

# XXIV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL  
DE LA EMPRESA

Jueves 21- viernes 22 /09/2023

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE  
CIENCIAS PENALES

**“CAPACIDADES O CONOCIMIENTOS SUPERIORES,  
PREVISIBILIDAD OBJETIVA E INFRACCIÓN DEL DEBER  
OBJETIVO DE CUIDADO”, DEL PROF. DR. DR. H.C. D. JAVIER  
DE VICENTE REMESAL.**

Viernes 22 de septiembre de 2023, 16:15 hr.

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

**Moderador: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo.**

**Relator: Prof. Mónica Yohana Alarcón Boyacá.**



---

**“CAPACIDADES O CONOCIMIENTOS SUPERIORES, PREVISIBILIDAD  
OBJETIVA E INFRACCIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO”**

---

**Ponente:** Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo, España. Presidente de la FICP.

**Moderador:** Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León.

**Intervinientes en el debate:** Profs. Dr. Luis Greco- Dr. José Manuel Paredes Castañón- Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo- Dra. Lisett Paez- Profs. Dres. h.c. Diego-Manuel Luzón Peña y Javier de Vicente Remesal.

**Relatora:** Prof. Mónica Yohana Alarcón Boyacá. Profesora de Derecho Penal. Universidad Santo Tomás Colombia- Doctoranda Gestión y Resolución de Conflictos, Menores, Familia y Justicia Restaurativa.

Concluida la ponencia del Prof. **DE VICENTE REMESAL**, el moderador, Prof. **MIGUEL DÍAZ**, abre el debate y concede la palabra al Prof. **LUIS GRECO**. Este felicita y agradece al ponente sus reflexiones y pregunta primeramente si –según lo que ha entendido- el ponente descarta tener en cuenta las capacidades especiales que no son adquiribles. El Prof. **DE VICENTE REMESAL**, responde que no es que no quiera considerarlas, sino que esas capacidades que no son adquiribles, solamente podrían entenderse admitidas a través de una individualización, y por eso, entendería que sí, siempre y cuando pueda demostrarse, porque queda esa insatisfacción por la exclusión de esas capacidades a través de la aplicación del criterio objetivo tal y como se estaba exponiendo.

A continuación, y tras agradecer de nuevo al ponente por su contestación, el moderador da la palabra al **Prof. PAREDES CASTAÑÓN**, quien felicita al Prof. **DE VICENTE** por su ponencia. Luego plantea sus dudas acerca de si la distinción entre conocimientos y capacidades es la mejor, tal y como se propone, porque mucho de lo que el ponente ha llamado conocimientos son capacidades. Es decir, el conocimiento que obtiene un médico, por haber sido mejor estudiante de medicina que otro, se traduce en distintas capacidades. Si se sabe que el producto es tóxico, no son las capacidades intelectuales para detectar productos tóxicos. Coloca un ejemplo sobre un médico que ha estado trabajando en el extranjero (EEUU), y acaba trabajando en el servicio de

urgencias en el hospital de León. Ese médico sigue escrupulosamente los protocolos del hospital, pero realmente tiene unas capacidades superiores. Tendría capacidad de intervenir porque tiene habilidades superiores y, pese a ello, cumple estrictamente el protocolo, es decir, que cualquier compañero que hiciera lo mismo estaría actuando diligentemente. Sobre la base del ejemplo plantea al ponente la pregunta de si en tal caso defendería que el médico en cuestión (que se limita a cumplir el protocolo) estaría cometiendo un delito imprudente.

El **Prof. DE VICENTE** responde indicando que hay determinados supuestos en los que esa exigibilidad desaparece cuando hay capacidades y conocimientos especiales que van en contra de lo que el protocolo exige. Es decir, cuando el sujeto quiere llevar a cabo esas capacidades especiales, quiere arriesgarse llevándolas a cabo porque no le puede salir mal, pero no las lleva a cabo porque entiende que el protocolo no se lo exige, en ese caso cree que no le sería exigible. Igual que en relación con los conocimientos y capacidades normales, cuando para su puesta en práctica se requieren medios especiales y en el caso concreto no hay posibilidad de realizarlas. Propone el ejemplo del médico que va a África “Médicos sin Fronteras”, que no puede llevar a cabo el mismo procedimiento que en su clínica particular.

Al hilo de la dificultad de distinguir entre conocimientos y capacidad, añade que un médico que es incapaz de interpretar correctamente una radiografía porque no estudió lo que tenía que estudiar, ¿en qué tiene un déficit? ¿en conocimientos o en capacidad, sobre la base de deficiencia de conocimiento? Entiende que no ha adquirido los conocimientos para ser capaz.

En este punto toma la palabra la Prof. **MIRENTXU CORCOY BIDASOLO**, para exponer sus propias dudas sobre el tema expuesto. Indica que los conocimientos al final son capacidades y que es importante describirlos, porque lo importante no es lo que ha o no estudiado, sino si luego está haciendo una determinada actividad que requiere esa capacidad y no la tiene, entonces ahí infringe el deber de cuidado. Los conocimientos son de la situación, es decir, conocimiento en sentido del dolo o del tipo subjetivo, por explicarlo de otra forma, del deber subjetivo de cuidado. Hace énfasis en distinguir claramente entre el deber objetivo de cuidado y el deber subjetivo de cuidado, y cree claramente que la teoría de baremo del hombre medio genera problemas, pues, partiendo de ella, la doctrina mayoritaria acaba matizando en función de la situación concreta. Añade que ella también comparte la idea apuntada por **PAREDES**

**CASTAÑÓN** de que en muchos casos, los conocimientos son capacidades, y lo importante no es tanto lo que la persona haya estudiado o no, sino si luego está haciendo una determinada actividad que requiere esa capacidad de la que carece, en cuyo caso es entonces cuando infringe el deber de cuidado. En definitiva, los conocimientos relevantes son los conocimientos sobre la situación (conocimientos en el sentido del dolo, del tipo subjetivo), sean superiores o inferiores.

Coloca un ejemplo sobre la persona que necesita gafas, no puede conducir sin gafas, es decir, su deber objetivo de cuidado empieza ya por llevar gafas.

Finalmente, plantea una pregunta sobre un caso real: se trata de un oftalmólogo que tiene una capacidad innata, porque es un oftalmólogo ambidiestro, es decir, que puede realizar la operación con las dos manos, de modo que lo que a cualquier otro le cuesta media hora, él en puede realizarlo en veinte minutos o un cuarto de hora. Este especialista realiza una operación de un ojo a una señora mayor, en donde el anestesista le indica que si está más de un cuarto de hora o veinte minutos es muy peligroso porque le puede producir un aneurisma. El oftalmólogo trabaja con sanidad pública, hace la cirugía como lo hacen todos, y realiza la operación con una mano, tarda casi media hora, y, según como lo advirtió el anestesista, por la duración del procedimiento, la señora presenta el aneurisma y muere. ¿Cómo lo resolvería el ponente?

El Prof. **DE VICENTE**, procede a la siguiente reflexión: una de las capacidades es tener rapidez. Hay situaciones que requieren una intervención rapidísima que solo es capaz de realizar una persona, y el problema en esos casos vendrá del requisito de la demostrabilidad. Interviene la profesora Prof. **MIRENTXU** manifestando que en el caso estaba probado que el oftalmólogo realizaba esa cirugía en un cuarto de hora. Contesta el ponente indicando que eso no significa que en ese momento, en esa situación, pueda hacerlo de la misma manera, por ejemplo, por falta de concentración, porque el lugar donde realiza el hecho no es donde normalmente trabaja, y necesita unas condiciones que le rodean distintas. Enseguida plantea las dudas que le sugiere el ejemplo del conductor de rallye, porque esa persona puede hacer un derrape con un coche de competición, y no con otro coche. Es decir, en ocasiones, las capacidades especiales requieren condiciones o circunstancias especiales para llevarlas a cabo. Sería difícil probar la concurrencia y la posibilidad de empleo en ese momento de la habilidad, y de llevarla a cabo en ese momento, se habría que probar que cuenta con los medios-. Manifiesta la Prof. **MIRENTXU** que en el caso concreto absolvieron al

oftalmólogo, aunque personalmente considera que se trata de un hecho doloso, por tener la posibilidad de hacerlo de modo que pudiera evitar la muerte. Entiende que en el caso había datos suficientes para demostrar la posibilidad de emplear sus capacidades especiales, o bien hacerlo de otro modo (pidiendo un asistente para la intervención, por ejemplo).

Retoma la palabra el Prof. **DE VICENTE**, indicando, en relación con la otra cuestión, sobre los conocimientos, capacidades, y la necesidad entre diferenciar uno y otro, y cree que sí existe cierta interrelación, incluso terminológica. En el supuesto de conducir sin gafas sabiendo que se necesitan, parece que es un problema de capacidad. Sin embargo, ¿no es capaz de conducir aquella persona que no sabe lo que es un stop, que no sabe que en la línea continua no puede adelantar? Lo que le falta en este caso es el conocimiento. Indica la Prof. **MIRENTXU** que ese conocimiento lleva a que no tiene capacidad conducir; y que es lo mismo en el ejemplo de conducir sin gafas: la persona también puede conducir, lo que pasa es que no lo hace prudentemente. El Prof. **DE VICENTE** comparte que no es fácil el tema; y la Prof. **MIRENTXU** manifiesta que le importa el tema por la distinción entre el deber objetivo y el deber subjetivo de cuidado, a efectos de tener en cuenta el conocimiento de la situación, pues, en el caso propuesto, los conocimientos que tiene este oftalmólogo es que sí existía ese riesgo para esa señora de que se presentara un aneurisma por la anestesia más de tanto tiempo. Esos conocimientos afectan el deber subjetivo de cuidado. Si el médico no tiene la capacidad en ese momento, tiene que abstenerse o solicitar un asistente o una persona que le ayude. El ponente se encuentra totalmente de acuerdo.

A continuación, y tras agradecer de nuevo al ponente por su contestación, el moderador da la palabra al Prof. **PAÉZ CUBA**, quien felicita al Prof. **DE VICENTE** por su ponencia y le plantea muy brevemente la siguiente opinión: coincide con los profesores **DE VICENTE** y **LUZÓN PEÑA**, cree que la explicación está entre la distinción entre conocimiento y capacidad, porque el conocimiento en la dimensión epistémica en las tres dimensiones del contenido que se entiende por conocimiento, habilidad y valores, y tiene que ver con entender la estructura interna de las cosas. La habilidad, entendida desde la teoría de la Psicología, desarrollada en acciones y operaciones se aproxima más a lo técnico, y cómo se desarrolla a través de la repetición. Entonces, existen otras ciencias que sí tienen esas teorías propiamente desarrolladas y se puede fundamentar y entender en cómo se puede aplicar al Derecho penal. Entonces, sí

es importante dejar sentada dicha distinción, entre lo que es conocimiento en su dimensión tridimensional del contenido -el saber una cosa y entender su estructura interna- y lo que es la capacidad, que es la habilidad de desarrollar a través de integrar conocimientos, habilidades y valores. Hay algunos autores incluso que hablan del término de competencia, que es la capacidad de integrar esas dimensiones del contenido al contexto concreto para solucionar determinados problemas. Hay algunos juristas chilenos (Baytelman) que decían que se puede dominar las reglas de la Fifa (tener el conocimiento) pero no saber jugar al fútbol, y por tanto, no desarrollar la habilidad por repetición, y no desarrollar la capacidad. Entonces en ese sentido, y traducido al Derecho penal desde la previsibilidad objetiva coincide plenamente con el ponente, y cree que la respuesta, a veces no está solo en el Derecho penal, sino en integrar otras ciencias sociales que nos dan respuestas a esa terminología. El ponente Prof. **DE VICENTE** agradece la intervención que aclaran conceptos, concluyendo que el término competencia puede asimilarse con aptitudes (que vendría a integrar los conocimientos y las capacidades).

Indica el Prof. **GARCÍA AMADO** que, según indica el sentido común, estar por debajo del estándar no excusa, pero saber más, agrava. Sería casi una cuestión de política criminal: no podemos permitirnos que al que es capaz de hacerlo mejor no se lo exijamos, objetivando un elemento de la responsabilidad penal de una manera poco comprensible. El estándar tiene que exigir objetivamente, pero hay que ser cuidadoso con lo que dejamos a los elementos subjetivos. No hay disculpa para quien se conforma con el estándar teniendo mejores capacidades. Quizá habría que cambiar la terminología para hacerla más clara. Añade que hay que diferenciar entre capacidades abstractas y habilidades concretas, y ver en qué casos la persona puede responder porque la ausencia de la habilidad concreta responde a que no supo explotar sus capacidades, de este modo pueden conectarse. Coloca el ejemplo sobre una persona que conozca la teoría de la cirugía maxilofacial, pero no sabe abrir una mandíbula. El ponente Prof. **DE VICENTE** agradece el aporte, y está de acuerdo con el profesor, sobre todo lo relacionado con el estándar mínimo de cuidado, que es un estándar que se coloca sobre la existencia de una expectativa que se puede cumplir, y en la que pueden influir las capacidades de la persona.

En este punto, el moderador concede la palabra al Prof. **LUZÓN PEÑA**. El Prof. **LUZÓN** realiza algunas observaciones generales, e indica que cuando se trata de conocimientos, si se tienen, influyen en poder obtener gracias a ese conocimiento una mayor capacidad o viceversa. Con tener mayor capacidad o capacidad superior, puedes tener conocimientos superiores, al final, eso acaba repercutiendo en que el sujeto tenía (y no solo “podía tener”) en el momento de actuar, conocimientos superiores. Sin embargo, a la media del buen ciudadano, del buen sujeto o del buen profesional, esto significa el tener conocimientos especiales adquiridos, y al tenerlos se puede realizar el juicio de previsibilidad objetiva: entonces, era posible prever que, con la actuación, va a poder causar daño o no causar daño, conocimiento que le puede dar de inmediato al sujeto medio ideal; y si, teniendo ese conocimiento no lo emplea, incurriría en responsabilidad.

Señala el Prof. **LUZÓN** que el ejemplo que ha colocado muchas veces en sus publicaciones, ha sido sobre el equipo médico que ha creado una técnica de detección, de diagnóstico -no de pronóstico sino de diagnóstico- de determinadas anomalías que no se detectan en las intervenciones quirúrgicas o en el tratamiento médico no quirúrgico de ese tipo, y, teniendo ese conocimiento, esa capacidad, utilizando tal sustancia o tal procedimiento, incluso ya lo han realizado en alguna comunicación, en el caso concreto porque ese día hay un partido de fútbol, deciden hacer lo que hacen todos, porque su técnica no la dominan en 99% de la profesión técnica. Pero ese equipo ese día no lo quiere emplear porque tiene otra actividad prioritaria, y llevan a cabo la intervención quirúrgica o el tratamiento, haciendo lo que haría cualquier buen médico de esa especialidad. En ese caso, desde hace muchos años, Welzel lo decía, y antes de él ya lo dijeron algunos penalistas alemanes, que ese caso si era objetivamente previsible para el sujeto medio cuidador diligente, que podían causar daño, porque al sujeto medio se le pueden dar esos conocimientos, e inmediatamente podría haber previsto la anomalía que aplicando eso que saben, pero no han querido aplicar, y esto no se utiliza para el juicio de infracción objetiva del deber de cuidado, se utiliza para el primer paso de la imprudencia, que es ya la previsibilidad objetiva. Primer paso de la imprudencia en la teoría de la imputación objetiva hace muchos años, cuando todavía la doctrina minoritaria establecía que debía utilizar también para los delitos dolosos, si no hay previsibilidad objetiva no hay delitos dolosos, y no hay imputación objetiva. Esto en cuanto al conocimiento.

La doctrina penal de los años treinta, cuarenta, cincuenta, sesenta; jamás se plantearon el tema de las capacidades superiores y especiales. El Prof. **LUZÓN** manifiesta que el Prof. **DE VICENTE** ha indicado en su intervención perfectamente lo que es infringir el deber objetivo de cuidado, porque si no se emplean capacidades superiores puede haber -la cuestión es: ¿se presenta la infracción al deber objetivo de cuidado?, se pregunta: ¿hay o no hay previsibilidad objetiva? Por la capacidad objetiva superior, no se trata de prever lo que puede pasar, se trata de evitar, una vez que sabemos lo que puede pasar ¿cómo lo evitamos?, o al revés ¿cómo lo provocamos?, porque no siempre es evitar, evitar es lo que sucede en los delitos de omisión propia y a veces impropia. Esta es la primera observación.

La segunda observación: el Prof. **LUZÓN** hace énfasis en las páginas de su tratado. En cuanto a la omisión y las capacidades especiales en el capítulo de la imprudencia, en las últimas versiones le da la razón al profesor DE VICENTE en cuanto las capacidades, porque él pensaba que no son transferibles, pero le ha convencido que algunas capacidades sí son transferibles porque se pueden adquirir con un entrenamiento o con una adquisición. Pero no es lo mismo que se pueda adquirir en muy poco tiempo y el sujeto medio ideal la pudiese adquirir en un par de horas, o que por el contrario, necesite años, o que si necesita años para obtenerlas el sujeto medio ideal o el profesional medio ideal no está en condiciones. Será transferible dentro de algunos años, o en unos meses, pero ahora no. De este modo, si es rápidamente transmisible entonces cree que sí se puede hablar, no de previsibilidad, pero sí de la infracción del deber objetivo general de cuidado, porque al sujeto medio o profesional medio bueno y diligente, se le puede exigir precisamente que utilice algo que al principio no tenía, pero que es fácil adquirirlo -en este sentido le da la razón al ponente-.

Ahora, menciona el grupo de casos en que la capacidad es una habilidad -de un ambidiestro- o de un piloto experto, es decir, determinados sujetos. Se dan cuenta que la mayoría de los ejemplos que se colocan sobre habilidad médica o de salvamento, etc. parten de que hay imprudencia, pero: ¿imprudencia de qué tipo objetivo? ¿de un tipo omisivo de comisión activa o de comisión por omisión?, o de ¿un tipo, por el contrario, de omisión del deber de salvamento? Porque sería muy distinto.

Finalmente, indica el Prof. **LUZÓN** que se debe distinguir la imprudencia entre los delitos de omisión propia y los de comisión por omisión. Coloca un ejemplo, es el siguiente: una persona sabe nadar a mucha más velocidad de la normalidad, sin



embargo, no salva a una persona que se está ahogando. La pregunta es: si resulta que sabe nadar mejor que los demás, y no lo hace, entonces: ¿se podría condenar por comisión por omisión de lesiones?, o de ¿ahogamiento de homicidio doloso o imprudente?, y si ¿lo ha admitido, con dolo eventual, doloso? La respuesta es que no, porque ese sujeto por mucho que no ponga en marcha esa capacidad, no está provocando, no está matando ni lesionando. En todo caso, el hombre con capacidades superiores en muchos casos a lo que debe dar lugar es a omisión propia del deber de socorro, o a omisión de la asistencia médica adecuada, que son omisiones castigadas mucho menos, y en donde a veces puede haber dolo, claro, naturalmente dolo directo, o dolo eventual.

Manifiesta el Prof. **LUZÓN** que la discusión que han hecho en general ha sido muy abstracta, porque se no se han puesto ejemplos concretos de tipos legales concretos para saber exactamente de lo que se hablaba. El Prof. **LUZÓN** coloca un último ejemplo, para que se entienda su posición: un conductor de ambulancia o un conductor al que se le entrega y se hace cargo, y asume la posibilidad de salvar a un accidentado gravísimo, que esta entre la vida y la muerte, pero que requiere llevarlo a un hospital a cuanto más velocidad porque si no corre riesgo su vida, si hace lo que cualquier conductor de ambulancia o cualquier conductor de automóvil de turismo normal (bueno y de los que conducen bien), va a tardar en llegar a cualquier centro hospitalario media hora o veinte minutos, con un riesgo bastante elevado, no seguro, pero con un riesgo, de que el paciente muera en el camino. Y si, por el contrario, se dedica a conducir como loco y es impresionante lo que es capaz de hacer, pero ese día no lo hace. Lo que muchos están diciendo es que, si tiene esa capacidad superior de evitar el resultado (no de provocarlo), debe responder por imprudencia. Y si conscientemente asume que no le importa, o asume que el accidentado se muera, respondería por dolo. Entonces, debemos decir que ese señor ha matado. Si se muere cuando llegan al centro médico y el paciente ya no vive o llega medio muerto, y no logran recuperarlo, porque podía haber llegado diez minutos antes conduciendo del modo que para los otros sería suicida y no lo hace, ¿acaso debe responder por imprudencia o por delito doloso de lesiones o de homicidio? Pues de ninguna de las maneras, porque se debe revisar si se está realizando el tipo objetivo, y él no está provocándole la muerte, ha provocado la situación, y por tanto, en ese caso, nuevamente, lo que se presenta por su parte si lo ha hecho inconscientemente o sin pensar, será una omisión de socorro imprudente, la cual, según el ordenamiento

español actual no es punible. Si tiene dolo, que en muchos casos tendrá, dolo eventual o de consecuencias necesarias, pues la omisión de socorro es dolosa. Por eso, lo primero que hay que revisar es ¿de qué tipo delictivo estamos hablando?, porque la exigencia de emplear capacidades especiales para salvar, solo dará lugar a responsabilidad en omisiones del deber de salvamento. Estas no son causaciones físicas o socio-normativas de la producción del resultado

Responde el Prof. **DE VICENTE** señalando que es claro, que se deben distinguir los supuestos de tipo comisivo, y los supuestos de omisión de socorro, es decir de comisión por omisión.

Concluye el Seminario el Prof. **MIGUEL DÍAZ**, indica que ya no hay más tiempo disponible para continuar con la discusión, motivo por el que da por finalizado el debate con la reiteración del aplauso al ponente y el agradecimiento al resto de participantes por su intervención.