicio, resultar tan irrelevante como la propia culpa del dañante. Por otro lado, los daños padecidos por Jobling y por el empleado al que no se proporciona el arnés se someterían al régimen especial de responsabilidad civil del empresario por accidentes de trabajo, previsto en la normativa laboral y de Seguridad Social (vid. art. 42 LPRL; arts. 2.b, 25.4 y 96.2 LRJS; y arts. 164 y 168.3 TRLGSS), y que ha sido objeto de una creciente objetivación por parte de la jurisprudencia que lo aplica; vid., por todas, la STS (Sala Cuarta) 508/2017, de 28 de febrero de 2019. Los ejemplos mencionados me resultan, sin embargo, tan ilustrativos —y tan útiles para una comparación entre las estructuras dogmáticas de la responsabilidad civil y penal— que he optado por mantenerlos en este trabajo, como si estos regímenes especiales de responsabilidad no existieran.

¹²⁹ Sin perjuicio de la excepción que se analizará en el punto siguiente de este epígrafe.

del verdugo de ENGISCH o el del guardagujas de SAMSON¹³⁰. En ellos, la existencia de una perturbación depende, como se recordará, de si el comportamiento del autor supone (*ex ante*) una alteración en sentido desfavorable, favorable o neutro de la situación del interés afectado; cuestión que solo puede dilucidarse caso por caso, con arreglo a consideraciones *normativas*. En esta sede se trata, de nuevo, de determinar —aunque, ahora, con todo el conocimiento disponible *ex post*— **cuáles de las diferencias fenomenológicas** en su caso existentes entre una situación (la *real*) y otra (la *hipotética* en la que se encontraría el perjudicado con el comportamiento alternativo conforme a Derecho) **son normativamente relevantes para entender que la segunda es mejor que la primera**¹³¹.

Parece claro, por ejemplo, que, desde el punto de vista de los perjudicados por la muerte del ciclista, resulta normativamente indiferente que este falleciera en un punto u otro de la calzada¹³²; tan normativamente indiferente como resultaba para los perjudicados por la muerte de los pasajeros en el caso de SAMSON¹³³ que el tren se estrellara a un lado o a otro de la montaña¹³⁴. Pero ¿podía afirmarse lo mismo en el caso «Madrid Arena»? En él, resultó acreditado que las pacientes probablemente habrían fallecido de todas formas, aunque hubieran recibido las maniobras de reanimación adecuadas en la enfermería del evento. Constabá también, sin embargo, que las jóvenes en situación de parada cardiorrespiratoria que no pasaron por la enfermería del evento y fueron correctamente reanimadas no fallecieron, como las primeras, esa misma noche,

¹³⁰ Vid. punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2.

¹³¹ Así, aunque a los efectos penales, GIMBERNAT ORDEIG, 2018, p. 148.

¹³² O, como señala GIMBERNAT ORDEIG, que lo hubiera hecho segundos más tarde, en caso de haber sido adelantado reglamentariamente (2018, p. 148).

¹³³ En el que, como se vio en el capítulo 2, bastaría para afirmar la existencia de una conducta perturbadora con que el bloqueo de la vía de la que el guardagujas desvía el tren no se presentara ya *ex ante* como evidente para la persona baremo en su posición (o, a los efectos civiles, fuera conocido por el propio guardagujas); vid. n. 220 del capítulo 2.

¹³⁴ Como se argumentó en la n. 162 del capítulo 3, el caso del verdugo de ENGISCH no es *a los efectos penales* un caso puro de comportamiento alternativo conforme a Derecho: el *resultado de muerte* (real) producido a manos del particular es, en efecto, normativamente *peor* que el (hipotético) producido a manos del verdugo. La eventual responsabilidad *civil* de quien sustituye al verdugo no lo es, sin embargo, por este resultado, sino por *los daños* derivados de la muerte del condenado; daños que, al menos en el aspecto *patrimonial*, sí pueden, a mi juicio, considerarse normativamente idénticos en la situación real y en la hipótesis de comportamiento alternativo conforme a Derecho (así, p. ej., GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, p. 133). Lo único que podría plantearse en este caso sería, quizás, una indemnización por el *daño moral adicional* que, en su caso, pudiera suponer para los seres queridos del condenado a muerte el que este no fuera legítimamente ejecutado, sino ajusticiado a manos de un particular.

sino *días más tarde* (prácticamente un mes, en el caso de una de ellas)¹³⁵. Suponiendo, por tanto, que una asistencia médica correcta en la enfermería no hubiera evitado, pero sí *retrasado* la muerte de las pacientes, como parece presumible, ¿podría afirmarse sobre esta base que los perjudicados por el fallecimiento de las jóvenes —sus padres y hermanas, que reclamaron únicamente el resarcimiento de los correspondientes gastos de sepelio, amén del daño moral padecido— habrían estado *mejor* de haberse comportado correctamente los médicos? ¿O resultaría este retraso más bien normativamente indiferente a estos efectos¹³⁶?

El segundo gran problema que plantea la aplicación del criterio de evitabilidad del daño con la conducta alternativa conforme a Derecho se refiere a la construcción de la hipótesis de partida cuando existen **diferentes posibilidades de comportamiento alternativo lícito** y solo *algunas* de ellas habrían conducido a impedir el daño. Los supuestos que ponen más claramente de manifiesto esta dificultad pertenecen al ámbito del tráfico rodado¹³⁷. Piénsese, por ejemplo, en la siguiente variante del caso del ciclista: el conductor de un camión atropella y lesiona a un ciclista ebrio guardando una distancia lateral de solo 0,75 metros. Con la distancia mínima reglamentaria (1,5 metros), el atropello se habría producido de todas formas; pero se habría evitado, en cambio, con otras modalidades de conducta *igualmente lícitas* del conductor: haber adelantado al ciclista con una distancia de dos metros, no haberlo adelantado en absoluto o —¿por qué no? — haberse quedado en casa ese día en lugar de coger el camión. Excluir en este supuesto la imputación a la conducta del camionero del daño padecido por el ciclista supone escoger, en contra de los intereses de este último, la *única* variante de conducta alternativa lícita (el adelantamiento con la distancia *mínima* reglamentaria) que conduce a un escenario hipotético en el que el daño se produce en cualquier caso. ¿Pero existen buenas razones para ello?

¹³⁵ La tragedia tuvo lugar en la madrugada del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2012. De acuerdo con el relato de hechos probados, BLR falleció el 3 de noviembre de 2012 y TAV el 29 de noviembre.

¹³⁶ Como se verá en el punto siguiente de este epígrafe, la resolución de este caso no depende (afortunadamente) de la respuesta que se dé a esta complicada cuestión, que ninguno de los tribunales que se enfrentaron al caso llegó a plantearse siquiera, y que —en la línea con el concepto *subjetivo* de daño defendido en este capítulo (vid. epígrafe 1 del apartado III)— probablemente debería depender de la forma que tuviera *cada concreto perjudicado* de procesar el sufrimiento derivado de la situación. La pregunta proporciona, sin embargo, una buena muestra de las complejas consideraciones *normativas* que, como se ha señalado, implica, en este punto, el juicio de evitabilidad.

¹³⁷ Siéndoles, en consecuencia, aplicable el *caveat* expresado en la n. 128 anterior.

Los autores que han hecho referencia a la existencia de esta dificultad han sido, en su gran mayoría, penalistas que la han aducido, precisamente, como prueba de la *inoperatividad* de la hipótesis de comportamiento alternativo conforme a Derecho en tanto criterio de imputación objetiva del resultado típico y que, por consiguiente, no se han esforzado en plantear posibles soluciones al problema¹³⁸. Las únicas propuestas al respecto han procedido —hasta donde se me alcanza— de algunos penalistas y filósofos del Derecho, partidarios de decantarse siempre, en la construcción de la hipótesis de partida, por la modalidad de conducta alternativa lícita más «cercana» a la conducta (perturbadora) realmente adoptada por el dañante¹³⁹, o por aquella cuya adopción habría supuesto una menor restricción de la libertad de actuación de este último¹⁴⁰; criterios que tienden a converger en la solución más beneficiosa para el dañante y más desfavorable para el perjudicado¹⁴¹. Como se ha visto al analizar la modalidad del caso del ciclista planteada, esta parece ser, en efecto, la respuesta *más intuitiva* al problema. Se echa de menos, sin embargo, una fundamentación teórica de este criterio que permita enmarcarlo armónicamente en la lógica resarcitoria por la que se rige el Derecho de daños¹⁴²: en el

¹³⁸ Así, p. ej., CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 484; REYES ALVARADO, 1994, pp. 232-233; FEJOO SÁNCHEZ, 2000, pp. 26-30; 2001, *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»*, pp. 141-144; PUPPE, 2001, pp. 3, 59-62; 2011, pp. 416-417; 2015, p. 210; 2017, nms. 202, 212; GROSSE-WILDE, 2017, «Verloren im Dickicht von Kausalität und Erfolgszurechnung. Über “Alleinursachen”, “Mitursachen”, “Hinwegdenken”, “Hinzudenken”, “Risikorealisationen” und “Unumkehrbarkeitszeitpunkte” im Love Parade-Verfahren», p. 646, esp. n. 53; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nm. 1427; y BOLEA BARDÓN, 2020, pp. 23, 69.

¹³⁹ Vid., en este sentido, HART Y HONORÉ, 1985, pp. lx, 411-412; TOEPEL, 1992, pp. 113-120; JAKOBS, 1997, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», pp. 288-289; WOLTER, 1981, pp. 339-340; FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 567-569; SUMMERER, 2013, pp. 232, 294-299; y, aparentemente, JÄGER, 2017, nm. 125 (p. 76).

¹⁴⁰ Así, KAHRS, 1968, pp. 70, 183-187; 1969, pp. 32-33. Próximo, en definitiva, ERB, 1991, pp. 196-200.

¹⁴¹ Si se parte de la base de que el dañante realizó precisamente la conducta que quería, entonces la modalidad de comportamiento alternativo conforme a Derecho cuya adopción habría restringido en menor medida su libertad será, a la vez, la más similar a la conducta que realmente adoptó. Y, dado que esta última efectivamente produjo el resultado, cabe esperar también que la probabilidad de que este se hubiera evitado será directamente proporcional a la medida en que la conducta con base en la que se construya la hipótesis se distancie de la realmente adoptada.

¹⁴² Desde el punto de vista *jurídico-penal*, y sobre la base de su propia concepción «demostrativa» de la función del resultado típico (vid. punto (a) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3), W. FRISCH fundamenta la solución que defiende para este grupo de casos, aduciendo que «el evidenciar lo disvalioso de una acción de determinado tipo y la evitabilidad planificada observando las condiciones referidas precisamente a ese tipo, y sólo con sentido para ese tipo, no se ve cuestionado sólo porque una acción conforme a Derecho de tipo totalmente distinto (para el que a su vez regirían condiciones también distintas) habría determinado igualmente el resultado. Pero el resultado mantiene asimismo en tales casos su efecto perturbador de la paz jurídica: en esta situación, es percibido como obra de una conducta ilícita y se achaca a ésta; máxime cuando, como suele ocurrir, la conducta hipotética es pura cábala, que no se materializaría con una probabilidad seria (y el objeto del bien jurídico no habría sido puesto en peligro seriamente desde

«juego de suma cero» que se plantea, en este grupo de casos, entre un perjudicado «inocente» y un dañante a cuya conducta perturbadora puede reconducirse normativamente el daño padecido por aquel (realización del riesgo), ¿por qué parece que el ordenamiento debe preferir sistemáticamente los intereses del segundo sobre los del primero, escogiendo como criterio de imputación la hipótesis de partida más favorable para el dañante?

La respuesta se encuentra, de nuevo, a mi juicio, en la *prohibición de enriquecimiento* que deriva de la función resarcitoria del Derecho de daños, conforme a la que ha de ser suficiente para excluir la responsabilidad civil del dañante, la simple *posibilidad* de que la indemnización del daño deje al perjudicado en una situación mejor de la que se encontraría si no se hubiera visto afectado por la conducta perturbadora de otra persona. Basta, por tanto, con la existencia de *un* mundo hipotético posible en el que la conducta alternativa conforme a Derecho del dañante habría producido igualmente el daño, para que no resulte —como regla— coherente con la lógica resarcitoria conceder al perjudicado el derecho a desplazarlo de su esfera jurídica a la del dañante, de forma que sea este quien finalmente lo soporte. De acuerdo con ello, ha de excluirse, en principio, la imputación objetiva del daño cuando **al menos una de las posibles conductas lícitas** del dañante habría dejado al perjudicado en una situación igual o peor (en lo normativamente relevante) a aquella en la que realmente se encuentra¹⁴³. Y en la medida en que esto último será, normalmente, tanto más probable *cuanto menos se diferencie* el comportamiento conforme a Derecho —empleado para la construcción de la hipótesis— de la conducta perturbadora realmente adoptada por el dañante¹⁴⁴, se llega por esta vía, pero esta vez con una fundamentación teóricamente sólida, a las (intuitivas) soluciones propuestas por los autores antes citados.

Pero resta, todavía, dilucidar un tercer (y último) problema que plantea la aplicación del criterio de imputación aquí analizado: el relativo a la **carga** y el **estándar**

esta dirección)» (2004, p. 568). A mi juicio, este argumento resulta del todo convincente, aunque conduce, llevado a sus últimas consecuencias, a negar *completamente* la relevancia penal (autónoma) de la evitabilidad del resultado típico con la conducta alternativa lícita, en la línea defendida en el inciso (iii) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3: *cualquier* conducta hipotética que se imagine *en lugar de* la realizada por el autor es, por hipótesis, «totalmente distinta» de esta y una «pura cábala» que no ha llegado en ningún momento a poner en peligro el objeto del bien jurídico.

¹⁴³ A esta conclusión llega también, aunque con una fundamentación demasiado escueta para valorar la coincidencia con el planteamiento aquí defendido, JOHN, 2020, pp. 264-265.

¹⁴⁴ Vid. n. 141 anterior.

de la prueba de que efectivamente existe la posibilidad de que el perjudicado resulte enriquecido a través del resarcimiento del daño, a la que se acaba de hacer referencia. Conforme a las reglas civiles generales, no parece caber, a mi juicio, duda alguna, de que la primera ha de recaer **sobre el dañante** que pretende que se le exima de responsabilidad por este motivo. Será a él a quien le corresponderá, en definitiva, alegar y probar que, de haberse comportado de forma correcta —o, al menos, de *alguna* de las formas correctas que estaban a su alcance— el perjudicado habría quedado en una posición igual o peor, en lo normativamente relevante, que aquella en la que realmente se encuentra¹⁴⁵. Y es que no parece en absoluto razonable que un perjudicado que ha acreditado que la conducta del dañante le ha causado un daño, y que ha conseguido convencer al tribunal tanto del carácter perturbador de la primera, como de la realización en el segundo de una de las dimensiones de riesgo en atención a las que esta se considera perturbadora, tenga la carga de probar *además* la *imposibilidad* (hecho «negativo») de que un eventual resarcimiento del daño por parte del dañante termine enriqueciéndolo injustamente (vid. art. 217.2 y 7 LEC).

La cuestión relativa al estándar probatorio resulta, sin embargo, mucho menos clara. A primera vista, parecería que han de regir también en este punto las reglas generales aplicables a la prueba del proceso civil, en el que —a diferencia de lo que ocurre en el penal, donde el mayor desvalor asignado a la posible condena de un inocente respecto de la posible absolución de un culpable conduce a la vigencia del principio *in dubio pro reo* y a la exigencia de acreditar los hechos constitutivos de la pretensión condenatoria más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*)¹⁴⁶— el idéntico desvalor que se atribuye a cada uno de tales errores simétricos fundamenta la aplicación de un estándar probatorio de «**probabilidad preponderante**» (*balance of probabilities*)¹⁴⁷. De acuerdo con ello, partiendo de una determinada modalidad de

¹⁴⁵ Así, PANTALEÓN PRIETO, 1990, pp. 1587-1590; GONZÁLEZ CARRASCO, MC, «Problemas de inseguridad jurídica en responsabilidad médico-sanitaria: identificación y cuantificación del daño. Relación de causalidad», en *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, ed. Herrador Guardia, MJ (Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2018), pp. 399-400, y la doctrina alemana mayoritaria. Vid., por todos, FREI, 2010, pp. 241, 243, 307-308; GRÜNEBERG, 2017, nms. 59, 66; WAGNER, 2017, nms. 91-92; OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 224-227; GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nm. 82; y JOHN, 2020, pp. 155, 188 193, 261-264, 273. Cfr., sin embargo, respecto del Derecho anglosajón, HART Y HONORÉ, 1985, p. 414.

¹⁴⁶ Así, p. ej., PÉREZ MANZANO, 2008, pp. 1483-1484; o MEDINA ALCOZ, 2018, pp. 38-39.

¹⁴⁷ Fundamental, en este sentido, BAYÓN MOHÍNO, JC, «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, vol. 2 (2010), pp. 12-17; BAYÓN

comportamiento alternativo conforme a Derecho, bastaría para la exoneración del dañante con que este convenciera al juez de que, de haberla adoptado, es *más plausible* que el perjudicado hubiera quedado en la misma situación (o en una peor), que que este hubiera padecido un menor daño.

Imaginemos, por ejemplo, que una paciente, Ana, demanda a su médico, Beatriz, exigiéndole que la resarza del daño padecido por las lesiones consecuencia de una operación quirúrgica que la segunda no llevó a cabo conforme a la *lex artis ad hoc*. Beatriz alega, sin embargo, que, dados los riesgos inherentes al tratamiento (incluso correctamente llevado a cabo), Ana probablemente habría padecido las mismas lesiones si la operación se hubiera llevado a cabo de acuerdo con la *lex artis*; y presenta un dictamen pericial que expresa tales riesgos en términos probabilísticos. Suponiendo que esta fuera la única prueba presentada al respecto, con base en un estándar de probabilidad preponderante, el juez debería absolver a Beatriz siempre que el riesgo inherente a la operación de que Ana sufriera en todo caso las lesiones fuera *superior* al 50%¹⁴⁸, y condenarla en caso contrario.

MOHÍNO, JC, «Presunción de inocencia y carga de la prueba», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen 1*, ed. Cancio Meliá, M et al. (Madrid: UAM Ediciones, 2019), p. 74. Vid., en la misma línea, GASCÓN ABELLÁN, M, «Prueba de la causalidad en pleitos de daños y “pérdida de oportunidad”», en *Derecho de daños*, ed. Herrador Guardia, MJ (Madrid: Sepin, 2011), pp. 207-209; FERRER BELTRÁN, J, «La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil», en *Causalidad y atribución de responsabilidad*, ed. Papayannis, DM (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2014), *passim*, esp. pp. 225-226; y MEDINA ALCOZ, 2018, pp. 29-31. El hecho de que en Derecho penal se valoren de forma diferente el «falso negativo» y el «falso positivo», frente a la valoración idéntica de ambos errores adoptada en el Derecho civil, responde a una importante diferencia funcional entre ambas formas de responsabilidad a la que se ha hecho reiterada alusión en este trabajo. Y es que, mientras que el Derecho de daños plantea un «juego de suma cero» entre un dañante y un perjudicado entre los que ha de *repartirse* el padecimiento de un daño que ya no puede sacarse del mundo —con la consecuencia de que cualquier ventaja probatoria que se atribuya en el proceso al dañante se le quita automáticamente al perjudicado, y viceversa— la pena es un *nuevo mal* que, al imponerse al autor, se suma al ya producido por el delito. Ante la incertidumbre, es mejor que la sociedad pierda el eventual beneficio (colectivo y difuso) derivado de la prevención de futuros delitos, a que alguien que no lo merece en absoluto deba soportar individualmente sus costes. Vid., al respecto, n. 44 del capítulo 1, n. 280 del capítulo 2, n. 102 de este capítulo y el texto al que acompañan. Aunque esta es, sin duda, la posición doctrinal mayoritaria, existen voces (prácticamente aisladas) que niegan que exista realmente una diferencia entre los estándares probatorios penal y civil. Así, por ejemplo, DÍAZ CABIALE, JA, «El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 18 (2016), pp. 38-41.

¹⁴⁸ Si el riesgo fuera exactamente del 50%, Beatriz no habría cumplido su carga de convencer al juzgador de que su hipótesis fáctica —la de que existe una posibilidad de Ana se vea enriquecida a través del resarcimiento del daño— es *más probable* que la contraria. Al fin y al cabo, lo que dirime la distribución de la carga de la prueba es a cuál de las partes ha de perjudicar una situación de absoluta *incertidumbre* sobre los hechos, como la que existiría en este caso. Vid., en este sentido, MEDINA ALCOZ, 2018, pp. 31-32; y BAYÓN MOHÍNO, 2019, pp. 68-69.

Este es el tratamiento que, a mi juicio, correspondería dar a esta clase de supuestos; y es también, sin duda, el tratamiento que reciben en los ordenamientos jurídicos del *common law*¹⁴⁹. Sin embargo, en el Derecho español, la atención relativamente escasa de la que ha sido objeto —al menos hasta fechas recientes¹⁵⁰— la teoría de la prueba, amén de la falta de fijación legislativa de estándares probatorios determinados (más allá de lo que puede derivarse del reconocimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia en el proceso penal declarado en el art. 24.2 CE), ha permitido el desarrollo de criterios jurisprudenciales en esta materia que determinan que esta conclusión no resulte tan clara, al menos *de lege lata*. Las dudas derivan, principalmente, del hecho de que, para la prueba de la *causalidad* a efectos de responsabilidad civil, la Sala Primera de nuestro TS parece no contentarse con que el demandante acredite la existencia de una probabilidad *preponderante* (> 50%) de que la conducta perturbadora del demandado fuera una de las condiciones del daño padecido, sino que exige la demostración de esta hipótesis con una «probabilidad *cualificada*»; expresión que, de acuerdo con la Sala, se opone tanto a las meras «conjeturas o posibilidades», como a la «absoluta certeza» (y quién sabe si también a la certeza más allá de toda duda razonable requerida en el ámbito penal)¹⁵¹.

Incluso dejando al margen las críticas a las que se presta esta fórmula por su carácter indeterminado, el problema más serio que presenta es, a mi juicio, el relativo a su fundamentación: ¿qué tiene de especial la causalidad, frente al resto de elementos que deben ser objeto de prueba en el proceso civil, que explique que se la someta a un estándar

¹⁴⁹ Si bien, como se ha visto, en ellos el problema del comportamiento alternativo adecuado a Derecho no se concibe como uno de imputación, sino como uno de «*factual causation*»; vid. n. 166 del capítulo 3. Vid., al respecto, HART Y HONORÉ, 1985, p. 422; y WRIGHT, 1985, pp. 1813-1826. Este mismo estándar probatorio propone, para el Derecho alemán de daños, JOHN, 2020, pp. 264-265, como consecuencia de su «ubicación» del problema del comportamiento alternativo conforme a Derecho en sede de la llamada «*haftungsausfüllende Kausalität*» (sobre este concepto, vid. n. 151 de este capítulo).

¹⁵⁰ Vid., p. ej., BAYÓN MOHÍNO, 2010, con ulteriores referencias, aún tristemente escasas en nuestro país teniendo en cuenta la relevancia práctica de la materia.

¹⁵¹ Vid., por todos, MARTÍN CASALS, 2011, pp. 45-46; 2016, pp. 48-49; LACRUZ BERDEJO ET AL., 2013, p. 463, que consideran esta exigencia «un eco de la presunción constitucional de inocencia»; y GALÁN CORTÉS, JC, *Responsabilidad civil médica*, 6.ª ed. (Cizur Menor: Aranzadi, 2018), pp. 592-593, 596-602. Un estándar probatorio parecido rige en Alemania en relación con la prueba de la relación de causalidad entre la conducta del dañante y la lesión del derecho subjetivo absoluto del perjudicado necesaria para establecer la responsabilidad del primero; la llamada «*haftungsbegründende Kausalität*». Uno menos exigente se aplica, sin embargo, a la prueba de la relación de causalidad necesaria entre la lesión del derecho subjetivo absoluto y cada una de las diferentes partidas de daño padecidas por el perjudicado («*haftungsausfüllende Kausalität*»). Esta es, al menos, la interpretación de los §§ 286 y 287 ZPO por la que se ha decantado el BGH. Sobre ello, vid., p. ej., WAGNER, 2017, nms. 67, 85; u OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 499-503.

probatorio especialmente exigente? ¿Por qué, en el ejemplo antes planteado, a Ana le basta con convencer al juez de que es *más probablemente verdadero que falso* que Beatriz la operara como la primera sostiene, pero en cambio tiene que acreditar con una *probabilidad cualificada* —ascienda esta a lo que ascienda— que sufrió las lesiones de las que derivó el daño precisamente como consecuencia de la operación y no, por ejemplo, en un accidente doméstico? Al menos hasta donde alcanzo, no existe ninguna razón para distinguir: ambas cuestiones deberían someterse al mismo estándar probatorio; estándar que la distribución lo más equitativa posible del riesgo de error entre las partes que debe buscarse en el proceso civil conduce a fijar, a mi juicio, en la probabilidad preponderante.

Sea como fuere, siendo el de probabilidad cualificada *de lege* (o más bien *jurisprudencia*) *lata*, el estándar probatorio aplicable a la relación de causalidad, no sería descabellado, a mi juicio, alterar simétricamente el que rige en relación con la hipótesis de comportamiento alternativo conforme a Derecho, de manera que el dañante, para exonerarse, también tuviera que convencer al tribunal de la existencia de una *probabilidad cualificada* de que el perjudicado hubiera quedado en la misma situación (o una peor) con el comportamiento alternativo conforme a Derecho. Si, como se ha visto, en el ámbito civil, la imputación del daño a la conducta perturbadora del dañante depende, amén de juicios normativos como el de realización del riesgo, de dos consideraciones *fácticas* —la causalidad y lo que habría ocurrido con la conducta alternativa lícita— cuya carga probatoria pesa, respectivamente, sobre el perjudicado y sobre el dañante, introduciría un injustificable *desequilibrio* entre las posiciones de las partes requerir al primero, para el éxito de su pretensión, que superara un estándar probatorio (probabilidad cualificada), mucho más exigente que el que se exige al segundo para su defensa (probabilidad preponderante). Aplicando este razonamiento al ejemplo anterior, si para que se le resarza el daño padecido Ana tiene que acreditar que este es consecuencia de la mala praxis de Beatriz con una probabilidad *cualificada* —digamos, por ejemplo, del 80%—, entonces parece lo más justo que Beatriz solo pueda exonerarse de esta pretensión probando *con el mismo grado de certeza* la inevitabilidad del daño con el comportamiento alternativo conforme a Derecho¹⁵².

¹⁵² Como puede observarse, se alcanzan, por esta vía, soluciones prácticamente equivalentes a las que resultarían de aplicar en el ámbito civil —en la línea propuesta por autores como TRIMARCHI, 1967, pp. 15-17, 81; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 88-100, 114, 824; 1990, pp. 1578-1580; 1587-1590; 1991, «Artículo 1902», p. 1986; y Díez-PICAZO, 2011, p. 374— la teoría del incremento del riesgo de ROXIN y sus seguidores. Vid., en sentido similar, DOMÍNGUEZ LUELMO, A, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*.

La jurisprudencia de la Sala Primera del TS no arroja demasiada luz sobre si este es, de hecho, el tratamiento que dan nuestros tribunales civiles a este grupo de casos. Si algo puede extraerse de ella es que, en España, las demandas de responsabilidad civil rara vez se contestan con la alegación de que la conducta alternativa conforme a Derecho del demandado no habría impedido la producción del daño que se reclama. Cuando se emplea este argumento, se utiliza normalmente, además, para tratar de negar la existencia de una relación de *causalidad* (que indudablemente concurre¹⁵³) entre la conducta perturbadora del dañante y el daño¹⁵⁴. La evitabilidad del daño con el comportamiento alternativo conforme a Derecho pasa, de esta forma, a tratarse en algunas sentencias como un presupuesto del «nexo causal», cuya existencia, como se ha dicho, ha de probar *el perjudicado* con una probabilidad *cualificada*. En lugar de corregir esta grave confusión entre cuestiones de causalidad y de imputación objetiva, los tribunales dan por bueno el planteamiento y tratan de mitigar la durísima exigencia probatoria que este supone para al perjudicado —sobre todo en supuestos de responsabilidad médica y de profesionales de la abogacía, en los que la prueba de la evitabilidad del daño con la conducta alternativa lícita se convierte en una auténtica *probatio diabolica*— recurriendo a la llamada «teoría de la pérdida de oportunidad» (*théorie de la perte d'une chance, loss of a chance theory*).

Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica, 2.^a ed. (Valladolid: Lex Nova, 2007), p. 316; FREI, 2010, pp. 241, 243, 307-308; y GRÜNEBERG, 2017, nm. 66.

¹⁵³ Vid. inciso (i) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3.

¹⁵⁴ En el mismo error de base incurren GASCÓN ABELLÁN, 2011, pp. 203-207; y MEDINA ALCOZ, 2018, *passim*, esp. p. 24, que, sin embargo, parte de la premisa (más correcta, pero dudosa *de jurisprudencia lata*) de que el estándar probatorio aplicable por defecto a estos supuestos es el de probabilidad preponderante (*ibíd.*, pp. 31-33).

De acuerdo con este polémico planteamiento, que cuenta con acogida muy variable en la doctrina civilista española¹⁵⁵ y en el Derecho comparado¹⁵⁶, y que se ha visto reflejado en el art. 7.4.3(2) de los Principios UNIDROIT y quizás también en el art. 3:106 PETL¹⁵⁷, si el perjudicado consigue acreditar la evitabilidad del daño con una probabilidad cualificada, tendrá derecho a un resarcimiento íntegro. Por debajo de este estándar —al menos, superado un umbral mínimo de certeza¹⁵⁸— el perjudicado no se quedará, sin embargo, con las manos vacías, sino que tendrá derecho a recuperar del dañante una parte del daño *proporcional* al grado de certeza con el que haya probado la evitabilidad. Volviendo al ejemplo de partida, si Ana demuestra que, con un 80% de probabilidad, no habría padecido las lesiones si Beatriz la hubiera operado conforme a la *lex artis*, esta deberá resarcirle el total del daño padecido¹⁵⁹. Si esta probabilidad asciende al 60% (o al 40, o al 20 o al 10%), Ana solo tendrá derecho a recuperar el 60% (o el 40, el 20 o el 10%) del daño. El fundamento teórico de esta solución deriva —y de ahí la forma en la que se refiere a ella la doctrina— de una reconceptualización del *daño* padecido en estos supuestos, de forma que, en la segunda de las variantes del ejemplo,

¹⁵⁵ La asumen, al menos para determinados grupos de casos, p. ej., BUSTO LAGO, 1998, pp.76-78, 205; GALÁN CORTÉS, JC, *Responsabilidad médica y consentimiento informado* (Madrid: Civitas, 2001), pp. 223, 237-238; 2018, pp. 602-606, 619-635, 981-990, 1014-1031; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño», pp. 390-392; ASÚA GONZÁLEZ, CI, «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 382-387; VELA TORRES, PJ, «El consentimiento informado en el ámbito sanitario», *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, vol. 19-36 (2014), pp. 32-33; VICENTE DOMINGO, 2014, pp. 332-336; GONZÁLEZ CARRASCO, 2018, pp. 393-395; YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 193-195, 252, 658-665; y, aparentemente, ROCA TRÍAS, E y NAVARRO MICHEL, M, «El daño», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), p. 242. También, aunque concibiéndola (más correctamente) como un supuesto de responsabilidad proporcional en tanto solución a los problemas de incertidumbre causal, en lugar de como una partida de daño diferenciada, GASCÓN ABELLÁN, 2011, *passim*; MEDINA ALCOZ, 2018, *passim*, esp. pp. 18-20, 83-84, 89-93; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 247-249, 399-407.

¹⁵⁶ Pese a su gran consolidación en Derechos como el francés, otros, como el alemán o el angloamericano, se han mostrado mucho más reticentes a admitir indemnizaciones por este concepto. Uno de sus planteamientos más incipientes en la doctrina alemana —derivado, curiosamente, de la traslación al ámbito civil de una teoría penal de la evitabilidad del resultado típico— puede encontrarse en KAHRS, 1968, pp. 231-232; 1969, *passim*, esp. pp. 27-28, 65, 179.

¹⁵⁷ Así lo declara el propio comentario que acompaña a este precepto: SPIER, J, «Art. 3:106. Uncertain Causes in the Victim's Sphere», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 57-59. También, MARTÍN CASALS, 2011, p. 50; PEÑA LÓPEZ, 2011, pp. 65-66; y KOZIOL, 2012, p. 151.

¹⁵⁸ Pues tampoco de acuerdo con esta teoría procede indemnizar al perjudicado si se demuestra «con palmaria verosimilitud» (GALÁN CORTÉS, 2001, p. 224) la inevitabilidad del daño con la conducta alternativa lícita. Vid., en el mismo sentido, GASCÓN ABELLÁN, 2011, pp. 219, 220-221; GALÁN CORTÉS, 2018, pp. 1005-1011; y MEDINA ALCOZ, 2018, pp. 44-47, 85-86, 143.

¹⁵⁹ Vid., por todos, GALÁN CORTÉS, 2018, pp. 1011-1014; y MEDINA ALCOZ, 2018, pp. 44-47, 85-86, 143.

Beatriz no estaría resarcido a Ana el daño «material» derivado de las lesiones, sino el daño «ideal» que supone para ella la *pérdida de la oportunidad de no haberlas sufrido*.

Con base en lo que en este trabajo ya se ha indicado sobre la naturaleza de los juicios de peligro, no hace falta insistir demasiado en que la teoría de la pérdida de oportunidad resulta totalmente absurda desde el punto de vista conceptual. La pérdida de la oportunidad de no sufrir un daño «material» no es un daño «ideal» diferente del anterior, sino una descripción negativa de la *probabilidad* —el peligro, el riesgo— de sufrirlo¹⁶⁰. Pero, desde la perspectiva *ex post* desde la que (por hipótesis) ha de examinarse la concurrencia de un daño indemnizable, caracterizar un riesgo como «daño» carece de sentido: como se ha afirmado tantas veces a lo largo de este trabajo¹⁶¹, con todo el conocimiento disponible *ex post*, si la conducta perturbadora del dañante efectivamente causó el daño material de referencia entonces tenía la *certeza* (probabilidad = 1) de causarlo; y, si no lo causó —o esto no puede acreditarse—, entonces tenía la *certeza* (probabilidad = 0) de no causarlo, con lo que no puede afirmarse que el dañante privara al perjudicado de oportunidad alguna¹⁶². ¿Y qué decir de lo arbitrario que resulta conceder al demandante la posibilidad de conceptualizar el daño de una forma u otra —daño «material» o pérdida de oportunidad— en función de lo fácil o difícil que le resulte probar su evitabilidad con el comportamiento alternativo conforme a Derecho?

Todos estos reparos teóricos podrían quizás obviarse si la teoría de la pérdida de oportunidad fuera *necesaria* para alcanzar soluciones *materialmente justas* en esta clase de supuestos¹⁶³. Sin embargo, a mi juicio, no puede afirmarse ni una cosa ni la otra. Por

¹⁶⁰ Vid., en sentido similar, GARCÍA RUBIO, MP, «Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica», en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, ed. Llamas Pombo, E (Las Rozas: La Ley, 2006), p. 819; MARTÍN CASALS, 2016, p. 63; KOZIOL, 2012, pp. 153-154; MEDINA ALCOZ, 2018, pp. 90-91; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 404-405.

¹⁶¹ Vid. punto (a) del epígrafe 1 del apartado IV del capítulo 2 y n. 24 del capítulo 3.

¹⁶² Así MOORE, 2009, pp. 171-173, 309-310, que señala, en este sentido, muy gráficamente, que «[p]uesto que “azotar a alguien con un riesgo” significa, literalmente, azotar a alguien con nada en absoluto, no podemos conceptualizar los riesgos como daños» (ibíd., p. 172); y KOZIOL, 2012, p. 154.

¹⁶³ Así lo entienden, por ejemplo, SPIER, 2005, «Art. 3:106. Uncertain Causes in the Victim's Sphere», pp. 57-58; GASCÓN ABELLÁN, 2011, pp. 201-202, 210-211, 214, 223; KOZIOL, 2012, p. 153; o MEDINA ALCOZ, 2018, pp. 60-64, 70-72, 137, que añade, además, que la responsabilidad proporcional se muestra más eficiente, en términos preventivos, como mecanismo de reducción de los costes de los accidentes (ibíd., pp. 76-80); lo que no resulta en absoluto sorprendente, pues, como ha destacado PAPAYANNIS, 2014, «Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad», pp. 162-168, 179, concepción económica de la culpa y causalidad proporcional son dos caras de la misma moneda. Si esta fuera la función de la responsabilidad civil —y el propio autor admite que no lo es— solo cabría darle la razón, con un

un lado, la apariencia «salomónica» del planteamiento se disipa cuando, en la primera variante del ejemplo propuesto —en la que Ana ha logrado acreditar la inevitabilidad del daño con una probabilidad cualificada— Beatriz se pregunta, comprensiblemente, por qué tiene que resarcirle a aquella *la totalidad* del daño padecido y no solo el 80%. Si la regla proporcional se considera más justa, ¿no habría de jugar a ambos lados del estándar probatorio? Por otro, como se ha dicho, la teoría surge como un simple «parche» a la injusticia material resultante de las excesivas exigencias para el perjudicado que derivan de una lamentable confusión entre los planos de la causalidad (como relevancia explicativa) y la imputación objetiva del daño —con perniciosas implicaciones en lo que hace a la carga de la prueba—, sumada a una incomprensible exacerbación de las exigencias probatorias en relación con la primera¹⁶⁴. Todas estas dificultades se disipan si, como aquí se ha propuesto, se exige al perjudicado únicamente acreditar la relación de causalidad con un determinado nivel de certeza¹⁶⁵, teniendo entonces el dañante que probar (con la misma certeza) la inevitabilidad del daño con la conducta alternativa lícita.

matiz: desde esta perspectiva no se entiende por qué no se opta, de forma más radical, por una responsabilidad proporcional (medida en función del riesgo de causar el daño) *también* fuera de los supuestos de incertidumbre causal. MEDINA ALCOZ rechaza expresamente esta alternativa (ibíd., pp. 155-157), precisamente con base en que, con ella, se viene a «prescindir de la exigencia del nexo causal pura y simplemente» (p. 155), poniendo «efectivamente en riesgo el principio de responsabilidad individual subyacente a la exigencia de nexo causal recogida en las cláusulas resarcitorias generales» (pp. 155-156). Pero el propio autor admite que «[e]l sistema binario de imputación causal, cualquiera que sea el umbral de certidumbre, produce aciertos (correspondencia entre la verdad declarada y la efectiva), falsos positivos (afirmación del hecho que supera el mínimo probabilístico, pero que es incierto en la realidad objetiva) y falsos negativos (negación del hecho que no llega al mínimo probabilístico, pero que es verdadero en la realidad objetiva). En cambio, la responsabilidad proporcional solo produce falsos positivos y falsos negativos; falla siempre por definición: cada una de las soluciones que produce es equivocada en términos epistemológicos. En la realidad objetiva las cosas son o no son, de modo que, si la causalidad *no es*, el error consiste en afirmar la posibilidad del nexo causal para compensar parcialmente el daño en lugar de rechazar la responsabilidad (falso positivo parcial); y si la causalidad *es*, el error consiste en afirmar solo como posible esa causalidad para reducir la indemnización (falso negativo parcial)» (pp. 59-60, énfasis en el original). ¿Por qué lo que se rechaza tajantemente como regla general se admite, en cambio, para los supuestos de incertidumbre causal? ¿Está mal prescindir de la exigencia del nexo causal «pura y simplemente» pero no hay problema en prescindir de ella «un poquito»? Puede encontrarse una excelente nota crítica del trabajo de este autor en GREGORACI FERNÁNDEZ, B, «La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73 (2020).

¹⁶⁴ De hecho, como ha señalado MARTÍN CASALS, «la asimetría existente en un sistema no regido por el estándar probatorio del interés preponderante distorsiona muchos de los aspectos del razonamiento normalmente empleado para defender la responsabilidad proporcional en ordenamientos que se rigen por aquel estándar» (2016, p. 49).

¹⁶⁵ Probabilidad cualificada, *de lege lata*; y probabilidad preponderante, *de lege ferenda*.

b. Las posibles excepciones

Recapitulando lo sostenido hasta este punto, nos encontramos ante un grupo de casos en los que la conducta del dañante ha causado al perjudicado un daño, en el que se ha realizado, además, precisamente una de las dimensiones de riesgo en atención a las que la primera se considera perturbadora. El dañante, sin embargo, ha conseguido probar que, por mucho que se hubiera comportado correctamente (adoptando *al menos una* de las modalidades de conducta correcta que estaban a su alcance) la situación en la que se encontraría el interés afectado sería *igual o peor*, en lo normativamente relevante, que aquella en la que ahora se encuentra. ¿Es justo que, en esta clase de supuestos, el perjudicado tenga que soportar definitivamente el daño, no pudiendo desplazarlo a la esfera del dañante? Si se repasan la mayoría de los ejemplos de supuestos puros de comportamiento alternativo conforme a Derecho analizados en este trabajo, la respuesta a esta pregunta parece ser afirmativa. Supondría, en efecto, enriquecer injustamente al ciclista que conducía ebrio, al paciente que habría consentido igualmente en la intervención de haber conocido los riesgos, al trabajador que en todo caso no se habría puesto el arnés de seguridad (o al paciente al que no se le había reducido la glándula timo-linfática) resarcirles un daño que —por su propia mala suerte o, incluso, por su propia conducta descuidada— habrían padecido de todas formas aunque nadie hubiera defraudado las expectativas jurídicamente garantizadas de comportamiento en relación con sus intereses. Y habría enriquecido injustamente a Jobling, como sin duda percibió la *House of Lords*, que se hubiera condenado a Associated Dairies a indemnizarle por el lucro cesante que aquel habría sufrido en cualquier caso desde el momento en que se manifestó su enfermedad.

No obstante, al volver sobre otros de los ejemplos presentados, esta conclusión se vuelve menos firme. Piénsese, por ejemplo, en el caso «Madrid Arena». En él, parece que la aplicación de la regla general presentada en el punto anterior de este epígrafe habría conducido a una solución injusta: tanto los organizadores del evento como los médicos causaron, con sus respectivas conductas perturbadoras, la muerte de las jóvenes, existiendo, además, una relación de riesgo ente tales conductas y el daño padecido por sus familiares. Sin embargo, ante la pretensión resarcitoria de estos últimos, al menos los médicos podrían haber alegado (como de hecho lo hicieron, aunque solo a efectos penales) que un comportamiento correcto por su parte habría conducido, a lo sumo, a un retraso —supongamos, aunque es discutible, que normativamente irrelevante, en lo que

al daño padecido por los perjudicados se refiere¹⁶⁶— de la muerte de las víctimas directas. Y ello, dada precisamente *la conducta perturbadora de los organizadores del evento*, que condujo a la grave situación de parada cardiorrespiratoria en la que las jóvenes llegaron a la enfermería¹⁶⁷. En el caso *Baker*, la injusticia habría sido todavía más clara, lo que de nuevo hace intuitiva la solución alcanzada por la *House of Lords*. En este supuesto, como se ha visto, tanto la conducta de Willoughby como la de los ladrones podían considerarse causas del lucro cesante padecido por Baker desde el momento del atraco¹⁶⁸. En este daño se había realizado, además, precisamente una de las dimensiones de riesgo en atención a la que procedía calificar tales conductas como perturbadoras. Willoughby alegó, sin embargo, que, por mucho que él se hubiera comportado correctamente, Baker habría sufrido el mismo lucro cesante como consecuencia de *la conducta perturbadora de los ladrones*; argumento que, como es evidente, también estos últimos, de haber sido demandados, habrían podido aducir en relación con *la conducta perturbadora de Willoughby*. ¿Significa esto que a Baker no debería haberle sido resarcido en absoluto ese lucro cesante?

Lo que estos dos últimos casos tienen en común —y la razón por la que, en supuestos como estos, excluir la imputación del daño a la perturbación con base en el tópico del comportamiento alternativo conforme a Derecho conduce a soluciones injustas— es que, en ellos, la inevitabilidad del daño con la conducta alternativa lícita del dañante no responde, como en los anteriores, (únicamente) a la propia mala suerte del perjudicado o al descuido por su parte de sus propios intereses, sino (también) **a la conducta perturbadora de otros dañantes**. En esta constelación de supuestos, impedir al dañante exonerarse con base en este argumento puede suponer, en efecto, dejar al perjudicado *mejor* de lo que este se habría encontrado si el primero se hubiera comportado correctamente¹⁶⁹; pero permitirlo supondría dejarlo *peor* de lo que estaría si *nadie* hubiera

¹⁶⁶ Cfr., sin embargo, n. 136 de este capítulo.

¹⁶⁷ En boca de estos últimos, el argumento inverso resultaría algo más artificioso, pero también posible: si ellos hubieran organizado correctamente el evento, pero las jóvenes hubieran terminado *casualmente* en la enfermería en la misma situación de parada cardiorrespiratoria, estas habrían fallecido de todas formas como consecuencia de la *mala praxis* de los médicos.

¹⁶⁸ Vid. epígrafe 1 de este apartado.

¹⁶⁹ E incluso esto es cuestionable, en la medida en que, en casos como *Baker* —y, con la cautela expresada en la n. 167 de este capítulo, también en el caso «Madrid Arena»— si cualquiera de los dañantes se hubiera comportado correctamente, el perjudicado habría podido indudablemente recuperar el daño del otro (y viceversa), mientras que, ahora, cada uno de ellos puede remitirse a la conducta perturbadora del otro para

defraudado las expectativas jurídicamente garantizadas de comportamiento en relación con sus intereses. Se llegaría así a la extraña conclusión de que, de todas las personas que resultan afectadas por las conductas perturbadoras de otras, el Derecho, *ceteris paribus*, trata mejor a los que tienen la (mejor) suerte de cruzarse con solo *una* de esas personas que a quienes tienen la (peor) suerte de cruzarse con *más de una*.

Lo anterior justifica, a mi juicio, como ya anticipé, reconocer una excepción a la regla general presentada en el epígrafe anterior de este apartado: la imputación del daño a la perturbación no ha de excluirse en *todos* los supuestos de inevitabilidad del primero con la conducta alternativa lícita del dañante, sino únicamente en aquellos en los que sea posible una **imputación alternativa hipotética del daño exclusivamente a la esfera del perjudicado** —incluyendo su propia mala suerte—, y no (también) a la conducta perturbadora de otras personas o, *a fortiori*, del propio dañante¹⁷⁰. Con ello queda, a mi

exonerarse. Vid., en este sentido, HEINEMANN, 1961, pp. 90-91; TRIMARCHI, 1967, p. 187; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 76-77, 141, n. 67 (pp. 200-202); 1991, «Artículo 1902», p. 1983; HART Y HONORÉ, 1985, pp. 247-248; y OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 214. No obstante, como algunos de estos autores señalan, si se justifica sobre esta base la pretensión resarcitoria del perjudicado frente a cada dañante —si se entiende, en otras palabras, que el daño por el que cada uno responde está indisociablemente ligado a la *pretensión de resarcimiento frustrada* frente al otro—, parece razonable permitir a cada uno de ellos oponer las *excepciones* (personales) que *el otro* habría podido oponer al perjudicado; aunque probablemente no ya la insolvencia del primero. Sobre esta compleja problemática, en la que no puedo abundar aquí, vid., por todos, OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 214.

¹⁷⁰ Vid., en este sentido, McLAUGHLIN, 1925, pp. 154-155; HEINEMANN, 1961; TRIMARCHI, 1967, pp. 9, 171, 186-189; KAHRS, 1969, pp. 38-41, 50-52, 55-56; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 76-77, 141, n. 67 (pp. 200-202); 1991, «Artículo 1902», p. 1983; HART Y HONORÉ, 1985, pp. 245-248, 249-250, 251-252, 455; KOZIOL, 2012, pp. 163-168; GRÜNEBERG, 2017, nm. 58; OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nm. 214; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 429; JOHN, 2020, p. 251; y, para el ámbito penal, PUPPE, 2001, pp. 8-9, 32-37, 67-72; 2011, pp. 433-434; 2017, nms. 203, 218-222, 225-226, 236; y PUPPE Y GROSSE-WILDE, 2019, pp. 337-339.

Esta excepción a la exigencia de evitabilidad con la conducta alternativa lícita resulta tan intuitiva que, curiosamente, la admiten incluso los *penalistas* partidarios de excluir la imputación objetiva del resultado típico (o al menos atenuar la pena) en los casos de comportamiento alternativo conforme a Derecho; así, por ejemplo, KAHRS, 1968, pp. 74-78, 81-86, 104-113, 120-121, 270-271; RUDOLPHI, 1977, p. 24; JAKOBS, 1991, pp. 232-234; FRISCH, W, 1995, p. 113; 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 598-602; FEIJOO SÁNCHEZ, 2000, pp. 16-17; 2001, *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»*, pp. 132-134; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 309-310; SAMSON, 2003, pp. 122-141; KINDHÄUSER, 2008, «Risikoerhöhung und Risikoverringerung», p. 487; 2012, pp. 146-148; SUMMERER, 2013, pp. 198-203, 318-321; HOYER, 2017, nms. 68-71 (pp. 497-499), 76 (p. 500); JÄGER, 2017, nms. 106 (p. 65), 124 (p. 75); GRECO, 2018, pp. 71-80, 81-82; y BOLEA BARDÓN, 2020, pp. 128-130. Cfr., no obstante, GIL GIL, 2007, pp. 391-397, 422-423, que reconoce, no obstante, el carácter político-criminalmente insatisfactorio de las soluciones que defiende. Estos autores no pueden, sin embargo, como es evidente, fundamentar la excepción con base en argumentos tan ligados a la lógica resarcitoria del Derecho de daños como los que aquí se han presentado, con lo que han de recurrir, a estos efectos, a argumentaciones alternativas; argumentaciones que remiten normalmente a la capacidad del resultado de desempeñar, en estos supuestos, su función demostrativa *a pesar de su inevitabilidad*. Vid., en este sentido,

juicio, reducido a límites razonables el criterio de imputación objetiva del daño analizado en este epígrafe. Parte de la doctrina civilista ha propuesto, sin embargo, una excepción *adicional* a la exigencia de evitabilidad del daño con la conducta alternativa lícita, consistente en restringir su operatividad a los casos de **causalidad concurrente «real»**, por oposición a la meramente «hipotética» que se da en relación con partidas de daño emergente en algunos casos puros de comportamiento alternativo conforme a Derecho¹⁷¹.

JAKOBS, 1991, pp. 232-233; 1996, p. 60. No obstante, coincido con RANFT, 1984, p. 1427, en que no existe ninguna razón para dejar de extender esta clase de fundamentaciones de la irrelevancia (penal) de la inevitabilidad del resultado a *todos* los casos puros de comportamiento alternativo conforme a Derecho, más allá de aquellos en los que la inevitabilidad responde a la concurrencia de varias conductas perturbadoras.

En un sentido algo diferente, SAMSON justifica la (excepcional) irrelevancia de las causas de reserva consistentes en conductas antijurídicas de personas distintas del autor —los llamados «autores de reemplazo»— con base en el siguiente razonamiento: «[e]s claro que el autor de reemplazo [...] es alcanzado por un deber de omitir la acción planeada por él. La cuestión de si el deber de omitir alcanza igualmente al autor es dudoso, porque se parte de que el autor de reemplazo actuará, por lo cual, la omisión de la actuación del autor no podría salvar la vida de la víctima. Por otro lado, la vida de la víctima se sigue conservando si ninguno de ambos —ni el autor ni el autor de reemplazo— realizan las acciones planeadas por ellos. Por esta vinculación necesaria entre autor y autor de reemplazo es natural prohibir la acción de ambos. De esta y sólo de esta forma se puede salvar el bien jurídico amenazado» (2003, p. 129). Sin embargo, incluso si se da por buena la argumentación anterior, esta no demuestra nada más que la conveniencia de considerar *perturbadora* («prohibida», en la terminología de SAMSON), la conducta del autor en este grupo de casos; sin que pueda servir de base para afirmar también la *imputación del resultado* a dicho comportamiento.

¹⁷¹ Así, p. ej., TRIMARCHI, 1967, p. 174-176, 195; y PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1989. Vid., en sentido similar, LARENZ, 1950, pp. 490-493, aunque desde el punto de vista de su diferenciación entre daños «directos» e «indirectos» (donde se encajaría el lucro cesante); o KOZIOL, 2012, pp. 164-165. Esta parece ser, a primera vista, la solución por la que opta el art. 3:104 PETL, al declarar que «si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada». No obstante, este precepto ha de ponerse en relación con el art. 3:106 PETL, que establece que «la víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera». La combinación de ambos artículos permite, a mi juicio, sostener, que los PETL respaldan precisamente la solución que se ha defendido en el texto: si el daño puede imputarse de forma alternativa (e hipotética) a la esfera del perjudicado —incluida su propia mala suerte—no procede su indemnización; al contrario de lo que ocurre si dicha imputación alternativa remite a la conducta (perturbadora) de un tercero. Así parece deducirse, en efecto, del ejemplo con el que el comentarista del art. 3:104 ilustra el juego conjunto de ambos preceptos: D es el arquitecto de la casa de P. La casa se derrumba como consecuencia de unos errores de cálculo del primero. Tres meses después, la zona se ve afectada por un terremoto, que habría destruido la casa, si todavía hubiera estado allí. Aunque ciertamente dubitativo al respecto, SPIER, 2005, «Art. 3:104. Potential Causes», p. 51, admite que en este caso el art. 3:106 PETL podría conducir a minorar la responsabilidad de D, al ser el terremoto un evento perteneciente a la esfera de P (a su mala suerte, se entiende). A mi juicio, como se verá, la solución es correcta: si no procede la exoneración total de D (o procede únicamente en relación con el lucro cesante), ello se debe a que, dado el *transcurso del tiempo* entre un evento y otro, el daño emergente consistente en la pérdida de la casa en el momento del derrumbe es *normativamente peor* que el que consiste en la pérdida de la casa en el momento del terremoto. Si se imagina que el terremoto ocurre, por ejemplo, un día después del derrumbe, el art. 3:106 PETL debería conducir, según creo, a excluir totalmente la responsabilidad civil del arquitecto: el daño emergente consistente en la pérdida de la casa —aquí los dos tipos de «pérdida» son normativamente iguales— sería alternativamente imputable a la mala suerte del perjudicado.

A discutir la conveniencia de admitir esta segunda posible excepción se dedicará lo que resta de este punto.

El siguiente «ejemplo de manual» ilustra perfectamente el problema que preocupa a este grupo de autores. Supongamos que Beatriz entra en el almacén donde Ana tiene guardado un valioso cuadro e intencionalmente le prende fuego a este, destruyéndolo. Cinco minutos más tarde, cuando Beatriz ya ha abandonado el lugar, se desata fortuitamente un incendio en el almacén que quema todo su contenido, y que también habría quemado el cuadro, de no haber sido este destruido antes por Beatriz. ¿Debe esta resarcir a Ana el *daño emergente* inherente a la destrucción del cuadro, del que el segundo incendio es una causa meramente «hipotética» (*rectius*, no ha llegado a ser causa en absoluto)? Se trata, de nuevo, de un caso puro de comportamiento alternativo conforme a Derecho: al quemar el cuadro, Beatriz ha causado a Ana un daño en el que, indudablemente, se ha realizado una de las dimensiones de riesgo en atención a las que dicha conducta se considera perturbadora. Sin embargo, por mucho que Beatriz se hubiera comportado correctamente, Ana habría padecido un daño igual en todo lo normativamente relevante. Ello habría obedecido, además, a la propia *mala suerte* de esta —a diferencia de lo que ocurriría si hubiera sido la conducta perturbadora de un tercero la que hubiera provocado el segundo incendio—, por lo que no resulta aplicable la primera de las excepciones analizadas en este punto. De acuerdo con lo hasta aquí defendido, todo parece indicar, pues, que los daños mencionados no deberían considerarse objetivamente imputables a la conducta perturbadora de Beatriz, con lo que habría de ser Ana quien definitivamente los soportara. Cualquier otra solución implicaría *enriquecer injustamente* a esta última a través del resarcimiento¹⁷².

El sector de la doctrina civilista al que vengo refiriéndome no plantea ninguna objeción a este razonamiento cuando se trata de partidas de daño consistentes en un *lucro cesante*; partidas de daño respecto de las que —por las razones analizadas en el epígrafe 1 de este apartado— pueden ser auténticas causas (reales) las condiciones que en relación con un daño emergente se considerarían meramente «hipotéticas». Piénsese, por ejemplo, en el lucro cesante padecido por el demandante en el caso *Jobling*, a partir del momento en que se manifestó su mielopatía: tanto el comportamiento de Associated Dairies como

¹⁷² Aparentemente de acuerdo con esta conclusión se muestra MÜLLER, 1912, pp. 134-135, que defiende la total exclusión de responsabilidad civil de quien daña un traje que, acto seguido, se destruye fortuitamente en manos de su dueño.

la enfermedad de Jobling podían considerarse causas de esta partida de daño¹⁷³, en la que se había realizado, además, una de las dimensiones de riesgo que fundamentaban la calificación como perturbadora de la primera conducta. Jobling, sin embargo, habría sufrido un daño idéntico en lo normativamente relevante por mucho que Associated Dairies se hubiera comportado correctamente; daño que, en tal caso, habría obedecido solo a su propia mala suerte. Tampoco se defiende aquí la conveniencia de considerar esta partida de lucro cesante excepcionalmente imputable a la conducta del dañante. Y lo mismo puede afirmarse de los supuestos de *sobredeterminación* (real) de un *daño emergente*, como la que se da en el famoso caso del adelantamiento del ciclista ebrio. También este sector de la doctrina está de acuerdo en que, si el camionero consigue acreditar que aquel habría fallecido de todas formas aunque lo hubiera adelantado con la distancia reglamentaria, habrá de excluirse —a los efectos civiles— la imputación objetiva a la conducta perturbadora del primero de *todas* las partidas de daño derivadas de la muerte del ciclista; incluido, por ejemplo, el daño moral (daño emergente) padecido por sus familiares.

A juicio de estos autores existen, no obstante, diferencias normativamente relevantes entre el grupo de casos representado por el ejemplo del cuadro —causalidad concurrente meramente «hipotética»— y las dos constelaciones anteriores, integradas por supuestos de *sobredeterminación real* del daño, ya se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. En este sentido, se argumenta, por un lado, que excluir la imputación objetiva del daño emergente en casos como el del cuadro sería tanto como permitir que una lesión ya existente (e irreversible) fuera «borrada del mundo» por un suceso *posterior* que no ha llegado siquiera a tener eficacia causal sobre ella¹⁷⁴. En segundo lugar, autores como NIEDERLÄNDER aducen en contra de tal exclusión de la imputación objetiva que esta supondría obligar al perjudicado a soportar a la vez el riesgo inherente a la propiedad de la cosa (como si todavía existiera) y el que dimana de la titularidad del crédito frente al dañante derivado de su destrucción¹⁷⁵. Trasladado al ejemplo de partida, aceptar el

¹⁷³ Vid. n. 98 de este capítulo.

¹⁷⁴ Así, p. ej., NIEDERLÄNDER, 1954, p. 53; o PANTALEÓN PRIETO, 1981, p. 36.

¹⁷⁵ NIEDERLÄNDER, 1954, pp. 54-55, 67-68, 77-78, aunque una versión embrionaria del argumento puede encontrarse ya en LARENZ, 1950, p. 491. Ciertamente, NIEDERLÄNDER no plantea este problema como uno de imputación objetiva, sino como uno de daño, utilizando su argumento precisamente para oponerse a la teoría de la diferencia de MOMMSEN (vid. inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3, y epígrafe 2 del apartado III de este capítulo). Su construcción resulta, sin embargo, perfectamente

planteamiento hasta aquí propuesto implicaría —o así se argumenta— que, desde el momento de la destrucción del cuadro, pesaran sobre Ana, al mismo tiempo, el riesgo de la posible insolvencia de Beatriz y el riesgo de los eventos futuros que, como el incendio, habrían destruido el cuadro fortuitamente si hubiera seguido existiendo; de manera que, como añade TRIMARCHI, si Ana quisiera disponer en ese momento del crédito que tiene contra Beatriz por el resarcimiento del daño, tendría que reducir el precio de venta en atención a *ambos* riesgos¹⁷⁶. Ana cargaría, en definitiva, con lo peor de los dos mundos: el real en el que ya no tiene el cuadro (riesgo del crédito) y uno hipotético en el que todavía lo tuviera (riesgo de la cosa)¹⁷⁷.

La primera de estas consideraciones —amén de no pasar de la pura afirmación conceptual, sin ingresar en el terreno (verdaderamente relevante) de la argumentación normativa— parte, a mi juicio, de una falsa premisa: excluir la imputación objetiva a una conducta perturbadora de un determinado capítulo de daño no supone «borrarla del mundo», sino simplemente que sea el perjudicado quien finalmente la soporte, sin que pueda desplazarla a la esfera del dañante; en definitiva (si se me permite), «que cada palo

trasladable a esta sede. La misma postura adoptan, en este punto, TRIMARCHI, 1967, p. 175; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 628-633; 1991, «Artículo 1902», p. 1989; y KOZIOL, 2012, p. 167. Crítico con el argumento se muestra, KAHRs, 1969, pp. 160-163, que alcanza, sin embargo, los mismos resultados sobre la base de la contradicción que supone, a su juicio, tratar al perjudicado como si la cosa siguiera existiendo cuando, en realidad, ha sido destruida (ibíd., pp. 58-59, 162-163). Con ello se enfrenta, sin embargo, a la misma crítica que acaba de aducirse en el texto contra el argumento de que excluir aquí el resarcimiento sería tanto como «borrar del mundo» la destrucción de la cosa: cuando se excluye la imputación objetiva a la conducta del dañante del daño derivado de la destrucción de la cosa no se está obviando el hecho de que esta última haya sido destruida; solo se está impidiendo a su propietario que desplace dicho daño a la esfera del dañante.

¹⁷⁶ TRIMARCHI, 1967, pp. 174-176.

¹⁷⁷ Es importante puntualizar que incluso los autores que defienden una solución favorable al resarcimiento íntegro del daño en casos como el que acaba de exponerse reconocen una (solo aparente) excepción para los conocidos como «casos de predisposición al daño» (*Anlagefälle*): los supuestos en los que el curso causal que (hipotéticamente) habría conducido en todo caso a la destrucción de la cosa comienza a desencadenarse *con anterioridad* al evento que (realmente) da lugar al daño. Quien, por ejemplo, mata a un perro al que, por estar ya terminalmente enfermo, le quedaban solo unas horas de vida no tiene que resarcir a su dueño el mismo importe que le debería si el perro hubiera estado sano en el momento de su muerte. De acuerdo con el enfoque defendido en este trabajo, para alcanzar esta conclusión basta con negar la imputación objetiva a la conducta del dañante del daño derivado de la muerte del perro, en la medida en que es posible una imputación alternativa hipotética de este a la mala suerte del perjudicado. Sin embargo, quienes rechazan ese enfoque pueden alcanzar la misma solución argumentando que la patente inminencia (*ex ante*) de la muerte del perro en cualquier caso hace que disminuya su valor, incidiendo en la *valoración del daño* resarcible. Vid., en este sentido, NIEDERLÄNDER, 1954, pp. 59-63; KAUFMANN, ART, 1961, pp. 217-218, 227 (cuya contribución fundamental en este punto reside, como ya se indicó, en trasladar esta teoría al ámbito penal; vid. n. 71 del capítulo 3); HEINEMANN, 1961, pp. 22-25, 89-90; BYLDINSKI, 1964, pp. 98-102; KAHRs, 1969, pp. 8-9, 175-178; PANTALEÓN PRIETO, 1981, pp. 67-71; 1991, «Artículo 1902», p. 1991; FREI, 2010, pp. 25-26; KOZIOL, 2012, p. 166; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 429-430. Sobre este grupo de casos, vid. solo GRÜNEBERG, 2017, nm. 57.

aguante su vela». Y es que la irreversibilidad no es una característica privativa del daño emergente: ningún daño —tampoco el lucro cesante— desaparece por medio del resarcimiento o de su exclusión, que solo lo *redistribuyen* en un sentido o en otro¹⁷⁸. Mucha más enjundia tiene, sin embargo, el argumento de NIEDERLÄNDER, hasta el punto de que no existe, que se me alcance, objeción alguna capaz de privarlo *totalmente* de su fuerza de convicción. Sí es posible, no obstante, según creo, plantear un par de reflexiones capaces de arrojar alguna duda sobre la conveniencia de reconocer, con este fundamento, una segunda excepción al requisito general de evitabilidad del daño con la conducta alternativa lícita¹⁷⁹.

Lo primero que hay que señalar, en este sentido, es que la «suma de riesgos» a la que se refieren estos autores no es en realidad tal, en la medida en que la materialización del riesgo del crédito excluye la materialización del riesgo de la cosa, y viceversa: se trata de peligros *alternativos*; consideración que, contra lo que sostiene TRIMARCHI, también debería ser tenida en cuenta a la hora de calcular el eventual precio de venta del crédito por el resarcimiento. Solo desde la perspectiva *ex ante* —con el conocimiento disponible con anterioridad a la realización, en su caso, de cualquiera de ellos— puede decirse que tanto uno como otro *existen*; pero la afirmación de que el perjudicado «soporta» (en el sentido fuerte, patrimonial, del término) cualquiera de ellos solo tendría sentido desde un punto de vista *ex post*, desde el que no puede hablarse de probabilidades, sino solo de *certezas*¹⁸⁰. Aplicado al ejemplo del cuadro, el enjuiciamiento del caso se produce siempre en una situación en la que *ya se sabe* si el segundo incendio se ha producido o (todavía) no. Si el almacén se quema cinco minutos después de que Beatriz destruya el cuadro y se excluye, en consecuencia, la imputación objetiva del daño a la conducta perturbadora de esta, Ana soportará efectivamente el riesgo inherente a la propiedad de la cosa, como si esta todavía existiera. Sin embargo, no puede decirse que Ana soporte *a la vez* el riesgo de un crédito que, en este caso, *no existe*: el derivado de una eventual pretensión resarcitoria contra Beatriz. A la inversa, si en el momento del enjuiciamiento no se ha producido todavía ningún evento fortuito que —como el incendio— habría

¹⁷⁸ Aunque por motivos diferentes a los expuestos en el texto, se muestra también crítico con este planteamiento HEINEMANN, 1961, p. 68.

¹⁷⁹ Otras reflexiones críticas al respecto pueden encontrarse en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008, p. 79.

¹⁸⁰ Vid., en este sentido, de nuevo, lo señalado en el punto (a) del epígrafe 1 del apartado IV del capítulo 2, la n. 24 del capítulo 3, y el texto junto a la n. 162 de este capítulo.

destruido el cuadro de todos modos, Ana tendrá derecho a exigir responsabilidad civil a Beatriz por este concepto, soportando, con ello, el riesgo de su insolvencia. Pero será precisamente la existencia de este crédito la que impedirá afirmar que Ana soporte, al mismo tiempo, en relación con el cuadro, el riesgo del *res perit domino*.

Sea como fuere, incluso admitiendo la existencia de un lapso temporal en el que concurren simultáneamente ambos riesgos —el tiempo que media entre la destrucción de la cosa y el último momento procesal en que se permite la alegación de nuevos hechos (momento en que el perjudicado deja de «soportar» el riesgo de la cosa)¹⁸¹; o el que transcurre entre su pérdida y la producción, en su caso, del evento fortuito que habría producido un daño igual o peor en lo normativamente relevante (momento en que desaparece el riesgo del crédito)— el argumento de NIEDERLÄNDER pierde buena parte de su peso cuando se repara en lo *breve* que, en circunstancias normales, resulta este periodo de tiempo. Y es que, a mi juicio, no resulta descabellado afirmar que el daño emergente derivado de la destrucción de una cosa es *normativamente peor* que el derivado de la destrucción de esa misma cosa *cierto tiempo después*. Si, en el ejemplo de partida, el incendio fortuito del almacén tiene lugar, digamos, una semana después de que Beatriz haya quemado el cuadro (y no solo cinco minutos después), esta no podrá alegar que, de haberse comportado correctamente, Ana habría sufrido un daño *igual* en todo lo normativamente relevante¹⁸². La necesidad de una excepción al requisito general de evitabilidad del daño con la conducta alternativa lícita resulta mucho menos acuciante si solo las *diferencias temporales nimias* entre la destrucción real de la cosa y su «destrucción hipotética» permiten calificar como *inevitable* el daño emergente inherente a ella. En los casos en los que la justicia material parece demandar el reconocimiento de tal excepción —aquellos en los que la subsistencia del crédito resarcitorio del perjudicado frente al dañante queda *durante un periodo de tiempo significativo* al albur de la posible concurrencia de eventos fortuitos que habrían destruido igualmente la cosa—, no entra

¹⁸¹ Aquí podría mencionarse también el momento de un eventual resarcimiento extraprocesal por parte del dañante, en la medida —discutible pero, a mi juicio, razonable— en que no se le permitiera a este ejercitar frente al perjudicado una acción para reclamar el cobro de lo indebido (arts. 1895 y ss. CC) en caso de producción del evento fortuito que habría dado lugar a un daño igual (o peor) en lo normativamente relevante.

¹⁸² Una vez más, la frontera (insalvablemente normativa) entre el retraso del daño que resulta relevante a efectos de imputación y el que, en cambio, ha de considerarse *insignificante* resulta vidriosa e imposible de determinar sin atender a las particularidades del caso concreto. Vuelve a surgir, pues, en esta sede el problema analizado en el punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV del capítulo 2 y, de nuevo, en el punto anterior del presente epígrafe.

en juego siquiera, en definitiva, la regla general conducente a la exclusión de la imputación objetiva del daño.

V. LA CULPA CONCURRENTENTE DEL PERJUDICADO

Con la concurrencia de una perturbación (capítulo 2) y de un daño (apartado III de este capítulo) a ella imputable —de una conducta perturbadora y un daño entre los que existe, en otras palabras, una relación de causalidad y de realización del riesgo, y tales que el segundo no puede imputarse alternativa e hipotéticamente a la esfera del perjudicado— (apartado IV de este capítulo) existe ya una buena razón para excepcionar la máxima *casum sentit dominus*, desplazando el daño de la esfera del perjudicado a la del dañante, de manera que sea este quien finalmente lo padezca. Esta razón es, sin embargo, «derrotable» (*defeasible*)¹⁸³, en la medida en que existen diferentes consideraciones que pueden justificar la imposición *excepcional* al perjudicado de lo que en la terminología habitual del Derecho de daños se conoce (quizás impropia) como un «deber de soportar» (*Duldungspflicht*) total o parcialmente el daño¹⁸⁴.

La imposición de un deber de esta clase puede obedecer, como las causas penales de exclusión de la punibilidad¹⁸⁵, a la necesidad de proteger intereses de política jurídica general que entran en conflicto con el interés del perjudicado de obtener el resarcimiento del daño y prevalecen sobre él. A algunas de estas causas de exclusión de responsabilidad civil se hará referencia en el siguiente apartado de este capítulo. En este, se examinará la posibilidad de imponer al perjudicado un deber de soportar total o parcialmente el daño con base en su propia contribución a su producción a través del descuido de sus propios intereses. La doctrina civilista suele analizar esta institución bajo los tópicos de la «culpa

¹⁸³ En el sentido en que emplean esta expresión filósofos del Derecho como GARDNER, J, «Justifications and Reasons», en *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007) *passim*, p. ej., pp. 104-105; o, entre nosotros, ATIENZA RODRÍGUEZ, M, «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Vol. 4, Tomo 1: Estado Constitucional*, ed. Carbonell Sánchez, M et al. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), p. 191.

¹⁸⁴ En realidad, lo que tiene lugar en estos supuestos debería calificarse más bien como un mantenimiento del *statu quo*: el perjudicado ya ha soportado (o está soportando) el daño, y siempre existe la posibilidad de que —por razones como su posible reticencia a reclamar al dañante el resarcimiento (con todos los costes que ello implica) o la eventual insolvencia de este último— lo soporte *definitivamente*. Lo que ocurre en estos casos es, simplemente, que esta situación *prima facie* provisional se convierte en definitiva *por razones jurídicas*, al menos en lo que a una parte del daño respecta.

¹⁸⁵ Vid. apartado IV del capítulo 3.

concurrente del perjudicado» (*Mitverschulden, contributory negligence*; expresión que, de hecho, encabeza el par. VI-5:102 DFCR¹⁸⁶) o del incumplimiento por su parte de su «deber de mitigación del daño» (*Schadensminderungspflicht, duty to mitigate the loss*), dependiendo de que su conducta descuidada tenga lugar antes —el copiloto que, siendo perfectamente consciente en el riesgo, consiente en subirse al coche de quien, conduciendo en un estado de grave intoxicación etílica, provoca un accidente que deja tetrapléjico al primero— o después —el perjudicado que, privado del uso de su coche como consecuencia de la conducta perturbadora del dañante, alquila, por puro afán de ostentación, un vehículo de sustitución prohibitivamente caro— del evento productor del daño¹⁸⁷.

RESPONSABILIDAD PENAL		RESPONSABILIDAD CIVIL	
INJUSTO TÍPICO	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>juridicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>		
	Subsunción típica <ul style="list-style-type: none"> - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo 	Daño Concepto subjetivo y concreto	
IMPUTACIÓN PERSONAL	<ul style="list-style-type: none"> - Elemento <i>absoluto</i>: capacidad personal de comportamiento conforme a la norma - Elementos <i>de graduación</i>: dolo natural y conocimiento de la prohibición + otros elementos subjetivos + grado de capacidad personal de comportamiento conforme a la norma 	Imputación del daño a la perturbación Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)	
		No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado	
PUNIBILIDAD		No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i> », « <i>wrongful life</i> » etc.	

¹⁸⁶ En la rúbrica del art. 8:101 PETL se habla, más adecuadamente desde el punto de vista técnico, de «conducta o actividad concurrente de la víctima».

¹⁸⁷ Respecto de la relación entre «culpa concurrente» y «deber de mitigación», en el sentido defendido en el texto, vid., por todos, REGLERO CAMPOS, LF Y MEDINA ALCOZ, L, «El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.ª ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), p. 950; y OETKER, 2019, «§ 254 Mitverschulden», nm. 68.

Tanto una como otra terminología son, de nuevo, a mi juicio, francamente desafortunadas; como lo es también la única instancia de reconocimiento legislativo (incompleto) de la posibilidad de imponer con este fundamento un deber de soportar total o parcialmente el daño que existe en nuestro ordenamiento, al menos para la responsabilidad civil por culpa¹⁸⁸. Comenzando por esta última cuestión, el **art. 114 CP** —cuyo ámbito de aplicación directo se restringe, como es sabido, a la responsabilidad civil *ex delicto*— dispone, en efecto, que «si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización». Literalmente, este precepto *permite* al juez moderar el montante de la obligación de resarcimiento siempre que el perjudicado «contribuya» con su conducta a la producción del daño. Si esta «contribución» se entendiera en términos puramente causales, lo que se estaría reconociendo aquí sería ni más ni menos que la posibilidad del juez de moderar *en todo caso* —y quién sabe con arreglo a qué criterios— el importe de la responsabilidad civil derivada del delito. Y es que, como ya se indicó, la conducta del perjudicado *siempre* resulta explicativamente relevante para la producción del daño en su configuración totalmente concreta, aunque se reduzca al simple hecho de estar donde está en el momento en el que este se produce¹⁸⁹. Parece, por tanto, que por «contribuir» no ha de entenderse aquí solo «causar», sino (como mínimo) «causar de forma que el daño resulte *objetivamente imputable a una falta de autoprotección*». Pero, si se lee así el art. 114 CP, lo que no hay forma de explicar es por qué, de acuerdo con su tenor literal, el juez no *debe* en este caso —sino que solo «puede»— declarar la existencia de un deber del perjudicado de soportar total o parcialmente el daño¹⁹⁰. No hace falta insistir en lo mejorable que resulta, desde este punto de vista, la redacción del precepto.

Tampoco las categorías doctrinales al uso son, como se ha anticipado, todo lo satisfactorias que debieran. Por una parte, la expresión «culpa concurrente del perjudicado» tiende a asimilar entre sí dos instituciones entre las que existe una asimetría, como se verá, en absoluto carente de relevancia práctica: la «culpa» del dañante, como

¹⁸⁸ Respecto de la responsabilidad (objetiva) por productos defectuosos el art. 145 TRLGDCU establece que «La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente».

¹⁸⁹ Vid. epígrafe 2 del apartado IV de este capítulo.

¹⁹⁰ Lo pone de manifiesto, acertadamente, YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 291-292.

defraudación por su parte de las expectativas *jurídicamente garantizadas* de comportamiento en relación con los intereses *ajenos* (conducta perturbadora), y el incumplimiento por parte del perjudicado de las expectativas que se proyectan en relación con el cuidado de *sus propios* intereses¹⁹¹. Ya se ha indicado reiteradamente en este trabajo que el Derecho no refuerza las expectativas sociales de autoprotección que unos individuos proyectan sobre otros: el descuido de lo propio —por oposición al de lo ajeno— *no es un asunto social*, no «perturba» en el sentido de la expresión empleado en este trabajo, y no puede, por tanto, dar lugar a responsabilidad (jurídica) de ninguna clase frente a otros¹⁹². Por otro lado, el llamado «deber de mitigación del daño», ni es propiamente un «deber» (sino, en rigor, una *carga*)¹⁹³, ni se incumple, como la expresión parece indicar, una vez materializado el daño cuyo resarcimiento se pretende: lo único que es aquí anterior al descuido por parte del perjudicado de sus propios intereses es, como se ha dicho, el *evento* productor del daño, no el daño en sí¹⁹⁴. Por todo ello, me parece preferible recurrir, también en este ámbito, a la terminología normalmente empleada por los penalistas partidarios del reconocimiento de la imputación a la víctima como criterio (autónomo) de imputación objetiva, y hablar, más bien, de la **contribución del perjudicado a la producción del daño mediante el incumplimiento de sus cargas de autoprotección**¹⁹⁵.

¹⁹¹ Así, RÜMELIN, 1900, pp. 311-312; TRAEGER, 1904, pp. 328, 329; VON BAR, 1907, pp. 235-236; MÜLLER, 1912, pp. 54-55, 115; TOBLER, 1931, pp. 87-88; DEUTSCH, 1963, pp. 57, 348; KURTH, 1984, p. 3; SALVADOR CODERCH, 1997, «El concepto económico de negligencia y la fórmula de Hand», p. 142, esp. n. 22; CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 107, 124, 389; MARTÍN CASALS, M., «Art. 8:101. Contributory Conduct or Activity of the Victim», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), p. 131; 2011, p. 89; OETKER, 2019, «§ 254 Mitverschulden», nms. 3, 29, 35; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 451. Vid., en sentido similar, GARCÍA RUBIO, 2021, pp. 990-992.

¹⁹² Vid. nn. 3 y 136 del capítulo 2 y el texto que acompaña a la n. 221 del capítulo 3.

¹⁹³ Así, DEUTSCH, 1963, pp. 57-59, 348-351, 360-366; FRISCH, P, 1973, pp. 119-120; ELLMER, 1986, p. 199; PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1993; CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 303-304, 389; PAWLIK, 2002, pp. 292-293; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 104-105; DíEZ-PICAZO, 2011, p. 344; MARTÍN CASALS, 2011, p. 89; GROSSE-WILDE, 2017, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*, p. 137; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 71, 451.

¹⁹⁴ En el ejemplo del vehículo de sustitución, el evento dañoso (la destrucción del coche) es efectivamente *posterior* a la defraudación por parte del perjudicado de las expectativas que se proyectan en relación con el cuidado de su propio patrimonio, pero sin duda *anterior* a la materialización del daño derivado de la pérdida del valor de uso del vehículo, que solo se concreta una vez alquilado el correspondiente vehículo de sustitución.

¹⁹⁵ Vid. epígrafe 3 del apartado II del capítulo 3.

Como en el ámbito penal, existen supuestos en los que tal incumplimiento, sin ser el *fundamento* de la exención de responsabilidad civil del dañante, opera como **heurístico de las consideraciones normativas verdaderamente relevantes** para excluirla. Aquí cabe encuadrar, de nuevo, los grupos de casos en los que lo problemático es, en realidad, la existencia o no de una *perturbación* —sea por falta de competencia sobre el riesgo¹⁹⁶ o por ausencia de una conducta jurídicamente desaprobada¹⁹⁷— o la de una *relación de realización del riesgo* entre esta y el daño, como ocurría en el célebre ejemplo del guardabarreras y el suicida¹⁹⁸. Y a estas constelaciones de supuestos puede sumarse, en el ámbito civil, una en la que lo que se cuestiona es la posibilidad de una *imputación alternativa hipotética del daño a la esfera del perjudicado*¹⁹⁹. La siguiente variante del tantas veces citado caso del ciclista proporciona un perfecto ejemplo de ello: supongamos que, en lugar de matar al ciclista ebrio, el conductor del camión le causa, con su adelantamiento antirreglamentario, graves lesiones. A pesar del carácter perturbador de la conducta del camionero —y de la existencia de una relación de riesgo entre esta y los daños padecidos por el ciclista— si aquel consigue probar que este los habría sufrido incluso con un adelantamiento correcto, los daños no resultarán objetivamente imputables a la conducta. En este caso, la eventual inevitabilidad del daño con el comportamiento alternativo conforme a Derecho se debería, qué duda cabe, al incumplimiento por parte del perjudicado de sus cargas de autoprotección: el ciclista conducía ebrio, poniendo, con ello, en grave peligro su propia integridad física. Sin embargo, la solución del caso sería *exactamente la misma* si la posibilidad de imputar alternativamente el daño a la esfera del ciclista obedeciera simplemente a su *mala suerte*; como ocurriría, por ejemplo, si el camionero consiguiera demostrar que un defecto (imperceptible y fortuito) en la dirección de la bicicleta habría determinado que, incluso adelantando al ciclista con la distancia reglamentaria, este hubiera sido en todo caso atropellado. Como puede observarse, la

¹⁹⁶ Recuérdese, por ejemplo, el caso de la empleada de banca que tramita una operación bursátil extremadamente arriesgada por orden de la consejera delegada de una entidad aseguradora; vid. nn. 227-230 del capítulo 3, y el texto al que acompañan.

¹⁹⁷ Pueden traerse aquí a colación, de nuevo, los ejemplos de consentimiento por parte del perjudicado en la puesta en peligro de sus propios intereses disponibles, o los supuestos en los que la no desaprobación de la conducta obedece a la calificación del riesgo como nimio, con base en el principio de confianza; vid. nn. 231-233 del capítulo 3, y el texto al que acompañan.

¹⁹⁸ Vid. el texto que acompaña a la n. 239 del capítulo 3.

¹⁹⁹ Criterio de imputación que, como se ha argumentado opera exclusivamente a efectos de responsabilidad civil (no penal); vid. epígrafe 3 del apartado IV de este capítulo.

referencia al incumplimiento por parte del perjudicado de sus cargas de protección resulta aquí, de nuevo, completamente *anecdótica*.

Más allá de estos grupos de casos, el incumplimiento por parte de la víctima concreta de sus cargas de autoprotección no tiene, como se argumentó en el capítulo 3, relevancia (autónoma) alguna a los efectos de la responsabilidad *penal* del autor: excluir o atenuar la pena sobre esta base supondría una renuncia al interés general en la imposición de un castigo a la vez merecido y preventivamente necesario, beneficiando injustamente al autor, en aras de una suerte de «sanción» a la víctima concreta que el Derecho penal, por su propia naturaleza, es incapaz de proporcionar²⁰⁰. ¿Pero por qué habría entonces que reconocerle al descuido por parte del perjudicado de sus propios intereses la importancia que le otorgan, en el ámbito civil, la doctrina y la jurisprudencia prácticamente unánimes?

La clave para responder a esta pregunta reside, a mi juicio, una vez más, en una cabal comprensión de la responsabilidad civil como mecanismo *resarcitorio*, encargado de *distribuir* justamente entre dañante y perjudicado un daño que se ha generado en su interacción, y que ya no puede ser «sacado del mundo». El principio de partida, a estos efectos, es la tantas veces citada máxima *casum sentit dominus*: el perjudicado ha de hacerse cargo de su propia mala suerte. Pero no hay *casum* —sino *culpa*, en la terminología habitual— cuando el daño padecido por el perjudicado resulta objetivamente imputable a la defraudación por parte de otra persona de las expectativas jurídicamente garantizadas de comportamiento en relación con los intereses ajenos. En tal caso, entre el dañante que ha provocado el daño con su conducta perturbadora y el perjudicado «inocente», es justo que sea el primero quien finalmente lo soporte. El resultado del **juicio comparativo** cambia, sin embargo, si se demuestra que el daño resulta *también* imputable al descuido por parte del perjudicado de sus propios intereses. Parece, entonces, que la solución más justa es que el daño se *reparta* entre dañante y perjudicado en función de la medida (relativa) en que los intereses de uno y de otro en no soportarlo se consideren jurídicamente atendibles²⁰¹.

²⁰⁰ Vid. epígrafe 3 del apartado II.

²⁰¹ Es precisamente esta diferencia entre las lógicas penal y civil la que hace que produzca justificada extrañeza encontrar sentencias penales (como la STS 2.^a 1256/1999, de 17 de septiembre) en las que, afirmada la «imputación a la víctima» del resultado típico con base en la infracción por su parte de sus cargas de autoprotección, se le conceda, acto seguido, a esa misma «víctima», la indemnización a cargo del

Pero si se asume, como aquí se ha hecho, la existencia de una *asimetría* fundamental entre lo que constituye una *perturbación* y la mera defraudación por parte del perjudicado de las expectativas que se proyectan en relación con el cuidado de sus propios intereses —asunto carente, en principio, de relevancia intersubjetiva—, queda por explicar todavía por qué estas dos clases tan moral y jurídicamente diferentes de «descuido» pueden siquiera ser objeto de un juicio comparativo, con eventuales consecuencias desfavorables para los intereses del perjudicado. La respuesta ha de buscarse, a mi juicio, en el «**principio de autorresponsabilidad**», derivado del reconocimiento constitucional de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), de acuerdo con el que, como de forma sumamente esclarecedora ha argumentado CANCIO MELIÁ²⁰²:

«al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuirse una posición especial. [...] [P]arece [...] claro, en primer lugar, que queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. [...] Como correlato de esa libertad de organización vital arriesgada, sin embargo, será también el titular quien deba asumir *de modo preferente* los daños que puedan derivar de ella. La especial relación que une al titular con sus bienes también debe manifestarse, entonces, en segundo lugar — cuando junto al titular intervenga un tercero—, en que nadie puede responder antes que el titular de los daños que se puedan generar. Lo contrario implicaría privar al titular de su libertad de organización, e imponer a los demás un deber de tutela que, al no estar formulado de modo expreso, no existe»²⁰³.

«autor» de los daños padecidos. Lo destaca, críticamente, con acierto, SANZ MORÁN, Á, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), p. 148.

²⁰² Si bien concediendo a este principio una relevancia *jurídico-penal* que, por las razones expuestas en el epígrafe 3 del apartado II del capítulo 3, considero injustificada. Coincido, pues, con FRISCH, W, 2021, pp. 82-83, en que, si bien la existencia de una autopuesta en peligro responsable por parte de la víctima (en actividades arriesgadas organizadas junto con el autor) no es, por sí misma, suficiente para fundamentar la atipicidad de la conducta de este último, sí puede fundamentar un deber del perjudicado de soportar las consecuencias lesivas de la interacción.

²⁰³ CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 279-280. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, 2004, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 87-89; 2004 «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», pp. 28-29; 2004, «Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective», pp. 530-531; CANCIO MELIÁ, M, «Selbstverantwortung des „Opfers“ und Rechtsgüterschutz in der objektiven Zurechnungslehre Roxins», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 168 (2021), p. 258. Próximos, también HASSEMER, R, 1981, pp. 34-36; y DERKSEN, 1992, pp. 186-193.

Es cierto, por tanto, que no resulta en absoluto equiparable la desatención de los intereses ajenos (perturbación) que la de los intereses propios. Pero tampoco lo es la posición en la que se encuentran, en relación con tales intereses, su titular y los terceros. En este sentido, la relación especialmente próxima del primero con sus bienes —derivada, precisamente, de su libertad de ponerlos en peligro como le plazca—, permite considerar *contraria a sus propios actos* su pretensión de desentenderse (y, *a fortiori*, de desentenderse totalmente) de los daños objetivamente imputables a su propia conducta descuidada²⁰⁴. Y de ahí que este descuido pueda fundamentar que, en el juicio comparativo con el dañante —como «candidato alternativo» a soportar finalmente el daño— se considere al perjudicado «menos digno» de un resarcimiento completo de lo que lo sería en caso de haber protegido suficientemente sus intereses²⁰⁵.

De una fundamentación de la categoría dogmática analizada en este apartado como la que acaba de exponerse se extraen, a mi juicio, importantes consecuencias tanto en lo que se refiere a los *requisitos* que han de concurrir para que se imponga al perjudicado, con esta base, un deber de soportar total o parcialmente el daño, como en lo tocante a los *criterios* que —una vez establecido este deber— han de orientar la *distribución* del daño entre dañante y perjudicado. Comenzando por la primera de estas cuestiones, resulta, hasta donde alcanzo, sumamente pacífico que la moderación (o exclusión) de la responsabilidad civil basada en la «culpa concurrente» del perjudicado —o el incumplimiento por su parte del «deber de mitigación» del daño— exige, *como mínimo*, constatar (*mutatis mutandis*) en relación con la conducta de este último la concurrencia de *los mismos requisitos* que han sido necesarios para establecer el deber del dañante de resarcir el daño: este ha de haberlo causado (también) la defraudación por parte del perjudicado de las expectativas sociales proyectadas en relación con el cuidado de sus propios intereses, y ha de ser, además, normativamente reconducible a tal defraudación²⁰⁶. La doctrina civilista, tanto española como comparada, discute, sin

²⁰⁴ Así, DEUTSCH, 1963, p. 58; y ELLMER, 1986, pp. 199-200. Y es que, como señala CANCIO MELIÁ, «[n]adie puede ser distanciado de los riesgos implícitos en una actividad suya que pone en peligro sus bienes sin ser autocontradictorio y sin que se ponga en duda su autorresponsabilidad» (2004, «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», p. 31).

²⁰⁵ Vid. TRIMARCHI, 1967, pp. 129-130; y, en sentido similar, KOZIOL, 2012, p. 257.

²⁰⁶ La postura se remonta, como mínimo, a autores como TRAEGER, 1904, 329-339, 344-345; y MÜLLER, 1912, pp. 115-116. Como ejemplifica perfectamente el art. 96.2 LRJS, en los supuestos en que, por razones de política jurídica, se exige que la conducta del dañante reúna ciertas características adicionales a la de ser perturbadora para fundamentar su responsabilidad civil, estas también han de concurrir cuando de lo que

embargo, si esto último es *suficiente* para fundamentar un deber del perjudicado de soportar total o parcialmente el daño —siendo la culpa concurrente, por expresarlo de forma gráfica, el «reflejo especular» (*mirror image*) de la culpa del dañante (que, como se argumentó en el apartado II de este capítulo, no presupone en absoluto la culpabilidad de este último)—²⁰⁷, o si a estos efectos es necesario, *además*, que el descuido de sus propios intereses le sea **personalmente imputable** al perjudicado²⁰⁸.

A mi juicio, si se parte de la base de que el principio de autorresponsabilidad es el «escalón» que permite salvar el desnivel entre el descuido perturbador de lo ajeno y un descuido de lo propio *prima facie* socialmente irrelevante, solo la segunda de estas posiciones puede ser correcta: la culpa concurrente del perjudicado ha de ser necesariamente *culpable*, en el sentido fuerte —característicamente *penal*— del término; lo que, de acuerdo con lo indicado en el apartado III capítulo 3, exige que aquel tenga la **capacidad personal** de comportarse de acuerdo con las expectativas proyectadas en relación con el cuidado de sus propios intereses²⁰⁹. Y es que la imputación preferente del daño al perjudicado que permite el principio de autorresponsabilidad presupone que este sea, en el momento de la conducta —valga la redundancia— una persona *autorresponsable*²¹⁰. Para que la puesta en peligro por parte del perjudicado de sus

se trata es de moderar el resarcimiento de los daños resultantes de estas mismas interacciones con base en el incumplimiento por parte del perjudicado de sus cargas de autoprotección. En este sentido, el que solo la culpa concurrente *temeraria* del trabajador pueda exonerar al empresario de su responsabilidad civil por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales no es más que el reflejo de la limitación de la responsabilidad civil del trabajador frente al empresario en el marco de su actividad a los supuestos de culpa grave (vid. n. 213 del capítulo 2). De otra opinión, sin embargo, KOZIOL, 2012, pp. 262-264.

²⁰⁷ Así, RÜMELIN, 1900, pp. 315-317; DEUTSCH, 1963, pp. 57-59, 64, 360-366, 406; DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 18, 39-40, 54; LACRUZ BERDEJO ET AL., 2013, p. 473; GARCÍA RUBIO, 2021, pp. 990-998; ROCA TRÍAS, 2020, «La causalidad», p. 214; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 71, 451, 456; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 243, 353. También, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 102-108, aunque, en su caso, al concebir la culpa como evitabilidad personal conforme a las capacidades del dañante, no participa de la metáfora de la *mirror image*.

²⁰⁸ En este sentido, TRIMARCHI, 1967, pp. 130-132; SALVADOR CODERCH, P, «El concepto objetivo de negligencia», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), p. 131; MARTÍN CASALS, 2005, p. 132; FREI, 2010, pp. 258-260; REGLERO CAMPOS Y MEDINA ALCOZ, 2014, pp. 939, 940-945; y OETKER, 2019, «§ 254 Mitverschulden», nms. 31, 34. Una original posición intermedia entre ambas posturas sostiene KOZIOL, 2012, pp. 260-262.

²⁰⁹ Me remito aquí, por tanto, *mutatis mutandis*, a todo lo señalado en el epígrafe 1 del apartado III del capítulo 3 en relación con el elemento absoluto del juicio de culpabilidad.

²¹⁰ Así, TRIMARCHI, 1967, pp. 130-132; HASSEMER, R, 1981, pp. 93-94; ELLMER, 1986, p. 283; DERKSEN, 1992, pp. 187-191; CANCIO MELIÁ, 2001, 356-365; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 29-130, 289; FREI, 2010, pp. 145-149, 257, 309; y PAWLIK, 2012, pp. 233-237. A los efectos de determinar la responsabilidad penal del autor en esta clase de casos, la doctrina discute si el «umbral» de autorresponsabilidad de la (posible)

propios intereses pueda considerarse una manifestación de su autonomía personal (de su libertad de organización) es necesario, como mínimo, que este no pueda distanciarse de ella, presentándola como un fenómeno *personalmente inevitable*²¹¹.

En estos mismos términos ha de plantearse, según creo, el problema de la *distribución* del daño, una vez establecido el deber del perjudicado de soportar al menos una parte de su cuantía. Como criterios de reparto, la doctrina civilista suele hacer referencia básicamente a dos: la relativa «eficacia causal» de las conductas de dañante y perjudicado en relación con el daño, y el grado de «culpabilidad» del comportamiento de cada uno. A mi juicio, sin embargo, solo el segundo de estos parámetros puede resultar útil a los efectos que aquí interesan. La «eficacia causal» de una conducta en relación con un resultado lesivo —ya se entienda esta en sentido estricto o, como parece más correcto, en términos de imputación objetiva— puede existir o no, pero no hay, hasta donde se me alcanza, forma alguna de concebirla en términos *graduales*²¹². Y la distribución del daño

víctima ha de fijarse en la capacidad a partir de la que se la consideraría penalmente imputable, o en aquella a partir de la que su consentimiento tendría validez jurídico-penal; al respecto, vid., p. ej., PEÑARANDA RAMOS, 2020, *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): lección sobre autoría y participación*, p. 21. Si de lo que se trata, como aquí, es de imputar personalmente al perjudicado el descuido de sus propios intereses, parece que habría de emplearse a estos efectos el primero de los criterios, que permitiría, además, *graduar* las consecuencias del análisis de forma mucho más fácil (o, al menos, más directa) que el segundo; así, el propio CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 359-364. Cfr., no obstante, FRISCH, 2004, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 183-186, 189-190, 243-244.

²¹¹ *De lege lata*, esta conclusión podría apoyarse en el art. 1.3.II RDL 4/2008 que, tras la modificación introducida por medio de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, dispone que «en los supuestos de secuelas y lesiones temporales, la culpa exclusiva o concurrente de víctimas no conductoras de vehículos a motor que sean menores de catorce años o que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil, no suprime ni reduce la indemnización»; regla que se exceptúa únicamente «si el menor o alguna de las personas mencionadas han contribuido dolosamente a la producción del daño». En esta línea lee el precepto (aunque en sentido crítico), GARCÍA RUBIO, 2021, pp. 996-997. Este no puede considerarse, sin embargo, un argumento definitivo a favor de la tesis defendida en el texto, en la medida en que la irrelevancia de la culpa concurrente del inimputable se declara aquí con un carácter *triplemente excepcional*: solo para un sistema de responsabilidad civil por riesgo y seguro obligatorio como el que rige en el tráfico rodado, solo para la responsabilidad por secuelas y lesiones temporales, y solo en relación con perjudicados no conductores. Una lectura *a contrario* del precepto como la que hace YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp.243-244, proporcionaría, de hecho, un dato *de lege lata* en contra de lo aquí sostenido.

²¹² Algo que, en lo que respecta a la causalidad en sentido estricto, resultaría patentemente contradictorio con la teoría de la equivalencia de las condiciones defendida por la doctrina prácticamente unánime; vid., sobre ello el inciso (i) del punto (c) del epígrafe 2 del apartado II del capítulo 3. También desde la perspectiva de la teoría de la adecuación rechaza, no obstante, esta posibilidad TRAEGER, 1904, pp. 347-355, que critica, sobre esta base, la referencia del § 254 BGB a la «causación predominante» (*vorwiegende Verursachung*), como criterio de distribución del daño entre dañante y perjudicado. Vid., en sentido similar, RÜMELIN, 1900, p. 313; MÜLLER, 1912, pp. 117-118; LUZÓN PEÑA, 1990, p. 29; CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ, 2010, p. 134; y, aunque críticamente, PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 244-245, que reclama sobre esta base el desarrollo de teorías causales «propiamente civiles» capaces de dar cuenta de esta gradualidad (ibid., pp. 246-248). Solo aparentemente diferente resulta la postura defendida por HART Y HONORÉ, 1985, pp. 233-234, de acuerdo con quienes es posible graduar la «eficacia causal» de las

entre dañante y perjudicado tiene lugar, por hipótesis, en un estadio en el que *ya ha quedado establecido* que el daño ha sido causado de forma objetivamente imputable tanto por la conducta de uno como por la del otro. En este aspecto, las partes se encuentran, por tanto, totalmente a la par.

Resulta perfectamente posible, en cambio, comparar el *grado* en que dos conductas descuidadas se apartan, por un lado, de las **expectativas de comportamiento** en relación con los intereses del perjudicado que defraudan; y resultan, por otro, **personalmente imputables** a sus autores. Esto es, a mi juicio, precisamente lo que ha de hacerse para determinar la parte del daño que, en esta clase de supuestos, han de soportar, respectivamente, dañante y perjudicado²¹³; solución que, de hecho, acoge claramente el par. VI-5:102 DCFR al imponer que la indemnización del perjudicado se reduzca en estos casos «en la medida de su grado de culpa». Así, por ejemplo —a igual gravedad «objetiva» del descuido de uno y de otro— la culpa concurrente del perjudicado conducirá a moderar en mayor medida la responsabilidad civil de un dañante no culpable que la de uno personalmente capaz de adaptar su conducta a las expectativas jurídicamente garantizadas de comportamiento. Y, siendo culpables tanto dañante como perjudicado, habrán de tenerse en cuenta en la comparación de sus conductas los *elementos graduales* del juicio de imputación personal analizados en el epígrafe 2 del

conductas de dañante y perjudicado, comparando sus respectivas probabilidades de causar el daño; una consideración que, desde la perspectiva adoptada en este trabajo no tiene nada que ver con la causalidad (ni con la imputación objetiva *del resultado*). En definitiva, como señalan CANCIO MELIÁ Y PEÑARANDA RAMOS en relación con este grupo de casos, «[n]o hay problema causal en este ámbito, y, en todo caso, si algo ha quedado en claro en torno a la discusión relativa a la causalidad, los factores causales no admiten “ponderaciones”; la relación causal existe o no, pero no es más o menos “intensa”» (2004, p. 27); o, como apuntan, en la misma línea, GONZÁLEZ CUSSAC Y MIRA BENAVENT, «[l]a conducta (del autor o de la víctima) es causal o no lo es, pero no se puede decir que haya conductas más causales, principales, preponderantes o eficientes que otras que serían simplemente favorecedoras o auxiliares respecto del resultado» (GONZÁLEZ CUSSAC, JL Y MIRA BENAVENT, J, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), p. 112). Cfr., sin embargo, en sentido radicalmente contrario, MOORE, 2009, pp. 70-72, 118-121, 153, 224, 275-276, 299-300, 357-358, 468.

²¹³ Así, RÜMELIN, 1900, pp. 312-314; TRAEGER, 1904, pp. 354-355, 373-375; MÜLLER, 1912, pp. 117-119; DEUTSCH, 1963, pp. 365, 406; DEJEAN DE LA BATIE, 1965, pp. 109-111. Cfr., sin embargo, PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1997; QUINTERO OLIVARES, 2002, «La contribución de la víctima al daño y el alcance de la llamada compensación de culpas», pp. 137-138; OETKER, 2019, «§ 254 Mitverschulden», nms.108-109; YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 242-243, 291-292; y, aparentemente, BUSTO LAGO, 1998, p. 91; y ROCA TRÍAS, 2020, «La causalidad», p. 215. La misma postura defiende, en definitiva, a pesar de la terminología empleada, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 458-459: la relevancia que este autor concede a la respectiva «eficacia causal» de las conductas de dañante y perjudicado se entiende siempre en términos de su peligrosidad y equivale, por tanto, a su carácter en mayor o menor medida *perturbador*.

apartado III. Esta es la razón por la que, como ya anticipé²¹⁴, quien lesiona *dolosamente* los intereses del perjudicado no puede, en principio, alegar en su descargo (siquiera parcial) que este último no ha sido suficientemente diligente en su vigilancia²¹⁵. El descuido de sus intereses patrimoniales por parte del estafado no ha de ser óbice, por ejemplo, a la plena reparación del daño causado por parte del estafador, por muy burdo que haya sido el engaño empleado para dar lugar al acto de disposición patrimonial llevado a cabo por el primero. Tampoco a los efectos civiles procede, en definitiva, la «imputación a la víctima» del resultado lesivo propugnada por los partidarios de la victimodogmática para este grupo de casos²¹⁶.

VI. LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR RAZONES DE POLÍTICA JURÍDICA

Como ocurre en el ámbito penal, también a efectos de responsabilidad civil existen intereses de política jurídica general que se anteponen al interés privado del perjudicado en obtener el resarcimiento del daño que la conducta de otra persona le ha causado de forma objetivamente imputable. En caso de conflicto entre tales intereses, el Derecho *renuncia a la satisfacción del segundo* en aras de la defensa de los primeros, imponiendo al perjudicado un deber de soportar (total o parcialmente) el daño, por razones tan diversas como las que fundamentan las causas de exclusión de la responsabilidad penal que la doctrina penalista mayoritaria agrupa bajo la categoría de la punibilidad. A ellas se dedica —sin pretensión alguna de exhaustividad— este último apartado del capítulo.

²¹⁴ Vid. el texto que acompaña a la n. 40 de este capítulo.

²¹⁵ Así, TRAEGER, 1904, pp. 354-355; HILLENKAMP, 1981, pp. 41, 195-196; ELLMER, 1986, pp. 200-201; MARTÍN CASALS, 2005, pp. 134-135; KOZIOL, 2012, p. 260; OETKER, 2019, «§ 254 Mitverschulden», nms. 11, 112; GRUNDMANN, 2019, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», nm. 153; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 459, 460; y ROCA TRÍAS, 2020, «La causalidad», p. 215. Distinto será el caso si puede considerarse, por ejemplo, que el perjudicado ha *provocado* la agresión dolosa del dañante en el sentido del art. 20.4.Tercero CP; constelación a la que por cierto, parecen pertenecer todos los supuestos en relación con los que la Sala Segunda ha afirmado que la moderación de la responsabilidad civil *ex delicto* a la que se refiere el art. 114 CP cabe en relación con delitos tanto dolosos como imprudentes; piénsese, por ejemplo, en el caso de quien, tras sucesivas molestias e increpaciones al dañante, consigue que este pierda la paciencia y le rompa la nariz de un puñetazo. En este supuesto parece razonable, en efecto, la imposición al perjudicado de un deber de soportar (parcialmente) el daño derivado de las lesiones. Sobre este particular, vid., por todas, la STS (Sala Segunda), 522/2017, de 6 de julio (FD 8), donde puede encontrarse un resumen del estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Sala. Un escenario similar de culpa concurrente, en relación con el resarcimiento del daño moral derivado de lesiones del derecho al honor (normalmente dolosas), plantea MARTÍN CASALS, 1989, p. 1268.

²¹⁶ Vid. el texto que acompaña a las nn. 244-250 del capítulo 3.

RESPONSABILIDAD PENAL		RESPONSABILIDAD CIVIL	
INJUSTO TÍPICO	PERTURBACIÓN: creación o no contención <i>jurídicamente desaprobada</i> de un <i>riesgo</i> para los intereses ajenos sobre el que se tiene <i>competencia</i>		
	Subsunción típica <ul style="list-style-type: none"> - <i>Perturbación</i> abarcada típicamente - En su caso, <i>resultado</i> típico: concepto objetivo y concreto - En su caso, <i>imputación</i> del resultado a la perturbación: causalidad + realización del riesgo 	Daño Concepto subjetivo y concreto	Imputación del daño a la perturbación Causalidad + realización del riesgo + imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte)
IMPUTACIÓN PERSONAL	<ul style="list-style-type: none"> - Elemento <i>absoluto</i>: capacidad personal de comportamiento conforme a la norma - Elementos <i>de graduación</i>: dolo natural y conocimiento de la prohibición + otros elementos subjetivos + grado de capacidad personal de comportamiento conforme a la norma 	No exclusión (total o parcial) de responsabilidad civil por «culpa concurrente» del perjudicado	
		No exclusión de responsabilidad civil por razones de política jurídica Ej.: menores de catorce años, culpa concurrente de terceros en casos de «daño <i>par ricochet</i> », « <i>wrongful life</i> » etc.	
PUNIBILIDAD			

Entre estas causas de «no resarcibilidad» del daño por razones de política jurídica se encuentra, por ejemplo, la exención (*prima facie*²¹⁷) de responsabilidad civil de los **niños menores de catorce años** —que no de los discapacitados psíquicos— declarada en el art. 3 LORPM; exención que, como se argumentó en el apartado II del capítulo, obedece mucho más a la preocupación por que un deber de resarcimiento impuesto a una edad tan temprana pueda coartar el derecho de estos menores al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) que a una supuesta exigencia general de imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Y a una explicación en esta línea se presta también el que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118.1.4.^a CP, el dañante exento de responsabilidad penal por **miedo insuperable** (art. 20.6.º CP) responda civilmente solo *en defecto* de quienes hayan causado el miedo, y no *directamente*, como resultaría más coherente con lo establecido en el art. 118.1.1.^a y 2.^a CP en relación con los inimputables²¹⁸. A mi juicio, solo cabe entender esta regla como un residuo histórico — hoy injustificado—, de la antigua regulación «proteccionista» de responsabilidad civil *ex*

²¹⁷ Vid. n. 30 de este capítulo.

²¹⁸ Pueden encontrarse interesantes reflexiones sobre la responsabilidad civil en supuestos de miedo insuperable en VARONA GÓMEZ, 2000, pp. 135-139.

delicto de los discapacitados psíquicos; responsabilidad que, como se recordará, fue hasta 1995 solo subsidiaria de la de sus guardadores²¹⁹. ¿Cómo explicar, si no, el tratamiento tan dispar que, a estos efectos, reciben dos causas *normativamente idénticas* de exclusión de la capacidad personal del autor de comportarse conforme a lo prescrito por la norma? ¿Acaso tiene sentido sostener que la responsabilidad civil no está sujeta a una exigencia general de imputabilidad, pero sí a una de exigibilidad que se *excepciona*, sin embargo, cuando el miedo del dañante no ha venido provocado por otras personas (o estas son insolventes)?

También son razones generales de política jurídica las que fundamentan el deber de soportar el daño que se impone a ciertos perjudicados como consecuencia de la infracción (culpable) por parte de *otros* de sus cargas de autoprotección. Así ocurre siempre que, en reclamaciones de responsabilidad civil por **daños padecidos «por rebote»** (*par ricochet*) —como las de los seres queridos del fallecido que reclaman en nombre propio el resarcimiento de los daños padecidos como consecuencia de su muerte, o la de quienes sufren lesiones psíquicas («daños por shock») derivadas de la conducta descuidada del dañante en relación con los intereses de un tercero— se modera o se excluye la obligación de resarcimiento del dañante con base en el descuido *por parte de la persona primariamente afectada* de sus propios intereses²²⁰, como establece expresamente, en relación con las indemnizaciones por causa de muerte, el art. 8:101(2) PETL. La razón a la que ello obedece no es que el Derecho considere al perjudicado comparativamente «menos digno» de obtener un resarcimiento (total) del daño a costa del dañante en este grupo de casos²²¹, sino el interés general en evitar que este último — una vez indemnizado íntegramente el daño— demande acto seguido a la persona primariamente afectada o a sus herederos, para tratar de recuperar al menos una parte del importe resarcido a los perjudicados. Y es que ello supondría reconocer, por vía indirecta, una suerte de responsabilidad civil de aquella por el incumplimiento (no perturbador) de sus cargas de autoprotección, contradiciendo el principio conforme al que la relevancia

²¹⁹ Vid. apartado II de este capítulo.

²²⁰ Sobre este grupo de casos, vid., p. ej., VON CAEMMERER, 1956, p. 15; MARTÍN CASALS, 2005, p. 137; KOZIOL, 2012, p. 265; OETKER, 2019, «§ 254 Mitverschulden», nms. 10, 125; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 380, 461.

²²¹ Como sucede en relación con los deberes de soportar el daño basados en la culpa concurrente del perjudicado; vid. apartado V de este capítulo.

del cuidado o descuido de lo propio solo incumbe, como regla, al propio interesado²²². Diferente en cuanto a su fundamento —aunque también reconducible a razones generales de política jurídica— es la suerte de «**imputación**» al **principal de la culpa concurrente de sus dependientes**, que opera en nuestro ordenamiento y otros de nuestro entorno²²³, y que se traduce en un deber del primero de soportar, al menos en parte, los daños reconducibles tanto a la conducta perturbadora del dañante como a la desprotección (¡también perturbadora!) de sus intereses por parte de sus dependientes. Así lo establecen tanto el art. 8:101(3) PETL como el par. VI-5:102(3) DFCR.

Supongamos, por ejemplo, que Ana circula con el automóvil propiedad de su empleadora, Beatriz, por el carril derecho de una autopista. Sin mirar para comprobar si pasa algún otro coche, se introduce en el carril izquierdo para realizar un adelantamiento. A consecuencia de ello, colisiona con el vehículo de Carmen, que, al circular por el carril izquierdo a una velocidad superior a la reglamentariamente permitida, no tiene tiempo de frenar para evitar el choque. El coche de Beatriz sufre cuantiosos daños materiales. En este caso, parece extremadamente difícil fundamentar un posible deber de Beatriz de soportar (parcialmente) el daño con base en el *incumplimiento culpable* por su parte de sus cargas de autoprotección²²⁴. Lo que Beatriz ha hecho es, más bien, *confiarle sus intereses a Ana*, que es quien (culpablemente) los ha descuidado. Tanto Ana como Carmen han defraudado, en definitiva, con su conducta, las expectativas jurídicamente garantizadas de comportamiento en relación con los intereses de Beatriz, resultando el daño causado al vehículo de esta imputable a *ambas* conductas perturbadoras, por lo que

²²² Señala acertadamente, en este sentido, PANTALEÓN PRIETO que «la solución “dogmática” de indemnizar plenamente a los personalmente perjudicados por la muerte, con posibilidad de ulterior regreso del responsable contra los herederos de la víctima en proporción a la culpa concurrente de ésta, conduciría lógicamente al absurdo de tener que mantener que, en caso de suicidio, los personalmente perjudicados por la muerte del suicida, y no herederos del mismo, podrían exigir responsabilidad a los herederos del suicida» (1991, «Artículo 1902», p. 1998).

²²³ La solución la defendía ya nada menos que TRAEGER, 1904, pp. 367-373.

²²⁴ Algo que, por lo demás, sería *por hipótesis imposible* en caso de que Beatriz fuera una persona jurídica, en la medida en que —como sigue defendiendo la mejor doctrina— estas son incapaces de culpabilidad en el sentido en que la requieren tanto la responsabilidad penal como la culpa concurrente del perjudicado; vid. en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 228; WELZEL, 2001, p. 126; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, pp. 243-245; ROXIN, 2006, pp. 262-264; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 144-145; MOLINA FERNÁNDEZ, 2016, pp. 376-388; MOLINA FERNÁNDEZ, F, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el valor de π », *Abogacía Española*, vol. 103 (2017), p. 33; JORGE BARREIRO, A, «Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código Penal español», en *Estudios jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, ed. Embid Irujo, JM et al. (Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017), *passim*, esp. pp. 464-466; JÄGER, 2017, nms. 49-54 (pp. 35-39); y ROXIN Y GRECO, 2020, pp. 360-363.

tanto una como otra se encuentran *solidariamente obligadas* a resarcir dicho daño a Beatriz²²⁵. No obstante, si Beatriz demanda únicamente a Carmen exigiéndole la indemnización del total del daño, esta podrá ampararse en el carácter también perturbador de la conducta de Ana para reducir el montante de su responsabilidad, sin tener que recurrir para ello a la acción de regreso entre codeudores solidarios contemplada en el art. 1145 CC. Ello, evidentemente, no sucederá a la inversa: si la demandada por el total del daño es Ana, a esta solo le quedará la posibilidad de ejercitar la acción de regreso contra Carmen para minorar el importe de su responsabilidad. Y esta diferencia de trato no obedece en absoluto a la lógica «culpabilística» de la culpa concurrente, sino, sencillamente a la preferencia del ordenamiento por que, entre el principal-perjudicado y el dañante-tercero, sea el primero quien soporte el *riesgo de insolvencia* del dañante-dependiente.

Otra de las causas de exclusión de responsabilidad civil que puede concebirse, a mi juicio, como un deber del perjudicado de soportar el daño por razones generales de política jurídica es la que impide el resarcimiento de ciertos capítulos de daño — propiamente tales, amén de objetivamente imputables a una conducta perturbadora— cuyo reconocimiento judicial tendría, sin embargo, unas implicaciones simbólicas socialmente insoportables. Esta podría ser, a mi juicio, lo que explica que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se excluya la responsabilidad civil en los casos conocidos como de «*wrongful life*»²²⁶; supuestos en los que alguien reclama el resarcimiento del sufrimiento derivado de tener que vivir aquejado de una grave enfermedad o discapacidad, alegando que, de haberse comportado correctamente el dañante, *no habría nacido nunca*²²⁷. Y es que la Historia ya nos ha puesto suficientemente

²²⁵ Recuérdese, en este sentido, que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera del TS, lo proclamado en el art. 1137 CC no rige para el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en el que la responsabilidad es, como regla, solidaria. Sobre ello, vid., por todos, PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», pp. 1980, 2001; BUSTO LAGO, 1998, pp. 406-407; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, «La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación», p. 18; MARTÍN CASALS, 2011, pp. 92-95; LACRUZ BERDEJO ET AL., 2013, pp. 470-471; y YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 107-108, 493-500 (que, sin embargo, se opone *de lege lata* a esta inversión jurisprudencial de la regla general).

²²⁶ Si es que puede afirmarse en estos supuestos la existencia de un daño; cosa que la doctrina todavía discute acaloradamente, por presentarse aquí el llamado «problema de la no identidad», derivado de la imposibilidad (lógica) de establecer un término de comparación contrafáctico adecuado para la discapacidad que padece el demandante. Sobre este grupo de casos, vid., en general, VICENTE DOMINGO, 2014, pp. 389-393; OETKER, 2019, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», nms. 30-40; y BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, pp. 389-391.

²²⁷ Así, p. ej., se rechaza la indemnización por este concepto en las SSTs (Sala Primera), 837/2007, de 6 de julio; y 1197/2007, de 23 de noviembre (cfr., no obstante, la STS, Sala Primera, 512/2006, de 18 de mayo).

sobre aviso de los riesgos de la relativización (judicial y social) del valor de las vidas humanas especialmente arduas. A un fundamento similar —aunque, en este caso, teñido por el carácter *reprochable* de la conducta del perjudicado a ojos del ordenamiento— responde también la exclusión de responsabilidad civil por ciertos capítulos de daño basada en una aplicación al ámbito extracontractual de la regla «*nemo auditur propriam torpitudinem allegans*», consagrada en los arts. 1305 y 1306 CC y en el art. 2:103 PETL; máxima a la que obedece, por ejemplo, el que el proxeneta no pueda reclamar a quien lesiona a la prostituta el lucro cesante derivado de la incapacidad temporal de esta para ejercer su actividad²²⁸.

Como ejemplos de los deberes de soportar el daño a los que se refiere este apartado pueden mencionarse, por último, las especiales exigencias que se imponen sobre la **conducta perturbadora** del dañante en determinados ámbitos para que este deba responder civilmente. A razones de política jurídica prevalentes sobre el interés del perjudicado en el resarcimiento del daño obedecen, como ya anticipé, dos de las limitaciones de responsabilidad civil mencionadas en el capítulo 2: la restricción a la negligencia *quam in suis* de la responsabilidad civil de los padres frente a los hijos por la gestión imprudente de su patrimonio (art. 164 CC)²²⁹, y la limitación de la responsabilidad civil del trabajador frente al empresario en el marco de su actividad a los supuestos de culpa grave²³⁰. De la misma forma puede justificarse, finalmente, a mi juicio, el deber del perjudicado de soportar todos los daños derivados de una extralimitación perturbadora *no dolosa* por parte del dañante en el ejercicio de derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE) y, quizás, la libertad de expresión (art. 20 CE)²³¹; limitación que obedece al interés general en impedir el «efecto

Tampoco de acuerdo con los PETL es esta una partida de daño resarcible, al menos según el comentario al art. 2:101 (KOZIOL, 2005, «Art. 2:101. Recoverable Damage», p. 29).

²²⁸ Vid., entre otros, PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», p. 1994.

²²⁹ Así, p. ej., KOZIOL, 2012, pp. 184-185.

²³⁰ Aunque para esta última existe, quizás, una explicación alternativa en términos de consentimiento en el riesgo; vid. n. 213 del capítulo 2.

²³¹ También limitaba hasta hace poco la Sala Primera del TS a los casos de dolo la responsabilidad civil de la mujer adúltera por los daños para el marido derivados de la constatación de que los que él había creído durante años que eran sus hijos biológicos —manteniéndolos, por tanto, como tales— lo son, en realidad, de otro hombre. En su reciente sentencia de 13 de noviembre de 2018 (STS 629/2018), la Sala excluye, sin embargo, categóricamente, la posibilidad de una reclamación de responsabilidad civil por este concepto; postura que se cohonestaría perfectamente con la asunción (correcta, a mi juicio) de que en este grupo de casos lo que falta es una conducta *perturbadora* de la dañante con base en la que fundamentar su

desaliento» en su ejercicio que podría generarse al anudarle de forma demasiado generalizada la amenaza de consecuencias desfavorables para su titular.

VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. La existencia de una perturbación permite afirmar ya la «culpa o negligencia» a la que se refiere el art. 1902 CC, que no requiere en absoluto que el dañante sea culpable (imputable), ni en el sentido penal del término, ni en un sentido civil autónomo de él. Si los menores de catorce años no responden civilmente (art. 3 LORPM), ello no obedece a su condición de «inimputables civiles», sino a razones de política jurídica que se anteponen, *prima facie*, al interés de los perjudicados en el resarcimiento del daño. Por otro lado, el dolo del dañante no condiciona el carácter resarcible o no de determinadas partidas de daño —al menos con carácter general— ni altera en absoluto los criterios (extracontractuales) de imputación objetiva de este a la conducta.
2. Más allá de la perturbación, como elemento común a la responsabilidad penal y civil, la estructura dogmática de esta última está integrada por dos elementos «positivos» —daño e imputación de este a la perturbación— y dos «negativos», en la medida en que tanto la conducta descuidada del perjudicado en relación con sus propios bienes, como razones de política jurídica general que priman sobre su interés en el resarcimiento pueden fundamentar un deber del perjudicado de soportar de forma definitiva la totalidad del daño o una parte de él. Se habla, entonces, por un lado, de «culpa concurrente» del perjudicado y, por otro, de exclusión de responsabilidad por razones de política jurídica. Ninguno de estos elementos tiene parangón en la estructura dogmática de la responsabilidad penal.
3. La función eminentemente resarcitoria de la responsabilidad civil impone partir de un concepto subjetivo de daño, dependiente, por tanto, de la valoración por parte del concreto perjudicado de sus propios intereses. Aunque la prohibición de enriquecimiento que subyace al concepto de daño abstracto-matemático propio de la teoría de la diferencia parece cohonestarse perfectamente con dicha función resarcitoria,

responsabilidad. El adulterio, con independencia de sus implicaciones morales, no defrauda ninguna expectativa *jurídicamente garantizada* de comportamiento en relación con los intereses ajenos.

un análisis más pausado de la cuestión revela que, a la postre, es preferible partir de un concepto real-concreto de daño, admitiendo excepcionalmente una limitada *compensatio lucri cum damno* (en su valoración) y la relevancia de la inevitabilidad del daño con la conducta alternativa lícita (en sede de imputación objetiva).

4. Para que exista, en principio, una buena razón para trasladar el daño de la esfera del perjudicado a la del dañante ha de concurrir, entre daño y perturbación —como entre conducta penalmente perturbadora y resultado típico—, una relación de causalidad y una de realización del riesgo. En este ámbito, no obstante, la prohibición de enriquecer al perjudicado por medio del resarcimiento conduce a la necesidad de recurrir a un criterio *adicional* de imputación objetiva del daño a la perturbación: la imposibilidad de imputación alternativa hipotética del daño a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte). Este criterio de imputación conlleva, como regla general, la exclusión de la imputación del daño a la perturbación en caso de que el dañante demuestre que una de sus posibles conductas alternativas lícitas habría producido un daño igual en todo lo normativamente relevante. Esto no ocurre, sin embargo, cuando la inevitabilidad del daño con el comportamiento alternativo conforme a Derecho no responde (únicamente) a la propia mala suerte del perjudicado o al descuido por su parte de sus propios intereses, sino (también) a la conducta perturbadora de otros dañantes.

5. La obligación del dañante de resarcir a los perjudicados el daño causado por medio de su conducta perturbadora puede, no obstante, decaer total o parcialmente, con base en la existencia de un deber del perjudicado de soportar (definitivamente) el daño. Tal deber de tolerancia puede basarse, bien en el descuido autorresponsable por parte del perjudicado de sus propios intereses («culpa concurrente»), bien —al modo de lo que sucede en relación con la categoría penal de la punibilidad— a consideraciones de política jurídica general que priman sobre la función resarcitoria de la responsabilidad civil, en caso de conflicto entre una y otra. La irresarcibilidad de ciertas partidas de daño por razones de orden público (p. ej. *wrongful life*) es una buena muestra de esto último.

Capítulo 5. Algunas implicaciones prácticas

I. INTRODUCCIÓN

Llegados a este punto, el último —y más breve— capítulo de este trabajo se dedicará, casi a modo de epílogo, al estudio de las implicaciones prácticas más importantes del análisis estructural de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil llevado a cabo en los capítulos 2 a 4, cuando se trata de dilucidar una y otra forma de responsabilidad en supuestos en los que una perturbación (al menos indiciariamente) constitutiva de delito produce, a su vez, daños potencialmente resarcibles. Como se ha defendido en este trabajo, las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil comparten un elemento común: lo que aquí se ha denominado «perturbación», equivalente a la «culpa o negligencia» a la que se refiere el art. 1902 CC¹. Más allá de este presupuesto, cada una de estas estructuras se encuentra integrada por una serie de elementos privativos, que carecen de equivalentes en la otra. Mientras que, para resultar merecedora de pena, una conducta perturbadora tiene que ser típica, culpable y punible², dará lugar a responsabilidad civil siempre que le sea imputable un daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar (sea por su «culpa concurrente» o por razones de política jurídica)³.

Es precisamente la existencia de un elemento estructural común a ambas formas de responsabilidad lo que da lugar a las razones de *economía procesal* que justifican que, salvo renuncia o reserva por parte del perjudicado, se reconozca a los tribunales del orden jurisdiccional penal una competencia «adhesiva»⁴ para resolver sobre la llamada responsabilidad civil «derivada de delito»; competencia que se extiende, entre otros aspectos⁵, al eventual resarcimiento del daño causado por la conducta supuestamente constitutiva de delito de que se trate (arts. 109 y ss. CP y 100 y ss. LECrim). Y es que si, como sucederá con relativa frecuencia, el juez competente para el enjuiciamiento del

¹ Vid. capítulo 2.

² Vid. capítulo 3.

³ Vid. capítulo 4.

⁴ YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 37, 95, 530, 550.

⁵ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 550-566; y COCA VILA Y PANTALEÓN DÍAZ, 2021, pp. 120-121, 194-195, con ulteriores referencias. En la misma línea, respecto del Derecho chileno, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II*, pp. 1065-1066.

delito tiene ante sí el material probatorio suficiente para afirmar con *certeza* la existencia o inexistencia de una conducta perturbadora —frente al escenario de incertidumbre sobre los hechos, en el que la presunción de inocencia impedirá en todo caso una condena—, resultará mucho más eficiente que sea él mismo quien conozca también de la responsabilidad civil eventualmente dimanante de ella que la alternativa de que el perjudicado tenga que presentar una demanda ante los tribunales del orden jurisdiccional civil para reclamarla. Afirmada la *existencia* más allá de toda duda razonable de una perturbación, el juez penal solo tendrá que comprobar la concurrencia de un daño a ella imputable y la ausencia de un deber del perjudicado de soportarlo (total o parcialmente) para pronunciarse sobre la responsabilidad civil; excluyéndola siempre —sin perjuicio de una posible responsabilidad civil en virtud de *otro* título de imputación⁶— en caso de certeza sobre la *inexistencia* de una conducta perturbadora. En ambos casos, por supuesto, el juez decidirá sobre esta materia con efectos de cosa juzgada material, con la consiguiente preclusión de la posibilidad de un proceso civil ulterior sobre el mismo objeto entre las mismas partes (art. 222 LEC)⁷.

A mi juicio, sin embargo, las ventajas que derivan de la existencia de un elemento estructural común a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil no deberían desaparecer por el simple hecho de que no fuera el mismo juez (el penal) el que conociera de ambas formas de responsabilidad, sino que deberían subsistir en supuestos en los que la responsabilidad civil derivada de los hechos previamente enjuiciados en un proceso penal se ventilara en un proceso civil ulterior —por reserva de la acción o por otros motivos, a los que en su momento me referiré—, o incluso en casos en que al proceso penal precediera un proceso civil donde se dilucidara la posible responsabilidad civil por los mismos hechos. En todos estos supuestos, podría plantearse, al menos en principio, la conveniencia de reconocer al contenido de la resolución por la que finaliza el primero de los procesos *eficacia vinculante* en relación con el segundo, se calificara esta o no como

⁶ Vid. n. 15 del resumen introductorio, n. 23 de este capítulo y el texto al que acompañan.

⁷ Vid. n. 16 de este capítulo.

efecto positivo de cosa juzgada material (art. 222.4 LEC⁸)⁹. Esto es precisamente lo que dispone el art. 116, par. I LECrim, en relación con las sentencias penales absolutorias firmes en las que se declara la *inexistencia del hecho* que hubiese podido fundamentar una eventual responsabilidad civil del autor; resoluciones que obligan al juez civil que, en su caso, decida sobre ella en un proceso ulterior a declarar el hecho igualmente inexistente, con la consiguiente absolución del demandado¹⁰. De este precepto pueden extraerse, no obstante, según creo, consecuencias más ambiciosas en relación con otros grupos de casos, alcanzando soluciones satisfactorias desde el punto de vista de los principios de economía procesal y unidad de jurisdicción¹¹.

Al estudio de la problemática que acaba de exponerse se dedica el presente capítulo. En el apartado II se analizarán los supuestos en los que una determinada conducta indiciariamente perturbadora se enjuicia primero en un proceso penal, al que sigue (en su caso) un proceso civil sobre los mismos hechos. El apartado III tratará el

⁸ «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

⁹ Aunque tiendo a pensar que esta sería la caracterización más correcta del fenómeno, la doctrina procesalista discute vivamente la posibilidad de calificar como tal la eventual eficacia vinculante de una resolución que se extiende más allá de su parte dispositiva y se despliega en relación con un procedimiento cuyo objeto es, como en este caso, radicalmente diverso al de aquel en el que se dicta. Sobre ello, vid., por todos, GÓMEZ ORBANEJA, E, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo II. Volumen I* (Barcelona: Bosch, 1951), pp. 702, 711; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, *La cosa juzgada penal* (Bologna: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975), pp. 170-177; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2002, pp. 194-198; y NIEVA FENOLL, J, *La cosa juzgada* (Barcelona: Atelier, 2006), pp. 176-198.

¹⁰ Lo que literalmente dispone el precepto mencionado es que, en este caso, la acción civil para reclamar la indemnización de los daños supuestamente derivados del hecho declarado inexistente «se extingue». GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 703-704 (al que sigue, en este punto, aparentemente, YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 533) interpreta esta expresión en un sentido preclusivo: de acuerdo con el autor, la única actividad procesal civil que podría tener lugar tras la sentencia penal sería una dirigida a comprobar la identidad entre el hecho declarado inexistente y el que fundamentase la pretensión resarcitoria. El artículo 116, par. I LECrim vendría así a reconocer —aunque el autor en ningún momento se refiere a ella como tal— una suerte de eficacia *negativa* de cosa juzgada material a la sentencia penal, en relación con el proceso civil ulterior. Parece, sin embargo, más correcta, la opinión de procesalistas como JUAN SÁNCHEZ, R, «Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil ex delicto», *InDret*, vol. 1 (2009), pp. 22, que entienden que la eficacia vinculante que el art. 116, par. I LECrim reconoce a la sentencia penal en esta clase de supuestos resulta perfectamente compatible con un pronunciamiento de fondo del juez civil, *desestimando* (imperativamente) la pretensión resarcitoria del demandante. De hecho, como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1975, pp. 180-181, no parece existir trámite procesal alguno capaz de dar cauce al planteamiento teórico de GÓMEZ ORBANEJA; observación que a mi juicio continúa perfectamente vigente a la luz de la LEC, a no ser que se estiren hasta romperlos los límites del tenor literal su art. 404.2.

¹¹ Así, ya GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 705, 775-776, 781.

grupo de casos inverso: el de aquellos en que el proceso civil en el que el perjudicado reclama una indemnización al dañante precede a uno penal sobre los mismos hechos.

II. PROCESO PENAL PRECEDENTE A PROCESO CIVIL SOBRE LOS MISMOS HECHOS

Supongamos que, en relación con una conducta (indiciariamente) perturbadora que causa daños indemnizables, se inicia, en primer lugar, un proceso penal. A los efectos que aquí interesan, la primera posibilidad que ha de considerarse es la de que, **pendiente el procedimiento, el perjudicado por la conducta interponga una demanda** frente a su autor, reclamando el resarcimiento de los daños causados. El tratamiento que haya de darse a este grupo de casos dependerá, a mi juicio, de que el perjudicado se haya *reservado expresamente* o no la acción civil en el proceso penal, para ejercitarla ante los tribunales del orden jurisdiccional civil una vez concluido aquel, si ello fuera posible. Si no lo ha hecho, se haya personado o no en el proceso penal, la acción civil se entenderá ejercitada a su favor por el Ministerio Fiscal en dicho proceso (arts. 108; 110, par. II; y 112 LECrim), por lo que el proceso civil iniciado a través de la demanda deberá concluir mediante auto de sobreseimiento por *litispendencia* (arts. 421.1 y 443.2 LEC)¹².

Habiéndose reservado el perjudicado expresamente la acción civil, la cuestión resulta algo más compleja. Excluido aquí, por razones evidentes, el tratamiento correspondiente a la litispendencia, parece que deberá estarse a lo dispuesto en el art. 114 LECrim, que establece, en lo que aquí interesa, que «promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». Aunque la referencia a que «no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho» parece apuntar a la necesidad de que se inadmita la demanda posterior al inicio del proceso penal —única vía para que el pleito civil ni siquiera llegue a comenzar—, esto parece del todo imposible, a la vista de las causas tasadas que, a estos efectos, se contemplan en los arts. 403.2 y 404.2 LEC, cuya aplicación analógica queda expresamente vedada (art. 403.1 LEC).

¹² Cfr., no obstante, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2002, p. 232, que sostiene, por razones que no alcanzo a comprender, que en este caso el proceso civil debería tramitarse hasta culminar en sentencia; resolución que, a su vez, desplegaría efectos de cosa juzgada material en relación con el proceso penal en curso.

Así las cosas, parece que deberá admitirse la demanda y *suspenderse* el procedimiento hasta la finalización del proceso penal por sentencia firme. Al no haber apenas avanzado el proceso civil, la solución con más sentido práctico sería, a mi juicio, que esta suspensión fuera *inmediata* tras la admisión de la demanda; que el procedimiento se suspendiera «en el estado en el que se hallare», como dispone el art. 114 LECrim. El art. 40 LEC parece, sin embargo, excluir esta sensata alternativa, ordenando que, en estos casos, la suspensión se acuerde «mediante auto, una vez que el proceso esté *pendiente solo de sentencia*» (art. 40.3 LEC), contestándose, por tanto, la demanda y celebrándose la audiencia previa y el juicio mientras corre en paralelo un proceso penal sobre los mismos hechos.

Según creo, esta solución solo tiene algún sentido cuando el proceso penal comienza *estando ya en curso el proceso civil* sobre los mismos hechos. Si, por ejemplo, durante la práctica de la prueba en un juicio se pusieran de manifiesto hechos aparentemente delictivos y —alertado al respecto el Ministerio Fiscal (art. 40.1 LEC)— se iniciase un proceso penal sobre ellos, sería absurdo interrumpir en ese momento el juicio civil, suspender las actuaciones y retomar la práctica de la prueba solo cuando hubiera recaído sentencia penal firme (quizás años más tarde). Y este es, en efecto, el supuesto para el que claramente parece estar pensado el art. 40 LEC; no, en cambio, para el que contempla el art. 114 LECrim y del que aquí se trata: aquel en el que la demanda civil se interpone *una vez iniciado el proceso penal*¹³. Aunque la cuestión es discutible¹⁴, considero, por tanto, posible sostener que existe en este punto una *laguna* en la regulación procesal civil¹⁵; laguna que podría colmarse aplicando analógicamente en estos casos lo dispuesto en el art. 40.4 LEC para la prejudicialidad penal derivada de la existencia de un posible delito de falsedad de los documentos aportados, con la consiguiente suspensión *inmediata* del proceso civil, una vez admitida la demanda.

¹³ Vid., en este sentido, la STS (Sala Primera) 785/2009, de 24 de noviembre (FD 3).

¹⁴ Sobre el particular, vid., por todos, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2002, pp. 187-189, 232; y ROIG TORRES, 2010, pp. 58-59.

¹⁵ La solución alternativa —la de que el art. 40 LEC habría venido a derogar la norma del art. 114 LECrim— está, por lo demás, descartada en virtud de la reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del TS que aplica esa última norma para entender que la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil no corre desde la apertura hasta la finalización del proceso penal sobre los mismos hechos; jurisprudencia que por supuesto se mantuvo tras la entrada en vigor del art. 40 LEC y continúa plenamente vigente: vid., por todas, las SSTS (Sala Primera) 92/2021, de 22 de febrero, y 434/2021, de 22 de junio.

Mucho más interés revisten, en cualquier caso, los supuestos en que el proceso penal **finaliza por medio de una resolución firme** (sentencia o auto de sobreseimiento libre) con efectos de cosa juzgada en lo que a la responsabilidad *penal* del autor se refiere. Y aquí han de distinguirse dos grupos de casos posibles, a cuyo análisis se dedicará, respectivamente, cada uno de los epígrafes siguientes de este apartado: aquellos en los que la resolución penal —necesariamente una sentencia— contiene también un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil del autor, con todos los efectos de cosa juzgada *civil* a los que se refiere el art. 222 LEC¹⁶ (epígrafe 1); y aquellos en los que, a pesar de no contenerlo, podría plantearse la necesidad de reconocer a la resolución penal *eficacia vinculante* (art. 222.4 LEC) en relación con el proceso civil ulterior que el perjudicado por los hechos entablase, en su caso, para reclamar el resarcimiento de los daños causados (epígrafe 2).

1. Resolución sobre responsabilidad civil en el proceso penal

La competencia del juez penal para resolver sobre la responsabilidad civil dimanante de los hechos de los que conoce solo existe, como se indicó al principio de este apartado, si el perjudicado no ha *reservado* expresamente la correspondiente acción para su ejercicio ulterior, en su caso, ante los tribunales del orden civil (y siempre que, por supuesto, tampoco haya *renunciado* a ella). Pero, aun cumpliéndose estas condiciones, tal competencia «adhesiva» no se atribuye al juez penal en todo caso, sino únicamente en dos situaciones en las que la economía procesal lo aconseja de forma especialmente intensa: cuando se *condena* penalmente al acusado —pronunciamiento que lleva siempre implícito el de la *existencia*, más allá de toda duda razonable, de una conducta perturbadora—, y cuando se lo *absuelve* afirmando (de nuevo, más allá de toda duda razonable) la *existencia o inexistencia* de una conducta perturbadora y habiendo llegado a abrirse el juicio oral (arts. 118 y 119 CP, y 782.1, par. I LECrim).

¹⁶ Ni más ni menos que esto, con los límites (objetivos y subjetivos) que le son propios es lo que producen estas sentencias penales. No se trata, pues, del supuesto «efecto consuntivo» —que excluiría *cualquier* procedimiento ulterior en el que se pretendiera exigir responsabilidad civil por los mismos hechos, incluso entre sujetos que no han sido parte en el proceso penal previo— al que solía hacer referencia la Sala Primera del TS en su jurisprudencia de finales de los años ochenta (y al menos, hasta su sentencia 858/1993, de 20 de septiembre). Vid., en este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 704, 769, 780-781; PANTALEÓN PRIETO, 1991, «Artículo 1902», pp. 1976-1977; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2002, pp. 227-230; JUAN SÁNCHEZ, 2009, pp. 26-27; ROIG TORRES, 2010, pp. 50-55; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 534-537, 567-571.

En cualquiera de estas circunstancias, pronunciarse sobre la responsabilidad civil del acusado resulta, en efecto, particularmente sencillo para el juez penal. Si en su sentencia **afirma concluyentemente la existencia de una perturbación** —ya se trate de una sentencia *condenatoria*, o de una que *absuelva* al acusado por inimputabilidad (art. 118.1.1.^a y 2.^a CP), inexigibilidad (art. 118.1.4.^a CP) o error invencible (art. 118.2 CP)¹⁷— el juez habrá establecido ya la «culpa» a los efectos de responsabilidad civil. Así, para completar el enjuiciamiento, únicamente deberá pronunciarse sobre los componentes privativos de la estructura dogmática del Derecho de daños analizados en el capítulo 4 de este trabajo: la existencia de uno o varios capítulos de daño¹⁸, la posibilidad de imputarlos a la conducta perturbadora del dañante¹⁹, y la inexistencia de un deber del perjudicado de soportarlas (total o parcialmente), con base, bien en su propia conducta descuidada²⁰, bien en consideraciones generales de política jurídica²¹; elementos sobre los que habrá de conocer *sin vinculación alguna* por lo afirmado en relación con la responsabilidad penal del autor²².

¹⁷ Supuestos todos ellos en los que, como se vio en el epígrafe 1 del apartado III del capítulo 3, no falta una conducta perturbadora, sino que se encuentra totalmente excluida la posibilidad de *imputarla* personalmente a su autor. Inexplicablemente, no se incluyen en el precepto los supuestos en los que la exención de responsabilidad penal del autor obedece a la concurrencia de una causa de exclusión de la *punibilidad* del delito, habiendo quedado establecidas tanto la concurrencia de una conducta perturbadora como la culpabilidad de su autor. En estos casos procedería, a mi juicio, reconocer al juez penal competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil del acusado, a través de una aplicación analógica de lo dispuesto en los arts. 118 y 119 CP. Vid., en este sentido, por todas, las SSTS (Sala Segunda), 719/1992, de 6 de abril; 189/2007, de 5 de marzo; 618/2010, de 23 de junio; 412/2013, de 22 de mayo; 445/2013, de 28 de junio; 551/2019, de 12 de noviembre. Crítico con esta postura se muestra, sin embargo, JUAN SÁNCHEZ, 2009, pp. 15-16. En opinión de YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 542-543 (y, aparentemente, de DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2002, p. 201), ni siquiera sería necesaria a estos efectos la analogía, en la medida en que el art. 268 CP declara expresamente sujetos a responsabilidad civil a los parientes; «[y] si se añade que el art. 268 se limita a reconocer que sólo ha de haber responsabilidad civil, pero nada dice de que haya de ser el juez penal el que la establezca, contestaré que *para este viaje no hacen falta alforjas*: eso sucede en cualquier caso de sentencia absolutoria *común*. Bastaría con establecer la exención de responsabilidad criminal para que el perjudicado tuviera que peregrinar a la justicia civil, como pasa en todos los casos, y el precepto no añadiría nada» (YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 543).

¹⁸ Vid. apartado III del capítulo 4.

¹⁹ Vid. apartado IV del capítulo 4.

²⁰ Vid. apartado V del capítulo 4.

²¹ Vid. apartado VI del capítulo 4. No de otra forma puede explicarse, como allí se vio, el que, en los supuestos en que el miedo insuperable del dañante haya sido provocado por otra persona, el art. 118.1.4.^a CP declare al primero solo *subsidiariamente* responsable del segundo frente al perjudicado.

²² Por mucho que, como se argumentó en los epígrafes 1 y 2 del apartado IV del capítulo 4, sean estructuralmente idénticos los juicios penal y civil de causalidad y realización del riesgo, mientras que a los efectos penales se trata de imputar, sobre esta base, *un resultado típico* a la conducta perturbadora del autor, la responsabilidad civil del dañante presupone la imputación de *cada uno de los capítulos de daño* a dicha conducta. Esta falta de coincidencia entre los *objetos* de imputación (aun coincidiendo parcialmente los *criterios*) determina que ni siquiera en este punto pueda el juez trasladar sin más al ámbito civil las

Por el contrario, si en la sentencia penal —necesariamente absolutoria— se **niega de forma concluyente la concurrencia de una perturbación**, el juez deberá absolver al autor de toda posible responsabilidad civil *por culpa*, quedando abierta, en su caso, la posibilidad de afirmar la responsabilidad civil *por sacrificio* de la persona beneficiada por su conducta (ya se trate del propio dañante o de un tercero). De esta forma hay que entender lo dispuesto en el art. 118.1.3.^a CP, en el que el legislador español —como el alemán (vid. §§ 228 y 904 BGB)— ha identificado (torpemente) los presupuestos de esta forma de responsabilidad con los del estado de necesidad penal²³. Estos últimos son, sin embargo, en un sentido más amplios y en otro más restringidos que los de la responsabilidad por sacrificio, al menos, si se parte de la configuración doctrinal mayoritaria de una y otra figura. De acuerdo con ella, la responsabilidad civil por sacrificio se basa en la lesión *intencionada* de los intereses de una persona con el *propósito* de salvar otros intereses considerados *superiores*, causándole a la primera un daño que, sin embargo, *no tiene el deber de soportar*²⁴. Como puede observarse, esta

conclusiones alcanzadas en relación con la responsabilidad penal del autor. Vid., en este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 779, 782-783, 785; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2002, p. 193; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 566-567.

²³ Vid., en esta línea, BRIGUGLIO, M, *El estado de necesidad en el Derecho civil*, trad. García Amigo, M (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971), *passim*, esp. pp. 160-180, 168; BUSTO LAGO, 1998, pp. 171, 383-383, 388-392, 400-414. QUINTERO OLIVARES, 2002, «Las personas civilmente responsables (apartados 1-4)», pp. 153-154; MEDINA CRESPO, 2015, pp. 94-95; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, «Estado de necesidad», nms. 1806, 1845. Cfr., sin embargo, la doctrina mayoritaria, que, o bien restringe teleológicamente este precepto, considerándolo aplicable únicamente a los supuestos de estado de necesidad *exculpante* —y reconduciéndolo, por tanto, junto con el resto de los contemplados en el art. 118 CP, al grupo de casos en los que no se excluye la existencia de una perturbación, sino solo la posibilidad de imputarla personalmente a su autor—; o bien recurre al tan manido «cajón de sastre» del «enriquecimiento injusto» para interpretarlo. Vid., en el primero de los sentidos, GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 747-748; ROIG TORRES, 2010, pp. 430-431; y (*de lege ferenda*) RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, p. 239; y, en el segundo, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 522; ALASTUEY DOBÓN, 2006, p. 624; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño», pp. 360-361; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, p. 55; SANCINETTI, 2010, n. 33 (p. 592); Díez-PICAZO, 2011, pp. 307-308 ALONSO GALLO Y PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, nm. 6288; BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, p. 146; ROCA TRÍAS, E, «La responsabilidad civil derivada de delito», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), pp. 76-77; y, aparentemente, KOCH, 2005, p. 125 (una postura criticada, con razón, por autores como GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 62-168, 232-238; SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, p. 72; y WILENMANN, 2017, n. 34, pp. 572-573). Como un supuesto de «responsabilidad en equidad» la califica, sin embargo, YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 304 (próximo, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 171-173). Por su parte, PEÑA LÓPEZ, 2002, pp. 387-389, se limita a referirse a ella como una indemnización «reequilibradora», sin aclarar su naturaleza jurídica. Finalmente, hay autores que, como SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, pp. 71-73, consideran el estado de necesidad un supuesto en el que la justificación penal no obsta a la «antijuridicidad civil» subsistente; algo que, si lo que he defendido en el capítulo 2 de este trabajo tiene algún sentido, no puede ser correcto.

²⁴ Una interpretación aún más restrictiva (basada en los antecedentes históricos del art. 118.1.3.^a CP), que limita esta forma de responsabilidad a los daños causados *a las cosas*, orientados a salvar otras de mayor valor, ofrece GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 140, 116-139, 197-232, 239-240.

definición *no abarca* los supuestos de justificación por estado de necesidad en los que el autor no tiene la intención de lesionar los intereses sacrificados para salvar los prevalentes, o siquiera el conocimiento de que esto es precisamente lo que está haciendo²⁵; supuestos que, no obstante, reconoce como propiamente tales la doctrina penalista hoy prácticamente unánime²⁶. Y *tampoco abarca* los casos de justificación por estado de necesidad en los que el autor *sí tiene* el deber de soportar el daño causado, como el estado de necesidad defensivo²⁷. La definición *se extiende*, por otro lado, más allá de los casos de estado de necesidad, alcanzando, como ya se anticipó, a los supuestos de justificación por legítima defensa en los que, a pesar de las apariencias (*ex ante*), no existe realmente (*ex post*) una agresión ilegítima por parte del perjudicado; supuestos en los que, a mi juicio, el art. 118.1.3.^a CP habría de aplicarse por analogía²⁸. En cualquier caso, de no cumplirse los requisitos de la responsabilidad civil por sacrificio en la constelación de supuestos aquí analizada, el juez penal deberá absolver al acusado *también* de responsabilidad civil; pronunciamiento que, como ya se indicó, tendrá efectos de cosa juzgada material (art. 222 LEC) en relación con cualquier ulterior proceso civil sobre los mismos hechos que en su caso se entablase.

²⁵ Así, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 117, 139, 140.

²⁶ Ello no hace más que confirmar la tesis, defendida en el punto (a) del epígrafe 3 del apartado IV capítulo 2, de acuerdo con la que la diferencia entre «riesgo permitido» y justificación es meramente *gradual*; tesis que, sin embargo, resulta naturalmente incompatible con una defensa seria de que la responsabilidad civil por sacrificio se extienda a *todos* los supuestos de justificación por estado de necesidad; así, p.ej. JANSEN, 2003, pp. 17-18. Para comprobarlo, supongamos que el conductor de una ambulancia, que transporta a un paciente necesitado de atención médica urgente, trasgrede los límites reglamentarios de velocidad con el objetivo de llegar cuanto antes al hospital, provocando, como consecuencia, cuantiosos daños materiales en otro vehículo. La doctrina penalista mayoritaria considera este último un «ejemplo de manual» de estado de necesidad justificante; así, por todos, REYES ALVARADO, 1994, p. 105; JESCHECK Y WEIGEND, 2002, p. 635; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 412; MIR PUIG, 2016, pp. 479-480; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», nms. 1424, 1430; PEÑARANDA RAMOS, 2020, «Homicidio», nm. 6970. Sin embargo, ¿estarían dispuestos estos autores a afirmar, al mismo tiempo, que el paciente transportado en la ambulancia ha de resarcir, con base en el art. 118.1.3.^a CP, los daños causados al propietario del vehículo?

²⁷ Supuesto en el que el deber del perjudicado de soportar el daño deriva de que la situación de necesidad ha sido provocada por elementos que pertenecen a su propio ámbito de responsabilidad. Aunque tengo dudas al respecto, quizás pueda afirmarse también la existencia de un deber del perjudicado de soportar el daño (en virtud de la ley) en los supuestos de colisión de deberes justificante; cosa que requeriría una restricción teleológica del art. 118.1.3.^a CP si esta causa de justificación se recondujera —como hace la doctrina mayoritaria— al estado de necesidad (art. 20.5.^o CP), pero se extraería nítidamente *a contrario* del art. 118 CP en caso de ubicarla —siguiendo a COCA VILA, 2016, pp. 514-525— en el cumplimiento de un deber (art. 20.7.^o CP). En cualquier caso, como anticipé en la n. 282 del capítulo 2 (donde proporcioné las oportunas referencias), es en este ámbito donde considero que la teoría penal de la justificación centrada en el supuesto «deber de tolerancia» del perjudicado por el conflicto puede dar sus mejores frutos, delimitando el alcance de la responsabilidad *civil* por sacrificio.

²⁸ Vid. inciso (ii) del punto (b) del epígrafe 3 del apartado IV capítulo 2, esp. texto junto a las nn. 282-283 de tal capítulo.

2. Resolución sobre responsabilidad civil en el proceso civil ulterior

Más allá de los dos grupos de casos anteriores, el juez penal que conozca de los hechos *carecerá de competencia* para pronunciarse sobre la responsabilidad civil en su caso dimanante de ellos, por lo que, una vez concluido el proceso penal mediante resolución firme, quedará abierta al perjudicado la vía civil para reclamarla (art. 116, par. II LECrim). Siempre que se trate de una sentencia o de un auto de sobreseimiento libre, esta resolución desplegará sin duda efectos de cosa juzgada —si bien solo *negativos*, de acuerdo con la doctrina procesalista mayoritaria²⁹— en relación con cualquier proceso *penal* que ulteriormente se inicie sobre los mismos hechos. Pero la pregunta a la que se trata de responder aquí es, como ya anticipé, si acaso cabe reconocer a estas resoluciones una *eficacia vinculante adicional*³⁰, en relación con el proceso civil subsiguiente sobre los mismos hechos que, en su caso, inicie el perjudicado. Y a estos efectos cabe diferenciar, a mi juicio, tres grandes grupos de casos posibles.

En primer lugar, puede que en la resolución penal se declare la **inexistencia más allá de toda duda razonable de una perturbación**, pero que el juez que la dicta carezca de competencia para resolver sobre la posible responsabilidad civil de la persona contra la que el procedimiento se dirige; ya sea por haberse reservado el perjudicado expresamente la acción civil, o por resultar tan claro que no han tenido lugar los hechos supuestamente acaecidos que no llegue a abrirse siquiera el juicio oral, concluyendo en este caso el proceso mediante auto de sobreseimiento libre *ex art. 637.1.º LECrim*³¹. En este grupo de supuestos, la aplicación (directa, en el primero de los casos; analógica, en el segundo³²) del art. 116, par. I, LECrim conduce a reconocer a la sentencia absolutoria

²⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1975, *passim*; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2002, p. 194. Cfr., no obstante, NIEVA FENOLL, 2006, pp. 90-91, 144-150; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J, *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II*, 6.ª ed. (Cizur Menor: Aranzadi, 2014), pp. 2353-2356.

³⁰ Que este se califique o no como un efecto positivo de cosa juzgada (art. 222.4 LEC) tiene, a mi juicio, como ya he señalado, una importancia francamente escasa; vid. n. 9 de este capítulo.

³¹ O *ex art. 637.1.3.º LECrim*, si este hubiera de interpretarse, en la línea recientemente sugerida por PUENTE RODRÍGUEZ, L, «Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado antes, durante y después del procedimiento penal», *Diario La Ley*, vol. 9699 (2020), p. 2, en el sentido de que existe certeza de que las personas contra las que se dirige el procedimiento no han intervenido en los hechos como autores o partícipes.

³² Vid., en este sentido, p.ej., MARTÍN TALAVERA, Á, «Análisis de la posibilidad de entablar una acción civil fundamentada en los mismos hecho que un Tribunal penal entiende que no son constitutivos de delito. A propósito de la Sentencia de la Sección 1ª del Tribunal Supremo núm. 84/2020 de 6 de febrero», *Diario La Ley*, vol. 9627 (2020), p. 3 de la versión electrónica. Aunque autores como GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 767-768, 770; YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 541; y, aparentemente, DYSON, 2012, p. 330, se resisten

o auto de sobreseimiento correspondiente eficacia vinculante en relación con el procedimiento civil sobre los mismos hechos que, en su caso, se entable³³.

El juez que conozca de dicho procedimiento deberá partir, en este sentido —según lo dispuesto en la resolución penal de que se trate—, bien de la *inexistencia de los hechos* en los que se base la pretensión resarcitoria, en cuyo caso deberá dictar inmediatamente sentencia, desestimándola; bien *del carácter no perturbador* de la conducta del dañante³⁴, debiendo este quedar absuelto de responsabilidad civil por culpa, sin perjuicio de su posible responsabilidad por riesgo o por sacrificio³⁵. Y esta eficacia vinculante deberá operar igualmente en contra de los perjudicados que —fuera por reserva de la acción civil o por simple inactividad— *no fueron partes* en el proceso penal en el que se dictó la sentencia o el auto de sobreseimiento correspondiente, no habiendo podido, por tanto, aportar pruebas de los hechos, ni formular alegaciones a favor de la existencia de una perturbación. El derecho a la tutela judicial efectiva de tales perjudicados queda, así, limitado en aras de los principios de economía procesal y unidad de jurisdicción; limitación que resulta, a mi juicio, razonable, si se tiene en cuenta que nada les impedía

a admitir la posibilidad de una aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 116, par. I LECrim a resoluciones diferentes de la sentencia firme, personalmente no alcanzo a comprender las razones por las que esto ha de ser así. Y es que no parece, a mi juicio, existir ninguna diferencia normativamente relevante entre la sentencia en la que se declara de forma concluyente la inexistencia de los hechos y el auto de sobreseimiento libre en el que se aprecia la inexistencia de «indicios racionales de haberse perpetrado el hecho» (art. 637.1.º LECrim). ¿Acaso no es equivalente decir que no existen *dudas* razonables de la *inexistencia* de un hecho que decir que no existen *indicios* racionales de su *existencia*? Máxime cuando, como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, la expresión legal «quiere decir que racionalmente no se puede pensar, con los datos que se poseen, que se haya cometido el hecho que se acusa [...]». Existe, por tanto, una *certeza relativa* de que el hecho que se acusó en la querrela *no ha sido cometido*» (CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1975, pp. 89-90).

³³ Respecto de la posibilidad de reconocer a la sentencia absolutoria un efecto *preclusivo* respecto del proceso civil ulterior, defendida por GÓMEZ ORBANEJA, vid. n. 10 de este capítulo.

³⁴ Como me hizo notar el Profesor CASTELLVÍ MONSERRAT tras su atenta lectura del borrador de este trabajo, aquí cabría, sin embargo, reconocer una excepción: la relativa a los supuestos, analizados en el punto (a) del epígrafe 1 del apartado IV del capítulo 2, en los que el *principio del hecho* conduce a negar (concluyentemente) la existencia de una perturbación a los efectos penales, pero afirmarla a los civiles (conocimientos especiales superiores del autor). Se trata, en cualquier caso, de supuestos tan sumamente extraños desde el punto de vista práctico que su tratamiento en el marco de este capítulo se me antoja innecesario.

³⁵ Vid., en este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, 1951, p. 743; y NIEVA FENOLL, 2006, pp. 235-238. De otra opinión, no obstante, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, «La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación», pp. 56-82; acogiendo un criterio que parece seguir (en todo caso, *obiter*) la Sala Primera del TS en su sentencia 542/1996, de 28 de junio. En la misma línea restrictiva, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2002, pp. 190-191; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 566-567.

haberse mostrado parte en la causa penal antes del trámite de calificación del delito (art. 110, par. I LECrim) si les preocupaba la posibilidad de este resultado³⁶.

En el segundo de los escenarios posibles, el juez penal **afirma concluyentemente en su sentencia la existencia de una perturbación**, pero carece, de nuevo de competencia para pronunciarse sobre la posible responsabilidad civil del acusado. Lo más probable es que ello se deba a que los perjudicados se hayan *reservado* expresamente la acción civil, aunque también puede plantearse otros supuestos más difíciles en la práctica. Así, existe la posibilidad teórica —muy poco plausible, en la medida en que la doctrina penalista tiende a analizar de manera conjunta ambas categorías dogmáticas³⁷— de que el juez aprecie la existencia de una conducta perturbadora pero *penalmente atípica*, dictando una sentencia absolutoria en la que, a diferencia de lo que sucede en los supuestos regulados en el art. 118 CP, no existirá pronunciamiento alguno sobre responsabilidad civil *ex delicto*³⁸.

El famoso caso de «*los Albertos (KIO)*»³⁹ proporciona otro buen ejemplo de la posibilidad de que esto ocurra. Como es sabido, la controversia fundamental suscitada en este procedimiento giraba en torno a la posible prescripción de los delitos supuestamente cometidos por los acusados. El primer tribunal penal en pronunciarse sobre el caso, la Audiencia Provincial de Madrid, consideró que aquellos se encontraban efectivamente prescritos. Sin embargo, en lugar de estimar la prescripción como artículo de previo pronunciamiento y dictar auto de sobreseimiento libre (art. 675, en relación art. 666.3.^a LECrim), o dictar sentencia absolviendo *a limine* a los acusados (art. 678 LECrim) — como resulta habitual en la práctica tanto en casos de prescripción como de indulto (art. 666.4.^a)— la Audiencia incluyó en su sentencia absolutoria un pormenorizado relato de hechos probados, declarando (*obiter dicta*) que estos eran constitutivos de delitos de estafa y apropiación indebida de los que los acusados eran autores. Habiendo absuelto a los acusados por razones diferentes de las enumeradas en el art. 118 CP, el tribunal

³⁶ Así, GÓMEZ ORBANEJA, 1951, p. 766. Cfr., no obstante, JUAN SÁNCHEZ, 2009, p. 27.

³⁷ Vid. apartado II del capítulo 2.

³⁸ De acuerdo con el art. 109.1 CP, la competencia del juez penal para pronunciarse sobre responsabilidad civil requiere «la ejecución de un hecho *previsto en la ley como delito*», expresión que la doctrina prácticamente unánime entiende que requiere la constatación por parte del juez de una conducta (al menos) penalmente típica.

³⁹ Sobre el que se dictaron, sucesivamente, la STC 29/2008, de 20 de febrero; y la STS (Sala Segunda), 430/2008, de 25 de junio.

entendió, sin embargo, que, *a contrario sensu*, carecía de competencia para resolver sobre su responsabilidad civil, por lo que esta última cuestión quedó imprejuizada⁴⁰.

Recurrida en casación por las acusaciones particulares, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid fue revocada en parte por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que consideró que los delitos cometidos por los acusados no habían prescrito. De acuerdo con ello, la Sala dictó una nueva sentencia en la que los condenó por sendos delitos de estafa y falsedad en documento mercantil, con la correspondiente obligación de resarcir a los perjudicados los daños causados por su conducta⁴¹. Esta sentencia resultó, no obstante, anulada por el TC, que estimó el recurso de amparo interpuesto por los condenados, apreciando (en síntesis) que, para resultar conforme a los derechos fundamentales de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la libertad (art. 17.1 CE), el plazo de prescripción de los delitos de los que se los acusaba debería haberse considerado transcurrido con anterioridad al momento en el que la Sala Segunda había apreciado su interrupción⁴². Las acusaciones particulares solicitaron al TC la aclaración de la parte dispositiva de su sentencia en lo tocante a las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia de la Sala Segunda, respondiendo el TC que la anulación también se extendía a dicho pronunciamiento⁴³.

Ante esta situación, las acusaciones particulares presentaron un escrito de alegaciones ante la Sala Segunda del TS, instándola a que, en la nueva sentencia de casación (imperativamente absolutoria) que en su momento dictase⁴⁴, resolviera, sin embargo, sobre la responsabilidad civil de los acusados, en el mismo sentido en el que lo había hecho en la sentencia anulada; pronunciamiento para el que la Sala debía considerarse competente *por analogía* con lo dispuesto en los arts. 118 y 119 CP. Este argumento resultaba, a mi juicio, perfectamente atendible: si, como ya he argumentado, son razones de economía procesal las que justifican que el juez penal tenga competencia para conocer de la responsabilidad civil en los supuestos enumerados en el art. 118 CP —básicamente, su disponibilidad de todo el material probatorio necesario para declarar

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima), 144/2000, de 29 de diciembre.

⁴¹ STS (Sala Segunda) 298/2003, de 14 de marzo.

⁴² STC 29/2008, de 20 de febrero.

⁴³ ATC 70/2008, de 26 de febrero.

⁴⁴ De acuerdo con lo dispuesto por el Pleno de la propia Sala en su Acuerdo no jurisdiccional de 15 de diciembre de 2000.

más allá de toda duda razonable la existencia o inexistencia de una conducta perturbadora—, *con mayor motivo* habrá de tenerla en los casos en los que la *prescripción* del delito (o la concesión de un *indulto*⁴⁵) se declara una vez celebrado el juicio oral⁴⁶. La interpretación analógica de los preceptos mencionados resulta aquí, según creo, mucho más adecuada que la interpretación *a contrario* que la Audiencia Provincial de Madrid había llevado a cabo en su sentencia. También fue esta última, no obstante, la preferida por la Sala Segunda del TS en su sentencia de 25 de junio de 2008, en la que —a pesar de reafirmarse en la comisión inequívoca por parte de los acusados de sendos delitos (prescritos) de estafa y apropiación indebida— se declaró incompetente para conocer de su responsabilidad civil, obligando a los perjudicados a acudir a los tribunales del orden civil para reclamarla⁴⁷.

¿Se encontraban estos últimos tribunales en algún sentido *vinculados* por la sentencia penal previa? ¿Puede afirmarse, con base en una interpretación *analógica* de lo dispuesto en el art. 116, par. I LECrim, que los perjudicados tenían en este caso derecho a que los tribunales civiles partieran en sus resoluciones como dato intangible de la consideración como *perturbadora* de la conducta de los demandados —y, por consiguiente, de la existencia de «culpa o negligencia», a los efectos del art. 1902 CC—, entrando a valorar únicamente la concurrencia de un daño imputable a tal perturbación y de un eventual deber de los demandantes de soportarlo total o parcialmente? Esta es, a mi juicio, la solución que un ordenamiento jurídico respetuoso con los principios de economía procesal y unidad de jurisdicción debería dar a todos los supuestos pertenecientes al grupo de casos ahora analizado⁴⁸; y es, sin duda, lo que, debería haber

⁴⁵ Caso para el que en la jurisprudencia de la Sala sí se ha admitido, en cambio, al menos en una ocasión, la interpretación analógica aquí defendida; vid. su sentencia de 26 de septiembre de 1991 (rec. núm. 3237/1988). Respecto del supuesto (también análogo) de concurrencia de causas de exclusión de la punibilidad, vid. n. 17 de este capítulo

⁴⁶ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 171-172. Cfr., no obstante, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 2002, pp. 199-200; e YZQUIERDO TOLSADA, 2020, pp. 538-542, que, a pesar de rechazar esta solución *de lege lata*, se muestra partidario de una reforma de la normativa que permita al juez penal conocer de la responsabilidad civil también en esta clase de supuestos.

⁴⁷ STS (Sala Segunda), 430/2008, de 25 de junio.

⁴⁸ Así lo hace, p. ej., el Derecho chileno: el art. 178 CPCCh dispone, a estos efectos, que «en los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al acusado»; y el art. 180 de la misma ley añade que «siempre que la sentencia criminal produzca cosa juzgada en el proceso civil, no será lícito en este tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en dicha sentencia o con los hechos que le sirvan de necesario fundamento». De acuerdo con la doctrina más autorizada, dicho efecto se extiende únicamente a la existencia de una conducta culposa

hecho el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid en el caso de «los Albertos (KIO)». A las sentencias penales firmes en las que se *afirma* más allá de toda duda razonable la existencia de una conducta perturbadora ha de reconocérseles según creo, tanta eficacia vinculante respecto del proceso civil sobre los mismos hechos que ulteriormente se entable como la que el art. 116, par. I LECrim obliga a reconocer a las que *niegan* con el mismo grado de certeza la concurrencia de una perturbación⁴⁹.

No fue esto, sin embargo, lo que decidieron tanto el Juzgado de Primera Instancia mencionado⁵⁰, como la Audiencia Provincial de Madrid⁵¹ y la Sala Primera del TS⁵² en sus sentencias sobre el caso de «los Albertos (KIO)». Todos estos órganos optaron, a estos efectos, por una interpretación *a contrario* del art. 116, par. I LECrim, de acuerdo con la que la posible eficacia vinculante de la sentencia penal respecto del proceso civil subsiguiente sobre los mismos hechos se limita al supuesto literalmente mencionado en él⁵³. Los demandantes tuvieron, por consiguiente, que acreditar de nuevo ante los tribunales civiles algo que los penales, sometidos a un estándar probatorio mucho más exigente, ya habían dejado establecido más allá de toda duda razonable: que la conducta de los demandados había sido perturbadora.

Esta lectura del art. 116, par. I LECrim tiene, a mi juicio, muy poco sentido práctico si se aplica a supuestos como el que acaba de exponerse: a cualquiera en que un juez civil tenga que decidir sobre el posible deber del demandado de resarcir los daños derivados de una conducta que un tribunal penal ya ha calificado de forma concluyente —y mediante una resolución firme— como perturbadora. La interpretación resulta, sin embargo, perfectamente razonable si se adopta en relación con un tercer y último grupo de casos: aquellos en los que el proceso penal concluye mediante una resolución en la

(perturbadora), pero no a la del daño o a su posibilidad de imputarlo a tal conducta (vid. BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II*, pp. 1074-1075).

⁴⁹ Vid., en sentido similar, GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 739, 778-780, 784-785; NIEVA FENOLL, 2006, pp. 235-238; y, de forma más matizada, ROIG TORRES, 2010, pp. 59-64, que solo reconoce esta eficacia vinculante al relato de hechos probados, pero no, en cambio, a su calificación jurídica. Cfr., sin embargo, JUAN SÁNCHEZ, 2009, pp. 22-28, que opina que, fuera del supuesto expresamente contemplado en el art. 116, par. I LECrim, la eficacia de tales sentencias debería limitarse a la meramente probatoria.

⁵⁰ SJPI núm. 3 de Madrid de 1 de septiembre de 2009 (procedimiento ordinario 425/2008).

⁵¹ SAP Madrid (Sección 25.ª) 556/2010, de 16 de noviembre.

⁵² STS (Sala Primera) 537/2013, de 14 de enero.

⁵³ Así lo ha reiterado recientemente (aunque, en este caso, *obiter*) la Sala Primera en su sentencia 84/2020, de 6 de febrero, con cita de otras anteriores.

que se declara la **incertidumbre sobre los hechos en que se fundamenta la pretensión punitiva** (auto de sobreseimiento provisional *ex art. 641 LECrim* o sentencia absolutoria en virtud del principio *in dubio pro reo*); o la **certeza de que, aunque existieran, no podría llegarse a imponer una pena** (auto de inadmisión de querrela *ex art. 313 LECrim*; o auto de sobreseimiento libre *ex arts. 637.2.º o 3.º*⁵⁴, o *675 LECrim*). En esta clase de supuestos, las *menores exigencias probatorias* que rigen en el proceso civil respecto del penal —o la simple ausencia de toda actividad probatoria en este último— determinan que no pueda reconocerse eficacia vinculante alguna a la resolución que pone fin al proceso penal respecto del proceso civil ulterior en el que, eventualmente, se resuelva en relación con la responsabilidad civil dimanante de los mismos hechos⁵⁵.

III. PROCESO CIVIL PRECEDENTE A PROCESO PENAL SOBRE LOS MISMOS HECHOS

Supongamos, finalmente, que se plantea el supuesto inverso al que se ha analizado en el apartado anterior: antes de que comience el procedimiento penal contra el autor de una conducta indiciariamente constitutiva de delito, el perjudicado por dicha conducta lo demanda ante los tribunales civiles, exigiendo el resarcimiento de los daños que esta le ha causado. Aquí cabe, de nuevo, imaginar dos escenarios posibles. En el primero de ellos, **pendiente el proceso civil iniciado por el perjudicado, comienza un proceso penal** en relación con los mismos hechos. De acuerdo con los art. 40 LEC el inicio del procedimiento penal dará lugar a la *suspensión* del civil, que —según la postura sobre la relación entre este precepto y el art. 114 LECrim presentada en el apartado anterior⁵⁶— deberá acordarse cuando el proceso esté pendiente únicamente de sentencia (art. 40.3 LEC). Ante esta situación, el tratamiento que deba darse a la acción civil en el proceso penal dependerá, a mi juicio, de la actitud que el perjudicado-demandante adopte al respecto. Parece claro que, en caso de *inactividad* por su parte, la demanda presentada ante los tribunales civiles deberá equivaler a una *reserva expresa* de la acción civil, que excluirá la competencia del juez penal para resolver sobre la responsabilidad civil dimanante de los hechos. En este supuesto, la resolución firme que ponga fin al proceso

⁵⁴ Aunque cfr. n. 31 de este capítulo.

⁵⁵ Así, p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 761-767; ROIG TORRES, 2010, p. 60-63, 70; DYSON, 2012, p. 330; y la STS (Sala Primera) 84/2020, de 6 de febrero, que acaba de citarse.

⁵⁶ Vid. texto junto a las nn. 13-15 de este capítulo.

penal permitirá continuar el civil iniciado con anterioridad y *vinculará* al juez que conozca de este, de acuerdo con lo señalado en el epígrafe 2 del apartado II de este capítulo.

¿Qué ocurrirá, sin embargo, si el perjudicado —por propia iniciativa (art. 110 LECrim) o tras el oportuno «ofrecimiento de acciones» (art. 109 LECrim)— decide *personarse como parte* en el proceso penal? La solución más favorable a sus intereses sería, naturalmente, que el juez penal sí pudiera en este caso entrar a conocer de la acción civil, manteniéndose mientras tanto *en suspenso* el procedimiento civil iniciado, como una especie de «dispositivo de seguridad», que permitiera al perjudicado no tener que presentar una nueva demanda contra el dañante y empezar de cero el procedimiento civil, en caso de finalizar el penal dejando imprejuzgada esta cuestión. Desde el punto de vista dogmático, parece más adecuado entender, sin embargo, que la propia existencia del proceso civil entablado impediría al juez penal pronunciarse sobre la misma pretensión resarcitoria en un procedimiento diferente (*litispendencia*)⁵⁷. De esta forma, para ejercitar la acción civil en el proceso penal, el perjudicado se vería obligado a *desistir* del proceso civil previamente iniciado (art. 20.2 y 3 LEC)⁵⁸.

La segunda de las posibilidades imaginables consiste en que **el proceso civil finalice por medio de una sentencia firme** —con efectos de cosa juzgada en lo que a la responsabilidad civil del dañante se refiere (art. 222 LEC)—⁵⁹, antes de que dé comienzo, en su caso, un procedimiento penal sobre los mismos hechos. En este supuesto, cabe plantearse la posibilidad de reconocer a la sentencia civil una *eficacia vinculante* en relación con el proceso penal que ulteriormente se entable, más allá del efecto negativo de cosa juzgada, que, por supuesto, excluirá de raíz la competencia del juez penal para

⁵⁷ *De lege lata* parece, pues, complicado considerar viable la solución que, sin duda, sería más beneficiosa para los intereses del perjudicado (y, seguramente, también desde el punto de vista de la economía procesal). Sería, por tanto, recomendable, una reforma legislativa expresa que autorizase al juez penal para conocer de la acción civil en esta clase de situaciones, quedando, entretanto, en suspenso el proceso civil iniciado con anterioridad.

⁵⁸ De adoptarse esta segunda interpretación, cabría preguntarse, acto seguido, si el demandado tendría, en este caso, derecho a *oponerse* al desistimiento de producirse este después de habersele emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. En cualquier caso, si se diera esta oposición —posibilidad que no puede en absoluto descartarse, pues de ella depende la condena en costas del demandante que desiste (art. 396 LEC)—, el juez resolvería «lo que estimara oportuno» en relación con el desistimiento (art. 20.3 LEC), y creo que ningún juez razonable en esta situación dejaría de tutelar el interés del demandante en que la posible responsabilidad civil del demandado se ventilara en el proceso penal del que tanto uno como otro también son partes.

⁵⁹ Incluyendo, por tanto, los supuestos de renuncia (art. 20.1 LEC) y allanamiento (art. 21 LEC).

pronunciarse (de nuevo) sobre la eventual responsabilidad civil *ex delicto*. ¿Puede, en definitiva, algo de lo que el juez civil declare en su sentencia condicionar en algún sentido la decisión sobre la posible responsabilidad *penal* del acusado?

Para responder a esta pregunta ha de partirse, según creo, de la base de que, como sucede en los casos, analizados en el apartado anterior de este capítulo, en los que una resolución penal firme precede al proceso civil sobre los mismos hechos, tal eficacia vinculante (si es que ha de existir) deberá alcanzar, como máximo, a los pronunciamientos del juez civil relativos a la *existencia o no de una perturbación*. La sentencia, en otras palabras, no podrá condicionar en absoluto las decisiones del juez penal en lo que respecta a los elementos privativos de la estructura dogmática de esta forma de responsabilidad que se analizaron en el capítulo 3: la subsunción de la conducta perturbadora en uno o varios tipos penales —incluida la posibilidad de imputarle un resultado lesivo—⁶⁰, la culpabilidad del autor⁶¹ y la punibilidad del delito⁶². Incluso en lo que hace al elemento estructural común a la responsabilidad penal y la civil, parece claro, además, que no deberá reconocerse eficacia vinculante alguna en relación con el proceso penal subsiguiente a la sentencia civil firme en la que **se declare la existencia de una perturbación** (o sea, de «culpa o negligencia», en el sentido del art. 1902 CC), de manera que el juez penal deba partir necesariamente de la base de que la conducta del acusado también es perturbadora a los efectos penales. Las mayores exigencias probatorias y garantías reforzadas a las que está sujeto el proceso penal impiden, a mi juicio, alcanzar esta conclusión, por muchas ventajas que ello pudiera reportar en términos de economía procesal⁶³.

¿*Quid iuris*, por último, de la sentencia civil (absolutoria) firme en la que **se niega la existencia de una perturbación**? El art. 117, par. II LECrim establece que «[l]a sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente», excluyendo, así, según parece, toda posibilidad de reconocerle a esta resolución eficacia vinculante en

⁶⁰ Vid. apartado II del capítulo 3. Respecto de los juicios de causalidad y realización del riesgo, puede reiterarse, *mutatis mutandis*, lo señalado en la n. 22 de este capítulo.

⁶¹ Vid. apartado III del capítulo 3.

⁶² Vid. apartado IV del capítulo 3.

⁶³ A esta misma conclusión llega, respecto del Derecho chileno, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II*, p. 1082.

relación con el procedimiento penal sobre los mismos hechos ulteriormente entablado⁶⁴. Desde el punto de vista estrictamente dogmático, esta solución produce cierta extrañeza: si todo delito presupone la existencia de una conducta perturbadora y este extremo ni siquiera ha podido acreditarse con los estándares de prueba (más laxos) propios del procedimiento civil, ¿cómo va a poder el juez penal llegar a la conclusión —necesaria para dictar una sentencia condenatoria— de que existe una perturbación *más allá de toda duda razonable*?

Con todo, existen al menos dos argumentos que, a mi juicio, hablan a favor del tratamiento previsto por el legislador para este grupo de casos. El primero se basa en que la eficacia vinculante que eventualmente se reconociera a la sentencia civil absolutoria respecto del proceso penal jugaría incluso *en contra de otras posibles partes acusadoras* (el Ministerio Fiscal, por ejemplo) que no pudieron siquiera intervenir como partes en el proceso civil, aportando pruebas y realizando alegaciones respecto del carácter perturbador de la conducta del demandado⁶⁵. El segundo parte de la base del papel fundamental que juegan en el proceso civil los *principios dispositivo y de aportación de parte* (art. 216 LEC), de acuerdo con los que bastaría la inactividad probatoria del demandante —por qué no, incentivada extraprocesalmente por el demandado— para que el juez dictara una sentencia absolutoria negando la existencia de una perturbación y excluyendo, con ello (de admitirse la eficacia vinculante), la posibilidad de condenar penalmente al segundo⁶⁶. Aunque esta inaceptable consecuencia quizás pudiera evitarse recurriendo a la figura del fraude de ley (art. 6.4 CC), la fuerza combinada de este razonamiento y el anterior arroja, según creo, una luz muy positiva sobre lo dispuesto en el art. 117, par. II LECrim.

⁶⁴ Así, GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 788-790; y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N Y GUTIÉRREZ ZARZA, MÁ, «Artículos 116 y 117», en *Enjuiciamiento Criminal. Ley y Legislación Complementaria. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I*, ed. Conde-Pumpido Ferreiro, C (Madrid: Trivium, 1998), p. 642. También, en relación con el Derecho chileno —donde no existe, hasta donde alcanzo, un precepto equivalente al art. 117, par. II LECrim—, BARROS BOURIE, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II*, p. 1082.

⁶⁵ Aunque a ello quizás podría responderse que siempre estuvo al alcance de estos potenciales acusadores la posibilidad de instar la incoación del proceso penal *antes* de que recayera la sentencia civil firme, con el efecto suspensivo previsto en los arts. 40 LEC y 114 LECrim al que ya se ha hecho referencia.

⁶⁶ Vid., en este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, 1951, p. 789.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. Si es cierto que responsabilidad penal y responsabilidad civil tienen un elemento estructural común, ello habrá de tener una indudable trascendencia práctica tanto en el ejercicio por parte de los jueces penales de su competencia civil «adhesiva» en el proceso penal, como en la labor de los jueces civiles que, una vez concluido un proceso penal sobre los mismos hechos, hayan de dirimir la responsabilidad civil dimanante de ellos. En este segundo plano, existen poderosas razones de economía procesal para otorgar al art. 116 par. I LECrim un alcance mucho más ambicioso que aquel al que conduce su interpretación literal.
2. El juez penal que conoce de un supuesto delito puede, en primer lugar, afirmar concluyentemente la existencia de una perturbación, lo que lo conducirá, bien a condenar al autor, bien a absolverlo por faltar alguno de los elementos «privativos» de la estructura dogmática del delito (tipicidad, culpabilidad, punibilidad). En este caso, si el propio juez penal tiene competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil del reo, deberá dar por establecida la culpa y determinar únicamente la concurrencia de los elementos exclusivos de la estructura dogmática de esta forma de responsabilidad: daño, imputación a la conducta y ausencia de un deber del perjudicado de soportar el daño. Pero lo mismo deberá hacer el juez civil que conozca ulteriormente de la responsabilidad derivada de los mismos hechos, en caso de que el juez penal no sea competente para conocer de este extremo (p. ej., por haberse reservado expresamente la acción civil los perjudicados): la existencia de una perturbación no podrá volver a discutirse en esta sede.
3. El mismo juez penal puede, por otro lado, *negar concluyentemente* la existencia de una perturbación, sea a través de un auto de sobreseimiento libre (art. 637.1 LECrim), sea mediante una sentencia absolutoria. Aquí, tanto si es el juez penal el que conoce de la responsabilidad civil como si esta se ventila en un proceso civil ulterior, habrá de quedar excluida de plano la posibilidad de afirmar una responsabilidad civil por culpa, quedando abierta únicamente, en su caso, una posible responsabilidad en virtud de otro título de imputación.

4. Por último, el procedimiento penal previo puede concluir con una resolución en la que se declare la incertidumbre sobre los hechos en que se fundamenta la pretensión punitiva (auto de sobreseimiento provisional *ex art. 641 LECrim* o sentencia absolutoria en virtud del principio *in dubio pro reo*); o la certeza de que, aunque existieran, no podría llegarse a imponer una pena (auto de inadmisión de querrela *ex art. 313 LECrim*; o auto de sobreseimiento libre *ex arts. 637.2.º o 3.º, o 675 LECrim*). En esta clase de supuestos, en los que la responsabilidad civil únicamente podrá dirimirse en un proceso civil ulterior, el juez civil no se encontrará en absoluto vinculado por los pronunciamientos del juez penal.

5. Si, a la inversa, una sentencia civil firme precede a un procedimiento penal sobre los mismos hechos, esta no vinculará al juez penal en su determinación de la responsabilidad penal del reo, independientemente del sentido en el que el juez civil se pronuncie en punto a la existencia de una perturbación.

Conclusiones

1. Las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil no son otra cosa que la sistematización de los presupuestos de la aplicación de tales consecuencias jurídicas. Aquellas han de construirse, por tanto, partiendo de aquellas interpretaciones que, siendo compatibles con el Derecho positivo, permitan a la pena y a la responsabilidad civil cumplir sus respectivas funciones de la forma más adecuada posible.
2. La regulación de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil en el Derecho español vigente solo puede interpretarse en el sentido de que la función de la primera es preventiva y la de la segunda, resarcitoria. De ello se infieren, a su vez, dos corolarios. Por un lado, el Derecho penal y el Derecho de daños no se encuentran entre sí en una relación de subsidiariedad (*ultima ratio*). Por otro, mientras que la concreta víctima del delito ocupa una posición «periférica» en lo que se refiere a la responsabilidad penal de quien lo comete, el perjudicado por un daño tiene un papel protagonista respecto de la responsabilidad civil de quien se lo causa.
3. Las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil comparten un elemento, que no se corresponde completamente con ninguna de las categorías dogmáticas al uso características de una y otra forma de responsabilidad. Se trata de lo que aquí he denominado «perturbación»: la creación o no contención jurídicamente desaprobada de un riesgo sobre el que se tiene competencia. Este elemento cumple funciones diferentes en cada una de ambas estructuras dogmáticas, que se corresponden con las de la respectiva forma de responsabilidad (y con sus límites). Establecer la concurrencia de una perturbación requiere la formulación de un juicio de peligro, uno de competencia sobre el riesgo y uno de desaprobación jurídica de la conducta, que a su vez presupone la ponderación de todos los intereses en juego.
4. Más allá de este núcleo común, el resto de, elementos de las estructuras dogmáticas objeto de estudio son, por así decirlo, «privativos» de cada una de ellas. En lo que se refiere a la responsabilidad penal, la conducta perturbadora (ya necesariamente antijurídica) no llevará aparejada una pena, a menos que sea también típica, culpable y punible. En particular, el primero de estos requisitos presupone siempre la posibilidad

de subsumir la conducta perturbadora en un concreto tipo penal y, en ocasiones, también la concurrencia de un resultado típico a ella imputable. La función demostrativa de este último elemento —si es que le corresponde alguna penalmente legítima— conduce a defender, en este ámbito, un concepto objetivo y real-concreto de resultado típico, y a exigir, para su imputación a la conducta, que entre uno y otro exista una relación de causalidad y de realización del riesgo. Ni el «comportamiento alternativo conforme a Derecho» ni la «imputación a la víctima» tienen cabida como criterios penales de imputación con sustantividad propia.

5. Por otro lado, la estructura dogmática de la responsabilidad civil tiene como elementos «privativos» el daño, su imputación a la conducta perturbadora del dañante y la ausencia de un deber del perjudicado de soportarlo; deber que, a su vez, puede estar basado, bien en el descuido autorresponsable de sus propios intereses, bien en razones de política jurídica general que priman sobre el interés del perjudicado en el resarcimiento. En cuanto al daño y su imputación al comportamiento perturbador, la lógica resarcitoria exige partir de un concepto subjetivo y real-concreto de daño, y condicionar su imputación a la conducta a la concurrencia de tres presupuestos: causalidad, realización del riesgo e imposibilidad de imputación alternativa hipotética a la esfera del perjudicado (incluyendo su mala suerte). Por lo demás, la responsabilidad civil no presupone en absoluto la culpabilidad del dañante, ni en el sentido penal del término, ni en un sentido civil autónomo de él.
6. La afirmación de que las estructuras dogmáticas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil tienen un elemento estructural común conduce a una consecuencia práctica de primer orden: las resoluciones en las que un juez penal afirma o niega más allá de toda duda razonable la existencia de una perturbación, a los efectos de la responsabilidad penal del acusado, han de desplegar eficacia vinculante en el procedimiento civil ulterior en el que (en su caso) se dirima la eventual responsabilidad civil del reo por los mismos hechos. En otras palabras, la existencia de una perturbación no podrá ser ya objeto de discusión en este segundo procedimiento, sin perjuicio de que lo sean el resto de los elementos de la estructura dogmática de la responsabilidad civil por culpa o la eventual existencia de una responsabilidad civil del dañante en virtud de otros títulos de imputación.

Schlussfolgerungen

1. Die dogmatischen Strukturen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung sind nichts anderes als die Systematisierung ihrer Voraussetzungen. Diese Strukturen müssen daher auf der Grundlage von Auslegungen aufgebaut werden, die es im Einklang mit dem positiven Recht ermöglichen, dass Strafe und zivilrechtliche Haftung ihre jeweiligen Funktionen auf die bestmögliche Weise erfüllen.
2. Die Regelung der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung im geltenden spanischen Recht kann nur dahingehend ausgelegt werden, dass die Funktion der ersteren präventiv und die der letzteren ausgleichend ist. Daraus werden jeweils zwei Folgerungen abgeleitet. Einerseits befinden sich Strafrecht und Schadensersatzrecht nicht in einem Subsidiaritätsverhältnis (*ultima ratio*). Andererseits, während das spezifische Opfer des Verbrechens eine nebensächliche Position in Bezug auf die strafrechtliche Haftung des Täters einnimmt, spielt der Geschädigte eine zentrale Rolle in Bezug auf die zivilrechtliche Haftung des Schädigers.
3. Die dogmatischen Strukturen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung teilen ein Element, das keiner der dogmatischen Kategorien, die für jede der beiden Haftungsformen charakteristisch sind, vollständig entspricht. Es ist das, was ich hier als „Störung“ bezeichnet habe: die rechtlich missbilligte Schaffung oder Nichteindämmung eines Risikos für fremde Interessen für die man zuständig ist. Dieses Element erfüllt in jeder der beiden dogmatischen Strukturen unterschiedliche Funktionen, die denen der jeweiligen Haftungsform (und ihrer Einschränkungen) entsprechen. Um eine Störung festzustellen, müssen der Bestand eines Risikos, die Zuständigkeit für dieses und die rechtliche Missbilligung des Verhaltens (die ihrerseits die Abwägung aller beteiligten Interessen voraussetzt) festgestellt werden.
4. Über diesen gemeinsamen Kern hinaus sind die übrigen Elemente der untersuchten dogmatischen Strukturen sozusagen „ausschließlich“ für jede von ihnen gültig. In Bezug auf die strafrechtliche Haftung wird ein störendes Verhalten (das bereits notwendigerweise rechtswidrig ist) nicht bestraft, es sei denn, es ist zudemtatbestandsmäßig, schuldhaft und strafbar. Insbesondere setzt die erste dieser Anforderungen immer voraus, dass das störende Verhalten einem bestimmten

Straftatbestands entspricht, und manchmal auch die Feststellung eines zu einem solchen Verhalten zurechenbaren tatbestandsmäßigen Erfolg. Die demonstrative Funktion dieses letzten Elements – sofern ihm eine strafrechtlich legitime Funktion zugeschrieben werden kann – führt dazu, in diesem Bereich einen objektiven und real-konkreten Erfolgsbegriff zu verteidigen, und zwischen diesem und dem störenden Verhalten das Vorliegensowohl eines Kausalzusammenhangs als auch eines „Risikoverwirklichung“szusammenhangs zu verlangen. Weder das „rechtmäßige Alternativverhalten“ noch die „Zurechnung an das Opfer“ haben als autonome strafrechtliche Zurechnungskriterien einen Platz.

5. Andererseits weist die dogmatische Struktur der zivilrechtlichen Haftung als „ausschließliche“ Elemente den Schaden, seine Zurechnung zumstörenden Verhalten und das Fehlen einer Pflicht des Beschädigten, ihn zu dulden, auf; eine Duldungspflicht, die wiederum entweder auf der selbstverantwortlichen Vernachlässigung seiner eigenen Interessen oder auf allgemeinen rechtspolitischen Gründen beruhen kann, die das Interesse des Geschädigten an einer Entschädigung überwiegen. In Bezug auf den Schaden und seine Zurechnung zurStörung verlangt die Entschädigungslogik, von einem subjektiven und real-konkreten Schadensbegriff auszugehen und seine Zurechnung zumVerhalten vomZusammentreffen von drei Voraussetzungen abhängig zu machen: Kausalität, Risikoverwirklichung und Unmöglichkeit einer alternativen hypothetischen Zurechnung zum Zuständigkeitsbereich des Beschädigten (einschließlich seines Unglücks). Darüber hinaus setzt die zivilrechtliche Haftung weder im strafrechtlichen Sinne noch in einem von diesem unabhängigen zivilrechtlichen Sinne die Schuld des Schädigers voraus.
6. Die Behauptung, dass die dogmatischen Strukturen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung ein gemeinsames strukturelles Element haben, führt zu einer wichtigen praktischen Konsequenz: Entscheidungen, bei denen ein Strafrichter das Vorliegen einer Störung für die Zwecke der strafrechtlichen Haftung des Angeklagten zweifelsfrei bestätigt oder abweist, müssen im anschließenden Zivilverfahren verbindliche Wirksamkeit haben, in dem (gegebenenfalls) die mögliche zivilrechtliche Haftung des Straftäters aufgrund des gleichen Tatbestands aufgehoben wird. Mit anderen Worten, das Vorliegen einer Störung darf in diesem zweiten Verfahren nicht mehr diskutiert werden, unbeschadet der übrigen Elemente der dogmatischen Struktur

der zivilrechtlichen Verschuldenshaftung oder des eventuellen Bestehens einer Aufopferungshaftung.

Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, MC, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000).
- , «La responsabilidad civil y las costas procesales», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Gracia Martín, L (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 589-651.
- ALCÁCER GUIRAO, R, «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Poder Judicial*, 63 (2001), 71-119.
- , «La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, ed. Martínez Escamilla, M y Sánchez Álvarez, MP (Madrid: Reus, 2011), pp. 109-26.
- ALMODÓVER PUIG, B, *Delitos perseguibles a instancia de parte. Respuestas materiales y procesales* (Cizur Menor: Aranzadi, 2016).
- ALONSO GALLO, J, Y L PUENTE RODRÍGUEZ, «Responsabilidad civil derivada del delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- ALONSO RIMO, A, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002).
- , «Análisis de la posición de la víctima en el sistema de justicia penal español», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 345-65; 377-79.
- , «La víctima y el sistema punitivo: la reconstrucción del fundamento del Derecho penal desde una perspectiva victimológica», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 307-23.
- , «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de

preparación», *InDret*, 4 (2017).

ÁLVAREZ GARCÍA, FJ, «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5.^a Código Penal)», *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, 241-77.

AMELUNG, K, «Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, 1-17.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R, «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2008), pp. 329-412.

———, «Fundamento de la responsabilidad civil. Culpa y riesgo. Responsabilidad objetiva. Regímenes especiales de responsabilidad», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2008), pp. 125-218.

———, «La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2008), pp. 3-123.

———, *Daños punitivos* (Cizur Menor: Aranzadi, 2012).

ANTÓN ONECA, J, *Derecho Penal. Tomo I: Parte General* (Madrid, 1949).

ARBEITSKREIS AE, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)* (Múnich: C.H. Beck, 1992).

ARZT, G, «Viktimologie und Strafrecht», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 67 (1984), 105-24.

ASUA BATARRITA, A, «Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena», en *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria. (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, ed. Garro Carrera, E y Asua Batarrita, A (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), pp. 145-91.

- ASÚA GONZÁLEZ, CI, «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.ª ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 331-438.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M, «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Vol. 4, Tomo I: Estado Constitucional*, ed. Carbonell Sánchez, M, Fix-Fierro, H, González Pérez, LR, y Valadés Ríos, D (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), pp. 169-96.
- BAILEY, S, Y D NOLAN, «The Page v. Smith Saga: A Tale of Inauspicious Origins and Unintended Consequences», *Cambridge Law Journal*, 69 (2010), 495-528.
- BALDÓ LAVILLA, F, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda* (Barcelona: Bosch, 1994).
- VON BAR, CL, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht* (Aalen: Scientia, 1871).
- , *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze* (Berlín: J. Guttentag, 1907).
- BARROS BOURIE, E, *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020).
- , *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo II* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020).
- BASOZABAL ARRUE, X, «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *Anuario de Derecho Civil*, 1997.
- BASSO, GJ, «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso Mesa Nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en *Actas del Seminario Internacional «El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político*

- criminal*», ed. Pérez Cepeda, AI y Ruiz Arias, M (Salamanca: Ratio Legis, 2017), pp. 239-49.
- , *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho* (Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2019).
- BAUTISTA PIZARRO, N, *Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht. Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2017).
- BAYÓN MOHÍNO, JC, «Causalidad, consecuencialismo y deontologismo», *Doxa*, 6 (1989), 461-500.
- , «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2 (2010), 6-30.
- , «Presunción de inocencia y carga de la prueba», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen 1*, ed. Cancio Meliá, M, Maraver Gómez, M, Fakhouri Gómez, Y, Rodríguez Horcajo, D, y Basso, GJ (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 61-75.
- BECCARIA, C, «De los delitos y de las penas», en *De los delitos y de las penas (con el comentario de Voltaire)*, trad. de las Casas, JA (Madrid: Alianza, 1968), pp. 20-112.
- BELING, E, *Die Lehre vom Tatbestand* (Tubinga: Mohr Siebeck, 1930).
- BERISTAIN IPIÑA, A, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004).
- BINDING, K, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Band 4: Die Fahrlässigkeit* (Leipzig: Felix Meiner, 1919).
- , *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Band 1: Normen und Strafgesetze*, 4.^a ed. (Leipzig: Felix Meiner, 1922).
- BOLDOVA PASAMAR, MÁ, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación*

- delictiva* (Madrid: Civitas, 1995).
- BOLEA BARDÓN, C, «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 51 (1998), 613-41.
- , «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret*, 4 (2018).
- , *Conducta alternativa e imputación del resultado* (Barcelona: Atelier, 2020).
- BRAITHWAITE, J, Y P PETTIT, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice* (Oxford: Clarendon Press, 1990).
- BRIGUGLIO, M, *El estado de necesidad en el Derecho civil*, trad. García Amigo, M (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971).
- BRUCK, FF, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht* (Breslau: Verlag von Wilhelm Koebner, 1885).
- BURGSTALLER, M, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht* (Viena: Manzsche, 1974).
- VON BURI, M, *Ueber Causalität und deren Verantwortung* (Leipzig: J.M. Gebhardt, 1873).
- , *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* (Stuttgart: Ferdinand Enke, 1885).
- BUSTO LAGO, JM, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual* (Madrid: Tecnos, 1998).
- BUSTOS RUBIO, M, *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)* (Barcelona: Bosch, 2020).
- BYLDINSKI, F, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht* (Stuttgart: Ferdinand Enke, 1964).
- VON CAEMMERER, E, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht* (Freiburg i.B.: Hans Ferdinand Schulz Verlag, 1956).
- CANCIO MELIÁ, M, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *Anuario de Derecho*

Penal y Ciencias Penales, 46 (1993), 697-729.

- , *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2001).
- , «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, ed. Montealegre Lynett, E (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), pp. 211-27.
- , «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, ed. López Barja de Quiroga, J y Zugaldía Espinar, JM (Madrid/ Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortea y Gasset/ Marcial Pons, 2004), pp. 57-78.
- , «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», en *La imputación normativa del resultado a la conducta*, ed. Díaz-Aranda, E y Cancio Meliá, M (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004), pp. 15-43.
- , *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004).
- , «Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective», *Buffalo Criminal Law Review*, 7 (2004), 513-50.
- , «Autonomie und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung. Eine Skizze aus spanischer Perspektive», en *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Band 1*, ed. Heinrich, M, Jäger, C, Achenbach, H, Amelung, K, Bottke, W, Haffke, B, et al. (Berlín/ Nueva York: Walter de Gruyter, 2011), pp. 507-22.
- , «Viktimologischer Ansatz vs. Selbstverantwortungsgrundsatz (zugleich: Allgemeiner Teil vs. Besonderer Teil?)», en *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, ed. Hefendehl, R, Hörnle, T, y Greco, L (Berlín: Walter de Gruyter, 2014), pp. 313-23.

- , «Selbstverantwortung des „Opfers“ und Rechtsgüterschutz in der objektiven Zurechnungslehre Roxins», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 168 (2021), 255-58.
- CANCIO MELIÁ, M, Y B FEIJOO SÁNCHEZ, «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar», en *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, ed. Jakobs, G (Cizur Menor: Civitas, 2006), pp. 15-81.
- CANCIO MELIÁ, M, Y M MARAVER GÓMEZ, «El caso “Mansilla, Daniel Alejandro” de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, del 6/12/05», en *Jurisprudencia de Casación Penal. Tomo 2* (Buenos Aires: Hammurabi, 2010), pp. 121-63.
- CANCIO MELIÁ, M, Y E PEÑARANDA RAMOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), pp. 27-44.
- CASAS PLANES, MD, «La función de la responsabilidad civil (Referencia especial a su controvertida función penal: los punitive damages del Derecho Anglosajón)», *Práctica de Derecho de Daños*, 29 (2005), 5-30.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C, *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020).
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T, «Protección del honor y los límites al ejercicio del poder punitivo del Estado», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 95-99.
- DE CASTRO Y BRAVO, F, *Derecho Civil de España. Tomo II: Derecho de la persona*, ed. Políticos, I de E (Madrid, 1952).
- CAVANILLAS MÚGICA, S, «Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”: reparación del daño», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002),

pp. 55-65.

CHIESA APONTE, LE, «Taking Victims Seriously: A Dworkinian Theory of Punishment», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 76 (2007), 117-28.

CHRISTIE, N, «Conflicts as Property», *British Journal of Criminology*, 17 (1977), 1-15.

CIGÜELA SOLA, J, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019).

CLARK, T, Y D NOLAN, «A Critique of Chester v Afshar», *Oxford Journal of Legal Studies*, 34 (2014), 659-92.

COBO DEL ROSAL, M, Y TS VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999).

COCA VILA, I, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución* (Barcelona: Atelier, 2016).

———, «Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 122 (2017), 235-75.

———, «El consentimiento en el Derecho penal económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», *Revista General de Derecho Penal*, 28 (2017).

———, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», *InDret*, 2 (2017).

———, «La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», *Diario La Ley*, 9371 (2019).

———, «Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, 2021, 166-202.

COCA VILA, I, Y M PANTALEÓN DÍAZ, «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de

- orden público a los seguros D&O», *Anuario de Derecho Civil*, 74 (2021), 113-216.
- CORCOY BIDASOLO, M, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (Barcelona: PPU, 1989).
- , «Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables», en *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, ed. Mir Puig, S, Corcoy Bidasolo, M, y Cardenal Montraveta, S (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), pp. 73-119.
- , «Eficacia de la imputación “objetiva”. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales», *Themis: Revista de Derecho*, 68 (2015), 13-32.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, *La cosa juzgada penal* (Bologna: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975).
- CUERDA RIEZU, A, «Sobre el concurso entre causas de justificación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43 (1990), 519-56.
- DAN-COHEN, M, «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, 105 (1992), 959-1003.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A, «La imprudencia menos grave», *InDret*, 3 (2018).
- DEJEAN DE LA BATIE, N, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil français* (Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965).
- DERKSEN, R, *Handeln auf eigene Gefahr* (Berlín: Duncker & Humblot, 1992).
- DEUTSCH, E, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt* (Colonia/ Berlín/ Bonn/ Múnich: Carl Heymanns, 1963).
- DÍAZ CABIALE, JA, «El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18 (2016), 1-70.
- DÍAZ LÓPEZ, JA, «Propuestas para la práctica de la mediación penal», *InDret*, 3 (2011).

- , *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP* (Cizur Menor: Aranzadi, 2013).
- , «La participación de la víctima en el indulto», *La Ley Penal*, 113 (2015).
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, *La Autoría en Derecho Penal* (Barcelona: PPU, 1991).
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, Y JM PAREDES CASTAÑÓN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), pp. 47-85.
- DÍEZ-PICAZO, L, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo V: La responsabilidad civil extracontractual* (Cizur Menor: Civitas, 2011).
- DÍEZ-PICAZO, L, Y A GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I: Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, 13.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2016).
- DOMÉNECH PASCUAL, G, «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78 (2006), 333-72.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2.ª ed. (Valladolid: Lex Nova, 2007).
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, «Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 55 (2002), 235-84.
- , «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57 (2004), 144-76.
- , *Omisión e injerencia en Derecho penal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006).
- , «Motivos racistas o similares», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- DUTTGE, G, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*

- (Tubinga: Mohr Siebeck, 2001).
- DYSON, M, «Civil Law Responses to Criminal Judgments in England and Spain», *Journal of European Tort Law*, 2012, 308-45.
- ELLMER, M, *Betrug und Opfermitverantwortung* (Berlín: Duncker & Humblot, 1986).
- ENGISCH, K, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Aalen: Scientia, 1930).
- , *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tubinga: Mohr Siebeck, 1931).
- ENGLÄNDER, A, «Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante Triage», en *Triage in der Pandemie*, ed. Hörnle, T, Huster, S, y Poscher, R (Tubinga: Mohr Siebeck, 2021), pp. 111-48.
- ERB, V, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht. Eine systematische Darstellung unter Berücksichtigung der entsprechend zivilrechtlichen Fragestellung* (Berlín: Duncker & Humblot, 1991).
- ESTRADA I CUADRAS, A, «Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad: crítica y algunas vías de solución», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 73 (2020), 523-52.
- , «Intervención delictiva a través de las decisiones de órganos colegiados de la empresa. Responsabilidad penal por comisión activa», *La Ley Compliance penal*, 4 (2021), 1-47.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X, «Justicia restaurativa y fines del Derecho penal», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, ed. Martínez Escamilla, M y Sánchez Álvarez, MP (Madrid: Reus, 2011), pp. 47-68.
- EXNER, F, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung* (Leipzig/Viena: Franz Deuticke, 1910).
- , «Fahrlässiges Zusammenwirken», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70.*

Geburtstag 16. August 1930. Band I, ed. Hegler, A (Tubinga: Mohr Siebeck, 1930), pp. 569-97.

FARALDO CABANA, P, «La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa», *InDret*, 3 (2014).

———, *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016).

FEIJOO SÁNCHEZ, B, «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de “lege lata” y de “lege ferenda”», *Cuadernos de Política Criminal*, 62 (1997), 303-365.

———, *Teoría de la imputación objetiva* (México: Ángel, 2000).

———, «Los límites políticos-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible», *Revista del Poder Judicial*, 61 (2001), 105-64.

———, *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»* (Barcelona: Bosch, 2001).

———, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), pp. 89-103.

———, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general* (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2014).

FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, J, *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)* (Granada: Comares, 1998).

FERRER BELTRÁN, J, «La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil», en *Causalidad y atribución de responsabilidad*, ed. Papayannis, DM (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2014), pp. 215-33.

- FLETCHER, GP, «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law Review*, 3 (1999), 51-63.
- FOOT, P, «The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect», *Oxford Review*, 5 (1967), 5-15.
- FREHSEE, D, «Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht», *Kriminologisches Journal*, 18 (1986), 105-14.
- , *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen* (Berlin: Duncker & Humblot, 1987).
- , «Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications», *Buffalo Criminal Law Review*, 3 (1999), 235-59.
- FREI, MA, *Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht* (Zürich/ Basilea: Schulthess, 2010).
- FREUND, G, Y E GARRO CARRERA, «Strafrechtliche Wiedergutmachung und ihr Verhältnis zum zivilrechtlichen Schadenersatz. Zu den gemeinsamen materiellen Grundlagen eines Europäischen Strafrechtssystems», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 118 (2006), 76-100.
- FRIED, BH, «Facing Up to Risk», *Journal of Legal Analysis*, 10 (2018).
- FRISCH, P, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten* (Berlin: Duncker & Humblot, 1973).
- FRISCH, W, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen* (Colonia/ Berlin/ Bonn/ München: Carl Heymanns, 1983).
- , *Tipo penal e imputación objetiva*, ed. Bacigalupo, E y Ventura Püschel, A, trad. Cancio Meliá, M, de la Gándara Vallejo, B, Jaén Vallejo, M, y Reyes Alvarado, Y (Madrid: Colex, 1995).

- , *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Cuello Contreras, J y Serrano González de Murillo, JL (Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2004).
- , «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», en *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, ed. Frisch, W y Robles Planas, R (Barcelona: Atelier, 2004), pp. 19-67.
- , «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, 3 (2014).
- , *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, trad. Coca Vila, I (Barcelona: Atelier, 2015).
- , «Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre —zugleich ein Beitrag zur Revisionbedürftigkeit des Straftatsystems—», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, 553-72.
- , «Das Opfer in der Straftatdogmatik», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 168 (2021), 65-85.
- FRISTER, H, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts* (Berlín: Duncker & Humblot, 1988).
- GALAIN PALERMO, P, *La reparación del daño a la víctima del delito* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010).
- , «La reparación del daño en un sistema penal funcional a las necesidades de la política criminal», en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, ed. de Hoyos Sancho, M (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), pp. 557-89.
- GALÁN CORTÉS, JC, *Responsabilidad médica y consentimiento informado* (Madrid: Civitas, 2001).
- , *Responsabilidad civil médica*, 6.^a ed. (Cizur Menor: Aranzadi, 2018).
- GALLEGO ARRIBAS, D, «Grave adicción y medidas de seguridad. Una aproximación desde el fundamento de la atenuante y el principio de legalidad», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen 1*, ed. Cancio Meliá, M, Maraver

- Gómez, M, Fakhouri Gómez, Y, Rodríguez Horcajo, D, y Basso, GJ (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 445-58.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A, «Hacia una “redefinición” del “rol” de la víctima en la criminología y en el sistema legal», en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor* (Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989), pp. 307-28.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M, *Ilicitud, culpa y estado de necesidad. Un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil* (Madrid: Dykinson, 2006).
- , *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables* (Granada: Comares, 2008).
- GARCÍA ÁLVAREZ, P, *La víctima en el Derecho penal español* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014).
- GARCÍA AMADO, JA, «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en *Derecho de daños*, ed. Herrador Guardia, MJ (Cizur Menor: Aranzadi, 2013), pp. 65-142.
- , «El daño en la responsabilidad civil», en *Filosofía del Derecho Privado*, ed. Papayannis, DM y Pereira Fredes, E (Madrid, 2018), pp. 271-96.
- , «Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual», *Almacén de Derecho*, 2019.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E, Y T-R FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 14.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2015).
- GARCÍA RUBIO, MP, «Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica», en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, ed. Llamas Pombo, E (Las Rozas: La Ley, 2006), pp. 801-27.
- , «El concepto de faute en el avant projet de loi reforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el Código civil francés», en *Culpa y responsabilidad*, ed.

- Prats Albentosa, L y Tomás Martínez, G (Pamplona: Aranzadi, 2017), pp. 373-94.
- , «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, 5 (2018), 173-97.
- , «Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, ed. Gete-Alonso y Calera, M del C (Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2020), pp. 41-63.
- , «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón. Tomo II*, ed. Cobacho Gómez, JA y Ataz López, J (Cizur Menor: Aranzadi, 2021), pp. 969-1007.
- GARDNER, J, «Justifications and Reasons», en *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 91-120.
- GARRO CARRERA, E, *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal)* (Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005).
- , «La atenuante de reparación del daño», en *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria. (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, ed. Garro Carrera, E y Asua Batarrita, A (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), pp. 19-77.
- GASCÓN ABELLÁN, M, «Prueba de la causalidad en pleitos de daños y “pérdida de oportunidad”», en *Derecho de daños*, ed. Herrador Guardia, MJ (Madrid: Sepin, 2011), pp. 195-227.
- GIL GIL, A, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto*

- imprudente en los delitos activos de resultado* (Barcelona: Atelier, 2007).
- , «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *InDret*, 4 (2016).
- GIMBERNAT ORDEIG, E, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (Madrid: Reus, 1966).
- , «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed. (Madrid: Tecnos, 1990), pp. 140-61.
- , «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed. (Madrid: Tecnos, 1990), pp. 218-30.
- , «Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo», en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, ed. Maqueda Abreu, M. L, Martín Lorenzo, M, y Ventura Püschel, A (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016), pp. 111-36.
- , *El comportamiento alternativo conforme a Derecho. De la causalidad a la imputación objetiva* (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2018).
- GLASER, J, *Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht. Erster Band* (Viena: Tendler & Comp., 1858).
- GÓMEZ BENÍTEZ, JM, «Reparación, atenuación de la pena y responsabilidad civil por delito en la práctica forense española», en *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, ed. Asua Batarrita, A y Garro Carrera, E (Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009), pp. 97-108.
- GÓMEZ CALLE, E, *La responsabilidad civil de los padres* (Madrid: Montecorvo, 1992).
- , «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 971-1104.
- GÓMEZ ORBANEJA, E, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo II. Volumen I* (Barcelona: Bosch, 1951).

- GÓMEZ PAVÓN, P, Y M BUSTOS RUBIO, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 3.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2013).
- GÓMEZ RIVERO, M DEL C, *La responsabilidad penal del médico*, 2.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008).
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N, Y MÁ GUTIÉRREZ ZARZA, «Artículos 116 y 117», en *Enjuiciamiento Criminal. Ley y Legislación Complementaria. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I*, ed. Conde-Pumpido Ferreiro, C (Madrid: Trivium, 1998), pp. 639-42.
- GONZÁLEZ CARRASCO, MC, «Problemas de inseguridad jurídica en responsabilidad médico-sanitaria: identificación y cuantificación del daño. Relación de causalidad», en *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, ed. Herrador Guardia, MJ (Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2018), pp. 361-455.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JL, Y J MIRA BENAVENT, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), pp. 107-35.
- GONZÁLEZ LILLO, D, «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, 2 (2019).
- GONZÁLEZ POVEDA, P, «La responsabilidad por riesgo», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2008), pp. 699-713.
- GRACIA MARTÍN, L, «Prólogo», en *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, ed. Rueda Martín, MÁ (Barcelona: Bosch, 2001), pp. 7-33.
- , «Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Gracia Martín, L (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 27-53.

- GRECO, L, «Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum “Problem” des Sonderwissens», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117 (2005), 519-54.
- , *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, trad. Rocha, R (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2018).
- , «Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen I*, ed. Cancio Meliá, M, Maraver Gómez, M, Fakhouri Gómez, Y, Rodríguez Horcajo, D, y Basso, GJ (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 485-94.
- , «¿Penalista con la conciencia tranquila? Una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J, Díaz y García Conlledo, M, Paredes Castañón, JM, Olaizola Nogales, I, Trapero Barreales, MA, Roso Cañadillas, R, et al. (Madrid: Reus, 2020), pp. 187-97.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B, «Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de punitive damages», *Anuario de Derecho Civil*, 61 (2008), 113-46.
- , «La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)», *Anuario de Derecho Civil*, 73 (2020), 807-22.
- GROSSE-WILDE, T, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2017).
- , «Verloren im Dickicht von Kausalität und Erfolgzzurechnung. ber “Alleinursachen”, “Mitursachen”, “Hinwegdenken”, “Hinzuendenken”, “Risikorealisationen” und “Unumkehrbarkeitszeitpunkte” im Love Parade-Verfahren», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 10 (2017), 638-61.
- , «Richterrechtliche Strafzumessungsregeln für die Untreue?», *Neue Zeitschrift*

- für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 11 (2018), 457-63.
- GRUNDMANN, S, «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, ed. Krüger, W, 8.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019).
- , «§ 277 Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, ed. Krüger, W, 7.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019).
- GRÜNEBERG, C, «Schadensersatz (§§ 249-253): Vorbemerkungen», en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 76.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2017), pp. 248-305.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, 2003.
- GUARNERI, G, *Diritto penale e influenze civilistiche. Saggio su alcuni concetti della parte generale del Diritto penale* (Milán: Fratelli Bocca Editori, 1947).
- GUÉREZ TRICARICO, P, *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente* (Cizur Menor: Aranzadi, 2012).
- , «Consentimiento», en *Memento Práctico Penal 2021* (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Delitos patrimoniales: disposiciones comunes», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- GÜNTHER, K, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en *Festschrift für Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, ed. Prittwitz, C, Baumann, M, Günther, K, Kuhlen, L, Merkel, R, Nestler, C, et al. (Baden-Baden: Nomos, 2002), pp. 205-19.
- GUZMÁN DALBORA, JL, «Sentido de la pena y reparación», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 18 (2017), 189-214.
- HAAS, V, «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental», *InDret*, 1 (2016).

- HALL, KA, *Fahrlässigkeit im Vorsatz. Eine anthropologisch-strafrechtsgomatische Studie* (Marburgo: N.G. Elwert, 1959).
- HART, HLA, «Prolegomenon to the Principles of Punishment», en *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, ed. Gardner, J, 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 1-27.
- , *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, ed. Gardner, J, 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008).
- HART, HLA, Y T HONORÉ, *Causation in the Law*, 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 1985).
- HASSEMER, R, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB* (Berlín: Duncker & Humblot, 1981).
- HASSEMER, W, «Consideraciones sobre la víctima del delito», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43 (1990), 241-59.
- , *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a ed. (Nördlingen: C.H. Beck, 1990).
- , *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, trad. Cancio Meliá, M y Muñoz Conde, F (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016).
- HASSEMER, W, Y F MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989).
- HEFT, C, «Public Policy and Directors' Liability Insurance», *Columbia Law Review*, 67 (1967), 716-30.
- HEINEMANN, J, *Überholende Kausalität und Schadensbegriff* (Hamburgo: UNI-Druck, 1961).
- HERZBERG, RD, «Funtion und Bedeutung des Merkmals „Irrtum" in § 263 StBG», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977.
- , «SIDA: desafío y piedra de toque del Derecho penal. Comentario a la sentencia

- del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 StR 262/88)», en *Problemas jurídico penales del SIDA*, ed. Mir Puig, S (Barcelona: Bosch, 1993), pp. 121-55.
- , «Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt», *Juristische Schulung*, 36 (1996), 377-84.
- , «Reflexiones sobre la teoría final de la acción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10 (2008).
- HILGENDORF, E, «Recomendaciones de triaje en la crisis del coronavirus: no importunar a los médicos con cuestiones jurídicas», *En Letra: Derecho Penal*, 10 (2020), 23-26.
- HILLENKAMP, T, *Vosatztat und Opferverhalten* (Gotinga: Otto Schwartz, 1981).
- HIRSCH, HJ, «Handlung-, Sachverhalts- und Erfolgswert», en *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, ed. Graul, E y Wolf, G (Berlín: Walter de Gruyter, 2002), pp. 3-21.
- HONIG, R, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930. Band I*, ed. Hegler, A (Tubinga: Mohr Siebeck, 1930), pp. 174-201.
- HONORÉ, T, «Responsibility and Luck. The moral basis of strict liability», en *Responsibility and Fault* (Oxford/ Portland: Hart Publishing, 1999), pp. 14-40.
- HÖRNLE, T, «Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective», *Buffalo Criminal Law Review*, 3 (1999), 175-209.
- , «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *JuristenZeitung*, 19 (2006), 950-58.
- , *Straftheorien*, 2.^a ed. (Tubinga: Mohr Siebeck, 2017).
- , «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en *Triage in der Pandemie*, ed. Hörnle, T, Huster, S, y Poscher, R (Tubinga: Mohr Siebeck, 2021), pp. 149-86.
- HORTAL IBARRA, JC, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, 2014, 1-29.

- HOYER, A, «Anhang zu § 16: Das Fahrlässigkeitsdelikt», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I: §§ 1-37 StBG*, ed. Wolter, J, 9.^a ed. (Colonia: Carl Heymanns, 2017), pp. 473-510.
- HRUSCHKA, J, «Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gent y en Kant», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57 (2004), 5-17.
- HUERTA TOCILDO, S, «La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial», *Diario La Ley*, 1983, 277-82.
- IGLESIAS RÍO, MÁ, Y P TAPIA BALLESTEROS, «Aproximación a la Justicia Restaurativa en el ámbito penal en España», *La Ley Penal*, 127 (2017).
- JÄGER, C, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht* (Heidelberg: C.F. Müller, 2006).
- , «Vorbemerkungen vor § 1», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I: §§ 1-37 StBG*, ed. Wolter, J, 9.^a ed. (Colonia: Carl Heymanns, 2017), pp. 1-95.
- JAHN, M, «Wiedergutmachung und Integrationsprävention: An den Grenzen der Steuerungsfähigkeit des Strafrechts», *Rechtstheorie*, 27 (1996), 65-78.
- JAKOBS, G, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt* (Berlín: Walter de Gruyter, 1972).
- , «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97 (1985), 751-85.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed. (Berlín/ Nueva York: Walter de Gruyter, 1991).
- , *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá, M (Madrid: Civitas, 1996).
- , «Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, ed. Mir Puig, S y Luzón Peña, D-M (Barcelona: Bosch, 1996), pp. 75-98.
- , «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», en

- Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 271-92.
- , «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 293-324.
- , «Culpabilidad y prevención», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 73-99.
- , «El concepto jurídico-penal de acción», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 101-25.
- , «El delito imprudente», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 167-96.
- , «El principio de culpabilidad», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997).
- , «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 209-22.
- , «La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 347-63.
- , «La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 395-412.
- , «La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 241-70.
- , «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 223-40.
- , «Observaciones sobre la imputación objetiva», *Revista del Poder Judicial*, 56 (1999), 119-41.
- , «La pena como reparación del daño», en *Dogmática y Criminología. Dos*

- visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, ed. Reyes Alvarado, A (Bogotá: Legis, 2005), pp. 339-51.
- , *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. Cancio Meliá, M y Feijoo Sánchez, B (Cizur Menor: Civitas, 2006).
- , «Erfolgsunwert und Rationalität», en *Recht - Wirtschaft - Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, ed. Joecks, W, Ostendorf, H, Rönnau, T, Rotsch, T, y Schmitz, R (Heidelberg: C.F. Müller, 2010), pp. 43-54.
- , *System der strafrechtlichen Zurechnung* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2012).
- , *Teoría de la intervención*, trad. Pastor Muñoz, N (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).
- , «Una teoría de la intervención delictiva», en *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal*, ed. Caro John, JA y Polaino-Orts, M (Lima: Editores del Centro, 2015), pp. 93-127.
- , «Zuständigkeit durch Wissen?», en *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag*, ed. Bockemühl, J, Gierhake, K, Müller, HE, y Walter, T (Múnich: C.H. Beck, 2015), pp. 235-43.
- , «Der “Versuch” des Versuchs», en *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, ed. Safferling, C, Kett-Straub, G, Jäger, C, y Kudlich, H (Heidelberg: C.F. Müller, 2017), pp. 37-47.
- , «Bemerkungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand», en *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, ed. Hilgendorf, E, Lerman, MD, y Córdoba, FJ (Berlín: Duncker & Humblot, 2020), pp. 485-98.
- , «Defensivnotstand», en *Notwehr in Deutschland und China. Weltsanschaulicher Hintergrund und dogmatische Grundfragen* (Baden-Baden: Nomos, 2020), pp. 177-92.
- , *Kritik des Vorsatzbegriffs* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2020).

- JANSEN, N, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2003).
- JESCHECK, H-H, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht* (Freiburg i.B.: Hans Ferdinand Schulz Verlag, 1965).
- JESCHECK, H-H, Y T WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. Olmedo Cardenete, M, 5.^a ed. (Granada: Comares, 2002).
- VON JHERING, R, *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*, trad. Guzmán Dálbora, JL (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2013).
- JOECKS, W, Y B HARDTUNG, «§ 223 Körperverletzung», en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4*, ed. Sander, GM, 3.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2017).
- JOHN, D, *Rechtswidrigkeitszusammenhang und Schutzzweck der Norm. Dogmatische Chimären im Kontext rechtmäßigen Alternativverhaltens* (Baden-Baden: Nomos, 2020).
- JORGE BARREIRO, A, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica* (Madrid: Tecnos, 1990).
- JORGE BARREIRO, A, «Jurisprudencia penal y Lex Artis médica», en *Responsabilidad del personal sanitario (Actas del seminario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994)*, ed. Jorge Barreiro, A y Gracia Guillén, D (Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995), pp. 71-101.
- JORGE BARREIRO, A, «Aproximación al estudio del Derecho penal sanitario», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, ed. Silva Sánchez, JM, Queralt Jiménez, JJ, Corcoy Bidasolo, M, y Castiñeira Palou, M. T (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2017), pp. 617-42.
- , «Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código Penal español», en *Estudios jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, ed. Embid Irujo, JM, Miquel González, JM, Morales Moreno, AM, Arija Soutullo, C, y Santos Morón, MJ (Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017), pp. 461-89.

- JUAN SÁNCHEZ, R, «Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil ex delicto», *InDret*, 1 (2009).
- KAHNEMAN, D, *Thinking, Fast and Slow* (Nueva York: Farrar, Straus and Giroux, 2011).
- KAHRS, HJ, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht* (Hamburgo: Walter de Gruyter, 1968).
- , *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht* (Hamburgo: Walter de Gruyter, 1969).
- KAUFMAN, WRP, *Honor and Revenge: A Theory of Punishment* (Dodrecht/ Heidelberg/ Nueva York/ Londres: Springer, 2013).
- KAUFMANN, A, «Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht», en *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, ed. Bockelmann, P y Gallas, W (Gottinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961), pp. 200-231.
- KAUFMANN, A, «Das fahrlässige Delikt», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 5 (1964), 41-55.
- , «La parte dogmática de Proyecto Alternativo», *Nuevo Pensamiento Penal*, 13-14 (1977), 41-60.
- , «¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 3 (1985), 807-27.
- KINDHÄUSER, U, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, 197-223.
- , *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios* (Lima: Grijley, 2007).
- , «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», *InDret*, 4 (2008).
- , «Risikoerhöhung und Risikoverringerung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 120 (2008), 481-503.

- , «Zurechnung bei alternativer Kausalität», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 159 (2012), 134-48.
- , «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», *Revista de Estudios de la Justicia*, 22 (2015), 15-29.
- KNOCHE, W, *Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang im Zivil- und Strafrecht* (Marburgo: Gg. Nolte, 1959).
- KOCH, BA, «Art. 7:101. Defences Based on Justifications», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 122-26.
- KÖHLER, A, *Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Múnich: C.H. Beck, 1912).
- KOHLER, J, «Ueber die strafrechtlihe Fahrlässigkeit», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 62 (1916), 241-51.
- KORIATH, H, *Kausalität und objektive Zurechnung* (Baden-Baden: Nomos, 2007).
- KOZIOL, H, «Art. 1:101. Basic Norm», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 19-22.
- , «Art. 2:101. Recoverable Damage», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 27-29.
- , «Introduction to Chapter 2. Damage», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 24-27.
- , *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, trad. Salter Townshend, F (Viena: Jan Sramek, 2012).
- VON KRIES, J, « ber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 9 (1889), 528-37.
- KRÜMPELMANN, J, «Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei

- den fahrlässigen Verletzungsdelikten», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, ed. Vogler, T (Berlín: Duncker & Humblot, 1985), pp. 313-35.
- KUHLEN, L, «Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral», en *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, ed. Jung, H, Müller-Dietz, H, y Neumann, U (Baden-Baden: Nomos, 1991), pp. 341-72.
- KURTH, FJ, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug* (Frankfurt: Peter Lang, 1984).
- DE LA FUENTE HULAUD, F, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019).
- LACRUZ BERDEJO, JL, F DE A SANCHO REBULLIDA, A LUNA SERRANO, J DELGADO ECHEVERRÍA, F RIVERO HERNÁNDEZ, Y J RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. Tomo II: Derecho de Obligaciones. Volumen 2: Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito*, 5.^a ed. (Madrid: Dykinson, 2013).
- LARENZ, K, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität“* (Lucka: Reinhold Berger, 1927).
- , «Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 3 (1950), 487-93.
- LARRAURI PIJOAN, E, «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, 715-75.
- , «La reparación», en *Penas alternativas a la prisión* (Barcelona: Bosch, 1997), pp. 169-95.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía* (Madrid: Civitas, 2002).
- , «¿Vale la pena la reforma? Análisis desde los principios penales democráticos», en *La reforma penal de 2013*, ed. Valle Mariscal de Gante, M y Bustos Rubio, M (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2014), pp. 11-23.

- , «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 36 (2017), 119-34.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L, *Filosofía del Derecho* (Barcelona: Bosch, 1979).
- LIEPMANN, M, «Zur Lehre von der “adäquaten Verursachung”», *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 52 (1905), 326-63.
- LIPPKE, RL, «Victim-Centered Retributivism», *Pacific Philosophical Quarterly*, 84 (2003), 127-45.
- VON LISZT, F, Y E SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Erster Band: Einleitung und Allgemeiner Teil*, 26.^a ed. (Berlín/ Leipzig: Walter de Gruyter, 1932).
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E, «La responsabilidad civil y el proceso penal», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 177-233.
- LONDOÑO MARTÍNEZ, F, «El caso de la “llave de gas del frustrado suicida-parricida”: sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual», en *Casos destacados de Derecho penal. Parte general*, ed. Vargas Pinto, T (Santiago: La Ley, 2015), pp. 223-62.
- LOPERA VIÑÉ, R, «Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen 2*, ed. Cancio Meliá, M, Maraver Gómez, M, Fakhouri Gómez, Y, Guérez Tricarico, P, Rodríguez Horcajo, D, y Basso, GJ (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 1443-59.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J, *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II*, 6.^a ed. (Cizur Menor: Aranzadi, 2014).
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos* (Madrid: Tecnos, 1988).
- LUZÓN PEÑA, D-M, *Derecho penal de la circulación. (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 2.^a ed. (Barcelona: PPU, 1990).
- , «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal

- español», en *Problemas jurídico penales del SIDA*, ed. Mir Puig, S (Barcelona: Bosch, 1993), pp. 11-23.
- , *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2.^a ed. (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2002).
- , *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016).
- MACKIE, JL, *The Cement of the Universe: A Study of Causation* (Oxford: Clarendon Press, 1980).
- MACULAN, E, «Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición», en *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, ed. Gil Gil, A y Maculan, E (Madrid: Dykinson, 2017), pp. 207-40.
- MAGNUS, U, «Art. 10:101. Nature and Purpose of Damages», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 149-53.
- , «Art. 10:201. Nature and Determination of Pecuniary Damage», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 161-64.
- , «Art. 2:104. Preventive Expenses», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 37-39.
- MAGNUS, U, Y WVH ROGERS, «Art. 10:301. Non-Pecuniary Damage», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 171-78.
- MAIHOFER, W, «Zur Systematik der Fahrlässigkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 70 (1958), 159-95.
- MAIWALD, M, *Kausalität und Strafrecht* (Gotinga: Otto Schwartz, 1980).
- MAÑALICH RAFFO, JP, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en *La*

- antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, ed. Mañalich Raffo, JP (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2013), pp. 177-283.
- , *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros* (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2014).
- , «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, 47 (2020), 13-42.
- MANHEIM, H, *Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, ed. Schletter'sche Buchhandlung (Breslau, 1912).
- MARAVÉR GÓMEZ, M, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva* (Cizur Menor: Aranzadi, 2009).
- , «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Derecho civil y en Derecho penal», *Anuario de Derecho Civil*, 63 (2010), 335-48.
- MARAVÉR GÓMEZ, M, Y M CANCIO MELIÁ, «Spain», en *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*, ed. Reed, A, Bohlander, M, Wake, N, y Smith, E (Londres/ Nueva York: Routledge, 2017), pp. 397-416.
- MARINUCCI, G, *La colpa: studi* (Milán: Giuffrè, 2013).
- MARTÍN CASALS, M, «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en *Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1989), pp. 1231-73.
- , «Art. 8:101. Contributory Conduct or Activity of the Victim», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 130-37.
- , «La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011)*

- (Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2011), pp. 11-111.
- , «Proportional liability in Spain: a bridge too far?», en *Uncertain Causation in Tort Law*, ed. Martín Casals, M y Papayannis, DM (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), pp. 43-66.
- MARTÍN LORENZO, M, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009).
- MARTÍN RÍOS, M DEL P, *Víctima y justicia penal. Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal* (Barcelona: Atelier, 2012).
- MARTÍN TALAVERA, Á, «Análisis de la posibilidad de entablar una acción civil fundamentada en los mismos hecho que un Tribunal penal entiende que no son constitutivos de delito. A propósito de la Sentencia de la Sección 1ª del Tribunal Supremo núm. 84/2020 de 6 de febrero», *Diario La Ley*, 9627 (2020).
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M, *La imputación objetiva del resultado* (Madrid: Edersa, 1992).
- , «La mediación penal en España: estado de la cuestión», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, ed. Martínez Escamilla, M y Sánchez Álvarez, MP (Madrid: Reus, 2011), pp. 15-46.
- MARTÍNEZ GARAY, L, «Arrebato, obcecación u otro estado pasional», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Grave adicción a sustancias», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Imputabilidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- MARTÍNEZ GARAY, L, Y E FRÍGOLS I BRINES, «Anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- MARTÍNEZ RUIZ, J, *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo positivo como instrumento de política criminal* (Madrid: Dykinson, 2017).

- MATELLANES RODRÍGUEZ, N, «El tipo imprudente de acción», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo II: Teoría del delito*, ed. Demetrio Crespo, E, 2.^a ed. (Madrid: Iustel, 2015), pp. 151-72.
- MAYER, ME, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung* (Frankfurt: Sauer & Auvermann, 1967).
- MCLAUGHLIN, JA, «Proximate cause», *Harvard Law Review*, 39 (1925), 149-99.
- MEDINA ALCOZ, L, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2018).
- MEDINA CRESPO, M, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio «compensatio lucri cum damno» en el Derecho de daños* (Barcelona: Bosch, 2015).
- MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, P, *Daños punitivos: el «patito feo» de la responsabilidad civil* (Madrid: Fe d'erratas, 2016).
- MIR PUIG, S, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41 (1988), 661-83.
- , *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed. (Barcelona: Reppertor, 2016).
- MOLINA FERNÁNDEZ, F, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4 (2000), 57-137.
- , *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (Barcelona: J.M. Bosch, 2001).
- , «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Cizur Menor: Aranzadi, 2005), pp. 691-742.
- , *El concepto de peligro y la teoría del delito (escrito de habilitación a cátedras: inédito)*, 2007.
- , «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho*

y *Ciencias Económicas y Empresariales*, 74 (2008), 113-44.

- , «Societas peccare non potest... Nec delinquere», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, ed. Bacigalupo Saggese, S, Feijoo Sánchez, B, y Echano Basaldúa, JI (Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2016), pp. 361-415.
- , «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, ed. Silva Sánchez, JM, Queralt Jiménez, JJ, Corcoy Bidasolo, M, y Castiñeira Palou, M. T (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2017), pp. 735-51.
- , «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el valor de π », *Abogacía Española*, 103 (2017), 28-33.
- , «Acción y causas de ausencia de acción», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Autoría y participación delictiva», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Causas que extinguen la responsabilidad penal», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Condiciones objetivas de punibilidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Consecuencias jurídicas del delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Definición de delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Dolo, imprudencia y error», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina

- Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J, Díaz y García Conlledo, M, Paredes Castañón, JM, Olaizola Nogales, I, Trapero Barreales, MA, Roso Cañadillas, R, et al. (Madrid: Reus, 2020), pp. 805-39.
- , «Estado de necesidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Estructura y fundamento de la culpabilidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Exigibilidad y causas de inexigibilidad», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Formas imperfectas de ejecución del delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Hecho típico», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Legítima defensa», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Omisión del deber de socorro», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Punibilidad y delito», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Sistema de causas de justificación», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- MOMMSEN, F, *Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse* (Brunswick: C.A. Schwetschke & Sohn, 1855).
- MONTÉS PENADÉS, V, «La responsabilidad por dolo», en *La responsabilidad civil y su*

- problemática actual*, ed. Moreno Martínez, JA (Madrid: Dykinson, 2007), pp. 717-46.
- MOORE, MS, «Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher», *Buffalo Criminal Law Review*, 3 (1999), 65-89.
- , *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Metaphysics* (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- DEL MORAL GARCÍA, A, «Responsabilidad civil en el proceso penal: disfunciones, paradojas, ventajas», en *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, ed. Herrador Guardia, MJ (Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2018), pp. 457-522.
- MORENO CATENA, V, «El proceso penal», en *Derecho Procesal Penal*, ed. Cortés Domínguez, V y Moreno Catena, V, 7.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), pp. 10-25.
- , «Las partes civiles en el proceso penal», en *Derecho Procesal Penal*, ed. Cortés Domínguez, V y Moreno Catena, V (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), pp. 99-110.
- , «Las partes procesales. Las partes acusadoras», en *Derecho Procesal Penal*, ed. Cortés Domínguez, V y Moreno Catena, V, 7.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), pp. 69-85.
- MÜLLER, ML, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht* (Tubinga: Mohr Siebeck, 1912).
- MUÑOZ CONDE, F, Y M GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015).
- MÜNZBERG, W, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1966).
- NAMIAS, O, *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht* (Frankfurt: Peter Lang, 1993).
- NAUCKE, W, «Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik», en *Einheit und*

- Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, ed. Baumann, J y Tiedemann, K (Tubinga: Mohr Siebeck, 1974), pp. 109-20.
- NEUMANN, U, «Die Stellung des Opfers im Strafrecht», en *Strafrechtspolitik: Bedingungen der Strafrechtsreform*, ed. Hassemer, W y Bergalli, R (Frankfurt/ Nueva York: Peter Lang, 1987), pp. 225-53.
- NIEDERLÄNDER, H, «Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen», *Archiv für die civilistische Praxis*, 153 (1954), 41-80.
- NIEVA FENOLL, J, *La cosa juzgada* (Barcelona: Atelier, 2006).
- NINO, CS, «La pequeña historia del dolo y el tipo», *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 148 (1972), 1063-76.
- , *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (Buenos Aires: Astrea, 1980).
- , «Subjetivismo y objetivismo en el Derecho penal», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1999), 47-82.
- NOLAN, D, «Deconstructing the Duty of Care», *The Law Quarterly Review*, 129 (2013), 559-88.
- , «Preventive Damages», *The Law Quarterly Review*, 132 (2016), 68-95.
- NOLAN, D, Y A ROBERTSON, «Rights and Private Law», en *Rights and private Law*, ed. Nolan, D y Robertson, A (Oxford: Hart Publishing, 2012), pp. 1-33.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J, «La extinción de la responsabilidad penal y la cancelación de los antecedentes penales», en *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ed. Gil Gil, A, Lacruz López, JM, Melendo Pardos, M, y Núñez Fernández, J, 2.^a ed. (Madrid: Dykinson, 2015), pp. 1005-41.
- OETKER, H, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, ed. Krüger, W, 8.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019).
- , «§ 254 Mitverschulden», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen*

- Gesetzbuch. Band 2*, ed. Krüger, W, 8.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019).
- DEL OLMO GARCÍA, P, «Punitive Damages in Spain», en *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, ed. Koziol, H y Wilcox, V (Viena: Springer, 2009), pp. 137-54.
- PAEFFGEN, H-U, Y B ZABEL, «§ 228 Einwilligung», en *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. Band 2*, ed. Kindhäuser, U, Neumann, U, y Paeffgen, H-U, 5.^a ed. (Baden-Baden: Nomos, 2017).
- PALERMO, O, *La legítima defensa: una revisión normativista* (Barcelona: Atelier, 2006).
- PANTALEÓN DÍAZ, M, «Imputación objetiva e imprudencia en el Derecho anglosajón», en *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, ed. Pérez Álvarez, F, Díaz Cortés, LM, Heredero Campo, T, y Villasante Arroyo, N, 2016, pp. 147-62.
- , «La enigmática regla 1^a del artículo 118.1 del Código Penal. Sobre la responsabilidad civil de los inimputables», *InDret*, 3 (2017).
- , «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil», *Diario La Ley*, 9277 (2018).
- , «Children’s Liability in Negligence», *Journal of European Tort Law*, 9 (2018), 25-53.
- , «La utilidad de una buena dogmática para una buena jurisprudencia (y viceversa). El ejemplo de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 805/2017, de 11 de diciembre (caso “Madrid Arena”)», *Libertas (Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales)*, 7 (2018), 103-20.
- , «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen I*, ed. Cancio Meliá, M, Maraver Gómez, M, Fakhouri Gómez, Y, Guérez Tricarico, P, Rodríguez Horcajo, D, y Basso, GJ (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 683-96.
- , «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 55 (2019), 145-200.

- , «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia», *La Ley Penal*, 147 (2020).
- , «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: reformas pendientes», *Almacén de Derecho*, 2020.
- PANTALEÓN DÍAZ, M, Y D SOBEJANO NIETO, «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 29 (2014), 213-37.
- PANTALEÓN PRIETO, F, «Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños (tesis doctoral inédita)» (Universidad Autónoma de Madrid, 1981).
- , «Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2 (1983), 447-58.
- , «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II*, ed. Asociación de Profesores de Derecho Civil (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), pp. 1561-91.
- , «Artículo 1902», en *Comentario del Código Civil. Tomo II*, ed. Paz-Ares Rodríguez, C, Díez-Picazo, L, Bercovitz, R, y Salvador Coderch, P (Madrid: Ministerio de Justicia, 1991), pp. 1971-2003.
- , «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 44 (1991), 1019-91.
- , «“Perseverare diabolicum” (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *Jueces para la democracia*, 19 (1993), 6-10.
- , «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238 (1994), 239-53.
- , *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción* (Cizur Menor: Aranzadi, 1996).

- , «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4 (2000), 167-91.
- , «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 2017.
- PAPATHANASIOU, K, «Der ärztliche Heileingriff und die Rechtsfigur der “hypothetischen Einwilligung” im Lichte des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Anlässlich des Urteils des AG Moers vom 22.10.2015», *Hamburger Rechtsnotizen*, 1 (2016), 10-17.
- PAPAYANNIS, DM, «Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad», en *Causalidad y atribución de responsabilidad*, ed. Papayannis, DM (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2014), pp. 139-82.
- , «La responsabilidad civil como asignación de pérdidas», *InDret*, 1 (2014).
- PAREDES CASTAÑÓN, JM, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)* (Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995).
- PASTOR MUÑOZ, N, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid: Marcial Pons, 2004).
- , *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal* (Barcelona: Atelier, 2019).
- PAWLIK, M, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug* (Colonia/ Berlín/ Bonn/ Múnich: Carl Heymanns, 1999).
- , *Der rechtfertigende Notstand* (Berlín/ Nueva York: Walter de Gruyter, 2002).
- , *Das Unrecht des Bürgers* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2012).
- PEÑA LÓPEZ, F, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual* (Granada: Comares, 2002).

- , *Dogma y Realidad del Derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL* (Cizur Menor: Aranzadi, 2011).
- , «Inexistencia de responsabilidad cuando se prueba que el daño se hubiera producido igualmente con un comportamiento correcto (el argumento de la “conducta alternativa lícita”)», en *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, ed. Herrador Guardia, MJ (Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2018), pp. 241-77.
- PENA LÓPEZ, JM, «Prólogo», en *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Busto Lago, JM (Madrid: Tecnos, 1998), pp. 13-27.
- PEÑARANDA RAMOS, E, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad* (Madrid: Tecnos, 1990).
- , *Proyecto docente (Concurso para Profesor Titular de Derecho Penal)* (Madrid, 1990).
- , *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación* (Madrid: Civitas, 1991).
- , «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», *Doxa*, 23 (2000), 289-321.
- , «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2 (2001), 401-22.
- , «Lesiones (I)», en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen I*, ed. Bajo Fernández, M (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003), pp. 339-96.
- , *Estudios sobre el delito de asesinato* (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2014).
- , «Informe crítico sobre la reforma de los delitos de homicidio, asesinato y lesiones en el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal», en *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de*

- Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, ed. Álvarez García, FJ y Antón Boix, JR (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014), pp. 98-126.
- , «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en *La responsabilidad en los «delitos especiales»: el debate doctrinal en la actualidad*, ed. Robles Planas, R (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2014), pp. 2-57.
- , «Homicidio y asesinato», *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, 46 (2015), 140-72.
- , «La pena: nociones generales», en *Introducción al Derecho Penal*, ed. Lascuraín Sánchez, JA, 2.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2015), pp. 255-93.
- , «Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal», *Cuadernos penales José María Lidón*, 13 (2017), 13-45.
- , *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia)* (Madrid, 2020).
- , *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): guión ampliado sobre las formas imperfectas de ejecución del delito* (Madrid, 2020).
- , *Apuntes para docencia a distancia (inéditos): lección sobre autoría y participación* (Madrid, 2020).
- , *Apuntes para la docencia a distancia (inéditos): guion ampliado sobre punibilidad y circunstancias modificativas de la responsabilidad* (Madrid, 2020).
- , «Homicidio», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J, Díaz y García Conlledo, M, Paredes Castañón, JM, Olaizola Nogales, I, Trapero Barreales, MA, Roso

- Cañadillas, R, et al. (Madrid: Reus, 2020), pp. 887-903.
- , «Tipicidad en los delitos omisivos», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- , «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- PEÑARANDA RAMOS, E, Y GJ BASSO, «La pena: nociones generales», en *Manual de Introducción al Derecho penal*, ed. Lascuráin Sánchez, JA (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019), pp. 161-90.
- PEÑARANDA RAMOS, E, C SUÁREZ GONZÁLEZ, Y M CANCIO MELIÁ, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 17-69.
- PERALTA, JM, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal* (Madrid: Marcial Pons, 2012).
- PÉREZ MANZANO, M, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Madrid: UAM Ediciones, 1990).
- , «Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, ed. García Valdés, C, Cuerda Riezu, A, Martínez Escamilla, M, Alcácer Guirao, R, y Valle Mariscal de Gante, M (Madrid: Edisofer, 2008), pp. 1453-86.
- , «El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción», en *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, ed. Mir Puig, S, Corcoy Bidasolo, M, y Hortal Ibarra, J (Madrid: Edisofer, 2009), pp. 123-54.
- , «El principio “ne bis in idem”», en *Introducción al Derecho Penal*, ed. Lascuráin Sánchez, JA, 2.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2015), pp. 112-19.
- , «Prueba y subsunción en el dolo: una cuestión de garantías constitucionales», en

- Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, ed. Silva Sánchez, JM, Queralt Jiménez, JJ, Corcoy Bidasolo, M, y Castiñeira Palou, M. T (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2017), pp. 1-15.
- , «En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2018, 91-120.
- , «El fundamento de la pena del delito doloso», en *Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo*, ed. Valle Mariscal de Gante, M, Pérez Manzano, M, Iglesias Río, MÁ, Andrés Domínguez, AC, y Martín Lorenzo, M (Universidad Complutense de Madrid, 2020), pp. 533-44.
- , «Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J, Díaz y García Conlledo, M, Paredes Castañón, JM, Olaizola Nogales, I, Trapero Barreales, MA, Roso Cañadillas, R, et al. (Madrid: Reus, 2020), pp. 989-1000.
- , «La delimitación entre prueba y subsunción del dolo en Derecho penal económico: el caso de los testaferreros», en *Derecho penal económico y teoría del delito*, ed. Demetrio Crespo, E, de Cuerda Martín, M, y García de la Torre García, F (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), pp. 327-70.
- PÉREZ RIVAS, N, *Los derechos de la víctima en el sistema penal español* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017).
- PÉREZ SANZBERRO, G, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* (Granada: Comares, 1999).
- POSNER, RA, «A Theory of Negligence», *Journal of Legal Studies*, 1 (1972), 29-96.
- POZUELO PÉREZ, L, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003).
- , «Reparación del daño», en *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Molina Fernández, F (Madrid: Francis Lefebvre, 2020).
- PRITTWITZ, C, «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», *Buffalo Criminal Law*

Review, 3 (1999), 109-29.

PUENTE ABA, LM, «El artículo 282 bis del Código Penal: las falsedades en la inversión en los mercados de valores», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7 (2012), 51-80.

PUENTE RODRÍGUEZ, L, «Represión estatal y Derecho penal: relaciones paradójicas», en *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, ed. Pérez Álvarez, F, Díaz Cortés, LM, Heredero Campo, T, y Villasante Arroyo, N, 2016, pp. 737-53.

———, «El nuevo delito de autoadoctrinamiento terrorista», *Diario La Ley*, 8967 (2017).

———, «Psicopatía y Derecho penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 45 (2017), 61-95.

———, «Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado antes, durante y después del procedimiento penal», *Diario La Ley*, 9699 (2020).

———, «Tratamiento penal del individuo imputable peligroso (tesis doctoral inédita)» (Universidad Autónoma de Madrid, 2020).

PUENTE SEGURA, L, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal* (Madrid: Colex, 1997).

PUPPE, I, «Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm», en *Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997*, ed. Schulz, J y Vormbaum, T (Baden-Baden: Nomos, 1997), pp. 227-45.

———, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, trad. García Caveró, P (Granada: Comares, 2001).

———, «Der Aufbau des Verbrechens», en *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, ed. Dannecker, G, Langer, W, Ranft, O, Schmitz, R, y Brammsen, J (Colonia/ Berlín/ Múnich: Carl Heymanns, 2007), pp. 389-402.

———, «El resultado y su explicación causal en Derecho penal», *InDret*, 4 (2008).

———, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Verursachung im Recht»,

- Rechtswissenschaft: Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, 4 (2011), 400-442.
- , «Das System der objektiven Zurechnung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 162 (2015), 203-18.
- , «Vorbemerkungen zu §§ 13ff», en *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, vol. 1*, ed. Kindhäuser, U, Neumann, U, y Paeffgen, H-U, 5.^a ed. (Baden-Baden: Nomos, 2017).
- , «Verursachen durch Verhinderung rettender Kausalverläufe und durch Unterlassen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11 (2018), 484-92.
- PUPPE, I, Y T GROSSE-WILDE, «Doppeltes Staatsversagen – Das (vorläufige) Ende des Loveparade-Verfahrens», *JuristenZeitung*, 74 (2019), 334-40.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)* (Barcelona: Bosch, 1958).
- QUINTERO OLIVARES, G, «Introducción», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 15-17.
- , «La contribución de la víctima al daño y el alcance de la llamada compensación de culpas», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 137-43.
- , «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 19-50.
- , «Las personas civilmente responsables (apartados 1-4)», en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, ed. Quintero Olivares, G, Cavanillas Múgica, S, y de Llera Suárez-Bárcena, E (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), pp. 145-58.
- RADBRUCH, G, «Die Lehre von der adäquaten Verursachung», en *Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin. Neue Folge. Erster Band. 3.*

- Heft*, ed. von Liszt, F (Berlín: J. Guttentag, 1902), pp. 325-408.
- RANFT, O, «Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom “rechtmäßigen Alternativverhalten”», *Neue Juristische Wochenschrift*, 37 (1984), 1425-33.
- RAWLS, J, *A Theory of Justice (Revised Edition)* (Cambridge (MA): Harvard University Press, 1999).
- REEMTSMA, JP, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem* (Múnich: C.H. Beck, 1999).
- REGLERO CAMPOS, LF, Y P DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, «Valoración de daños corporales. El sistema valorativo de la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 463-766.
- REGLERO CAMPOS, LF, Y L MEDINA ALCOZ, «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 767-970.
- REGLERO CAMPOS, LF, Y F PEÑA LÓPEZ, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 65-263.
- , «Los sistemas de responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 265-315.
- RENIKOWSKI, J, *Notstand und Notwehr* (Berlín: Duncker & Humblot, 1994).
- , «Dimensionen der Straftat: Täter - Opfer - Gesellschaft», en *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, ed. Kohte, W y Absenger, N (Baden-Baden: Nomos, 2015), pp. 210-22.
- REY SANFIZ, LC, *La Tentativa Jurídico-Penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*

(Madrid: Dykinson, 2001).

REYES ALVARADO, Y, *Imputación objetiva* (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994).

———, «Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada justicia transicional», en *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, ed. Gil Gil, A y Maculan, E (Madrid: Dykinson, 2017), pp. 187-205.

ROBLES PLANAS, R, *La participación en el delito: fundamento y límites* (Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2003).

———, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo», en *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, ed. Frisch, W y Robles Planas, R (Barcelona: Atelier, 2004), pp. 69-111.

———, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado honoris causa en la Universidad de Alcalá*, ed. Luzón Peña, D-M (Las Rozas: La Ley, 2010).

———, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, 4 (2013).

———, «La “teoría de la imputación objetiva”: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», en *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, ed. Frisch, W (Barcelona: Atelier, 2015), pp. 19-40.

ROCA TRÍAS, E, «La responsabilidad patrimonial del Estado y de las Administraciones públicas», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 7.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), pp. 313-48.

———, «La causalidad», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), pp. 201-31.

———, «La responsabilidad civil derivada de delito», en *Derecho de daños. Textos y*

- materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), pp. 67-110.
- , «La responsabilidad civil extracontractual», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), pp. 17-47.
- ROCA TRÍAS, E, Y M NAVARRO MICHEL, «El daño», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), pp. 233-61.
- , «La responsabilidad por acto propio», en *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Roca Trías, E y Navarro Michel, M, 8.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), pp. 111-37.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JM, «Prólogo», en *La doctrina de la acción finalista*, ed. Rodríguez Muñoz, JA (Valencia: Universidad de Valencia, 1978), p. 160.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad* (Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2016).
- , «¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen I*, ed. Cancio Meliá, M, Maraver Gómez, M, Fakhouri Gómez, Y, Guérez Tricarico, P, Rodríguez Horcajo, D, y Basso, GJ (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 291-306.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G, *La omisión de socorro en el Código Penal* (Madrid: Tecnos, 1966).
- , «Cara y cruz de las sanciones penales», *Cuadernos para el Diálogo*, 28 (1971), 46-52.
- , *Derecho penal. Parte general* (Madrid: Civitas, 1978).
- , «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad», en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, ed. Barbero Santos, M, Cerezo Mir, J, Gimbernat Ordeig, E, y Núñez Barbero, R (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982), pp. 509-22.

- RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA, *La doctrina de la acción finalista* (Valencia: Universidad de Valencia, 1978).
- RODRÍGUEZ PUERTA, MJ, «Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 407-37.
- ROIG TORRES, M, *La reparación el daño causado por el delito. (Aspectos civiles y penales)* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000).
- , *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010).
- ROJAS PICHLER, PA, «La función de la responsabilidad civil ex delicto como herramienta de recuperación de activos ilícitos y de prevención con respecto a los delitos de corrupción pública», en *Recuperación de activos y decomiso*, ed. Rodríguez García, N, Fabián Caparrós, E, y Berdugo Gómez de la Torre, I (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), pp. 243-88.
- ROMEO CASABONA, CM, *El médico y el Derecho penal. I: La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)* (Barcelona: Bosch, 1981).
- ROSS, A, *Über den Vorsatz. Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung* (Baden-Baden: Nomos, 1979).
- ROSTALSKI, F, «La vida no es imponderable», *En Letra: Derecho Penal*, 10 (2020), 26-30.
- ROXIN, C, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, D-M (Madrid: Reus, 1976).
- , «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial: Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, 1991, 18-30.
- , «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», *Chengchi Law Review*, 50 (1995), 219-39.

- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2006).
- , «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en *Fundamentos político-criminales del Derecho penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2008), pp. 115-40.
- , «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (2013), 1-27.
- , *Derecho Penal. Parte General. Tomo II: Especiales formas de aparición del delito*, trad. Luzón Peña, D-M, Paredes Castañón, JM, Díaz y García Conlledo, M, y de Vicente Remesal, J (Cizur Menor: Aranzadi, 2014).
- , «Nachträgliches Mitverschulden des Opfers», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 167 (2020), 183-93.
- ROXIN, C, Y L GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2020).
- RUDOLPHI, H-J, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *Juristische Schulung*, 9 (1969), 549-57.
- , «Vorbemerkungen zum Allgemeinen Teil», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I: Allgemeiner Teil*, ed. Rudolphi, H-J, Samson, E, Horn, E, y Schreiber, H-L, 2.^a ed. (Frankfurt: Alfred Metzner, 1977), pp. 1-36.
- RUEDA MARTÍN, MÁ, *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)* (Barcelona: Bosch, 2001).
- RUIZ ARRANZ, AI, «La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en Derecho alemán y español. Un análisis comparado», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 34 (2016), 409-40.
- RÜMELIN, M, *Der Zufall im Recht* (Freiburg i.B./ Leipzig: Mohr Siebeck, 1896).

- , «Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 90 (1900), 171-344.
- , *Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht* (Tubinga: Mohr Siebeck, 1909).
- SACHER, M, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006).
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, MB, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación* (Granada: Comares, 1997).
- DE SALAS CLAVER, J, «Daños punitivos: la pregunta es para cuándo», *Práctica de Derecho de Daños*, 5 (2007), 5-21.
- SALVADOR CODERCH, P, «¿Indemnización fijada en función de los daños causados a la víctima o de los beneficios obtenidos por el dañador?», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 63-66.
- , «El concepto económico de negligencia y la fórmula de Hand», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 133-61.
- , «El concepto objetivo de negligencia», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 113-15.
- , «La función preventiva del Derecho de daños», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 117-24.
- , «Las funciones del Derecho de daños», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed.

Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, MT, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 101-11.

———, «Los arts. 205 y siguientes del Código Penal de 1995 y la segunda recepción de New York Times v. Sullivan [367 US 254 (1964)]: cinco distorsiones notables de la doctrina originaria», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 71-79.

———, «Sobre las indemnizaciones sancionatorias en Derecho civil», en *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, ed. Salvador Coderch, P, Castiñeira Palou, M. T, y Gómez Ligüerre, C (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 163-76.

———, «Punitive damages», *InDret*, 1 (2000).

SALVADOR CODERCH, P, Y A FERNÁNDEZ CRENDE, «Instrumentos de control social y derecho de daños», *InDret*, 4 (2004).

SALVADOR CODERCH, P, Y C GÓMEZ LIGÜERRE, «El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes», *InDret*, 1 (2005).

SAMSON, E, «Anhang zu § 16: Das Fahrlässigkeitsdelikt», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1: Allgemeiner Teil*, ed. Rudolphi, H-J, Samson, E, Horn, E, y Schreiber, H-L, 2.^a ed. (Frankfurt: Alfred Metzner, 1977), pp. 125-39.

———, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, trad. Sancinetti, MA y Ziffer, PS (Buenos Aires: Hammurabi, 2003).

SÁNCHEZ DAFAUCE, M, *Sobre el estado de necesidad existencial* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016).

SÁNCHEZ MORÓN, M, *Derecho administrativo. Parte general*, 12.^a ed. (Madrid: Tecnos, 2016).

SANCINETTI, MA, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las*

consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción (Buenos Aires: Hammurabi, 1991).

———, «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2010, 583-605.

SANTOS BRIZ, J, «La relación causal y problemas relacionados con ella», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Sierra Gil de la Cuesta, I, 2.^a ed. (Barcelona: Bosch, 2008), pp. 537-604.

SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, M, «Justicia restaurativa y mediación penal», en *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, ed. Gil Gil, A y Maculan, E (Madrid: Dykinson, 2017), pp. 121-43.

SANZ MORÁN, Á, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ed. Díaz y García Conlledo, M y Paredes Castañón, JM (León: Universidad de León, 2004), pp. 139-49.

———, «La reforma de los delitos contra la vida», en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, ed. Maqueda Abreu, M. L, Martín Lorenzo, M, y Ventura Püschel, A (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016), pp. 821-38.

SCHÄFFER, K, *Der Fahrlässigkeitsbegriff im Straf- und Zivilrecht* (Würzburg: Richard Mayr, 1937).

SCHMIDHÄUSER, E, «Fahrlässige Straftat ohne Sorgaltspflichtverletzung», en *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, ed. Grünwald, G, Miehe, O, Rudolphi, H-J, y Schreiber, H-L (Gotinga: Otto Schwartz, 1975), pp. 129-58.

SCHROEDER, F-C, «Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung», *JuristenZeitung*, 17 (1989), 776-80.

SCHÜNEMANN, B, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und

- Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, 435-44, 511-16, 575-84, 647-56, 715-24, 787-7.
- , «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 28 (1978), 11-63.
- , «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, ed. Kaufmann, A, Bemann, G, Krauss, D, y Volk, K (Múnich: C.H. Beck, 1979), pp. 117-32.
- , «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2 (1986), 193-200, 439-43.
- , «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», en *Problemas jurídico penales del SIDA*, ed. Mir Puig, S (Barcelona: Bosch, 1993), pp. 25-99.
- , «The Role of the Victim Within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept», *Buffalo Criminal Law Review*, 3 (1999), 33-49.
- , «Sistema de Derecho penal y victimodogmática», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, ed. Díez Ripollés, JL, Romeo Casabona, CM, Gracia Martín, L, y Higuera Guimerá, JF (Madrid: Tecnos, 2002), pp. 159-72.
- , *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, trad. Cuello Contreras, J y Serrano Gómez de Murillo, JL (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires: Marcial Pons, 2009).
- SEARLE, JR, *The Construction of Social Reality* (Nueva York: The Free Press, 1995).
- SEELMANN, K, «Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht», *JuristenZeitung*, 14 (1989), 670-76.
- SEGRELLES DE ARENAZA, Í, «Teoría Jurídicofísica del Peligro», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-21 (2017), 1-41.
- SILVA SÁNCHEZ, JM, «Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 27 de enero de 1984)», *Diario La Ley*, 922 (1984), 1040-46.
- , *El delito de omisión: concepto y sistema* (Barcelona: Bosch, 1986).
- , «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, ed. de la Cuesta Arzamendi, JL, Dendaluze Seguro, I, y Echeburúa Odriozola, E (San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989), pp. 633-46.
- , «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, ed. Seminario de Derecho Penal y Instituto de Criminología (Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989), pp. 677-87.
- , *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales* (Barcelona: J.M. Bosch, 1997).
- , «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”», *Poder Judicial*, 45 (1997), 183-202.
- , «¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, 3 (2001).
- , «Prólogo», en *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, ed. Frisch, W y Robles Planas, R (Barcelona: Atelier, 2004), pp. 11-18.
- , «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Cizur Menor: Aranzadi, 2005), pp. 1007-28.
- , *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2012).
- , «El resultado, siempre el resultado», *InDret*, 2013, 1-2.
- , «Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir»,

- en *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Tomo I. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, ed. Gimbernat Ordeig, E, Gracia Martín, L, Peñaranda Ramos, E, Rueda Martín, MÁ, Suárez González, C, y Urquizo Olaechea, J (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), pp. 487-504.
- , *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2015).
- , *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal* (Barcelona: Atelier, 2018).
- , «La legítima defensa que “recae sobre tercero”», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen 1*, ed. Cancio Meliá, M, Maraver Gómez, M, Fakhouri Gómez, Y, Rodríguez Horcajo, D, y Basso, GJ (Madrid: UAM Ediciones, 2019), pp. 785-98.
- , «Ein Modell für die actio libera in causa. Die actio praecedens als strafbare Teilnahme an der actio posterior», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 167 (2020), 240-48.
- , «La no disminución del riesgo en el caso “Madrid Arena”: dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero», *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal InDret*, 2021, 405-17.
- SMITH, SA, *Contract Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2004).
- SPENDEL, G, «Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt», *Juristische Schulung*, 1964, 14-20.
- SPIER, J, «Art. 3:104. Potential Causes», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 50-54.
- , «Art. 3:106. Uncertain Causes in the Victim's Sphere», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 56-59.
- , «Art. 3:201. Scope of Liability», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 59-63.

- STERNBERG-LIEBEN, D, «§ 223 Körperverletzung», en *Schönke/ Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. Eser, A, 30.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2019).
- STRATENWERTH, G, «Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung», en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, ed. Lackner, K, Leferenz, H, Schmidt, E, Welp, J, y Wolff, EA (Berlín/ Nueva York: Walter de Gruyter, 1973), pp. 227-39.
- STRUENSEE, E, «El tipo subjetivo del delito imprudente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, 423-50.
- , «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1987.
- STÜBEL, CC, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammanden Endurtheile erforderliche Gewisßheit des erstern* (Wittenberg: Zimmermann, 1805).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C, Y M CANCIO MELIÁ, «Estudio preliminar: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva», en *La imputación objetiva en Derecho penal*, ed. Jakobs, G (Madrid: Civitas, 1996), pp. 21-88.
- SUMMERER, K, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale* (Pisa: ETS, 2013).
- TAMARIT SUMALLA, JM, *La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, trad. Maldonado Seral, E y Villacampa Estiarte, C (Barcelona: Fundació Jaume Callís, 1994).
- , «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 439-62.
- , «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 17-50.
- , «El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de

- 2012», *Ars Iuris Salmanticensis*, 1 (2013), 139-60.
- , «La reparación y el apoyo a las víctimas», en *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, ed. Tamarit Sumalla, JM (Tirant Lo Blanch, 2015), pp. 294-343.
- , «Los derechos de las víctimas», en *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, ed. Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), pp. 7-60.
- THYRÉN, JCW, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie, I: Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien* (Lund: Universidad de Bockhandeln, 1894).
- TOBLER, R, *Fahrlässigkeit im Zivil- und Strafrecht* (Zúrich: Müller, Werder & Co., 1931).
- TOEPEL, F, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt* (Berlín: Duncker & Humblot, 1992).
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C, *El efecto oclusivo entre causas de justificación* (Granada: Comares, 2009).
- , «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, 3 (2016).
- TORIO LÓPEZ, Á, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, 33-48.
- TORP, C, «Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 23 (1903), 84-105.
- TRAEGER, L, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (Marburgo: N.G. Elwert, 1904).
- TRIMARCHI, P, *Causalità e danno* (Milán: Giuffrè, 1967).
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A, «Acuerdos alcanzado en el seno de un órgano colegiado y responsabilidad penal individual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23 (2021), 1-34.

- ULSENHEIMER, K, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten* (Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1965).
- VALIENTE IVÁÑEZ, V, *Imputación extraordinaria: elementos conceptuales y normativos para un modelo de responsabilidad jurídico-penal (tesis doctoral inédita)* (Barcelona, 2018).
- , «“Deberes de cuidado” e “incumbencias”. Notas sobre la cláusula normativa inherente a la responsabilidad por imprudencia», *Revista En Letra Derecho Penal*, 2019, 1-7.
- , «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22 (2020), 1-32.
- VARONA GÓMEZ, D, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia* (Granada: Comares, 2000).
- VELA TORRES, PJ, «El consentimiento informado en el ámbito sanitario», *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, 19-36 (2014).
- VENDRELL CERVANTES, C, «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *Anuario de Derecho Civil*, 56 (2012), 1107-1244.
- VICENTE DOMINGO, E, «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, ed. Reglero Campos, LF y Busto Lago, JM, 5.^a ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014), pp. 317-462.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R, *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015* (Barcelona: Bosch, 2015).
- DE VICENTE REMESAL, J, «La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro», en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, ed. Silva Sánchez, JM (Barcelona: J.M. Bosch, 1997), pp. 173-206.

- , «Dos propuestas legislativas antagónicas sobre el homicidio por imprudencia leve: referencia especial al ámbito de la seguridad vial», *Derecho y Proceso Penal*, 36 (2014), 121-68.
- , «Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22 (2020), 1-52.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C, *Responsabilidad Penal del personal Sanitario. Atribución de Responsabilidad Penal en Tratamientos Médicos Efectuados por Diversos Profesionales* (Cizur Menor: Aranzadi, 2003).
- , «Víctima y sistema de sanciones penales», en *Manual de victimología*, ed. Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, y Tamarit Sumalla, JM (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), pp. 365-77.
- WAGNER, G, «§ 823 Schadensersatzpflicht», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6*, ed. Habersack, M, 7.^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2017).
- WARDA, G, «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen», en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, ed. Schroeder, F-C y Zipf, H (Karlsruhe: C.F. Müller, 1972), pp. 143-71.
- WEINRIB, EJ, *The Idea of Private Law*, Revised (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- WELZEL, H, «Kausalität und Handlung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 51 (1931), 703-20.
- , «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58 (1939), 491-566.
- , «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 63 (1951), 47-56.
- , *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte* (Karlsruhe: C.F. Müller, 1961).

- , *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. Cerezo Mir, J (Montevideo/ Buenos Aires: BdeF, 2001).
- WIDMER, P, «Art. 4:102. Required Standard of Conduct», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 75-86.
- , «Art. 4:103. Duty to Protect Others from Damage», en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, ed. European Group on Tort Law (Viena: Springer, 2005), pp. 86-90.
- WILENMANN, J, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad* (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo: Marcial Pons, 2017).
- WOLTER, J, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem* (Berlín: Duncker & Humblot, 1981).
- , «La imputación objetiva objetiva en un sistema del delito de doble vía», en *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, ed. de Vicente Remesal, J, Díaz y García Conlledo, M, Paredes Castañón, JM, Olaizola Nogales, I, Trapero Barreales, MA, Roso Cañadillas, R, et al. (Madrid: Reus, 2020), pp. 1173-88.
- WRIGHT, R, «Causation in tort law», *California Law Review*, 73 (1985), 1735-1828.
- YÁÑEZ RIVERO, F, «The 2006 New York Convention and Obligations of Persons with Disabilities: Liability for Damages within the Scope of Civil Law and Common Law», *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 2012, 9-27.
- YZQUIERDO TOLSADA, M, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6.^a ed. (Madrid: Dykinson, 2020).
- ZACZYK, R, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten* (Heidelberg: C.F. Müller, 1993).
- ZEHR, H, *Changing Lenses: Restorative Justice for Our Times*, 4.^a ed. (Harrisonburg/ Virginia/ Kitchener/ Ontario: Herald Press, 2015).

ZIELINSKI, D, *Handlungs- und Erolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß* (Berlin: Duncker & Humblot, 1973).

———, «Der Notarzt als Retter des Täters —Vom Glück und Pech als Maß der Schuld», en *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, ed. Amelung, K, Beulke, W, Lilie, H, Rosenau, H, Rüping, H, y Wolfslast, G (Heidelberg: C.F. Müller, 2003), pp. 533-48.

«Diese Auffassung auf ein Gebieten, auf welchen mir ihre Anerkennung am meisten gefährdet schien, als richtig nachzuweisen, war der Zweck dieser Abhandlung. Vielleicht vermag sie trotz ihrer Mängel ein wenig dazu beizutragen, daß die Natur der Fragen, welche sich hinter der Maske des Kausalproblems verbergen, nicht länger im Dunkeln bleibe; damit diese Maske mit den geheimnisvollen Zügen eines der Urprobleme menschlicher Erkenntnis endlich ihre verwirrende Macht verliere, und die Rechtswissenschaft sich auch hier vor Aufgaben gestellt sehe, welche sie mit ihren Methoden zu bewältigen hoffen darf».

Max Ludwig Müller,
*Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges
im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912*