

EN TORNO DEL DELITO CULPOSO

Por JUAN JOSÉ ÁVILA

Entre las múltiples facetas que ostentaban la personalidad y formación de Andrés J. D'Alessio destaca su vocación docente, puesta de manifiesto no sólo en su brillante carrera —por todos conocida— sino principalmente en su trato cotidiano con el alumno y con el colega que iban en busca de su versación, claridad expositiva y generosa entrega, fruto de una comprensión profunda y una meditada sistematización de los temas que trataba. Esta colaboración a su libro de homenaje pretende seguir esa senda, intentando desbrozar algo del arduo camino hacia la comprensión y sistematización dogmática de los delitos ejecutados por culpa, lo que actualmente implica introducirse en la teoría de la imputación objetiva.

Uno de los puntos de partida de esta teoría se vincula con el insoslayable dato de la realidad de que el riesgo en la vida moderna se ha incrementado exponencialmente, lo que ha generado la necesidad de que el Derecho lo tome en cuenta. Ello ha determinado una propuesta que implica, en alguna medida, redefinir las acciones típicas, sean culposas o dolosas¹. Pero para preservar el principio de legalidad (pues no parece lo mismo “matar” que “incrementar el riesgo de muerte que se realiza en el resultado”, según lo que podría ser aquella reformulación), se tienen que proponer interpretaciones estrictas, tanto para la consideración de la creación del riesgo desaprobado, como para explicar con qué criterio se ha de satisfacer la exigencia fundamental de la teoría según la

¹ El incremento del riesgo más allá de lo permitido se constituye en el núcleo de la teoría de la imputación objetiva. Parece imponerse la idea de que esta teoría vale tanto para los delitos cometidos por culpa, como para los ejecutados con dolo, aun cuando este criterio diste de ser unánime. En este trabajo se considera que la teoría es válida para ambas clases de delito, no por una cuestión de simetría casi estética, sino porque ésa parece ser la tendencia que permite mejor la integración del riesgo; no obstante, se reconoce que la teoría encuentra su campo más propicio en el ámbito de la culpa. Sobre aplicaciones de ella en delitos paradigmáticamente dolosos ver, p. ej. PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

cual debe ser ese riesgo jurídicamente desaprobado², y no otro, el que se haya realizado en el resultado.

Este trabajo, que no pretende antagonizar sino ordenar y aclarar algunas cuestiones de la teoría que se consideran relevantes —por cierto que de modo incompleto, pues se dejan de lado discusiones importantes y evita considerar las complejas distribuciones de responsabilidad que generalmente suscitan los estragos culposos complejos en los que juega un papel preponderante el principio de confianza —que aquí no se trata— comienza presentando unas “Generalidades introductorias” (I.); intenta luego resolver una carencia crucial (II.), que no obstante haber sido advertida por la doctrina, no parece haberla resuelto: la necesidad de fundamentar bajo qué condiciones y cumpliendo qué exigencias pueden resultar jurídicamente obligatorias, reglas que en rigor son sociológicas o técnico-fácticas, como por ejemplo, las que componen el rol, o muchas de las que pueblan la constelación normativa que es sustrato de los delitos culposos³. En efecto, autores han señalado las limitaciones que acarrea esa especie de vicio de origen, pero parecen haberse quedado ahí, en el mero señalamiento, sin proponer criterios de legitimación satisfactorios o al menos consistentes; y esto llevó a una digresión: bajo qué circunstancias, la posición de garante juega un papel en los delitos culposos. Finaliza (III.) con un intento de aclarar requisitos de la tipicidad objetiva en esta clase de delitos, concretamente, qué propuesta debería formular la imputación objetiva —como tesis causal moderna sucedánea de la causalidad natural— que sea apta para explicar la relación entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado producido.

I. GENERALIDADES INTRODUCTORIAS

1. Uno de los objetivos que comúnmente se le asigna al Derecho Penal, es el de prevenir que situaciones cotidianas crecientemente complejas lesionen o pongan en riesgo estados de cosas que la sociedad considera valiosos. Su estrategia específica es intentar conjurar contrafácticamente⁴ esas situaciones

² La teoría parte de reconocer que es imprescindible permitir ciertos niveles de riesgo para no paralizar la vida social (riesgo permitido), por lo que resulta obvio que lo desaprobado es el exceso que se genere por sobre éste. Por eso se advertirá que a veces se utilizan estas expresiones (riesgo desaprobado; incremento de riesgo, etc.) como sinónimos intercambiables.

³ En la semblanza de D'Alessio penalista, que se publicó en el ejemplar del mes de agosto de 2009 de la *Revista de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal* que él codirigía con el Dr. Pedro J. Bertolino, recordaba una de mis últimas conversaciones con Andrés, a propósito del amplio uso del vocablo “normativo” y la escasa fuerza explicativa que, por su excesiva amplitud, conlleva su mera invocación (p. ej. le cabe tanto a la religión como al lenguaje; a la ética como a la moda).

⁴ Los condicionales contrafácticos como al que aquí se alude, tienen como antecedente un subjuntivo: “si cometiera... sería penado” y se diferencian de los condicionales indicativos en que éstos afirman la ocurrencia del antecedente: “si cometió, entonces pena” (conf. def. del prof. Michael Cohen en HONDERICH, Ted [editor], *Enciclopedia Oxford de filosofía*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 191).

de riesgo mediante la amenaza de pena⁵ y, si el riesgo se concreta, sancionarlo de acuerdo con criterios previsibles. Ello se complementa con el discurso justificatorio, aparentemente dominante hoy, según el cual la pena permitiría restaurar la confianza en la validez del Derecho como elemento fundamental de la integración social⁶, validez que ha sido comunicativamente violada por la comisión de un hecho calificable de delito y que la pena, al menos simbólicamente, volvería a restablecer⁷.

Esto implica sostener, de alguna manera fuerte, que el ser humano comunica desde que nace hasta que muere: el recién nacido, con su primer vagido, hace saber que respira; con el último estertor, se hace explícita la muerte⁸. Cómo y qué comunican esa sucesión de actos que pueden resultar indiscernibles y que constituyen la vida conlleva, entre otros complejos problemas, el de su discernimiento, el de su comprensión.

Esto tiene lugar cuando a un conjunto discreto de movimientos corporales de uno o varios individuos humanos (o a su ausencia), se les asigna sentido. Para ello se toman también en cuenta, obviamente, otros datos fácticos y normativos, lo que culmina con una cierta “relación del hecho”⁹ que debe ser del interés para la disciplina en cuyo ámbito objetual debe ser practicada, en este

⁵ Sobre su eficacia y las posibles alternativas, ver en especial los capítulos 1 y 2 de SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades pos industriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, Civitas, 1999, donde plantea la paradoja de que se postule, por un lado, la vuelta a un Derecho Penal mínimo y, por otro, “(...) la ‘reinterpretación’ de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho Procesal Penal. Creación de nuevos ‘bienes jurídico penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídico penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía...”. El autor caracteriza a este proceso como “Expansión del Derecho Penal” y se mueve entre una legítima demanda social de mayor protección, pero que no debe canalizarse “en términos irracionales como demanda de punición”.

⁶ Conf. entre otras muchas citas posibles HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 148.

⁷ Mas allá de estos discursos justificatorios, me parece insoslayable incluir entre los componentes de la justificación de la pena, algo que se suele escabullir, disimular o negar: el sentimiento de venganza que anida en lo humano, al que se ha tratado de socializar o domesticar. Este fenómeno incluye desde la apropiación del monopolio de penar por parte del Estado, hasta la humanización de las formas de punir. Los avances culturales procuraron morigerar el sentimiento de venganza y sobre todo, separarlo de la idea de justicia, que hasta la Grecia homérica eran más o menos equivalentes (conf. voz “revancha” a la que remite “venganza” en Enciclopedia Oxford de Filosofía, citada en nota anterior, pág. 918). La justicia diferiría de la venganza porque se la debe ejercer observando estrictamente las reglas penales y procesales de garantía que son proyección de derechos humanos básicos; si no se hace así, se corre el grave riesgo de que aparezca la venganza y sus secuelas de irracionalidad y desintegración social.

⁸ Conf. especialmente FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso* y la exposición e interpretación que hacen DÍAZ, Esther - HELER, Mario, *El conocimiento científico. Hacia una visión crítica de la ciencia*, vol. 1, Manuales EUDEBA, Buenos Aires, EUDEBA, 1989, cap. 4, ps. 25 y ss.

⁹ Por ejemplo arts. 83, inc. 2º; 176; 188, 3er. párr., inc. 2º; 298; 308; 347; 351; 399; 418, inc. 3º del CPPN. Algunos son más explícitos que otros en distinguir entre hecho y relación del hecho.

caso, el Derecho Penal. La asignación de sentido implica pues la interpretación de ese conjunto proteico de datos y su puesta en palabras¹⁰ (o en imágenes mentales, si se mantiene reservada y no adquiere dimensión comunicacional).

2. La teoría de la imputación procura suministrar criterios para ordenar esa interpretación, tanto de los datos fácticos (incluidos los movimientos corporales que a veces son causales¹¹), los que al ser susceptibles de percibirse por terceros observadores, se dice que son ontológica y epistémicamente objetivos; en cambio, de los datos normativos —cuya violación también puede causar¹²— se predica validez, y su objetividad se afirma en procedimientos discursivos. Todos ellos constituyen la materia de la tipicidad objetiva, y al ser interpretados, al asignárseles sentido, componen el contenido proposicional de la imputación objetiva¹³.

En cambio los datos subjetivos (como el conocer y el querer clásicos del dolo), se alojan en la caja cerrada del cerebro del autor, al que sólo éste tiene acceso privilegiado. Son, pues, por su lugar de emplazamiento y por la forma de acceder a su conocimiento, ontológica y epistémicamente subjetivos. No obstante, permiten su objetivización —en el ya expuesto sentido de “susceptibles de ser percibidos por un tercer observador”— pues generalmente se manifiestan por actos externos que los denotan o los expresan. Constituyen el contenido proposicional de la imputación subjetiva¹⁴.

3. El anotado incremento exponencial de la complejidad en la vida moderna parece estar en íntima relación con rasgos de lo humano, como la imaginación unida a la inteligencia, y la ambición (que lo que suele hacer es crear necesidades artificiales y razones que las justifiquen). El desarrollo tecnológico, subproducto de aquéllas, resulta generalmente digno, pero también de-

¹⁰ La teoría de los actos de habla ha puesto de relieve cómo la interpretación lingüística porta en cada enunciado, pretensiones de verdad de los datos fácticos, de validez en los normativos y de sinceridad en los expresivos, que en el campo penal se dirimen en su verdad, validez y sinceridad, a lo largo y con las reglas del proceso. En el sistema continental europeo, la validez general encuentra su apoyatura en el conjunto de normas y proposiciones normativas de la dogmática penal.

¹¹ Quien corre o camina en realidad no causa nada, simplemente ejecuta movimientos peculiares a los que se clasifica bajo esas palabras-verbos. En cambio para matar, robar o estafar, sí hace falta causar.

¹² Aunque no de la misma manera que un movimiento corporal. Si se reservara el uso de “causar” sólo a lo que importa aplicación de energía, puede sustituirse el verbo usado en el texto por otro, p. ej., “determinar”. Más compleja resulta la discusión sobre si los estados mentales “causan”.

¹³ Su sentido ilocucionario (en términos de teoría de los actos de habla) es eminentemente institucional. Idéntico contenido proposicional, pero fuera del contexto de un proceso penal podrá ser informativo (como cuando un abogado explica a su cliente, en su oficina, qué se le hará saber como “hecho” en el acto de indagatoria), pero esa información no se puede calificar como “imputación”.

¹⁴ Sobre la clasificación en ontológica y epistémicamente objetivo y subjetivo ver SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, Barcelona-Buenos Aires, Paidós Básica, 1995, ps. 25 y ss.

leznable: basta pensar en los “progresos” de la maquinaria bélica en todos los tiempos, o en el uso perverso de la tecnología puesta al servicio de la vesania nazi-fascista, de derecha o de izquierda¹⁵.

Ese incremento del mal y del riesgo no suele estar acompañado de los instrumentos que permitan erradicar al primero y mantener dentro de límites tolerables al segundo, o de juzgarlos con cartabones adecuados: generalmente el conjunto de palabras que componen un texto jurídico ha ido a la zaga de esos incrementos desbordantes; o padecen los efectos de una deficiente factura.

4. La difusión del discurso sobre los derechos humanos y su concreción en derecho positivo, legalizó progresivamente la ponderación de valores¹⁶ como una estructura argumentativa eficaz para superar las aporías que suele presentar el mal¹⁷.

La dogmática ha recibido esa influencia: basta citar el ejemplo del delito de lesa humanidad como respuesta al mal absoluto, con el que ha atemperado la rigidez de alguno de los corolarios tradicionales del principio de legalidad penal; y también ha redoblado esfuerzos argumentativos para suministrar a quien juzga, razones consistentes que permitan salvar, frente al caso complejo o novedoso, el hiato entre la seguridad y la justicia¹⁸. Ahí es donde ha hecho sus mejores aportes como hermenéutica de la ley y guiando la interpretación de los datos fácticos y normativos que, transformados en relatos¹⁹, reciben el aporte de sus construcciones. De ese modo ha mediado permanentemente entre el conjunto de palabras que componen el texto de la ley, y la justificación de su aplicación a la narración del hecho que se juzga, pues tanto las palabras de la ley como las de la relación del hecho resultan moldeadas por la dogmática: el

¹⁵ Como ejemplos paradigmáticos, pero lamentablemente no únicos: de derecha, la *shoa*; de izquierda, el *gulag* o las atrocidades del llamado “*kmer rouge*”.

¹⁶ Esta palabra, al parecer, proveniente de la economía, resulta de uso insoslayable, lo que no significa abrir juicio acerca de los múltiples problemas que éstos conllevan (ver, sin ir más lejos, el capítulo introductorio a ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

¹⁷ Me refiero aquí a esas ofensas masivas contra la dignidad humana a las que Carlos Nino caracterizó como “mal absoluto” (Conf. NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del proceso*, Buenos Aires, Emecé, 1997). Lamentablemente, también se advierten excesos de signo contrario, frutos perversos de la venganza y no del anhelo de justicia. Debemos a Andrés D’Alessio una lúcida reflexión, insoslayable, sobre el tema en D’ALESSIO, Andrés, *Los delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008.

¹⁸ Es conveniente destacar que esas dos palabras expresan situaciones que suelen entrar en contradicción. Su uso en el texto no pretende atribuirles otro sentido que el de servir de etiqueta a problemas que no hace falta siquiera recordar al lector.

¹⁹ Jorge Luis Borges utiliza, por lo menos en dos de sus cuentos (“El Congreso” y “El Aleph”) una bella definición de lo que significan las palabras, como “...símbolos que postulan una memoria compartida” y el lenguaje como “... un alfabeto de signos cuyo ejercicio presupone un pasado que los interlocutores comparten”.

Derecho Penal se ocupa de la realidad bajo una cierta relación —la que es afín a sus prohibiciones y mandatos— no bajo cualquier relación²⁰.

5. La consistencia argumentativa de sus propuestas se ha impuesto, como se acaba de decir, para fundamentar la solución de situaciones y estados de cosas que el legislador no previó ni pudo prever, como el apuntado incremento del riesgo en la vida moderna y su decidida irrupción en nuestra cotidianeidad, lo que terminó repercutiendo en la disciplina penal que, de alguna manera, hubo de procesarlo. El Derecho —especialmente el Penal— que ya se había visto beneficiado con la autonomía metodológica y filosófica que le suministró el reconocimiento de las llamadas ciencias del espíritu, pudo encontrar su propio camino de reconocimiento, apropiándose del sentido²¹ como instrumento para forjar su nuevo derrotero.

De ese modo —y en el particular ámbito de la explicación de la causa y el efecto— pudo desprenderse de las propuestas llamadas causal-naturalistas y sus inconvenientes, e introducir sin contradicción consideraciones valorativas que ampliaron, adecuaron y revitalizaron su horizonte, legalizando la imputación como eje de la tipicidad, sucedáneo de aquella “causalidad natural”.

Esa adecuación ha hecho explícitos unos presupuestos que quisiera destacar a esta altura del trabajo: (i) la imprescindible necesidad de tolerar niveles de riesgo para no paralizar toda actividad; (ii) que se evite extender indiscrimi-

²⁰ Ver artículos del CPPN citados en nota 9. Si lo que aquí se dice resulta plausible, una relación del hecho debe ser previa a la teoría (aunque no ajena a ella, sino que será guiada por ella). Si es así, esa relación sólo excepcionalmente podrá prescindir de referencias subjetivas (es decir, de estados mentales del agente) pero ello por exigencias de la clasificación bajo palabras que importa toda comunicación que usa lenguaje (sobre todo, habiendo tipos dolosos y culposos, además de situaciones fortuitas). No hay nada óntico u ontológico en ello. Por eso he sostenido que la división en tipo objetivo y subjetivo es sólo analítica, agregando ahora que carece de sentido discutir si es una inconsecuencia que la teoría de la imputación objetiva eche mano, en ciertos casos, de estados subjetivos (como el dudoso enunciado disposicional de la previsibilidad). Lo que sí, esto debe hacerse una vez agotado el análisis objetivo.

²¹ Conf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Primera lección*, Madrid, Cátedra, 1994. El sentido, como estrategia de abordaje al objeto de estudio de las Ciencias Sociales, se ha trasladado al Derecho Penal. Se vincula con la comunicación lingüística que caracteriza el ámbito objetual de la Sociología, y en lo que aquí parece relevante, a la comprensión de los movimientos corporales como integrantes el mundo social de la vida, permitiéndonos distinguir a aquéllos (los movimientos corporales) de las acciones (“Las acciones no puedo observarlas exclusivamente como comportamiento por (...) que para poder describir un comportamiento dado como acción tengo que referir determinadas notas de ese comportamiento a reglas subyacentes y entender el sentido de esas reglas” para lo que deben ser éstas —las reglas y normas— intersubjetivamente detectadas y compartidas. Id. p. 22 (“Ver’ u ‘observar’ o ‘percibir’ una acción implica siempre la comprensión de una norma (o de la correspondiente intención del agente) y la interpretación de movimientos (o estados) a la luz de una regla de acción (o intención) entendida”). Veo una bandada de pájaros volar hacia el norte en cierta época del año y digo (o pienso) “están migrando”. Veo a mi vecino acercarse a su casa a cierta hora, con cierto atuendo y con aspecto agitado: “vuelve de hacer gimnasia”; el peatón que cruzó mal la calle advierte la presencia de mi coche: interpreto su intención de detenerse para que yo lo esquive, o de echar a correr para esquivar él mi coche; siempre son reglas subyacentes en nuestro mundo de la vida las que le dan sentido a esos movimientos. Ver también VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

nadamente las consecuencias penales a todo incremento de éste, sin distinguir de entre ellos al que efectivamente creó el que se quería conjurar, e incidió efectivamente en el resultado; (iii) la seguridad de que ciertos criterios normativos protegerían de la punición al que se mantuvo dentro de los límites de ese riesgo tolerado o que confió en que los otros —o la propia víctima— no los sobrepasarían.

6. A esta altura parece procedente advertir (i) que cuando se afinan las definiciones de lo que en el punto anterior se han llamado “presupuestos”, se producen solapamientos entre ellos; (ii) que como suele ocurrir, inclusive la existencia de acuerdos sobre los alcances de las palabras que definen esos presupuestos (sobre su connotación o intensión), no puede evitar que se produzcan discrepancias sobre si ciertos hechos o estados de cosas de la vida real (que hasta pueden haber sido relatados de modo coincidente) se puedan encontrar —o no— abarcados por esas palabras definitorias (su denotación o extensión); y (iii) que eso produce una cierta decepción que induce a pensar si no se está intentando resolver con instrumentos exclusivamente conceptuales, cuestiones que ofrecen perfiles fuertemente valorativos²².

7. Es probable que sea en la evolución del tratamiento doctrinal del delito culposo donde pueda observarse con mayor claridad esa tarea de adecuación de los textos a la cambiante realidad, la que se vio forzada por el incremento en la disponibilidad de energía que se fue poniendo en manos del hombre; y con el auxilio insoslayable de la ponderación —que frecuentemente aparece encubierta o disimulada bajo la apelación a instancias difusas como la intuición, la política criminal o inclusive, el a veces despreciado uso del lenguaje²³— ha auxiliado en esa tarea de adecuación de la ley al crecimiento operado, poniendo a prueba instrumentos generalmente ingeniosos, pero cuyo uso suele no respetar los límites que imponen la libertad y la seguridad jurídica²⁴.

²² Es frecuente observar cómo se rechazan propuestas conceptuales sobre la base de que generan soluciones insatisfactorias del punto de vista valorativo (es frecuente advertirlo, por ejemplo, en REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996).

²³ Los ejemplos de esto último también abundan, pero sólo presentaré “un botón”: Wolfgang Frisch dice, al considerar la cuestión que plantea el comportamiento que ha reducido pero no evitado la producción de algún resultado lesivo “¿puede uno hablar ya en tal caso de comportamiento prohibido típico?”.

²⁴ Por ejemplo en los hechos culposos, la tendencia a imputar de modo indiscriminado a todo el que violó algún deber de cuidado, sin tener en cuenta que, en esta clase de delitos, la condena suele ser más el proceso que la sentencia: así, en la investigación del accidente del avión de LAPA se indagó y embargó por suma millonaria a los síndicos societarios, titulares y *suplentes*, cuyos deberes legales nada tienen que ver con el control de la gestión (aunque luego se los sobreseyó).

*II. EL MARCO NORMATIVO EN LOS DELITOS CULPOSOS
LA SUPERACIÓN DE UNA HIPOTÉTICA OBJECCIÓN FORMAL²⁵.
ASPECTOS DE LA IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO*

I. Generalidades

Es sabido que en nuestro Código Penal, la regla es que los tipos penales refieran conductas en las que lo realizado por el autor, coincida con el estado intencional²⁶ que éste se propuso concretar. Esta grosera caracterización de los tipos dolosos, sólo tiene por objeto contrastarlos con la excepcionalidad con que se consagran las puciones debidas a “imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo (...)” (art. 84, CP)²⁷. Se trata de una distinción que proviene de la ley, por lo que el intérprete ha debido hacerse cargo de ella procurando afinarla con apoyo en textos legales y razones lógicas y valorativas.

Aquella generosa fórmula legal tal vez haya sido la más difundida en nuestro medio científico para caracterizar al delito por culpa²⁸, hasta que fue paulatinamente reemplazada por la más escueta de “infracción al deber de cui-

²⁵ Ella me salió al cruce leyendo el excelente trabajo de Andrea Fernández próximo a aparecer “Estafa e imputación objetiva. En busca de criterios normativos para delimitar el ámbito de imputación a la víctima”.

²⁶ Sé que las modernas disquisiciones sobre la tipicidad subjetiva resistirían reconocer algo así como la existencia de “estados mentales”, basándose en la reivindicación normativa de conceptos de raíz psicológica. Sin embargo, me parece que esta reivindicación y consiguiente negación confunde dos planos: el ontológico, que creo que no puede privarse de sus vínculos con lo psicológico —al menos con una psicología de sentido común (al respecto, ver GIANELLA, A. - GONZÁLEZ, M. C. - STIGOL, N. [comp.], *Pensamiento, representaciones, conciencia*, Buenos Aires, Alianza, 2008, en especial, el trabajo introductorio de RABOSI, E., “Acerca del sentido común, la filosofía y la psicología”, especialmente ps. 35/37). Creo que la teoría y práctica penales son fuertemente tributarias tanto de la psicología de sentido común (ver en ob. cit. el último párrafo del punto 6.3, p. 43) como de lo jurídico-valorativo que exige, para satisfacer criterios de justicia, ampliar el concepto de lo intencional para captar como tal, conductas límites.

²⁷ Arts. 84 y 94 del Código Penal; otros: arts. 189; 196 y 203, sustituyen “deberes” por “ordenanzas”.

²⁸ Ver ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 524, quienes afirman que proviene del Código Zanardelli y del Derecho romano.

dado en el tráfico”²⁹ que proviene del Derecho Civil alemán³⁰ y que ingresó aquí de la mano del finalismo; pero terminó siendo adoptada por nuestra doctrina y jurisprudencia dominantes ya que, en definitiva, no es difícil ni impropio reconducir a esta escueta fórmula, las diversas maneras que empleó nuestro legislador para caracterizar la tipicidad culposa.

Pero como quiera que sea, siempre queda abierto el problema de suministrar validez jurídica a muchos de los deberes concretos que se consideran violados, pues como se dijo al comienzo, no siempre cuentan con ella *ab initio*. En efecto, ellas surgen de reglas sociológicas o técnico-fácticas que son fruto de la experiencia, del ensayo y error, de la investigación empírica, del sentido común o de costumbres sociales, pero no de fuentes jurídicas de validez inobjetable. No obstante, aspiran a integrar el universo proteico del rol o de la buena y mala praxis. Y esto vale tanto para la formulación casuística de nuestro Código Penal, como para la definición más general que proviene del Derecho alemán.

2. *Los problemas del origen en la pretensión de validez de las reglas que cierran el tipo*

a) El ejercicio imperito del arte o de la profesión, o la no observancia de los reglamentos, deberes u ordenanzas que conlleva el ejercicio de cualquier actividad —en suma, su manejo falto de cuidado— se puede calificar, sin esfuerzo, como negligente o imprudente. Si esto es así, la definición casuística del art. 84 se puede proyectar a la totalidad de las que utiliza el Código Penal en otros delitos culposos bajo diversa relación típica³¹.

Pero además, suministra una base legal para que la dogmática del delito culposo, cumplidas ciertas condiciones, pueda introducir en el tipo a esas reglas sociológicas o técnico-fácticas que apoyan expectativas normativas, sin forzar el principio de legalidad penal.

²⁹ Que puede considerarse que resume a la formulación más casuística que es común que empleen los tipos culposos del Código penal argentino (“[...] imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo [...]” dice el art. 84 del Cód. Penal). Diluir esas exigencias del tipo en criterios de imputación —como lo propone G. Jakobs y parece ver bien Bacigalupo (BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 661), creo que implica eludir la fundamentación de aspectos relevantes de la tipicidad objetiva y confundir, precisamente, esa tipicidad, con los criterios para la adecuación. O, para decirlo con palabras de Silva Sánchez en la presentación del libro de HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Aranzadi SA, Navarra, 2005, entre “reglas de comportamiento” que tienen una función de configuración de la realidad y “reglas de imputación”, como baremo de análisis de la conducta ya producida en la aplicación de la ley al hecho. Véase también la cita de Habermas en la nota 6.

³⁰ Parágrafo 276 BGB (Conf. WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte general*, 11ª ed. traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 187).

³¹ Como por ejemplo, arts. 223; 254, 3º párrafo, y 255, 2º párrafo, que sólo exigen “imprudencia o negligencia”.

Es el problema que plantea G. Jakobs cuando dice: “Junto a las regulaciones legales de ámbitos vitales peligrosos³² aparecen las reglas del arte, las normas técnicas y otros sistemas de regulación no formales. Lo prohibido por estas normas no es más que indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo, pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es ‘experiencia acendrada’, pero al contrario que la ley, no contiene valoración vinculante alguna”. Lo que no se advierte en el planteo de Jakobs es la solución, pues si esas normas no contienen valoración vinculante, no se entiende cómo pueden sustentar expectativas normativas cuyo incumplimiento puede habilitar la aplicación de sanciones penales; en otras palabras, cómo ese “indicio” de norma se transforma en norma obligatoria. Otro tanto ocurre con Claus Roxin³³ cuando dice que “en la práctica se alude también con frecuencia a la infracción de tales normas de tráfico (se refiere a las “reglamentaciones creadas por asociaciones o consorcios de intereses”) para fundamentar la imprudencia. Sin embargo, no se puede atribuir a estos preceptos la misma trascendencia que a las prohibiciones de puestas en peligro abstractas del legislador”.

Se trata entonces de suministrar a estas reglas la legitimidad que su origen no les brinda, pues no hay dudas de que contienen decisivas pretensiones de verdad fáctica³⁴ o, inclusive, pretensiones de validez normativa³⁵; unas y otras aspiran a recibir el apoyo argumentativo que necesitan las expectativas de comportamiento para constituirse en el sustrato jurídico de las infracciones al deber de cuidado.

b) Validez formal

Entiendo que la buena praxis, el ejercicio del rol (que como se dijo, en muchos casos se agota en una preceptiva técnico-fáctica), se puede transformar formalmente en preceptiva jurídica —y por ende, en obligatoria— por la inclusión explícita del deber de ejecutar las actividades que se emprendan con prudencia y pericia y observando los reglamentos u ordenanzas que le correspondan, tal como lo incluyó explícitamente el legislador en su caracterización del delito culposo.

³² Conf. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 249. En nuestro Derecho, compárense este tipo de reglas con las que regulan el tránsito vehicular o los múltiples riesgos del trabajo, que generan deberes sobre la base de leyes en sentido formal.

³³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 1003.

³⁴ Las de contenido fáctico conllevan pretensiones de verdad de las que sólo se puede predicar verdad o falsedad; y como lo ha expresado Carlos Nino en el contexto de esta plurisecular problemática, “(...) los hechos no configuran razones suficientes u operativas para justificar una acción o decisión. Un razonamiento práctico es necesariamente inconcluyente si sólo se funda en premisas fácticas (...)”. Es el salto del ser al deber ser. Conf. NINO, Carlos S., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 63.

³⁵ Ver nota 22.

Pero esta homologación de simples directivas técnicas a reglas jurídicas que integran tipos penales constituye un procedimiento de equiparación valorativa que no puede ser automático, ni puede satisfacerse con una cobertura meramente formal. Su legitimidad debe satisfacer ciertas exigencias de fondo: la acreditación de la facticidad es condición necesaria, pero no suficiente, de la legitimidad³⁶.

3. La legitimidad de las reglas que cierran el tipo

a) Validación material

No basta, pues, con salvar la objeción formal. Para que se acepten su verdad fáctica y su validez normativa —en suma, su legitimidad como integradoras del tipo— requieren que se la someta al insoslayable escrutinio del discurso práctico institucionalizado. Y éste, por la índole de las reglas a legitimar, sólo puede tener lugar en el ámbito limitado del procedimiento judicial³⁷; en él se

³⁶ Conf. TUORI, Kaarlo, “Ética discursiva y legitimidad del Derecho”, en *Doxa*, nro. 5, Valencia, p. 49 “(...) la aceptación social *de facto* (legitimidad empírica) de las normas jurídicas no nos permite sacar conclusiones definitivas acerca de su validez, esto es, acerca de su legitimidad normativa”.

³⁷ Conf. HABERMAS, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Doxa*, nro. 5, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. En la p. 38 dice: “(...) la fuerza legitimadora la tienen los procedimientos que institucionalizan exigencias y requisitos de fundamentación y justificación y la vía por la que se procede al desempeño argumentativo de tales exigencias y requisitos”. Más adelante agrega: “Todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que puede hacerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos”. En concreta referencia al procedimiento judicial afirma K. Tuori (TUORI, Kaarlo, “Ética discursiva...”, cit., p. 60) “Habermas ha argumentado que también el procedimiento judicial puede entenderse como un discurso práctico institucionalizado”. Estas afirmaciones vienen sólidamente basadas en la pragmática del lenguaje que se ejercita con las pretensiones de verdad, validez y sinceridad que conllevan los actos de habla de nuestra comunicación cotidiana, cuando se despliegan en el ámbito institucionalizado del proceso. Robert Alexy, por su parte, propone examinar el sistema jurídico “principalmente como un sistema de procedimientos, esto es, no sólo como un sistema de normas” (citado también por TUORI, Kaarlo, “Ética discursiva...”, cit., p. 48). Urs Kindhäuser, en una clase que dio en la Universidad Austral sobre “Complicidad mediante el actuar profesional” (cuya traducción hecha por la prof. Nuria Pastor Muñoz se distribuyó entre los asistentes), propuso redefinir el concepto de rol utilizado por Jakobs y llevarlo al cumplimiento de expectativas jurídicas y no las sociológicas que atribuía al rol. Se preguntaba cómo se debe asignar significado a una conducta concreta, ¿desde el rol o desde las expectativas normativas? Postulaba, fiel a su adscripción al pensamiento de J. Habermas, que la expectativa normativa tenía que derivar de un procedimiento discursivo integral en la creación de la norma. Sin embargo, éste podría ser un desiderátum, pero no una exigencia *sine qua non*, pues no hay duda de que las reglas técnicas que se deben tener en cuenta para “cerrar los tipos” culposos son tan numerosas y variadas que es imposible someterlas a ese procedimiento exhaustivo de validación. Por eso, creo que también con apego al pensamiento de Habermas, lo mínimo que se debe exigir para admitir el tránsito de la validez técnica a la jurídica es el respeto irrestricto al principio del discurso: aceptar en el ámbito limitado pero institucional del proceso, la coacción sin coerción del mejor argumento.

requiere satisfacer, al menos, dos importantes condiciones, complementarias entre sí:

Se debe fundamentar materialmente la existencia de la regla de que se trate y la expectativa normativa que genere: para ello deben suministrarse razones argumentativas consistentes que abonen la pretensión de verdad que conlleva la afirmación de su vigencia fáctica, y someterla al examen de su contrastación discursiva en el seno del procedimiento judicial. Esta es la primera condición a satisfacer para aceptar su validez como norma de buena praxis asimilable a una norma jurídica.

Su cumplimiento, generador de una regla que “cierra el tipo”, hace insuficiente el solo recurso a la intuición; a una costumbre social o de buena educación; y mucho menos al mero parecer, aun cuando pueda provenir de una corporación³⁸. Tampoco basta la afirmación de un perito, ni que se encuentre formulada bajo un uso directivo del lenguaje. Sólo vale la presentación de las razones que apoyen su vigencia fáctica o su débil validez normativa; y la consiguiente posibilidad de rebatirlas y contrastarlas de modo amplio e irrestricto —nunca de manera dogmática³⁹— aunque sea en el universo limitado del debate judicial. Ese ejercicio de contrastación resulta decisivo e ineludible a la hora de aceptar una pretensión que al legitimarse cerrará el tipo.

Además —y al menos en principio— la regla que genera la expectativa normativa y cuya homologación como jurídica se pretende, debe haber sido apta para disminuir o conjurar el riesgo creado. Obviamente, carece de sentido discutir la equiparación de reglas que nada tienen que ver con el riesgo creado.

Si esto es así —como postula la fórmula básica más aceptada de la teoría— debe haber una correlación entre (i) el exceso prohibido en el riesgo creado, (ii) la finalidad de la norma transgredida de disminuir o mantener contrafácticamente ese riesgo dentro de lo tolerado y (iii) su realización, verificada *ex post*, en el fenómeno jurídicamente disvalioso que resultó efecto de ese incremento prohibido: la teoría no postula prohibir cualquier incremento de riesgo sino aquel que *ex ante* se presenta propicio para producir el resultado (y sobre el que no se adoptan medidas aptas para conjurarlo).

Que *ex post*, éste se haya producido, constituye la confirmación de que ese incremento resultó apto para producir el resultado perjudicial, o que las medidas tomadas para conjurarlo o disminuirlo a niveles tolerables resultaron insuficientes. Así, quien infringe una regla sobre estacionamiento haciéndolo en un lugar expresamente prohibido, no puede ser imputado si su vehículo mal estacionado, al ser chocado desde atrás por otro que también estaciona mal, empuja al primero de modo que por el impulso, éste lesiona a un peatón: la regla sobre prohibición de estacionamiento, no tiene por fin conjurar esta clase de riesgos.

Desde otro punto de vista: si la consideración del incremento del riesgo en el tipo apunta a su disminución o supresión, las normas técnicas que se pretendan

³⁸ Por ejemplo no parece que merezca la categoría de regla técnica —y mucho menos, generadora de un deber jurídico— la visita que hace el cirujano al paciente cuando éste es trasladado a la habitación. Distinto sería el caso si la omisión incluyera efectuar curaciones o indicaciones terapéuticas, si esa ausencia se realizara en un daño a la salud.

³⁹ Curioso destino el de la palabra “dogmática”, que sirve para expresar tanto la absoluta falta de razones, como una estrategia hermenéutica que suministra razones. Obviamente, en esa frase se la usa en el primer sentido.

aplicar equiparándolas a normas jurídicas, y éstas mismas, deben resultar *per se* y *ex ante*, dirigidas a ese objetivo y no a otro. Por eso, la ponderación de si una norma vinculada con la seguridad o con la estética, (siguiendo ejemplos que se exponen más abajo) merece ser homologable, ello debe hacerse con independencia del daño comprobado; esa es otra etapa, que depende de otros criterios.

Sólo de este modo se puede apreciar si se cumple la exigencia de la fórmula canónica común de la imputación objetiva de conformidad con la cual el riesgo que se realizó en el resultado debe ser el riesgo que se ha querido conjurar mediante la ejecución correcta de la regla jurídica o legitimada como jurídica.

La exigencia presentada en este apartado se limita a llamar la atención sobre qué merece ser discutido para su homologación: sólo aquella pretensión de validez que *ex ante* se vincula íntimamente con lo que ésta se propone proteger. El fin de protección de la norma juega entonces, sólo para la elección y fundamentación como jurídica de aquélla norma que se pretende aplicar, no para constituirse en la clave, para resolver si fue ese riesgo el que se realizó en el resultado.

Expongo aquí los ejemplos a que me refiriera antes: uno, de Reyes Alvarado⁴⁰, sería el siguiente: el padre, dueño de un comercio de pirotecnia, lo deja durante unos momentos a cargo de su pequeño hijo. Un comprador se lesiona al usar un artefacto vendido por el menor. Vale entonces discutir si con ello se incrementó el riesgo, lo que merece una respuesta afirmativa; pero eso no importa la automática imputación al padre de las lesiones si se acreditó que el menor, al efectuar la venta, le había instruido sobre el buen uso del artefacto, y aquél lo desoyó. La infracción del padre no fue la que se realizó en el resultado, aunque en principio podría parecer que sí.

Por el contrario, no parece tener sentido discutir si una herida fue bien o mal suturada desde el punto de vista estético, si el paciente sufrió una complicación lesiva que en nada se vincula con una probable impericia estética.

En suma, el fin de protección de la norma se relaciona con la selección de la regla o reglas a aplicar y su ponderación como apoyo de expectativas de comportamiento normativas, pero en esta instancia, es independiente de si la violación de éstas se realizó o no en el resultado.

b) Digresión, ubicación y advertencia sobre la posición de garante

Es sabido que las distinciones legales entre tipos dolosos y culposos y de comisión y omisión es complementada por otra que tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia —aunque con apoyatura en tipos penales aislados (por ejemplo art. 248 del Código Penal)⁴¹— que haciéndose cargo de atendibles consideraciones valorativas introdujo la categoría de la comisión por omisión, más tarde omisión impropia⁴².

⁴⁰ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, cit., p. 195.

⁴¹ Es sabido que códigos de otros países —p. ej., Alemania y España— han sancionado reglas de equivalencia entre la acción y la omisión de evitar la consumación. Nuestro código carece de ella.

⁴² Conf. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal...*, cit., p. 225.

En los últimos tiempos parece imponerse una tendencia que tiende a diluir, por una parte, la distinción entre omitir y actuar y por el otro, a ampliar, a través del concepto de competencia, el ámbito de la omisión impropia⁴³. Esta tesis sostiene que el delito se produce por defectos en la organización de la propia actuación, que perjudica a una organización ajena (competencia por organización); o por la inobservancia de las normas que estructuran determinada institución (competencia institucional). Esa exorbitancia al ejercer la propia competencia —por defectuosa organización o por desconocer normas institucionales— viola deberes de garante que se deben respetar frente a los terceros, como contrapartida de la libertad de llevar adelante lo que podría ser el plan de vida⁴⁴ de cada uno, respetando el de los demás.

Esta tesis, que a través del reconocimiento de competencias, generaliza la garantía de que éstas se han de ejercer en el marco de las que corresponden a esas competencias evitando lesionar planes de vida ajenos, creo que ha producido, especialmente en el ámbito de los delitos culposos, cierta confusión —o tal vez, cierto solapamiento conceptual— entre infracción al deber de cuidado y posición de garante.

Así, si se piensa que en definitiva todo resultado disvalioso para el Derecho Penal es producto de la violación de los deberes que conlleva la ejecución incorrecta de la competencia, pareciera que todos nos encontramos frente a todos en posición de garante ante las organizaciones ajenas: en esa comprensión, la violación del deber no es más que el ejercicio indebido de la posición de garante, es decir, serían las dos caras de la misma moneda. No obstante, debe advertirse que aun para esta tesis amplia, no a todo el que se encuentra en posición de garante se le puede imputar el resultado: durante una intervención quirúrgica, el cirujano, el anestesista, el cardiólogo etc. se encuentran en esa posición, pero no se imputa a todos sino sólo al que haya infringido su deber e incrementado el riesgo que se realizó en el resultado.

Por otra parte, aun si se acepta la universalización en la posición de garante, no por eso se debe obviar la fundamentación del deber de cuidado supuestamente infringido. De otro modo, carecería en absoluto de sentido que el propio Jakobs, en el párrafo transcrito en el punto II.2.a) de éste advirtiera sobre la calidad de “indiciaria” de los “sistemas de regulación no formales”. En efecto, la regla que describe el rol y cuyo incumplimiento emplaza al infractor en garante, debe ser previamente legitimada de acuerdo al procedimiento de validación aquí propuesto, pues de otro modo seguiría siendo un mero indicio. Sólo después de ello y de comprobada la infracción de la norma validada, se podrá

⁴³ En definitiva, el principio *neminem laederer* es plenamente válido, pero también demasiado amplio para determinar si “la omisión corresponde a la realización del tipo a través de un hacer” (parág. 13 del Código Penal alemán).

⁴⁴ Prefiero, aun a riesgo de desvirtuar el sentido originario de palabras como “competencia” y “organización” o de sintagmas como “competencia por organización”, utilizar expresiones menos despersonalizadas —o que tal vez me sean más familiares— como “plan de vida”.

afirmar que hubo exceso al ejercer la competencia y se es, por tanto, garante. No al revés, es decir, nunca afirmar (dogmáticamente) que se es garante y suponer por eso que se excedió la competencia (generalmente, por organización).

Pero si se piensa que sigue siendo válida la distinción entre delito culposo de comisión y delito culposo en omisión impropia, la posición de garante seguirá teniendo sentido como instancia previa que determina la equivalencia entre una infracción de deber activa y otra omisiva.

Un ejemplo —espero— aclarará esto: un estudiante de medicina que presencia una operación quirúrgica desde un balcón elevado respecto del lugar en que se practica la cirugía, deja caer por descuido un objeto que produce daños en un aparato⁴⁵. Este daño agrava la situación del paciente, pues obliga a realizar otras incisiones y maniobras en su cuerpo que le ocasionan nuevas lesiones además de las que debía producir la cirugía originaria. Para la primera tesis, la sola presencia del estudiante en el quirófano, ya lo coloca en posición de garante al obligarle a administrar esa presencia de modo de no causar daño en la organización ajena constituida por el paciente y los médicos. Para la otra posición —que llamaré tradicional— resulta innecesario sostener que el estudiante se encontraba en posición de garante, pues se trata de un delito de comisión: con su “dejar caer” descuidado incrementó el riesgo de lesión, y éste se realizó en el resultado. Como puede advertirse, según la tesis que se adopte —amplia o tradicional— la posición de garante puede o no cumplir alguna función en delitos de comisión culposa (siempre la cumple en delitos de omisión impropia).

Lo que no puede hacerse es utilizar la posición de garante para obviar la fundamentación de la infracción de deber⁴⁶, sea que se la utilice para fijar los límites del actuar correcto —como postula la posición amplia— sea para sustentar la equivalencia entre acción y omisión, si se defiende la tesis tradicional.

Una consecuencia crítica de la tesis amplia, es que hace de cada organización una fuente potencial de peligro para las otras organizaciones, fuente de peligro que hay que conjurar. Esto es coherente con una concepción de la sociedad que la concibe como un campo de interacción de sistemas cerrados

⁴⁵ Este caso, describible sin esfuerzo como “dejar caer” —comisión— no requiere que se invoque ninguna regla diversa o adicional a la propia norma que castiga la negligencia culposa (conf. NINO, Carlos, “¿Da lo mismo omitir que actuar?”) del mismo modo que no hace falta ninguna regla adicional a la del art. 79 para castigar a quien dispara contra otro matándolo. Si esto es así, pareciera que la distinción entre delito culposo de comisión y de omisión impropia no depende tanto de su forma de ejecución, sino más bien, de la necesidad de fundamentar especialmente la regla que homologa una omisión a la acción.

⁴⁶ Conf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 199 que sostiene que el disparo certero que impactó en otro ha causado científico-naturalmente su muerte por acción, pues ha implicado el despliegue de energía; en tanto que quien no ha impedido esa muerte no la ha causado pues no ha desplegado energía alguna. Evidentemente, en ese caso el criterio propuesto funcionó. Sin embargo, nadie diría que la omisión de cerrar una llave que hubiera impedido el paso de aire (que contiene oxígeno) a un recinto en el que se llevaba a cabo un experimento que exigía su ausencia bajo riesgo de explosión por combustión, no lo ha causado al omitir cerrar la llave.

que, con la pretensión de reducir la complejidad general, comunican emitiendo *inputs* y *outputs*. En esa constelación de sistemas se produce una deshumanización que además de transformar a cada individuo en un haz de roles, postula que éstos se deben cumplir puntualmente para conjurar los riesgos que importa la interacción entre ellos⁴⁷; y en esa interacción sólo se admiten respuestas binarias: correcto/incorrecto.

Esa concepción de la comunicación —que no legaliza mecanismos que habiliten el cambio social sino sólo intercambios de roles estereotipados con una única respuesta: correcto/incorrecto— contrasta con la que postula que las personas emiten cotidianamente acciones con sentido comunicativo (que pueden o no ser habladas) que conllevan pretensiones de verdad, validez y sinceridad que al ser cuestionadas movilizan el mecanismo del discurso destinado a resolver ese cuestionamiento mediante acuerdos racionales en los que triunfe la coerción sin coacción del mejor argumento. De ello se nutre el mundo de la vida.

Es esa fundamentación deshumanizada, casi mecánica —que como se vio, se halla enraizada en la concepción de la sociedad como sistema que no da espacio a la interacción consensuada del mundo de la vida— la que genera la molestia que produce la solución remisoria propuesta en el caso del estudiante de biología que sirve el plato con el hongo que reconoce venenoso, o del ingeniero mecánico que devuelve el auto alquilado que constata que pierde líquido de freno, sin advertir de ello a la locadora que lo vuelve a entregar a un cliente. No obstante, podría reconocerse su validez si se apelara a razones (p. ej. consecuencialistas, como la seguridad jurídica u otras); es decir, siempre que se las considere no como el resultado de la aplicación mecánica de ciertos presupuestos (el cumplimiento del rol), sino como una pretensión de verdad y validez que resulta argumentativamente sustentable.

Pero lo que en todo caso se debe evitar es que, apoyándose en el principio *neminem laedere*, que se extrae de aquella parte del tipo penal que circunscribe el resultado, se deduzca un deber general con el que, si el resultado se produce, se obvia la consideración de él o de los concretos deberes violados, sean éstos negativos o positivos. Esto implicaría ampliar en exceso las normas de la imputación objetiva, pues no tiene en cuenta que es precisamente la infracción de estos concretos deberes y no la de un deber general derivada de la producción del resultado lo que da la estimativa de la infracción que constituye la base de la tipicidad objetiva en esta clase de delitos⁴⁸.

De ahí se pueden propiciar deslizamientos de deberes morales hacia deberes jurídicos, generando posiciones de garante (o equivalencias entre acción

⁴⁷ Es lo que denomino con el neologismo des-antropologización.

⁴⁸ Conf. WELZEL, Hans, “El resultado ha de ser la realización de la lesión del cuidado”, cita extraída del art. citado en la nota 5 *in fine*, lo que autoriza a sostener que para este autor, la lesión del cuidado tiene que ser autónoma respecto del resultado y no se puede fundamentar en un deber que derive sólo de su producción.

y omisión) que terminen diluyendo fronteras vinculadas con el principio de legalidad; o imponer arquetipos conceptuales (el buen cumplidor del rol) con regusto perfeccionista; o incurrir en variantes del *versari in re illicita*: no hay que olvidar que “deber” es una palabra ambigua que requiere, entre otras cosas, de complementos que determinen su naturaleza, pues se aplica tanto a los deberes jurídicos como a los morales, entre los que se cuenta nada menos que el de solidaridad; y aunque no está dicha la última palabra sobre las consecuencias penales que produce esa falta —y no hay duda de que es preferible vivir en un mundo en el que impere la solidaridad entre los hombres— sí es harto dudoso que esa solidaridad se deba imponer haciendo uso de la sanción penal.

III. La realización en el resultado, del riesgo que excedió lo permitido

1. Generalidades. La llamada causalidad natural

A partir de que se exigiera para todos los delitos llamados de resultado, que se acredite consistentemente la relación entre éste y la acción —exigencia que antes parece haber estado acotada a ciertos delitos como el homicidio— la interpretación de los tipos penales sufrió una modificación significativa. Esa exigencia abrió paso a la discusión de lo que se sigue llamando “relación de causalidad”, que aun sirve para determinar, de manera primaria si se quiere, los límites del tipo.

Pero las dos teorías que fueron monopolizando la problemática causal, la de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada, presentaron objeciones que obligaron, desde un principio, a tomar en cuenta correctivos de índole subjetiva y normativa para evitar excesos y defectos por todos conocidos. La aplicación de esos correctivos —en especial, para quienes defendían una policausalidad equivalente que identificaban como lo ajustado a las ciencias naturales— no se condecía con la objetividad que proclamaban para esta exigencia. Quienes sustentaban la posición contraria podían permitirse, sin contradicción, incluir criterios de ponderación, como los que proponía la teoría de la relevancia típica, pero eran insuficientes e imprecisos, y no se prestaban a su sistematización, que recién se intentó, como es sabido, cuando los criterios normativos de la teoría de la imputación objetiva se fueron imponiendo.

Por eso esta teoría es usualmente presentada como proveniente de teorías causales que arrancan, generalmente, con la teoría de la equivalencia de las condiciones, pasa por la teoría de la adecuación, se detiene en la de la relevancia típica, y va adquiriendo perfil propio a partir del trabajo de Richard Honig (1930) “Causalidad e imputación objetiva”⁴⁹.

⁴⁹ Publicado en AA.VV., *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Presentación y traducciones de Marcelo A. Sancinetti con la colaboración de Marcelo D. Lerman y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

No obstante esa evolución esquemática, aun ahora se afirma comúnmente que el punto de partida de la imputación objetiva remite a la causalidad natural⁵⁰. Los juristas, sin dejar de reconocer las dificultades a que se han visto enfrentados tanto los científicos como los filósofos de la ciencia para precisar que sea eso de la causalidad natural, generalmente han terminado repitiendo, de manera poco crítica, que aquélla se identifica con la posición que reconoce como causal a todas y cualquier condición del resultado, y que ese universo plural permite la habilitación como causa de aquella que, eliminada mentalmente (hipotéticamente), elimina —también mentalmente (hipotéticamente)— el resultado.

En rigor, parece que lo que importa de esta concepción es el punto de partida, esto es, el universo parificado de las condiciones. No obstante, la tesis debe reconocer que ese universo sólo comprende las condiciones conocidas: las que se ignoran no pueden, lógicamente, integrarlo, con lo que peca claramente por defecto. Pero además, peca también por exceso, porque o lo extiende a una ploideterminación ilimitada, o bien tiene que apelar a una limitación más o menos arbitraria del universo de partida.

2. *La causalidad natural: lejos de la claridad conceptual que se le asigna*

De ninguna manera resulta claro qué significa esa remisión a la supuesta causalidad natural. Dejando de lado la multiseccular discusión de si se trata de una cuestión ontológica (perteneciente al ser) o de una categoría de nuestro intelecto, filósofos de la ciencia como Mario Bunge, ya en el prefacio de su clásica obra sobre el tema⁵¹ afirma: “(...) el principio de causalidad no constituye ni una panacea ni una superstición; (que) la ley de causación es una hipótesis filosófica que se utiliza en la ciencia y que tiene validez aproximada en ciertos terrenos donde compite con otros principios de determinación”⁵². A esta afirmación la ha complementado, de alguna manera, Carlos Nino quien advierte sobre las dificultades que ofrece tener que definir el mismo punto de partida de la causalidad: el estatus lógico del enunciado según el cual “todo evento, incluso las acciones humanas, tiene una causa”⁵³. Como respuesta identifica tres posiciones principales: (i) la que lo concibe como un postulado perteneciente a nuestro esquema conceptual que nos permite entender el mundo; (ii) como una hipótesis empírica universal contrastable por la experiencia, pero que por esta característica, imposibilita saber qué enunciados la falsarían (pues siempre

⁵⁰ Conf. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal...*, cit., p. 271.

⁵¹ BUNGE, Mario, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, p. 15.

⁵² Vale la pena el análisis que hace al respecto Enrique Bacigalupo, como ponente en la sentencia del Tribunal Supremo Español del 23/4/1992 (sobre el caso del aceite de colza), que reproduce parcialmente en el libro citado en nota 38, ps. 260 y ss.

⁵³ Conf. NINO, Carlos S., *Los escritos*, vol. 3, Buenos Aires, Gedisa, 2007, p. 108.

cabría sostener de aquel que lo haga, que aun no se encontró la causa) o (iii) como un principio regulador de la investigación que insta a los científicos, para que busquen la causa de todo evento.

3. *Búsqueda y fundamentación de límites en el tipo objetivo de los delitos culposos*

a) Como se dijo, la dogmática no incluyó el riesgo en su problemática conforme éste fue incrementándose —pese a que se trata de un componente básico e insoslayable de la moderna vida social con clara tendencia a aumentar⁵⁴—, sino que irrumpió en ella tardíamente; y también que esa inclusión del riesgo provocó una sutil redefinición en los tipos penales, que incidió especialmente en los verbos que describen las acciones típicas. En ella influyó también la trascendencia asignada al desvalor de acción, y la progresiva autonomía que fueron adquiriendo las palabras con que se construyen los tipos penales frente al uso en otras disciplinas o, inclusive, frente al propio lenguaje ordinario. Este proceso, que se suele denominar con el impreciso nombre de “normativización”, se afianza apelando a la constelación de deberes —a veces dudosamente válidos⁵⁵ y escasamente explícitos—, que subyacen en las acciones que prohíben y ordenan cumplir las normas penales⁵⁶.

⁵⁴ Incluyo aquí dos citas que me parecen ilustrativas de este fenómeno y que parecen complementarse: dice Bauman, Zygmunt, *Mundo consumo*, Buenos Aires, Paidós, 2010, p. 33, “la incertidumbre es el hábitat natural de la vida humana, pero es la esperanza de huir de la incertidumbre la que constituye el auténtico motor de nuestros empeños”; y JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 963, sostiene “el concepto de riesgo es hijo de la incertidumbre y la incertidumbre es hija de los límites del conocimiento (...)”.

⁵⁵ Como el deber de verdad que se suele sostener que debe cumplirse ante el fisco, y que no encuentra correlato ni en la ley ni en otras situaciones —como p. ej., derivadas del derecho alimentario entre familiares directos— en que no conozco que se postule la existencia de un deber irrestricto de decir verdad, como ocurre con respecto al fisco.

⁵⁶ Según Klaus Günther, ha generado “una pluralidad de deberes indeterminados de organizar el uso de una libertad llena de riesgos, de modo tal que se eviten puestas en peligro y lesiones de bienes jurídicos” Conf. GÜNTHER, Klaus, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un cambio de paradigma en el derecho penal?”, en *Estudios de derecho penal*, Granada, Comares, 2000, ps. 489 y ss. “(...) para soportar la carga de fundamentación del cambio de paradigma dogmático... [cambio al que alude el título del trabajo y que resulta contrario a] (...) ceñirse a lesiones o puestas en peligro concretas del objeto de protección (aparecen) infracciones de deberes de profesión, función u oficio, vulneración de los compromisos que se derivan de la familia o el matrimonio, incumplimiento de obligaciones asumidas en negocios jurídicos (deslealtad), así como ‘la lesión de deberes generales que se derivan de la posición del autor como miembro o huésped de la comunidad del pueblo alemán’ (deber de denuncia de delitos, deber de defensa, de prestación de socorro, alta traición). Si se manejan estos delitos como centro sistemático, aparece como factor común de todos los delitos la infracción de deberes comunitarios primarios”. Y agrega a continuación: “Esto se muestra de modo especialmente claro en el prominente grupo de los delitos de comisión por omisión, los cuales, como consecuencia de la definición del delito como la vulneración de un deber pierden su posición excepcional y se convierten en un factor integrante, ejemplar para la dogmática de las restantes clases de delito” (con cita de Schaffstein). Debe señalarse que el trabajo adopta un tono más

b) Sobre estas bases se operó cierto cambio en el fiel de las definiciones de los verbos típicos, al advertirse que lo que se debía conjurar era el riesgo de que se produjeran resultados disvaliosos, no ya —o no sólo— los resultados en sí⁵⁷. De ese modo “matar”⁵⁸, por ejemplo, definido como “quitar la vida”⁵⁹ —acción que se representa fuertemente en el imaginario corriente por una persona muerta más que por el riesgo de que se conduzca hacia la muerte— por efecto de la inclusión del riesgo junto al resultado, ha derivado sutilmente su significado hacia “evitar que se eleve un riesgo (el de muerte u otro) por encima de lo permitido”. Lo mismo podría afirmarse de otros delitos de resultado o de peligro concreto⁶⁰.

En este trabajo sólo se trata esta cuestión con relación a los delitos cometidos por culpa, que es en los que más parecen advertirse las modificaciones resultantes de la inclusión del riesgo en las acciones típicas⁶¹.

c) Esa inclusión conlleva el riesgo de una mayor amplitud e indeterminación en las acciones típicas, ya que puede implicar una expansión del sentido de lo que éstas connotan, consecuencia de considerar el incremento del riesgo y no sólo el resultado. Así, las prohibiciones concretas resultantes de verbos de acción como matar, lesionar, estragar (“cometer estrago”) etc., que poseen un significado compartido por siglos⁶², podrían transformarse en las formula-

bien descriptivo que crítico; sin embargo, es imposible no advertir el énfasis puesto en vincular a integrantes de la Escuela de Kiel con la creación indeterminada de deberes.

⁵⁷ Lo expone así, Y. Reyes Alvarado “(...) si (...) se entiende correctamente a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho Penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante de la cual forma parte no sólo un resultado sino además el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (...)” (REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, cit., p. 78).

⁵⁸ Como ha hecho notar Carlos Nino, “matar”, como muchas de las acciones típicas, se describen en términos de efectos causales y no abre juicio sobre si se mató fortuitamente, con dolo o culpa. (conf. NINO, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba 1ª, p. 58).

⁵⁹ DRAE, 22ª ed. p. 1466.

⁶⁰ No parece que los de peligro abstracto, como riesgos tipificados que son, puedan plantear problemas de esta índole.

⁶¹ Así p. ej. en el prolijo fallo del Tribunal Oral N° 1 en que se juzgó la muerte de una menor acaecida en un natatorio (fallo “Storchi, Fernando M. y otros s/homicidio culposo”), me vi obligado a sostener críticamente que “(...) el razonamiento del fallo podría reconstruirse conceptualmente de la siguiente forma: ‘todo garante que no realiza algo de lo mandado para disminuir el riesgo que conlleva una fuente de peligro al nivel tolerado, es penalmente responsable si se concreta algún resultado prohibido, aun cuando la producción de éste se impute a las infracciones de deberes de otros garantes que de modo directo e inmediato debían conjurar —no ya disminuir— esas fuentes de riesgo’.

⁶² Ver cita de Borges en nota 19. No obstante sentirme fuertemente identificado con la bella definición borgeana y con la cita de la minoría de la CS en “Valerga” sobre palabras e interpretación que parcialmente transcribo: “[q]ue dentro del alcance semántico de las palabras empleadas por el legislador para elaborar una disposición legal puede haber un sentido que extienda el ámbito de lo prohibido junto a otro que lo limite o restrinja, quedando en consecuencia a merced del intérprete la elección de alguno de ellos....Que en materia penal la efectiva opera-

ciones necesariamente más laxas de la imputación objetiva, sea como “prohibiciones de incrementar el riesgo de (...), o como deberes de evitar el riesgo de (...)”. Debe tenerse en cuenta que esto no es el producto de ponderaciones legitimadas por el poder constitucional competente, sino consecuencia de una progresiva, constante y coherente redefinición de las palabras de la ley, elaborada por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia, especialmente alemanas.

d) Esa posible expansión conceptual de lo connotado —fruto de la inclusión del riesgo— no debe proyectarse más de lo debido a aquello a lo que el término se aplica⁶³, a lo denotado, porque eso importaría incurrir, en caso de que se lo hiciera, en una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad penal.

Por eso se debe ser muy estricto exigiendo, en lo que constituye una suerte de conclusión del presente trabajo que no dudo que Andrés D’Alessio suscribiría:

i) que la desaprobación que incrementa el riesgo por encima de lo permitido, sea una verdadera desaprobación jurídica u homologable a tal por procedimientos discursivos, y no una mera desaprobación fáctico-técnica o social;

ii) que la finalidad de ésta sea, precisamente, la de disminuir o impedir el riesgo de lesión de ese bien y no de uno diverso⁶⁴;

iii) se debe ser especialmente riguroso en exigir que se impute a quienes hayan efectivamente creado el riesgo desaprobado que se realizó en el resultado y no a cualquier otro;

iv) en especial, no se tiene que incurrir en la atribución de deberes genéricos, imprecisos o ambiguos, tales como “(...) evitar cualquier peligro que pudiera acrecentar el riesgo (...)”, que terminen conduciendo a una noción extensiva de la autoría, rechazada de antiguo para el delito doloso o imputar autoría sobre la base de afirmaciones genéricas del estilo de que se tiene así como “(...) la posibilidad y el deber, en virtud de la responsabilidad institucional, de instrumentar las medidas y (...) cumplir con la obligación de seguridad... y de ese

tividad del principio de legalidad impone la necesidad de practicar una hermenéutica que, basada en las palabras utilizadas para la elaboración del tipo penal, resuelva las dudas interpretativas en la forma más limitativa de la criminalización. En consecuencia, la opción en favor de una exégesis que amplifique el ámbito de la prohibición penal compromete ciertamente la garantía que implica el *nullum crimen sine lege* y, por ello, resulta preferible la elección de la interpretación más restrictiva de la punición en la medida en que, además, no provoca en el caso una consecuencia ridícula o absurda”, no se me escapa que esa posición puede resultar anacrónica a la luz de los tiempos que corren, producto de la mayor complejidad social e inventiva humanas.

⁶³ Conf. WOLFRAM, Sybil, “Sobre denotación y connotación”, en HONDERICH, Ted (editor), *Enciclopedia Oxford de filosofía*, cit., p. 242, que atribuye la distinción a MILL, J. S., *A system of logic*, Londres, 1843.

⁶⁴ La desaprobación jurídica —o equiparable por procedimientos que aseguren desarrollos argumentativos en lo fáctico y lo normativo— es la única que puede generar deberes que completen el tipo.

modo conjurar los peligros que podían originarse (...) por el incumplimiento de dichas reglas de cuidado”⁶⁵.

e) Si se considera que el principio de legalidad penal debe preservarse en el ámbito de la imputación objetiva, no debería imputarse a todo el que infringió un deber de cuidado e incrementó el riesgo, sino estrictamente a aquél o a aquéllos que crearon el riesgo que se realizó en el resultado.

Para eso, la primera y fundamental pregunta que debe responder una teoría que pretenda vincular un fenómeno acaecido con las circunstancias humanas que intervinieron en su producción, es determinar por qué se produjo éste.

En nuestra cultura, que ha desterrado oficialmente el pensamiento mágico⁶⁶, lo que debe buscarse es una explicación⁶⁷ que permita dar cuenta racional de los datos fácticos y normativos que sirven de antecedente al fenómeno acaecido: la propia teoría guía la selección de esos datos fácticos y normativos, y sus pretensiones de verdad y validez⁶⁸ se deberán acreditar en el curso del proceso judicial.

Esos datos, a su vez, deben subsumirse bajo ciertas leyes o hipótesis legaliformes provenientes de disciplinas naturales o humanas, que son las que suministran racionalidad a la conclusión explicativa a que se arribe⁶⁹. Y a ellas no son ajenas otras tomas de posición que sustentan principios como los de última ratio y derecho penal mínimo.

f) No hay duda de que en casos complejos, en los que intervienen diversos infractores, se presentan dudas acerca de a quién o a quiénes de los vinculados se debe imputar el acontecimiento. He partido de una posición restrictiva que aún me sigue pareciendo valorativamente más racional: el deterioro cultural y humanístico que se observa no puede paliarse o sustituirse con incrementos indiscriminados de punición, sino todo lo contrario: sólo deberá ser imputado aquél o aquéllos cuya intervención sea indispensable para obtener una explicación exhaustiva y concluyente del resultado acaecido de modo que una vez

⁶⁵ Estos párrafos están tomados de la fundamentación que utilizó el Tribunal Oral nro. 1 para condenar al presidente de la “red Megatlón” y a su colaborador Giraldi en la causa “Storchi y otros s/homicidio culposo de la menor FAMR”.

⁶⁶ Para comprender modelos de pensamiento mágico ver, p. ej. el clásico libro de FRASER, *La rama dorada*, México, Fondo de Cultura Económica, Décima reimpresión, 1991.

⁶⁷ Conf. G. Jakobs (JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, cit. 7/78, p. 273). Reyes Alvarado cita expresamente a Jakobs en nota 275. Como ya se dijo, en la traducción de Jakobs al castellano se dice: “aclarar el daño”, y no “explicar el daño”. La identidad de significados entre aclarar y explicar, además de surgir del contexto, se hace más evidente cuando dice: “si no se necesita uno de estos datos (para aclarar el daño), no se ha realizado la relación no permitida”.

⁶⁸ La pretensión de sinceridad refiere un dato subjetivo. Las manifestaciones objetivas que puedan revelarla (por ejemplo, el acto de habla que exprese ausencia o imposibilidad de conocimiento) no es objeto de análisis en esta instancia.

⁶⁹ Creo que G. Jakobs se remite a ella cuando dice: “Importa sólo saber si un comportamiento ha condicionado un resultado (conforme a una ley causal), lo que ha de juzgarse con ayuda de la experiencia general o de expertos” Conf. JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, cit., p. 229.

explicado se transforme en algo que debió haber ocurrido así y no de otra manera⁷⁰. Por eso en un trabajo anterior, ya citado, proponía un complemento de la tesis de Günther Jakobs sobre el punto, y que Yesid Reyes Alvarado reinterpreta con singular claridad, ampliándola con aportes de la epistemología en ciencias naturales afirmaba que se debía imputar el hecho o estado de cosas que se considere concreción del resultado, sólo a aquél —o aquéllos— sujetos cuya actuación violatoria del deber que generó el riesgo desaprobado sea la que permita explicar y fundamentar el resultado concreto acaecido. La explicación se fundamenta, cuando además de hacerse explícitos los datos empíricos y normativos que son sus antecedentes singulares relevantes —se agregan las regularidades legaliformes, teóricas y de experiencia, que bajo la forma de explicaciones sobre el funcionamiento del universo o de un sector de la realidad, permiten unir deductivamente los enunciados singulares del caso concreto⁷¹ bajo la racionalidad, precisamente, de esa regularidad legaliforme. De este modo se logra una explicación “suficientemente corroborada”⁷². Y agregaba que si el hecho fue correctamente explicado, se advierte que resulta reversible: el mismo conjunto de datos relevantes y regularidades legaliformes que lo explican, también permiten predecir que si concurren los datos relevantes y las regularidades que los unen y racionalizan⁷³, éste resultado se producirá: la explicación, la fundamentación y la predicción se cierran en una relación compleja que incluye lo que hay que incluir y excluye lo que hay que excluir para explicar el caso de modo que resulte suficientemente corroborado. En suma, no se trata aquí más que de adaptar y proyectar las reglas del modelo de explicación nomológico deductivo aceptado en ciencias, no sólo a la causalidad, sino también a la imputación jurídica objetiva.

⁷⁰ Creo que Yesid Reyes Alvarado propone esta solución, pero por la negativa, a partir de la supresión hipotética del riesgo desaprobado; entonces, esa supresión impide explicar el resultado. Dice así: “Cuando sin la conducta generadora de un riesgo desaprobado es imposible explicar el resultado penalmente relevante, estaremos en presencia de un comportamiento que, habiendo producido un riesgo jurídicamente desaprobado, se realizó en el resultado”.

⁷¹ Klimovsky (cit., p. 251) lo completa y expone de este modo: “no se pueden explicar sucesos describiendo meramente enunciados singulares. El que explica, explícita o implícitamente, tiene que hacer referencia a conocimiento teórico, ya sea porque éste implique regularidades, ya sea porque construya un modelo general del funcionamiento del universo o de un sector de la realidad”. Este modelo, enunciado como de Hospers, Hempel y Popper —aunque se lo conoce más como hempeliano— presupone: “a) que una explicación es siempre una deducción; b) que lo que se deduce es la proposición que expresa el hecho que se quiere explicar; c) que entre las premisas empleadas para la deducción deben figurar leyes” (en el sentido, más bien, de regularidades legaliformes). (cit., p. 247)”.

⁷² Respecto del modo que reformula esta exigencia, ver Klimovsky (cit., p. 245).

⁷³ Conf. KLIMOVSKY, cit., p. 255. Jakobs (JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, cit., p. 274) dice: “Se trata de invertir el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos)... de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones conduce a definir las prospectivamente como un riesgo, en la realización del riesgo se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo”.