

Teoría de la evitabilidad *versus* teoría del aumento del riesgo

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo expongo los postulados fundamentales de las dos teorías –la de la evitabilidad y la del aumento (o del incremento) del riesgo– que tratan de dar una respuesta al problema del «comportamiento alternativo conforme a Derecho», las someto, posteriormente, a un análisis crítico, y finalizo el trabajo con mi toma de posición. Me ocupo únicamente de las cuestiones fundamentales que plantea este grupo de casos y dejo al margen cuestiones de detalle. Y prescindo, asimismo, en una gran medida, de referencias bibliográficas y jurisprudenciales; para quien esté interesado en profundizar en los problemas que presenta este criterio de imputación objetiva del comportamiento alternativo conforme a Derecho, le remito a una monografía de próxima publicación sobre esta materia en la que encontrará esas amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales a las que aquí he renunciado.

II. LOS SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES

En el presente apartado voy a describir cuatro supuestos resueltos por la jurisprudencia en los que se presenta el problema del comportamiento alternativo conforme a Derecho. Del primero de ellos se ocupó una sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca. Los tres restantes, muy conocidos, fueron juzgados por los tribunales alemanes y

constituyen los «leading cases» en torno a los cuales gira fundamentalmente la discusión de este problema en la dogmática alemana.

1. El caso del shock anafiláctico

«La menor Sara M. G. venía padeciendo desde hacía años una bronquitis asmática, estableciéndose, tras las pruebas pertinentes, como diagnóstico el de asma extrínseco por hipersensibilidad a neu-moalérgenos, más concretamente a los ácaros del polvo, a los anfígenos de gato y al polen de “parietaria”». Para combatir esta enfermedad se le había prescrito a Sara la administración de una vacuna de un extracto hiposensibilizante de ácaros, «mediante inyecciones subcutáneas, de dosis progresivamente crecientes ..., y para conseguir la finalidad deseada es estrictamente preciso que se respeten la dosificación e intervalos de administración establecidos ... [pretendiendo] la dosificación creciente de antígeno a intervalos de una o dos semanas ... la formación de anticuerpos IgG e ir alcanzando niveles plasmáticos crecientes de este tipo de anticuerpos». «En la correspondiente “Pauta de continuación de tratamiento” [para Sara] del Servicio de Alergia e Inmunología Clínica del Complejo Hospitalario de esta ciudad [Salamanca] se expresaba claramente que “la vacuna será puesta siguiendo rigurosamente el esquema de tratamiento siguiente, en cuanto a dosis, número de inyecciones y frecuencia de administración. Comenzará con 0,05 cc. e irá aumentando a 0,1, 0,2, 0,4, 0,7 cc. Se administrará una dosis cada DOS SEMANAS. Alcanzada la dosis de 0,7 cc., continuará con ella, sin aumentarla, hasta terminar el envase. A partir de la dosis 0,7 cc., su administración se efectuará UNA VEZ POR MES”» [mayúsculas en el texto original de la sentencia 31/2001, de 23 de febrero («caso del shock anafiláctico»), de la Audiencia Provincial de Salamanca, que es de la que me estoy sirviendo como introducción para plantear, y tratar de resolver, los problemas del delito imprudente cuando el resultado típico causado por la acción negligente se habría provocado también –con seguridad rayana en la certeza o con probabilidad o con mera posibilidad– aunque el autor hubiera actuado tal como exigían las reglas de diligencia].

La administración de la referida vacuna encierra considerables peligros, por lo que la «Circular 27/87 de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios ..., y con la finalidad de reducir al mínimo las consecuencias de los accidentes que pueden producirse por la administración de hiposensibilizantes, ... establece la necesidad de que se incluyan en los prospectos de extractos alérgicos un epígrafe de “precauciones” que, entre otras, indique que “este trata-

miento puede entrañar riesgo de shock anafiláctico grave”», figurando entre esas precauciones, por ejemplo, que la vacuna sea inyectada por personal sanitario en un centro de salud, donde debe disponerse de adrenalina 1/1000, permaneciendo el paciente en observación durante 30 minutos después de la aplicación de la dosis correspondiente, debiendo abrirse una ficha en la que se registren las dosis administradas y las fechas de las mismas. Como entre la dosis anterior de 0,5 cc. (administrada el 4 de marzo de 1998) y la que le causó la muerte a Sara habían transcurrido –sin respetarse los intervalos de tiempo pautados– dos meses y medio, se habría tenido que volver a iniciar la inmunoterapia con la dosis mínima inicial de 0,05 –«si se distancian los intervalos entre las dosis, el nivel de IgG decrece hasta el punto de que puede necesitarse iniciar el proceso de inmunoterapia de nuevo con la dosis mínima inicial»–, no obstante lo cual la ATS María Cristina G. M. aplicó a la menor, el 19 de mayo de 1998, una dosis de 0,4 cc., estableciéndose en la sentencia que «la causa de la muerte de la menor Sara M. G. fue una fibrilación ventricular determinante de una parada cardiorrespiratoria derivada de una reacción anafiláctica o de tipo anafilactoide provocada por la dosis vacunal que le había sido administrada momentos antes».

De lo expuesto hasta ahora se sigue que, al administrar la ATS a la paciente una dosis de 0,4 cc., en lugar de la de 0,05 que, de acuerdo con la *lex artis*, le debería haber aplicado, al haber transcurrido dos meses y medio desde que se le inyectó la última dosis de 0,5 cc., estamos ante una conducta imprudente causante del resultado típico de muerte, por lo que nada hay que oponer, en principio, a la condena decretada por la AP de Salamanca de la ATS María Cristina por un delito de homicidio imprudente. Pero, como también puede deducirse de lo expuesto hasta ahora, la administración de esa vacuna encerraba ciertos riesgos, *ya desde su dosis inicial*, que se trataban de contrarrestar con toda una serie de precauciones, y ello porque la complicación de un shock anafiláctico y, según la sentencia, «puede producirse aun en supuestos de administración de dosis correcta», si bien son «más frecuentes [las complicaciones] si no se respeta la pauta de administración de la inmunoterapia o se alteran las dosis».

Si he iniciado este artículo con una exposición relativamente detallada del supuesto de hecho de esta sentencia de la AP de Salamanca es porque, de la mano de él, pueden examinarse, teniendo a la vista un supuesto de hecho concreto, y con variantes casi matemáticas, la fundamentación, los argumentos y los inconvenientes de las dos teorías (la teoría de la evitabilidad y la del incremento del riesgo) que tratan de dar solución a estos casos en los que el resultado (en este caso

determinado: muerte por shock anafiláctico) producido por una acción imprudente (administración de una dosis vacunal de 0,4 cc.) también se podría haber producido con la acción correcta (con la administración de una dosis de 0,05 cc.), teorías que llevan –o pueden llevar– a resultados contrapuestos (absolución por un homicidio imprudente para la primera, condena para la segunda).

2. El caso de la novocaína

En el «caso de la novocaína» (1926) (1), el médico empleó cocaína para anestesiarse localmente a un niño, omitiendo utilizar la novocaína –como exigía entonces la *lex artis*–, muriendo el paciente a consecuencia de la anestesia y de su disposición física desfavorable, aunque posiblemente habría fallecido también si se le hubiera aplicado la novocaína científicamente indicada.

3. El caso de los pelos de cabra (1929) (2)

En este supuesto, el dueño de una fábrica de pinceles adquirió a una empresa china pelos de cabra para elaborar sus productos, y, a pesar de que estaba obligado a desinfectarlos, se los entregó a sus empleadas omitiendo esa desinfección, contrayendo cuatro de ellas el bacilo de corbunco, lo que les provocó la muerte. El informe pericial puso de manifiesto, no obstante, que, aunque el empresario hubiera cumplido con su deber, las operarias *tal vez* habrían fallecido también, dado que no resultó acreditado que los desinfectantes hubieran podido destruir los gérmenes.

4. El caso del ciclista

En el «caso del ciclista» (3) (1957), el conductor de un camión, al adelantar a una bicicleta guardando una distancia lateral demasiado pequeña –0,75 m.–, atropelló con las ruedas delanteras del remolque del vehículo, y mató, a un ciclista, omitiendo aquél efectuar la manio-

(1) RG ID 555/26, dado a conocer por EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, Frank-FG I, 1930 p. 583.

(2) RG 63, 211 ss. Lo describo siguiendo la referencia que de él hace ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW 74 (1962), pp. 411-412.

(3) BGH 11, 1 ss.

bra con observancia de la distancia reglamentaria de al menos 1,5 metros, aunque, como pudo establecerse *ex post*, y debido a la embriaguez de la víctima, *posiblemente* también habría caído bajo las ruedas del camión, y perecido, aunque el camionero hubiera adelantado correctamente.

III. LAS CARACTERÍSTICAS QUE PRESENTAN ESTE GRUPO DE CASOS

Este grupo de casos viene caracterizado por que una acción imprudente ha causado un resultado típico, presentando la peculiaridad de que el comportamiento alternativo conforme a Derecho –esto es: de que aunque el autor hubiera ejecutado la acción correcta, por ejemplo: aplicar la médicamente indicada novocaína en lugar de la contraria a la *lex artis* cocaína– se hubiera podido producir el mismo resultado lesivo.

En sus orígenes este problema se trató como uno de causalidad, ya que, según la fórmula de la *conditio sine qua non*, la existencia de una relación de causalidad se acredita cuando, suprimiendo el comportamiento cuya condicionalidad se quiere determinar, el resultado desaparece. Por ello, habría que poner en cuestión la existencia de causalidad en el supuesto de que –volviendo al caso de la novocaína– no se pudiera despejar, con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, si, suprimiendo la acción imprudente –la inyección de cocaína–, la muerte del paciente no habría desaparecido, porque la aplicación de la novocaína habría conducido al mismo resultado letal.

Este enfoque del problema, como problema causal, ha dejado de tener vigencia, ya que no se puede discutir que en estos casos, e independientemente de lo que hubiera podido suceder con el comportamiento alternativo conforme a Derecho, la realidad es que las muertes han sido causadas, por encima de cualquier discusión posible, porque a la menor se le aplicó una dosis vacunal de 0,4 cc., porque al niño se le anestesió con cocaína, porque las operarias resultaron contaminadas por los pelos de cabra que el dueño de la fábrica les entregó sin desinfectar, y porque el conductor del camión atropelló al ciclista.

Como, por consiguiente, en todos estos casos estamos ante conductas imprudentes causantes del resultado típico, la condena o absolución de los respectivos autores sólo puede encontrar una solución razonable dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva, una teoría elaborada hace ya unas décadas, que, entre tanto, se ha convertido en dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, y

que postula que esa imputación objetiva es un elemento más que tiene que concurrir –junto a la causalidad, la imprudencia y, en su caso, el dolo– para emitir un juicio definitivo sobre la tipicidad de una conducta. Lo que sucede es que, sobre la eventual relevancia de la conducta alternativa conforme a Derecho, existen dos teorías –que paso ahora a examinar– que llevan a resultados no coincidentes: la teoría de la evitabilidad y la teoría del aumento (o del incremento) del riesgo.

IV. LA TEORÍA DE LA EVITABILIDAD

1. Su contenido

Para la teoría de la evitabilidad que es, con mucho, la mayoritaria, el resultado no se le puede imputar objetivamente al causante imprudente del resultado cuando éste se hubiera producido también si el autor hubiera ejecutado la acción correcta. En estos casos se afirma que falta la «conexión de la infracción del deber» («Pflichtwidrigkeitszusammenhang»), aunque existen otros términos, menos utilizados, para denominar esa conexión, como, entre otros, los de «realización de la lesión de cuidado precisamente en la producción del resultado» o «conexión de antijuridicidad» o «conexión de riesgo» o «conexión de la realización del peligro». Otros autores fundamentan la ausencia de imputación objetiva en estos casos en que «el resultado no ha descansado en la infracción del deber» o en que el resultado «no se ha causado por imprudencia».

2. **Distintas posiciones que se mantienen sobre el grado de probabilidad (o de posibilidad) que, para que excluya la imputación objetiva, debe concurrir en la circunstancia de que la acción correcta hubiera causado el mismo resultado**

A diferencia de la tesis inicial, especialmente en la jurisprudencia del Reichsgericht, de que, para que se pudiera absolver al autor, había que exigir que el comportamiento correcto hubiera llevado al mismo resultado con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, las posteriores tomas de posición se alejan de un criterio tan estricto y se conforman, para estimar que no concurre la «conexión de la infracción del deber», con que el comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiera causado la lesión del bien jurídico con una probabili-

dad o posibilidad más o menos elevada. En la jurisprudencia alemana, ese giro se inicia con el auto del BGH 11, 1 ss. (caso del ciclista), el cual, frente a la opinión del Tribunal Superior de Justicia (Oberlandesgericht = OLG) de Hamm, partidario de condenar al conductor del camión, porque no existía seguridad rayana en la seguridad de que el resultado también se hubiera producido si el conductor del camión hubiera adelantado al ciclista guardando la distancia reglamentaria de 1,5 m. (4), resuelve, apartándose de su jurisprudencia anterior, que, para absolver al autor, basta con que concurra una «alta probabilidad» de producción del mismo resultado con el comportamiento correcto (5).

(4) El OLG de Hamm se apoya en anteriores sentencias del BGH y de los Oberlandesgerichte «en las que se manifiesta la opinión de que habrá que afirmar siempre la relación de causalidad entre un comportamiento contrario a las reglas del tráfico y un resultado lesivo cuando no se pueda constatar, con seguridad o con una probabilidad rayana en la seguridad, que ese resultado no se habría producido sin aquella infracción de las reglas del tráfico; sólo cuando, según un cálculo humano, sea seguro que se habría llegado al mismo resultado con un comportamiento del acusado conforme a las reglas del tráfico, está justificado negar la responsabilidad penal del autor por el resultado por él producido. La mera posibilidad, o la más o menos alta probabilidad, de que también sin el comportamiento reprochable se hubiera producido el mismo resultado no puede impedir la condena del acusado por un homicidio imprudente». (Como se puede apreciar de lo expuesto en esta resolución del OLG de Hamm, éste ubica el problema del comportamiento alternativo conforme a Derecho dentro todavía del de la causalidad material entre acción y resultado).

(5) Según el BGH, «la cuestión nuclear es la de qué requisitos deben concurrir en la prueba de la relación de causalidad. Su respuesta no presenta dificultad cuando, bien consta que el resultado se habría evitado sin el comportamiento contrario al deber del autor, bien consta que también se habría producido con un comportamiento conforme al deber. En el primer caso hay que afirmar la relación de causalidad y en el segundo debe ser negada. Hasta ahí no existe evidentemente ninguna discusión». El BGH prosigue su resolución afirmando que, para negar esa relación de causalidad, no basta «la mera posibilidad intelectual de que el resultado también se habría producido con un comportamiento del autor conforme al deber...», porque la posibilidad de que el resultado también se habría producido mediante otra cadena causal, es algo que nunca puede excluirse por completo». Para la absolución del autor no es suficiente, según el BGH, la «probabilidad», sino que hay que exigir la «alta probabilidad» –tal como concurría en el presente caso, según el tribunal de instancia– de que el resultado también se habría producido con la acción correcta, lo que lleva al BGH a decretar la absolución del conductor del camión: «Si, de acuerdo con el convencimiento del juez de instancia, se hubiera producido el mismo resultado o, sobre la base de hechos relevantes, ello no se puede excluir, entonces la condición colocada por el autor carece de significación juridicopenal para la apreciación del resultado. En este caso no puede afirmarse la relación de causalidad entre acción y resultado». (De acuerdo con los párrafos del auto del BGH que acabo de reproducir, la fundamentación del BGH de que en esos casos, y bajo esas circunstancias, está excluida la responsabilidad penal se basa en la ausencia de «causalidad», si bien matiza el tribunal que con ese término no se refiere a la «causalidad material», sino a una, por así decirlo, «causalidad jurí-

Y, por lo que se refiere a la doctrina, las diferencias entre los defensores de la teoría de la evitabilidad surgen en relación al grado de probabilidad o posibilidad que hay que exigir para que entre en juego esa exención de responsabilidad: en la versión más restrictiva –y actualmente prácticamente abandonada–, dicha exención sólo estará justificada cuando se pueda acreditar que el comportamiento alternativo conforme a Derecho habría producido el mismo resultado con una probabilidad rayana en la seguridad; en su versión intermedia, cuando exista una probabilidad o posibilidad más o menos elevada de que el comportamiento correcto habría desembocado en idéntica lesión del bien jurídico; y en su versión más amplia –y que, por consiguiente, llevaría a la absolución en un número muy superior de causaciones imprudentes de resultados típicos–, cuando lo que tiene que constar con una seguridad rayana en la certeza es que el comportamiento correcto no habría producido el mismo resultado.

V. LA TEORÍA DEL AUMENTO (O DEL INCREMENTO) DEL RIESGO

En 1962, en un artículo publicado en la ZStW (6), Roxin, después de reconocer que en la relevancia de los procesos causales hipotéticos «se encierra algo correcto» (7), escribe: «La primera dificultad práctica [que presenta este grupo de casos] reside en la circunstancia de que casi nunca es seguro que el resultado no se habría producido con el comportamiento correcto. Por lo general, sólo puede precisarse una mayor o menor probabilidad de que ello hubiera sido así. Y cuanto menos probable sea que el resultado también se habría producido con un actuar inobjetable, menos evidente le parecerá una absolución al sentido jurídico. Si se comprueba que manteniendo la distancia adecuada,... que desinfectando los pelos de cabra o que aplicando la novocaína presumiblemente –pero no con una probabilidad rayana en la seguridad– todo habría salido bien, entonces no se comprende por qué no se le ha de reprochar al autor su comportamiento prohibido. O

dica». «Naturalmente», aclara el BGH (cursivas añadidas), «que la conducción del acusado fue, en un sentido mecánico-científiconatural, una condición de la muerte del ciclista. Pero con ello no queda dicho que la contradicción con las reglas del tráfico contenida en su comportamiento, el adelantamiento excesivamente ceñido, *sea causal, en sentido juridicopenal*, para la realización del tipo del homicidio en el sentido del § 222 StGB [homicidio imprudente]»).

(6) ZStW 74 (1962), pp. 411-444.

(7) *Op. cit.*, p. 421.

piénsese en la constelación –de importancia práctica– de que un médico causa en una operación la muerte del paciente a consecuencia de una grave infracción de la *lex artis*. ¿Podrá liberarse de toda responsabilidad mediante la indicación de que, teniendo en cuenta la dificultad del caso, una operación verificada conforme a la *lex artis* habría llevado también posiblemente a la muerte? No creo que esto sea defendible. Pues, conforme a ello, y como la mayoría de las operaciones tienen algún riesgo, se podría prescindir confiadamente de todas las medidas de cuidado; sería difícil rebatir el argumento de que, en cualquier caso, la operación podría haber salido mal» (8).

Para superar todas estas dificultades de la doctrina hasta entonces dominante, Roxin propone introducir el criterio del «incremento del riesgo», que formula de la siguiente manera: «Por consiguiente, la pregunta decisiva tiene este tenor: ¿Cómo puede reconocerse si una lesión del cuidado que ha llevado a la causación de la muerte fundamenta un homicidio imprudente? Como método para responderla propongo el siguiente procedimiento: Examínese, de acuerdo con los principios del riesgo permitido, qué comportamiento no se le hubiera podido imputar al autor como lesión del deber, y compárese con la forma de actuación del acusado. Y ahora compruébese si en el supuesto de hecho concreto, sometido a enjuiciamiento, mediante el comportamiento incorrecto del autor se ha incrementado la posibilidad de la producción del resultado frente al riesgo permitido. Si es ese el caso, entonces existe una lesión del deber que cumple el tipo, y procede una condena por imprudencia. Si falta un aumento del riesgo, entonces no se le puede cargar al agente con el resultado, y debe ser, por ello, absuelto», ya que «una acción que no aumenta el riesgo permitido, que no incrementa el peligro de producción del resultado, tiene que ser enjuiciada cuando causa un resultado, y según criterios de justicia, igual que un comportamiento no-prohibido» (9).

De acuerdo con su criterio del «incremento del riesgo», Roxin rechaza, por consiguiente, que la probabilidad o posibilidad de que el resultado también se habría producido con el comportamiento alternativo conforme a Derecho pueda fundamentar una absolución: por el contrario, si sólo es probable –pero no *seguro*– que la acción correcta habría causado el mismo resultado, ello significa que el comportamiento imprudente causante efectivo del resultado era al menos algo más peligroso que aquélla, que, por consiguiente, ha elevado el riesgo (permitido) de producción del resultado, y que, por ello, debe fundamentar un homicidio imprudente: si el médico, en una intervención de

(8) *Op. cit.*, p. 422.

(9) *Op. cit.*, pp. 431-432.

alto riesgo, actúa contra la *lex artis*, muriendo el paciente, el que éste hubiera podido fallecer también en una operación ejecutada conforme a las reglas de la medicina, no anula la responsabilidad por homicidio imprudente, porque con su actuación concreta –y frente a la correcta– el cirujano ha «incrementado el riesgo» (permitido) de producción del resultado (10).

En su artículo de la ZStW de 1962 Roxin intenta aplicar su teoría a los distintos casos que eran –y siguen siendo– objeto de discusión, y en referencia concreta al de la novocaína, estima, de acuerdo con los datos suministrados por Spendel (11), que, como el paciente era uno en el que no se había reducido la glándula timo linfática –circunstancia ésta indetectable ex ante–, su hipersensibilidad frente a *cualquier* clase de anestésico habría conducido *con seguridad* –tanto con cocaína como con novocaína– a un llamado «incidente de narcosis», y, con ello, a su muerte. En el caso concreto, por consiguiente, la aplicación de la cocaína no supuso un peligro mayor que el «riesgo permitido» que conllevaba la anestesia, médicamente indicada, con novocaína, por lo que lo procedente era absolver al médico de un homicidio imprudente: «Si la inyección de cocaína ha provocado un incidente mortal de narcosis, entonces habría que absolver al médico. Porque para el status thymolymphaticus del paciente, cualquier anestésico era igual de peligroso, y la cocaína prohibida no creó un riesgo mayor que la novocaína permitida» (12).

En cambio, en el caso de los pelos de cabra Roxin (13) propone la condena por los homicidios imprudentes causados a cuatro operarias: «El perito... únicamente había expresado “que las tres modalidades autorizadas de desinfección... no ofrecían una garantía suficiente de desinfección real de los pelos, y que, por consiguiente, no estaba excluido que la infección se hubiera también producido después de la aplicación del procedimiento de desinfección”. Aquí, por consiguiente, la entrega sin control significaba un incremento considerable del riesgo, por lo que se imponía el castigo. A ello no se le puede oponer... que la desinfección en este caso sólo posiblemente hubiera tenido éxito y que la mera posibilidad no basta para condenar... El peligro consistente en la manipulación de pelos de cabra chinos, y que

(10) Cfr. ROXIN, ZStW 74 (1962), p. 422; el mismo, Literaturbericht. Allgemeiner Teil, ZStW 78 (1966), pp. 218-219.

(11) Cfr. Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte 1947, p. 70 n. 4, donde SPENDEL refiere la información que le había facilitado el catedrático de medicina de la Universidad de Heidelberg H. Sarres.

(12) ROXIN, ZStW 74 (1962), pp. 439-440.

(13) *Op. cit.*, p. 438. V. también el mismo, ZStW 78 (1966), pp. 217-218.

aquí ha llevado a varios resultados de muerte, sólo puede quedar impune cuando se han tomado todas las medidas que hubieran conducido a su reducción. Si no es ese el caso, entonces ese hacer peligroso sobrepasa el límite de tolerancia establecido por el legislador, y sus consecuencias deben caer sobre el autor».

Por otra parte, y en referencia al caso del ciclista, Roxin escribe: «Cómo debería haber sido decidido correctamente el caso del ciclista enjuiciado por el Bundesgerichtshof, teniendo en cuenta el hecho probado comunicado, no se puede afirmar con absoluta certeza. Sólo se nos dice que, según la convicción del tribunal, el accidente habría sucedido “con alta probabilidad” con un comportamiento reglamentario. Aquí todo depende de si éste al menos hubiera disminuido –entonces era obligada la condena– o si éste era exactamente el mismo –en ese caso tendría que haberse absuelto–» (14), por lo que la «cuestión [de si hay que condenar o absolver al camionero en el caso del ciclista] debe permanecer abierta» (15). Posteriormente, y aplicando más consecuentemente su teoría del aumento del riesgo, Roxin, en el caso del ciclista –y teniendo en cuenta que no existe certeza (sino sólo una «alta probabilidad») de que el resultado también se habría producido si en el adelantamiento se hubiera guardado la distancia reglamentaria– mantiene ya que el conductor del camión debería haber sido condenado por un homicidio imprudente: «En el caso del ciclista la aproximación demasiado estrecha del conductor del camión *ha elevado el riesgo* para el ciclista y, por ello, al conductor del camión se le debe imputar la muerte de aquél, si es que se sigue mi teoría del aumento del riesgo» (16).

Roxin opina también que su «procedimiento hace posible una solución fácil y satisfactoria de los casos dudosos en los que, con el comportamiento conforme con la norma, sólo posiblemente se habría producido el resultado. El tratamiento jurídico de tales supuestos de hecho no depende de lo que habría sucedido realmente –lo que, por lo general, no se puede saber–, sino únicamente de si un comportamiento conforme con el deber hubiera disminuido, de un forma mensurable, el peligro de producción del resultado. Esto no es una cuestión de prueba de procesos causales hipotéticos, *sino un problema de prueba pericial que puede ser resuelto generalmente con reglas científicas*» (17), un problema, por consiguiente, de «apreciación

(14) *Op. cit.*, p. 434.

(15) ZStW 78 (1966), p. 220.

(16) Die Lehre von der objektiven Zurechnung, Chengchi Law Review 1994, p. 252, cursivas en el texto original.

(17) ZStW 74 (1962), p. 433, cursivas añadidas.

pericial» (18) y que puede ser resuelto «de manera científico-experimental» (19). Por lo demás, y frente a la indefinición de Roxin en su primera toma de posición sobre la teoría del aumento del riesgo, y para hacer frente a una objeción de Ulsenheimer, Roxin ha mantenido desde 1966 –y en ello están de acuerdo sus partidarios– que el juicio sobre si el comportamiento conforme a Derecho ha aumentado o no, frente al comportamiento imprudente, el riesgo de lesión debe emitirse ex post sobre la base de los conocimientos nomológicos y ontológicos vigentes al tiempo de dictar sentencia (20).

No obstante seguir siendo minoritaria, la teoría del incremento del riesgo –aunque no siempre en la formulación ortodoxa de Roxin, sino, más bien, con la introducción de matices y variantes más o menos importantes, *que a veces desvirtúan esa teoría hasta hacerla irrecusable*– ha encontrado bastantes seguidores en la doctrina (21) (no así en la jurisprudencia alemana, donde ha sido objeto de un rechazo expreso) (22).

VI. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA EVITABILIDAD

1. La teoría de la evitabilidad introduce, como *nuevo requisito de la tipicidad* (23) una «conexión misteriosa» (24) cuya presencia llevaría, consecuentemente, a la absolución del autor, por faltar uno de los elementos de esa tipicidad así concebida, no existiendo unanimidad sobre cómo designar a dicho requisito, empleándose, entre otras denominaciones, la de «realización en el resultado de la lesión del deber de cuidado» o la de «conexión de antijuridicidad» o la de «conexión de la infracción del deber» o la de «conexión de riesgo» o la de «conexión de realización precisamente entre el comportamiento incorrecto y el resultado producido».

(18) *Op. cit.*, p. 433

(19) *Op. cit.*, p. 442.

(20) Cfr. ROXIN, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-FS, 1970, p. 139. Doctrina unánime entre los partidarios de la teoría del aumento del riesgo: v. sólo STRATENWERTH, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-FS 1973, pp. 229 ss.

(21) Indicaciones en ROXIN, AT I, 4.^a ed., 2006, § 11 n. 188

(22) Indicaciones en ROXIN, *op. cit.* § 11 n. 189

(23) Y como nuevo requisito de la tipicidad distinto del indiscutible e indiscutido de la existencia de relación de causalidad entre acción y resultado.

(24) Arthur KAUFMANN, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, 1961, p. 233.

Pero estas denominaciones *no fundamentan nada*, sino que se agotan en constituir una *mera descripción* de lo que es común a este grupo de casos: que la acción correcta podría haber producido el mismo resultado que efectivamente causó la imprudente. Pero por qué en tales casos debe desempeñar un papel un proceso causal hipotético (del que, además, sólo se ha podido constatar que *probablemente* o *tal vez* habría llevado al mismo resultado) y, encima, hasta el punto de que debería anular la punibilidad de un autor que imprudentemente ha provocado un resultado lesivo, es algo para lo que la teoría de la evitabilidad nunca ha proporcionado una explicación razonable: esta teoría se limita a formular la afirmación apodíctica de que la «conexión de la infracción del deber» es un (nuevo) elemento del tipo, sin que proporcione la razón última de por qué ello es así.

2. Un conato de fundamentación de la teoría de la evitabilidad se encuentra en aquéllos que sostienen que en estos casos no se puede afirmar que el resultado haya sido causado «por imprudencia» (25), por lo que no puede afirmarse que el autor haya cumplido el tipo del § 222 StGB, que define el «homicidio imprudente» de la siguiente manera: «El que *causare* la muerte de una persona *por imprudencia*, será castigado con la pena de prisión de hasta cinco años o con multa» (26). Pero, que un comportamiento correcto tal vez hubiera causado el mismo resultado, no altera en nada el hecho de que ha sido una acción imprudente (una imprudencia) del conductor del camión la que causó el resultado (27).

3. Para la teoría de la evitabilidad, en cualquiera de sus variantes –por lo que se refiere al mayor o menor grado de probabilidad o de posibilidad de que el comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiera causado el mismo resultado que el imprudente–, forma parte

(25) Así, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana, la Audiencia Provincial (Landgericht) de Münster, que, en el caso del ciclista, fundamentó la absolución en que, como «el accidente mortal también podría haberse producido con un comportamiento [del conductor del camión] conforme al deber», no consideró probado «que él [el acusado] haya causado la muerte *por imprudencia*» (cursivas añadidas). En la doctrina acuden a este mismo argumento, entre otros, KÜPPER, Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik, 1990, p. 100, y PUPPE, Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?, Roxin-FS, 2001, p. 288.

(26) Una definición análoga se encuentra en el CP, cuyo art. 142.1 tipifica así el homicidio imprudente: «El que *por imprudencia grave* causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años».

(27) En el mismo sentido ya LAMPE, Tat und Unrecht bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 101 (1989), p. 43: «... porque para el resultado fue causal el comportamiento imprudente, por mucho que el comportamiento conforme al deber hubiera producido el mismo resultado».

del tipo imprudente, además de los elementos tradicionales del comportamiento imprudente y de la relación de causalidad entre éste y el resultado, *como tercer elemento adicional*, que «la imprudencia haya causado el resultado» o que exista una «conexión de la infracción del deber o de la antijuridicidad» entre comportamiento activo imprudente y lesión. Pues bien, si este tercer elemento fuera tan integrante del tipo imprudente como el de la causalidad material entre acción y resultado, entonces habría que exigir, para afirmar la presencia de la tipicidad, la misma seguridad de concurrencia que se exige respecto de la causalidad.

Si, según la concepción del delito imprudente de la teoría de la evitabilidad, aquél exige, además de la relación de causalidad entre acción negligente y resultado, también que éste haya sido «causado por imprudencia» o que exista una «conexión entre la infracción del deber y la producción del resultado», en el sentido de que no se habría «causado por imprudencia» si también se hubiera producido con la conducta correcta, o en el sentido de que no existe conexión entre infracción del deber y resultado porque también sin esa infracción (es decir: con la conducta correcta) podría haber sucedido lo mismo, entonces, al considerar que la conducta del autor *únicamente* es atípica (por ausencia de imputación objetiva) cuando se demuestra que la acción conforme a Derecho habría provocado, con una mayor o menor probabilidad o posibilidad, la misma lesión que la imprudente, con ello está afirmando la presencia de imputación objetiva respecto de numerosos comportamientos *formalmente* imprudentes, a pesar de que, en una escala que va desde una altísima probabilidad hasta la mera posibilidad, *no se puede descartar que la acción conforme a Derecho también podría haber producido el resultado*, es decir: a pesar de que en dichos comportamientos imprudentes (muy probablemente, o sólo probablemente o simplemente posiblemente) *puede* faltar también la «causación por imprudencia» o la «conexión entre infracción del deber y resultado».

Con otras palabras: Si, como mantiene la teoría de la evitabilidad, la circunstancia de que el comportamiento correcto habría podido producir el mismo resultado que el negligente efectivamente ejecutado, *es tan elemento del tipo imprudente como lo es la conexión de causalidad fisiconatural entre movimiento corporal y lesión*, entonces, así como en relación con el elemento de la causalidad la *mínima duda* de que no haya concurrido lleva –sobre la base del principio *in dubio pro reo*– a suponer, en favor de éste, que esa relación de causalidad no ha existido y que, por consiguiente, no se ha cumplido el tipo imprudente, así también la mínima duda sobre si el comportamiento alterna-

tivo conforme a Derecho habría producido la misma lesión, debe llevar –igualmente en aplicación del *in dubio pro reo*– a estimar, en favor de éste, que dicho comportamiento alternativo habría llevado con seguridad también al mismo resultado, es decir: a que ha concurrido ese elemento *excluyente* de la tipicidad, y, por consiguiente a que, por ausencia de imputación objetiva, no se ha cumplido el tipo imprudente, de tal manera que, así como en relación al elemento típico causalidad hay que exigir *certeza* de que ésta ha existido efectivamente en la realidad, así también, y en relación a ese ulterior elemento (excluyente) del tipo, hay que exigir la *certeza* de que el comportamiento alternativo conforme a Derecho no habría producido el mismo resultado. Por ello, y partiendo de los principios que informan la teoría de la evitabilidad, la fórmula que ésta, consecuentemente, debería establecer sería ésta: no existe imputación objetiva cuando, *por mínima que sea la duda sobre ello*, no se puede descartar *con seguridad* que el comportamiento correcto no habría llevado al mismo resultado que el que causó la acción imprudente.

De acuerdo con ello, y en una aplicación estricta y consecuente del principio *in dubio pro reo*, para la teoría de la evitabilidad, en el caso del shock anafiláctico, la enfermera sólo podría ser condenada si se hubiera podido acreditar con seguridad que la dosis vacunal correcta de 0,05 cc. –en lugar de la de 0,4 cc. que, imprudentemente, fueron administrados por aquélla– no habría provocado el mismo resultado mortal y, como según los Hechos Probados, dicho shock, aunque con menor frecuencia «también puede producirse en supuestos de administración de dosis correcta», de ahí que procedería la absolucón de la enfermera por no constar con seguridad que no existió «conexión de la infracción del deber» o, expresado con otras palabras, que el resultado no se habría causado «por imprudencia».

4. Pero con todo lo expuesto hasta ahora todavía no hemos llegado a la principal objeción que hay que formular a la teoría de la evitabilidad, objeción que desconoce cuál es el sentido del «riesgo permitido», entendido como puesta en peligro de un bien jurídico que –si no excede de los límites fijados por ese riesgo– excluye la responsabilidad por imprudencia, aunque la acción peligrosa haya sido causante de un resultado típico.

Y así, por ejemplo y acudiendo al caso del shock anafiláctico, de acuerdo con la *lex artis*, que es la que en el Derecho penal médico marca la frontera entre lo que es –si se observa– una acción permitida y una –si no se observa– prohibida por imprudente, el legislador, *al remitir a dicha lex artis la determinación del contenido de la imprudencia*, pondera los bienes jurídicos en juego, en este caso: la *presen-*

cia real de una grave enfermedad, como lo es la bronquitis asmática (menoscabo en la salud de la paciente), frente a un *cierto riesgo* de que la terapia adecuada para curarla pueda provocar en el paciente un shock anafiláctico. Para hacer frente a este peligro realmente existente, la *lex artis* fija unas pautas, tanto en lo que se refiere a la administración progresivamente creciente de las dosis –desde la inicial de 0,05 cc.–, como a los intervalos máximos de tiempo que deben observarse entre las inyecciones por vía subcutánea de las dosis, y todo ello «con la finalidad de reducir al mínimo las consecuencias que pueden producirse en la administración de hiposensibilizantes» (cuanto más alto sea el nivel de anticuerpos protectores en la sangre menos riesgo de sufrir un shock anafiláctico, y viceversa), es decir: que en esa ponderación se prefiere curar la enfermedad que Sara está *realmente* padeciendo –beneficio–, reduciendo –aunque no eliminando–, al mismo tiempo, y en lo posible, el *riesgo* de que pudiera sobrevenir un shock anafiláctico. Y como ese era el procedimiento idóneo –por ser el menos peligroso–, de acuerdo con el estado de la ciencia al tiempo del inicio de la terapia, ahí, en ese procedimiento, es donde, de acuerdo con la *lex artis*, que es la que determina –cuando se sobrepasa– el contenido de la imprudencia, se fijó el límite del *riesgo permitido* al que se podía someter a la paciente.

La *lex artis* no puede tolerar una terapia al margen de esas dosis escalonadas a partir de la inicial de 0,05 cc. y al margen de los intervalos máximos de tiempo pautados, entre otras razones porque, *si se prescindiera de esa inmunoterapia que, en sus dosis y en su cadencia, es la menos peligrosa*, habría que establecer una *nueva ponderación –que tal vez llevaría a la prohibición de la administración de la vacuna–* entre la realidad del padecimiento actual de bronquitis asmática (*menoscabo de la salud*) y el *peligro, ahora ya mucho más elevado*, de que se desarrollara un shock anafiláctico que amenazaría a la enferma con la *pérdida de la vida*, ya que, obviamente, es preferible estar vivo con bronquitis, que sin bronquitis, pero muerto.

La teoría de la evitabilidad suprime ese papel que desempeña el riesgo permitido en el delito imprudente, porque, al excluir la responsabilidad cuando la acción conforme a Derecho podría haber producido el mismo resultado, desconoce que *pertenece a la esencia* del delito imprudente, cuando éste se manifiesta como una acción infractora del riesgo permitido que provoca un daño típico, que en estos casos la acción correcta no lo es porque no represente ningún riesgo para el bien jurídico protegido: lo es, porque ese riesgo es el jurídicamente tolerado y encierra una posibilidad de lesión de dicho bien jurí-

dico menor (o mucho menor o incomparablemente menor) que aquella otra acción en la que se somete a dicho bien a un riesgo prohibido.

Para la teoría de la evitabilidad, la probabilidad o posibilidad de que la acción que, manteniéndose dentro del riesgo permitido, *hubiera podido causar* el mismo resultado, excluye la imputación objetiva del resultado al autor que lo ha causado con una acción que ha sobrepasado dicho riesgo permitido. Pero es obvio que este entendimiento del delito imprudente no puede ser correcto, porque entonces, y por así decirlo, sería el autor imprudente quien, al margen del Derecho, fijaría *su propio riesgo permitido*, derogando el riesgo permitido establecido por la *lex artis* o por las medidas de prevención de riesgos que se establecen en las normas extrapenales que regulan el ejercicio de actividades peligrosas (normas que regulan la circulación rodada o la construcción de edificios o la explotación de minas o el tráfico aéreo, por ejemplo). Y es que, frente a esta concepción de la teoría de la evitabilidad, hay que oponer que, en tal caso, la prohibición de exceder del riesgo permitido se convertiría en papel mojado, ya que, por definición, y porque encierra también un (aunque mucho menor) peligro de lesión, la acción correcta *siempre* puede causar el mismo resultado.

Cuando hablamos de riesgo permitido y de riesgo prohibido nos estamos refiriendo a dos distintos niveles de posibilidades o probabilidades de que una acción produzca un resultado típico: ejecutando la acción respetuosa del riesgo permitido esas posibilidades están reducidas a un mínimo, mientras que si aquél no se respeta, si lo que se crea es un riesgo prohibido, esas posibilidades o probabilidades son mayores, o mucho mayores, y como, *por lo general*, no es reproducible experimentalmente qué es lo que habría sucedido si se hubiera actuado conforme a Derecho, frente a la *especulación* de que también con la acción correcta podría haber sobrevenido el mismo resultado (una mera especulación, por lo general, de imposible verificación, porque ésta requeriría disponer de unos conocimientos que están fuera del alcance humano), se alza la *realidad incontestable* de que el daño ha sido causado materialmente por una acción cuyo potencial lesivo era superior (o muy superior) al que el Derecho se había declarado supuesto a tolerar.

Para la teoría de la evitabilidad, la mera posibilidad de que el comportamiento correcto pudiera haber causado el mismo resultado que provocó el comportamiento imprudente excluye la imputación objetiva del resultado al causante negligente del mismo. Pero esta concepción no puede ser correcta, porque entonces, y como con el riesgo permitido *siempre* se puede producir el mismo resultado que con el prohibido (por definición, ambos encierran un riesgo –si bien de

diversa magnitud— de lesión), *nunca* se podrá castigar la acción imprudente que, por encima del riesgo permitido, causa un resultado típico.

La realidad es, por consiguiente, que una acción por encima del riesgo permitido encierra más (o muchas más) probabilidades de causar un daño típico que la correcta. Y como esa acción encierra más probabilidades, y ha lesionado *efectivamente* un bien jurídico, y el ordenamiento jurídico —y precisamente por ello— ha prohibido su ejecución, de ahí que el autor de tal acción no pueda quejarse de que se le castigue por un delito imprudente, porque, si en lugar de ese comportamiento contrario a Derecho, hubiera ejecutado uno conforme con el mismo, al ser el riesgo generado mucho menor (justamente el riesgo que el legislador, después de una ponderación de intereses, está dispuesto a permitir), con un alto índice de probabilidad ese bien jurídico no habría sufrido menoscabo alguno. Si la finalidad del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, no se entiende qué razón puede existir para no castigar las acciones imprudentes cuando su mayor peligrosidad se materializa en las causaciones de resultados típicos, ni cómo puede servir como coartada para no hacerlo la indemostrable especulación de que también una que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido podría haber causado esa lesión, que, ciertamente, también podría haberla causado, pero sometiendo al bien jurídico a una probabilidad mucho menor de menoscabo.

5. Con todo lo expuesto he llegado al final de mi crítica a la teoría de la evitabilidad, cuyo rechazo fundamento en que:

Primero. Con su postulado de incorporar, como nuevo elemento de la tipicidad, que concorra lo que mayoritariamente se domina «conexión de la infracción del deber» —conexión cuya ausencia determina, consecuentemente, la atipicidad de la conducta— está únicamente *describiendo* un grupo de casos caracterizados por que la acción correcta podría haber causado el mismo resultado que realmente causó la imprudente, pero sin *fundamentar* por qué esa conexión debe pasar a constituir un nuevo elemento del tipo.

Segundo. Si, realmente, la «conexión de la infracción del deber» es tan elemento del tipo como lo es la causalidad material entre acción y resultado, entonces no se explica por qué si no consta —según las distintas direcciones de la teoría de la evitabilidad— con una probabilidad rayana en la certeza, o con una mayor o menor probabilidad o posibilidad, que la acción correcta habría producido el mismo resultado que la infractora del deber, debe afirmarse, no obstante, la tipicidad de la conducta imprudente causante del resultado típico, siendo así que esa tipicidad sólo puede afirmarse cuando concurre con seguridad cada uno de sus elementos, lo que en este caso significaría que

lo que debe acreditarse es la certeza de que la acción conforme a Derecho *no* habría causado el mismo resultado.

Y tercero. Cuando la acción imprudente que ha producido el resultado dañoso, lo es porque ha rebasado el riesgo permitido, nunca puede descartarse que la acción alternativa conforme a Derecho, que también representa un peligro menor, o mucho menor, de lesión –aunque sólo fuera con una mayor o menor probabilidad–, no hubiera podido causar el mismo resultado, con lo que el riesgo permitido, en lugar de fijarlo el legislador penal o extrapenal o la correspondiente *lex artis* a la que aquél se remite, se convertiría en papel mojado y lo fijaría –modificando sus parámetros– el mismo autor que siempre podría acudir a la coartada, para fundamentar su absolucón, de que el resultado tampoco se podría haber evitado con la acción correcta.

VII. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL AUMENTO DEL RIESGO

1. La teoría del aumento del riesgo convertiría los delitos de lesión en delitos de peligro

La primera objeción que la teoría de la evitabilidad dirige contra la del aumento del riesgo es la de que ésta convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro.

En este sentido se han manifestado, por ejemplo, *Erbert/Kühl*, quienes escriben (28): «Según la teoría del incremento del riesgo, el concepto central de los delitos de resultado no es la lesión, sino la puesta en peligro de la víctima. La esencia del delito no reside en la producción de un resultado jurídicamente desaprobado, sino en la infracción de una norma de comportamiento que regula el curso social ... Hay que dudar, sin embargo, de que con ello se esté acertando con el sentido de precisamente los delitos de resultado, de que su concepto central sea realmente la puesta en peligro y no, más bien, la lesión de la víctima, de que esos delitos de resultado estén basados en prohibiciones de incremento del riesgo y no en prohibiciones de lesión y de que penalicen la mera infracción de deberes de diligencia. Por consiguiente, la objeción más importante contra la teoría del aumento del riesgo es la de que, *contra legem*, convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro».

(28) EBERT/KÜHL, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, p. 572

Contra esto hay que decir:

En primer lugar, que la objeción de que la teoría del incremento del riesgo convierte los delitos de lesión en otros de peligro debe ser rechazada, porque, si una acción por encima del riesgo permitido causa efectivamente el menoscabo de un bien jurídico, entonces estamos en presencia, no de un peligro para, por ejemplo, la vida, sino de una *lesión real* de ese bien jurídico, es decir: de un delito de lesión: de un homicidio imprudente, cuya indubitada existencia, *porque se ha producido una muerte*, es imposible de poner en cuestión. Para la teoría del incremento del riesgo ciertamente que uno de los requisitos, para que se pueda imputar objetivamente un resultado, es que el bien jurídico protegido *haya sido sometido a un peligro* (por encima del riesgo permitido), pero también exige, *además*, que esa lesión del bien *se haya producido efectivamente*, por lo que es incompresible que se le reproche que convierte los delitos de lesión en delitos de peligro —siendo así que éstos se caracterizan por poner en peligro, *sin lesionar*, el bien jurídico—, cuando, si no hay lesión real, para la teoría del aumento del riesgo tampoco hay responsabilidad por un daño no-causado (29). La falta de solidez de esta objeción se pone de manifiesto también en que algunos detractores de la teoría del aumento del riesgo rechacen, como crítica válida contra ésta, la de que convierte los delitos de lesión en delitos de peligro (30).

(29) En el mismo sentido, STRATENWERTH, Gallas-FS, p. 237: «Si, tal como lo exige el asunto, se parte de que el autor ha creado o incrementado precisamente el peligro que ha desembocado realmente en el resultado, entonces ningún proceso causal hipotético puede modificar en nada que al autor no sólo hay que cargarle el peligro, sino también el resultado. El que al autor la existencia de causas sustitutorias pueda beneficiarle de alguna manera, es un asunto distinto. Así consideradas las cosas, en ningún caso puede hablarse de una transformación de delitos de lesión en delitos de peligro». V. también SCHÜNEMANN, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, p. 355: «Porque la teoría del aumento del riesgo, en los delitos de comisión, no lleva a la sustitución, sino a la *complementación* del requisito de la causalidad entre acción y lesión del bien jurídico, y, por consiguiente, no tiene un efecto de ampliación, sino de *limitación* de la punibilidad, y es, por lo demás, perfectamente compatible con el concepto de los delitos de resultado, porque ..., desde el reconocimiento del *riesgo permitido*, ese concepto no consiste obviamente en la evitación de cualquier lesión de bienes jurídicos, sino únicamente en su *reducción* a una medida soportable» (cursivas en el texto original). V., finalmente, KAHLÖ, Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen GA 1987, p. 75 n. 35: «También con los criterios de la teoría del aumento del riesgo, por consiguiente, y por ejemplo, el ciclista (ebrio) de la resolución BGH 11, 1 no sólo ha sido puesto en peligro, sino que ha sido matado realmente».

(30) Así, FRISCH, Tastbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 540; ERB, Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Bedeutung

Y, en segundo lugar, que, si con el reproche de que la teoría del aumento del riesgo convierte los delitos de lesión en otros de peligro, lo que se quiere decir es que el *mayor peligro* de menoscabo del bien jurídico que encierra, frente a la acción correcta, la ejecutada por encima del riesgo permitido es lo que justifica que a ésta se le impute el resultado causado, no hay nada que oponer a esa *descripción* que se hace del contenido de la teoría del incremento del riesgo: en efecto, es ese mayor peligro (por encima del permitido) *materializado en una lesión real del bien jurídico protegido* el que fundamenta la punición del comportamiento por, por ejemplo, un homicidio imprudente; pero, por mucho que la acción prudente hubiera podido causar también el mismo resultado (en cuyo caso sería –por haberse mantenido dentro del riesgo permitido– una acción impune), no se alcanza a comprender por qué de ahí habría de derivarse la consecuencia de que, entonces, se estaría convirtiendo a los delitos de lesión en otros de peligro, ya que *el menoscabo de un bien jurídico causado por una acción que excede del riesgo permitido es una definición precisa de lo que es un delito imprudente*.

2. La teoría del aumento del riesgo infringiría el principio *in dubio pro reo*

a) Por lo que se refiere a la infracción del *in dubio pro reo*, lo primero que hay que decir es que los partidarios de la teoría de la evitabilidad, que son quienes dirigen esta objeción contra la teoría del aumento del riesgo, carecen de legitimación para formularla, ya que, como creo haber demostrado supra VI 3, la infracción de ese principio es precisamente una de las críticas de las que no puede escapar la teoría de la evitabilidad, porque, si ésta afirma –como lo afirma– que, si la acción correcta hubiera producido el mismo resultado que la acción imprudente efectivamente ejecutada, quedaría excluida la imputación objetiva al autor del daño causado, entonces sólo si se despeja, *sin duda de ninguna clase* –es decir: con *certeza*– que la acción correcta no habría llevado al mismo resultado, sólo entonces se podrá castigar a quien negligentemente provocó la lesión. Pero a este resultado, el único consecuente con los principios de los que parte la teoría de la

auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991, p. 132: «En primer lugar, hay que sostener que la exigencia de causalidad entre acción y lesión del bien jurídico, como fundamento de la imputación, se mantiene también según la teoría del aumento del riesgo. Qué relación hay que exigir, *además*, no es algo previamente dado, sino que constituye precisamente el problema que hay que resolver en la discusión sobre la conexión de antijuridicidad» (cursivas en el texto original).

evitabilidad, esta teoría no llega en ninguna de sus variantes: se conforma con que sea probable rayano en la seguridad o más o menos probable o sólo posible –es decir: *no con que sea seguro al 100%*– la presencia del elemento *excluyente* de la imputación objetiva de que el comportamiento correcto hubiera causado el mismo resultado, siendo así que, para condenar, debería exigir la certeza de que la conducta conforme a Derecho no hubiera producido la misma lesión que la imprudente efectivamente ejecutada: por consiguiente, la teoría de la evitabilidad aplica, en contra del reo, esa más o menos verosímil duda sobre lo que habría sucedido, interpretando la muy probable o probable o posible *no producción del mismo resultado* por la acción conforme a Derecho «*como si*» hubiera sido segura.

Pero, naturalmente, el hecho de que la teoría de la evitabilidad sea la primera en infringir el principio *in dubio pro reo* no desactiva –si fuera cierta– la objeción de sus partidarios contra la del aumento del riesgo de que ésta también lo hace.

b) La objeción de que la teoría del aumento del riesgo infringe el principio *in dubio pro reo* se fundamenta en lo siguiente: si, según la teoría del aumento del riesgo, procede la absolución siempre que la acción imprudente causante de resultado típico no haya supuesto un peligro mayor de producción del resultado que el que habría encerrado la acción alternativa conforme a Derecho –conforme a Derecho, porque se habría mantenido dentro del riesgo permitido–, entonces, y como esa acción correcta es una hipotética que no ha tenido lugar en la realidad, y como, precisamente por ello, nunca podremos averiguar si esa acción hubiera encerrado el mismo riesgo (permitido) de lesión que la incorrecta efectivamente ejecutada, de ahí que, si la teoría del incremento del riesgo fuera consecuente con el principio de que es a la acusación a la que corresponde la carga de la prueba, tendría que interpretar, en favor del reo –y ante la imposibilidad por parte de la acusación de demostrar si la acción correcta hipotética habría supuesto o no un riesgo igual de producción de resultado que la incorrecta–, que efectivamente la imprudente no habría supuesto un mayor riesgo de lesión que la conforme a Derecho, con lo que en este grupo de casos habría que llegar *siempre* –si se quiere tomar en serio el *in dubio pro reo*– a la absolución del acusado.

Sin embargo, y como ya se ha expuesto, no es ésta la posición de Roxin. En el caso del ciclista, por ejemplo, existía la «alta probabilidad» de que, aun guardando la distancia correcta, el conductor del camión, y debido al estado de embriaguez de aquél, también le habría atropellado, causándole la muerte. No obstante lo cual, Roxin, y ante la duda de si el adelantamiento incorrecto hubiera supuesto o no un

incremento del riesgo permitido, se inclina por la condena del autor y lo fundamenta de la siguiente manera: «Si, a pesar de haber guardado la distancia debida, el ciclista hubiera muerto, entonces en este curso se habría realizado un riesgo como el que reside siempre en un adelantamiento; pero de este riesgo, mediante su autorización, le ha liberado el legislador al conductor, de tal manera que el resultado no sería imputable. En cambio, si el conductor sobrepasa el riesgo permitido, y se produce el resultado como consecuencia del peligro contenido en el adelantamiento, entonces es imputable como realización de un peligro prohibido. No existe ningún motivo para, también aquí, liberar al autor del riesgo y absolverle; porque el límite máximo del riesgo tolerable se establece mediante la distancia legal de seguridad. Cualquier aumento de ese riesgo hace caer las consecuencias sobre el autor» (31). Por consiguiente, la tesis de Roxin es extraordinariamente restrictiva (32), en cuanto que sólo niega la imputación objetiva en aquellos supuestos en los que consta, no con una mayor o menor probabilidad, sino *con seguridad*, como en el caso de la novocaína, que, debido a la predisposición física desfavorable del paciente, la acción imprudente había supuesto el mismo riesgo de lesión que la conforme a la *lex artis*: independientemente de si se hubiera administrado la cocaína (prohibida) o la novocaína (permitida), se sabe que en *cualquier caso* se habría producido la muerte.

Que la teoría del aumento del riesgo vulnera el principio *in dubio pro reo* es una crítica que ya formuló en 1969 Ulsenheimer y que, a partir de entonces, se ha utilizado continuamente como argumento contra esta teoría. Según Ulsenheimer, «como Roxin afirma una lesión del deber fundamentadora de la tipicidad siempre que se da un aumento del peligro, y sólo niega la relevancia de la infracción del deber cuando el riesgo de producción del resultado no se ha incrementado, el aumento del riesgo representa una circunstancia, que, bien

(31) ROXIN, AT I, 2006, § 11 n.m. 89. V. también ROXIN, Chengchi Law Review 1994, p. 252: «En el caso del ciclista, en cambio, la aproximación demasiado estrecha del conductor del camión *aumentó el riesgo* para el ciclista y, por ello, hay que imputar al conductor la muerte de aquél, si se sigue mi teoría del aumento del riesgo» (cursivas en el texto original).

(32) Cfr. Arthur KAUFMANN, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Jescheck-FS, 1985, pp. 275-276: «La teoría del aumento del riesgo –al menos en la versión representada por Roxin– lleva en *prácticamente* todos los casos de causalidad hipotética a la condena del autor y, con ello, a una altamente insatisfactoria extensión de la punibilidad (también esto ha de ser considerado un inconveniente)» (cursiva en el texto original).

como elemento de la antijuridicidad bien de la culpabilidad (33), *fundamenta* la punibilidad del autor. Por tanto, pertenece, sin lugar a dudas, a los *presupuestos del delito*, que, según el principio fundamental del proceso penal “*in dubio pro reo*”, y antes de que pueda producirse un pronunciamiento de culpabilidad, debe constar para la convicción del tribunal con una probabilidad rayana en la seguridad. En mi opinión, este principio de la prueba –de general reconocimiento– sería contradicho si una actuación infractora del deber que, posible o probablemente, *no* hubiera aumentado el peligro para el bien jurídico en cuestión, a pesar de esas dudas, fuera calificada de incrementadora del riesgo y, con ello, conforme al tipo de resultado. Esto significaría prácticamente: El aumento del peligro de una actuación imprudente debe ser afirmada mientras no se demuestre su ausencia. Sin embargo, no puede ser aceptada la inversión de la carga de la prueba que con ello se pondría de manifiesto» (34).

(33) Como estamos todavía en los años 60 del pasado siglo, Roxin todavía no había situado el aumento del riesgo como una cuestión a discutir dentro del marco de la imputación objetiva.

(34) ULSHENHEIMER, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen von Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, p. 367. Desde entonces la crítica a la teoría del aumento del riesgo, en el sentido de que vulnera el *in dubio pro reo*, aparece continuamente en los escritos de sus detractores. Cfr. SAMSON, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, pp. 47-48 («Como la impunidad del autor sólo se produce cuando el curso hipotético es tan efectivo como el real, cuando, con otras palabras, el curso hipotético hubiera llevado al resultado con absoluta seguridad, la condena depende de si el juez está en situación de averiguar todas las circunstancias. Si tiene dudas sobre si concurría la circunstancia de que el resultado también habría sobrevenido con el curso hipotético, y no se puede esclarecer esta circunstancia, tendría que condenar, a pesar de que la misma circunstancia habría conducido a la absolución si hubiera sido probada ... Con ello se pone de manifiesto que la teoría del aumento del riesgo lleva a una vulneración del principio *in dubio pro reo* siempre que la base del juicio esté centrada sólo en el estado de conocimientos del juez»); SCHLÜCHTER, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1977, pp. 107-108; la misma, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitsstatbeständen, JA 1984, p. 676; KRÜMPPELMANN, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Bockelmann-FS, 1979, p. 462; EBERT/KÜHL, Jura 1979, p. 572; ERB, Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht JuS 1994, p. 455; el mismo, Rechtmässiges Alternativverhalten, 1991, pp. 135-136, 145, 292; WACHSMUTH/SCHREIBER, Sicherheit und Wahrscheinlichkeit – juristische und ärztliche Aspekte, NJW 1982, p. 2096; Arthur KAUFMANN, Jescheck-FS 1985, p. 277; TOEPEL, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, pp. 153 ss., 171-172; FEIJOO, *Límites de la participación criminal*, 1999, p. 56 n. 119; el mismo, *Teoría de la imputación objetiva*, 2000, p. 35; MORSELLI, *Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva*, La ciencia penal, 2001, p. 397; CADAVID, *El incremento del riesgo como factor de atribución de resultados en la imprudencia*, Nuevo Foro Penal 67 (2005), pp. 64 ss.; KINDHÄUSER, Risikoerhöhung und Risikoverringerung, ZStW 120 (2008), *passim*.

La teoría del aumento del riesgo sigue siendo minoritaria, existiendo, en opinión de Samson (35), «una sospecha inicial de que, previsiblemente, en un futuro no muy lejano tendremos que despedirnos del aumento del riesgo». Si es verdad que tendremos que despedirnos de ella o no, y hasta qué punto está justificada la crítica de que vulnera el *in dubio pro reo* –la otra crítica de que convierte a los delitos de lesión en otros de peligro creo haberla rebatido ya en las anteriores páginas– y, en el caso de que lo esté, si esa crítica puede ser superada mediante una modificación de la teoría del aumento del riesgo, es algo de lo que me voy a ocupar a continuación en el siguiente apartado.

VIII. TOMA DE POSICIÓN

1. Como para resolver el problema del comportamiento alternativo conforme a Derecho, y como en la actualidad sólo existen dos teorías que pueden considerarse vigentes: la del incremento del riesgo y la de la evitabilidad, lo que hay que examinar ahora es si la primera presenta una solución convincente para este grupo de casos, puesto que supra VI ya han sido expuestas las razones por las que la de la evitabilidad no puede ser acogida: porque no ha acertado a explicar por qué la llamada conexión de la infracción del deber ha de ser considerada un elemento del delito imprudente de acción; porque si, no obstante esta falta de fundamentación, la teoría de la evitabilidad mantiene que la conexión de la infracción del deber es un elemento del tipo, tendría que exigir, sobre la base del *in dubio pro reo*, y consecuentemente, para que pudiera condenarse por un delito imprudente, que constase con seguridad –y no con una mayor probabilidad o posibilidad– que la acción alternativa conforme a Derecho *no* habría causado el mismo resultado (36); y, finalmente, porque, al considerar

(35) Hypothetische Kausalverläufe, 2002, p. 598.

(36) La posición de una minoría de sus defensores de negar la conexión de la infracción del deber sólo cuando se puede acreditar que la acción conforme a Derecho hubiera producido el mismo resultado con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza coincide prácticamente, en sus resultados, con la teoría del aumento del riesgo, pues, formulado de otra manera, ello quiere decir que únicamente procede la absolución cuando se ha demostrado que la acción infractora del deber, con certeza o con una probabilidad rayana en la seguridad, no ha aumentado el peligro de lesión encerrado en el comportamiento respetuoso con el riesgo permitido: cfr. ROXIN, ZStW 78 (1966), pp. 215-216: «La teoría desarrollada por mí, según la cual existe siempre un delito imprudente cuando el comportamiento causante del resultado ha traído consigo para la víctima –frente al riesgo permitido– un peligro incrementado, esto es: que una absolución presupone que el hacer prohibido era indiferente, en el

impunes acciones que, rebasando el riesgo permitido, causan un resultado típico, ya que, con una acción que lo hubiera observado, también se podría haber producido el mismo resultado, de hecho esta teoría convierte al riesgo permitido en papel mojado (37), ya que considera no punibles acciones que suponen un peligro mucho mayor de producción del resultado que en comportamientos ejecutados sin rebasar el riesgo tolerado: lo decisivo no es –ni debería ser– que la acción correcta también habría podido producir el mismo resultado (lo que es una verdad de Perogrullo), sino que, al encerrar un menor riesgo de lesión, *podría haberlo evitado*.

2. En el artículo de 1962, en el que formula por primera vez su teoría del incremento de riesgo, Roxin se muestra *demasiado optimista* sobre la posibilidad de despejar la difícil cuestión de si la acción imprudente, frente a la que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido, ha incrementado o no el riesgo de producción del resultado. Para Roxin, que está operando, entre otros supuestos, con el caso de la novocaína y con el de los pelos de cabra, el problema de si la acción imprudente ha incrementado o no el riesgo (permitido) es «un problema de prueba pericial» (38), un problema, por consiguiente de «apreciación pericial» (39) que puede ser resuelto «de manera científico-experimental» (40). Y ciertamente que en esos dos casos la prueba pericial permite acreditar «de manera científico-experimental» qué habría sucedido si el autor hubiera obrado correctamente: de acuerdo con los conocimientos científicos, y debido a la no reducción

caso concreto, para el riesgo de producción del resultado, lleva en la mayoría de los casos a las mismas soluciones [de quienes sólo admiten la absolución por la acción imprudente cuando consta, con certeza o con una probabilidad rayana en la certeza, que la acción conforme a Derecho habría llevado al mismo resultado]; el mismo, AT I, 4.ª ed., 2006, § 11 n. m. 100: «El RG [en el caso de los pelos de cabra] llegó, sin embargo, a una condena con la fundamentación de que una causalidad del comportamiento del autor sólo puede excluirse “cuando concurre la certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el acontecimiento dañoso también se habría producido cuando no le hubiera precedido el comportamiento culpable” (RGSt 63, 214). Esto es insostenible –dentro del marco de la prueba causal– como inversión de la carga de la prueba, pero, en el resultado, lleva a una aplicación correcta de la teoría del incremento del riesgo».

(37) Riesgo permitido que se ha establecido por el legislador sobre la base de una *ponderación* entre, por una parte, el beneficio de la acción arriesgada para que, por ejemplo, se puedan construir edificios o se puedan llevar a cabo, en las mejores condiciones posibles, intervenciones quirúrgicas y, por otra parte, la reducción al mínimo de las nunca descartables lesiones de bienes jurídicos que pueden sobrevenir aun respetando los límites de dicho riesgo.

(38) ZStW 74 (1962), p. 433.

(39) *Op. cit. loc. cit.*

(40) *Op. cit.*, p. 442

de la glándula timo linfática, la «apreciación pericial» podría haber llegado a la conclusión de que el riesgo de muerte, *dadas las características del paciente*, era idéntico, tanto con la aplicación de la cocaína (infractora de la *lex artis*) como de la novocaína (medicamento indicada), por lo que, al no suponer la inyección de aquel anestésico un peligro mayor que el que se hubiera corrido con la aplicación de este último, y de acuerdo con la teoría del incremento del riesgo, hubiera procedido eximir al médico de responsabilidad criminal (41); y, por lo que se refiere al caso de los pelos de cabra, también parece que puede resolverse científicamente si la acción alternativa conforme a Derecho habría sometido o no a las obreras a un riesgo igual de resultar intoxicadas y muertas, puesto que en este caso, y a diferencia del de la novocaína, y según el informe pericial, sí que la acción imprudente de entregar el material no desinfectado incrementó el riesgo de lesión (42).

Alentado por la aplicación factible a estos dos casos de su teoría del aumento del riesgo –en el sentido de que los conocimientos científicos pueden dar una respuesta inequívoca sobre si la acción alternativa conforme a Derecho, y frente a la acción imprudente, ha aumentado o no el peligro de producción del resultado–, Roxin –y por ello he hablado anteriormente del «optimismo» que manifiesta en su primer artículo de 1962– piensa que en todos los casos que presenta la realidad puede llegarse a una conclusión tan tajante sobre si la acción

(41) Los datos científicos que maneja Roxin, décadas más tarde de dictarse la sentencia –igual riesgo de muerte con la aplicación de la cocaína que con la de novocaína–, no se corresponden con los que, al parecer, estaban vigentes al tiempo de dictarse aquella sentencia (1926): bien porque no se detectó al paciente esa predisposición física desfavorable, bien porque aún no se conocía la ley fisiconatural de que un paciente con la reducción de esa glándula habría sufrido un incidente de narcosis hubiera sido el que fuera el anestésico empleado, los tribunales alemanes partieron de la base de que *no era seguro* que la víctima hubiera estado sometido *al mismo peligro de muerte* si se le hubiera aplicado novocaína: cfr. EXNER, Frank-FG I, 1930, pp. 587-588: «Ciertamente que para el tribunal constaba que el paciente había muerto como consecuencia de la inyección de cocaína y que lo pericialmente correcto hubiera sido emplear novocaína; pero los peritos no pudieron decir con seguridad cuál habría sido el resultado con el empleo de novocaína; *tal vez* el paciente también habría muerto en este caso. A la vista de este dictamen, la primera instancia absolvió al médico acusado. Pero el RG revocó la sentencia y declaró: “*Sólo cuando se hubiera constatado que, por lo demás y bajo las mismas circunstancias, con la aplicación de la novocaína la muerte se habría producido también con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, no concurriría una acción punible. Ciertamente que también en este caso se daría una relación de causalidad entre el comportamiento del agente y la muerte del niño, pero entonces no se le podría hacer culpable al acusado de la consecuencia de su acción*” (RG I D 555/26» (cursivas en el texto original).

(42) Cfr. supra n. 13.

imprudente ha aumentado o no el riesgo de lesión. Y así, en el caso del ciclista, Roxin se abstiene de dar una solución definitiva, achacando ese su non liquet, no a la *imposibilidad objetiva* de determinar si el riesgo creado por la acción imprudente era igual al que habría generado la correcta, sino a que el tribunal de instancia no *investigó suficientemente* –si lo hubiera hecho, lo habría podido determinar– el grado de peligro de lesión encerrado en el comportamiento alternativo conforme a Derecho: «Cómo hubiera sido la decisión correcta en el caso del ciclista, juzgado por el Bundesgerichtshof», escribe Roxin (43), «no puede decirse con última seguridad de acuerdo con el supuesto de hecho tal como se nos ha comunicado. Sólo se nos dice que el accidente, según la convicción del tribunal, también habría acaecido con “alta probabilidad” con el comportamiento reglamentario. Aquí todo dependería de si con él el riesgo se hubiera disminuido –entonces procedería la condena– o de si hubiera tenido la misma dimensión –entonces se tendría que haber absuelto-».

De estas afirmaciones de Roxin se deduce que éste no parece ser consciente de que existen casos en los que, *en virtud de la concurrencia de una circunstancia especial* –y ello es lo que sucede en el caso del ciclista–, surge la duda –no esclarecible científicamente– de si la acción imprudente representaba, *también en abstracto*, un peligro mayor o igual de producción del resultado que la correcta.

3. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, y manejando supuestos de hecho jurisprudenciales a los que ya hemos hecho referencia, y por lo que se refiere a la determinación o determinabilidad de si la acción imprudente, frente al comportamiento correcto, ha aumentado el riesgo de lesión, pueden establecerse los tres siguientes grupos de casos.

a) En primer lugar, aquéllos en los que, tomando en consideración todas las circunstancias, se llega a la conclusión de que las razones que, *en abstracto*, llevaron al establecimiento de los límites del riesgo permitido –mayor peligro de la acción que lo rebasa que no de la que se mantiene dentro de sus márgenes– *se reproducen y concurren también en el caso concreto*. De este grupo puede servir, como ejemplo, el caso de la vacuna para controlar el asma: la prohibición de la administración de una dosis de 0,4 cc. –porque, *en general*, representaba un mayor peligro de lesión que la dosis permitida de 0,05 cc.– *conserva toda su vigencia en el caso concreto*, ya que no existe ningún indicio de que, *en la aplicación a la paciente individual Sara*, no siguiera concurriendo también un mayor peligro de desarrollo de un

(43) *Op. cit.*, p. 434. V. también el mismo, ZStW 78 (1996), p. 221.

shock anafiláctico si se le administraba la dosis prohibida en lugar de la correcta. Para la teoría de la evitabilidad –en su vertiente más laxa de que, para la absolución, basta la mera posibilidad de que el comportamiento conforme a Derecho también podría haber producido la lesión–, en este caso habría que absolver a la enfermera, porque no se puede descartar que la dosis correcta no hubiera causado el mismo resultado. Para la teoría del incremento del riesgo, en cambio, como la administración de la dosis vacunal por encima del riesgo permitido *aumentó* –frente a la dosis correcta– *el peligro de lesión*, la enfermera debe responder –como también apreció la AP de Salamanca– por un homicidio imprudente.

b) El segundo grupo de casos está integrado por aquellos supuestos en los que el criterio del riesgo permitido, cuyos límites se han establecido *en abstracto*, distinguiendo la acción respetuosa con el riesgo permitido –y que entraña los peligros que la ley está dispuesta a asumir– de la que lo infringe, y que representa un mayor peligro de menoscabo de bienes jurídicos que aquélla, *ese criterio quiebra en el caso concreto, ya que, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en ese supuesto determinado, y debido a la presencia de una variante no prevista al establecer los límites generales del riesgo permitido*, se llega a la *indubitada conclusión* de que la acción imprudente no ha supuesto un mayor peligro de producción del resultado que la que exigía la diligencia debida, esto es: de que *no ha habido un incremento del peligro de menoscabo del bien jurídico protegido*. Un ejemplo claro de este segundo grupo de casos es el de la novocaína, en el que, debido a las circunstancias particulares concurrentes en ese supuesto determinado, a saber: debido a la no reducción en el paciente de la glándula timo linfática, la anestesia con la novocaína habría llevado *al mismo resultado letal* que produjo la aplicación de la (médicamente no indicada) cocaína. Para la teoría del aumento del riesgo –y precisamente porque aquí no ha habido tal aumento del riesgo– falta la imputación objetiva del resultado y procede, por ello, la absolución del autor. (Como ya he indicado, *sólo* en este grupo de casos coinciden la solución absolutoria de la teoría del aumento del riesgo y la de la evitabilidad, porque si para ésta basta la mayor o menor probabilidad o posibilidad de que el mismo resultado se habría producido con el comportamiento correcto, con mayor motivo debe regir lo mismo cuando esa probabilidad o posibilidad ha devenido en certeza).

c) Frente al primer grupo de casos, en los que *conserva toda su vigencia en el supuesto de hecho concreto* el principio general del riesgo permitido de que la acción ejecutada por encima del riesgo permitido representa un peligro mayor de lesión que la acción que lo

respetar, *porque no concurre ninguna circunstancia especial* que desvirtúe que la acción prohibida (administrar una dosis vacunal de 0,4 cc. al paciente asmático) encierra efectivamente un riesgo de menoscabo del bien jurídico superior (o muy superior) al que habría supuesto la ejecución de la acción correcta (administración de una dosis de 0,05 cc.), y frente al segundo grupo de casos, en los que *la regla abstracta sobre los límites establecidos del riesgo permitido* (el anestésico prohibido cocaína es, en general, más peligroso que el permitido novocaína) *quiebra en el caso concreto, porque concurre una circunstancia especial* (la no reducción de la glándula timo linfática) que *equipara los riesgos* de la conducta prohibida y de la permitida (la novocaína habría sido igual de peligrosa para el bien jurídico lesionado que la cocaína realmente aplicada), el tercer –y último– grupo de casos, que ahora paso a estudiar, se caracteriza por que, a diferencia del primer grupo, *sí que concurre una circunstancia especial*, pero –y en esto se distingue del segundo– no se puede determinar con la *seguridad* con la que se ha llegado, por ejemplo, en el caso de la novocaína, si dicha circunstancia ha condicionado que la acción imprudente haya supuesto un riesgo mayor o igual que el que hubiera representado la acción ejecutada dentro de los márgenes del riesgo permitido.

4. A este tercer grupo de casos pertenece el caso del ciclista, en el cual concurre una circunstancia especial (la embriaguez del ciclista), en virtud de la cual no se puede establecer con seguridad si dicha circunstancia ha convertido o no en *igual de peligrosas* las acciones prohibida y permitida.

Como ya he descrito anteriormente, en el supuesto de hecho del auto del BGH 11, 1 ss. (de 25 de septiembre de 1957) –«tal vez la más famosa, pero, con seguridad, la resolución del BGH que ha sido comentada con más frecuencia» (44)– el conductor del camión adelantó a un ciclista con una distancia lateral de 75 cm. –en lugar de la reglamentaria de entre 1,5 y 2 m. prevista en Alemania y que coincide con la prescrita por nuestro Reglamento General de la Circulación (RGC) (45)–, cayendo aquél bajo las ruedas delanteras del remolque que estaba acoplado al camión, lo que le produjo la muerte instantánea. El ciclista tenía, en el momento del accidente, una tasa de alcohol en la sangre de 1,96 o/oo, como pudo verificarse por la correspon-

(44) PUPPE, Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung, ZJS 5/1998, p. 495.

(45) El art. 85.4 RGC establece que «[c]uando se adelante fuera de poblado ... un vehículo de dos ruedas... la separación lateral no será inferior a 1,50 metros». La misma regla de «al menos 1,5 metros» es la que se establece en la reciente Ley de 2015 sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.

diente extracción que se le hizo al cadáver. En las distintas instancias alemanas que entendieron del caso se dio por probado que, «con una alta probabilidad», el accidente mortal también se habría producido aunque el acusado se hubiera comportado conforme al deber. El BGH, como los restantes tribunales inferiores, llegó a esa conclusión «en coincidencia con la probabilidad afirmada por el perito de que el ciclista, al principio, no percibió el ruido del motor del camión y de que después, de repente, cuando se dio cuenta de ello, sufrió un intenso susto, reaccionó bruscamente, girando su bicicleta, de manera absolutamente desordenada e irrazonable, hacia la izquierda, un comportamiento que es característico de ciclistas fuertemente ebrios».

Roxin, tras sus dudas iniciales (46), mantiene que, en contra de los acordado por el BGH, el conductor del camión debería haber sido condenado por un homicidio imprudente, «porque el límite máximo de riesgo tolerable se establece mediante la distancia legal de seguridad. Cualquier aumento de ese riesgo hace caer las consecuencias sobre el autor» (47).

5. Permítaseme, antes de tomar posición de una manera definitiva, volver un momento a la teoría de la evitabilidad: la objeción más grave –que no la única– que hay que formularle es la de que, para ella, quien fija el riesgo permitido no es el legislador –o las normas de la *lex artis* a las que éste se remite para interpretar qué es lo que debe entenderse por «diligencia debida»–, sino, a su propio arbitrio y conveniencia, el mismo autor del homicidio o de las lesiones imprudentes. Y así, en el caso del shock anafiláctico, en el que la enfermera administró una dosis de 0,4 cc., en lugar de la medicamente indicada de 0,05 cc., si variamos el supuesto de hecho de la sentencia de la AP de Salamanca en el sentido de que la dosis administrada hubiera sido mucho menor –pero también prohibida– de 0,1 cc., y con esta dosis se hubiera producido también la muerte de la niña, es obvio que la intolerancia del paciente en relación a la inyección de una vacuna que ya se aproxima –sólo la supera en 0,05 cc.– a la dosis permitida, puede hacer pensar que incluso con una cantidad de 0,05 cc. también se habría producido el desenlace letal, es decir: que la acción correcta *probablemente* habría producido el mismo resultado. Pero si, como quiere la teoría de la evitabilidad, en un caso así hubiera que propugnar la absolución de la enfermera, entonces el índice de peligro de producción del shock anafiláctico que el legislador –con remisión a la *lex artis*– estaba dispuesto a asumir, para obtener la ganancia de tratar al niño de su asma, sería enmendado y derogado por la propia autora

(46) Cfr. supra nn. 15 y 16.

(47) ROXIN, AT I, 4.^a ed., 2006, § 11 n. m. 89.

y en su propio beneficio. Aquí lo decisivo, en contra de la teoría de la evitabilidad, no es que la acción correcta hubiera podido causar también, hipotéticamente, el mismo resultado, *sino que la acción correcta, por encerrar un menor riesgo de lesión, podría también –asimismo hipotéticamente– haberlo evitado*. Como no podemos reproducir, por ser objetivamente imposible, cuál habría sido el resultado de la acción correcta, no sabemos tampoco si la muerte habría sobrevenido en cualquier caso, pero lo que sí sabemos es que, si se hubiera ejecutado, la paciente habría tenido más chances de sobrevivir, lo que constituye precisamente el sentido del riesgo permitido: someter al bien jurídico protegido –dado que, por definición, algún riesgo encierra siempre la acción correcta– a un menor peligro de lesión: no es posible determinar si la acción alternativa conforme a Derecho habría producido el mismo resultado, pero lo que sí que es fijo es que no habría sometido a la vida de la menor Sara al mismo riesgo de lesión que le ha hecho correr –materializándose, desgraciadamente en el resultado muerte– la acción imprudente y que, por consiguiente, con la acción correcta la niña *tal vez* habría salvado la vida de la que le privó el comportamiento infractor del deber.

Todavía sin movernos del Derecho penal médico, existe una objeción contra la teoría de la evitabilidad que Roxin formuló ya en su escrito pionero (48) y que, con toda razón, no ha cesado de repetir a lo largo de más de medio siglo: «Porque el legislador debe aferrarse a la obediencia la norma de cuidado también –y precisamente allí– donde su observancia incrementa claramente la chance de la conservación del bien jurídico, pero no la garantiza con absoluta seguridad. Cuando el cirujano, en una operación de riesgo médicamente indicada, provoca la muerte del paciente, a consecuencia, por ejemplo, de un grosero fallo técnico, según la opinión contraria [la de la teoría de la evitabilidad] debería quedar impune, porque no se podría excluir la posibilidad de un resultado mortal en una operación llevada a cabo conforme a la *lex artis*. Esto significaría una renuncia a cualquier exigencia del cuidado debido precisamente allí donde se exige un cuidado especialmente riguroso. La sentencia del BGH StrV 1994, 25, en cambio, absuelve de la causación de la muerte en un tratamiento médico incorrecto, si no es seguro que el paciente habría vivido más tiempo con un tratamiento efectuado conforme a la *lex artis*. Sin embargo, lo correcto es que, para una imputación del resultado, basta con que el fallo técnico haya incrementado el riesgo» (49).

(48) ZStW 74 (1962), p. 434.

(49) ROXIN, AT I, 4.^a ed., (2006), § 11 n. m. 91. V. también ROXIN, ZStW 74 (1962), p. 422: «O, piénsese en la constelación –de importancia práctica– de que un

Contra esta argumentación de Roxin ha opuesto Frisch: «Quien estime inadecuada la consecuencia de la impunidad, en el campo de la imprudencia, en graves infracciones del deber –por ejemplo, en el comportamiento groseramente deficiente de un cirujano–, deberá buscar la solución fuera de los delitos de resultado; por ejemplo, en la penalización de determinados comportamientos groseramente deficientes. Lo que no es aceptable es tratar toda la imputación del resultado para poder aprehender tales casos puntuales» (50). Y en el mismo sentido de Frisch se manifiesta Jakobs (51) cuando escribe: «Cuando la aplicación equivocada de un medicamento lesiona con seguridad, pero la correcta también lo hace en raros casos, no puede convencer la limitación de la responsabilidad a la responsabilidad por tentativa –lo que, en los delitos imprudentes significa ausencia de responsabilidad-. La solución correcta no reside, sin embargo, en la teoría del incremento del riesgo, sino en una ampliación de la responsabilidad de intentos peligrosos concretos en los casos de peligros masivos. Ello debe suceder mediante la creación de tipos especiales».

Por consiguiente, lo que confirman tanto Frisch como Jakobs es que, según la teoría de la evitabilidad –y en oposición a lo que mantiene la teoría del incremento del riesgo–, habría que absolver al cirujano que, en una operación de alto riesgo ejecutada imprudentemente, causa la muerte del paciente, siempre que se pueda afirmar que lo mismo podría haber sucedido aunque la operación se hubiera ejecutado conforme a la *lex artis*. Pero, por lo que se refiere al Derecho vigente, esa solución absolutoria –en contradicción con la práctica generalizada de los tribunales y con el sentido (común) de la justicia– no debería de preocuparnos demasiado, así se nos dice, ya que sólo afecta a «casos puntuales», afirmación de Frisch que debe ser rechazada: en primer lugar, porque, por muy pocas veces que se presenten, también los «casos puntuales» deben recibir una solución satisfactoria y, en segundo lugar, porque ni siquiera es cierto que esos casos de imprudencia quirúrgica sean puntuales, sino que, muy al contrario,

medico, a consecuencia de un fallo técnico grosero, provoca la muerte del paciente. ¿Debería liberarse de toda responsabilidad con la indicación de que, teniendo en cuenta la dificultad del caso, de cualquier manera una operación llevada a cabo conforme a la *lex artis* posiblemente habría llevado también a la muerte? No creo que tal suposición sea sostenible. Porque, según ello, y como la mayoría de las operaciones no están ausentes de riesgo, podría prescindir confiadamente de todas las medidas de cuidado; difícilmente podría rebatirse la objeción de que, en cualquier caso, las cosas también podrían haber salido mal».

(50) FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten, 1998, p. 546.

(51) JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 7/102. V. también FEIJOO, *La teoría*, 2000, p. 41 n. 91.

están, desgraciadamente, a la orden del día, tal como pone de manifiesto un seguimiento, aunque sólo sea superficial, tanto de la jurisprudencia del TS como de los tribunales inferiores, sentencias en su mayoría condenatorias, sin más, por homicidios o lesiones imprudentes, *sin que los magistrados se suelen plantear –como tampoco lo hicieron los magistrados del caso del shock anafiláctico– la pregunta de qué es lo que habría sucedido con el comportamiento alternativo conforme a Derecho, ni si de la respuesta a esta pregunta debe depender la absolución o la condena del autor*. Como ni Frisch ni Jakobs parecen quedarse muy tranquilos con su solución de eximir de toda responsabilidad al cirujano imprudente que causa resultados lesivos, ambos proponen, *de lege ferenda*, la creación de tipos de peligro que sancionen las operaciones ejecutadas infringiendo la *lex artis*; pero tampoco esta segunda línea de defensa de la teoría de la evitabilidad puede convencer: en primer lugar, porque, aunque a consecuencia de esas intervenciones quirúrgicas contrarias a la *lex artis* se causaren muerte o lesiones de los pacientes, si en un futuro se introdujeran en los Códigos Penales esas modificaciones que proponen *Frisch y Jakobs*, el cirujano nunca respondería por esos resultados lesivos, sino sólo por un delito de peligro, y, en segundo lugar, porque, como el legislador no está ahí para salvar los pocos muebles que le quedan por salvar a la teoría de la evitabilidad, en ninguna parte existen movimientos de reforma legislativa dirigidos a crear tipos penales que sancionen –como delitos de peligro, que no de lesión– las intervenciones quirúrgicas imprudentes con resultados lesivos.

6. Frente a la teoría de la evitabilidad, y como vamos a ver a continuación, la del aumento del riesgo no sólo supera todas las objeciones que hemos dirigido contra aquélla en páginas anteriores, sino que está también en situación de fundamentar los resultados a los que llega, algo que nunca ha hecho la teoría de la evitabilidad, la cual, prescindiendo de afirmaciones apodícticas, jamás ha conseguido explicar satisfactoriamente cuál es la razón última por la que en los delitos imprudentes hay que exigir esa «misteriosa conexión de la infracción del deber». Si, introduciendo una variante en la sentencia del BGH 11,1, el conductor del camión adelanta a un ciclista que se encontraba *sobrio, y no ebrio*, como en el supuesto de hecho de aquella sentencia alemana, efectuando la maniobra con una distancia anti-rreglamentaria de 0,75 m. –en lugar de la permitida de 1,5– y le atropella y le mata, como esa maniobra encierra siempre un cierto peligro, nadie nos puede garantizar que, en el caso concreto, no se habría producido el mismo resultado, aunque la separación entre el camión y la bicicleta hubiera sido la correcta y aunque el ciclista no

hubiera probado ni una gota de alcohol; y, no obstante esa inseguridad sobre lo que habría sucedido si se hubiera observado la distancia reglamentaria, la condena por un homicidio imprudente estaría plenamente justificada: en primer lugar, porque el conductor del camión habría sometido a la víctima a un riesgo de lesión *mayor* que el que hubiera corrido si se hubiera efectuado la maniobra reglamentariamente, *riesgo mayor* que se ha materializado, efectivamente, en la producción del resultado típico, siendo así que el Derecho penal está ahí para proteger bienes jurídicos, protección que, naturalmente, es más eficaz cuanto menor sea el peligro al que se somete a esos bienes jurídicos; y, en segundo lugar, porque lo decisivo no es, en contra de lo que cree la teoría de la evitabilidad, que con la acción correcta se podría haber producido el mismo resultado, sino que éste –en cuanto que las posibilidades de causación habrían sido menores– *se podría haber evitado*.

Cuando el legislador fija el riesgo permitido –bien directamente mediante normas penales o extrapenales, bien mediante una remisión a la correspondiente *lex artis*–, lo hace, obviamente, porque, *en general*, la acción ejecutada con observancia del riesgo tolerado (la prudente) presenta menos peligros de lesión del bien jurídico que aquella otra que lo sobrepasa (la imprudente), fijándose los límites de ese riesgo permitido, tal como ya he expuesto anteriormente, después de una ponderación efectuada por el legislador que tiene en cuenta tanto el inconveniente de *permitir* una cierta amenaza de lesión, como los beneficios (sociales, económicos, industriales, médicos o puramente de esparcimiento, entre otros) que pueden reportar tales comportamientos arriesgados, comportamientos que sólo son penalmente lícitos si no se altera la relación: riesgo de lesión-beneficio concreto que se puede alcanzar con su ejecución. El único legitimado para llevar a cabo esa ponderación es el legislador y el autor de una conducta imprudente causante de un resultado lesivo ni está legitimado –ni es quien– para modificar los límites legales del riesgo permitido, apelando, tal como en el fondo hace la teoría de la evitabilidad, a que el resultado también se podría haber producido –*lo decisivo es que también se podría haber evitado*– con la acción correcta, para, de esta manera, alcanzar la impunidad.

Pero, como acabo de señalar, el establecimiento de los límites del riesgo permitido se hace de manera *abstracta*: por ejemplo, en el caso de la novocaína obviamente ésta presentaba, *en general*, un menor riesgo de provocar algún daño que la cocaína, y por ello la administración de aquella estaba permitida, mientras que la de ésta suponía una infracción del deber de diligencia. Pero si, *debido a la concurrencia*

de una circunstancia especial –en el caso de la novocaína, debido a la no reducción en el paciente de la cláusula timo linfática–, se llega a la conclusión de que, *excepcionalmente*, el peligro de lesión era *idéntico*, independientemente de que se hubiera inyectado el anestésico prohibido o el que exigía la *lex artis*, entonces desaparecen las bases de la ponderación que, con remisión a la *lex artis*, ha efectuado de *manera genérica* el legislador, porque, si la administración de la novocaína encierra un peligro de lesión igual al de la cocaína, *entonces desaparece el motivo que ha llevado a la prohibición de aplicar este producto*, ya que la razón de esa prohibición –la del mayor peligro– deja de tener vigencia en el caso concreto: el motivo de la prohibición era evitar un riesgo mayor al permitido, pero si, con la administración (imprudente) de la cocaína, ese riesgo, por las circunstancias del caso concreto, no se ha superado, entonces el autor tampoco ha sometido la vida del paciente a un peligro mayor del que el legislador estaba ya dispuesto a asumir como legítimo, o, con otras palabras: porque, aunque sea por casualidad, la acción imprudente, paradójica y excepcionalmente, no ha sobrepasado el riesgo permitido y, como no la ha sobrepasado, debe considerarse también permitida.

7. En defensa de su teoría, Roxin (52) alega también que, si la acción imprudente ha creado un riesgo igual al que hubiera generado la correcta, entonces la punición de aquélla –y la impunidad de ésta– desembocaría en un *versari in re illicita*. Pero este ulterior argumento a favor de la teoría del aumento del riesgo no me parece decisivo, porque la razón (mejor, la sinrazón) del *versari in re illicita* (53) reside en hacer responsable al autor, cuando la acción inicial fue ilícita, aunque el resultado se haya causado *sin dolo ni imprudencia*. Y que, por ejemplo en el caso de la novocaína, fue imprudente la administración de la cocaína causante de la muerte del paciente, no admite discusión: de lo que se trata precisamente es de argumentar por qué, *a pesar de ser imprudente*, no obstante, y como acertadamente fundamenta la teoría del aumento del riesgo, no hay responsabilidad penal.

8. Anteriormente (supra VII 1) ya se ha rebatido la objeción dirigida por la teoría de la evitabilidad contra la del aumento del riesgo de que ésta convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro. Pero aquélla ha formulado contra ésta una segunda objeción (supra VII 2) sobre cuya solidez aún no me he pronunciado: la de que infringe, además, el principio *in dubio pro reo*.

(52) Cfr. ZStW 74 (1962), p. 432.

(53) Sobre el contenido del *versari in re illicita* y, en general, de la responsabilidad por el resultado, cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966 (2007), pp. 179 ss.

Esta segunda objeción carece de fuerza de convicción cuando se formula en relación con el primer grupo de casos que hemos descrito supra 3 a), es decir: en aquellos casos en los que «tomando en consideración todas las circunstancias, se llega a la conclusión de que las razones que, *en abstracto*, llevaron al establecimiento de los límites del riesgo permitido –mayor peligro de la acción que lo rebasa que no de la que se mantiene dentro de sus márgenes– se reproducen y concurren también en el caso concreto», grupo de casos del que hemos puesto como ejemplo el del shock anafiláctico. Como en ese supuesto no existe ninguna circunstancia que permita poner en cuestión que la inyección imprudente de 0,4 cc. de dosis vacunal suponía un peligro mayor de desarrollo del shock que la medicamente indicada de 0,05, es decir: como el mayor riesgo de lesión de la dosis prohibida, frente a la permitida, fue el que llevó al legislador –con remisión a la *lex artis*– a establecer, de manera general, los límites del riesgo permitido, y como esos límites establecidos de manera abstracta siguen teniendo vigencia en el caso concreto –la víctima habría tenido más posibilidades de supervivencia si se le hubiera administrado la dosis correcta– no existe motivo alguno para no calificar la conducta de la enfermera de un homicidio imprudente.

La única duda que existe es la de si la menor pudiera haber fallecido también con el comportamiento alternativo conforme a Derecho de habersele administrado la dosis correcta de 0,05 cc.; pero esa duda, por mucho que lo sea para la teoría de la evitabilidad, es jurídicamente irrelevante para la teoría del aumento del riesgo: para ésta, lo único determinante es si, en el caso concreto, la dosis imprudente sobrepasó los límites del peligro (permitido) y como, en efecto, los sobrepasó, *no existe incertidumbre alguna* sobre la circunstancia de que ha concurrido un incremento del peligro, que es precisamente el criterio del que la doctrina del aumento del riesgo hace depender la responsabilidad del autor. Con otras palabras: En este primer grupo de casos (del que puede servir de ejemplo el del shock anafiláctico) la teoría del aumento del riesgo, cuando llega a la conclusión de que el autor debe responder por un homicidio imprudente, no incurre en infracción alguna del principio *in dubio pro reo*, ya que –si bien no sabemos si la acción correcta, probable o posiblemente, podría haber producido el mismo resultado– *de lo que no existe duda alguna* es de que, con la imprudente, se ha incrementado el riesgo (permitido) de lesión y de que ese riesgo incrementado (generado por el autor) ha desembocado efectivamente en la producción del resultado típico.

Por consiguiente y resumiendo: Cuando la teoría de la evitabilidad objeta a la del aumento del riesgo que la aplicación de ésta supone una

infracción del *in dubio pro reo*, lo hace sobre la base de querer imponer a esta última su propia concepción del delito imprudente, desconociendo, con ello, que la teoría del aumento del riesgo parte de una concepción distinta de la de aquélla. Para la teoría de la evitabilidad, la mera posibilidad de que el comportamiento correcto pudiera haber causado el mismo resultado que provocó el comportamiento imprudente excluye la imputación objetiva del resultado al causante negligente del mismo. Pero, como ya he indicado, esta concepción no puede ser correcta, porque entonces, y como con el riesgo permitido *siempre* se puede producir el mismo resultado que con el prohibido (por definición, ambos encierran un riesgo –si bien de diversa magnitud– de lesión), *nunca* se podrá castigar la acción imprudente que, por encima del riesgo permitido, causa un resultado típico.

La teoría del aumento del riesgo, en cambio, *niega toda relevancia a la circunstancia de que, hipotéticamente, la acción correcta también podría haber causado el mismo resultado*; y, como lo niega, no es que afirme que, aunque exista una duda, hay que partir, en contra del reo, de que esa acción correcta no habría causado el mismo resultado: lo que afirma es que, aunque tal vez también podría haberlo causado, ello no modificaría en nada –no excluiría– la imputación objetiva del resultado al causante imprudente de aquél, siempre y cuando *conste* que, en el caso concreto, la acción correcta no ejecutada representaba un riesgo menor (justamente, el permitido) de provocar el resultado lesivo efectivamente causado por el imprudente.

Frente al primer grupo de casos, como el del shock anafiláctico, que acabamos de examinar, y respecto del cual creo haber demostrado que la teoría del aumento del riesgo no incurre en ninguna infracción del principio *in dubio pro reo*, y frente al segundo grupo [supra 3 b)], en el que está acreditado *con seguridad*, tal como sucede en el de la novocaína, que, en virtud de la concurrencia de una circunstancia especial –la no reducción de la glándula timo linfática del paciente–, tanto la acción correcta como la imprudente habrían producido el mismo resultado, lo que excluye igualmente que pueda haber vulneración de aquel principio –porque existe *certeza* de lo que habría sucedido si se hubiera ejecutado el comportamiento conforme a Derecho–, en este trabajo he construido un tercer grupo [supra 3 c)], del que puede servir como ejemplo el del ciclista, caracterizado por que, a diferencia del primer grupo, *sí que concurre una circunstancia especial*, pero –y en esto se distingue del segundo– no se puede determinar con la *seguridad* con la que se ha llegado en el caso de la novocaína, si dicha circunstancia ha condicionado que la acción imprudente haya

supuesto un riesgo mayor o igual que el que hubiera representado la acción ejecutada dentro de los márgenes del riesgo permitido.

9. Y es en este tercer grupo de casos donde la teoría del incremento del riesgo necesita, efectivamente, una corrección. Ciertamente que, en el caso del ciclista, *si éste no se hubiera encontrado ebrio*, y se le hubiera adelantado con una distancia antirreglamentaria de 0,75 m., siendo atropellado y muerto por el camión conducido por el autor, no se podría haber excluido que, con un adelantamiento con la distancia reglamentaria de 1,5 m –y porque esa maniobra también encierra un cierto peligro–, no se hubiera podido producir el mismo resultado. Pero, como ya he repetido, para la teoría del aumento del riesgo ello no varía en nada la calificación de la conducta como un homicidio imprudente, porque la conducta antirreglamentaria ha supuesto un peligro mayor de lesión que la correcta y porque lo que el Derecho penal persigue es no someter a los bienes jurídicos a un riesgo superior (del permitido) del que es estrictamente necesario.

Lo que sucede es que en el caso de la sentencia del BGH 11,1 *concorre una circunstancia especial*, a saber: la embriaguez de aquél, *que hace surgir la duda de si, en ese caso concreto, el adelantamiento antirreglamentario creó un riesgo mayor de producción del resultado que el que habría corrido la víctima si, mediante un adelantamiento no infractor del deber, se hubiera observado el riesgo permitido*. Ciertamente que este supuesto no es como el de la novocaína, donde la concurrencia de una circunstancia especial (no reducción de la glándula tímica) permite determinar *con seguridad* el no aumento del riesgo permitido de la acción imprudente frente a la correcta, pero tampoco lo es como el del shock anafiláctico, donde se reproducen en el caso concreto las razones que, en abstracto, llevaron a concluir que cualquier dosis que excediera del 0,05 de la vacuna rebasaba el riesgo permitido.

En el caso del ciclista, en cambio, y según se expone en el dictamen pericial, «el ciclista, al principio, no percibió el ruido del motor del camión y... después, de repente, cuando se dio cuenta de ello, sufrió un intenso susto, reaccionó bruscamente, girando su bicicleta, de manera absolutamente desordenada e irrazonable, hacia la izquierda, *un comportamiento que es característico de ciclistas fuertemente ebrios*» (cursivas añadidas). De ese dictamen, por consiguiente, no sólo se deduce que el atropello también se podría haber producido si el conductor del camión hubiera guardado la distancia correcta –esa posibilidad, irrelevante para la teoría del aumento del riesgo, habría existido también aunque en ciclista se hubiera encontrado sobrio–, sino lo que hay que poner en cuestión es si, efectiva-

mente, el adelantamiento (imprudente) guardando una distancia de sólo 0,75 m. aumentó, frente a la acción correcta (separación entre el camión y la bicicleta de 1,5 m.) el riesgo (permitido) de producción del resultado. Porque si, como establece el perito, los conductores fuertemente ebrios sólo perciben el ruido del motor en el momento del adelantamiento, lo que genera en ellos una reacción de pánico que les lleva a girar la bicicleta, desordenada e irrazonablemente, hacia la izquierda esto es: hacia el vehículo que está efectuando la maniobra de adelantamiento, entonces surge la duda de si fue *indiferente* para la producción del resultado la menor (imprudente) o mayor (reglamentaria) distancia con la que se hubiera adelantado al ciclista, es decir: surge la duda de si las razones que han llevado al legislador a establecer, *de manera general*, que en los adelantamientos de ciclistas se debe guardar una distancia de 1,5 m. –porque, si ésta se guarda, existe un *riesgo menor* de accidentalidad que si se observa una separación inferior– sigue teniendo vigencia *en este caso concreto, en el que concurre la circunstancia especial de la embriaguez del ciclista* y, por ello, y dada la tendencia de ciclistas en tales condiciones (condiciones que obviamente también influyen sobre sus posibilidades de mantener el equilibrio) a dirigir su vehículo hacia la izquierda, ante el susto repentino que les provoca el ruido del motor, no antes, sino precisamente en el momento del adelantamiento, aquél, sí o sí, habría acabado bajo las ruedas del remolque del camión. Ciertamente que, como escribe Roxin, que en este caso se inclina por la condena del camionero por un homicidio imprudente, «el límite máximo de riesgo tolerable se establece mediante la distancia legal de seguridad» y que «cualquier aumento de ese riesgo hace caer las consecuencias sobre el autor» (54); pero este es el riesgo permitido que se establece en abstracto *para la generalidad de los casos*, de la misma manera que, para la generalidad de los casos también, el límite máximo de riesgo tolerable se había establecido, en el caso de la novocaína, en la administración de este anestésico, rechazándose el de la cocaína que, en abstracto, significaba un riesgo mayor que el encerrado en la novocaína de que pudiera sobrevenir un «incidente de narcosis». Sin embargo, y así como, en concreto, la concurrencia de la circunstancia especial de la no reducción de la glándula timo linfática en el paciente altera los datos sobre los que se ha basado la ponderación genérica del riesgo permitido de que la cocaína es más peligrosa que la (medicamente indicada) novocaína, así también, en el caso del ciclista, y debido a otra circunstancia especial (en este caso, a la intensa embriaguez del

(54) AT I, 4.^a ed., 2006, § 11 n. m. 89.

ciclista), no con la *certeza* del caso de la novocaína, pero sí con una *duda razonable*, si hemos de creer el dictamen del perito, no se puede descartar que el adelantamiento antirreglamentario no haya supuesto un *peligro igual* de atropello del ciclista que el que hubiera corrido si en esa maniobra se hubiera guardado la distancia debida, es decir: que existe la duda razonable de si dicho adelantamiento guardando una separación de 0,75 m. ha incrementado el riesgo (permitido) de lesión que el legislador ha fijado en 1,5 m. Y, como concurre esa incertidumbre de si ese adelantamiento antirreglamentario ha incrementado o no el riesgo permitido que el legislador ha asumido como tolerable, en la duda hay que suponer lo más favorable para el reo, o sea: que no lo ha incrementado, lo que debe llevar a la absolución del conductor del camión por un homicidio imprudente, en cuanto que no aparece con la claridad necesaria que la acción incorrecta haya supuesto, frente a la correcta, un incremento del riesgo de lesión.

IX. CONCLUSIONES

1. Salvo supuestos excepcionales, como el caso de la novocaína, en el que científicamente se pudo comprobar que también la aplicación de la médicamente indicada novocaína habría producido el mismo resultado letal que la negligentemente aplicada cocaína, en la práctica totalidad de los supuestos es imposible determinar si la acción correcta habría conducido al mismo resultado que causó la imprudente.

2. Contra la teoría de la evitabilidad, al defender la absolución del autor imprudente siempre que la acción correcta, con un mayor o menor grado de probabilidad o posibilidad, hubiera podido producir el mismo resultado que el efectivamente causado por la que no observó la diligencia debida, hay que oponer, además de otras objeciones ya desarrolladas supra VI, que convierte en papel mojado los límites del riesgo permitido establecidos, bien directamente por el legislador, bien indirectamente –mediante su remisión a la *lex artis*–, exculpando al autor también en aquellos casos en que los ha sobrepasado, desconociendo que lo decisivo no es que la acción correcta también podría haber producido el mismo resultado típico, sino que –en cuanto que encerraba un menor riesgo de lesión, justamente el que se había generado si se hubiera mantenido dentro de los límites del peligro permitido– *podría haberlo evitado*.

3. La teoría correcta es la del aumento del riesgo, porque sólo propone la absolución en aquellos casos en los que se puede acreditar que el principio abstracto de que la acción que rebasa el riesgo permitido

supone un mayor peligro de lesión que la que se mantiene dentro del mismo, y debido a la concurrencia de una circunstancia especial –por ejemplo, a la reducción de la glándula tímica linfática del paciente en el caso de la novocaína–, quiebra en el caso concreto, ya que, si la acción imprudente no ha generado un riesgo de lesión superior al permitido, desaparece el motivo por el cual el legislador tomó la decisión de prohibir la conducta *formalmente* imprudente. En el caso de que también concorra una circunstancia especial –como, por ejemplo, la embriaguez del ciclista en el supuesto de hecho del auto del BGH 11, 1 ss.–, y, como consecuencia de ello, surja la duda de si, en concreto, la acción imprudente aumentó el riesgo permitido de lesión, habrá que estimar, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo más favorable para el autor, esto es: que no lo aumentó.

4. Ciertamente, que si se defiende, como se hace aquí, la teoría del aumento del riesgo, *sólo en muy pocos casos será posible la absolució del autor imprudente*, a saber: cuando consta que –o cuando se duda de si– la acción imprudente no encerraba un riesgo de lesión superior al permitido. Que según Arthur Kaufmann (55), la teoría del incremento del riesgo conduce a «una altamente insatisfactoria extensión de la punibilidad» y que esto sea un «inconveniente», es una opinión tan respetable como equivocada, a la que hay que oponer: la teoría de la evitabilidad sin más, pero mucho más aún si se la desarrolla consecuentemente, es decir: aplicando el *in dubio pro reo*, es, en realidad, la «insatisfactoria» y la «inconveniente», en cuanto que legitima –no sancionándola penalmente– la no observancia del riesgo permitido y en cuanto que, con ello, hace tabla rasa de la ponderación de intereses llevada a cabo por el legislador al establecer los límites de aquél, y para muestra basta un botón: debería llevar a la absolució de la enfermera en el caso del shock anafiláctico.

(55) V. supra n. 32.