

# Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales) \*

Javier de Vicente Remesal \*\*

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo*

---

DE VICENTE REMESAL, JAVIER. Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-03, pp. 1-52.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-03.pdf>

RESUMEN: Los objetivos fundamentales de este estudio son los siguientes: analizar si incurre en responsabilidad penal el sujeto que para evitar la producción de un resultado de lesión o de peligro no emplea sus capacidades especiales (distinguiendo a tales efectos entre capacidades adquiridas, y por tanto adquiribles, y capacidades innatas), en qué se fundamenta la exigibilidad de ese empleo y cuáles son los límites. El trabajo se centra en el delito comisivo imprudente. Se llega, entre otras, a las siguientes conclusiones: la gran mayoría de las capacidades, tanto normales como especiales, son adquiribles (es decir, no innatas o personalísimas); en el delito comisivo sólo es exigible el empleo de las capacidades susceptibles de adquisición, desarrollo o perfeccionamiento; las capacidades merecen el mismo tratamiento jurídico-penal que los conocimientos; la exigibilidad de las capacidades especiales no constituye ningún problema diferente al que plantean los conocimientos especiales, y finalmente, las capacidades especiales tampoco constituyen ningún problema diferente al que plantean las capacidades normales u ordinarias, si bien su gran diferencia radica en su demostrabilidad.

PALABRAS CLAVE: capacidades especiales, capacidades personales innatas y capacidades adquiribles,

conocimientos especiales, imputación objetiva, infracción del deber objetivo de cuidado.

TITLE: **Basis and limits of the enforceability of the use of the author's special abilities. (At the same time, a parallel reference to special knowledge)**

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze whether the subject who does not employ his special abilities incurs in criminal responsibility, as well as to analyze what the enforceability of that employment is based on, and what its limits are. The work focuses on the reckless commission crime. The following conclusions are reached, among others: he vast majority of capabilities, both normal and special, are acquirable (that is, they are not innate nor exclusively personal); in the commission crime, only the use of capabilities, which are acquirable, and can be developed or improved, is required; capabilities deserve the same treatment as knowledge; the enforceability of special abilities does not constitute a problem other than that posed by special knowledge; and finally, special capacities do not constitute any problem different from the one posed by normal or ordinary capacities, although an important difference lies in their demonstrability.

KEYWORDS: special abilities, innate personal abilities and acquireable abilities, special knowledge, objective imputation, violation of the objective duty of care.

Fecha de recepción: 15 enero 2020

Fecha de publicación: 24 abril 2020

Contacto: [jremesal@uvigo.es](mailto:jremesal@uvigo.es)

*SUMARIO: I. Introducción: planteamiento del problema. II. Las capacidades especiales: su significado en el ámbito penal. 1. Capacidad o capacidades. 2. Capacidades especiales. 3. La interrelación conocimientos-capacidades: capacidades innatas y capacidades adquiribles. III. Síntesis de las diferentes posiciones doctrinales sobre la imprudencia y su repercusión en la relevancia de las capacidades especiales. 1. La concepción clásica de la imprudencia. 2. La concepción moderna de la imprudencia. 3. La teoría del doble baremo, o teoría de los dos peldaños. 4. La teoría de la referencia exclusiva al promedio. 5. La teoría, totalmente opuesta, de la referencia exclusiva a los conocimientos y capacidades individuales del sujeto: la teoría individualizadora o del criterio individualizador de la imprudencia. IV. La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales: posición propia. 1. La posición de la que aquí se parte. 2. La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales como problema de tipicidad, ya del tipo objetivo. 2.1. La exigibilidad el empleo de las capacidades especiales como problema de tipicidad: rechazo de la concepción clásica de la imprudencia. 2.2. La moderna teoría del delito y la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales como problema (sólo o también) del tipo objetivo: de la imputación objetiva del resultado. 2.2.1. Capacidades especiales, finalidad del Derecho penal y función del tipo: quien más puede más debe. 2.2.2. Tratamiento comparativamente igual al sujeto con capacidades normales: exclusión de las capacidades no adquiribles (innatas o personalísimas). 3. La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales como problema (también) del tipo subjetivo: el doble límite -mínimo y máximo- de la exigibilidad del empleo de las capacidades, requerido por el deber objetivo-general de cuidado. 4. La medida mínima de la infracción del deber de cuidado, independiente de las capacidades del sujeto. 4.1. Rechazo de la teoría de la referencia -exclusiva y en todo caso- a los conocimientos y capacidades individuales del sujeto. 4.1.1. Las capacidades inferiores al promedio: la crítica basada en los casos de imprudencia por emprendimiento o asunción. 4.1.2. La inexistencia de imprudencia por emprendimiento o asunción respecto de las capacidades especiales, superiores. 4.2. La medida mínima (Mindestmaß) del deber objetivo-general de cuidado: los sectores de riesgo y su atomización (frente a la conversión del sujeto con capacidades extraordinarias en parámetro o baremo objetivo-general). 4.3. El valor (indiciario) de las normas jurídicas y las normas del tráfico como primer criterio para determinar la creación de un peligro no permitido y la infracción del deber objetivo de cuidado. 4.4. El valor, auxiliar y orientativo, del parámetro promedio ajustado a una figura-baremo diferenciada (differenzierte Maßfigur). 5. El límite máximo de la infracción del deber de cuidado: la exigibilidad, objetiva, del empleo de las capacidades especiales. 5.1. Rechazo de la teoría de la referencia exclusiva al promedio. 5.2. Observaciones sobre la teoría de la generalización hacia abajo e individualización hacia arriba. 5.3. La exigibilidad, objetiva, del empleo de las capacidades especiales: observaciones sobre la posición de Luzón Peña, de inexigibilidad del empleo de las capacidades especiales. 5.4. Toma posición sobre la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales en los delitos comisivos imprudentes. 6. Capacidades normales frente a capacidades especiales: identidad en cuanto a la fundamentación de la exigibilidad de su empleo y diferencias en cuanto a su demostrabilidad. 6.1. La aplicación, a las capacidades especiales, de los mismos requisitos o presupuestos en que se basa la exigibilidad del empleo de las capacidades normales. 6.2. La demostrabilidad de las capacidades especiales. V. Conclusiones. Bibliografía.*

---

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

\*\* Presidente de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales): [www.ficp.es](http://www.ficp.es)

## **I. Introducción: planteamiento del problema**

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 del sujeto ha generado en la doctrina, tanto en el marco del tipo

objetivo -en la imputación objetiva- como en el subjetivo del tipo imprudente- en la infracción del deber objetivo de cuidado- una ardua polémica<sup>1</sup>. Lo cual contrasta, sin embargo, y de forma notable, con el mucho menos discutido reconocimiento de la relevancia de los conocimientos especiales en otros contextos dogmáticos, por ejemplo, en la teoría de la autoría y de la participación (autoría mediata, coautoría, inducción, cooperación necesaria, complicidad)<sup>2</sup>, en la figura del agente provocador<sup>3</sup>, o en el marco del estado de necesidad<sup>4</sup>.

Los problemas que surgen en la práctica sobre los conocimientos y capacidades especiales superiores de un sujeto se plantean sobre todo en los hechos no dolosos<sup>5</sup>, bien sea en el marco de la infracción del deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes<sup>6</sup> o bien en el de la imputación objetiva. Y pueden referirse tanto a delitos comisivos como a delitos omisivos propios y de comisión por omisión<sup>7</sup>.

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 empleo<sup>8</sup>, 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 conocimientos<sup>9</sup>, considerando también exigible su empleo, sea de forma general<sup>10</sup>, o sea diferenciada<sup>11</sup>, o incluso total-

<sup>1</sup> Desde una perspectiva general, v. por todos, *Roxin* (2006), § 11, nm. 53 ss. En el ámbito médico, v., entre otros, *Mayer*, (2008), 272.

<sup>2</sup> *Puppe* (1984), 101 ss.; *Christmann* (1997), 115 ss.; *Geppert* (1997), 358, 360; *Charalambakis* (2001), 625 ss.; *Greco* (2005), 519-554; *Miró Llinares* (2009), 2009, 99 ss.; *Baun* (2019), 146 ss.

<sup>3</sup> Sobre la base de que, por sus conocimientos especiales, el agente provocador no pretende atacar el bien jurídico típicamente protegido, sino precisamente evitar su lesión, la doctrina prácticamente unánime defiende su impunidad. V. *Roxin* (2014), § 26, nm. 21, 26, 28. Asimismo, *Greco* (2005), 545, con la crítica que a este respecto hace a *Jakobs*, quien, a pesar de la relevancia que otorga al rol social, también admite la impunidad.

<sup>4</sup> En el marco del estado de necesidad, para la apreciación del peligro, *Lenckner* (1987), 98; *Schaffstein* (1978), 89-106 (102).

<sup>5</sup> *Roxin* (2006), § 11, nm. 49, n. 142.

<sup>6</sup> Aunque dicha infracción -y la más grave- va implícita también en los hechos dolosos. Sobre esta cuestión y sobre las posiciones de la doctrina al respecto, en particular *Herzberg* (1987), 537 y (1996), 381; v. *Kudlich* (2020), § 29, nm. 34 y n. 109 s. Asimismo, *Tag* (2000), 178 s.; *Walter* (2006), 171 ss., *Pawlik* (2012), 362 ss. (373).

<sup>7</sup> Así, en relación con los conocimientos especiales, al hilo del ejemplo de *Jakobs* (1989), 271, 273, 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 mesa que oculta tal advertencia. V. *Freund/Rostalski* (2019), 245 ss.

<sup>8</sup> Con amplias referencias de doctrina sobre esta posición, v. *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 139.

<sup>9</sup> Tratamiento semejante que va implícito, por supuesto, para quienes no distinguen ambos conceptos (V. *Corcoy Bidasolo* (2005), 132 ss.), siendo precisa, sin embargo, tal distinción, la cual sigue, por otra parte, la mayoría de la doctrina. No cabe conformarse -advierte *Vacchelli* (2017), 17- con un tratamiento equivalente basado en la idea de que quien conoce más tendrá una mayor capacidad para evitar un determinado resultado y, a la inversa, que quien tiene una mayor capacidad, puede hacerse más fácilmente con los conocimientos necesarios para alcanzar tal fin.

<sup>10</sup> En principio, como se verá más adelante, 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

mente 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<sup>12</sup>.

Para tratar de dar respuesta a estas cuestiones, este trabajo se centra fundamentalmente en las capacidades especiales (lo cual implica, sin embargo, comparativamente, la necesaria referencia a los conocimientos especiales en muchos casos) y en el tipo comisivo imprudente (si bien asimismo se hará referencia a la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales en los supuestos que no constituyen delitos imprudentes de resultado, y en particular en los delitos de omisión).

El objetivo es analizar si las capacidades especiales del sujeto actuante pueden y deben ser relevantes en la determinación de la responsabilidad penal, o si sólo merecen un reproche ético o moral. Y en el caso de afirmar su relevancia penal, determinar en qué lugar sistemático de la teoría del delito corresponde tomarlas en consideración, cuál es el fundamento de la exigibilidad de su empleo, y si existen límites a dicha exigibilidad.

El problema que aquí se plantea no es (o no lo es en primer lugar) determinar si al sujeto actuante, que realiza el hecho sin concurrir en él capacidades especiales que sí concurren en otro u otros sujetos de su ámbito de actuación, le son exigibles dichas capacidades especiales; esto es, que debería tenerlas para llevar a cabo ese

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. Así (incluidos quienes, como veremos, defienden una concepción intermedia, entre las extremas de generalización e individualizadora en todo caso, que consiste en generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba), entre otros: *Herzberg* (1984), 402, 409 s.; *Kuhlen* (1989), 85; *Roxin* (2006), § 11, nm. 56; *Tachezy* (2007), 80; *Krey* (2008 a), § 51, nm. 538; *Jäger* (2015), § 10, nm. 374 ss.; *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 139.

<sup>11</sup> Así, entre los partidarios de la teoría individualizadora, sobre la base del cumplimiento de determinados requisitos o condiciones. Por ejemplo, dependiendo de la competencia del autor, en función del rol, para *Jakobs* (1983), § 7, nm. 50; *del mismo* (2017), 639. Y entre los partidarios del baremo generalizador de la imprudencia, para *Schünemann* (1975 b), 166 s. (capacidades especiales que crean nuevos baremos de cuidado). Para *Mir Puig* (2015), 11/47, dependiendo de si el autor que conoce sus aptitudes especiales y deja de utilizarlas *conscientemente, o de sí, aun estando* especialmente dotado, no estuvo, *sin proponérselo*, a la altura de sus aptitudes y no se comportó mejor que cualquier otro hombre. Para *Cerezo Mir* (1998), 162 ss.; *Cerezo Mir* (1983), 474, s., como delito de comisión por omisión. Para *Luzón Peña* (Trat. s/a), 18/36, n. 44, para quien 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. Siguen asimismo una posición diferenciada, *Vuia* (2002), 3; *Díaz Arana* (2014), 113-165 (117 ss.). Con más amplias referencias respecto de la exigibilidad condicionada, tanto entre los partidarios de la teoría individualizadora como de los defensores del baremo generalizador, v. *Sacher* (2006), 19, n. 25.

<sup>12</sup> Así, entre otros, *Welzel* (1969), 134 s.; *Burgstaller* (1974), 66; *Welzel* (1975), 334 s. (no es típica una acción que no responda o equivalga al deber de cuidado exigido en el tráfico); *Wolter* (1977), 270 s. (de manera diferenciada, según se trate de capacidades privadas o profesionales); *Kaminski* (1992), 92; *Jescheck/Weigend* (1996), § 54 I 3, (los criterios objetivos de la imprudencia contienen el reconocimiento de un límite superior de la responsabilidad que recorta las demandas desorbitadas que se dirigen hacia el individuo sirviendo con ello al principio de igualdad); *Vogel* (2006), § 15, nm. 160 ss. (se deriva del principio de igualdad que si alguien posee casualmente unas capacidades especiales no puede ser juzgado con más rigor que todo el mundo); *Vassilaki* (2011), 384; *Luzón Peña* (2016), 18/30 (con los argumentos que veremos más adelante).

hecho, lo que se analizará en la imprudencia por emprendimiento o asunción. El problema central es aquí este otro: si al sujeto actuante, que realiza el hecho concurriendo en él capacidades especiales que, por ser tales, no concurren en otros sujetos de su ámbito de actuación, le es exigible en la realización de ese hecho el empleo de dichas capacidades especiales.

Algunos de los resultados a los que se llega son, abreviadamente, los siguientes.

Primero: que se trata de una cuestión relativa al tipo de injusto -tanto doloso como imprudente, si bien me centro en éste, como se ha indicado-, y que atañe tanto al tipo objetivo (dentro de la teoría de la imputación objetiva: no es posible juzgar la existencia de un peligro sin tener en cuenta lo que el sujeto sabe y puede<sup>13</sup>, por sus conocimientos, tanto normales como especiales, y lo que el sujeto puede, por sus capacidades, asimismo, normales o especiales) como a la parte subjetiva del tipo imprudente (al núcleo esencial de la conducta imprudente, su desvalor de acción), esto es, a la infracción del deber objetivo de cuidado, que debe seguir un criterio objetivo general para determinar la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales.

Segundo: que, en el análisis dogmático del tipo, las capacidades especiales no constituyen ningún problema diferente al que plantean los conocimientos especiales, en cuanto en ambos casos han de tener el carácter de adquiribles, lo cual es inherente a los conocimientos -que nunca son innatos- pero no a las capacidades.

Tercero: que, sobre la base del mismo análisis, las capacidades especiales tampoco constituyen ningún problema diferente al que plantean las capacidades normales u ordinarias en lo que se refiere al fundamento de su exigibilidad. La diferencia entre ellas es, por el contrario, notoria en cuanto a la prueba o demostración de su concurrencia y posibilidad de empleo. Los requisitos que tienen que concurrir en las capacidades especiales para determinar la exigibilidad de su empleo desde un baremo generalizador de la imprudencia -que es el que debe seguirse- han de ser los mismos que determinan la exigibilidad del empleo de las capacidades normales. Y los requisitos de éstas son, a su vez, los que marcan los límites a la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales, constituyendo su principal escollo su demostrabilidad.

## II. Las capacidades especiales: su significado 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 adjetivo<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Greco (2005), 520.

<sup>14</sup> 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 (2015), 58, ss., 254 ss.; Rauch (2018), 263 ss.; 291 ss.

## 1. *Capacidad o capacidades*

El significado del concepto capacidad (o capacidades) no es unívoco<sup>15</sup>. Varía según la perspectiva o el ámbito desde la que se analice: circulación, médico, industrial, etc.<sup>16</sup>. 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, 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.

En lo que se refiere específicamente 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 cosas<sup>17</sup>. Ahora bien, en el contexto penal de la imputación objetiva y en el de la infracción del deber objetivo de cuidado 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 actitudes<sup>18</sup>.

## 2. *Capacidades especiales*

Otro tanto sucede con el concepto capacidades especiales. 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 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

<sup>15</sup> 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*).

<sup>16</sup> V. *Berghaus/ Grass* (2003), 836; *Hölzen* (2011), 137 ss.; *Stein* (2016), 109 ss.

<sup>17</sup> Así se define en el diccionario de la lengua española, de la RAE

<sup>18</sup> En el mismo sentido, *Greco* (2005), 531, 541.

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*)<sup>19</sup>- y significan que el sujeto actuante, en virtud de sus facultades individuales supera en conocimientos o capacidades a dicha figura-baremo, de semejante posición<sup>20</sup>.

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

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, generalmente, 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 *Roxin*<sup>21</sup>, 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. Sin embargo, existen también supuestos especiales, en que los conocimientos o capacidades del sujeto actuante son superiores o mayores que los concurrentes en esos otros sujetos en su mismo ámbito de actuación. Y es aquí donde surge el problema, central y muy discutido, de si y en qué medida es jurídico-penalmente exigible al sujeto actuante el empleo de sus conocimientos o capacidades especiales<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> En el contexto del Derecho civil, v. *Tomás Martínez* (2015), 57-103.

<sup>20</sup> Conocimiento especial, observa *Greco* (2005), 553, es el conocimiento que posee el autor, y que supera el conocimiento del que dispone una figura baremo objetiva. Lo cual es distinto a que dicha figura baremo no podría adquirir y poseer ese conocimiento. V. *Serrano González de Murillo* (2011 b), 352.

<sup>21</sup> *Roxin* (2006), § 11, nm. 40; en el mismo sentido, entre otros, *Timpe* (1983), 111 ss., *Maurach / Schroeder / Maiwald* (2005), § 43, nm. 20, *Küper / Zopfs* (2018), 164 s.

<sup>22</sup> La doctrina que se ha manifestado al respecto (más en relación con los conocimientos especiales que con las capacidades especiales) se muestra muy mayoritariamente a favor de que para indagar esa prognosis objetiva posterior hay que incluir los conocimientos especiales. Así, entre otros: *Brehm* (1973), 128-130; *Burgstaller* (1974), 65; *Schünemann* (1975 b), 159-177; *Wolter* (1977), 257-274 (269); *Frisch* (1983), 431 ss.; *Bockelmann/Volk* (1987), 66; *Frisch* (1988), 71; *Herzberg* (1987), 536 ss.; *Maurach/Zipf* (1992), § 18 nm. 32 s.; *Jes-*

### 3. *La interrelación conocimientos-capacidades: capacidades innatas y capacidades adquiribles*

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<sup>23</sup>.

Ahora bien, entre los conocimientos y las capacidades debe advertirse una diferencia sustancial, lo cual creo constituye una de las razones por las que un sector de la doctrina, el mayoritario, aplica el mismo tratamiento en ambos casos (porque, muchas veces sin entrar en el fondo se parte de que no existe diferencia entre ellos), y otro sector (y de forma particularmente relevante, entrando en el fondo, *Luzón Peña*<sup>24</sup>) un tratamiento diferenciado. A saber. Aunque la cuestión es discutida -incluso entre los defensores del denominado innatismo- en lo que se refiere a los conocimientos<sup>25</sup>, éstos (no así los instintos o las estructuras mentales) nunca son innatos, sino siempre adquiridos. Mientras que las capacidades gozan sin duda de ese doble carácter<sup>26</sup>, de innatas (*angeborene Fähigkeiten*) y de adquiridas (*erworbene Fähigkeiten*).

Las capacidades especiales son en su mayoría adquiridas, como consecuencia del desarrollo de imprescindibles aptitudes o facultades innatas mínimamente necesarias. Con la expresión “ya no me siento capaz”, o “he perdido facultades” se alude generalmente<sup>27</sup>, no a las condiciones, facultades o aptitudes innatas, sino a las adquiridas. Sólo respecto de éstas es posible -como veremos- fundamentar la exigibilidad de su empleo. Quien carece de brazos y piernas no puede ser capaz de correr, nadar, esquiar, etc., pero quien dispone de esos miembros podrá aprender a

*check/Weigend* (1996), § 55, I; *Kaminski* (1992), 87; *Köhler* (1997), 184; *Schünemann* (1999), 207, 216 s.; *Schönke/Schröder/ Cramer* (2001), § 15, nm. 139; *Otto* (2004), § 7, nm. 15; *Greco* (2005), 519; *Roxin* (2006), § 11, nm. 40 s. § 24, nm. 61; *Sacher* (2006), 34 ss.; 188 ss.; *Safferling* (2008), 195; *Sirch* (2008), 179 s.; *Stratenwerth/Kuhlen* (2011), § 15, 306 ss.; *Tofahrn* (2013), 40, nm. 76; *Zieschang* (2014), nm. 432; *Hoffmann-Holland* (2015), 318, 335; *Mir Puig* (2015), 11/41; *Heinrich* (2016), nm. 1038; *Kröger* (2016), 174 ss. 184 ss.; *Luzón Peña* (2016), 18/30; *Baumann / Weber / Mitsch / Eisele* (2016), § 10 nm. 70; *BautistaPizarro* (2017), 48 s.; *Eisele/Heinrich* (2017), 679; *Jakobs* (2017), 639 (en función del rol del sujeto); *Kühl* (2017), § 17 nm. 13 ss.; *Puppe* (2017), Vor § 13, nm. 160 ss.; *Baun* (2019), 144 ss.; *Wessels/Beulke/Satzger* (2015), § 18 nm. 1101 ss. (1115 ss.); *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 139.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> *Luzón Peña* (Trat. s/a), 18/36 ss.

<sup>25</sup> *V. Singer* (2000), 518-528; *Hecht/Desnizza* (2012), 43 ss.; *Götzmann* (2015), 16 ss.

<sup>26</sup> Sobre el concepto capacidades innatas y adquiridas, v. *Kamaras* (2003), 13; *Wickler* (2008), 97 ss. Más concretamente en el marco del Derecho penal, *Hallmann* (2017), 37 ss.; *Betsching* (2018), 14 ss.; *Weinhardt* (2018), 29 ss., 51 s.

<sup>27</sup> No siempre, por supuesto, pues también cabe pensar, por ejemplo, en la merma de agilidad mental, pérdida de visión, etc.



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.

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, y por tanto, ni siquiera en principio, podrá ser exigible su empleo para la evitación de un resultado desde un criterio objetivo-general. Pero éstas son las menos y, por otra parte, salvo posibles excepciones<sup>28</sup>, 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.

### **III. Síntesis de las diferentes posiciones doctrinales sobre la imprudencia y su repercusión en la relevancia de las capacidades especiales**

La respuesta al problema de la exigibilidad del empleo de las 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 que, en algunos casos –como sucede sobre todo entre quienes comparten el baremo objetivo para la determinación de la imprudencia- derivan en conclusiones opuestas respecto de dicha exigibilidad.

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 imprudente<sup>29</sup>.

#### **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 totali-

<sup>28</sup> Como veremos posteriormente en el ejemplo de la ginecóloga que por tener unas manos extremadamente pequeñas 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.

<sup>29</sup> Sacher (2006), 15 ss.

dad de los delitos culposos -decía *Maurach*<sup>30</sup>- 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<sup>31</sup>, se consideraban<sup>32</sup> 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<sup>33</sup> 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.

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 *Mezger*<sup>34</sup>- 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)<sup>35</sup> 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 comprendidas aquí tanto las capacidades especiales innatas o personalísimas, como las adquiridas.

<sup>30</sup> *Maurach* (1962), 226.

<sup>31</sup> V. *Luzón Peña* (2016), 18/9.

<sup>32</sup> V. con abundantes referencias doctrinales en el mismo sentido (entre otros, de *Binding*, *Exner*, *Frank*, y *Mannheim*), *Mezger* (1957), 184, n. 1.

<sup>33</sup> En el concepto clásico de la imprudencia también se defendió ocasionalmente, por ejemplo, entre otros, por *Maurach* (1962), 229, una teoría del doble baremo o del doble criterio para la determinación de la imprudencia.

<sup>34</sup> *Mezger* (1957), 185-186, donde asimismo reproduce parte de la sentencia del *Reichsgericht*, J. 56, 343 (349).

<sup>35</sup> Por lo que alcanzo a ver, el análisis se restringía exclusivamente a los conocimientos especiales y su relevancia respecto de, por ejemplo, la previsibilidad, exigibilidad, razonabilidad, sensatez (*Voraussehbarkeit*, *Zumutbarkeit*).

## 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 incumplimiento de las normas de cuidado o diligencia (*Sorgfaltswidrigkeit*) o -con otras formulaciones-, por ejemplo, para *Welzel*<sup>36</sup>, como lesión del deber de cuidado requerido en el tráfico, o, para *Luzón Peña*<sup>37</sup>, 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 diferencia respecto del dolo) a objeciones jurídico-constitucionales<sup>38</sup>, 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*)<sup>39</sup> y de lo cual se va a derivar la diferenciada posición doctrinal acerca de, entre otras cosas, la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales.

El fundamento de estas diferentes posiciones doctrinales sobre el baremo es asimismo diverso<sup>40</sup>. 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. Posteriormente, la posición de la doctrina discurre entre quienes mantienen el criterio de la individualización de la imprudencia y quienes defienden, de forma absoluta o limitada, un baremo objetivo. Muy relevante a estos efectos es, por ejemplo, si se considera -así *Roxin*<sup>41</sup>- que el criterio de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación; si en lugar del criterio de la infracción del deber de cuidado debe recurrirse a una ponderación general del riesgo para determinar la conducta imprudente (ponderación entre utilidad y riesgo; entre el interés

<sup>36</sup> *Welzel* (1969), 130-133, *Welzel* (1975), 333, n. 57.

<sup>37</sup> *Luzón Peña* (2016), 18/9.

<sup>38</sup> V. por todos, con numerosas referencias doctrinales al respecto, *Duttge* (2001), 202 ss.

<sup>39</sup> V. entre otros muchos, *Engisch* (1930), 269 ss., diferenciando, frente al deber de cuidado externo, el deber de cuidado interno: la obligación del sujeto de procurar el conocimiento del hecho concreto, así como, *Engisch* (1931), 55, entendiendo por persona sensata o prudente, es decir, por figura modelo, al sujeto exento de deficiencias que afecten a la capacidad de conocimiento; *Maurach/Zipf* (1992), § 18, nm. 32 s.; *Jescheck/Weigend* (1996), § 54 I 3; *Otto* (2004), § 8, nm. 162; *Hähle* (2008), 32 ss.; *Krey* (2008 a) § 51 nm. 531, 538; *Gropp* (2015), § 12, nm. 65 ss.; *Jäger* (2015), § 10, nm. 374 ss.; *Kühl* (2017), § 17 nm. 13 ss.; *Lackner/Kühl* (2018), § 35, nm. 38; *Freund/Rostalski* (2019), § 5, nm. 1 ss. (nm. 30).

<sup>40</sup> V. *Luzón Peña* (Trat. s/a), 18/13 ss.

<sup>41</sup> *Roxin* (2006), § 24/13. En el mismo sentido, *Wolter* (1977), 257-274 (266 s.); *Weigend* (2002), 132 ss.; *Yamanaka* (2012), 182 s. Crit. y en particular en lo que se refiere a los conocimientos y capacidades especiales, *Duttge* (2017), § 15, nm. 103; similar, *Feiler* (2011), 72 s.

por la ejecución de la conducta peligrosa, por otro lado, y, por otro lado, el interés por la integridad de los bienes jurídicos que se ponen en peligro), y la importancia que a esto se le otorgue, estableciendo incluso una escala de requisitos, como propone *Schünemann*<sup>42</sup>, según se trate de acciones de lujo, acciones socialmente comunes, socialmente útiles y socialmente necesarias.

En resumen, los problemas que aquí se plantean, y sobre cuya solución discrepan las diversas teorías, que veremos a continuación, son los siguientes: se discute, por una parte, si la infracción del deber de cuidado debe determinarse sólo según criterios objetivos, o sólo en función de las capacidades individuales del sujeto y, por otra parte, si es compatible con un criterio objetivo tomar en consideración los conocimientos y las capacidades especiales del sujeto actuante, o sólo los conocimientos.

Ciertamente, entre las diversas teorías, la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales no planteará en principio mayor problema para las concepciones individualizadoras de la misma. Y asimismo tampoco lo planteará su inexigibilidad para quienes defienden que el alcance del deber que incumbe al sujeto se determina exclusivamente según las exigencias promedio del correspondiente ámbito del tráfico.

### 3. *La teoría del doble baremo, o teoría de los dos peldaños*

La doctrina mayoritaria<sup>43</sup> 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)<sup>44</sup> y, como medio auxiliar, en referencia a una figura-baremo diferenciada<sup>45</sup>.

La acción típica se describe así, negativamente, como -en expresión de *Welzel*<sup>46</sup>- 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, me-

<sup>42</sup> *Schünemann* (1975 a), 575.

<sup>43</sup> Sobre las referencias concretas a la doctrina que defiende esta teoría del doble baremo (entre otros, *Blei, Bockelmann/Volk, Burgstaller, Engisch, Eser, Eisele, Hirsch, Jescheck/Weigend, Armin Kaufmann, Kienapfel, Kindhäuser, Krey, H. Mayer, Niese, Rudolphi, Schünemann, Ulsenheimer, Vogel, Welzel, Wessels*), v. por todos, *Roxin* (2006), § 24 nm. 54, n. 80, y *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 118.

<sup>44</sup> V. *Luzón Peña* (Trat. s/a), 18/30.

<sup>45</sup> V. *Roxin* (2006), § 24, nm. 34, 54.

<sup>46</sup> *Welzel* (1954), 97; *del mismo* (1969), 132.

diante 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.

#### **4. La teoría de la referencia exclusiva al promedio**

Un amplio sector de la doctrina<sup>47</sup> 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.

#### **5. La teoría, totalmente opuesta, de la referencia exclusiva a los conocimientos y capacidades individuales del sujeto: la teoría individualizadora o del criterio individualizador de la imprudencia**

En el otro extremo, la concepción individualizadora de la imprudencia es defendida por un amplio y relevante sector de la doctrina<sup>48</sup>. 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*)<sup>49</sup> porque incluso la realización del tipo de la imprudencia depende en todo caso de la capacidad individual del sujeto.

<sup>47</sup> Entre otros, *Engisch* (1930), 269; *Gallas* (1955), 42; *Mezger* (1957), 184-186; *Jescheck/Weigend* (1996), § 54 I 3; *Welzel* (1969), 134 s.; *Maurach/Gössel/Zipf* (2014), § 43, nm. 33 ss.; *Rengier* (2017), § 52, nm. 15. Más amplias referencias sobre otra doctrina de esta misma posición (*Burgstaller, v. Hippel, Arthur Kaufmann, Boldt, Henkel, Lenckner, Maihofer, Niese, Vogel, Triffterer*), en *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 141 y *Puppe* (2017), Vor § 13, 160, nm. 220.

<sup>48</sup> Entre otros, por *Jakobs* (1983), § 9, nm. 8 ss.; *Rudolphi* (1984), 69 ss., 79 s. (como medio preventivo general y especial, la pena sólo es adecuada para combatir o solucionar acciones aquellas acciones que son posibles para el autor individual sobre la base de su capacidad para controlar su comportamiento externo); *Burkhardt* (1996), 99 ss.; *Rath* (2002), 536; *Otto* (2004), § 7 nm. 15; *Stratenwerth/Kuhlen* (2011), § 15 nm. 15; *Freund* (2008), 149 ss.; *Kolb* (2008), 54; *Günther* (2016), 207 ss.; *Gropp* (2015), § 12, nm. 85, 135; *Duttge* (2017), § 15, nm. 95 ss. (100), quien, asimismo se pronuncia en este sentido - *Duttge* (2014), 721- en la recensión al libro de *Staudt* (2012); *Freund* (2017), Vor. § 13 nm. 179 ss., 291 ss. Para más amplias referencias sobre otra doctrina de esta misma posición, v. *Roxin* (2006), § 24 nm. 55, n. 83; *Duttge* (2017), § 15, nm. 100; *Sacher* (2006), 20, n. 26.

<sup>49</sup> V. *Wessels/Beulke/Satzger* (2015), § 18, 1101 s.

En consecuencia, desde este planteamiento se afirma -a veces de forma diferenciada<sup>50</sup>- 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<sup>51</sup>.

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*<sup>52</sup>, 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*, 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*<sup>53</sup>, 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<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Por ejemplo, para la teoría funcional de *Jakobs* dependerá de la competencia del autor. *Jakobs* (1983), § 7, nm. 50; *del mismo* (1999), 45 ss. (56 y n. 42).

<sup>51</sup> V. *Roxin* (2006), § 24, nm. 55

<sup>52</sup> *Struensee* (1987), 53 ss. V. *Röttger* (1993), 65 ss.; *Gropp* (2015), § 12, nm. 152 ss.; *Duttge* (2001), 126 ss.; *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 119.

<sup>53</sup> *Stratenwerth* (1985), 285 ss. (290). Igualmente, en *Stratenwerth* (2017), 395-412 (400 s.).

<sup>54</sup> *Stratenwerth* (1985), § 15, nm. 15. En el mismo sentido, *Duttge* (2001), 81.

#### IV. La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales: posición propia

##### 1. *La posición de la que aquí se parte*

De acuerdo con un baremo objetivo-general es en principio exigible en los delitos imprudentes de resultado el empleo de las todas las capacidades especiales, siempre y cuando éstas tengan el carácter de adquiribles. Es decir, que sean susceptibles de aprendizaje, desarrollo, actualización, etc. El empleo -además- de las capacidades exclusivamente innatas o personalísimas puede ser exigible, según los casos, en los supuestos que no constituyen delitos de resultado, y en particular en la omisión.

##### 2. *La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales como problema de tipicidad, ya del tipo objetivo*

###### 2.1. *La exigibilidad el empleo de las capacidades especiales como problema de tipicidad: rechazo de la concepción clásica de la imprudencia*

La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales en los delitos imprudentes de comisión activa constituye un problema de tipicidad, tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo<sup>55</sup>. Resulta por tanto rechazable la concepción clásica, que contemplaba la imprudencia exclusivamente en la culpabilidad.

Por una parte, dicha concepción es rechazable por la sobredimensionada relevancia que otorga a la causalidad. Pues, entre otras críticas más específicas sobre esta cuestión, la sola causación del resultado no significa (no agota) la total realización del tipo imprudente, porque esto sólo es posible y encuentra su fundamento integrando en el tipo el desvalor de la conducta. La norma no puede prohibir la mera causación, sino sólo una conducta contraria al cuidado debido<sup>56</sup>. *Welzel*<sup>57</sup>, para quien esta crítica, compartida en general, se acentúa con su concepto final de acción, observa que ya en 1930 había advertido con toda claridad *Engisch*<sup>58</sup> que la infracción del deber objetivo de cuidado es un problema de injusto, y no de culpabilidad. Esta relevancia otorgada a la causalidad por la concepción clásica de la imprudencia se debe, ciertamente, a que dicha concepción, en el momento histórico en que surge, en Alemania, se orientaba a los delitos de resultado y a que eran pocos los delitos imprudentes contemplados entonces en el Derecho penal, en el cual el mayor desarrollo dogmático se refería a los hechos dolosos.

<sup>55</sup> La posición sistemática que corresponde a los conocimientos y capacidades individuales -observa *Vaccelli* (2017), 9, n. 24-, dado el carácter personal de estos elementos, podría pensarse que se corresponden a la parte subjetiva del tipo, sin embargo, de la mano de la moderna teoría de la imputación objetiva, los mismos deben integrar -si bien con controversias- el tipo objetivo.

<sup>56</sup> *V. Duttge* (2017), § 15, nm. 89; *Roxin* (2006), § 10, nm. 93, § 24, nm. 4.

<sup>57</sup> *Welzel* (1954), 96.

<sup>58</sup> *Engisch* (1930), 344 ss.

Por otra parte, la crítica a la teoría clásica de la imprudencia también alcanza a su concepción psicológica de la culpabilidad, basada en el nexo psicológico de unión del sujeto y el hecho, y a las fórmulas al uso para su determinación. Pues éstas -como advierte *Luzón Peña*<sup>59</sup>- son inexactas en determinados casos o condiciones: así, en los delitos no de resultado, sino de mera conducta, en la imprudencia inconsciente. Y porque incluso puede haber supuestos en que exista el nexo psicológico de conexión con el hecho y sin embargo no haya imprudencia. De todos modos, advierte *Sternberg-Lieben/Schuster*<sup>60</sup> que el valor de esta concepción clásica del delito imprudente, según la cual la delimitación del deber de cuidado no se ajusta al baremo medio, radica en todo caso en afirmar la exigibilidad de las capacidades especiales superiores del sujeto actuante, superiores a la media.

## 2.2. *La moderna teoría del delito y la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales como problema (sólo o también) del tipo objetivo: de la imputación objetiva del resultado*

La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales (al igual que de los conocimientos especiales) va ya implícita en el tipo objetivo, sin que ello suponga una quiebra del sistema<sup>61</sup>.

A partir del concepto finalista de delito, considerados el dolo y la imprudencia como elementos del tipo, y no como formas de culpabilidad, la posición doctrinal, prácticamente general, es la de incluir los conocimientos y las capacidades especiales en el tipo de injusto: o bien en la parte subjetiva del tipo imprudente (en el núcleo esencial de la conducta imprudente, en su desvalor de acción: la infracción del deber objetivo de cuidado), o bien ya -sólo o además, como después veremos- en su parte objetiva, dentro de la teoría de la imputación objetiva. Con independencia de sus discrepancias, ambas posiciones se encuentran ante dificultades similares para la resolución del problema y comparten en muchos casos las mismas interpretaciones sobre el significado y la valoración de los conocimientos y capacidades especiales. En ambos casos, el carácter subjetivo-individual de dichos conocimientos y capacidades plantea el mismo problema de fondo: en la infracción del deber objetivo de cuidado, cómo integrar esas facultades subjetivas especiales en los juicios objetivos de previsibilidad y de diligencia; en la imputación objetiva, cómo se pueden tomar en consideración circunstancias subjetivas en una imputación que se denomina a sí misma objetiva<sup>62</sup>, sin que eso implique una quiebra del sistema.

<sup>59</sup> *Luzón Peña* (Trat. s/a), 18/11.

<sup>60</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 114.

<sup>61</sup> *Greco* (2005), 520; *Sacher* (2006), 261; *Goeckenjan* (2017), 143 s., 274 ss. Apreciando una dosis de “subjetivización” de la atribución objetiva por el hecho de tomar en consideración los conocimientos especiales, *Varela* (2016), 388.

<sup>62</sup> Observan Cancio Meliá / Ferrante / *Sancinetti* (1998), 51, que debería resultar al menos curioso que una teoría se pretenda a sí misma como furibundamente objetiva al determinar los límites de la tipicidad, cuando lo hace bajo la condición resolutoria subjetiva de un conocimiento superior, distinto, del autor individual.



Pues bien, el carácter subjetivo-individual de los conocimientos y las capacidades especiales del sujeto actuante, cuyo carácter comparten igualmente los conocimientos y capacidades normales, no impide su integración en los juicios objetivos de previsibilidad y de diligencia, ni dicha integración en el tipo objetivo implica una quiebra del sistema. Pues lo determinante a estos efectos -como advierte *Roxin*<sup>63</sup>- es que el resultado de la valoración, y no su objeto, sea algo objetivo. Ese carácter subjetivo-individual no impide su valoración desde un baremo objetivo, en cuanto éste ha de ser el baremo determinado sobre el nivel de exigencia igualitario respecto de sujetos de características semejantes y que, por tanto, constituyen la referencia comparativa.

### 2.2.1. Capacidades especiales, finalidad del Derecho penal y función del tipo: quien más puede más debe

La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales responde a la finalidad fundamental del Derecho penal, consistente en la protección de bienes jurídicos, lo que implica la aceptación de un concepto de peligro basado en el conocimiento y la capacidad del autor. Asimismo, con dicha exigibilidad se cumple la función político criminal del tipo, de determinación de los límites externos de lo prohibido y de lo permitido, de forma que las capacidades especiales ya son relevantes en el tipo objetivo en la medida en que resulten necesarias para la determinación de aquellos límites<sup>64</sup>.

No es posible juzgar la existencia de un peligro sin tener en cuenta lo que el sujeto sabe (por sus conocimientos, tanto normales como especiales) y lo que el sujeto puede (por sus capacidades, asimismo, normales o especiales). Esto implica una relativización del alcance de los deberes abarcados por el tipo, en atención al sujeto normal que sirve de baremo para el injusto<sup>65</sup>. En la medida en que un sujeto especialmente capacitado puede aportar más que un sujeto medio al deber de cuidado, también está obligado a un mayor deber de cuidado. Una mayor capacidad de actuación (o de rendimiento) individual obliga a una mayor precaución o cuidado, de lo que se deriva que todo sujeto debe aportar lo óptimo de lo que sea capaz para la evitación de peligros. Y este planteamiento, además de ser defendido -por supuesto- por los partidarios del criterio individualizador de la imprudencia, también es compatible con el criterio de determinación objetivo-general<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> El tipo objetivo -advierte *Roxin* (2006), § 11, nm. 56- no se llama objetivo porque la atribución al mismo se base en hechos exclusivamente objetivos, sino porque el resultado de la atribución o imputación -por ejemplo, la existencia de una acción homicida o de lesión- es algo objetivo.

<sup>64</sup> Es aplicable aquí, a las capacidades, la misma posición que, respecto de los conocimientos, manifiestan *Greco* (2005), 553 s. y *Roxin* (2006), § 11 nm. 56.

<sup>65</sup> V. *Mir Puig* (2015), 11/41 ss.

<sup>66</sup> Con amplias referencias sobre esta coincidencia entre los defensores de las diferentes posiciones, v. *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 138 s.

### 2.2.2. Tratamiento comparativamente igual al sujeto con capacidades normales: exclusión de las capacidades no adquiribles (innatas o personalísimas)

Deben evitarse las lesiones evitables de bienes jurídicos. El empleo de las capacidades especiales del sujeto actuante para evitar dichas lesiones sólo es jurídico-penalmente exigible cuando y porque a ese sujeto actuante el Derecho no le exige comparativamente más que lo requerido a un sujeto con capacidades normales<sup>67</sup>. 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. Y esto implica que, en cualquier caso, ha de tratarse de capacidades adquiribles, excluyendo, por tanto, las innatas o personalísimas, pues el tipo -como norma dirigida a todos, como destinatarios- nunca podrá exigir lo que el destinatario de la norma no puede conseguir. Estas capacidades especiales innatas son, a estos efectos, comparables a las exclusivamente imaginables en hipótesis. Por ejemplo, que el sujeto sea invisible, o que pueda volar. El tipo -al menos en los delitos comisivos- sólo puede tratar de motivar respecto de aquello que se puede adquirir, es decir, de lo que es susceptible de aprendizaje y, en esa medida, de actualización, mejora o perfeccionamiento<sup>68</sup>. A la ginecóloga que, por tener unas manos extremadamente pequeñas, que incluso ha utilizado con éxito en partos anteriores en lugar del fórceps por considerar que éste podría ser más peligroso para el feto, no le es exigible el empleo de sus manos en el nuevo parto al que asiste, ni infringe por ello el deber objetivo de cuidado si el feto sufre algún daño por el uso del fórceps de acuerdo con la *lex artis*.

### 3. ***La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales como problema (también) del tipo subjetivo: el doble límite -mínimo y máximo- de la exigibilidad del empleo de las capacidades, requerido por el deber objetivo-general de cuidado***

La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales constituye también, y fundamentalmente, un problema del tipo subjetivo<sup>69</sup>. La imprudencia requiere la infracción de un deber objetivo-general de cuidado, y este imprescindible prisma objetivo-general marca un doble límite a la exigibilidad del empleo de las capacidades del sujeto. Mínimo: lo que la norma espera, como mínimo, de cualquier sujeto, con independencia de sus capacidades. Y máximo: lo que la norma puede exigir, como máximo, a un sujeto con capacidades especiales.

En ambos casos, la realización del tipo imprudente por el hecho de que el sujeto no emplee sus capacidades - sean normales u ordinarias o sean especiales- dependerá de si con ello se infringe un deber objetivo-general de cuidado, y no de lo que

<sup>67</sup> Roxin (2006), § 24 nm. 56 ss.; Mehringer (2007), 160.

<sup>68</sup> En sentido similar, Sacher (2006), 271 y n. 308.

<sup>69</sup> Sobre el cuestionamiento metodológico que supone la “doble” consideración de los conocimientos especiales, en el tipo objetivo y en el tipo subjetivo, v. Serrano González de Murillo (2011 a), 645-646.

para el sujeto es individualmente posible, en función de sus capacidades, pues esto supondría un grave quebranto para la protección de bienes jurídicos<sup>70</sup>.

Ciertamente, la resolución del problema de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales en el marco -sólo o también- del tipo objetivo depende del significado y alcance que se otorgue a los conceptos imputación objetiva e infracción del deber objetivo de cuidado. Pues el planeamiento de esta problemática en el tipo subjetivo de la imprudencia -por constituir la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales un problema que ha de resolverse con los criterios de determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado- no lo comparten, sin embargo, quienes consideran que no es preciso recurrir a estos criterios porque nada añaden a los criterios de imputación objetiva.

Frente a la posición doctrinal que diferencia ambos conceptos, asignándoles a los mismos un significado y alcance no equivalentes<sup>71</sup> (con frecuencia sobre la base de la distinción entre injusto de la acción, por la contrariedad al cuidado debido, e injusto del resultado, por previsibilidad del mismo o por encajar en el fin de protección de la norma)<sup>72</sup>, se considera también por un amplio sector (en el cual hay que destacar especialmente a *Roxin*<sup>73</sup> por los argumentos esgrimidos al respecto y por su seguimiento por parte de otros muchos autores)<sup>74</sup>, que el tipo de los delitos imprudentes se colma mediante la teoría de la imputación objetiva: un resultado que se imputa al tipo objetivo está causado imprudentemente, sin que se precise ulteriores criterios<sup>75</sup>. En consecuencia, para *Roxin* la exigibilidad del empleo de las

<sup>70</sup> En el mismo sentido, *Schmidhäuser* (1975), 151 ss., *Cerezo Mir* (1983), 473.

<sup>71</sup> V. por todos, con amplias referencias doctrinales sobre las diferentes posiciones, *Duttge* (2017), § 15, nm. 103, y *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 116.

<sup>72</sup> *Jescheck/Weigend* (1996), § 55, I y II.

<sup>73</sup> Destaco textualmente esta posición. *Roxin* (2006), § 24, nm. 10: “Es correcto que el tipo de los delitos imprudentes, en la medida en que no contenga una descripción adicional de la conducta, se colma mediante la teoría de la imputación objetiva: un resultado que se imputa al tipo objetivo está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores criterios. En realidad, tras la característica de la infracción del deber de cuidado se esconden distintos elementos de imputación que caracterizan los presupuestos de la imprudencia de manera más precisa que tal cláusula general.” Asimismo, en *Roxin* (2006), § 24 nm. 6: “... está fuera de discusión que en amplios sectores el riesgo permitido marca el límite a partir de cuya superación comienza la imprudencia. Lo que está amparado por el riesgo permitido no es por tanto imprudente; pero lógicamente un riesgo permitido no puede estar sólo disculpado, sino que ha de hacer que desaparezca ya el injusto”.

<sup>74</sup> Entre ellos, por ejemplo, observa *Yamanaka* (2012), 185, que en Derecho penal japonés se resuelven en la teoría de la imputación objetiva (esto es, desde su planeamiento coincidente con el de *Roxin*, en el riesgo permitido), la infracción del deber de cuidado, la causalidad de la imprudencia y la evitabilidad. Este planteamiento del Derecho penal japonés se corresponde con la posición años antes manifestada por él - *Yamanaka* (1990), 928 ss. (944) y destacada por *Roxin* (2006), § 24, nm. 10, n. 16 - en el sentido de que la contrariedad objetiva al cuidado debido no poseería una significación autónoma dentro del concepto de imprudencia, sino que sería absorbida en el criterio de la imputación objetiva. V. *Sacher* (2006), 16, n. 3; *Feiler* (2011), 71 s.

<sup>75</sup> Observa *Roxin* (2006), § 24, nm. 12: “... el elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación ... Tampoco se pueden separar entre sí, como sucede con tanta frecuencia, la infracción del deber de cuidado y la imputación del resultado, porque los presupuestos de la imputación son idénticos a los de la infracción del deber de cuidado”. Y añade, *Roxin* (2006), § 24 nm. 13): “... para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva.”

capacidades especiales constituye exclusivamente un problema relativo al tipo objetivo, pues viene a sustituir en el delito imprudente el criterio de la infracción del deber de cuidado por los criterios de la imputación objetiva, concretamente por los requisitos de la creación de un riesgo no permitido y de que el riesgo y el resultado encajen en el fin de protección del tipo.

Si bien es cierto que *Roxin*<sup>76</sup> aborda el tema de los conocimientos y de las capacidades especiales -y con particular referencia a éstas- en el marco de la parte subjetiva del tipo imprudente, eso lo hace exclusivamente, como él mismo advierte, para determinar -sobre la base de lo que la doctrina ha ido precisando para la constatación de la infracción del deber de cuidado- lo que se ha de considerar “creación de un riesgo no permitido”, pero como criterio de la imputación objetiva. Y desde este planteamiento, lógicamente, las consecuencias derivadas de la aplicación del criterio de la infracción del deber de cuidado nunca podrán ser distintas a las derivadas de la aplicación de los criterios para la imputación objetiva. Más concretamente: desde este planteamiento en el cual para la imputación objetiva no basta con la creación y realización en el resultado de un riesgo mínimamente relevante a efectos típicos, como indicio de antijuridicidad penal<sup>77</sup>, sino que exige la creación y realización de un riesgo “jurídicamente desaprobado” no sería posible admitir, por ejemplo -como *Luzón Peña*<sup>78</sup> expresa y acertadamente admite- que “puede haber en principio infracción del deber de cuidado y por tanto imprudencia y sin embargo no imputarse objetivamente el resultado -p. ej. por no realizarse finalmente el peligro inherente a la acción imprudente-, y a la inversa, una conducta, a la que sí se le puede imputar objetivamente el resultado como obra suya por realizar un peligro relevante creado por ella, puede no ser imprudente, sino diligente -p. ej. por estar amparada por el principio de confianza o no superar los niveles de riesgo permitido por la norma de cuidado-“.

No cabe duda de que en el contexto de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales (y también de los conocimientos) puede generarse la tendencia -quizá más que en otros casos- a interpretar inadecuadamente el delito comisivo imprudente como un delito de omisión del cuidado requerido. Y de que, ciertamente, el elemento de la infracción del deber de cuidado también entraña la tendencia a ese falso entendimiento; lo cual contribuye a agravarlo. Esta es una más de las razones, aunque no la principal, por las que *Roxin*<sup>79</sup> considera prescindible el elemento infracción del deber de cuidado y aboga por sustituirlo por los criterios generales de imputación, que considera más precisos y que no producen esa impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado

<sup>76</sup> *Roxin* (2006), § 24, nm. 14.

<sup>77</sup> En contra de este planteamiento de *Roxin*, con numerosos y profundos argumentos, v. *Luzón Peña* (Trat. s/a), 15/72 ss., 142 s., 18/31.

<sup>78</sup> *Luzón Peña* (Trat. s/a), 15/143.

<sup>79</sup> *Roxin* (2006), § 24, nm. 12.

debido. Esta advertencia es acertada, y particularmente en el mencionado contexto de las capacidades especiales, como lo demuestran muchos de los ejemplos al uso por parte de la doctrina, así como, entre otros, los argumentos de *Stratenwerth*<sup>80</sup>, ya indicado, de la relación estructural semejante entre el delito de omisión y el delito imprudente, o el del propio *Roxin*<sup>81</sup>, de que no puede suceder aquí algo distinto a lo que sucede en los delitos de omisión.

Pues bien, el recurso al criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado no ha de implicar de suyo la conversión del delito comisivo imprudente en un delito de omisión (del cuidado debido) ni debe derivar, por tanto, en la sustitución de dicho criterio por los criterios de imputación objetiva, salvo que para afirmar ésta se exija la creación de un peligro amparado por riesgo permitido, en lugar de ser suficiente para dicha imputación la creación y realización en el resultado de un riesgo mínimamente relevante a efectos típicos, como indicio de antijuridicidad penal, correspondiendo, por tanto -en la parte subjetiva del tipo imprudente- al criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado la determinación de si se superan o no los límites de riesgo permitido por la norma de cuidado.

La cuestión es sin duda discutible tanto desde una perspectiva general<sup>82</sup> como aplicada a la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales. Pero en cualquier caso se tratará, sobre todo, como veremos, de un problema de demostrabilidad de la concurrencia de dichas capacidades y de la posibilidad de su empleo.

#### **4. La medida mínima de la infracción del deber de cuidado, independiente de las capacidades del sujeto**

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.

Si el sujeto, por sus deficientes capacidades, no está en condiciones de cumplir ese mínimo, lo que cabe apreciar es -como observa *Luzón Peña*<sup>83</sup>-una incapacidad subjetiva de cumplir el auténtico deber de cuidado, que es objetivo-general y habrá una conducta imprudente y por ello antijurídica, aunque puede estar excluida o

<sup>80</sup> *Stratenwerth* (1985), 285 ss. (290).

<sup>81</sup> *Roxin* (2006), § 24, nm. 61

<sup>82</sup> En el ámbito de los accidentes laborales, por ejemplo, v. *Herzberg* (1984) *passim*. Refiriéndose, en general, a la ubicación sistemática del principio de confianza en la teoría del delito, *Maraver Gómez* (2011), 38 ss.

<sup>83</sup> *Luzón Peña* (Trat. s/a), 18/34.

atenuada la culpabilidad individual por ese hecho imprudente<sup>84</sup>. Asimismo, la norma indica, en particular, el deber de abstenerse de la realización del hecho también por parte de quienes son conscientes de su cierta incapacidad o dudosa capacidad para cumplir ese mínimo<sup>85</sup>, pues, de no abstenerse, incurrirían en imprudencia por emprendimiento o asunción.

#### 4.1. Rechazo de la teoría de la referencia -exclusiva y en todo caso- a los conocimientos y capacidades individuales del sujeto

Resultan, por tanto, rechazables, las teorías individualizadoras de la imprudencia. Y en particular (en este momento, pues a las partidarias de la individualización sólo hacia arriba me referiré posteriormente) la que defiende la referencia -exclusiva y en todo caso- a los conocimientos y capacidades individuales, es decir, también cuando en el sujeto actuante concurren capacidades inferiores al promedio. Dichas deficiencias no le liberan del cumplimiento de las exigencias de la norma, pues lo contrario implicaría una grave desprotección de los bienes jurídicos<sup>86</sup>. 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 la norma. Quien tiene graves problemas de visión -advierte *Puppe*<sup>87</sup>- 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 -observa *Roxin*<sup>88</sup>- 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 sujeto. O, como advierte en el mismo sentido *Mir Puig*<sup>89</sup>, 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 *Mir Puig*- 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

<sup>84</sup> En el mismo sentido en el marco de imputación objetiva, *Roxin* (2006), § 24, nm. 58; *Tachezy* (2007), 81.

<sup>85</sup> En el mismo sentido, *Cerezo Mir* (1983), 472-473.

<sup>86</sup> *Schmidhäuser* (1975), 151, *Serrano González de Murillo* (1991), 186; *Pérez del Valle* (2012), 125. Y se produciría el caos más absoluto, añade *Cerezo Mir* (1983), 473.

<sup>87</sup> *Puppe* (2017), Vor § 13, nm. 160, n. 220.

<sup>88</sup> *Roxin* (2006), § 24 nm. 58. En idéntico sentido, *Tachezy* (2007), 81.

<sup>89</sup> *Mir Puig* (2015), 11/49.

facultades que como mínimo exige la normalidad. Esto no significa -concluye *Mir Puig*- 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.

#### 4.1.1. Las capacidades inferiores al promedio: la crítica basada en los casos de imprudencia por emprendimiento o asunción

Que la teoría individualizadora no es de recibo para las capacidades inferiores a la media -y por supuesto tampoco para los conocimientos- lo ponen claramente de manifiesto los casos de imprudencia por emprendimiento o asunción (*Übernahmefahrlässigkeit*)<sup>90</sup>. Pues en ellos los requisitos de la diligencia debida sólo cabe orientarlos al promedio. No se puede reprochar a un sujeto haber emprendido algo sin que al mismo tiempo se indique qué exigencias rigen para lo que ha emprendido<sup>91</sup>.

Con meridiana claridad advierten esto *Sternberg-Lieben/Schuster*<sup>92</sup> con el siguiente ejemplo: si una persona que ve mal de noche causa un accidente en la oscuridad, la determinación de la infracción del deber presupone la norma que dispone que las personas que ven mal de noche no pueden conducir por la noche porque les es imposible observar las debidas reglas de cuidado requeridas para la conducción nocturna<sup>93</sup>. Estas reglas de diligencia debida no son más que exigencias promedio. Y otro tanto sucede en relación con los conocimientos; si el conductor ha advertido que los frenos de su coche no funcionan correctamente, debe abstenerse de conducir en esas condiciones<sup>94</sup>.

Hasta tal punto también esta concepción necesita un baremo general al menos para fundamentar la imprudencia, que incluso ella misma llega a admitir (con cierta contradicción con sus postulados) la punición por imprudencia si las capacidades, aun inferiores, del sujeto son sin embargo suficientes para advertir su propia incapacidad<sup>95</sup>. Y esta circunstancia no será en absoluto infrecuente, pues en muchos

<sup>90</sup> V. *Vogel* (2006), § 15, nm. 156 ss.; *Duttge* (2017), § 15, nm. 130 ss.

<sup>91</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 142.

<sup>92</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 142.

<sup>93</sup> Sobre otros casos semejantes, en el ámbito de la práctica médica, v. *De Vicente Remesal* (2017 a), 952, *del mismo* (2017 b), n.º. 31, 104. Entre dichos casos, por ejemplo: un neurocirujano, de reconocidísimo prestigio por sus certeros diagnósticos y gran habilidad en las intervenciones quirúrgicas, empieza a notar que está afectado de Parkinson. Aun así, sigue actuando como cirujano y en una de sus intervenciones causa la muerte de un paciente por el impreciso uso del bisturí debido al Parkinson. Y asimismo: a pesar de ser consciente de que la cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum* es extremadamente complicada y requiere una demostrada experiencia, el temerario médico M, a pesar de su aún corta vida profesional, decide llevar a cabo dicha cirugía por primera vez. Por la mala ejecución de la intervención la paciente muere un mes más tarde, lapso durante el cual además quedó ciega por haberle dañado el médico el nervio óptico.

<sup>94</sup> *Jakobs* (1983), § 7, nm. 50.

<sup>95</sup> *Roxin* (2006), § 24, nm. 55.

casos el sujeto es consciente, *ab initio*, de su incapacidad (por ejemplo, por no haber tenido la preparación práctica mínima requerida para el manejo de una máquina complicada), y en otros por haberlas previsto o debido prever como consecuencia de actos previos. La incapacidad o las mermas de capacidad no surgen en general de improviso; antes al contrario, pueden y suelen tener su origen en una previa *actio libera in causa* imprudente. Por ejemplo, haber bebido en exceso o no descansado lo suficiente antes de emprender un largo viaje en coche<sup>96</sup> o de realizar una larga y complicada intervención quirúrgica<sup>97</sup>. Ahora bien, como advierten *Schünemann*<sup>98</sup> y *Cerezo Mir*<sup>99</sup>, con esta condición -que el autor pueda darse cuenta de su incapacidad- no sólo no se solventa la contradicción en la que incurre esta concepción, sino que se agrava. Pues un mismo sujeto estaría sometido en unos casos a un deber objetivo de cuidado -si podía prever su incapacidad de observarlo- y en otros a un deber subjetivo, que excluiría la responsabilidad penal<sup>100</sup>.

En los delitos de resultado, la infracción del deber de cuidado también puede, por tanto, preexistir, con mayor o menor dimensión en el tiempo, al momento en que el sujeto realiza la acción típica, y será relevante cuando repercuta en dicha realización. Pero será siempre éste el momento determinante a esos efectos -es decir, el momento en el que el sujeto se dispone a la realización del hecho-, y no los momentos anteriores, incluso posiblemente muy alejados en el tiempo, con lo que no cabe el reproche de fundamentar de ese modo la imprudencia en la conducción de la vida del sujeto<sup>101</sup>.

#### 4.1.2. La inexistencia de imprudencia por emprendimiento o asunción respecto de las capacidades especiales, superiores

De la misma manera que -como hemos visto- los casos de imprudencia por emprendimiento o asunción demuestran que la teoría de la individualización de la imprudencia no es de recibo para las capacidades inferiores a la media, con los mismos argumentos hay que concluir que no existe imprudencia por emprendimiento o asunción cuando se trata del empleo de las capacidades especiales superiores. Pues también aquí los requisitos de la diligencia debida sólo cabe orientarlos al promedio. Por ejemplo, el cirujano que emprende una intervención quirúrgica siendo consciente de que no va a ser capaz de demostrar su especial habilidad en el

<sup>96</sup> V. *Schaefer* (2015), § 15, nm. 44.

<sup>97</sup> V. *De Vicente Remesal* (2017 a), 952. *De Vicente Remesal* (2017 b), nº. 31, 104.

<sup>98</sup> *Schünemann* (1975 b), 159-177.

<sup>99</sup> *Cerezo Mir* (1983), 474, n. 10.

<sup>100</sup> Así, con el ejemplo que *Cerezo Mir* (1983), 474 cita de *Stratenwerth*, del conductor a quien la arterioesclerosis le impide darse cuenta de la disminución de su rapidez de reflejos.

<sup>101</sup> En el mismo sentido, *Roxin* (2006), § 24, nm. 111. Responde por lesiones imprudentes -dice *Roxin* (2006), § 20, nm. 59- quien, enfurecido con su mujer, se emborracha y, pese a anteriores experiencias en este sentido, no repara en que le dará una paliza en estado de inimputabilidad. Pues ese sujeto, al emborracharse, crea un riesgo no permitido para la integridad corporal de su mujer, que se ha realizado en la paliza.



manejo de la técnica requerida y que únicamente consigue actuar como cualquier otro cirujano.

Eso no significa, sin embargo, que la teoría individualizadora sea totalmente de recibo en lo que se refiere a la exigibilidad del empleo de capacidades especiales superiores. Pues dicha exigibilidad debe responder a una *norma*, que requiere necesariamente la supraindividualidad. Una norma de cuidado no puede marcarse directa e inmediatamente sobre la individualidad del autor, pues entonces carecería del carácter norma<sup>102</sup>. Dicho carácter requiere superar la exclusiva individualidad, con un planteamiento que puede llevar a consecuencias más limitadas que esta teoría y asimismo que la considerada o denominada teoría intermedia. También la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales puede y debe basarse, al igual que el empleo de las capacidades normales u ordinarias, en la infracción de un deber objetivo-general de cuidado. Pues además de un baremo mínimo de exigibilidad, ha de emplearse también un baremo de exigibilidad ante la concurrencia de capacidades especiales.

#### 4.2. *La medida mínima del deber objetivo-general de cuidado: los sectores de riesgo y su atomización (frente a la conversión del sujeto con capacidades extraordinarias en parámetro o baremo objetivo-general)*

La medida mínima del deber objetivo-general de cuidado es la que se corresponde con las exigencias promedio, determinadas por las capacidades normales u ordinarias, e independiente por tanto de las capacidades del sujeto, superiores o inferiores a la media<sup>103</sup>. Es la que se impone, por tanto, a todos los ciudadanos, a cualquier sujeto (en este contexto, generalmente un profesional) que emprende la realización de un hecho en un ámbito concreto de actuación. Y en lo que se refiere a las capacidades, se trata, pues, no de las individualmente concurrentes en el sujeto actuante, sino sólo, pero en todo caso, de aquéllas que se corresponden con las exigencias generales. Es decir, con lo que al principio de este trabajo hemos denominado supuestos normales, frente a supuestos especiales.

El baremo del deber de cuidado se orienta, por tanto, como ya se ha indicado, al estándar de la persona prudente y razonable, modelo de conducta, al buen profesional, que constituye -como idealizado sujeto medio ideal- la figura baremo de referencia, tan denostada por sus detractores<sup>104</sup>. Este baremo mínimo viene determinado por las exigencias promedio que rigen en el ámbito concreto de los sectores del tráfico o sectores de riesgo.

<sup>102</sup> Puppe (2017), Vor § 13, nm. 160 ss.

<sup>103</sup> En el mismo sentido, Mir Puig (2015), 11/35.

<sup>104</sup> V. Köhler (1997), 183 s.; Duttge (2001), 208 ss.; Mikus (2002), 48 ss.; Alexander (2005), 100 ss.; Freund (2008), § 15 nm. 28 ss.; Mayer (2008), 271 ss.; Lindemann (2012), 123 ss.; Pawlik (2012), 388 ss.; Maurach/Gössel/Zipf (2014), § 43, nm. 42 s.

Duttge (2017), nm. 118.

Pues bien, los ámbitos concretos de actuación (por ejemplo, el tráfico viario, la medicina, el deporte, la industria, etc.), y con ello a su vez el baremo mínimo, deben atomizarse 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 conocimientos-, no al químico, o al químico especializado en contaminación ambiental, sino al químico especializado en contaminación de aguas<sup>105</sup>.

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 *Ulsenheimer*<sup>106</sup> - 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 inaceptable 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 riesgo<sup>107</sup>.

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 participen 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

<sup>105</sup> *Vassilaki* (2011), 398

<sup>106</sup> *Ulsenheimer* (2015), 59.

<sup>107</sup> *Wolter* (1977), 257, 267 s.

máxima atención posible, para evitar que el peligro se convierta en lesión<sup>108</sup>. Por ejemplo, en el sector del tráfico, la ponderación de 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 consideren 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<sup>109</sup>. 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 apuntado por *Schünemann*<sup>110</sup> 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 cosa<sup>111</sup>.

Si bien ambos procedimientos coincidirían en gran medida en sus resultados, en cuanto el de *Schünemann* también excluiría, o debería excluir, ciertamente, la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales innatas o personalísimas porque éstas nunca pueden constituir un baremo o parámetro, su aplicación resulta cuestionable, entre otras razones, porque tomar como origen de referencia la individualidad, para elevarla a baremo general no es otra cosa que la individualización hacia arriba, 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

<sup>108</sup> V. *Mir Puig* (2015), 11/30 y 11/33.

<sup>109</sup> Sobre la relevancia que a estos efectos tiene la concurrencia de culpas de la víctima, v. *Jakobs* (1987), 53 ss. (74 s.).

<sup>110</sup> *Schünemann* (1975 b), 166 s.

<sup>111</sup> Textualmente, dice *Schünemann* (1975 a), 575, *ein blosses Leitbild, mit dem nicht allzuviel gewonnen ist*.

concurrieran los presupuestos del estado de necesidad o del consentimiento<sup>112</sup>. Por otra parte, tampoco aporta criterios claros de aplicación al caso concreto la ya indicada diferenciación del baremo de cuidado que hace *Schünemann*<sup>113</sup> según se trate de acciones de lujo, socialmente habituales, beneficiosas, o necesarias.

#### 4.3. *El valor (indiciario) de las normas jurídicas y las normas del tráfico como primer criterio para determinar la creación de un peligro no permitido y la infracción del deber objetivo de cuidado*

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 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 caso<sup>114</sup>. 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<sup>115</sup>. 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).

<sup>112</sup> *Schünemann* (1975 a), 575.

<sup>113</sup> *Schünemann* (1975 a), 435 ss. (575 ss.), quien distingue a esos efectos entre “*Luxushandlung, eine sozialübliche, -nützliche oder gar -notwendige Handlung*”. V. *Duttge* (2001), 144 ss.

<sup>114</sup> Ampliamente al respecto, *De Vicente Remesal* (2014), 121 ss.

<sup>115</sup> En el mismo sentido, *Roxin* (2006), § 24, nm. 17, para quien por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido.

#### 4.4. *El valor, auxiliar y orientativo, del parámetro promedio ajustado a una figura-baremo diferenciada (differenzierte Maßfigur)*

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<sup>116</sup>, contra lo cual, como se ya he indicado, 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 -como hemos visto observa *Schünemann*<sup>117</sup>-, y de que su debilidad radica -añade *Roxin*<sup>118</sup>- 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 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<sup>119</sup>.

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 Castañón*<sup>120</sup>- 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 normas fórmulas generales sólo son una línea directriz. Por otra parte, como veremos, procederá recurrir a este criterio de la figura-baremo colocada en la situación del autor sólo en última y muy residual instancia.

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<sup>121</sup>.

#### 5. *El límite máximo de la infracción del deber de cuidado: la exigibilidad, objetiva, del empleo de las capacidades especiales*

El límite máximo, es decir, lo que la norma puede exigir, como máximo, a un sujeto con capacidades especiales, también tiene que responder a un criterio objetivo-general, y no individual.

<sup>116</sup> *Roxin* (2006), § 24, nm. 34 ss.

<sup>117</sup> *Schünemann* (1975 a), 575.

<sup>118</sup> *Roxin* (2006), § 24, nm. 35.

<sup>119</sup> Aparte de que, como observan *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 137, la jurisprudencia ha llegado por esta vía, con algunas excepciones, a resultados justos.

<sup>120</sup> *Paredes Castañón* (1995), 339 s.

<sup>121</sup> V. *Roxin* (1962), 411ss., 433 (el riesgo permitido es siempre el producto de una ponderación entre las exigencias del tráfico y las que conciernen a la protección individual); *Schünemann* (1975 a), 575; *Wolter* (1977), 257-274 (269); *Cerezo Mir* (1983), 472; *Rudolphi* (1997), Vor § 1, nm. 62.

### 5.1. *Rechazo de la teoría de la referencia exclusiva al promedio*

Esto implica, en todo caso, el consecuente rechazo de la teoría de la referencia exclusiva al promedio, la cual deriva en un injustificado privilegio del sujeto con capacidades especiales superiores. Pues quien posee capacidades superiores al promedio también tiene que asumir deberes superiores al promedio<sup>122</sup>. Pero también comporta la crítica, o cuando menos, como se verá, el cuestionamiento de la denominada teoría intermedia -o de la generalización hacia abajo e individualización hacia arriba-, mantenida por un amplio sector de la doctrina, si en ella se pierde de vista el criterio objetivo-general, pues eso, aparte de otras objeciones, derivaría en la exigibilidad del empleo de todas las capacidades especiales, incluidas las innatas o personalísimas. Y esto no es compatible con dicho criterio, porque la exigibilidad de las capacidades especiales debe responder a los mismos requisitos que la exigibilidad de las capacidades normales u ordinarias, las cuales son, necesariamente, sólo valorables desde el prisma objetivo-general.

Lo que se plantea es, por tanto, si y cómo la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales es compatible con un criterio objetivo-general en la determinación del deber de cuidado.

### 5.2. *Observaciones sobre la teoría de la generalización hacia abajo e individualización hacia arriba*

Un amplio sector de la doctrina<sup>123</sup> mantiene (con argumentos diversos, y sobre todo porque así se evitan las consecuencias prácticas de que las capacidades inferiores a la media no puedan excluir el tipo, y por entender que ésta es la solución materialmente correcta<sup>124</sup> respecto de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales) la mencionada teoría de la generalización hacia abajo e individualización hacia arriba, según la cual las capacidades superiores a la media deben emplearse. En este extremo coinciden, por tanto, con los partidarios de la individualización en todo caso. Así, por ejemplo, tanto *Freund*<sup>125</sup>, defensor de la individualización en general, como *Roxin*<sup>126</sup>, defensor de la teoría intermedia, esgrimen los mismos argumentos, de que la exigibilidad del empleo de las capaci-

<sup>122</sup> En el mismo sentido observa *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 141, que quien es más inteligente, o tiene más conocimientos, o es más capaz que la medida media, debe, en consecuencia, tener más cuidado que el sujeto medio con las acciones peligrosas. V. *Lackner/Kühl* (2018), § 35 nm. 38.

<sup>123</sup> Así, entre otros, coincidiendo en lo sustancial, *Herzberg* (1984), 402, 409 s.; *Kuhlen* (1989), 85 ss., quien destaca que nadie pone en duda en este ámbito la relevancia de los conocimientos especiales de los productores ni que de dichos conocimientos se derivan deberes especiales frente al consumidor; *Stratenwerth/Kuhlen* (2011), § 15, nm. 14 s.; *Roxin* (2006), § 24, nm. 57; *Sacher* (2006), 266 ss. (272); *Freund* (2008), § 15, nm. 30 s.; *Jäger* (2015), § 10, nm. 374 ss.; *Eisele/Heinrich* (2017), nm. 679; *Paeffgen/Böse* (2017), § 229, nm. 14; *Puppe* (2017), Vor § 13, nm. 160 ss.; *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 118 s., 121, 133 ss.

<sup>124</sup> Advierte en este sentido *Tachezy* (2007), 8, que resultaría difícil comprender por qué no debe emplear el sujeto, para evitar la lesión del bien jurídico, los conocimientos y capacidades especiales que posee.

<sup>125</sup> *Freund/Rostalski* (2019), § 5, nm. 34.

<sup>126</sup> *Roxin* (2006), § 24, nm. 64.

dades 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.

Pues bien, esta teoría es de recibo en lo que se refiere a la valoración que merecen las capacidades inferiores a la media, pero cuestionable respecto de las capacidades especiales si -como se ha indicado- no sigue un criterio objetivo-general. Y esto es lo que, en principio, parece desprenderse de su propia denominación -calificándola, además, sus defensores como teoría intermedia entre las de individualización y objetivación en todo caso-, e igualmente cabe deducir de lo expresado por algunos de sus partidarios. Así, de las palabras de *Roxin*<sup>127</sup> cuando dice 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”. Asimismo, de la expresa exigencia -por ejemplo, de *Hölzen*<sup>128</sup> y de *Sternberg-Lieben/Schuster*<sup>129</sup>- de que para la evitación de un peligro cualquier sujeto debe aportar lo máximo individualmente posible (*am Optimum*<sup>130</sup>: lo óptimo, con sus palabras).

### 5.3. La exigibilidad, objetiva, del empleo de las capacidades especiales: observaciones sobre la posición de Luzón Peña, de inexigibilidad del empleo de las capacidades especiales

La exigibilidad, objetiva, del empleo de las capacidades especiales debe determinarse -si bien en última y muy residual instancia- con el criterio referencial, tradicionalmente seguido<sup>131</sup>, 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.

Con este planteamiento se coincide con las críticas que en general se formulan contra la teoría de la referencia exclusiva al promedio y con las que los partidarios de la teoría intermedia hacen a quienes defienden en todo caso la individualización, en el sentido de que eso supone confundir injusto y culpabilidad<sup>132</sup>. Pero asimismo

<sup>127</sup> *Roxin* (2006), § 24, nm. 63. En *Roxin* (1997), § 24, nm. 56, el término *unumwunden* se traduce “sin ambages”.

<sup>128</sup> Una (comparativamente) mayor capacidad de actuación o de rendimiento individual -advierte *Hölzen* (2011), 137- también debe conllevar una mayor precaución y cuidado, de manera que para evitar el peligro todos tienen que aportar lo máximo de lo que sean capaces.

<sup>129</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 126 y 133.

<sup>130</sup> Así lo entiende también *Schönke/Schrödter/ Cramer* (2001), § 15, nm. 139; *Mayer* (2008), 272; *Oehler* (2009), 24.

<sup>131</sup> 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* (2019), § 15, nm. 133 y 139.

<sup>132</sup> V. *Schünemann* (1975 b), 159-177; *Schünemann* (1975 a), 436-442, 512-516; *Roxin* (2006), § 24, nm. 58; *Krey* (2008 b), § 1, nm. 120 s.; *Krey* (2008 a), § 51, nm. 538.

se supera la objeción de estos últimos - especialmente destacadas por *Castaldo*<sup>133</sup> y *Duttge*<sup>134</sup>, entre otros<sup>135</sup>- de la falta de coherencia por parte de quienes defienden la teoría intermedia, por no seguir el mismo criterio en ambos casos, refiriéndose, por supuesto, al de la individualización. Pues, según *Duttge*<sup>136</sup>, lo que constituyen las categorías sistemáticas centrales, injusto y culpabilidad, y la interdependencia entre ellos es precisamente un argumento esencial, lógico-sistemático, para la individualización del injusto imprudente, no sólo hacia arriba, sino también hacia abajo.

Sobre la base de este criterio de referencia a una figura baremo, *Luzón Peña*<sup>137</sup> deriva la consecuencia de que 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 añadirselas hipotéticamente al mismo.

La importante línea argumentativa, más detallada, que esgrime *Luzón Peña*<sup>138</sup> 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 tipo<sup>139</sup>. Pues -argumenta- “la fórmula de la previsibilidad objetiva,

<sup>133</sup> *Castaldo* (1993), 495, 497 s. y 509.

<sup>134</sup> *Duttge* (2001), 83 ss.; *Duttge* (2017), § 15, nm. 100.

<sup>135</sup> V. *Schmoller* (2019), 441 ss.

<sup>136</sup> *Duttge* (2017), § 15, nm. 100.

<sup>137</sup> *Luzón Peña* (2016), 18/29 s.; de la misma opinión, *Vallejo Jiménez* (2015), 147-150. Similar, *Paredes Castañón* (1995), 265.

<sup>138</sup> *Luzón Peña* (2016), 18/28 ss. Con anterioridad, *Luzón Peña* (1996), 502.

<sup>139</sup> 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.”



expuesta abreviadamente para lo que aquí interesa destacar, consiste en lo que en el momento de actuar hubiera podido prever el hombre –o profesional– inteligente y cuidadoso (el sujeto ideal), colocado en la situación del autor real y añadiéndole los conocimientos de ese autor concreto”. Y concluye: “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 autor<sup>140</sup> –pericia, habilidad, etc.– son personales y no transferibles al sujeto o profesional ideal, inteligente y cuidadoso, por lo que no es posible añadírselas hipotéticamente al mismo. Por eso, aunque el sujeto que tiene una especial capacidad o habilidad – v.gr. como cirujano, como corredor de vehículos de carreras, como tirador, etc.– no la emplee y se limite a llevar a cabo una actividad arriesgada normal con la misma técnica o pericia que utilizaría un buen profesional o un ciudadano bien preparado, pero sin esa capacidad superior, no infringe el deber objetivo-general de cuidado ni por tanto actúa imprudentemente.”

Frente a ello considero, sin embargo, que este criterio seguido por *Luzón Peña* - que parcialmente comparto- no impide la exigibilidad del empleo de todas las capacidades especiales, sino sólo las de las personales o personalísimas, esto es, aquellas que no son susceptibles de adquisición, desarrollo, mejora, perfeccionamiento, etc. Y no todas las capacidades especiales, sino sólo las menos, son personales, en cuyo caso el resto, la mayoría, tiene el mismo tratamiento que los conocimientos.

Por otra parte, la posibilidad de añadir al ciudadano o profesional ideal las capacidades especiales del sujeto actuante no requiere que éstas (ni tampoco los conocimientos) sean transferibles, pues basta en ambos casos con que sean adquiribles. Aparte de que no todos los conocimientos se adquieren por transferencia. Ciertamente, los conocimientos son transferibles, mientras que las capacidades no lo son<sup>141</sup>. Pero tanto los conocimientos puede haberlos adquirido el sujeto por sí mismo, por su personal experiencia (saber distinguir plantas o setas venenosas de otras similares que no lo son), como las capacidades por la práctica o entrenamiento (desarrollar una gran musculatura y fuerza, conseguir una gran velocidad nadando, o una extraordinaria habilidad y rapidez en el manejo de aparatos o instrumen-

<sup>140</sup> *Luzón Peña* (Trat. s/a), 18/39.

<sup>141</sup> Por ejemplo, el médico especialista puede transferir sus conocimientos al médico principiante, pero no sus capacidades. Esto no obsta, sin embargo, para que el médico principiante pueda adquirir, desarrollar y perfeccionar, mediante la práctica guiada por el médico especialista, determinadas capacidades especiales: habilidad, rapidez, precisión, etc. V. *Mehring* (2007), 117.

tos, por ejemplo, en el desarrollo de habilidades para la cirugía robótica<sup>142</sup>), sin que esto excluya, por sí mismo, la exigibilidad de su empleo (de acuerdo con el criterio, ya expuesto, 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).

Finalmente, 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 competente<sup>143</sup>-, se construye sobre la base del carácter normal o usual, y por tanto necesariamente adquirible, de dichos conocimientos y capacidades. Y si esto es así, no se entendería bien por qué sólo el empleo de los conocimientos, y no también de las capacidades, puede ser exigible cuando pasan a ser especiales. 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 carretera un grupo de niños tras salir del colegio<sup>144</sup>. E igualmente, 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, las extraordinarias capacidades, adquiridas por ser especialista titulado en conducción defensiva y evasiva.

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 Puig*<sup>145</sup> pone en tela de juicio -si bien relativamente, como veremos más adelante- que además de a los conocimientos especiales también se le pueda conceder relevancia a las capacidades especiales del autor.

#### 5.4. Toma posición sobre la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales en los delitos comisivos imprudentes

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

<sup>142</sup> Con esta finalidad se imparte, por ejemplo, los cursos de cirugía robótica para el empleo del robot Da Vinci. V. *Smith* (2009) *passim*; *Hemal /Menon* (2018) *passim*, y en especial Part II, *Training, Credentialing and Research*, 163-254.

<sup>143</sup> Como advierte *Rauch* (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.

<sup>144</sup> Contemplando un ejemplo similar, en el cual el conductor conoce una señal de tráfico que se ve mal, v. *Heinrich* (2016), nm. 1038.

<sup>145</sup> V. *Mir Puig* (2015), 11/35 y 11/41.

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. Pero esto requiere, necesariamente, que se trate de capacidades adquiribles, pues sólo éstas -a diferencia de las innatas o personalísimas- pueden ser, aun hipotéticamente, añadidas a la figura de referencia y sólo de ellas puede surgir una exigibilidad objetivo-general.

Cuando se trata de conductas en que las capacidades de evitación son personalísimas, innatas, no adquiribles, no puede decirse que lo que se está realizando en el resultado es precisamente un riesgo que implicaba una acción objetivo-generalmente desvalorable, y que por ello tampoco encaja en el fin del tipo imprudente. Si a los ciudadanos o profesionales ideales (al buen profesional), sin una capacidad absolutamente extraordinaria -que sólo excepcionísimas personas tienen, y que no es adquirible-, llevando a cabo su actuación con todas las medidas de cuidado que ponen en marcha esos buenos ciudadanos o profesionales, desencadena un factor de riesgo que él y cualquier otro en su lugar no podían controlar, no se les puede imputar una imprudencia, entonces, del mismo modo, al profesional excepcional que no ha empleado, para evitar el resultado, su capacidad especial innata, no adquirible (y por tanto no transferible, no exportable a otro) no se le puede imputar tampoco una actuación imprudente general, de haber desencadenado ese resultado precisamente por su imprudencia. (Esto no impide, sin embargo, que en determinados casos se pueda responder por un delito de omisión, cuyo análisis a fondo no abordo en este trabajo)<sup>146</sup>.

<sup>146</sup> La cuestión que correspondería plantear aquí es si las capacidades especiales requieren un tratamiento diferente para los supuestos que no constituyen delitos imprudentes de resultado, y en particular en los delitos de omisión. La discusión sobre los delitos imprudentes -y con ello la problemática de los conocimientos y de las capacidades especiales- se planteó en su origen, e incluso también durante mucho tiempo después, orientada exclusivamente a los delitos de resultado. Pero los criterios aplicables a éstos no siempre son igualmente aplicables al resto; entre ellos, a los delitos de omisión. Me limitaré aquí a dejar planteadas algunas de las cuestiones problemáticas al respecto [v. *Kienapfel* (1984), 474]. PRIMERA: en qué consiste la infracción del deber de cuidado o de diligencia en los delitos omisivos. SEGUNDA: si en los delitos omisivos la posible responsabilidad por imprudencia se restringe a los supuestos de comisión por omisión

Ahora bien, si según se ha expuesto hay que 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, serán muy pocos los casos en que sea preciso acudir a dicho recurso comparativo con la figura dimensional objetiva correspondiente para determinar la exigibilidad de las capacidades especiales, pues, excluidas las innatas o personalísimas, se reducirían a estos dos.

En primer lugar, aquéllos en que se considere que las capacidades especiales no deben generar nuevos baremos de deber de cuidado incluso en las actividades en las que, por ejemplo, en la medicina, en una ponderación de intereses, pesa más, o mucho más, el de la protección del bien jurídico. Pues por mucho que se singularicen o segmenten los sectores de riesgo, la figura estándar no cubrirá siempre -en contra de lo que a veces se suele entender<sup>147</sup>- todos los supuestos concretos que puedan surgir, si bien estos serán muy excepcionales. Además, si eso fuera así, entonces ya no podría hablarse con propiedad de capacidades especiales<sup>148</sup>. Retomando un ejemplo anterior, en actividades en que es fundamental la rapidez y precisión de actuación para evitar un resultado (mediante el manejo de una máquina, o del instrumental médico) -y que por ello se exige adquirir y mantener por entrenamiento esa capacidad rápida de respuesta, integrada por tanto en la medida

imprudente y, si a estos efectos, la posición de garante no es suficiente para fundamentar la comisión por omisión, o si ésta requiere que la propia omisión desde el punto de vista socio-normativo cree o incremente el peligro. [V. *Luzón Peña* (1974), 269 ss.; *del mismo* (1986), 73 ss.; *del mismo* (2017), 145-272]. TERCERA: qué concretos tipos penales de omisión pura podrían entrar en aplicación en el caso de apreciarse dolo. CUARTA: si el tipo omisivo (en general, y asimismo por tanto el imprudente) comprende (a diferencia del comisivo) la exigibilidad del empleo de absolutamente todas las capacidades especiales del sujeto, incluidas las innatas o personalísimas, o si, por el contrario, dicha exigibilidad se restringe a los delitos de omisión pura porque los delitos imprudentes de comisión por omisión implicarían un tratamiento distinto a aquéllos, y semejante al de los delitos comisivos imprudentes. Pues la exigibilidad del empleo de todas las capacidades especiales (incluidas las innatas o personalísimas) en los delitos de omisión pura se deriva, entre otras cosas, de que en ellos el tipo hace referencia expresa a la posibilidad personal del concreto sujeto. Por otra parte, en estos delitos no se precisa -evidentemente- el requisito de la imputación objetiva del resultado, que responde a una ineludible valoración objetivo-general. Y otro tanto cabe decir sobre la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales en el desistimiento. Pues, por una parte, el artículo 16 CP requiere impedir o intentar impedir “seria, firme y decididamente” la consumación. Y en el Derecho penal alemán [V. *Roxin* (2003), § 30, nm. 276], de forma similar, según el § 24 StGB, *freiwillig und ernsthaft*. Lo cual debe interpretarse en el sentido de que (si no basta con no proseguir con el proyecto criminal) el sujeto debe emplear, para tratar de evitar la producción del resultado, todas las capacidades de que disponga o pueda disponer, incluidas las personalísimas. Y, por otra parte, tampoco aquí hay imputación objetiva alguna de un resultado. QUINTA: si el no empleo de las capacidades especiales plantea respecto de la exclusión del dolo mayores dificultades en los delitos omisivos que en los delitos comisivos. SEXTA y, finalmente, tratándose aquí, normalmente, de actuaciones en el ejercicio profesional, en qué medida esto repercute en la apreciación de comisión por omisión, en lugar de omisión pura, o de omisión pura agravada. Y a qué consecuencias lleva la apreciación (basada en la posición de garante o -conforme a su etimología latina: “*gerere*” y “*gerens, gerentis*”- en la ingerencia) de comisión por omisión dolosa (por no haber empleado el sujeto, pudiendo hacerlo, su capacidad especial) en comparación con la derivada incluso por los partidarios de la teoría individualizadora de la imprudencia (que imputaría un delito imprudente, por imprudencia consciente).

<sup>147</sup> Por ejemplo, *Puppe* (2017), Vor § 13, nm. 161. En sentido semejante, *Mehringer* (2007), 77.

<sup>148</sup> En el mismo sentido, *Gropp* (2015), § 12, nm. 85.

mínima exigible-, no cabría integrar en ella la extraordinaria rapidez y precisión de un sujeto, prácticamente inalcanzable por otros. Es, por otra parte, muy probable que estas extraordinarias capacidades radiquen a su vez en facultades innatas, personalísimas. No se trata, por tanto, de que al supercapacitado se le exija un mayor deber de cuidado que a los otros especialistas que carecen de esa capacidad extraordinaria, sino de si ese deber de cuidado sería igualmente exigible a aquellos sujetos -entre los cuales el actuante sería uno más- que gozaran de dichas capacidades extraordinarias.

Y, en segundo lugar, por supuesto aquéllos en los que, en virtud de la ponderación de intereses (utilidad-riesgo), se consideran como riesgos socialmente asumibles los derivados de menores exigencias para poder participar en la actividad arriesgada. Por ejemplo, en el tráfico viario.

Con este criterio se superan, como se ha indicado, las críticas que cabe formular a la denominada teoría intermedia, o teoría de la generalización hacia abajo e individualización hacia arriba, consistentes -por una parte- en que el criterio para determinar la exigibilidad del empleo de las capacidades superiores debe responder a una norma, careciendo de tal carácter lo que se basa exclusivamente en la individualidad, - por otra parte- en que no es exigible el empleo de las capacidades especiales innatas, personalísimas, en los delitos comisivos imprudentes porque el empleo de dichas capacidades no resulta abarcada por el fin de protección de la norma, y -finalmente- en que si se parte de la base de que la imputación objetiva, propia del tipo objetivo, no requiere la creación de un riesgo no permitido (lo que supone un vaciamiento de la parte subjetiva del tipo imprudente), sino sólo la de un riesgo mínimamente relevante, el criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado podrá derivar en una más amplia inexigibilidad del empleo de las capacidades especiales que la derivada de la aplicación de los criterios de imputación objetiva. Es decir -sobre la base de lo exigible a esa figura referencial- en una restricción del principio de la teoría intermedia de que es exigible el empleo de todas las capacidades especiales. Sin embargo, en ambos casos se llega a resultados semejantes, pues, a decir verdad, también la teoría intermedia acaba recurriendo realmente, de una u otra forma, a esa figura referencial<sup>149</sup>. Así, cuando se la reconduce al baremo objetivo generalizador, como, por ejemplo, hace *Roxin*<sup>150</sup> al advertir que al especialmente hábil se le exige sólo su capacidad de rendimiento superior en promedio y no un esfuerzo adicional. O cuando *Sternberg-Lieben/Schuster*<sup>151</sup>) trata de compatibilizar los dos baremos que aprecia a estos efectos: la exigencia de lo máximo individualmente posible (*die individuelle Sorgfaltspflicht*) con la medida mínima del hombre medio, prudente y cuidadoso, en la situación del autor, deter-

<sup>149</sup> Se acaba recurriendo, en definitiva, a un criterio objetivo.

<sup>150</sup> *Roxin* (2006), § 24, nm. 64. En sentido similar, *Corcoy Bidasolo* (2005), 127 ss.

<sup>151</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 126 y 133.

minada por las exigencias promedio. O cuando *Puppe*<sup>152</sup> advierte que para los sujetos especialmente capacitados no puede haber estándares normativos adaptados a su individualidad. O, finalmente, cuando *Kaspar*<sup>153</sup> trata de justificar que esa individualización no es necesariamente una contradicción con los baremos objetivos, que él defiende junto con la doctrina dominante, sino que se trata de un refinamiento o diferenciación del ámbito del tráfico correspondiente.

Desde la posición que aquí se defiende, dicho recurso excluye ya en todo caso -al menos en los delitos comisivos, como se ha indicado- la consideración de las capacidades especiales innatas, personalísimas. En lo que se refiere al resto<sup>154</sup>, la exigibilidad de su empleo dependerá (y también deberá depender para esa otra posición) 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 de un observador objetivo, quien, sobre la base de lo que sería exigible a un sujeto diligente situado en la misma posición del autor, consideraría 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, mientras que, por el contrario, sobre esa misma base no lo consideraría 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 (aun para ir más allá) del estándar o de los protocolos.

En este mismo sentido se orienta el planteamiento antes indicado de *Mir Puig*<sup>155</sup>, 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 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

<sup>152</sup> *Puppe* (2017), Vor § 13, nm. 160.

<sup>153</sup> *Kaspar* (2015), § 9, nm. 869

<sup>154</sup> Sobre la base de los argumentos que se exponen para estos casos restantes -basados en la demostrabilidad-, también en los referidos a las capacidades especiales innatas o personalísimas la teoría intermedia debería llegar prácticamente a los mismos resultados que llega la posición aquí defendida.

<sup>155</sup> *Mir Puig* (2015), 11/35 y 11/41.

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 especiales<sup>156</sup>.

Pues bien, tanto los unos (tener unos conocimientos extraordinarios) como las otras (gozar de una fuerza descomunal, o de una habilidad totalmente fuera de lo común, etc.) pueden ser igualmente objetivables y en ambos casos el problema de su exigibilidad radica -como se verá a continuación, y como el propio *Mir Puig*<sup>157</sup> 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.

#### **6. Capacidades normales frente a capacidades especiales: identidad en cuanto a la fundamentación de la exigibilidad de su empleo y diferencias en cuanto a su demostrabilidad**

En la posición de la que aquí se parte habíamos establecido dos premisas: por un lado, la necesaria aplicación de un baremo objetivo-general, y por otro, que, cumplido éste, era exigible, pero sólo en principio, el empleo de las capacidades especiales. De lo primero se deriva que las capacidades especiales no constituyen un problema diferente a las capacidades normales en lo que se refiere al fundamento de la exigibilidad de su empleo (e igualmente tampoco los conocimientos especiales)<sup>158</sup>. Y de lo segundo, que, para el cumplimiento de dichos requisitos, el principal escollo con el que se van a encontrar las capacidades especiales frente a las capacidades normales es el de su demostrabilidad<sup>159</sup>, de lo cual va a depender -y por supuesto también en las capacidades normales- la definitiva exigibilidad de su empleo.

<sup>156</sup> *Mir Puig* (2015), 11/42 ss.

<sup>157</sup> **Observa *Mir Puig* (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”.** Esta misma posición la sigue *Pedreira González* (2007), 148.

<sup>158</sup> En el mismo sentido, v. por todos, *Greco* (2005), 519-554, *passim*.

<sup>159</sup> Así lo entiende también *Roxin* (2006), § 24, nm. 64, quien advierte -acertadamente- que es cierto que las capacidades especiales concurrentes con frecuencia no son demostrables, pero en tal caso tampoco pueden tomarse como base. En sentido similar, *Serrano González de Murillo* (1991), 186.

### 6.1. *La aplicación, a las capacidades especiales, de los mismos requisitos o presupuestos en que se basa la exigibilidad del empleo de las capacidades normales*

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, porque en ambos casos hay que aplicar a esos efectos un baremo objetivo-general. 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.

### 6.2. *La demostrabilidad de las 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 dificultades<sup>160</sup>. Así, entre otros, en relación con 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 normalidad<sup>161</sup>, antes al contrario, se presumen concurrentes en él. Esto no significa, como ya se ha expuesto, que no sea exigible 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<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> Diferenciando a estos efectos -pero también a los de exigibilidad- entre capacidades especiales privadas y profesionales, *Wolter* (1977), 270 s.

<sup>161</sup> En el mismo sentido, *Mir Puig* (2015), 11/49.

<sup>162</sup> Asimismo, quien ha desarrollado una fuerza extraordinaria, por ejemplo, el levantador de piedras (se considere ésta, o no, una profesión) que ha ganado premios oficiales por levantar, por ejemplo, piedras de más de 300 kilos. O quien los ha ganado por haber desarrollado una inusual velocidad nadando. O, en el ejemplo de *Roxin*



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 sujeto 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<sup>163</sup>.

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 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 sea más eficaz que el empleo de las capacidades normales para la evitación del resultado y más idóneas 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 además otras cualidades respecto de las cuales es suficiente con poder afirmar la mera 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<sup>164</sup>.

(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.

<sup>163</sup> En este sentido, *Sternberg-Lieben/Schuster* (2019), § 15, nm. 139.

<sup>164</sup> Advierte también sobre este problema de la seguridad de la eficacia *Serrano González de Murillo* (1991), 185 s.

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 las capacidades especiales y del que se deriva que, en la mayoría de los casos, su no utilización no genere responsabilidad penal<sup>165</sup>. 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.

## V. Conclusiones

Las capacidades especiales son aquellas de las que dispone un sujeto y que sobrepasan las concurrentes en otro en semejante posición, a quien se suele calificar de figura dimensional objetiva (*objektive Maßfigur*).

La inmensa mayoría de las capacidades, aun siendo especiales, son -al igual que los conocimientos- adquiribles (susceptibles de aprendizaje, desarrollo, actualización, etc.) y sólo en algunos casos son innatas o personalísimas. Por el contrario, los conocimientos nunca son innatos. En consecuencia, la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales se rige por los mismos criterios que rigen para la exigibilidad del empleo de los conocimientos especiales.

La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales es -pero no sólo- un problema de tipicidad, ya del tipo objetivo, que ha de resolverse sobre la base de la finalidad fundamental que persigue el Derecho penal y la función que corresponde cumplir al tipo en un sistema político criminal, teleológico. No es posible juzgar la existencia de un peligro sin tener en cuenta lo que el sujeto sabe (por sus conocimientos, tanto normales como especiales) y lo que el sujeto puede (por sus capacidades, asimismo, normales o especiales).

La exigibilidad del empleo de las capacidades especiales constituye también, y fundamentalmente, un problema del tipo subjetivo. Pues el criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado no es identificable en su totalidad con los criterios de imputación objetiva, en cuanto ésta no requiere la creación de un riesgo no permitido (lo que supondría un vaciamiento de la parte subjetiva del tipo imprudente), sino sólo la de un riesgo mínimamente relevante, con la consecuencia de que el criterio

<sup>165</sup> De hecho, por lo que alcanzo a ver, en el ámbito médico -en el cual suele centrarse la doctrina para referir la mayoría de los ejemplos, fundamentaciones, aclaraciones, argumentos críticos, etc.- no existe en nuestra jurisprudencia ni un solo caso en el que se aprecie responsabilidad penal del médico actuante por exigibilidad del empleo de capacidades especiales concurrentes en él, superiores al estándar propio del médico medio. Sí existen, sin embargo, abundantes sentencias en las que se argumenta que al concreto médico actuante no le son exigibles conocimientos o capacidades excepcionales, superiores a las exigibles a un profesional medio.

de la infracción del deber objetivo de cuidado podrá derivar en una más amplia inexibilidad del empleo de las capacidades especiales que la requerida para la imputación objetiva.

La imprudencia requiere la infracción de un deber objetivo-general de cuidado, y este imprescindible prisma objetivo-general marca un doble límite a la exigibilidad del empleo de las capacidades del sujeto. Uno mínimo: lo que la norma espera (y exige), como mínimo, de cualquier sujeto, con independencia de sus capacidades. Y otro máximo: lo que la norma puede exigir, como máximo, a un sujeto con capacidades especiales.

Para determinar la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales ha de seguirse un criterio objetivo-general, ajustado al estándar de la persona (generalmente un profesional) prudente y razonable, modelo de conducta, que constituye - como idealizado sujeto medio ideal- la figura baremo de referencia.

Sobre la base de este criterio objetivo-general no son de recibo las teorías individualizadoras, tanto las absolutas, como las limitadas, de individualización sólo hacia arriba. Esta es, sin embargo, correcta en cuanto a su valoración de las capacidades inferiores a la media.

El procedimiento que se considera más correcto no es el de tomar como referencia las capacidades especiales, e incluso extraordinarias, del sujeto actuante y convertir a éste en baremo general de referencia, sino el de partir del correspondiente y más segmentado 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. De esta forma, sólo en última y muy residual instancia se recurre al criterio referencial, tradicionalmente seguido, del sujeto diligente situado en la misma posición del autor.

Las capacidades especiales no constituyen un problema distinto a las capacidades normales en cuanto a la fundamentación de la infracción del deber objetivo de cuidado por no emplearlas. Pues los requisitos objetivos en que ha de basarse dicha fundamentación son los mismos en ambos casos. Y otro tanto sucede con los conocimientos. Por el contrario, además de frente a los conocimientos, las diferencias en cuanto a la demostrabilidad -y en consecuencia en cuanto a la exigibilidad de empleo- de las capacidades especiales frente a las normales u ordinarias son muy notables y relevantes.

## **Bibliografía**

- ALEXANDER, Thorsten (2005), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflichten in Unternehmen*, Centaurus Verlag, Herbolzheim.
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang/EISELE, Jörg (2016), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl. Gieseking Verlag, Bielefeld.

- BAUN, Lisa (2019), *Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen: Zugleich eine Untersuchung zu den abstrakten Kriterien der Beihilfe durch neutrales Verhalten*, 1. Aufl. Nomos Verlag, Baden-Baden.
- BAUTISTA PIZARRO, Nathalia (2017), *Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht. Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht*, 1. Aufl. Nomos Verlag, Baden-Baden.
- BERGHAUS, Günter/ GRASS, H. Lilly (2003), “Verkehrsrecht und rechtsmedizinische Aufgaben”, en: Madea, B./Brinkmann, B. (eds.), *Handbuch gerichtliche Medizin*, Vol. 2, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 835-990.
- BETSCHINGE, Philip (2018), *Lohnwucher im Strafrecht: Der sachgerechte Maßstab für das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung*, Tectum Verlag, Baden-Baden.
- BOCKELMANN, Paul/VOLK, Klaus (1987), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. C. H. Beck Verlag, München.
- BREHM, Wolfgang (1973), *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Mohr, Tübingen.
- BURGSTALLER, Manfred (1974), *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht - Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Manz Verlag, Wien.
- BURKHARDT, Björn (1996), “Tatbestandsmässiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung: Zugleich ein Beitrag wider die ‘Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven’”, en: Wolter/Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff - Straftatzurechnung - Strafrechtzweck - Strafausschluss Strafverzicht - Strafklagverzicht*, C. F. Müller, Heidelberg, 99-134.
- CANCIO MELIÀ, Manuel/FERRANTE, Marcelo/SANCINETTI, Marcelo A. (1998), *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, 1ª. ed., Ad Hoc, Buenos Aires.
- CASTALDO, Andrea R. (1993), “Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts”, en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 495-510.
- CEREZO MIR, José (1983), “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, 471-504.
- CEREZO MIR, José (1998), *Curso de Derecho penal español, Parte general. Tomo II, Teoría jurídica del delito*, 6ª. ed., Tecnos, Madrid.
- CHARALAMBAKIS, Aristóteles (2001), “Zur Problematik der psychischen Beihilfe”, en: Schünemann, Bernd / Achenbach, Hans / Bottke, Wilfried / Haffke, Bernhard / Rudolphi, Hans-Joachim (edts.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 625-640.
- CHRISTMANN, Jörg (1997), *Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung. Ein Beitrag der Lehre von der objektiven Zurechnung zum Strafgrund der Anstiftung*, Peter Lang Verlag, Frankfurt.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2005), *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª. ed., Editorial B de f, Buenos Aires.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2014), “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*, 36, 121-169.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2017 a), “Prohibición del ejercicio de una especialidad o actividad médica versus prohibición del ejercicio de la medicina en general: consideraciones dogmáticas y de política criminal”, en: Castiñeira Palou, Mª Teresa / Corcoy Bidasolo, Mirentxu / Queralt Jiménez, Joan Josep / Silva Sánchez, Jesús María

- (Coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Editorial B. de F., Buenos Aires, 949-961.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2017 b), “Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español”, en: *Actualidad Penal*, enero 2017, n.º. 31, 97-123.
- DÍAZ ARANA, Andrés Felipe (2014), “La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado”, en: Velásquez, Fernando (dir.) *Cuadernos de Derecho Penal, Proceso Penal y Dogmática*, 11, enero-junio de 2014, Universidad Sergio Arboleda, Colombia, 113-165.
- DUTTGE, Gunnar (2001), *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- DUTTGE, Gunnar (2014), “Schriftum. Lea Staudt, Medizinische Richt- und Leitlinien im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinien”, en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 12/2014, 720-722.
- DUTTGE, Gunnar (2017), “Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, en: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1: §§ 1-37, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München.
- EISELE, Jörg / HEINRICH, Bernd (2017), *Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger*, 1. Aufl. Kohlhammer, Stuttgart.
- ENGISCH, Karl (1930), *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Liebmann Verlag, Berlin.
- ENGISCH, Karl (1931), *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr Verlag, Tübingen.
- FEILER, Harald (2011), *Subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht*, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, Band 19, Universitätsverlag Göttingen.
- FREUND, Georg (2008), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York.
- FREUND, Georg (2017), “Vorb. § 13”, en: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1: §§ 1-37, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck München.
- FREUND, Georg/ROSTALSKI, Frauke (2019), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre. Personale Straftatlehre*, 3. Aufl., Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York.
- FRISCH, Wolfgang (1983), *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heimann Verlag, Köln.
- FRISCH, Wolfgang (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München.
- GALLAS, Wilhelm (1955), “Zum gegenwertigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 67 (1955), 1-47.
- GEPPERT, Klaus (1997), “Die Anstiftung, (§ 26 StGB)”, en: *Jura* 1997, (Teil 1), 299-305, (Teil 2), 358-366.
- GOECKENJAN, Ingke (2017), *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschliessender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen.
- GÖTZMANN, Anke (2015), *Entwicklung politischen Wissens in der Grundschule*, Springer VS, Wiesbaden.

- GRECO, Luis (2005), “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum ‘Problem’ des Sonderwissens”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117 (2005), 519-554.
- GROPP, Walter (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York.
- GÜNTHER, Jan-Philipp (2016), *Roboter und rechtliche Verantwortung. Eine Untersuchung der Benutzer- und Herstellerhaftung*, Herbert Utz Verlag, München.
- HÄHLE, Lutz (2008), *Die strafrechtliche Relevanz von Sportverletzungen. Zur Problematik des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit, insbesondere im Fußballsport*. Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main.
- HALLMANN, Amina (2017), *Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld: Zur Reformbedürftigkeit des Schuldbegriffs vor dem Hintergrund neurowissenschaftlicher Erkenntnisse*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen.
- HECHT, Heiko/DESNIZZA, Wolfgang (2012), *Psychologie als empirische Wissenschaft: Essentielle wissenschaftstheoretische und historische Grundlagen*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.
- HEINRICH, Bernd (2016), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.
- HEMAL, Ashok K./MENON, Mani (2018), (eds.) *Robotics in Genitourinary Surgery*, 2. ed. Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York.
- HERZBERG, Rolf Dietrich (1984), *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München.
- HERZBERG, Rolf Dietrich (1987), “Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat”, en: *JuristenZeitung*, 1987, 536-541.
- HERZBERG, Rolf Dietrich (1996), “Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt”, en: *Juristische Schulung*, 1996, 377-384.
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen.
- HÖLZEN, Katharina (2011), *Auswirkungen des Öko-Audits auf das Umweltstrafrecht*, Universitätsverlag Osnabrück, Verlag V&R unipress, Göttingen.
- JÄGER, Christian (2015), *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. C. F. Müller Verlag, Heidelberg.
- JAKOBS, Günther (1983), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlin, New York.
- JAKOBS, Günther (1987), “Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht”, en: Küper, Wilfried / Puppe, Ingeborg / Tenckhoff, Jörg (Eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 53-76.
- JAKOBS, Günther (1989), “Tätervorstellung und objektive Zurechnung”, en: Dornseifer, Gerhard (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 271-288.
- JAKOBS, Günther (1999), “Bemerkungen zur objektiven Zurechnung”, en: Weigend, Thomas / Küpper, Georg (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 45-64.
- JAKOBS, Günther (2017), *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge: Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen.

- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin.
- KAMARAS, Endre (2003), *Humankapital. Grund des Wachstums?* Tectum Verlag, Marburg.
- KAMINSKI, Ralf (1992), *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts. Struktur und Inhalt*, Duncker & Humblot, Berlin.
- KASPAR, Johannes (2015), *Strafrecht - Allgemeiner Teil. Eine Einführung*, 1. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden.
- KIENAPFEL, Diethelm (1984), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Mit Einführungen in programmierter Form*, 4. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin, New York.
- KÖHLER, Michael (1997), *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.
- KOLB, Katharina M. (2008), *Auf der Suche nach dem Verschuldensgrundsatz. Untersuchungen zur Faktizität der Culpa-Doktrin im deutschen außervertraglichen Haftungsrecht*, Herbert Utz Verlag, München.
- KREY, Volker (2008 a), *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 2, Täterschaft und Teilnahme, Unterlassungsdelikte, Versuch und Rücktritt, Fahrlässigkeitsdelikte*, 3. Aufl. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.
- KREY, Volker (2008 b), *Strafrecht Besonderer Teil. Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte*, 14. Aufl. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.
- KRÖGER, Thomas (2016), *Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstrafat. Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie*, Duncker & Humblot, Berlin.
- KUDLICH, Hans (2020), “§ 29. Handlungs und Erfolgsunrecht sowie Gesinnungsunwert der Tat”, en: Hilgendorf /Kudlich/Valerius (eds.), en: *Handbuch des Strafrechts: Band 2: Strafrecht Allgemeiner Teil, I*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg.
- KÜHL, Kristian (2017), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. Aufl. Verlag Franz Vahlen München.
- KUHLEN, Lothar (1989), *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg.
- KÜPER, Wilfried/ZOPFS, Jan (2018), *Strafrecht Besonderer Teil: Definitionen mit Erläuterungen*, 10. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian (2018), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29. Aufl. C. H. Beck Verlag, München.
- LENCKNER, Theodor (1987), “Das Merkmal der ‘Nicht-anders-Abwendbarkeit’ der Gefahr in den §§34,35 StGB”, en: Küper, Wilfried / Puppe, Ingeborg / Tenckhoff, Jörg (Eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18 Februar 1987*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 95-112.
- LINDEMANN, Michael (2012), *Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts. Eine Untersuchung zu den materiell- und prozessrechtlichen Problemen der strafrechtlichen Aufarbeitung von Wirtschaftskriminalität*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1974), “Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro. Comentario a STS 24-4-1974”, en: *Revista de Derecho de la Circulación*, 1974, 269-273.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1986), “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, en: *Poder Judicial*, 1986-2, 73-92.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1996), *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, 1.ª ed. Universitas, Madrid.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016), *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3ª. ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2017), “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, en: *Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 6, 2017, 145-272.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Trat. s/a), *Tratado de Derecho Penal. Parte General* [en preparación].
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario (2011), “El principio de confianza en derecho penal”, en: Pérez Álvarez (ed.), Díaz Cortés (coord.), *Temas actuales de investigación en ciencias penales. Memorias I Congreso internacional de jóvenes investigadores en ciencias penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, octubre de 2009, 35-58.
- MAURACH, Reinhart (1962), *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.
- MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred (2005), *Strafrecht. Besonderer Teil. Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 9. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg.
- MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz (2014), *Strafrecht Allgemeiner Teil, 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 8. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg.
- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz (1992), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8. Aufl., Müller (C.F.Jur.), Heidelberg.
- MAYER, Michael (2008), *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden. Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Arzneiwesen aus strafrechtlicher Sicht*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.
- MEHRINGER, Rolf (2007), *Die Anfängeroperation. Zwischen Patientenrechten und Ausbildungsnotwendigkeit*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.
- MEZGER, Edmund (1957), *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.
- MIKUS, Rudolf Alexander (2002), *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, Duncker & Humblot, Berlin.
- MIR PUIG, Santiago (2015), *Derecho penal. Parte General*, 10ª. ed. Editorial Reppertor, Barcelona.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2009), *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Ed. Atelier, Barcelona.
- OEHLER, Klaus (2009), *Zahnmedizinischer Standard in der Rechtsprechung: Sicherheit durch Behandlungsregeln*, Deutscher Ärzteverlag, Köln.
- OTTO, Harro (2004), *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin, New York.
- PAEFFGEN, Irich/BÖSE, Martin (2017), “§ 229 StGB”, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *NomosKommentar StGB*, 5. Aufl. Nomos Verlag, Baden-Baden.



- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (1995), *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid.
- PAWLIK, Michael (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M. (2007), *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2012), *Imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Ed. Atelier, Barcelona.
- PUPPE, Ingeborg (1984), “Der objektive Tatbestand der Anstiftung”, en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1984., 101-123.
- PUPPE, Ingeborg (2017), “Vor § 13 StGB”; “Vor § 15 StGB”, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *NomosKommentar StGB*, 5. Aufl. Nomos Verlag, Baden-Baden.
- RATH, Jürgen (2002), *Das subjektive Rechtfertigungselement. Zur kriminalrechtlichen Relevanz eines subjektiven Elements in der Ebene des Unrechtsausschlusses — auf der Grundlage einer Rechtsphilosophie im normativen Horizont des Seins. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.
- RAUCH, Marcus (2018), *Notwendige juristische Kompetenzen des Arztes*, Tectum Verlag, Baden-Baden.
- RENGIER, Rudolf (2017), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., C. H. Beck Verlag, München.
- RÖTTGER, Wolfgang (1993), *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption*, Duncker & Humblot, Berlin.
- ROXIN, Claus (1962), “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 74 (1962), 411-444.
- ROXIN, Claus (1997), *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 Verbrechenlehre, Beck, München, 1994), Ed. Civitas, Madrid.
- ROXIN, Claus (2003), *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bd. II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Verlag C.H. Beck, München.
- ROXIN, Claus (2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Aufl. Verlag C.H. Beck, München.
- ROXIN, Claus (2014), *Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, 1997. (Trad. y Notas de Luzón/ Paredes/Díaz/ de Vicente, de la 3ª. ed. alemana Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bd. II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Beck, München, 2003), Ed. Thomson-Civitas-Aranzadi, Madrid.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim (1984), “Der Zweck staatlichen Strafens und die strafrechtlichen Zurechnungsformen”, en: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Verlag Walter de Gruyter, Berlin, New York, 69-84.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim (1997), “Vor § 1StGB”, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, AT, 6. Aufl.
- SACHER, Mariana (2006), *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Duncker & Humblot, Berlin.

- SAFFERLING, Christoph J. M. (2008), *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- SCHAEFER, Torsten (2015), “§ 15 StGB”, en: Leipold/Tsambikakis/Zöller (eds.) *AnwaltKommentar StGB*, Heidelberger Kommentar, 2. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich (1978), “Der Maßstab für das Gefährurteil beim rechtfertigenden Notstand”, en: Frisch, Wolfgang / Schmid, Werner (Eds.), *Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 89-106.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1975), “Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung”, en: Grünwald, Gerald (Ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, Schwartz Verlag, Göttingen, 129-158.
- SCHMOLLER, Kurt (2019), “Fahrlässigkeit als ‘subjektive Erkennbarkeit’ der Tatbestandsverwirklichung – Das Pendant zum Vorsatz”, en: Böse, Martin / Schumann, Kay H. / Toepel, Friedrich (Eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 441-456.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/CRAMER, Peter (2001), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl. C. H. Beck Verlag, München.
- SCHÜNEMANN, Bern (1975 a), “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, en: *Juristische Arbeitsblätter*, C. H. Beck Verlag, München, 436-442, 512-516, 575-584.
- SCHÜNEMANN, Bern (1975 b), “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? — Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechenaufbau”, en: Grünwald, Gerald (Ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, Schwartz Verlag, Göttingen, 159-177.
- SCHÜNEMANN, Bern (1999), “Über die objektive Zurechnung”, en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1999, 207-229.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (1991), *Teoría del delito imprudente. (Doctrina general y regulación legal)*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (2011 a), “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto”, en: *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 645-646.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (2011 b), “‘Sonderwissen’ des Handelnden und objektives Gefährurteil”, en: Heinrich, Manfred / Jäger, Christian / Achenbach, Hans / Amelung, Bottke, Wilfried / Haffke, Bernhard / Schüneamn, Bernd / Wolter, Jürgen (Eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band 1, Walter de Gruyter. Berlin. New York, 345-360.
- SINGER, Wolf (2000), “Wissen und seine Quellen aus neurobiologischer Sicht”, en: Jürgen Mittelstraß (ed.), *Die Zukunft des Wissens: Vorträge und Kolloquien. XVIII. Deutscher Kongreß für Philosophie Konstanz, 4-8 Oktober 1999, Vorträge und Kolloquien*, Akademie Verlag, Berlin, 518-528.
- SIRCH, Christian (2008), *Die Strafbarkeit der Parteispendenakquisition: ein Beitrag zum Tatbestand der Vorteilsannahme*, (Criminalia / Abhandlungen aus den gesamten Strafrechtswissenschaften, Band 45), Peter Lang Verlag, Frankfurt.

- SMITH, Joseph A. (2009), *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.
- STAUDT, Lea (2012), *Medizinische Richt- und Leitlinien im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinien*, Peter Lang Verlag, Frankfurt.
- STEIN, Philip (2016), *Die Aktiengesellschaft: Gründung, Organisation, Finanzverfassung*, Springer Verlag, Wiesbaden.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev/SCHUSTER, Frank (2019), StGB “§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, en: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, C. H. Beck Verlag, München.
- STRATENWERTH, Günter (1985), “Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt”, en: Vogler, Teo / Herrmann, Joachim / Krümpelmann, Justus / Moos, Reinhard / Triffterer, Otto / Leibinger, Rudolf / Schaffmeister, Dieter / Meyer, Jürgen / Hüne, Peter (Eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 285-302.
- STRATENWERTH, Günter (2017), “Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt”, en: Peter Aebersold, Peter Albrecht, Felix Bommer, Sabine Gless, Mark Pieth, Martin Schubarth, Kurt Seelmann, Wolfgang Wohlers (eds.), *Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts*, Stämpfli Verlag, Bern / Nomos Verlag, Baden-Baden, 395-412.
- STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Aufl. Verlag Franz Vahlen München.
- STRUENSEE, Eberhard (1987), “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, en: *Juristen Zeitung*, 1987, 53-63.
- TACHEZY, Dorothea Maria (2007), *Mutmassliche Einwilligung und Notkompetenz in der präklinischen Notfallmedizin*, Peter Lang Verlag, Frankfurt.
- TAG, Brigitte (2000), *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis. Eine arztstrafrechtliche Untersuchung*, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York.
- TIMPE, Gerhard (1983), *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Duncker & Humblot, Berlin.
- TOFAHRN, Sabine (2013), *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Vorsätzliches und fahrlässiges Begehungsdelikt*, 3. Aufl. C. F. Müller Verlag, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema (2015), “La sustitución del ‘buen padre de familia’ por el estándar de la ‘persona razonable’: reforma en Francia y valoración de su alcance”, en: *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1, 2015, 57-103.
- ULSENHEIMER, Klaus (2015), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg.
- VACCHELLI, Ezequiel (2017), “En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público”, en: *InDret* 4/2017, 1-30.
- VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana Andrea (2015), “Las capacidades especiales del profesional de la salud”, en: *Revista Colombiana de Anestesiología*, 2015, 43 (2), 147-150.
- VARELA, Lorena (2016), *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*. Bosch Editor, Barcelona.
- VASSILAKI, Irini E. (2011), “Technikstrafrecht”, en: Schulte/Schröder (eds.) *Handbuch des Technikrechts*, 2. Aufl. Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 385-404.

- VOGEL, Joachim (2006), “§ 15 StGB”, en: *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar*, Band 1: Einleitung, §§ 1-31, 12. Aufl., De Gruyter, Berlin.
- VUIA, Mihai (2002), *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, GRIN Verlag, München.
- WALTER, Tonio (2006), *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- WEIGEND, Thomas (2002), “Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat”, en: Dölling, Dieter / Erb, Volker (Eds.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 129-144.
- WEINHARDT, Birgitta Annette (2018), *Das Modell des illibertaren Indeterminismus: Lebensführung jenseits von Willensfreiheit und Fatalismus. Ein philosophisch-theologischer Entwurf im Dialog mit den Naturwissenschaften*, Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- WELZEL, Hans (1954), *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 3. Aufl. Walter de Gruyter & CO., Berlin.
- WELZEL, Hans (1969), *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin.
- WELZEL, Hans (1975), *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, New York.
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 45. Auf. C. F. Müller Verlag, Heidelberg.
- WICKLER, Wolfgang (2008), “Die Entwicklung kognitiver Fähigkeiten aus ökologischer und neurophysiologischer Sicht”, en: H. A. Müller (ed.), *Evolution: Woher und Wohin? Antworten aus Religion, Natur- und Geisteswissenschaften*, Verlag Vandenhoeck&Ruprecht, Göttingen.
- WOLTER, Jürgen (1977), “Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt”, en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, 257-274.
- YAMANAKA, Keiichi (1990), “Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102 (1990), 928-952.
- YAMANAKA, Keiichi (2012), *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*, Walter de Gruyter, Berlin/Boston.
- ZIESCHANG, Frank (2014), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. Verlag Richard Boorberg, Stuttgart.