

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

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

~La infracción del deber objetivo de cuidado y el criterio de la individualización hacia arriba para determinar la exigibilidad del empleo de los conocimientos o capacidades superiores~**

Sumario. I. Introducción. II. Los presupuestos de los que se parte para la determinación de la imprudencia: los baremos objetivos como base general. 1. La concepción clásica de la imprudencia. 2. La concepción moderna de la imprudencia. III. Inexistencia de problema alguno en los casos de correspondencia con los baremos objetivos generales. IV. Los conocimientos y/o capacidades inferiores. v. los conocimientos y/o capacidades superiores. 1. Ideas generales y ejemplos. 2. Un tratamiento diferente para los conocimientos y para las capacidades superiores: la posición de Luzón Peña. 3. El mismo tratamiento para los conocimientos y para las capacidades superiores: posición propia. 4. ¿Aplicación de un criterio objetivo-general a los conocimientos y/o capacidades superiores?: consecuencias y posibles alternativas. 5. La solución más correcta: generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba. VI. En cualquier caso, un problema de prueba: demostrabilidad de la concurrencia y posibilidad de empleo de los conocimientos y/o capacidades superiores

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión que se plantea aquí es, abreviadamente, la de determinar si una persona, generalmente un profesional, puede incurrir en responsabilidad penal por no emplear, pudiendo hacerlo, conocimientos o capacidades superiores a los que concurren en otras personas en su mismo ámbito de actuación¹. Se centra sobre todo en el delito comisivo imprudente, pero también afecta a la omisión², e implica el análisis de si el criterio que

* IP del Grupo de Investigación Práctica Médica & Derecho (PM&D) / Medical Practice & Law (MP&L), Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur (IIS Galicia Sur), SERGAS-UVIGO.

** Esta publicación es parte del proyecto PID2019-108567RB-C21 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033. En ella he reducido al máximo las muy numerosas referencias doctrinales y citas a pie de página, recogidas en trabajos anteriores, por ejemplo, en DE VICENTE REMESAL, Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales), RECPC 22-03 (2020), 1-52. Asimismo, en relación fundamentalmente con la exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o capacidades especiales innatas o personalísimas, introduzco aquí un cambio de opinión al mantenido anteriormente, admitiendo, como criterio más acertado, el de generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba.

¹ Esta cuestión es distinta a la de si una persona no reúne los conocimientos y/o capacidades (incluso especializados) que se requieren para llevar a cabo una determinada actividad, lo que se analizará en la imprudencia por empredimiento o asunción.

² Así, al hilo del ejemplo de JAKOBS (Tätervorstellung und objektive Zurechnung, en: Dornseifer, Gerhard (ed.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Heymanns Verlag, 1989, Köln, Berlin, Bonn, München, 271-288) del estudiante de biología, convertido en camarero accidental, cabe plantear los diferentes posibles delitos: (comisivo) el botánico, camarero accidental, que sirve la ensalada al comensal habiendo visto que en ella hay una seta venenosa, (de comisión por omisión) el padre botánico que no advierte a su hijo ciego de la seta venenosa que le han servido en la ensalada, (o de omisión del deber de socorro) el botánico compañero de

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

sirve de base para la apreciación de la imprudencia -la infracción del deber objetivo de cuidado- es asimismo aplicable y compatible con la exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o capacidades superiores.

El análisis de la relevancia que en el marco de la responsabilidad penal puedan o deban tener -en los delitos comisivos- los denominados conocimientos y capacidades especiales, superiores, del sujeto ha generado en la doctrina una ardua polémica³. Lo cual contrasta, sin embargo, y de forma notable, con la mucho menos discutida exigibilidad del empleo de los conocimientos especiales⁴. La mayoría de las aportaciones doctrinales, tanto en trabajos específicos como en obras generales, dirigen su foco de atención sobre todo a los conocimientos especiales y considerando exigible su empleo⁵, atribuyendo a las capacidades especiales -muchas veces sin dedicar a éstas un análisis tan detenido como a aquéllos- o bien un tratamiento semejante a los conocimientos⁶, considerando también exigible su empleo, sea de forma general⁷, o sea diferenciada, o incluso totalmente contrario, en el sentido de que, a diferencia de los conocimientos especiales, a los efectos de responsabilidad penal no es exigible el empleo de las capacidades especiales. Anticipando abreviadamente mi opinión, las capacidades especiales no constituyen ningún problema diferente al que plantean los conocimientos especiales en cuanto a la exigibilidad de su empleo, si bien su diferencia puede radicar en la mayor dificultad que plantean las capacidades superiores en cuanto a la prueba o demostración de su concurrencia y posibilidad de empleo. Sobre esta base podría deducirse no ser preciso diferenciar entre

mesa que oculta tal advertencia. V. FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre. Personale Straftatlehre*, 3. Aufl., Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 2019, 245 ss.

³ Desde una perspectiva general, v. por todos, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl. Verlag C.H. Beck, 2006, München § 11, nm. 53 ss.

⁴ Así, en otros contextos dogmáticos, por ejemplo, en la teoría de la autoría y de la participación (autoría mediata, coautoría, inducción, cooperación necesaria, complicidad), en la figura del agente provocador; o en el marco del estado de necesidad, para la apreciación del peligro.

⁵ Con amplias referencias de doctrina sobre esta posición, v. STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*, en: Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2019, § 15, nm. 139.

⁶ Tratamiento semejante que va implícito, por supuesto, para quienes no distinguen ambos conceptos.

⁷ En principio, para los defensores del criterio individualizador de la imprudencia, según el cual la realización del tipo de la imprudencia depende de la capacidad individual del sujeto, no existe mayor problema para afirmar la exigibilidad del empleo de las capacidades superiores del sujeto actuante. Pero también se defiende esa exigibilidad -si bien con mayores discrepancias doctrinales- desde el baremo generalizador de la imprudencia, según el cual (partiendo de un doble baremo o teoría de los dos escalones) la realización del tipo del delito imprudente no depende de la capacidad individual del sujeto (que es un problema de culpabilidad), sino de la contravención de baremos objetivos generales.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

conocimientos y capacidades. Sin embargo, con independencia de la posición que se mantenga sobre la exigibilidad de su empleo, esa diferenciación debe mantenerse, porque está totalmente asentada en la doctrina, porque los conocimientos y las capacidades son en parte distintos en cuanto a su posibilidad de adquisición o transferencia, y porque difieren a efectos de prueba y, en consecuencia, en cuanto a la exigibilidad de su empleo. Además, el significado que en general se les asigna a ambos conceptos es (en gran parte, pero no totalmente) diferente⁸. Se entiende por conocimiento el conjunto de datos o noticias relacionados con algo, especialmente conjunto de saberes que se tienen de una materia o ciencia concreta. Y se denomina capacidad a la circunstancia o conjunto de condiciones, cualidades o aptitudes, especialmente intelectuales, que permiten el desarrollo de algo, el cumplimiento de una función, el desempeño de un cargo, etc. Incluso ambos conceptos podrían entenderse incluidos en el concepto aptitud⁹, definido como capacidad para operar competentemente en una determinada actividad, o suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo.

Estas diferencias y similitudes también se aprecian en el ámbito penal. El concepto capacidades especiales se analiza en la literatura científica penal (y también en general) normalmente a la par del concepto conocimientos especiales. Pero en ambos casos -y sobre todo en las capacidades- no se desprende de la doctrina con suficiente claridad qué ha de entenderse ni por el sustantivo ni por el adjetivo¹⁰.

El significado del concepto capacidad (o capacidades) no es unívoco¹¹. Varía según la perspectiva o el ámbito desde la que se analice: circulación, médico, industrial, etc. En el contexto que aquí nos ocupa se parte, sin mayor discusión por la doctrina, de que -como en el uso común- capacidad (aptitud, destreza, pericia, habilidad o maña, rapidez, precisión,

⁸ Cfr. Voces “Conocimiento(s)”, “Capacidad(es)”, RAE: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [8/12/2023]

⁹ Cfr. Voz “Aptitud(es)”, RAE: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [8/12/2023]

¹⁰ Sobre la falta de precisión respecto de estos conceptos, así como sobre el concepto “competencia” (Kompetenz), en el sentido de ser competente para, o de capacidad de actuación o de rendimiento (Leistungsfähigkeit) v. (en relación con la práctica médica), ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2015, 58, ss.

¹¹ No está clara su distinción con otros conceptos, equivalentes o semejantes, que normalmente se consideran sinónimos: en español (condiciones, facultades, aptitudes, cualidades, etc.), en alemán (*Befähigung, Kompetenz, Qualifikation, Potenzial, Vermögen, Tauglichkeit, Eignung*) o en inglés (*know-how, faculty, gift, ability, power*).

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

etc., o en alemán *Fähigkeit, Begabung*, etc., o en el ámbito anglosajón, *skill, know-how*, etc.) significa que un sujeto goza -o carece- de (según ese entendimiento común) capacidades para hacer o lograr algo. Que es capaz o está capacitado para el ejercicio de una profesión, el cumplimiento de una función, la realización de una actividad, etc. Y en lo que se refiere al concepto conocimiento su significado en el ámbito penal también es similar al que se le atribuye en el uso común. El conocimiento es la acción y el efecto de conocer. Y conocer es averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas¹². Ahora bien, en el contexto penal los elementos relevantes del conocimiento a esos efectos se entienden restringidos a realidades intelectuales o cognitivas, de adquisición de información, observación, aprendizaje o experiencia vinculados con factores externos, excluyéndose otros factores psíquicos de naturaleza más bien emocional, como intenciones, motivos o actitudes¹³.

Otro tanto sucede con el calificativo especial, o superior, asociado a los conocimientos y/o capacidades. En un contexto general (no restringido por tanto al Derecho penal, pero significativo también a estos efectos) el adjetivo “especial” se considera sinónimo de singular, único, particular, específico, individual, exclusivo, propio, personal, peculiar, diferente, etc. Y según las dos primeras acepciones del término, para la RAE, especial es algo singular o particular, que se diferencia de lo común o general, o algo muy adecuado o propio para algún efecto.

En el ámbito penal, los conocimientos y las capacidades superiores o especiales (generalmente denominados en terminología alemana *Sonderwissen*, los primeros, y *Sonderfähigkeiten*, las segundas) suelen entenderse (con independencia de si se defiende un criterio individualizador o su determinación conforme a un baremo objetivo) como términos comparativos en relación con los conocimientos y capacidades que se considera concurren en una figura-baremo (*Maßfigur*), el estándar de la persona razonable, prudente y cuidadosa, modelo de conducta (*reasonable person model -RPM-, model of behavior*) - generalmente en este contexto el buen profesional (a modo de *bonus pater familias*)- y

¹² Así se define en el diccionario de la lengua española, de la RAE

¹³ En el mismo sentido, GRECO, *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum 'Problem' des Sonderwissens*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117 (2005), 531, 541.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

significan que el sujeto actuante, en virtud de sus facultades individuales supera en conocimientos o capacidades a dicha figura-baremo, de semejante posición.

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

Los conocimientos y las capacidades guardan una estrecha relación entre sí. Generalmente las capacidades son consecuencia de los conocimientos: saber es poder, y saber más, es poder más. Pero no siempre ni necesariamente se da esa relación recíproca. Por ejemplo, cuando una persona se enfrenta a la tarea de montar un mueble, poner en marcha una máquina, aplicar una técnica, etc., puede suceder: Que es capaz de hacerlo porque ha seguido rigurosamente las instrucciones al respecto. Que, a pesar de haber leído, entendido y seguido las instrucciones, no es capaz de hacerlo porque es torpe en manualidades. Que no es capaz siquiera de entender las instrucciones, y por tanto tampoco de trasladarlas a la práctica. Que monta el mueble, pone en marcha la máquina o aplica la técnica sin necesidad de leer las instrucciones.

El carácter innato o adquirible de los conocimientos y/o capacidades es una cuestión discutida y a la que se vinculan importantes consecuencias prácticas. Una de las razones por las que un sector de la doctrina -por ejemplo, LUZÓN PEÑA¹⁴- defiende un tratamiento diferenciado de los conocimientos y de las capacidades superiores radica en considerar transmisibles únicamente los conocimientos. Con independencia de que éste no ha de ser el criterio determinante para la exigibilidad de su empleo, como expondré más adelante, tanto los conocimientos superiores como las capacidades superiores gozan de ese doble carácter.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, Tratado de Derecho Penal. Parte General [en preparación], 18/36 ss. En adelante, LUZÓN PEÑA, (Trat. s/a).

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

Pueden ser, según los casos, o bien innatos o personalísimos (no susceptibles de adquisición), o bien de susceptible o posible adquisición.

Comparto la opinión de KANT¹⁵ de que ningún conocimiento precede a la experiencia y todo conocimiento comienza con ella. A esto no se opone el innatismo (que considera que en el ser humano concurren ya en su nacimiento características, conductas y conocimientos no aprendidos, no provenientes de la experiencia) porque esta teoría filosófica va referida, más que a los conocimientos, a las estructuras mentales previas, a lo que es connatural en la constitución genética o biológica. La mayoría de las veces, dichos factores estructurales previos no impiden la adquisición de conocimientos generalmente compatibles, pero en otros casos pueden concurrir aptitudes innatas extraordinarias, como la superdotación intelectual, que no pueden ser adquiridas con esfuerzo personal.

Asimismo, las capacidades pueden tener ese doble carácter, de innatas (*angeborene Fähigkeiten*) y de adquiridas (*erworbene Fähigkeiten*). Las primeras, basadas en una especial constitución genética, biológica o antropológica del sujeto, que hacen posible originar ciertas capacidades superiores, imposibles de alcanzar por quienes carecen de esa base. Las segundas, susceptibles de adquisición y perfeccionamiento mediante, por ejemplo, una constante y especial práctica o entrenamiento. Las capacidades especiales son en su gran mayoría adquiridas, como consecuencia del desarrollo de imprescindibles aptitudes o facultades mínimamente necesarias. Quien carece de brazos y piernas no puede ser capaz de correr, nadar, esquiar, etc., pero quien dispone de esos miembros podrá aprender a correr, nadar o esquiar mejor o peor, o incluso extraordinariamente bien, según haya desarrollado, mediante un duro y constante entrenamiento, aquellas aptitudes o facultades innatas ordinarias. No cabe duda, sin embargo, que las capacidades especiales que ha adquirido o pueda llegar a adquirir un sujeto nunca podrán equipararse a las que consiguen aquéllos otros que gozan de aptitudes o facultades innatas extraordinarias o excepcionales. Pero éstas son las menos y, por otra parte, salvo posibles excepciones, la mayoría de ellas poco aportan o importan en el contexto penal en que aquí se analizan. A saber, gozar de unas especiales dotes artísticas, por ejemplo, para la pintura, para el baile -llevar el ritmo en el cuerpo-, o del denominado oído absoluto para la música.

¹⁵ KANT, *Crítica de la razón pura*, (tit. original, *Kritik der reinen Vernunft*, trad, notas e índices, de Pedro Ribas), ed. Taurus/Pensamiento, Madrid, 2005, 27.

II. LOS PRESUPUESTOS DE LOS QUE SE PARTE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA: LOS BAREMOS OBJETIVOS COMO BASE GENERAL

La respuesta al problema de la exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o capacidades especiales del sujeto actuante está estrechamente vinculada, desde una perspectiva general, a las distintas posiciones doctrinales sobre la imprudencia y sobre su baremo o concepción determinantes, existiendo, sin embargo, dentro de iguales o semejantes posiciones, interpretaciones divergentes, como sucede incluso entre quienes comparten el baremo objetivo para la determinación de la imprudencia.

El origen del debate de esta problemática, si bien centrándose en los conocimientos especiales, se remonta, dos siglos atrás, a la teoría de la adecuación. Su mayor discusión -asimismo referida sobre todo a los conocimientos, pero también ya las capacidades especiales- se produce sin embargo bastantes años más tarde, en el marco del análisis de la imputación objetiva y del deber objetivo de cuidado en el tipo imprudente¹⁶.

1. La concepción clásica de la imprudencia

Frente a la concepción moderna de la imprudencia, que la considera de forma prácticamente unánime como un problema de tipo, la concepción clásica la contemplaba exclusivamente en la culpabilidad. Pues la realización del tipo imprudente no requería más que la causalidad entre la acción y el resultado. El tipo de la totalidad de los delitos culposos -decía MAURACH¹⁷- consiste, y se agota, en la causación del resultado prohibido. La voluntad de realizar la acción, pero no el resultado, o la previsión de realizar el hecho típico, o su mera previsibilidad, u otras fórmulas semejantes, se consideraban características de la culpabilidad, basada en el nexo psíquico entre el sujeto y el hecho, Se trataba de una forma de culpabilidad, menos grave que el dolo y en general se entendía que el criterio para su determinación radicaba exclusivamente, y en todo caso, en los factores subjetivos, individuales, concurrentes en el sujeto actuante, y no en un baremo medio de referencia.

¹⁶ Cfr. SACHER, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, 15 ss.

¹⁷ MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, (trad. de la 1ª. ed. alemana y notas de Derecho penal español por J. Córdoba Roda, ed. Ariel, Barcelona, 1962, 226.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

En suma, el concepto clásico de delito contemplaba una concepción psicológica de la culpabilidad, como nexo psíquico entre el sujeto y el hecho, en la que se encuadraba un concepto psicológico de 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, esto es, la determinada con referencia únicamente a dicho sujeto concreto. La culpa -decía MEZGER¹⁸- presupone que el autor no ha observado el cuidado que según las circunstancias y sus conocimientos personales debía y podía observar, y que, a consecuencia de ello, o no ha previsto el resultado que hubiera podido prever aplicando el cuidado que su deber le imponía -culpa inconsciente-, o, en verdad, ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá: culpa consciente. Y esto afectaba tanto a los casos de concurrencia de conocimientos o capacidades inferiores, como superiores.

Los requisitos del baremo de cuidado se determinan, pues, únicamente, de acuerdo con lo que al sujeto actuante se le podía exigir en la concreta situación, bien fuese más, o menos, de lo que un sujeto normal pudiese realizar. En consecuencia, si en el sujeto actuante concurrían (hipotéticas) capacidades especiales, éstas serían relevantes, para la culpabilidad, exigiéndose su empleo porque se elevaría para dicho sujeto el baremo medio de exigencia (*Durchschnittsmaßstab*). Y por tratarse de un juicio de culpabilidad, individual, estarían comprendidos aquí no sólo los conocimientos o las capacidades especiales adquiridas, sino también las innatas o personalísimas.

Las críticas que surgieron frente a esta concepción (inexistencia de nexo psíquico en la imprudencia inconsciente, entre otras) dieron lugar a que posteriormente se impusiera un concepto normativo de imprudencia.

2. La concepción moderna de la imprudencia

Sobre la base de -entre otras- las críticas antedichas surge a comienzos del siglo pasado la concepción moderna de la imprudencia, que la considera un problema ya de tipicidad. Se implanta así un concepto normativo de imprudencia, como infracción o

¹⁸ MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Tomo II (Traducción de la segunda edición alemana, 1933, y notas de Derecho español, por José Arturo Rodríguez Muñoz, Tercera edición adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, 185-186.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

incumplimiento de las normas de cuidado o diligencia (*Sorgfaltswidrigkeit*) o –con otras formulaciones–, por ejemplo, para WELZEL¹⁹, como lesión del deber de cuidado requerido en el tráfico, o, para LUZÓN PEÑA²⁰, como infracción o incumplimiento del deber de cuidado o diligencia (derivado de aquellas normas), o infracción, incumplimiento o inobservancia del cuidado debido o de la diligencia debida.

Pero estas formulaciones del desvalor de acción del delito imprudente dan lugar no sólo a objeciones jurídico-constitucionales, sino también a una amplia discusión en la doctrina sobre el significado y alcance del baremo por el que se determina que una conducta infringe el deber de cuidado (*Sorgfaltsmaßstab*) y de lo cual se va a derivar la diferenciada posición doctrinal acerca de, entre otras cosas, la exigibilidad del empleo de los conocimientos o las capacidades superiores.

El fundamento de estas diferentes posiciones doctrinales sobre el baremo es asimismo diverso. Inicialmente, cuando la concepción normativa de la imprudencia va unida a la concepción normativa de la culpabilidad, lo más frecuente era individualizar el deber de cuidado, considerando determinante a estos efectos la previsibilidad subjetiva, del sujeto actuante, exclusivamente, y entendiendo aquél, por tanto, como infracción del deber subjetivo de cuidado. Entendida la imprudencia (junto con el dolo) como elemento de la culpabilidad (en su concepción normativa: reprochabilidad del hecho al sujeto), los criterios para determinar la infracción del deber de cuidado, así como su presupuesto, la previsibilidad de producción del resultado, eran de carácter subjetivo. Esto es, sobre la base de las posibilidades del concreto autor. Pero posteriormente, considerada la imprudencia integrada en el tipo de injusto, no una forma de culpabilidad, la doctrina mayoritaria sostiene un criterio objetivo-general, tanto para la previsibilidad de producción del resultado como para la infracción del deber de cuidado. Más concretamente, la posición de la doctrina posterior a esos momentos iniciales discurre entre quienes (los menos) mantienen el criterio de la individualización de la imprudencia y quienes (la mayoría) defienden, de forma absoluta o limitada, un baremo objetivo. En síntesis, las diferentes

¹⁹ WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin, 1969, 130-133.

²⁰ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 18/9.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

posiciones doctrinales discurren entre la teoría del doble baremo, o de los dos peldaños²¹, la teoría de la referencia exclusiva al promedio²², y la teoría de la referencia exclusiva a los conocimientos y capacidades individuales del sujeto: la teoría individualizadora o del criterio individualizador de la imprudencia²³.

²¹ La doctrina mayoritaria defiende la denominada teoría del doble baremo, o de los dos peldaños. Según esta teoría, el sujeto realiza el tipo cuando contraviene los requisitos generales de la diligencia debida, determinados con criterios objetivos, sobre la base de lo que disponen las normas de cuidado o diligencia (penales o extrapenales, e incluso también las normas no escritas, de la común experiencia humana, o de la práctica científica o técnica, como las reglas de la llamada *lex artis* en la medicina o en la cirugía) y, como medio auxiliar, en referencia a una figura-baremo diferenciada. La acción típica se describe así, negativamente, como -en expresión de WELZEL - *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, 132- la que no se corresponde con la "conducta que una persona inteligente y prudente realizaría en la posición del autor". Sin embargo, existe únicamente un problema de culpabilidad cuando la cuestión que se analiza es si el sujeto, en atención a sus capacidades individuales, podía, subjetivamente, satisfacer las exigencias de cuidado objetivamente requeridas. Así, un sujeto que, en circunstancias normales, mediante el empleo de sus capacidades especiales habría podido evitar la producción del resultado, no merece un reproche de culpabilidad si debido a imprevisibles circunstancias excepcionales sobrevenidas no pudo emplear aquellas capacidades. Las diferencias doctrinales van a depender del significado y alcance que se otorgue a los requisitos generales -objetivos- de la diligencia debida y de si, en lugar de dichos requisitos objetivos se defiende un criterio individualizador de la imprudencia.

²² La teoría de la referencia exclusiva al promedio la defiende un amplio sector de la doctrina. Considera que la exigibilidad del deber de cuidado para el sujeto actuante se determina exclusivamente por el promedio que se exige (*Durchschnittsanforderungen*) a los sujetos pertenecientes al mismo ámbito del tráfico, con la consecuencia de que si en el sujeto actuante concurren capacidades superiores no le es exigible su empleo. Lo contrario -se argumenta- supondría un inaceptable trato desigual para estos sujetos especialmente capacitados. Tan sólo en la culpabilidad corresponde analizar si el autor, en atención a sus capacidades individuales, estaba subjetivamente en condiciones de responder a la medida objetiva de cuidado requerida.

²³ La teoría de la referencia exclusiva a los conocimientos y capacidades individuales del sujeto, esto es, la teoría individualizadora o del criterio individualizador de la imprudencia, es defendida por un amplio y relevante sector de la doctrina. La infracción del deber de cuidado debe determinarse, según esta doctrina, exclusivamente por los conocimientos y capacidades del sujeto actuante. A diferencia de lo que distingue la teoría del doble peldaño para separar el injusto de la culpabilidad, el concepto de imprudencia se entiende aquí como de un único peldaño (*einstufiger*) porque incluso la realización del tipo de la imprudencia depende en todo caso de la capacidad individual del sujeto. En consecuencia, desde este planteamiento se afirma -a veces de forma diferenciada, la exigibilidad del empleo de los conocimientos y de las capacidades superiores, a la par que se niega que el sujeto con capacidades inferiores pueda actuar antijurídicamente. Es decir, quien, disponiendo de capacidades superiores, causa un resultado por no haberlas empleado, puede responder por imprudencia, aunque esa misma conducta se considerara jurídicamente adecuada para una persona normalmente capacitada. Y, a la inversa, quien, careciendo de las capacidades del participante habitual en el tráfico jurídico, causa un resultado típico como consecuencia de esa deficiencia, no actúa antijurídicamente, pese a que sí respondería dicho sujeto normalmente capacitado si hubiese realizado la misma conducta. Sus partidarios fundamentan esta posición, por un lado, en que no resulta comprensible que una persona con conocimientos o capacidades especiales, por encima del promedio, sólo deba prestar el deber de cuidado ajustado al promedio y, por otro lado, en que no puede esperarse el cumplimiento de las reglas generales de cuidado por parte de quien no está, subjetivamente, en condiciones para llevar a cabo dicho cumplimiento. Se alega en este sentido, entre otras cosas, que esto es lo que se deriva, según STRUENSEE (*Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, en: *Juristen Zeitung*, 1987, 53 ss.) de la repercusión que sobre el injusto de los delitos imprudentes tiene la estructura final de la acción. Pues el tipo subjetivo del delito imprudente consiste en que el autor conoce, respecto de las condiciones de la producción del resultado, una parte relevante para el tipo, por la cual, según la valoración del sistema legal, existe un peligro intolerable. O también, desde otra perspectiva, según STRATENWERTH (*Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim*

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

En los presupuestos de los que aquí se parte, los baremos objetivos constituyen la base general, tanto de la infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia, como de su presupuesto: la previsibilidad objetiva de producción del resultado. Abreviadamente, con el criterio de la previsibilidad objetiva se determina el desvalor objetivo de la acción, su peligrosidad *ex ante* para producir el resultado; asimismo, en la teoría de la causa adecuada, (sólo es causa la condición generalmente adecuada para producir el resultado), es el que determina la adecuación de la causalidad, como presupuesto de la infracción objetiva (general) del deber de cuidado o diligencia. Este criterio de la adecuación es el que se va a seguir posteriormente, como primer criterio, para determinar la imputación objetiva; si el resultado causado es objetivamente imprevisible *ex ante*, en el momento de actuar, de acuerdo con el baremo del sujeto medio ideal, dicho resultado no se imputa a la acción, como obra suya, sino como fruto del azar²⁴. Y en el marco de la imprudencia, la previsibilidad objetiva del hecho es requisito previo de la infracción del deber de cuidado (respecto de lo que es imprevisible no existe ni puede existir un deber de cuidado para intentar evitarlo), pero no suficiente para fundamentar la responsabilidad por imprudencia (si a pesar de la previsibilidad se actúa con la diligencia y el cuidado debidos). Finalmente, el criterio objetivo-general es el que determina el núcleo esencial de la conducta imprudente: la infracción del deber de cuidado o diligencia. En los delitos comisivos el sujeto debe adoptar las precauciones necesarias para evitar la realización del tipo, y con ello la lesión.²⁵

Estos deberes se contienen en las normas de cuidado o diligencia, escritas o no escritas (*lex artis*) y se toma como baremo un idealizado sujeto medio ideal. Las normas jurídicas y las normas del tráfico son el primer criterio para determinar la creación de un peligro no permitido y la infracción del deber objetivo de cuidado. Con la finalidad de

Fahrlässigkeitsdelikt, en: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, 285 ss.) sobre la base de la relación estructural semejante entre el delito de omisión y el delito imprudente. Hay que aplicar al hecho imprudente, dice STRATENWERTH (loc. cit.) el principio, reconocido para el delito omisivo, de que el autor debe ser capaz de actuar como jurídicamente se le exige, porque el Derecho tan sólo puede exigir lo que es posible hacer. Y añade: de la misma manera que en el delito omisivo, también en el delito imprudente, la 'correcta' conducta, jurídicamente inobjetable, cuya desviación de ella realiza el tipo, no sólo debe determinarse en atención a las normas generales, sino también en consideración de las posibilidades de acción del sujeto

²⁴ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 15/47-48.

²⁵ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 18/29.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

prevenir resultados de riesgo y que los mismos puedan derivar, en su caso, en resultados de lesión, el legislador dicta normas jurídicas penales (así, especialmente, en el Derecho de la circulación) y/o se prevén normas del tráfico o reglamentaciones concretas extrapenales, o existen normas no escritas de la práctica científica o técnica, basadas en la común experiencia humana (así, en el ámbito médico, por ejemplo, los protocolos, o simplemente las reglas de la *lex artis*). Sin embargo, dichas normas tienen a estos efectos sólo un valor indiciario, más o menos relevante, pero no de fundamentación exclusiva del riesgo en todo caso²⁶. Ni una infracción de la norma constituye siempre infracción del deber de cuidado, ni, viceversa, el cumplimiento de la norma excluye en todo caso una posible infracción de dicho deber de cuidado. Incluso las normas jurídicas que persiguen dicha finalidad constituyen prohibiciones de puestas en peligro abstractas. En éstas, ciertamente, por su carácter de normas jurídicas, su infracción supone por regla general la creación de un peligro no permitido. Pero no necesariamente lo fundamentan en todo caso, pues lo peligroso en abstracto puede no serlo en algún supuesto concreto, cuando concurren situaciones de peligro excepcionales. Ahora bien, a la vez que dichas normas proporcionan indicios más o menos importantes de la existencia de creación de un peligro no permitido, existen también, por otra parte, normas que determinan principios en los que cabe fundamentar la negación de un incremento inadmisibles del peligro. Así, en el ámbito del tráfico y en el médico, el principio de confianza (derivado éste, en el ámbito médico, del principio de división del trabajo).

Para la determinación de la infracción del deber de cuidado cabe recurrir asimismo al criterio del parámetro promedio ajustado a una figura-baremo diferenciada, esto es, el basado en cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto, contra lo cual son muchas las críticas que se han dirigido por la doctrina. Frente al reproche de que se trata de un criterio débil con el que no se gana gran cosa y de que su debilidad radica en que a menudo no es fácil determinar la conducta de la figura-baremo, cabe replicar, por una parte, que es más sólido y más ajustado a la norma que la alternativa de recurrir a la individualización, y por

²⁶ Ampliamente al respecto, DE VICENTE REMESAL, Dos propuestas legislativas antagónicas sobre el homicidio por imprudencia leve: referencia especial al ámbito de la seguridad vial, en: Revista de derecho y proceso penal, 2014, 121 ss.

otra parte, que como criterio orientativo que es, puede y debe completarse con las exigencias concretas y diferenciables del deber de cuidado en la concreta situación. El problema de la delimitación del contenido normativo del deber de conducta no admite respuestas simples ni puede resolverse con fórmulas generales. Ha de ser -como advierte PAREDES CASTAÑÓN²⁷- necesariamente complejo, albergando muy diversos puntos de vista valorativos o, en términos materiales, muchos intereses concurrentes, tanto individuales como colectivos, respecto de los cuales las fórmulas generales sólo son una línea directriz. No debe olvidarse que en esta concreción del parámetro promedio -pero asimismo ya en la segmentación de los sectores de riesgo- juega un papel muy relevante la ponderación de intereses o ponderación general del riesgo, valorando, por un lado, el interés por la ejecución de la conducta peligrosa y, por otro lado, el interés por la integridad de los bienes jurídicos que se ponen en peligro.

III. INEXISTENCIA DE PROBLEMA ALGUNO EN LOS CASOS DE CORRESPONDENCIA CON LOS BAREMOS OBJETIVOS GENERALES

Las reglas que rigen para determinar la infracción del deber de cuidado (esto es, el núcleo de la conducta imprudente, su desvalor de acción), parten del supuesto normal de que los conocimientos y capacidades del sujeto actuante se corresponden con los que concurren en cualquier otro sujeto de semejante posición (generalmente en el ámbito profesional) colocado en la misma situación que aquél. Con esta premisa no se plantean mayores problemas para exigir al sujeto actuante, sobre la base de una prognosis objetiva posterior (en la que, siguiendo a ROXIN²⁸, el juez debe colocarse posteriormente, o sea en el proceso, en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente, juicioso, del correspondiente sector del tráfico, esto es, colocado en la situación del autor), el empleo de sus conocimientos o capacidades, pues esto se corresponde con las exigencias generales, esto es, con el carácter objetivo-general de la determinación de la infracción del deber de cuidado o del juicio de peligro.

²⁷ PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, 339 s.

²⁸ ROXIN, AT, 2006, § 11, nm. 40.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

El tipo no puede pretender imponer, con carácter general a todos los ciudadanos, aquello que no se puede cumplir. El deber de cuidado o diligencia que impone la norma a los ciudadanos en general, en el tipo de situación o actuación de que se trate, es aquél deber de cuidado respecto del cual existe la expectativa de que ese sujeto, en esa situación o posición, es capaz de cumplir con el empleo de los conocimientos y capacidades normales requeridas en cada caso. Por ejemplo, en el ámbito de la circulación, la de hacer el stop indicado en una señal de tráfico, evitar un atropello, etc. En el sujeto deben concurrir no sólo los conocimientos mínimos requeridos (sobre el significado de las señales de tráfico, o de las líneas continuas y discontinuas, sobre las características del propio vehículo, etc.) sino también las capacidades normales (de visión, audición, reflejos, etc.). O, en el ámbito médico, los conocimientos exigidos para la titulación en medicina, y las capacidades adquiridas y desarrolladas en, por ejemplo, el manejo del instrumental, de la robótica, etc.

Cuando en estos casos se deriva responsabilidad penal, la única diferencia entre la actuación del autor concreto y la de un idealizado sujeto medio ideal es que sólo éste es el que actúa del modo jurídicamente ideal o esperado. Ciertamente, en la exigencia de que se actúe sobre la base de la concurrencia de esos conocimientos y/o capacidades normales se asume, sin embargo, la existencia de un posible riesgo (permitido) de producción del resultado, en atención a la ponderación entre utilidad y riesgo; entre el interés por la ejecución de la conducta peligrosa, por un lado, y, por otro lado, el interés por la integridad de los bienes jurídicos que se ponen en peligro.

Pero existen también supuestos en que los conocimientos o capacidades del sujeto actuante son inferiores o superiores a los concurrentes en esos otros sujetos en su mismo ámbito de actuación. Y es aquí -y particularmente en el segundo caso- donde surge la discusión de si y en qué medida es jurídico-penalmente exigible al sujeto actuante el empleo de sus conocimientos o capacidades especiales.

IV. LOS CONOCIMIENTOS Y/O CAPACIDADES INFERIORES

No cabe duda de que existen casos en que las capacidades y/o conocimientos del autor concreto que realiza el hecho pueden ser inferiores a lo que corresponde a las exigencias generales. Y esto puede dar lugar a que por sus condiciones individuales el sujeto concreto no se represente la previsibilidad objetiva de producción del resultado que

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

se derivaría de la concurrencia de conocimientos y/o capacidades normales, correspondientes a las exigencias generales. Por ejemplo, en cuanto a los conocimientos, en el ámbito de la circulación, quien desconoce o confunde el significado de una señal de tráfico, o de las líneas continuas y discontinuas. O, en el ámbito médico, quien no sabe interpretar o interpreta erróneamente una radiografía por falta de formación. Y en cuanto a las capacidades, el conductor que decide seguir conduciendo aun siendo consciente de sus problemas de visión o de sus disminuidos reflejos. O el cirujano que decide seguir practicando intervenciones quirúrgicas aun notando que está afectado de un parkinson que pretende ocultar.

El tipo de los delitos imprudentes se realiza con la contravención de esos baremos objetivos generales, mientras que la cuestión de si el sujeto podía satisfacer esas exigencias únicamente es un problema de culpabilidad. Con el límite mínimo se deslinda lo que afecta al injusto respecto de lo que corresponde valorar en la culpabilidad, y la afectación del injusto se produce con el incumplimiento de lo que la norma espera, como mínimo, de cualquier sujeto, con independencia de sus capacidades. Esta medida mínima (*Mindestmaß*) se basa en la exigencia del empleo de las capacidades medias, o promedio (*Durchschnittsmaßstab*), en cuanto se parte de la presunción de su concurrencia en cualquier sujeto, como parte de la totalidad de los sujetos a los que se dirige la norma. Aplicar aquí el criterio de la individualización implica confundir injusto y culpabilidad²⁹

Si el sujeto, por sus deficientes conocimientos o capacidades, no está en condiciones de cumplir ese mínimo, lo que cabe apreciar es una incapacidad subjetiva de cumplir el auténtico deber de cuidado, que es objetivo-general³⁰ y habrá una conducta imprudente y por ello antijurídica, aunque puede resultar excluida o atenuada la culpabilidad individual por ese hecho imprudente. Sólo después de constatar la faceta objetiva del hecho imprudente (determinada por esos criterios objetivo-generales) se puede examinar la incapacidad subjetiva de cumplir el auténtico deber de cuidado. Es decir, si el mandato general de previsión y cuidado podía ser cumplido por el sujeto individual conforme a sus conocimientos y capacidades: a su inteligencia y formación, habilidad, capacitación,

²⁹ V. SCHÜNEMANN, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? — Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechensaufbau, en: Grünwald, Gerald (Ed.) Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, Schwartz Verlag, Göttingen, 1975, 159-177.

³⁰ Así lo destaca LUZÓN PEÑA (Trat. s/a), 18/34.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

experiencia, etc. Y es de la propia estructura sistemática del delito de donde se deriva que los conocimientos y/o capacidades inferiores a la media no pueden excluir el injusto, sino sólo la culpabilidad.³¹

Esta es la posición más correcta tras la inclusión de la imprudencia en el tipo de injusto. Sin embargo, para un sector minoritario dentro de la doctrina que incluye la imprudencia en el tipo de injusto, la realización del tipo de la imprudencia depende de la capacidad individual del sujeto. Si los conocimientos y/o capacidades del autor concreto son inferiores a los de una “figura-baremo diferenciada”, y por ello produce un resultado típico, aquel autor concreto no actúa antijurídicamente, mientras que ese sujeto medio sería castigado por imprudencia realizando la misma conducta. No obstante, en estos casos de conocimientos y/o capacidades inferiores, la diferencia de esta postura respecto de la anterior es menor de lo que parece en cuanto a sus resultados, y su trascendencia práctica no es muy relevante (a diferencia de lo que sucede si se aplica a los conocimientos o capacidades superiores). Por una parte, porque deriva en la menor o nula punibilidad, bien sea por vía del tipo o de la culpabilidad, y, por otra parte, porque en algunos (o muchos) de estos casos cabría apreciar una imprudencia objetiva y subjetiva: en la provocación culpable por emprendimiento o asunción. Existe una imprudencia objetiva y subjetiva en el citado cirujano afectado del parkinson que pretendía ocultar y que como consecuencia de ello realiza mal la intervención quirúrgica, pues podía advertir su incapacidad y debió abstenerse de llevarla a cabo. La norma, esto es, el mandato general de previsión y cuidado, que se dirige a todos (los cirujanos) sobre la base de la concurrencia de los conocimientos y capacidades necesarios requeridos, es al mismo tiempo una llamada de atención para que se abstengan de actuar quienes carezcan de esas exigencias. Sus deficiencias no le liberan del cumplimiento de las exigencias de la norma, pues lo contrario implicaría una grave desprotección de los bienes jurídicos³². Lo que debe hacer el sujeto en tales circunstancias es compensar las deficiencias, tomando mayores precauciones, y si esto no fuera posible debe abstenerse de colocarse en una situación en la que no pueda cumplir lo requerido por

³¹ ROXIN, Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. (Trad. y Notas de Luzón/ Díaz/ Paredes/de Vicente, de la 2ª. ed. alemana Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Beck, München, 1994, Ed. Civitas, Madrid, 1997, § 24/47-51.

³² Y se produciría el caos más absoluto, añade CEREZO MIR, El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVI, Fasc. III, septiembre-diciembre, 1983, 473.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

la norma. Quien tiene graves problemas de visión -advierte PUPPE³³- no puede circular en bicicleta, y como no se le puede exigir que se limite a quedarse recluido en casa, debe en consecuencia ser especialmente atento y cuidadoso como peatón en el tráfico.

La imposibilidad individual de actuar de otro modo es -al menos en los delitos comisivos- siempre un problema de culpabilidad, pero la imputación al tipo objetivo se vincula a los baremos de la creación del peligro y del fin de protección de la norma, que son independientes de la individualidad del sujeto³⁴. O, como advierte en el mismo sentido MIR PUIG³⁵, una capacidad inferior del sujeto no imaginable en una persona mentalmente normal (reflejos demasiado lentos, capacidad intelectual inferior, debidos a enfermedades mentales, etc.) no puede excluir o disminuir la antijuridicidad, sino sólo la imputación personal de la misma. Mientras que el hombre normal que sirve de baremo para el injusto -argumenta puede y debe imaginarse en posesión de todas las cualidades sobresalientes que puedan concurrir en el sujeto, y también de las limitaciones físicas que pueden darse en una persona normal, por definición no puede suponerse privado de las facultades que como mínimo exige la normalidad. Esto no significa -concluye MIR PUIG³⁶- que personalmente pueda exigirse el mismo grado de cuidado objetivo al que se halla por debajo de la normalidad, sino sólo que su conducta no puede considerarse prudente desde el prisma de un hombre diligente. La inferioridad anormal del sujeto determinará, no obstante, la exclusión o atenuación de la imputación personal de la objetiva norma de cuidado.

V. LOS CONOCIMIENTOS Y/O CAPACIDADES SUPERIORES

1. Ideas generales y ejemplos

La trascendencia práctica de las diferentes posiciones doctrinales también es importante en lo que afecta a la exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o las capacidades especiales o superiores. Lo que se discute es si el límite máximo, es decir, lo que la norma puede exigir, como máximo, a un sujeto con conocimientos y/o capacidades superiores, también tiene que responder a un criterio objetivo-general, o si, por el contrario,

³³ PUPPE, Vor § 15 StGB”, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), NomosKommentar StGB, 5. Aufl. Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017, nm. 160, n. 220.

³⁴ Así, ROXIN, AT, 2006, § 24 nm. 58.

³⁵ MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, 10ª. ed. Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, 11/49.

³⁶ MIR PUIG, PG, 2015, 11/49.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

es posible y correcto recurrir en estos casos a la individualización. Así, en lo que se refiere a conocimientos superiores, el médico que conoce una técnica o método de intervención o de tratamiento que poquísimos especialistas conocen; y en lo que se refiere a capacidades superiores, el médico que por su constancia y dedicación ha adquirido una extraordinaria capacidad, de rapidez y precisión, en el manejo del robot Da Vinci; o el levantador de piedras o el nadador que ha llegado a campeón del mundo en su especialidad; o el extraordinariamente habil en el manejo de vehículos, por ser especialista en conducción defensiva y evasiva. O, finalmente, en lo que podemos denominar casos límite, de conocimientos o capacidades de carácter innato o personalísimo. Por ejemplo, los conocimientos que sólo puede llegar a tener un superdotado intelectual excepcional, de más de 160 de cociente intelectual, que representan sólo el 0,001% de la población. O la capacidad excepcional, no adquirible ni transmisible, de quien, por su constitución física extraordinaria, tiene una fuerza descomunal, o la del ginecólogo que por haber nacido con una mano sin los dedos meñique y anular puede evitar utilizar el fórceps, del que cualquier otro médico no podría prescindir aun siendo consciente del peligro que eso puede suponer para el feto.

Resulta evidente que las teorías individualizadoras no encuentran mayor problema para exigir el empleo tanto de los conocimientos como de las capacidades superiores. Y entre quienes defienden la utilización de un criterio objetivo-general en todo caso, algunos abogan por un tratamiento distinto, según se trate de conocimientos o de capacidades. Esta es la posición que por ejemplo mantiene LUZÓN PEÑA³⁷.

2. Un tratamiento diferente para los conocimientos y para las capacidades superiores: la posición de LUZÓN PEÑA

LUZÓN PEÑA³⁸ es quien más a fondo ha tratado el tema en nuestra doctrina, aportando argumentos para mantener a ultranza un criterio objetivo-general en todo caso (esto es, no sólo hacia arriba, sino también hacia abajo). Coincido con él en algunos aspectos, pero discrepo en otros. Considera que la cuestión de si en caso de no emplear el sujeto – generalmente un profesional– conocimientos y/o capacidades especiales y superiores a la

³⁷ LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal, Parte General, 3ª. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 18/28 ss.

³⁸ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 18/28 ss.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

media existe o no infracción del deber de cuidado y por tanto imprudencia, debe resolverse de modo diferente para los conocimientos y para las capacidades superiores³⁹ Sólo el empleo de los conocimientos especiales -y no el de las capacidades- puede ser objetivamente exigible. Pues -argumenta- conceptualmente, los conocimientos especiales del autor son perfectamente transmisibles al sujeto o profesional ideal. En cambio, las capacidades especiales y superiores del autor son personales y no transferibles al sujeto o profesional ideal, inteligente y cuidadoso, por lo que no es posible añadirse las hipotéticamente al mismo.

La importante línea argumentativa, más detallada, que esgrime LUZÓN PEÑA⁴⁰ es la siguiente. Primero: 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. Segundo: 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. Tercero: 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, por ejemplo, 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 tipo⁴¹. Pues -argumenta- “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

³⁹ LUZÓN PEÑA, (Trat. s/a), 18/37

⁴⁰ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 18/28 ss.

⁴¹ Advierte LUZÓN PEÑA (Trat. s/a), 18/38, n. 47: “Ello en caso, que será el más frecuente, de imprudencia inconsciente por no utilizar los conocimientos especiales. Pero también puede suceder que el sujeto utilice sus conocimientos especiales y por ello prevea la posible realización típica (no ya previsibilidad, sino efectiva previsión), en cuyo caso puede haber imprudencia consciente si con algún fundamento confía pese a todo en no realizar el tipo, o dolo si quiere directamente o al menos acepta la eventual realización típica.”

situación del autor real y añadiéndole los conocimientos de ese autor concreto”. Y concluye: “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. En cambio, las capacidades especiales y superiores del autor⁴² –pericia, habilidad, etc.– son personales y no transferibles al sujeto o profesional ideal, inteligente y cuidadoso, por lo que no es posible añadirselas 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.”

3. El mismo tratamiento para los conocimientos y para las capacidades superiores: posición propia

Como indiqué, coincido con mi maestro en algunos aspectos, esenciales o fundamentales, pero discrepo en otros. 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. No todos los conocimientos se adquieren por transferencia.

Esta cuestión no debe resolverse de modo diferente para los conocimientos y para las capacidades superiores. Lo que rige para los conocimientos debe ser en principio igual para las capacidades, si bien el problema de la prueba-demostrabilidad puede ser diferente. Podría decirse que los conocimientos son en general adquiribles/transmisibles, pero caben excepciones. Por ejemplo, los que, como he indicado, sólo puede adquirir un arquitecto o un ingeniero superdotado intelectual excepcional, con 140-160 de cociente intelectual o superior. Tanto en relación con los conocimientos como con las capacidades, existen factores (estructuras mentales, factores somáticos, etc.), personales e intransferibles, que

⁴² LUZÓN PEÑA, (Trat. s/a),18/39.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

originan que un sujeto no pueda adquirir siquiera conocimientos normales o, por el contrario, estar dotado para adquirir conocimientos absolutamente extraordinarios.

Pero no sólo los conocimientos son susceptibles de ser adquiridos, sino también las capacidades. Sin duda las que podemos denominar normales, porque son las que sirven de base al mandato general de previsión y cuidado. Si este mandato, que se dirige a todos, y respecto del cual existe la expectativa de cumplimiento general por el sujeto (en una determinada situación o posición) con el empleo de los conocimientos y capacidades normales requeridas en cada caso, dichos conocimientos y/o capacidades han de ser necesariamente susceptibles de adquisición por el sujeto. No cabe duda de que tanto los conocimientos normales, como asimismo las capacidades normales han de ser y son adquiribles, pues el tipo -como norma dirigida a todo ciudadano, para indicarle lo que como mínimo se espera de él, o aquello para lo que como mínimo se le considera competente⁴³-, 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 por qué sólo el empleo de los conocimientos, y no también de las capacidades, puede ser exigible cuando pasan a ser especiales. Las capacidades normales pueden llegar a ser especiales, superiores a la media, por la práctica o entrenamiento. Así, desarrollar una gran musculatura y fuerza, conseguir una gran velocidad nadando, o una extraordinaria habilidad y rapidez en el manejo de aparatos o instrumentos, por ejemplo, en el desarrollo de habilidades para la cirugía robótica⁴⁴ Incluso el virtuoso pianista sólo es capaz de perfeccionar la interpretación de la obra después de múltiples ensayos.

No infringe el deber objetivo de cuidado el conductor que, circulando a una velocidad adecuada a las circunstancias y respetando las señales de tráfico, no pudo ver que tras el pequeño badén cruzaba corriendo la carretera un grupo de niños, atropellando a uno de ellos. Sí, por el contrario, el conductor que, por su condición de lugareño ha adquirido el conocimiento especial de que, a esa hora, tras el pequeño badén, suele cruzar corriendo la

⁴³ Como advierte RAUCH, *Notwendige juristische Kompetenzen des Arztes*, Tectum Verlag, Baden-Baden, 2018, 263 s., por competencia (en el sentido de ser competente) se entiende, en general, las capacidades cognitivas y las habilidades aprendibles (erlernbaren) para solucionar un determinado problema.

⁴⁴ Con esta finalidad se imparten, por ejemplo, los cursos de cirugía robótica para el empleo del robot Da Vinci. V. SMITH, *Robótica en cirugía urológica* (edición en español de la primera edición de la obra original en inglés: *Robotics in Urologic Surgery*), Ed. Elsevier España, Barcelona, 2009, *passim*.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

carretera un grupo de niños tras salir del colegio⁴⁵. Tampoco lo infringe el médico que aplica a un paciente un medicamento al que aquél es alérgico, pero nada sabe de ello ni sospecha porque no figura en la historia clínica. Y sí lo infringe si a pesar de esto el médico lo sabía o lo dudaba por alguna otra razón.

Igualmente, retomando ejemplos ya citados, no actúa imprudentemente el conductor medio, que con sus habilidades normales no puede evitar un atropello, y sí en principio, sin embargo, quien no emplea, pudiendo hacerlo, sus extraordinarias habilidades, adquiridas por ser especialista titulado en conducción defensiva y evasiva (o el médico que, pudiendo hacerlo, no emplea su extraordinaria capacidad, de rapidez y precisión, en el manejo del robot Da Vinci).

Por lo que alcanzo a ver, LUZÓN PEÑA sólo se pronuncia expresamente sobre la no transmisibilidad de las capacidades especiales. Cabe pensar, pues, que comparte la opinión de que las capacidades no especiales también son adquiribles. Así puede deducirse cuando al referirse al sujeto inferior a la media incluye tanto los conocimientos como las capacidades⁴⁶. Por otra parte, también parece admitir, acertadamente, la exigibilidad del empleo de capacidades especiales en la omisión de socorro⁴⁷.

Siguiendo asimismo el criterio del sujeto diligente situado en la misma posición del autor, pero con argumentos diferentes a los de LUZÓN PEÑA, también MIR PUIG⁴⁸ pone en

⁴⁵ Contemplando un ejemplo similar, en el cual el conductor conoce una señal de tráfico que se ve mal, v. HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016, nm. 1038.

⁴⁶ Así, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 15/48, refiriéndose a la previsibilidad objetiva o general, observa: “No cuenta la previsibilidad subjetiva o individual, que puede depender de la excitación o alteración del sujeto o de su menor cultura o inteligencia y que será relevante para la culpabilidad, sino la previsibilidad objetiva o general; lo decisivo es si el hombre medio ideal (o el buen profesional o experto en caso de actividades especiales), inteligente y cuidadoso, colocado en la posición del autor y con los conocimientos de éste, hubiera podido prever que la acción causaría un resultado así. Por tanto, los especiales conocimientos que pueda tener el sujeto concreto se le añaden a los conocimientos empíricos y nomológicos –sobre leyes naturales– del hombre medio ideal y de ahí deriva lo que objetivamente era posible prever al actuar; en cambio, la menor capacidad o menores conocimientos del sujeto concreto no le restan los suyos a ese “hombre medio ideal”.

⁴⁷ En LUZÓN PEÑA, (Trat. s/a), 18/nota 45, cuando, frente a la opinión de Cerezo (“cuando esa no utilización de la capacidad excepcional, que habría salvado la vida del paciente, sea consciente, habrá un delito doloso de homicidio en comisión por omisión por estar el sujeto en posición de garante”) entiende Luzón Peña que “lo más que podría plantearse es una omisión de socorro –omisión propia–, y ello si es que el profesional tuviera la obligación jurídica (por superior exigibilidad) de emplear su especial capacidad o habilidad salvadora”.

⁴⁸ V. MIR PUIG, PG, 2015, 11/35 y 11/41.

tela de juicio -si bien relativamente- que además de a los conocimientos especiales también se le pueda conceder relevancia a las capacidades especiales del autor.

4. ¿Aplicación de un criterio objetivo-general a los conocimientos y/o capacidades superiores?: consecuencias y posibles alternativas

La exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o capacidades superiores debe determinarse en principio con el criterio objetivo-general, tradicionalmente seguido⁴⁹, del sujeto diligente situado en la misma posición del autor, para lo cual es preciso que a ese sujeto de referencia -figura baremo- se le puedan añadir (hipotéticamente) las capacidades especiales del sujeto actuante.

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. Tratándose aquí, generalmente, de actuaciones profesionales, ello supone vulnerar el deber de cuidado o diligencia que se impone a todo buen profesional en esa situación o en ese tipo de actuación, y cuya imposición responde a que ese buen profesional, que se comporta de modo jurídicamente ideal, es capaz de cumplir. En consecuencia, en el caso de que el sujeto actuante posea especiales y superiores capacidades que le permitan evitar la realización del tipo, que en principio el hombre o profesional medio cuidadoso no hubiera podido evitar, y por no emplear esas capacidades especiales no evita la producción del tipo, existe infracción del deber objetivo de cuidado si el idealizado profesional medio ideal, añadiéndole las capacidades especiales del concreto sujeto actuante, habría empleado esas facultades para evitar el resultado.

En la aplicación de este criterio objetivo-general tendrían cabida la inmensa mayoría de los conocimientos y/o capacidades superiores, en cuanto en esa medida son susceptibles de adquisición, desarrollo, mejora o perfeccionamiento por el sujeto. Pero quedaría fuera

⁴⁹ Así, especialmente entre los partidarios de las teorías de la referencia exclusiva al promedio y la del doble baremo. Pero también suelen apoyarse en él quienes defienden la generalización hacia abajo y la individualización hacia arriba. V. STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, StGB § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln, en: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2019), § 15, nm. 133 y 139.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

todo lo innato o personalísimo, pues si esto no es susceptible de adquisición, mejora, perfeccionamiento, etc. (transmisible) no podría sumarse hipotéticamente al sujeto medio ideal. Para ampliar los casos que tendrían cabida con la aplicación de un criterio objetivo-general como el expuesto cabe pensar sin embargo en algunas alternativas.

Una de ellas es la alternativa que plantea SCHÜNEMANN⁵⁰ de tomar como referencia las capacidades especiales, e incluso extraordinarias, del sujeto actuante y convertir a éste en parámetro o baremo objetivo general frente a todos los sujetos del mismo sector de riesgo. SCHÜNEMANN se manifiesta contrario a la individualización del baremo de la imprudencia, pero reconoce a su vez que en determinados casos no es factible determinar el deber de cuidado según lo que haría una persona prudente y concienzuda, esto es, una figura baremo diferenciada, a la cual considera una figura descolorida con la que no se gana gran cosa⁵¹. Pero esta posibilidad resulta cuestionable. Porque como origen de referencia la individualidad no deja de considerar a ésta como baremo de la imprudencia, por mucho que SCHÜNEMANN la eleve a baremo general. Y porque, como él mismo advierte, convertiría en discapaces incluso a los especialistas (en medicina, se refiere) que no alcanzaran ese altísimo listón, pudiendo incurrir en responsabilidad si actúan en esas circunstancias cuando no concurrieran los presupuestos del estado de necesidad o del consentimiento⁵².

Otra alternativa sería la de elevar al máximo el baremo mínimo de cada ámbito. El baremo mínimo viene determinado por las exigencias promedio que rigen en el ámbito concreto de los sectores del tráfico o sectores de riesgo (por ejemplo, el tráfico viario, la medicina, el deporte, la industria, etc.). Habría que atomizar esos ámbitos hasta lo máximo que permita una ponderación general del riesgo, en el sector correspondiente, integrándose en dicho baremo, según los casos, incluso actividades para cuyo ejercicio se considera necesaria la concurrencia de especialísimas capacidades individuales. Así, no sólo contraponiendo, por ejemplo, al médico de cabecera con el cirujano, sino también al cirujano general con el neurocirujano, o incluso a éste con el especializado en neurocirugía cerebral, o en neurocirugía de la médula espinal. O -en relación más bien con los

⁵⁰ SCHÜNEMANN, Festschrift für Friedrich Schaffstein, 166 s.

⁵¹ Textualmente, dice SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, en: *Juristische Arbeitsblätter*, C. H. Beck Verlag, München, 1975, 575, ein blosses Leitbild, mit dem nicht allzuviel gewonnen ist.

⁵² SCHÜNEMANN, *Juristische Arbeitsblätter*, 575.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

conocimientos-, no al químico, o al químico especializado en contaminación ambiental, sino al químico especializado en contaminación de aguas.

Cuando, por ejemplo, en un concreto sector de riesgo se han desarrollado nuevas técnicas, métodos o destrezas, más eficaces que los hasta entonces al uso, convirtiendo a éstos en obsoletos, los más modernos generan nuevos baremos generales de cuidado en dicho sector de riesgo. Ya no se trataría, por tanto, de que en el sujeto actuante concurren capacidades especiales superiores, sino más bien de que las concurrentes en los otros sujetos integrantes de ese sector específico de riesgo son inferiores a las del sujeto actuante, que han pasado a ser las normales. Así las cosas, la exigencia del empleo de las capacidades especiales no significa que los expertos se encuentren en peor posición. Pues, por ejemplo, en el ámbito médico -como advierte ULSSENHEIMER⁵³- el paciente cuenta con los extraordinarios conocimientos y capacidades del especialista y sólo espera que haga lo que realmente puede hacer.

De esta forma, cuando las capacidades del sujeto actuante dejan de ser especiales para pasar a ser normales, el tipo marca lo que como mínimo se espera de esos sujetos. Este es el planteamiento que se ajusta a la exigencia de que la infracción del deber de cuidado ha de ser objetivo-general. Y con él no sólo se evita la alternativa de la individualización, sino que asimismo se da respuesta a quienes critican la teoría de la infracción del deber objetivo de cuidado por su excesiva abstracción o elasticidad en cuanto consideran que ello dependerá de la mayor o menor amplitud con que se determinen los sectores de riesgo⁵⁴.

Ahora bien, esto no excluye, por otra parte, que cuando en virtud de la ponderación de intereses se deduzca de lo marcado expresamente en la ley, en un determinado sector de riesgo, un baremo mínimo de riesgo permitido que pueda estar por debajo de las capacidades concurrentes en los (probablemente muchos) que participan en él, no les sea exigible a éstos el empleo de dichas capacidades. Pues incluso en esos casos rige también el deber de realizar esas acciones peligrosas con la máxima atención posible, para evitar que el peligro se convierta en lesión. Por ejemplo, en el sector del tráfico, la ponderación de

⁵³ ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2015, 59.

⁵⁴ WOLTER, "Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt", en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, 257, 267 s.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

intereses (valorando, por un lado, el interés por la ejecución de la conducta peligrosa y, por otro lado, el interés por la integridad de los bienes jurídicos que se ponen en peligro) da lugar a que la participación en el mismo requiera la concurrencia de capacidades que se consideran suficientes o asumibles para la protección del bien jurídico y que pueden estar por debajo de las capacidades especiales que concurren en muchos sujetos de los que participan en dicho sector. Sin que ello implique, sin embargo, que a dichos sujetos no les sea exigible el empleo de sus capacidades especiales superiores. Por el contrario, en el ámbito de la práctica médica, el fin de protección del bien jurídico es claramente prevalente en la ponderación de intereses, siendo mucho más riguroso en la exigencia de la concurrencia de capacidades especiales, con lo que se crea un nuevo baremo objetivo, que constituye el estándar mínimo, y tiene como consecuencia, por tanto, la exigibilidad del empleo -como normales- de dichas capacidades. Este procedimiento -de partir del correspondiente y más específico posible sector del riesgo, elevando en él al máximo el baremo mínimo de exigibilidad, hasta donde lo permita la ponderación de intereses, según el ámbito de que se trate- es más adecuado que el de SCHÜNEMANN, que acabamos de ver.

Ciertamente, ambos procedimientos coincidirían en gran medida en sus resultados, de ampliar al máximo los casos incluidos, pero tampoco podrían incluir los conocimientos y/o las capacidades innatas o personalísimas. Por otra parte, ambos planteamientos o propuestas no son otra cosa más que un camuflado reconocimiento del criterio de la individualización hacia arriba.

5. La solución más correcta: generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba

La solución más correcta, defendida por un amplio sector de la doctrina⁵⁵, es la de generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba. Sólo así es posible fundamentar también la exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o capacidades innatas o personalísimas en los casos que (entre otros posibles) hemos mencionado, tanto de omisión como de comisión activa.

⁵⁵ Por todos, v. ROXIN, AT, 2006, § 24, nm. 57.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

La doctrina⁵⁶ se resiste a acudir a este criterio de la individualización porque considera que por coherencia debería emplearse también para las exigencias mínimas. Pero se trata de problemas completamente distintos. Como advierte ROXIN⁵⁷, lo que aquí se ha de hacer valer en favor de una individualización no tiene por otro lado correspondencia alguna en los casos de rendimiento deficiente, y la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales no conduce de ninguna manera a una carga adicional inaceptable para dichos sujetos con capacidades o conocimientos superiores al promedio, pues a los especialmente capacitados o informados sólo se les exige su promediadamente mayor capacidad de rendimiento.

En el ejemplo de quien goza de una fuerza descomunal, resulta evidente que si puede debe emplear esa fuerza para liberar a una persona atrapada bajo una roca. Asimismo, el campeón de natación debe, si puede, nadar mucho más rápido que los demás nadadores normales, para salvar a alguien de morir ahogado⁵⁸. Y otro tanto sucede en el ejemplo del especialista en conducción evasiva⁵⁹: si pudiendo, por negligencia no hace uso de sus capacidades especiales, que podían haber evitado el atropello y la muerte de un peatón que cruzó la calle corriendo, responderá por homicidio imprudente. E igualmente respondería el médico excepcional en la precisión y rapidez en el manejo del robot Da Vinci, que, en lugar de actuar con dicha rapidez, de lo que dependía salvar la vida del paciente, por negligencia no hizo uso de esas capacidades, produciéndose la muerte del paciente. Más discutible es poder exigir al ginecólogo del ejemplo el empleo de su mano de tres dedos en lugar de los fórceps. Dicha exigibilidad resultaría excluida sobre todo por la relevancia del respeto a los

⁵⁶ V. en este sentido, CASTALDO, "Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts", en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, 495, 497 s. y 509. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr Siebeck, Tübingen. 2001, 83 ss.

⁵⁷ ROXIN, AT, 2006, § 24, nm. 54-57; 64.

⁵⁸ En el ejemplo de ROXIN, AT, 2006, § 24, nm. 61, considerándolo como un delito de omisión, el campeón del mundo de natación, que trabaja además como socorrista y puede nadar el doble de rápido que sus colegas, pero nada sólo a la velocidad de los demás y no llega para auxiliar al accidentado, que muere ahogado

⁵⁹ Este ejemplo es prácticamente igual al del conductor de rallies que menciona ROXIN, AT, 2006, § 11, nm. 40: Un participante medio en la circulación no actúa imprudentemente si un transeúnte se le echa encima del coche de tal modo que un conductor dotado de capacidades normales no habría podido ya esquivarlo. Por eso, un experto conductor de rallies, cuyas superiores habilidades en la conducción le permiten aún esquivar y dominar su coche cuando derrapa, debe sin embargo hacer uso de esas capacidades y se le ha de castigar por homicidio imprudente cuando por negligencia no lo hace.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

protocolos. No infringiría el deber objetivo de cuidado si el feto sufre algún daño por el uso del fórceps de acuerdo con la *lex artis*.

Como indiqué anteriormente, tanto la propuesta de SCHÜNEMANN como el procedimiento de partir del correspondiente y más específico posible sector del riesgo, elevando en él al máximo el baremo mínimo de exigibilidad, hasta donde lo permita la ponderación de intereses, según el ámbito de que se trate, son en realidad un camuflado reconocimiento del criterio de la individualización hacia arriba. Y les asiste toda la razón a ROXIN y a GRECO⁶⁰ cuando dicen que con franqueza (*unumwunden*: sin tapujos, sin rodeos) uno debería declararse partidario de ella, porque de todos modos no existe un límite para la construcción de sectores del tráfico, cada vez más específicos, graduados según las capacidades individuales de los intervinientes.

Deben evitarse las lesiones evitables de bienes jurídicos. El empleo de los conocimientos y de las capacidades especiales del sujeto actuante para evitar dichas lesiones sólo es jurídico-penalmente exigible cuando y porque a ese sujeto el Derecho no le exige comparativamente más que lo requerido a un sujeto con conocimientos y capacidades normales. El tipo marca lo que como mínimo se espera de cualquier sujeto, con independencia de sus capacidades individuales. Pero también lo que puede exigir, como máximo, a un sujeto en función de sus capacidades. Siendo esto así, puede decirse, en definitiva, que respecto de los conocimientos y de las capacidades superiores también desde un criterio objetivo-general es exigible el empleo de todo lo subjetivamente posible⁶¹.

**VI. EN CUALQUIER CASO, UN PROBLEMA DE PRUEBA:
DEMOSTRABILIDAD DE LA CONCURRENCIA Y POSIBILIDAD DE
EMPLEO DE LOS CONOCIMIENTOS Y/O CAPACIDADES SUPERIORES**

Sea cual sea el criterio que se siga para determinar la exigibilidad de empleo de los conocimientos o capacidades especiales, en cualquier caso, el principal escollo con el que se va a encontrar dicha exigibilidad (quizá mayor en las capacidades que en los

⁶⁰ ROXIN / GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, C. H. Beck, München, 2020, § 24, nm. 63.

⁶¹ Cfr. DE VICENTE REMESAL, ¿Deber objetivo de evitar lo subjetivamente evitable por concurrencia de conocimientos o capacidades superiores a la media?: una mirada al ámbito médico, *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º. 8-2019, 19-30.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

conocimientos) es el problema de la prueba. Esto es, la demostrabilidad de su concurrencia y posibilidad de empleo.

La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales debe basarse en los mismos requisitos en que se fundamenta la exigibilidad del empleo de las capacidades normales. Esto responde al hecho de que las capacidades especiales que reúnan todas las condiciones o presupuestos que las capacidades normales requieren para exigir lo mínimo que se espera de un sujeto con estas capacidades, pasan asimismo a exigir lo mínimo que se espera de un sujeto con capacidades especiales. Ahora bien, frente a la presunción (también sometida a prueba) de la concurrencia de esos presupuestos en relación con las capacidades normales - y que por ello el tipo, como norma dirigida frente a todos, requiere su empleo-, el empleo de las capacidades especiales no parte de dicha presunción y su prueba entraña mayores dificultades⁶².

La exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o capacidades especiales dependerá de la demostrabilidad de su concurrencia y posibilidad de empleo. Y esto se corresponderá, a su vez, con la exigibilidad del empleo desde el prisma del observador objetivo que enjuicia el hecho, quien, sobre la base de lo que sería exigible a un sujeto diligente situado en la misma posición del autor, podría llegar a una de estas dos conclusiones. O bien a considerar obligado que el sujeto actuante emplease sus capacidades especiales para evitar la lesión del bien jurídico cuando sin duda concurriese la posibilidad de su empleo, o bien, por el contrario, sobre esa misma base, a considerarlo no obligado en otros casos: por ejemplo, en atención al grado de certeza, idoneidad, eficacia, riesgo, etc. que entrañaría el empleo de las capacidades especiales, superiores, frente a las requeridas por el estándar. No cabe duda de que la figura-baremo también es (y debe ser) consciente de los riesgos que entraña salirse del estándar o de los protocolos.

En este mismo sentido se orienta el planteamiento antes indicado de MIR PUIG⁶³, en el que cuestiona la posibilidad de que (a diferencia de los conocimientos) sean objetivables las capacidades especiales del autor. Observa MIR PUIG, por una parte -en relación con los

⁶² Diferenciando a estos efectos -pero también a los de exigibilidad- entre capacidades especiales privadas y profesionales, WOLTER, Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, en: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1977, 270 s.

⁶³ MIR PUIG, PG, 2015, 11/35 y 11/41.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

conocimientos especiales- que si se aplica rigurosamente el criterio del hombre diligente situado en la misma posición del autor, ya ha de tomarse en cuenta la fuente más importante de un posible poder especial. Pues, si también los conocimientos especiales del autor al actuar deben ser tenidos en cuenta, entre tales conocimientos ha de contarse la experiencia especial y el fruto de un aprendizaje particularmente intenso. Por ejemplo -dice MIR PUIG- si un cirujano conoce una técnica operatoria que sólo él domina, ese dato deberá ser tenido en cuenta, en la medida en que objetivamente sea conocido por él: para la averiguación de si hubo infracción de la norma de cuidado deberá preguntarse qué hubiera hecho el hombre diligente en la misma situación del cirujano, es decir, contando con el dato de su excepcional preparación. Pero da a entender, por otra parte, -en relación con las capacidades especiales-, que en ellas se va más allá de lo objetivable en conocimientos especiales⁶⁴. Pues bien, tanto los unos (tener unos conocimientos extraordinarios) como las otras pueden ser igualmente objetivables y en ambos casos el problema de su exigibilidad radica -como se verá a continuación, y como el propio MIR PUIG⁶⁵ reconoce- en su demostrabilidad en el momento del hecho. Y, ciertamente, ésta puede ser más difícil en las capacidades que en los conocimientos, pero no necesariamente siempre.

Las dificultades que plantean los conocimientos y/o capacidades especiales a los efectos de la demostrabilidad de su concurrencia y posibilidad de empleo se refieren, entre otros, a los siguientes requisitos o presupuestos

Primero: que concurren efectivamente en el sujeto. El empleo de las capacidades normales u ordinarias es en principio exigible por el tipo porque el hombre normal que sirve de baremo para el injusto, por definición no puede suponerse privado de las capacidades (ni de los conocimientos) que como mínimo exige la normalidad⁶⁶, antes al contrario, se presumen concurrentes en él. Esto no significa, como ya se ha expuesto, que no sea exigible

⁶⁴ MIR PUIG, PG, 2015, 11/42 ss.

⁶⁵ Observa MIR PUIG, PG, 2015, 11/47 que “el autor que conoce sus aptitudes especiales y deja de utilizarlas conscientemente -aunque sin intención de causar el resultado lesivo ni aceptando su posibilidad, ya que de lo contrario habría dolo- infringe la norma de cuidado, que exige comportarse del modo más diligente posible al autor. Sin embargo, cuando el autor especialmente dotado no estuvo, sin proponérselo, a la altura de sus aptitudes y no se comportó mejor que cualquier otro hombre, es mucho más difícil demostrar que ha habido infracción de la norma de cuidado, porque el hecho de que normalmente el autor tuviese más aptitudes que el hombre medio, no basta para asegurar que en el momento concreto en el que actuó se hallase por encima de éste, pues únicamente logró comportarse como cualquier otro pese a que no quería prescindir de ninguna de sus aptitudes”.

⁶⁶ En el mismo sentido, MIR PUIG, PG, 2015, 11/49.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

el empleo de las capacidades especiales. Sin embargo, la efectiva concurrencia de éstas en el sujeto no parte ya de su presunción (como en las capacidades normales, por integrar el estándar), sino que requiere, con mayor o menor dificultad, según los casos, probar dicha concurrencia. Así, ésta resultará indiscutible cuando las capacidades especiales del sujeto, no requeridas para el ejercicio de una profesión o para la participación en un sector de riesgo -por ejemplo, para la participación en el tráfico- constituyen el baremo mínimo exigido para el ejercicio de otra profesión o actividad especializada, y en la cual, por tanto, son capacidades normales. Por ejemplo, como ya se ha indicado, en el caso del especialista titulado en conducción defensiva y evasiva que por negligencia no emplea sus extraordinarias capacidades (hacer un derrape, o un trompo) para evitar el atropello de un peatón o esquivar a un ciclista que ha hecho una maniobra repentina.

Segundo: que aun demostrada su concurrencia en el sujeto, ésta se mantiene también en el momento del hecho. La exigibilidad del empleo de las capacidades normales parte de la presunción de que dichas capacidades no son circunstanciales o efímeras, sino perdurables en el tiempo, y por tanto también en el momento de la realización del hecho. De ahí, entre otras cosas, que integren el estándar. La -igualmente necesaria- concurrencia actualizada de las capacidades (y de los conocimientos) especiales no responde de la misma manera a esa presunción y su prueba muchas veces no será sencilla. Así, cuando debido a circunstancias imprevistas sobrevenidas (por ejemplo, por cansancio, debido la excesiva duración de una intervención quirúrgica) el cirujano sólo es capaz de rendir conforme a lo requerido según el baremo medio y no, como había demostrado en otras ocasiones, muy por encima de él, debido a sus capacidades especiales superiores. Por supuesto, esta inexigibilidad de empleo también alcanzaría a las capacidades normales.

Tercero: que, concurriendo en el momento del hecho, el sujeto puede emplearlas en ese momento. Frente a la exigibilidad del empleo de las capacidades normales, en que se parte de la base de que las mismas pueden normalmente emplearse en el momento del hecho, el empleo de las capacidades especiales puede requerir a veces la concurrencia de determinadas condiciones o la disponibilidad de determinados medios, que, de no existir, impedirían dicha posibilidad de empleo. Por ejemplo, retomando de nuevo el caso del especialista en conducción evasiva, la decisión de no derrapar o no hacer el trompo porque

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

considera que ello sólo es posible realizarlo exitosamente con el coche preparado que utiliza en esa actividad arriesgada, pero no con su coche particular. O porque no se dan las condiciones de especial concentración, necesarias para ello. Asimismo, en el caso del extraordinario cirujano que, fuera de su país o de su excepcional clínica, no puede practicar, por falta de medios adecuados, una técnica operatoria que sólo él o muy pocos son capaces de realizar.

Cuarto: que el empleo de las capacidades especiales (o de los conocimientos) sea, respecto de lo exigido por los protocolos de actuación, más eficaz que el empleo de las capacidades normales para la evitación del resultado y más idóneo en cuanto a la relación eficacia-riesgo. Se tratará, necesariamente, siempre y sólo de una presunción, aunque más o menos objetivamente fundada, de que dichas capacidades especiales reúnen, como mínimo, las mismas cualidades que las capacidades normales, requeridas en general y por ello indicadas por los protocolos de actuación, y además otras cualidades respecto de las cuales es cabe afirmar la posibilidad de que serían más eficaces. Y de que su utilización suponga, respecto del empleo de las capacidades normales, una disminución (o incluso anulación) del riesgo y no genere nuevos riesgos. Esta presunción, objetivamente contrastada, será especialmente fundada cuando el sujeto ya hubiese empleado anteriormente, y con éxito, las mismas capacidades especiales en la misma profesión o actividad. No cabe duda de que este es un aspecto especialmente importante para decidir la exigibilidad del empleo de los conocimientos o de las capacidades especiales y del que se deriva que, en la mayoría de los casos, su no utilización no genere responsabilidad penal. Pues la cobertura que a efectos de responsabilidad ofrece la actuación dentro de la *lex artis*, integrándose en el riesgo permitido los resultados malogrados, no se produce, o es de más difícil justificación, cuando el sujeto -incluso con la finalidad de conseguir una más eficaz, pero infructuosa, evitación del resultado- se sale del estándar.

* * * * *