

Imprudencia por Claus Roxin

Observación preliminar

Los delitos imprudentes sólo son punibles cuando la ley conmina expresamente con pena la actuación imprudente. Ello sucede sobre todo en la lesión y puesta en peligro de la integridad física y la vida, en los delitos contra la seguridad colectiva, en el Derecho penal del medio ambiente, en las insolvencias punibles y en los delitos concursales.

La importancia práctica de los delitos imprudentes ha aumentado día a día debido a la creciente tecnificación y los peligros suscitados por ella (tráfico automovilístico, ámbito industrial y hogareño). Cerca de la mitad de los delitos son de carácter imprudente.

• El tipo

I. De forma de culpabilidad a figura típica de delito

Según la concepción moderna y que se ha convertido en casi unánime, la imprudencia es un problema de tipo. Una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto; pero en el tipo se decide si era imprudente. Para la doctrina clásica, la imprudencia era vista exclusivamente como una forma menos grave de culpabilidad al lado del dolo. Por ejemplo, si un joven cita a su novia en un parque a tal hora y casualmente le cae un meteorito en la cabeza a la misma y esta muere, se trataría según la doctrina antigua, de un homicidio típico y antijurídico, que no se castigaba sólo por falta de culpabilidad imprudente. Ahora, según la concepción moderna, en caso de conducta completamente intachable del causante, ni siquiera se realiza el tipo del homicidio imprudente.

A este cambio sistemático contribuyeron distintos procesos de evolución. Ya Engisch destacó que la inobservancia del cuidado propia de los delitos imprudentes ha de ser un elemento del tipo: si los tipos se basan en una norma de determinación, en una instrucción de conducta del legislador, entonces esa norma no puede prohibir la mera causación, sino sólo una determinada conducta contraria al cuidado debido. A esto, la teoría final de la acción lo complementa; según esta es imposible reducir al resultado el tipo de los delitos imprudentes, lo cual si ocurre con todos los modos de conducta punible o al menos los delitos comisivos, todos los cuales se basan en una acción final.

Finalmente la teoría de la imputación objetiva refiere la imprudencia al tipo. Pues, si la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el sujeto, que supera el riesgo permitido en el marco del fin de la protección de la norma, el resultado no se imputa únicamente con ayuda de la teoría de la condición, sino en criterios que fundamentan una conducta imprudente.

Así, esta 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.

Se discute también acerca de si el resultado pertenece también al tipo de los delitos imprudentes y no es únicamente una condición objetiva de punibilidad ubicada fuera del injusto. Una teoría algo radical dice que en el tipo sólo se encuentra el desvalor de la acción, con el argumento de que sólo se podrían prohibir acciones, pero no resultados. Una concepción más intermedia coincide en que el desvalor de la acción y el del resultado pertenecen por igual al tipo.

II. Los criterios de la conducta imprudente

Dentro de los elementos de contenido de la conducta imprudente, según la jurisprudencia y la doctrina encontramos la infracción del deber de cuidado. Junto a esta se encuentran la previsibilidad, cognoscibilidad o advertibilidad y evitabilidad del resultado como presupuestos o requisitos de la conducta imprudente. Además se recurre a la teoría de la imputación objetiva para limitar la responsabilidad por imprudencia. La mayoría de las veces se recurre a la contrariedad al cuidado debido para el injusto de la acción, y a la causación de un resultado típico imputable para el injusto del resultado. Ahora, en concreto estos criterios interactúan de manera muy diferente.

Así, por ejemplo, Jescheck distingue entre la infracción del deber objetivo de cuidado como injusto de la acción y la producción, causación e imputación del resultado en los delitos imprudentes.

Es correcto que el tipo de 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

Para empezar, no se contradice el cuidado debido cuando el sujeto desde un principio no ha creado un peligro jurídicamente relevante. Por ende, al joven que cita a su novia al parque a una hora y esta muere porque por coincidencia le cae un meteorito en la cabeza, no se le puede reprochar una contrariedad al cuidado debido. Pero con la falta de la creación de peligro se caracteriza de modo más exacto la razón de la exclusión de la imputación.

Tampoco se contradice el cuidado debido cuando, por ejemplo, el sujeto conduce atendiendo a todas las normas del tráfico y a pesar de ello lesiona a alguien que se le tira encima del coche. Aquí solo la referencia a la observancia del riesgo permitido hace posible una fundamentación exacta de la exclusión de la imprudencia.

Por último, no hay infracción al deber de cuidado, por ejemplo, cuando alguien sólo colabora a la autopuesta en peligro dolosa de otro o cuando puede invocar el principio de confianza. Ello se debe a que el fin de protección del tipo correspondiente no abarca tales resultados.

El criterio de la infracción del deber de cuidado no es mejor que los criterios generales de imputación. Es más vago que estos y por tanto prescindible. En rigor es incluso erróneo desde el punto de vista de la lógica de la norma, pues produce la impresión de que el delito cometido imprudente consistiría en una omisión del resultado debido, lo que sugiere una interpretación errónea como delito de omisión. Sin embargo, al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino que el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y si abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado típico.

Algo semejante ocurre con elementos como los de la previsibilidad y la evitabilidad. Cuando un resultado no era previsible, o bien falta ya, como en el ejemplo del meteorito, la creación de un peligro jurídicamente relevante, o bien falta la realización del peligro creado, por ejemplo, cuando alguien muere no producto del balazo que le dieron sino que por un incendio en el hospital donde se recuperaba. Por tanto, 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.

III. Acerca de la concreción de la creación de peligro no permitido.

Se debe tener en cuenta todo lo que la doctrina y la jurisprudencia han ido precisando para la constatación de la infracción del deber de cuidado. Así, se pueden extraer algunas directrices que resultan útiles para la

determinación de la imprudencia.

- **Normas jurídicas.**

En muchos ámbitos de la vida, sobre todo el Derecho de circulación, el legislador ha dictado prohibiciones de puestas en peligro abstractas, cuya infracción fundamenta en general la creación de un peligro no permitido. Así, normalmente la sola inobservancia de la prioridad de paso será suficiente para hacer aparecer como punible la lesión del que tiene prioridad de paso. La jurisprudencia resume esto en la frase de que los preceptos sobre circulación serían el resultado de una previsión de posibles peligros basada en la experiencia y en la reflexión; indican ya con su existencia que, con su infracción, el peligro de un accidente entra dentro del terreno de lo posible.

Se debe mencionar también que si bien la infracción de preceptos sobre circulación es efectivamente un indicio de una creación de peligro prohibido, esto no necesariamente lo fundamenta. Esto pues lo que es peligroso en abstracto puede, sin embargo, no ser peligroso en concreto. Sin perjuicio de esto, se debe mencionar que se puede dar el caso excepcional inverso; de que alguien respete estrictamente las reglas de circulación y a pesar de ello sea sancionado por imprudencia debido a que, aun cuando su respeto, en esa situación se conduce de manera absolutamente manifiesta a un accidente.

De todos modos, por regla general, se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido. Ahora, cuando el resultado producido esta demasiado apartado, la mayoría de las veces no se ha realizado el peligro que la norma pretendía prevenir, de modo que entonces no procede por esta razón la imputación imprudente.

- **Normas del Tráfico.**

La creación de un peligro no permitido se deriva sobre todo de la infracción de las normas de tráfico. Se trata de reglamentaciones que han sido creadas por asociaciones o consorcios de intereses privados, sobre todo en el terreno técnico y para el ejercicio de determinadas especialidades deportivas.

En la práctica, se alude también con frecuencia a la infracción de tales normas del tráfico 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. Esto pues la delimitación del riesgo permitido, de la que se trata en estas normas, no puede efectuarse por estas instituciones privadas ligadas a intereses con la misma autoridad y objetividad que por el legislador.

La infracción de las normas de tráfico es efectivamente un indicio para la constatación de la imprudencia, pero no hace superfluo un examen judicial autónomo del riesgo creado. Por otro lado, el respeto de las normas de tráfico no excluye necesariamente la creación de un riesgo no permitido. En supuestos de hecho extraordinarios de puesta en peligro las exigencias pueden ser más estrictas que lo que resulta de las reglas concebidas para un caso medio.

Así mismo, la infracción de las reglas deportivas tampoco fundamenta sin más la imprudencia jurídicopenal, ni siquiera cuando estas pretenden preservar la seguridad física de los jugadores. Esto pues en las especialidades deportivas con enfrentamiento, como el rugby, son inevitables y se asumen las infracciones leves de las reglas resultantes de emplearse con dureza. Esto solo es rebasado cuando de modo contrario a las reglas se crea el peligro de lesiones serias.

- **Principio de confianza.**
- **En la circulación.**

El principio de confianza reconocido sobre todo hoy en día en el Derecho penal de la circulación es un

principio que sirve para la negación de un incremento del peligro inadmisibles. En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación debe confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario. Por ejemplo, quien tiene prioridad de paso en los cruces, por regla general, puede partir de la base de que se respetará su preferencia de paso.

El principio no es aplicable cuando la confianza en el comportamiento debido de otros en la circulación está manifiestamente injustificada. Esto rige en los casos de niños pequeños, ancianos o gente minusválida y en cualquier otro caso en que otro interviniente en el tráfico permite advertir que no se atiende a las reglas. Por tanto, cuando un conductor se percata que otro no cumple con la prioridad de paso, debe parar y no puede confiar en su derecho. Según la jurisprudencia, el principio de confianza debe retroceder también en caso de infracciones de tráfico que se cometen con tanta frecuencia que un conductor consciente ha de contar razonablemente con ellas.

Muchas resoluciones parten de la base de que no puede invocarse el principio de confianza quien a su vez se comporta antijurídicamente. Esto es incorrecto en los numerosos casos en los que una infracción de tráfico no ha repercutido en el accidente. Por tanto, quien conduce ebrio, a pesar de ello debe quedar exento de responsabilidad penal invocando el principio de confianza cuando otro no respeta su prioridad de paso y el accidente tampoco habría sido evitable para un conductor sobrio.

El castigo que se le diera al conductor ebrio, en este caso, quedaría catalogada como una sanción inadmisibles de un *versari in re illicita*. En cambio, aquel que pone en peligro con su conducta incorrecta a otros intervinientes en la circulación y ha contribuido de este modo a un accidente no puede, en efecto, invocar el principio de confianza.

- **En la cooperación con división de trabajo.**

Se reconoce en principio la extensión del principio de confianza al caso de la cooperación con división de trabajo, sobre todo en el ámbito de la actuación médica (Por ejemplo, un equipo de operaciones). También se ha reconocido que dentro de una operación los médicos especialistas que intervienen en ella pueden confiar en la colaboración correcta del colega de la otra especialidad. Por otro lado, también se corresponde con el principio de confianza el que se deba objetar y en su caso corregir los errores manifiestos de otro.

Además en esta situación de cooperación con división de trabajo el principio de confianza debe retroceder cuando los intervinientes (por ejemplo, médico que dirige la operación) poseen especiales deberes de vigilancia (por ejemplo, frente al médico asistente aún inexperto) u otras misiones de control.

- **Respecto de delitos dolosos de otros.**

Finalmente, el principio de confianza ha de regir también en cuanto que por regla general se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos. Así, la venta de cuchillos, fósforos, martillos, hachas, etc., no sería posible si se hubiera de contar con la comisión de delitos dolosos por los compradores y los demás receptores.

Estos casos podríamos decir que son situaciones de riesgos permitidos: los peligros inevitables se asumen o soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno.

Aquí radica el núcleo correcto de la antigua teoría de la prohibición de regreso, según la cual la cooperación no dolosa en delitos dolosos es impune. Sin embargo, la solución no pasa por una prohibición absoluta de regreso, sino que se trata de trazar los límites del principio de confianza y por tanto del riesgo permitido.

Lo correcto es que el principio de confianza no puede regir ya cuando una conducta fomenta la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso. Por ende, quien a petición suya

alcanza un cuchillo al contendiente en una pelea se hace penalmente responsable al menos por delito de homicidio imprudente, en caso de que falte el dolo homicida propio, si el receptor ejecuta con él un homicidio. No obstante, no tiene lugar la imputación improcedente, incluso en caso de perceptible inclinación al hecho delictivo, cuando falte un fomento o favorecimiento porque la conducta del tercero sólo se convierte en causal para el resultado mediante una combinación caprichosa de condiciones por parte del autor doloso. Si el hombre A le dice a la mujer B que si lo abandona mata a alguien y B de igual manera lleva a cabo su decisión, la misma no responde penalmente por homicidio imprudente en caso de que A lleve a cabo su amenaza.

En este tema es crucial el criterio del fomento o favorecimiento de la perceptible inclinación al hecho delictivo. Así, no es del todo convincente posturas como la de Jakobs, la cual dice que las primeras acciones son imputables como delitos imprudentes en caso de segunda acción dolosa, cuando su sentido objetivo sólo puede estar al servicio de la realización de un delito. Esto pues no hay acciones que exclusivamente puedan estar al servicio de la comisión de un delito; incluso un veneno y un revolver pueden ser empleados para fines no punibles.

Otras formulaciones, como la de que una cooperación no dolosa puede ser imputada a la imprudencia cuando existían indicios concretos de la comisión de un delito doloso, son tendencialmente correctas, pero demasiado abstractas; pues sólo la perceptible inclinación al hecho delictivo proporciona los indicios concretos, en caso de cuya concurrencia sería insensato no contar con la realización de un delito.

Así, es correcto condenar por homicidio imprudente a la amante de un hombre casado porque la misma le había proporcionado en circunstancias sospechosas veneno, con el que él mato a su mujer. Puesto que ella había manifestado precisamente que él no le haría daño a su mujer, ello denota que le había sido perceptible la inclinación del marido al hecho delictivo.

• **La figura baremo diferenciada**

Un ulterior medio auxiliar para la determinación del peligro no permitido es la figura baremo o modelo diferenciada. Es decir, se pregunta como se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto. Por ende, si un electricista causa daños a bienes jurídicos en el ejercicio de su profesión, se toma como baremo o parámetro la conducta de un electricista consciente y cuidadoso.

Si la actuación se mantiene dentro del marco establecido por la figura baremo, no concurre una creación de peligro o al menos no se supera el riesgo permitido; por tanto no procede la imprudencia. En caso contrario, o sea, que el sujeto ha creado un riesgo mayor al que habría producido la persona ficticia que sirve de comparación, entonces se realiza el tipo imprudente.

La debilidad de este modelo radica en que no es fácil determinar la conducta de la figura baremo. En la medida en que se trate del ejercicio correcto de profesiones y oficios, se podrá utilizar como criterios rectores las normas que son conocidas en los respectivos sectores del tráfico, aún cuando no estén codificadas al modo de las normas jurídicas o de tráfico.

• **Deberes de información y de omisión.**

Donde faltan baremos o parámetros de conducta formulados para sectores o ámbitos especializados de la vida, han de servir de orientación no obstante dos reglas generales: quien se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes juridicopenalmente protegidos no puede valorar, debe informarse, si no es posible o parece que no servirá para nada informarse, se debe abstener de la conducta. Y quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta, en caso contrario, existe ya

en el emprendimiento o asunción de la actividad una imprudencia (la llamada provocación culpable por emprendimiento o asunción). Brevemente resumido: quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo, debe dejarlo

Así, el médico que no está perfectamente al corriente del tratamiento de una dolencia debe informarse en la literatura científica especializada. Por su parte, son sumamente numerosos los casos de provocación culpable por emprendimiento o asunción. A modo de ejemplo, actúa imprudentemente el conductor de un coche cuando se pone al volante sabiendo que ya no puede ver bien, que su capacidad de reacción está sustancialmente reducida por enfermedad o por la edad, etc.

- **La ponderación de utilidad y riesgo.**

En los casos que no son abarcados por las pautas de concreción antes citadas, hay que fijarse en si la acción entrañaba en sí el peligro perceptible de lesión típica de bienes jurídicos.

El fundamento de la imputación imprudente depende en primer lugar de la relevancia social de la conducta generadora de riesgo. En el supuesto de acciones socialmente inútiles (carreras de moto salvajes por ejemplo) todo riesgo mensurable puede llevar a una punición por imprudencia, si se producen accidentes. Si en cambio una acción goza de reconocimiento social (jugar fútbol en un estadio por ejemplo), se pueden tolerar pequeños riesgos; por tanto, si un espectador resulta lesionado por una pelota que vuela hasta el público, no se ha de imputar ese resultado al jugador, salvo que esa acción la haya llevado a cabo de manera intencional en contra del espectador. En el caso de las acciones socialmente indicadas o prescritas, como la del viaje a toda velocidad de una ambulancia, pueden aceptarse de nuevo riesgos aún algo mayores, sin que se rebase el límite con el peligro no permitido.

Además de la relevancia social de la conducta del sujeto, también es necesario tomar en cuenta otras circunstancias, como por ejemplo, la magnitud del daño que eventualmente amenaza con producirse y los sacrificios que serían precisos para eliminar plenamente el riesgo.

IV. Acerca de la concreción del ámbito típico de protección.

La imputación imprudente no termina sólo en el riesgo permitido, sino también cuando se rebasa el ámbito de protección del respectivo tipo. Dentro de este tema, trataremos dos grupos de casos que no han sido vistos aún dentro de la esfera de la imputación objetiva, a saber, casos de daños por shock y los daños consecuencias de otros daños.

Daños por shock son perjuicios o menoscabos físicos que sufren terceros cuando se enteran de la muerte o de la grave lesión de una persona allegada o de otra desgracia que les afecta. Así por ejemplo, es claro que un homicidio de una persona puede poner en riesgo la salud de las personas allegadas a este, sin embargo, el pretender imputar jurídicopenalmente tales consecuencias al primer causante supondría ir demasiado lejos. El fin de protección de la prohibición penal de matar o lesionar no consiste en preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas.

Tampoco son ilimitadamente imputables los daños consecuencia de otros, o sea, que se derivan sólo posteriormente de un primer daño. Cuando un daño derivado de un accidente evolucione continuamente (sea en poco o mucho tiempo) hasta la muerte, se deberá en efecto apreciar un homicidio imprudente, si concurren los demás requisitos. Concorre esta hipótesis cuando una persona deja de existir derivado de las lesiones internas derivadas del accidente.

Ahora, cuando una enfermedad se detiene sin que sea posible un reestablecimiento pleno, las consecuencias sobrevenidas posteriormente que se deriven de la reducción general de capacidad de resistencia y rendimiento deben considerarse no abarcadas por el fin de protección del tipo. Por tanto, si alguien es dado de alta del

hospital, en donde se le amputo una pierna y después de muchos años debido a su lesión cae y muere, no puede hacerse penalmente responsable también del segundo accidente a quien provocó culpablemente el primer accidente.

V. ¿Generalización o individualización del baremo de imprudencia?

Todos los criterios recién expuestos han partido de baremos objetivos y han tomado como caso normal que las capacidades individuales del sujeto se relacionan con tal baremo.

Sin embargo, en el caso concreto puede ser que ocurra que las capacidades sean menores o mayores que lo que corresponde a las exigencias generales. Así por ejemplo, un cirujano, producto de la edad o dificultades motrices en las manos no poder responder a su *lex artis*. Por otro lado, se puede pensar en un piloto de carreras el cual responderá de mucha mejor forma a la mencionada figura baremo. La cuestión de hasta que punto merecen ser tomadas en cuenta las capacidades individuales del sujeto es objeto de viva polémica.

La opinión dominante habla de un doble baremo. Así, el tipo de delitos imprudentes se realiza con la contravención de los baremos objetivos concretados, mientras que la cuestión de sí el sujeto podía satisfacer estas exigencias únicamente es un problema de culpabilidad imprudente.

Sólo después de constatar la faceta objetiva del hecho imprudente (tipo de injusto) se puede seguir examinando si el mandato general de cuidado y previsión también podía ser cumplido por el sujeto individual conforme a su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia vital y posición social

Por tanto, si alguien provoca un accidente mediante infracciones de circulación que no podía evitar a consecuencia de que su capacidad de conducir era muy inferior a la media, ha realizado de manera antijurídica el correspondiente delito imprudente; pero por su incapacidad individual se excluye sólo la culpabilidad imprudente. Ahora, si el sujeto podía advertir su incapacidad, existe una imprudencia objetiva y subjetiva ya en el mero hecho de haber conducido (provocación culpable por emprendimiento o asunción).

Frente a esto, la opinión de un grupo de prestigiosos autores parte de la idea de que incluso la realización del tipo de la imprudencia depende de la capacidad individual del sujeto. Así, de quien tiene una capacidad superior al sujeto común se le exige más, de modo que si causa un resultado por no emplear sus capacidades pues ser castigado por imprudencia, pese a que la misma conducta se juzgaría adecuada en una persona normalmente capacitada. Ahora, quien a la inversa tiene una capacidad por debajo del sujeto medio y a consecuencia de ello produce un resultado típico no actúa antijurídicamente, pese a que un ciudadano común sería castigado por imprudencia en un caso idéntico.

La provocación culpable por emprendimiento o por asunción también desde la perspectiva de esta concepción configura la punición por imprudencia.

La diferencia entre ambas concepciones de acuerdo a sus resultados es casi mínima. En caso de capacidades inferiores a la media, existe acuerdo en que la punibilidad del sujeto no puede ir más allá de su capacidad de rendimiento. Tampoco resulta diferencia alguna respecto de la provocación culpable por emprendimiento o asunción. Sólo se ve una diferencia material en el caso de capacidades superiores a la media, pues conforme al baremo objetivo no es necesario que nadie rinda más de lo que se requiere con carácter general, mientras que la posición individualizadora exige también el empleo de las superiores capacidades, y en esa medida es por tanto más estricta. Sin embargo esta diferencia se relativiza ya que la concepción objetiva crea para los especialistas figuras baremo específicas y por el otro lado, según la concepción individualizadora el sujeto capacitado por encima de la media se puede orientar por regla general por el baremo objetivo del riesgo permitido.

Por lo demás, la solución materialmente correcta es una mixtura entre ambas concepciones: las capacidades

inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las superiores deben emplearse. Por tanto, ha de generalizarse hacia abajo e individualizar hacia arriba. Esta concepción intermedia se basa en lo siguiente:

El que las capacidades inferiores a la media no puedan excluir el injusto sino sólo la culpabilidad, se deriva de la estructura sistemática del delito. La imposibilidad individual de actuar de otro modo es, al menos en los delitos comisivos, siempre un problema de culpabilidad, mientras que la imputación al tipo objetivo se vincula a los baremos de la creación del peligro y del fin de protección, que son independientes de la individualidad del sujeto.

También las consecuencias prácticas se oponen al efecto excluyente del tipo de la incapacidad. Si por ejemplo, el conductor de automóvil que padece esclerosis o está ebrio, y que a consecuencia de su defecto causa un accidente para él inevitable actuará conforme a Derecho., tampoco la construcción de la provocación culpable por emprendimiento o asunción podría fundamentar su responsabilidad por imprudencia. Pues quien se pone al volante conociendo su defecto llevaría a cabo una acción conforme a Derecho, lo que difícilmente se le puede reprochar como imprudencia. Por consiguiente, la concepción individualizadora no puede discutir, en el caso del causante de un daño con capacidad inferior a la media, la antijuridicidad, sino a lo sumo la realización del tipo o el injusto merecedor de pena.

El argumento de lógica de la norma que los defensores de la concepción individualizadora aducen ante todo en contra de lo anterior, consistente en que el mandato legal solo podría ir dirigido a hacer lo individualmente posible, no puede aceptarse. La norma se dirige a todos; y debe hacerlo por la simple razón de dejar en claro a aquel cuya capacidad de rendimiento es dudosa lo que como mínimo se espera de él, y para hacerle abstenerse en su caso de una imprudencia por emprendimiento o asunción. El que el sujeto pudiera evitar su infracción de la norma es una cuestión de culpabilidad por regla general sólo constatable a posteriori; la infracción de la norma como tal no se elimina por la deficiencia de rendimiento.

Por otro lado, hay que darle la razón a la teoría individualizadora en aquello en lo que radica exclusivamente su trascendencia práctica: en el terreno de las capacidades especiales. Así, de acuerdo a esto, a un experto corredor de carreras de formula uno, cuyas muy superiores habilidades en la conducción le permiten aún esquivar y dominar su coche cuando frena, debe sin embargo, hacer uso de estas capacidades y se le ha de castigar por homicidio imprudente cuando por negligencia no lo hace.

A favor de la corrección de este resultado está, además de la razón ya mencionada, que se han de evitar las lesiones evitables de bienes jurídicos, también la circunstancia de que el conocimiento especial puede fundamentar sin discusión una imprudencia. Quien conduce un coche cuyo defecto de motor advierte o debería haber advertido por determinados síntomas actúa imprudentemente, aquel que no conocía indicios de este daño se mueve en el riesgo permitido.

A ello se añade que los defensores del baremo generalizador en la imprudencia efectúan una individualización bastante amplia mediante la construcción de sectores de tráfico. Así, por ejemplo se distingue entre las exigencias a un médico especialista y a un médico común, a un conductor ordinario y a un piloto de carreras, etc.

Cuando un médico desarrolla un método mejorado de operación que sólo es dominado por unos pocos cirujanos, Schunemann propugna elevar sin más las destrezas que esos cirujanos de primerísima calidad a baremo objetivo para todos y amplía demasiado las exigencias que se ponen al cirujano normal representativo. Si entonces se determina según él el baremo objetivo o se construye para él un sector propio del tráfico de maestro mundial de cirugía, se desemboca por completo a efectos prácticos en la individualización hacia arriba.

Los argumentos que se aducen en contra de una individualización en caso de capacidades especiales son por

lo demás débiles. La objeción de que tampoco se podría exigir siempre rendimientos de prímísima calidad al especialmente capacitado no es acertada, porque al especialmente hábil se le exige sólo su capacidad de rendimiento superior **en promedio** y no un esfuerzo adicional. Es cierto que las capacidades especiales existentes con frecuencia no son demostrables; pero en tal caso tampoco pueden tomarse como base.