

Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Vigo, España. Presidente de la FICP.

**~Conocimientos o capacidades especiales e infracción del deber
objetivo de cuidado¹~**

La exigibilidad del empleo de los denominados conocimientos y capacidades especiales suscita -sobre todo desde el punto de vista teórico, en la teoría del delito- muchas y muy relevantes las cuestiones. Su análisis más a fondo será objeto de una publicación posterior. En este artículo me limitaré a reproducir, y por tanto sin notas, el contenido de mi ponencia -pronunciada el 16 de mayo de 2019 en el XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá- referida a algunos aspectos generales sobre los conocimientos y capacidades especiales y, de forma más concreta, al problema de si las capacidades especiales requieren o implican un tratamiento diferenciado de los conocimientos especiales.

Los conocimientos y las capacidades especiales (generalmente denominados en terminología alemana *Sonderwissen* y *Sonderkönnen*; o *Sonderkenntnisse* y *Sonderfähigkeiten*) suelen entenderse como términos comparativos, en relación con los conocimientos y capacidades que se considera concurren en una figura-baremo (sujeto normalmente prudente y cuidadoso), y significan que el sujeto actuante -en virtud de sus facultades individuales, subjetivas- supera en conocimientos o capacidades a dicha figura-baremo, de semejante posición, que constituye la referencia objetiva comparativa.

El calificativo “especial” no significa, por tanto, que un sujeto goce de conocimientos o capacidades especiales (por ejemplo, los requeridos para el ejercicio de la profesión de arquitecto, médico, etc.) frente a quien carece de ellos por no integrar dichas -u otras- profesiones, sino que sus conocimientos o capacidades son “superiores” (volviendo a la terminología alemana, *überdurchschnittliche*) dentro del mismo grupo de sujetos comparables. Es decir, se trataría de que los conocimientos (o capacidades)

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco de los proyectos “Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI” (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-101401-B-I00) IP Prof. Dr. Dr. h. c. mult. *Diego-Manuel Luzón Peña* / Prof. Dra. *Raquel Roso Cañadillas*, y “Principios y garantías penales: sectores de riesgo” (MINECO, DER2016-76715-R), IP Prof. Dr. Dres. h. c. *Miguel Díaz y García Conlledo*.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

del arquitecto o médico actuantes sobrepasarían el término medio de los conocimientos o capacidades del arquitecto o médico figura-baremo.

El significado de ambos conceptos -conocimientos y capacidades- no es unívoco. Varía según la perspectiva desde la que se analicen. Pero en lo que aquí respecta hay que señalar que los factores subjetivos del conocimiento se entienden restringidos a las facultades intelectuales o cognitivas, de adquisición de información, observación, aprendizaje o experiencia (excluyéndose otros factores psíquicos de naturaleza más bien emocional, como intenciones, motivos o actitudes). Y en cuanto a las capacidades (aptitud, destreza, pericia, habilidad o maña, rapidez, precisión, etc., o en alemán *Fähigkeit*, *Begabung*, etc., o en el ámbito anglosajón, *skill*, *know-how*, etc.), cabe anticipar en este momento que muchas de ellas son, al igual que los conocimientos, susceptibles de aprendizaje y perfeccionamiento (por la práctica o el entrenamiento), mientras que otras, las menos, no lo son, por tratarse de capacidades innatas o congénitas, y por tanto personalísimas.

Los problemas que surgen en la práctica sobre los conocimientos y capacidades especiales superiores de un sujeto se plantean sobre todo en los hechos no dolosos, bien sea en el marco de la infracción del deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes (aunque dicha infracción, y en más alto nivel, existe también en los dolosos) o bien en el de la imputación objetiva, en la creación de un riesgo no permitido. Y pueden afectar tanto a delitos comisivos (a los que me referiré aquí fundamentalmente) como a delitos omisivos propios y de comisión por omisión. Cabe destacar, por otra parte, que la ardua discusión que se suscita en este contexto de la imprudencia y en el de la imputación objetiva no se corresponde, sin embargo, con lo que sucede en otros grupos de casos o contextos, en los que no se discute la relevancia de los conocimientos superiores. Así, fundamentalmente, en la teoría de la participación: en la autoría mediata, en la coautoría, en la cooperación necesaria y en la complicidad, en la inducción, y en la figura del agente provocador.

Las reglas que rigen para determinar la infracción del deber de cuidado (esto es, el núcleo de la conducta imprudente, su desvalor de acción), así como el juicio de peligro (elemento central de la teoría de la imputación objetiva) parten, generalmente, del supuesto normal de que los conocimientos y capacidades del sujeto actuante se corresponden con los que concurrirían en cualquier otro sujeto de semejante posición (generalmente en el ámbito profesional) colocado en la misma situación que aquél. Con

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

esta premisa no se plantea, por tanto, problema alguno para afirmar el carácter objetivo-general de la determinación de la infracción del deber de cuidado o del juicio de peligro, en función de lo que, en ambos por igual, es capaz de cumplir un sujeto prudente y cuidadoso.

Sin embargo, existen también supuestos especiales, en que los conocimientos o capacidades del sujeto actuante son superiores o mayores que lo que corresponde a las exigencias normales o habituales, bien sea en general, o en un ámbito profesional concreto, o en un determinado sector de riesgo. Y es aquí donde surge el problema, central y muy discutido, de si y en qué medida es jurídico-penalmente exigible al sujeto actuante el empleo de sus conocimientos o capacidades especiales.

La respuesta a la exigibilidad del empleo de los conocimientos o capacidades especiales y las consecuencias derivadas de su no utilización pueden ser muy distintas según sea la posición que se adopte acerca del lugar sistemático de la teoría del delito donde se considera corresponde tomar en consideración dichos conocimientos o capacidades especiales. La diferencia es esencial y evidente según los mismos se integren en la culpabilidad o en el tipo de injusto.

En el concepto clásico de delito los conocimientos especiales se ubican sin mayor dificultad en la culpabilidad. Pues dicho concepto contemplaba una concepción psicológica de la culpabilidad, como nexo psíquico entre el sujeto y el hecho, en la que se encuadraba un concepto psicológico imprudencia, como forma de culpabilidad, de carácter subjetivo e individualizador. Y, en consecuencia, se entendía en general el deber de cuidado como deber subjetivo de cuidado (es decir, el deber que es capaz de cumplir el sujeto concreto actuante), y asimismo la previsibilidad como previsibilidad subjetiva (o sea, la determinada con referencia únicamente a dicho sujeto concreto).

Posteriormente, a partir del concepto finalista de delito, considerados el dolo y la imprudencia como elementos del tipo (y no como formas de culpabilidad), la posición doctrinal, prácticamente general, es la de incluir los conocimientos especiales en el tipo de injusto: o bien en la parte subjetiva del tipo imprudente (en el núcleo esencial de la conducta imprudente, en su desvalor de acción: la infracción del deber objetivo de cuidado), o bien ya en su parte objetiva, dentro de la teoría de la imputación objetiva.

Aunque ambas posiciones parten de puntos de referencia claramente diferentes, eso no evita que se encuentren ante dificultades similares para la resolución del

problema, ni obsta para que compartan en muchos casos las mismas interpretaciones sobre el significado y la valoración de los conocimientos y capacidades especiales. En ambos casos, el carácter subjetivo-individual de dichos conocimientos y capacidades plantea el mismo problema de fondo: en el delito imprudente, cómo integrar esas facultades subjetivas especiales en los juicios objetivos de previsibilidad y de diligencia; en la imputación objetiva, cómo se pueden tomar en consideración circunstancias subjetivas en una imputación que se denomina a sí misma objetiva, sin que eso implique una quiebra del sistema.

Frente a las diferentes posiciones doctrinales al respecto (por ejemplo, para quienes, entre los finalistas, parten de la base de que *lo subjetivo* es elemento central de la tipicidad y antijuridicidad; o para quienes, desde una concepción individualizadora, afirman la compatibilidad de la inclusión de la imprudencia en el tipo de injusto con la infracción del deber subjetivo, individual, de cuidado; o para quienes fundamentan el criterio objetivo añadiendo a la figura-baremo objetiva los conocimientos y capacidades superiores del concreto sujeto actuante), en cuyo análisis no puedo detenerme aquí, considero que el carácter subjetivo-individual de los conocimientos y las capacidades especiales del sujeto actuante (cuyo carácter comparten igualmente los conocimientos y capacidades normales) no impide su integración en los juicios objetivos de previsibilidad y de diligencia, ni dicha integración en el tipo objetivo implica una quiebra del sistema. Pues lo determinante a estos efectos es que el resultado de la valoración, y no su objeto, sea algo objetivo. El carácter subjetivo-individual de los conocimientos y capacidades especiales no impide su valoración desde un baremo objetivo, en cuanto éste ha de ser el baremo determinado sobre el nivel de exigencia igualitario respecto de sujetos de características semejantes y que, por tanto, constituyen la referencia comparativa. Y esto es, por otra parte, aplicable por igual a los que anteriormente hemos denominado supuestos normales y supuestos especiales. Ahora bien, esto sólo es posible cuando dichos conocimientos y capacidades sean adquiribles. Este carácter es el que siempre tienen los conocimientos, que nunca son innatos, y por tal motivo la doctrina -que generalmente centra su análisis en los conocimientos especiales, y no en las capacidades- no se plantea el problema de un posible tratamiento diferenciado. Por eso, como las capacidades especiales pueden tener ese doble carácter, dedicaré la exposición de todo lo que sigue a analizar si las capacidades especiales requieren un tratamiento diferenciado de los conocimientos especiales.

Una posible posición, que comparto -pero que es asumida muchas veces por la doctrina sin detenerse en su fundamentación- es considerar que lo que rige para los conocimientos especiales debe regir igualmente para las capacidades especiales. Esta posición parece a primera vista de recibo en cuanto responde al principio de que se deben evitar las lesiones evitables de bienes jurídicos. Pero es preciso profundizar más en ella para ver si y en qué medida debe y puede ser exigible penalmente el empleo de las capacidades especiales. Y a estos efectos son muy relevantes los argumentos de *Luzón Peña*, quien, basándose en el que podría denominarse criterio de la transmisibilidad o de la transferibilidad, sostiene, sin embargo, ya desde 1996, un tratamiento diferenciado de las capacidades especiales respecto de los conocimientos especiales.

La importante línea argumentativa que esgrime *Luzón Peña* es la siguiente:

a) La no utilización de especiales conocimientos –no así la de especiales capacidades o habilidades– del sujeto determina ya la infracción de un deber objetivo (y no sólo subjetivo) de cuidado por haber previsibilidad objetiva.

b) La cuestión de si en caso de no emplear el sujeto –generalmente un profesional– conocimientos y capacidades especiales y superiores a la media existe o no infracción del deber de cuidado y por tanto imprudencia, debe resolverse, según la opinión que le parece más correcta, de modo diferente para los conocimientos y para las capacidades superiores.

c) En el caso de que el sujeto posea especiales y superiores conocimientos, que le permitan prever la realización del tipo, que en principio el hombre o profesional medio cuidadoso no hubiera podido prever –p. ej. un médico y su equipo han desarrollado una técnica de detección de anomalías en un determinado tipo de operaciones, que todavía no es conocida por los especialistas de esa rama– y por no utilizar esos conocimientos no prevé la producción del tipo, p.ej. la causación de la muerte, existe infracción del deber objetivo de cuidado porque hay previsibilidad objetiva y pese a ello no se ha previsto la realización del tipo. Pues -argumenta al respecto- la fórmula de la previsibilidad objetiva, expuesta abreviadamente para lo que aquí interesa destacar, consiste en lo que en el momento de actuar hubiera podido prever el hombre –o profesional– inteligente y cuidadoso (el sujeto ideal), colocado en la situación del autor real y añadiéndole los conocimientos de ese autor concreto.

Y concluye:

d) Como conceptualmente los conocimientos especiales del autor son perfectamente transmisibles al sujeto –en su caso profesional– ideal, p.ej. un buen médico podría conocer y aprender el nuevo procedimiento de detección de anomalías, automáticamente pasa a ser objetivamente previsible lo que también es previsible para el sujeto concreto con sus conocimientos especiales.

e) En cambio, las capacidades especiales y superiores del autor –pericia, habilidad, etc.– son personales y no transferibles al sujeto o profesional ideal, inteligente y cuidadoso, por lo que no es posible añadírselas hipotéticamente al mismo. Por eso, aunque el sujeto que tiene una especial capacidad o habilidad – v.gr. como cirujano, como corredor de vehículos de carreras, como tirador, etc.– no la emplee y se limite a llevar a cabo una actividad arriesgada normal con la misma técnica o pericia que utilizaría un buen profesional o un ciudadano bien preparado, pero sin esa capacidad superior, no infringe el deber objetivo-general de cuidado ni por tanto actúa imprudentemente.

Frente a ello considero, sin embargo, que este criterio no impide la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales. Entre otras razones, porque no todas las capacidades especiales, sino sólo las menos, son personales, en cuyo caso el resto, la mayoría, tiene el mismo tratamiento que los conocimientos. Por otra parte, la posibilidad de añadir al ciudadano o profesional ideal las capacidades especiales del sujeto actuante no requiere que éstas (ni tampoco los conocimientos) sean transferibles, pues basta en ambos casos con que sean adquiribles. Aparte de que no todos los conocimientos se adquieren por transferencia. Asimismo, no cabe duda de que tanto los conocimientos normales, como las capacidades normales son adquiribles, pues el tipo - en función de a quién se dirige y de lo que exige-, se construye sobre la base del carácter normal o usual, y por tanto necesariamente adquirible, de dichos conocimientos y capacidades. Y si esto es así, no se entendería bien por qué sólo el empleo de los conocimientos (y no también de las capacidades) puede ser exigible cuando pasan a ser especiales. En todo lo demás coincido con la posición de mi maestro.

Para fundamentar la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales no es preciso admitir una concepción individualizadora de la imprudencia, pues dicha exigibilidad -por tratarse de un problema de antijuridicidad, y no de culpabilidad- debe

regirse por un criterio objetivo-general, que, en última instancia (cuando dicha exigibilidad no se considere implícita en el sector concreto de riesgo, atomizado lo más posible) debe determinarse con el criterio -tradicionalmente seguido- del sujeto diligente situado en la misma posición del autor, para lo cual es preciso que a ese sujeto de referencia -figura baremo (*Maßfigur*), estándar de persona razonable, prudente y cuidadosa, modelo de conducta (*reasonable person model -RPM-, model of behavior*)- se le puedan añadir (hipotéticamente) las capacidades especiales del sujeto actuante.

En consecuencia (dejando ahora de lado, pues no puedo entrar ello, el tratamiento diferente que corresponde a las capacidades especiales en los supuestos que no constituyen delitos imprudentes de resultado, y en particular en los delitos de omisión), en los delitos comisivos imprudentes, por tanto, de causación y producción activa de un proceso peligroso justamente por la conducta del sujeto (sin voluntad, ni siquiera eventual de, por ejemplo, lesionar), para que el resultado derivado de ese proceso se le pueda imputar a una imprudencia es preciso que se pueda imputar a una infracción objetiva general de cuidado. Si el sujeto ha adquirido (o desarrollado) especiales y superiores capacidades que le permiten evitar la realización del tipo, y por no emplear esas capacidades especiales no evita dicha realización, existe infracción del deber objetivo de cuidado si el idealizado ciudadano o profesional medio ideal, añadiéndole las capacidades especiales del concreto sujeto actuante, habría empleado esas facultades para evitar el resultado. Cuando se trata de conductas en que las capacidades de evitación son personalísimas, innatas, no adquiribles, no puede decirse que lo que se está realizando en el resultado es precisamente un riesgo que implicaba una acción objetivo-generalmente desvalorable, ni algo que encaje en el fin del tipo imprudente.

Ahora bien, serán muy pocos los casos en que sea preciso recurrir a este criterio para decidir la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales. Quizá sólo en estos dos supuestos. Primero, en los que, en virtud de la ponderación utilidad-riesgo, se consideran como riesgos socialmente asumibles los derivados de menores exigencias para poder participar en la actividad arriesgada. Por ejemplo, en el ámbito de la circulación vial. Y segundo, cuando se considere que las capacidades especiales no deben generar nuevos baremos de deber de cuidado, incluso en las actividades en las que -en una ponderación de intereses- pesa más, o mucho más, el de la protección del bien jurídico. Por ejemplo, en la práctica médica.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

Las capacidades especiales no constituyen, por tanto -en el análisis dogmático del tipo objetivo, así como en el del criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado- ningún problema diferente al que plantean los conocimientos especiales. Pero al propio tiempo y sobre la base del mismo análisis, las capacidades especiales tampoco constituyen ningún problema diferente al que plantean las capacidades normales u ordinarias en lo que se refiere al fundamento de su exigibilidad. La diferencia entre ellas sí es, por el contrario, notoria en cuanto a la prueba o demostración de su concurrencia y posibilidad de empleo. Los requisitos que tienen que concurrir en las capacidades especiales para determinar la exigibilidad de su empleo desde un baremo generalizador de la imprudencia -que es el que debe seguirse- han que ser los mismos que determinan la exigibilidad del empleo de las capacidades normales. Y los requisitos de éstas son, a su vez, los que marcan los límites a la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales, constituyendo su principal escollo su demostrabilidad.