



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Secretaría de Posgrado

El concepto de *riesgo especial* en el sistema de imputación jurídico-penal

Juan Sebastián Podhainy

Maestría en Derecho Penal

Santa Fe, cohorte 2013

INDICE

Índice.....	2
Introducción.....	3
Capítulo I – Conceptualizaciones previas ¿Qué sucede alrededor del concepto de <i>riesgo especial</i> ?.....	5
Capítulo II – La formulación del concepto de <i>riesgo especial</i>	15
Capítulo III – Sentido y alcance del concepto de <i>riesgo especial</i>	34
Capítulo IV – Posturas a favor y en contra de la pertinencia y necesidad del concepto de <i>riesgo especial</i>	41
Capítulo V – Contenido y rendimiento del concepto de <i>riesgo especial</i> . La coherencia normativa. Primer esbozo.....	52
Conclusiones.....	70
Bibliografía.....	72

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación que asume forma de tesina de maestría tiene por finalidad diseccionar el concepto de *riesgo especial* en la teoría de Günther Jakobs, buscar estabilizarlo y verificar su capacidad de rendimiento explicativa, y -a partir de allí- constatar si existe la posibilidad de construir indicadores objetivos tendientes a su identificación.

El *riesgo especial* es desarrollado por Jakobs a propósito de la insuficiencia del requisito de la antijuridicidad del comportamiento previo en materia de injerencia. Por ello, busca reconocer determinadas esferas de interacción que se presentan en la configuración social con tal entidad.

En el primer capítulo de la tesina, se desarrollan algunos conceptos denominados aquí “de primera fila”, relativos al binomio libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias, al distingo entre la acción y la omisión, y entre la categoría de riesgo permitido y reprobado. Con respecto al primer binomio, el derecho de todo individuo de organizar libremente su persona y su propiedad, conlleva el sinalagma de responsabilidad por las consecuencias de cualquier haz lesivo que pueda emanar de esa organización. Por ello, emergen deberes -primordialmente- deberes de aseguramiento -en mayor medida- y de salvación -en menor medida- que procuran resguardar esa organización en garantía de los demás. La diferencia real, intrínseca es la que vincula a los deberes negativos y positivos, y no a la acción y a la omisión, que es sólo de apariencia, externa. Por último, todo contacto social importa riesgos, la sociedad requiere de comportamientos arriesgados para poder existir, pero deben establecerse límites de permisión de riesgo. Para ello, se pueden fijar a través de normas jurídicas (tráfico rodado), normas técnicas (ejercicio de la medicina o la ingeniería) o de consideraciones eminentemente sociales (comportamientos prudentes de la persona promedio).

En el segundo capítulo se trabaja el concepto de *riesgo especial* en un sentido genealógico, tratando de examinar diversas obras del autor y qué sentido le da en cada una de

ellas. En todos los escritos estudiados, Jakobs considera que será especialmente peligrosa aquella actividad que implique un uso *especial* de la libertad, que se arroga frente a un determinado ámbito de organización ajeno (o varios) un beneficio con dicho ejercicio, que lo hará garante de cualquier evitación de un resultado lesivo, cuyo curso de inicio debe ser originado en dicha actividad. Considera que uno de los indicadores para afirmar la existencia de un *riesgo especial* está en la admisión de responsabilidad civil objetiva por los daños ocasionados por aquellos comportamientos que adquieran esa cualidad. De aquí se infiere la preocupación del autor por la coherencia que debe existir entre la legislación civil y la pena, destacando que si el Derecho privado construye un esquema de responsabilidad por ese tipo de quehaceres peligrosos, el Derecho penal no puede adoptar una actitud contraria.

En el tercer capítulo se mencionan algunos de los ámbitos de interacción en los que la teoría de los *riesgos especiales* tendría capacidad de rendimiento. Estos son el tráfico rodado o conducción vehicular, la distribución de productos a los consumidores, y la responsabilidad del dueño del hotel en el que un cliente se emborracha y sale a la conducción de un vehículo a motor. En todos los casos, y con determinados tamices, entiende que habrá *riesgo especial* y se engendrará el deber del titular de ámbito de organización de neutralizar el *output* dañino iniciado.

El cuarto capítulo contiene diversas citas bibliográficas de autores que consideran que la exigencia de contrariedad a deber en el hacer previo en materia de injerencia es excesiva, e incluyen otros criterios, como la especial peligrosidad. Se enrolan en esta línea Seelmann, Freund, y Bacigalupo entre otros. A su vez, se aluden posturas contrarias a ello, y algunas críticas acerca del concepto de *riesgo especial*, como su difícil determinación, su vaguedad, o la incompatibilidad entre los criterios determinadores de los deberes de garante en el Derecho civil y los del Derecho penal.

Por último, partiendo del ejemplo del uso de agrotóxicos dentro de los márgenes de la autorización administrativa y debida diligencia, se trabajan cinco criterios delimitadores de la existencia de actividades *especialmente riesgosas*.

Capítulo I – Conceptualizaciones previas ¿Qué sucede alrededor del concepto de *riesgo especial*?

“...A dónde esta la libertad
no dejo nunca de pensar
quizas la tengan en algún lugar
que tendremos que alcanzar...”

Norberto Aníbal Napolitano

Resulta de un compromiso ineludible mencionar, aunque sea liminar y someramente, algunos de los conceptos fundamentales de la teoría de Jakobs que permitan -posteriormente- comprender qué son -a su criterio- los *riesgos especiales* y adónde se encuentran ubicados sistemáticamente.

Desarrollar la totalidad de los conceptos de este autor demandaría un trabajo de mayor envergadura, y que superaría las limitantes de lo aquí planteado. Por ello, sólo se analizarán algunos conceptos básicos en su construcción teórica. Debido a que el concepto que aquí se pretende analizar y -eventualmente- estabilizar, se trata de uno poco trabajado¹ (que aquí se llama de “tercera fila”), es necesario revistar otros conceptos, necesarios para la ubicación y comprensión del primero, que son aquí denominados de “primera fila”.

En particular, interesan tres binomios introducidos por este autor: sinalagma libertad/responsabilidad, actuar/omitir y riesgo permitido/riesgo reprobado.

En primer lugar, Jakobs entiende que la dinámica social se fundamenta en instituciones que defino como “contextos normativos consolidados”, y -a los fines determinar a la imputación penal de modo abarcativo- existen dos: las que delimitan la competencia (o responsabilidad) por organización y la competencia institucional.

Una de ellas, -y la más relevante a los fines de esta tesina- llamada competencia por organización, se basa en la existencia de una sociedad de libertades². Si se piensa a la sociedad de

¹ En comparación con su descomunal obra.

² El otro “contexto normativo consolidado” es aquel que viene definido por la existencia de un *status* especial y derechos y deberes de él emergen. Jakobs llama a esto “competencia institucional”, como por ejemplo, la paternidad

hoy como compleja, donde las relaciones se multiplican, los contactos se tornan anónimos, por lo cual, se pone a cargo de cada ciudadano la gestión de su propia organización con el primer axioma básico: podrás organizarte libremente, pero deberás procurar que nadie salga lastimado en virtud del ejercicio de esa libertad, y si así sucede, deberás dejar el mundo lo menos lastimado posible³.

Jakobs llama a ese binomio “sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias”, y lo explica poéticamente a través de la frase “...*la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección*”⁴. Entiende que sin dicho convenio básico, no sería posible la sociedad, pues no existe otra forma de organizarse en el marco de un ámbito macro de contactos anónimos. Cada persona resulta responsable por su obrar, el cual debe ser inocuo, y de no serlo, debe responder por sus consecuencias.

Cabe una aclaración de suma relevancia: este contrato no se limita a la responsabilidad de los daños generados con el propio cuerpo (despliegue físico) del titular del ámbito de organización, ya que dicho ámbito abarca mucho más, como es la propiedad, y otros derechos. Vale decir, si la cerca de alguien está defectuosa, y alguien se lesiona a raíz de ello, el propietario deberá responder penalmente por no organizar su esfera de propiedad de manera inocua. Por ello, define al ámbito de organización como “[l]a suma de todos los derechos susceptibles de ser lícitamente defendidos”⁵, y va de suyo que pueda excluir a cualquier otro de la misma.

De cada una de las instituciones (por organización o institucional) emergen deberes. Prioritariamente, de la primera, surgirán deberes negativos basados en la fórmula de no dañar a otros, y, de la segunda, deberes positivos (de mejorar la situación de aquellos respecto de los cuales tenemos una relación de tutoría organizativa⁶). Y es en este punto donde Jakobs pone en juego su postura en torno a la diferencia entre la acción y la omisión, remarcando que sólo se

(los deberes que tienen los padres respecto de sus hijos), el Estado (los deberes que tienen los Estados respecto de sus situaciones), y otros supuestos de confianza especial.

³ JAKOBS, Günther, *Teoría y praxis de la injerencia*, publicado en el Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, pg. 19.

⁴ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 20.

⁵ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 20.

⁶ Hay que proteger a los niños, sanar enfermos, evitar que se cometan delitos, etc.

trata de una diferencia de apariencia (fenotipo) más que una diferencia real (genotipo) que radica en el distingo entre deberes positivos y negativos.

En lo que hace al binomio imputativo actuar/omitir, basándose en una alegoría religiosa, Jakobs aclara que el bienestar no se obtiene mediante un permanente actuar (positivamente), sino mediante una organización ordenada (inocua) que se compone de acciones y omisiones, pues para alcanzar dicha inofensividad organizativa es menester tanto dejar de hacer, como hacer. No basta sólo con no lesionar corporalmente, sino, dejar que nuestro ámbito de organización tampoco lo hago, y de ello, dependerá en qué estado se encuentre, y es nuestro deber mantenerlo inocuo.

Entre la acción y la omisión existe una transición constantemente intercambiable, y dependerá de las circunstancias concretas en las que opere la norma que imponga la evitación de un daño para determinar si debe actuarse u omitirse. Jakobs menciona el ejemplo del automovilista que transita por la calle, y observa un cartel que establece un determinado límite de velocidad (se supone que sea inferior al permitido generalmente), en ese momento, si el conductor ya venía a la velocidad que indica el nuevo cartel, tendrá el deber negativo de no acelerar, mas si transitaba al límite de la velocidad permitida normalmente, tendrá el deber positivo de desacelerar. Y lo mismo ocurre cuando al ámbito de la imputación jurídico penal se refiera, pues si un conductor atropella a su enemigo, y este muere, lo hará por comisión, empero, si lo arrolla, y este no muere, sino horas después y debido a la ausencia de una asistencia médica oportuna, lo hará en comisión por omisión. Todo ello, dependerá de cómo se organice el conductor, y no de si actuó u omitió.

En virtud de lo expuesto, Jakobs considera que resulta erróneo considera que la forma primaria de imputación penal es por acción, cuando las diferencias con su par omisivo son meramente de aspecto, y no de fundamento.

En definitiva, Jakobs, con el objetivo de unificar todos los delitos (acción y omisión, de dominio y de infracción de deber) propone que todos los delitos se fundan en la infracción de un deber (negativo o positivo).

Así y todo, en el marco de la responsabilidad por organización dentro, de los deberes negativos (cuyo contenido esencial consiste en no perturbar o inmiscuirse en un ámbito de

organización ajeno) existe uno que es fundamental en todo modelo social (desde el más impersonal o liberal, a uno más social), y es el deber de aseguramiento, que puede definirse como la evitación de un emitir un haz lesivo a fin de que la propia organización se mantenga dentro de lo permitido⁷, y el cual abarca dos dimensiones. Por un lado, el titular del ámbito de organización, es garante de que su cuerpo no cause menoscabos a ámbitos de terceros, ya sea mediante la comisión (no disparar en contra de nadie), o mediante la omisión (dejar de disparar cuando alguien se cruza al momento en cual está por cazar un animal, contando con la autorización para ello). Debe asegurar que a través que con su propio cuerpo no generará ningún *output* lesivo. Por otro lado, el competente por organización debe asegurar que no sólo mediante el empleo de su cuerpo no debe dañar, sino mediante sus ulteriores propiedades, que también forman parte de su ámbito de organización libre. Por ello, debe verificar que su perro esté atado en tanto sea peligroso si no lo está, o que su automóvil esté en condiciones técnicas motoras, o que su vereda esté en buenas condiciones para el tránsito de peatones, o que las sustancias que utilice en sus campos no sean dañinas para terceros. Y también puede ser que menoscabe a través de acciones (soltando al perro peligroso) o a través de omisiones (no sujetándolo a su amarre en el patio).

Todo ello se debe a la razón ya vertida: puedes administrar libremente tu mundo, sólo que debes procurar que nadie resulte dañado al entrometerse en su (también) libre organización.

A pesar de todo lo expuesto, la evitación de iniciación de cursos lesivos no es la única forma de mantener una organización inocua, también deberá evitar que cursos lesivos ya iniciados puedan ser revocados antes de que se produzca definitivamente la lesión. Por ello, de la competencia por organización emergen, al lado de los deberes de aseguramiento, los deberes de salvación, con alcance más limitado, a criterio de Jakobs, los cuales pueden ser generados por dos configuraciones: la asunción voluntaria y la injerencia.

⁷ JAKOBS, Günther, *La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión*, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pg. 351.

Como se hablará en el siguiente capítulo de lo que Jakobs (y la mayoría de los autores) *injerencia*, se dedicarán algunas líneas a la asunción voluntaria. Si bien la injerencia, también puede generar deberes de aseguramiento, no serán aquí mencionados⁸.

En la asunción voluntaria se sustituye un mecanismo primario de protección, abandonado consensuadamente por la potencial víctima. Dicho de otro modo, la víctima abandona una eventual posibilidad de supervivencia, por el que le proporciona voluntariamente el potencial autor. Léase, quien toma de la mano a un ciego y se compromete a ayudarlo a cruzar la calle, o la niñera que sustituye a los padres en el cuidado de sus hijos, o quien asume una asistencia concreta de alguien luego de un accidente, neutralizando la ayuda de terceros presentes.

Como bien asiente Jakobs, “[e]n todos estos casos se neutraliza una oportunidad efectiva de salvamento, y esta pérdida debe ser compensada por una sustitución equivalente”⁹. Respecto al mecanismo primario de protección, no tiene que ser efectiva, ni ser aportada por un garante (padres), lo único decisivo es que se supla una previsible protección originaria. Tampoco se exige un contrato civilmente válido, ya que no es el vínculo contractual el que genera el deber de salvar, sino el simple hecho de neutralizar la protección originaria.

Por último, corresponde concluir este apartado con lo que Jakobs entiende por el binomio riesgo permitido/riesgo reprobado, y en qué lugar se ubicarían los *riesgos especiales*.

Previo a ello, es imprescindible referirse al vocablo *riesgo*. Hablar de riesgo implica una manera de entender (y de explicar) a las amenazas de daño que sufre la sociedad. Es un dispositivo de gestión de dichas amenazas.

Dentro de la tipología de riesgos¹⁰, existen los riesgos ambientales, vinculados al desgaste del ecosistema y a la ocurrencia de catástrofes o desastres ambientales, o los riesgos

⁸ Por ejemplo, quien cava una zanja en una calle pública, debe asegurarla; quien aumenta la velocidad (dentro de lo permitido), debe moderarla. Ya cuando una persona cae en la zanja, o bien alguien está cruzando la calle, la injerencia generará deberes de salvación.

⁹ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pg. 111.

¹⁰ Se pueden diversas especies de riesgos: Los culturales (pérdida de identidad y de memoria, ataques contra el Patrimonio Cultural), los sociales (contingencias tales como el desempleo, la ancianidad, los accidentes de trabajo), los económico-financieros (recesión, crisis económicas), los políticos (advenimientos de totalitarismos, dictaduras, terrorismo), los científico-tecnológicos (consecuencias colaterales o no deseadas del avance científico –problemas

provenientes de los avances tecnológicos. Para explicar la tecnología de los riesgos puede decirse que la sociedad está sufriendo un cambio epocal¹¹ (Giddens, Beck) y que estamos atravesando una segunda modernidad, con una nueva fisonomía, llamada “Sociedad del Riesgo”¹², caracterizada por la aparición de nuevos riesgos, siendo los mismos las consecuencias no deseadas de la primer modernidad, tildada de industrial o de la riqueza (siglo XIX, y albores del siglo XX), donde la preocupación estaba basada por la distribución de la riqueza y la adquisición de nuevas tecnologías que permitan el mejoramiento del sistema; las amenazas imperantes circundaban lo social o político.

Frente a estos nuevos riesgos (entre los cuales encontramos a los ambientales) actúa a través de dos mecanismos: por un lado se refleja (Beck habla de reflectividad), se observa a sí misma –a través de estos riesgos– y advierte cuánto se ha equivocado en la época anterior, pero por otro lado reflexiona (Beck refiere a la reflexividad o reflexión), “...se caracteriza por el cuestionamiento y crítica de las dicotomías fundacionales de la modernidad”¹³.

La aparición de nuevos riesgos (por ejemplo, los provenientes del uso de la tecnología) provoca cimbronazos en la teoría jurídica en general, sobre todo en lo que respecta al Derecho de daños y al Derecho procesal¹⁴, es por ello que los operadores jurídicos deben repensar el Derecho como “...tecnología de regulación..”¹⁵ para convertirlo en un espacio de

de centrales de energía radioactiva–), y los ambientales. Extraído de SOZZO, Gonzalo, *Introducción* a la obra *El gobierno de los riesgos*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2007, pg. 14-15.

¹¹ SOZZO, Gonzalo, *op. cit.*, pg. 16-17.

¹² Encontramos diversas construcciones teóricas, provenientes de la teoría social algunas de ellas, con relación a los riesgos: Las realistas, a través de estudios provenientes de la psicología, tecnologías actuariales e ingenierías, que consideran al riesgo como algo real, existente ontológicamente; y las constructivistas, provenientes de estudios de las ciencias sociales, que conciben a las amenazas como un producto sociocultural. Podemos situar a las provenientes de la antropología (Mery Douglas), donde el riesgo aparece como un producto de la sociedad, que nada tiene de real; las tesis sobre “Sociología del riesgo” (Giddens, Beck), en las cuales el riesgo está en el imaginario social, pero tiene un costado real, por ello se las denomina “teorías constructivistas débiles”; los estudios de la gubernamentalidad (Ewald, O’Malley), provenientes de estudios neofoucoltianos, donde los riesgos son dispositivos de gobierno de la sociedad; y las que conciben a los riesgos como conceptos. Todo ello, siguiendo a Gonzalo Sozzo en el escrito reseñado.

¹³ SOZZO, *op. cit.*, pg. 16.

¹⁴ La idea del daño individual, culposo con vocación reparadora frente a daños de carácter colectivo o difuso, muchas veces de responsabilidad objetiva, y donde la reparación puede llegar demasiado tarde, todo ello en el contexto de un proceso aleargado, con jueces sin una mirada democratizadora, sin compromiso, a la espera de lo que las partes intenten, conforme el principio dispositivo que reina la materia procesal civil, siendo que lo que se requiere es un Juez interviniente, relacionado con diversas disciplinas, con creatividad y una mirada más democrática.

¹⁵ SOZZO, *op. cit.*, pg. 19.

creación y de imaginación institucional en el que se pueda experimentar con el diseño de dispositivos que permitan abarcar las amenazas del siglo XXI, que permitan gobernar riesgos.

Entonces ¿Qué tarea cumple el Derecho penal en el gobierno de los nuevos riesgos?

El Derecho penal ha presentado, en paralelo a la aparición de este nuevo modelo de sociedad, un nuevo aspecto, expandido, en constante crecimiento, el cual se ve reflejado en la creación de nuevos tipos penales, en el adelantamiento de las barreras de punición, en el endurecimiento de las penas, en la aparición de nuevos bienes jurídicos¹⁶, la creación de delitos de peligro, el refinamiento de una dogmática orientada al estudio de los delitos imprudente u omisivos, y ello debido a diferentes razones, entre las cuales encontramos el advenimiento de esos nuevos riesgos. Es así que los ciudadanos están expuestos a decisiones adoptadas por conciudadanos quienes, en el marco del progreso de la técnica, aplican tales desarrollos, que pueden ser colateralmente nocivos. Y aquí yace el problema de germen filosófico político: ya no hay un problema de distribución de la riqueza, sino de los nuevos riesgos, y se margina a gran parte de la población a sólo soportar su irrupción. Es por ello que el Derecho penal debe intervenir, mediante la modalización de sus esquemas clásicos de imputación.

Retornando a la cuestión de los riesgos en la tesis de Jakobs. Todo contacto social, entraña riesgos, y no necesariamente, debe tratarse de un comportamiento doloso o imprudente, basta con toser cerca de otra persona para que se pueda contagiar de una gripe. Pero ello no conduce indefectiblemente a que todos esos contactos resulten jurídico-penalmente relevantes, pues al Derecho penal no le interesan aquellas conductas que -a pesar de ser mínimamente lesivas- son provechosas para el andamiaje social. La humanidad debe estar en contacto, necesariamente, debe comunicarse con el resto, así se reivindica (y reivindica al otro) como persona, a partir de la comunicación, del contacto.

En virtud de estas simples razones, la sociedad debe tolerar comportamientos que sean riesgosos, como riesgo permitido. *“Puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total*

¹⁶ Fenómeno detallado en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, B de F editorial, Buenos Aires, 2006.

ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado, como riesgo permitido”¹⁷.

Ahora bien ¿Cómo se determina el umbral entre el riesgo tolerado y aquel que no? Para determinar el ámbito de lo jurídico-penalmente importante es necesario recurrir a diferentes instancias tasadoras.

En primer lugar, lo socialmente permitido puede venir por el propio ordenamiento jurídico, cumpliendo -en ese caso- una función meramente auxiliar. Por esta razón, “...*deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa*”¹⁸. Un ámbito en el cual la permisión de riesgo se encuentra jurídicamente regulada es el del tráfico rodado o el de la producción de alimentos o medicamentos, o la utilización productiva de sustancias peligrosas, y será reprobada cualquier conducta que no cumpla con lo establecido en las normas (si el conductor excede límite de velocidad, actúa en riesgo reprobado; el productor agropecuario que adquiere una sustancia tóxica no registrada por la autoridad competente, supera el nivel de permisión de riesgo).

En segundo lugar, en otros medios de contacto social, y en los que impera el progreso tecnológico, cuya complejidad hacen que requieran estándares de seguridad específicos que se alcanzan a través de normas de carácter técnico mas no jurídicas, tal cual sucede en el ámbito de muchas profesiones, como el ejercicio de la medicina, la ingeniería, o las ciencias económicas. Tanto una intervención quirúrgica como el cálculo del hormigón armado reclaman el concurso de diversa normativa que regulan una realización segura.

Por último, restan por definir a aquellos espacios de interacción en los que no existen normas jurídicas o técnicas que establezcan cómo conducirse de manera segura, o -más correcto- de modo tolerado por el Derecho. En aquellos espacios, será “...*el standard de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente...*”¹⁹, y que, ya anticipa Jakobs guarda cierta imprecisión en la fijación de los límites reprobatorios, ya que resultará difícil establecer

¹⁷ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pg. 44.

¹⁸ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 51.

¹⁹ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 52-53.

con exactitud el comportamiento debido del conductor de remises, o del cajero de un supermercado.

Sin embargo, partiendo de un ejemplo de la legislación civil alemana²⁰, pone el énfasis en que, en estos espacios de interacción, el Derecho penal no podrá desconocer lo regulado a tales efectos en el Derecho civil, pues, por un lado, este orden *jurídico* “...*reproduce acertadamente lo que es socialmente adecuado...*”²¹, y por otro, no debería intervenir en conflictos en los cuales no se puede exigir reparación civil.

Este fragmento es de suma relevancia a fin de comprender lo que se examinará en el siguiente capítulo, pues hace a la preocupación de Jakobs por la coherencia del ordenamiento jurídico.

Así como es la propia configuración social la que va a determinar los niveles de permisión de riesgo, o, de manera más sencilla, va a decir qué es un riesgo permitido, lo mismo ocurre con aquellos comportamientos que, pese a encontrarse social -y jurídicamente tolerados- poseen una característica particular que el sistema de imputación penal no debe desconocer, y se basa en el uso *especial* de la libertad de organización, y -de ese modo- se arroga un espacio en la esfera de protección de otro, generando el inicio de un curso lesivo que, en virtud de dicha especialidad, deberá ser revocado o retraído.

Por definición negativa, resultará *riesgo no especial* todo aquel comportamiento socialmente habitual, general, en el que no exista entrometimiento en el ámbito de organización ajeno, y que no estén presentes aquellos indicadores objetivos de especialidad de riesgo.

El qué significa esa especialidad, el cómo se define, y cuál sería su contracara, forma parte del siguiente capítulo.

²⁰ Establece como criterio decisivo a la diligencia en los asuntos propios.

²¹ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 53.

Conclusiones del capítulo

1-Jakobs construye un sistema edificado en conceptos de “primera fila” y de “tercera fila”

2-Constituye un concepto central el de competencia por organización.

3-Ser competente por organización significa que el titular de un determinado ámbito de organización será responsable por los daños que ocasione mediante su ejercicio libre.

4-El ámbito de organización genera deberes positivos y negativos. Existen deberes de aseguramiento (del propio cuerpo y de las cosas propias) y de salvación (por asunción voluntaria o por injerencia).

5-Para que una sociedad pueda funcionar como tal, necesariamente, sus individuos deben relacionarse, y todo contacto entraña riesgos. Debido a que no puede obviarse el contacto social, la sociedad debe fijar qué comportamientos riesgos están tolerados y cuáles, no.

6-La fijación de los niveles de riesgo puede provenir del Derecho, o de normas técnicas, o de estándares de comportamiento prudente.

7-El Derecho penal debe estar en consonancia con los criterios de fijación de riesgo de las otras regulaciones jurídicas, como la civil.

Capítulo II – La formulación del concepto de *riesgo especial*²². Aclaración previa

“...la injerencia revela ser [...] un sismógrafo de las condiciones de subsistencia de la sociedad...”

Günther Jakobs, “Actuar y omitir”

La conceptualización es una tarea propia de toda ciencia. A fines de comprender la materia que rodea, los seres humanos se valen de los conceptos para poder procesar -y a su vez clasificar- la información que nos proporciona el entorno. Es una tarea que no sólo se limita a describir poéticamente lo observable, sino que -en todos los casos, incluidas las ciencias duras- se valora; explicar que el vuelo de la mariposa es ondulado no proviene de su mera observación y/o descripción, reclama -antes bien- una valoración de ello.

Así pues, los conceptos tienen una fecha de nacimiento. Los conceptos nacen, se desarrollan, se transforman y permanecen impresos en el discurso social, aunque no siempre lo hagan en su función explicativa de parte del entramado de la sociedad, sino que -a partir de su pérdida de capacidad- sólo permanezcan en una vitrina, sólo para ser apreciados como parte de otra historia.

Precisar la fecha de nacimiento de los conceptos permite identificar quiénes participaron de su gestación, en qué atmósfera de evolución científica fueron concebidos, la razón por la que vieron la luz, y si se les cumplió la promesa de un mundo mejor como primer augurio cuando le dieron esa primera palmada, a ver si exclamaba su primer grito (explicativo).

Sin embargo, a pesar de lo esbozado acápite, y desconociendo la necesidad de esta aclaración, los conceptos carecen de dueño. Y es por dicha razón por la cual, al nacer, no tienen fecha de caducidad, pues pueden mutar, y decir mucho más de aquello para lo que fueron pensados, y eso es lo fantástico del mundo, de la vida. Así, un concepto nacido al abrigo de un

²² Se utiliza la fórmula *riesgo especial*, pero podría recurrirse a la de *riesgo incrementado*, *actividad especialmente peligrosa*, *peligro especial*, *peligro incrementado*, *riesgo cualificado*, *actividades de peligrosidad cualificada*, etc.

determinado clima científico, puede ser modificado, e introducirle subjuicios que no nutran, que lo hagan más fuerte, que lo robustezcan ante los embates de los escépticos. Y la ciencia del Derecho penal no es ajena al fenómeno descrito. Las categorías que conforman el juicio total de imputación de un suceso de aparente contenido criminoso, se han transformado a lo largo de la historia. La culpabilidad en sentido causal decía algo muy diferente a lo que expresa el concepto final, o funcional. No obstante, se sigue hablando de culpabilidad.

Es por ello que se predica que los conceptos son *res nullius*, y ello permite dar lugar al crecimiento y desarrollo de la ciencia y -en este caso- de la ciencia del Derecho penal, y puede establecerse un parangón con el mundo del arte, ese mundo emocional que en su gran parte está construido de música y poesía: la premisa de toda creación musical es que el producto no queda en su autor; el que la escucha por primera vez puede aferrársela, y ser su nuevo dueño

Los conceptos sociales definen como ninguna otra expresión un espacio simbólico, el que guarda las claves genéticas de la sociedad. Ellos llegan, penetran la intelección humana, y -algunos- permanecen para siempre. Pero para poder entender su porqué, es necesario averiguar desde dónde, desde cuándo, desde quién.

Una vez identificado el punto de partida filosófico del que se parte en este pequeño trabajo, resulta indispensable referirse a lo que se pretende desarrollar. Un breve *racconto* histórico de lo que se entiende por *riesgo especial* ¿Quién le dio vida? ¿Cuándo? ¿Para qué? ¿Cumplió su finalidad? ¿Puede crecer, o fenecerá?²³

El objetivo de este trabajo no es limitarse a una descripción cándida de las fases que tuvieron los *riesgos especiales*, sino -también- desagregar su contenido y verificar si tiene la capacidad de rendimiento que se estima que posee. Es un concepto que tiene un potencial explicativo sideral, y ponerlo en acción implicará un posterior y más profundo desarrollo, pero para ello, es indispensable “terminar de vestirlo”.

²³ Podría pensarse en que se trata de un ejercicio propio de una teoría foucaultiana, ya que lo que se pretende es hacer una arqueología del concepto, verificar -historiográficamente- su nacimiento, y su discurrir explicativo; no obstante, desde una perspectiva más técnica, en tanto no se toma en consideración la búsqueda de a qué sistema de discursividad forma parte el concepto aquí estudiado (ver FOUCAULT, Michel, *La arqueología del saber*, Siglo XXI editores, México, 2010).

Günther Jakobs, jurista alemán, profesor de la Universidad de Bonn, escribió su primera edición de su Tratado de Derecho penal en 1983, y es esa la obra que primero se analizará su concepción acerca de los *riesgos especiales (sonderrisiko)*²⁴.

Es allí donde encontraron su espacio, al referirse a los deberes que nacen de la competencia por organización. Si bien forma parte de otro segmento de este trabajo, se aclara que Jakobs traza la verdadera diferencia genotípica entre los deberes negativos y positivos, y no entre la acción y la omisión, resultando esta una mera diferencia fenotípica, vale decir, el distingo entre actuar y omitir es simplemente de apariencia externa, y no intrínseca.

Es así que, paralelo a los deberes de aseguramiento, en el marco de los cuales el titular del ámbito de organización debe evitar que su ejercicio no genere efectos dañinos para los demás, asegurando cualquier fuente de peligro que se genere o que se haya generado, existen los deberes de salvamento, como se mencionara anteriormente. En ellos, también llamados de salvación, el curso potencialmente lesivo ya está iniciado, y el deber del titular es inhibirlo, neutralizarlo.

Es aquí donde, además de verificarse -claro está- el nacimiento del concepto de *riesgo especial*, se puede advertir cuál pareciera ser su primigenia utilidad con el ejemplo del alimento perjudicial para la salud ya suministrado, pero sobre ello versará el siguiente apartado.

Jakobs explica que no se trata de la necesidad de poner en movimiento una prestación solidariamente impuesta, sino que se debe “...responder por consecuencias de la organización propia [...] el ámbito de organización propio no se determina en estos casos a través de cosas o comportamiento, sino a través de las consecuencias de la relación con cosas y de las consecuencias del comportamiento, es decir, a través de los resultados delictivos potenciales”²⁵.

A partir de aquí, se introduce en Jakobs la polémica acerca de la utilidad de estos especiales deberes. Es en el ámbito de la injerencia el escenario para el desarrollo de dicha controversia. El actuar precedente, hacer precedente, conducta precedente, hecho anterior, son

²⁴ En otra oportunidad, Jakobs aclarará que los conceptos propios de la dogmática jurídico-penal pertenecen a un determinado contexto normativo, pues es el Derecho el que configura la estructura del todo social.

²⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, pg. 981.

alocuciones con un mismo significado: el hecho previo puede hacer nacer una posición de garante, y -por ende- una fuente generadora del deber de obrar en el marco de las imputaciones de las omisiones, como modelo de imputación específico en el Derecho penal²⁶.

A continuación, Jakobs parte de un primer axioma en el que coincidiría con la mayoría de la doctrina penal: el peligro creado por el titular del ámbito de organización no dará lugar a ningún deber si es consecuencia directa de un comportamiento que no supera los niveles de riesgo generales existenciales. En otras palabras, y en consonancia con su sistema de imputación objetiva, si el hecho previo no supera los niveles de permisión de riesgo, no dará lugar a un deber de salvamento, y sólo se deberá responder por una mera infracción a un deber de solidaridad general²⁷.

Como segundo axioma, el autor menciona que “...*existe unanimidad acerca de que no cualquier comportamiento que condicione el peligro da lugar a un deber de salvación. La limitación se busca sobre todo en la fórmula de que el comportamiento previo ha de haber sido objetivamente contrario a deber, aun cuando no necesariamente culpable. Y ello se fundamenta en el derecho de la persona puesta en peligro a quedar indemne con respecto al comportamiento contrario a deber, y si no al menos que se le exonere de las consecuencias dañosas del comportamiento contrario a deber*”²⁸. Es decir, que la mayoría de la doctrina coincide en que el obrar anterior a la situación de vulnerabilidad en la que se colocó a la víctima, iniciando -por ende- un curso causal, debe haber sido objetivamente contrario a deber, antijurídico.

Jakobs discrepa con la doctrina mayoritaria, y sostiene que limitar la imputación sólo a comportamientos que superen la barrera de la licitud “*restringe demasiado*” el deber. Y aquí introduce por primera vez el concepto de *riesgo especial*. Puntualiza que quien actúa previamente conforme a deber pero pretendiendo hacer un uso especial de su libertad respecto del ámbito de organización ajeno (el de la víctima), debe intervenir neutralizando el curso lesivo iniciado, y de

²⁶ Fue Stübel el primero en mencionar a la injerencia como fuente de la posición de garantía, al lado de aquellas otras -también consideradas formales- por Feuerbach: el contrato y la ley. Decía Stübel, mediante ejemplos casuísticos, introduce esta fuente clásica, y afirma que surge la obligación de actuar en la abstención o evitación de un delito sólo cuando la acción previa pone en riesgo la vida de la víctima y la coloca en situación de vulnerabilidad (1828; GARCÍA FALCONI, Ramiro y ORNA PEÑAFIEL, Ángel, *Análisis crítico de las teorías de la injerencia en el delito omisivo*, artículo publicado en dialnet.unirioja.es el 13/08/2018).

²⁷ En el caso argentino, sólo debería responderse por la omisión de socorro prevista en el artículo 108 del Código Penal.

²⁸ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 982.

no hacerlo, deberá responder como autor del resultado que sea plasmación directa de ese riesgo especial. No obstante, entiende que un comportamiento antijurídico previo ya constituye - lógicamente- un uso especial de la libertad. El ejercicio de una libertad especial -aquella que supera la “*libertad general de acción*”- puede estar permitido pero ello no exonera a su titular por las situaciones de peligro en que se coloca a la víctima, quien “...no se ha movido en el marco de riesgos especiales”. En particular, “...la sola autorización no constituye motivo para exonerar al destinatario de la libertad del empleo de esfuerzo para limitar las consecuencias y gravar con este empleo de esfuerzo a la víctima potencial”²⁹.

Hay una aclaración sustancial del autor al pretender compatibilizar el sistema de libertades estatales con las premisas propuestas, y radica en que un comportamiento que implique el ejercicio de una libertad especial puede estar autorizado siempre y cuando se lo haga con la reserva de asumir -previamente- el empleo de “*prevenciones de salvación*” previo a su realización. O sea, se puede responsabilizar por injerencia en virtud de un riesgo especial en la medida en que se haya asumido la peligrosidad de la actividad mediante diferentes medios de salvación.

A continuación, Jakobs plasma el binomio riesgo general/riesgo especial. No cualquier comportamiento riesgoso -aunque permitido- generará posición de garante por injerencia, sino sólo aquellos que sean mayores al de los comportamientos cotidianos ineludibles, sino que deberá tratarse de un comportamiento especialmente peligroso. A su vez, establece que “...la persona puesta en peligro debe haber adoptado las prevenciones de seguridad de su incumbencia”³⁰. Vale decir, la víctima debería tomar todas las precauciones para evitar lesionarse, y no *autocolocarse* en situación de peligro³¹. Ello resulta fundamental a la hora de calificar una actividad como especialmente peligrosa, pues una actividad que ya es anormalmente riesgo pese al empleo de la debida diligencia por parte de todos los actores en el conflicto³².

²⁹ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 983.

³⁰ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 984.

³¹ Posteriormente, aclara que “[l]a conexión de derecho especial y deber de salvación, es decir, la atribución del curso causal peligroso al ámbito de organización del que actuó previamente, pierde obviamente su legitimación cuando la situación de peligro sólo ha surgido porque la víctima por su parte ha ejercido derechos especiales” (JAKOBS, *op. cit.*, pg. 985).

³² KUBICA, Maria Lubomira, *El riesgo y la responsabilidad objetiva (tesis doctoral)*, Dipòsit legal: Gi. 2076-2015, <http://hdl.handle.net/10803/328430> (Universitat de Girona), pg. 692.

Aquí, Jakobs, establece -en principio- cuáles sería los indicadores objetivos para verificar la presencia de un *riesgo especial*: la responsabilidad civil objetiva y el seguro obligatorio civil. Si bien no forma parte de este tramo del trabajo, Jakobs detalla estos requisitos a través de un ejemplo, y señala que “[i]ndicio de la existencia de un riesgo especial son la responsabilidad por la puesta en peligro y el seguro obligatorio jurídico-civiles. Riesgos especiales existen, p. ej., en el tráfico aéreo y ferroviario, en la caza, en la producción y uso de numerosas sustancias peligrosas (veneno, explosivos, material radiactivo, etc.) y en los experimentos con medicamentos. También el funcionamiento de un vehículo se podrá graduar aún como riesgo especial, aun cuando este riesgo se ha ido aproximado a los riesgos cotidianamente inevitables; pero, con todo, el Derecho carga sobre el propietario una responsabilidad por la puesta en peligro y un seguro obligatorio, y no deja que la víctima potencial tenga por su parte que velar de su protección contra accidentes. De ahí se deduce que los peligros de la actividad no se valoran jurídicamente como peligros de la vida de todos; por eso, la actividad, aunque se mantenga en el marco del riesgo permitido, no sólo comporta deberes de aseguramiento, sino en caso de accidente también deberes de salvación...”³³.

Con estos ejemplos, Jakobs afirma que aquellas actividades que requieran para su legítimo ejercicio de la contratación previa de un seguro obligatorio, y que -además- en el plano civil, cualquier daño que se genere a su virtud, activará la responsabilidad civil. En consecuencia, constituirá un comportamiento de riesgo general vital aquel que no requiera la contratación de un seguro obligatorio ni responsabilidad civil. Aún así, si bien forma parte de una tesis posterior a la aquí analizada, la utilización exclusiva de estos dos requisitos podría liberar de responsabilidad a quienes lleven a cabo actividades que supere la peligrosidad cotidiana, pero que reúnen otras consideraciones que deben ser tratadas como indicadores objetivos de un *riesgo especial*.

La identificación del paralelo con la responsabilidad civil objetiva permite advertir un primer porqué de la propuesta: su preocupación por la coherencia del orden jurídico, en tanto entiende que si el ordenamiento civil castiga ese tipo de comportamientos de peligrosidad incrementada, por qué no debería hacerlo el penal; es entonces que se procura modalizar la imputación penal contras imputaciones jurídicas.

³³ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 984.

Jakobs no limita al deber de salvamento por *riesgos especiales* a los que emerjan de su accionar dañino, sino también a los casos de responsabilidad por propiedad de cosas (especialmente) peligrosas y la realización de actividades (especialmente) peligrosas.

En resumen, en su Tratado, Jakobs establece que la responsabilidad del injerente no podría limitarse a los comportamientos anteriores antijurídicos, ya que también deben considerarse aquellos que, pese a estar autorizados, han superado un límite: el de los riesgos cotidianos generales de la vida, y para su identificación, el autor esboza como criterios identificadores la obligatoriedad en la contratación de un seguro y la responsabilidad civil objetiva por daños. En definitiva, la tesis de Jakobs, amén de procurar dicha armonía normativa, reformular y/o relativizar la regla del comportamiento precedente exclusivamente antijurídico.

Si bien no se trata de un concepto denominado de “primera fila” en la construcción de Jakobs³⁴, el concepto de *riesgo especial* fue utilizado en otras ocasiones.

En su obra “Estudios de Derecho penal”, de 1997, que reúne una serie de artículos escritos por Jakobs, entre ellos, se encuentra aquel que titula “La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”, escrito en 1991.

Explicita que la definición de “conducta precedente” no es unívoca y se han ensayado diversas caracterizaciones que van desde la “...mera adecuación de la conducta precedente hasta el requisito de la antijuridicidad de dicha conducta”³⁵. Aquí, introduce una cuestión sustancial en su construcción y que será tratada con posterioridad, sólo que definida desde un punto de vista comparativo entre los deberes de aseguramiento y de salvación, y es que en los primeros sólo se cuenta con un eventual competente, y es el que tiene a su cargo el dominio de su organización, a diferencia de lo que ocurre con los deberes de salvación, que existe una puja entre dos ámbitos de competencia, el del injerente y el de la víctima.

³⁴ Como conceptos ya analizados precedentemente.

³⁵ JAKOBS, Günther, *La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión*, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pg. 354.

Pero puede suceder que un comportamiento conforme a Derecho genere el deber de impedir consecuencias nocivas cuando se trate de conductas “socialmente insoportable”³⁶. Jakobs relaciona lo “socialmente insoportable” con determinados comportamientos que traen aparejado un *riesgo especial*, o sea “...un riesgo mayor que el ineludible en la vida”. Aquí, los define por su antónimo, que son los riesgos generales ineludibles. En dichas circunstancias, el titular del ámbito de organización debe minimizar los efectos lesivos de su comportamiento, o - directamente- eliminar los perjuicios.

A diferencia con lo plasmado en su Tratado (donde sostiene que existen dos indicadores objetivos de esta categoría conceptual), Jakobs expresa que existen “...infinidad de indicios para la valoración de un riesgo como riesgo especial”³⁷, y desarrolla diversos ejemplos que se encuentran en el tráfico rodado, pero ello será trabajado en el siguiente capítulo.

Volviendo a la característica comparativa de los deberes de salvamento, que para verificar su generación es menester cotejar los dos eventuales competentes, el potencial autor o la potencial víctima, Jakobs exclama que habrá deber de actuar (y por ende, de salvar) en la medida en que la víctima no haya incurrido en un *riesgo especial*. Se entiende una frase algo imprecisa, ya que, a continuación sostiene que no habrá responsabilidad por injerencia cuando la víctima no se comporta de acuerdo a lo que a ella misma le incumbía en su esfera de organización³⁸.

Es así que caracteriza al *riesgo especial* como “...supraconcepto relativo a la fuente donde se originan los deberes de salvamento...”³⁹.

En este artículo, Jakobs critica a la teoría del comportamiento previo ilícito con el ejemplo del estado de necesidad agresivo, y sostiene que habrá posición de garante y deberá salvar el necesitado si a través de dicho acto de salvamento se mantiene la proporcionalidad exigida entre el bien jurídico que se protege y el que se lesiona justificadamente. De lo contrario, en el caso de producirse una circunstancia sobreviniente que agrave aún más el daño (comparativamente menor) provocado, se violaría el mentado principio.

³⁶ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 355.

³⁷ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 356.

³⁸ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 357.

³⁹ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 357.

En un artículo titulado “Teoría y praxis de la injerencia”⁴⁰, de 1999, Jakobs introduce, nuevamente, aquel concepto, el aquí analizado. Así las cosas, comienza con lo ya establecido en relación a los deberes positivos y negativos, y que los deberes de salvamento (aquellos que se originan en la clásica *injerencia*) se corresponden con el sinalagma ya tratado: el de libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias, en tanto el deber de inhibir o revocar un curso lesivo ya iniciado se corresponde con el uso (previo) de una libertad *especial*. Por ello, define a la injerencia como la “*creación de un riesgo especial*”⁴¹.

Se pregunta cuáles serían los requisitos que deben plantearse a esa conducta previa, y sostiene que quien no haya obrado de manera más arriesgada de lo que resulta imprescindible para la vida “*...no ha creado una razón para atribuirle consecuencias lesivas*”⁴².

En consonancia con lo establecido en su Tratado, reitera que el actuar antijurídico ya implica una usurpación de la esfera de libertad de la víctima, se le impone algo, que también ocurre cuando se refiere al ámbito del estado de necesidad agresivo, en el cual, el comportamiento no es antijurídico, sino justificado. Lo que pone en evidencia que la fórmula de la antijuridicidad es demasiado estricta pues -a priori- dejaría fuera de este ámbito a los comportamientos justificados por estado de necesidad en su modalidad agresiva⁴³.

Es por ello que Jakobs sostiene que existen otros ámbitos de interacción en los que se puede colocar lícitamente a la víctima en una situación de lesión próxima en virtud de una usurpación en su esfera de libertad: aquellos respecto de los cuales existe una responsabilidad jurídico civil prevista en la Ley, y que -eventualmente- se les impone la contratación de un seguro obligatorio previo⁴⁴. A los fines de esta tesina, es menester destacar que lo que parecía ser un

⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Teoría y praxis de la injerencia*, publicado en el Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, págs. 17-50.

⁴¹ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 22.

⁴² JAKOBS, *op. cit.*, pg. 22.

⁴³ Nótese aquí lo sostenido por Roxin, quien niega que el hacer precedente pueda fundamentarse en una actividad especialmente peligrosa, al respecto de quien actúa amparado en la causa de justificación estado de necesidad (agresivo), “*...ha interferido en el espacio de libertad de una persona que no tiene responsabilidad alguna respecto de la situación de necesidad, por la que ha tenido que sacrificar sus bienes jurídicos*” fundando su posición de garante en el principio de ponderación de bienes (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo II*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007, pg. 917).

⁴⁴ En palabras de Jakobs, son actividades cualificadamente peligrosas “*...todas aquellas conductas en las que una responsabilidad por el riesgo jurídico-civil establecida por Ley -eventualmente, junto con un seguro obligatorio- demuestra que si bien se trata de una conducta permitida, el sujeto que lo organiza se arroga algo frente a los*

indicador objetivo obligatorio (de acuerdo al Tratado) se convierte en un requisito eventual, pues -como se advertirá con posterioridad- hay actividades especialmente peligrosas respecto de las cuales no se exige un seguro previo obligatorio por daños eventuales.

Asevera que “[l]os deberes de injerencia no solo quedan fundamentados por un comportamiento antijurídico, sino por cualquier comportamiento previo mediante el cual se asuma frente a la víctima un riesgo especial”⁴⁵. Para explicitar dicha fórmula recurre a la casuística llevada por el Tribunal Supremo Federal alemán.

Sin aludir los conflictos concretos mencionados por el autor, pues, como se señalara con anterioridad, refieren a otra parte de este trabajo, se introducirán algunas de sus reflexiones.

Jakobs, luego de analizar algunas sentencias referidas a diversos ámbitos de interacción⁴⁶, refiere a que el Tribunal Supremo alemán ha adoptado (aunque sea, materialmente) una postura a favor de la fundamentación de la posición de garante por injerencia en virtud de comportamientos permitidos, pues de lo contrario, se restringiría en demasía la aplicación del instituto puesto que “...puede suceder que la víctima tenga derecho a no verse afectada, si no por el comportamiento previo, si por sus consecuencias”⁴⁷.

A partir de allí, sostiene que, si bien pueden mantenerse diversas discusiones en torno a la constatación (o no) de un *riesgo especial*, ya no puede hacerse lo propio respecto de su función en cuanto a generación de deber de salvamento cuando concurriere. Analoga la situación con la de la responsabilidad por deberes de aseguramiento, donde deberá dilucidarse si el conflicto (inicio de un curso lesivo en la esfera de la víctima) resulta imputable a su autor, a la víctima, a un tercero, o a la desgracia. En definitiva, los *riesgos especiales* existen y son parte del sistema de imputación.

Empero, resulta de particular significancia lo esbozado por Jakobs pues pareciera admitir que el contenido de los *riesgos especiales* sí está sometido a problemática, mas no su existencia. Por tanto, por un lado, afirma que los *riesgos especiales* existen, y, por otro, establece

demás, de modo que incluso esta obligado a asegurar a los demás en el plano jurídico-patrimonial” (op. cit. en la página 23.

⁴⁵ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 23-24.

⁴⁶ Tráfico rodado, responsabilidad penal por el producto, inducción al falso testimonio, responsabilidad del hotelero por el suministro de bebidas alcohólicas, etc.

⁴⁷ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 44.

que su contenido (objetivo) puede modelarse, lo que permite un desarrollo exponencial en los términos planteados en esta tesina.

Así también, aporta que “[l]a determinación de cuando concurre un riesgo especial ha de llevarse a cabo mediante una contraposición de la organización del omitente y la de la víctima”⁴⁸. Es a partir de la conjugación de ambas esferas de organización que vamos a lograr dilucidar cómo se explica el comienzo del curso lesivo para la “víctima”. Por tanto, además de la verificación de los indicadores objetivos (responsabilidad jurídica civil paralela, seguro obligatorio), es menester corroborar si el hacer de la víctima no explicita su propia situación de desamparo, pero resulta incorrecto sopesar ambas esferas de competencia y verificar quién tiene el saldo a favor de competencia, pues, así como ocurre con el obrar precedente antijurídico, el ejercicio de un riesgo especial ya genera una desventaja en la víctima, pues existe una usurpación especial de su ámbito libre de organización. “La cuestión decisiva, por lo tanto, no es quién se ha portado peor, el sujeto que realiza el comportamiento previo o la víctima, sino si lo especial de la conducta previa no ha tenido efecto a consecuencia del comportamiento de la víctima, o si, por el contrario, si ha tenido efecto a pesar de la intervención de la víctima. Se trata, en consecuencia, de la determinación de la de la norma, no de un saldo de competencias después de una compensación cuantitativa”⁴⁹.

Jakobs incorpora una frase que cristaliza su ambición de coherencia del ordenamiento jurídico. En concreto, expresa que “el hecho de que también un comportamiento conforme a Derecho puede acabar convirtiéndose en una usurpación de libertad ajena es algo generalmente conocido por lo demás en el marco del ordenamiento jurídico, de modo que casi parece extraña la persistencia con la que se ha mantenido en el ámbito de la injerencia el dogma de la antijuridicidad”⁵⁰.

En la conclusión, **el autor confirma que su tesis (fundamento de la injerencia por riesgo especial) está debidamente fundamentada desde un punto de vista sistemático, teórico y jurisprudencial**. A su respecto, se hará alusión en el siguiente apartado. Los sustentos invocados a tales fines se encuentran en consonancia con lo establecido en su Tratado, **vale la**

⁴⁸ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 44.

⁴⁹ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 45.

⁵⁰ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 47.

aclaración, se advierte una preocupación por la coherencia jurídica entre el orden jurídico penal y el civil, y pretende lograrla ecualizando el requisito del comportamiento previo en la injerencia.

Continuando con la revisión del concepto, es menester avocarse al estudio de otro artículo del profesor alemán, publicado en el año 2000, a propósito de un seminario organizado por la Universitat Pompeu Fabra titulado “Sobre el estado de la teoría del delito”. En ese marco, Jakobs expuso acerca del estado de la cuestión de la omisión, y a lo largo de sus páginas pretende ubicarla dentro de su teoría acerca de la configuración de la sociedad moderna.

En primer lugar, luego de establecer que todo ordenamiento contiene un deber inicial, o mínimo, que es de no dañar a otro mediante su organización. Sin embargo, un ordenamiento no tiene por qué limitarse a esa sencilla relación negativa, ya que pueden establecerse otros deberes (positivos) tendientes a ayudar (o no empeorar) la situación de otro, pero ello dependerá de la configuración de la sociedad de que se trate. A medida que una sociedad reconozca mayores deberes que excedan la solidaridad mínima, mayores será la importancia práctica de los delitos de omisión (impropia)⁵¹.

Jakobs, luego de explicar las diferentes relaciones que pueden generarse (negativas y positivas, y los deberes que emergen de cada una de ellas), expresa que, en el marco de los deberes positivos, existen deberes de aseguramiento y de salvamento, y los segundos son los que mayores polémicas conllevan. Los define como los deberes en virtud de los cuales el titular está obligado a retraer⁵² un curso dañoso “...que ya ha alcanzado una organización ajena”⁵³, y los fundamenta en el sinalagma organización libre/responsabilidad por sus consecuencias, y aquí explica la pertinencia de la tesis ampliada de la injerencia en la siguiente idea: “...si el mundo fue constituido de forma socialmente inadecuada mediante el comportamiento precedente, el responsable tiene que restablecer una configuración adecuada, y en verdad, no sólo en tanto en cuanto a él le ha sido asignado un mundo para configurarlo libremente (aseguramiento), sino

⁵¹ La configuración de la sociedad actual (posmoderna, segunda modernidad, modernidad líquida) ha llevado a establecer una importancia creciente de los delitos de omisión, y ello se debe a varios factores, pero principalmente a la constante tercerización de la responsabilidad por las desgracias. Si bien ello será abordado con posterioridad, considero que ello se debe a un problema de índole psicológico basado en los axiomas “la culpa ajena es más barata, regalarla no nos cuenta” y “cuando el humano se hunde, siempre busca un responsable”.

⁵² Dependerá de la traducción, pero también puede encontrarse como inhibir, neutralizar o revocar.

⁵³ JAKOBS, Günther, *La omisión: estado de la cuestión*, publicado en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Barcelona, 2000, pg. 137.

*también en tanto él lo ha usurpado, lo que significa que tiene que revocar su usurpación (salvamento) ”*⁵⁴. Si el mundo ha cambiado inadecuadamente (inicio de un curso dañoso), y ello fue en virtud de un uso *especial* de nuestra libertad, es nuestra responsabilidad retrotraerlo, o bien, disminuir las consecuencias.

A diferencia de lo que ocurre con los deberes de aseguramiento⁵⁵, en los de salvamento implican una usurpación de una organización ajena, y deberá responderse por cualquier situación generada por su titular. Para la mayoría de la doctrina (casi por unanimidad), el comportamiento previo, y que origina el deber de “salvar”, debe ser antijurídico. A pesar de ello, Jakobs arremete contra sus adeptos al señalar que el propio Rudolphi (máximo defensor del requisito de la antijuridicidad del comportamiento anterior) admite diversas excepciones, y los hace “tambalear”. Es así que Rudolphi, admite que, bajo ciertas circunstancias, los comportamientos de quienes actúan en estado de necesidad justificante, o quienes distribuyen un producto -a la postre- peligroso, deben intervenir activamente, de lo contrario, serán responsables por injerencia. Con posterioridad, se analizará la postura de Rudolphi al respecto.

En virtud de lo expuesto, pone de manifiesto que “...*el ámbito de la injerencia se reduce en demasía si nos centramos solamente en comportamientos anteriores que sean antijurídicos. El sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede observar en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleva una responsabilidad objetiva ”*⁵⁶.

En definitiva, y en absoluta coincidencia con lo ya establecido en los escritos analizados, los deberes de salvamento se activan no sólo cuando el comportamiento que genera el inicio del daño es contrario a deber, sino -también- cuando existe un uso especial de la libertad organizativa. Aquí utiliza por primera vez el concepto de *apropiación* de la libertad ajena, como sinónimo de usurpación. Y, asimismo, reitera que en la medida en que la víctima de la

⁵⁴ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 137.

⁵⁵ Sólo el titular del ámbito de organización es competente para evitar que sea peligroso.

⁵⁶ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 139.

intervención cumpla con sus obligaciones de autoprotección, habrá responsabilidad derivada por injerencia; de lo contrario, no surge el deber de revocar el curso iniciado.

Interesa destacar una frase relativa a la pretensión de unidad del orden jurídico, al señalar que si el Derecho civil valora una situación de una determinada manera (calificando de *especial* a la conducción automovilística) “...*el Derecho penal no puede tomar otro camino*”⁵⁷.

A su vez, Jakobs introduce la cuestión acerca de los comportamientos precedentes en su libro “Sobre la normativización de la dogmático jurídico-penal”, del año 2003. En dicha obra, en su capítulo IV, Jakobs dedica algunas reflexiones al distingo actuar/omitir, y luego de establecer el fundamento de su diferenciación, expresa que la discusión que se ha generado en torno a la injerencia es “*sencillamente improcedente*”.

Este texto presenta la particularidad de que la traducción contiene algunas expresiones que varían (en términos poéticos) a lo anteriormente exployado, sin alterar el sentido.

En primer lugar, señala que “[q]uien de modo imputable priva a una organización ajena de una protección frente a un daño o frente a un empeoramiento de las lesiones, debe sustituir el déficit de modo equivalente, y la única cuestión sobre la que merece la pena discutir es la siguiente: ¿en qué casos se ha debilitado la protección de modo imputable?”⁵⁸. La respuesta vendrá del cotejo de los dos ámbitos de organización que posibilitan el conflicto, verificando cuál resulta competente por su generación; si el responsable es el de quien ha actuado, será él quien deba evitar consecuencias dañosas de su obrar.

Con total sincronía a lo ya citado, Jakobs puntualiza “[l]a formula mencionada, de acuerdo con la cual el actuar previo ha de ser antijuridico, es demasiado estricta...”⁵⁹. A partir del análisis del caso del espray para cueros, el cual será abordado en el siguiente capítulo, el Tribunal Supremo alemán, consideró que era de difícil dilucidación determinar si la conducta de introducir al mercado un producto cuyo nocividad era desconocida *a priori* es antijurídica, por ello, desde un punto de vista material “...*trató la conducta de introducir nuevos productos como riesgo especial un riesgo que el productor en su propio beneficio se arroga frente a los*

⁵⁷ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 140.

⁵⁸ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmático jurídico-penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pg. 115.

⁵⁹ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 117.

consumidores, y por ello tiene el deber -a pesar de actuar de modo lícito- de minimizar las consecuencias lesivas de su comportamiento. 'Arrogación de un riesgo especial' es el concepto decisivo; la antijuridicidad de la conducta solo es un subsupuesto -aunque sea significativo-⁶⁰.

Aquí se introduce un concepto central, y que habilitará las reflexiones finales de esta tesina: "...la sentencia del caso del spray para cuero muestra con toda claridad que no es posible alcanzar la solución recurriendo exclusivamente a la idea de la relación jurídico-abstracta entre personas, sino que depende de la semántica de la sociedad en su evolución concreta. Muy probablemente, la sentencia hubiera ido en otra dirección si se hubiera dictado en 1950 (es del año 1990): en una sociedad que apuesta por el progreso técnico, los intereses de seguridad no tienen una jerarquía tan alta como en una sociedad saturada de productos técnicos"⁶¹.

Interesa a los fines ya expuestos, la maravillosa referencia a que será la "semántica social", vale decir, la configuración de las relaciones sociales y sus significados, tienen la palabra a la hora de determinar qué características debe tener ese *hacer previo* para poder derivar deberes de salvamento a su realizador. La *especialidad* de un determinado comportamiento riesgoso estará determinada por lo que la propia sociedad así lo identifique, a pesar de que la autorización con la que se haya contado previamente. Y ello no significa que deba corroborarse qué es lo que dice el vecindario acerca de una determinada actividad, para ello, deberá acudirse a criterios objetivos tendientes a la identificación de estos riesgos especiales. Por lo tanto, la injerencia se revela como un "...sismógrafo de las condiciones de subsistencia de la sociedad..."⁶².

La última pieza que se analizará en esta tesina es aquella titulada "Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad", del año 2004. Aquí reitera, en absoluta coherencia con lo que considerado en las obras anteriormente referenciadas, que -en paralelo a los deberes de aseguramiento- los deberes negativos de salvamento son más polémicos, y que consisten en "...retraer un curso dañoso que ya ha alcanzado una organización ajena"⁶³. Dicha polémica no alcanza a la asunción, sino apunta directamente a la figura de la injerencia

⁶⁰ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 118.

⁶¹ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 118.

⁶² JAKOBS, *op. cit.*, pg. 122.

⁶³ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pg. 155.

(introducir un peligro en una organización ajena). Al igual que los deberes de aseguramiento, los deberes de salvación también se fundan en el sinalagma libertad organizativa/responsabilidad por las consecuencias, pues “...si el mundo fue constituido de forma socialmente inadecuada mediante el comportamiento precedente, el responsable tiene que restablecer una configuración adecuada, y en verdad, no sólo en tanto en cuanto a él le ha sido asignado un mundo para configurarlo libremente (aseguramiento), sino también en tanto él lo ha usurpado, lo que significa que tiene que revocar su usurpación (salvamento)”⁶⁴, y concluye “...quien lleva a otro a una situación de necesidad, tiene que ser tratado como si hubiese asumido la prestación de la ayuda”⁶⁵.

Y así surge la pregunta que tanto ocupa estas breves líneas ¿Cómo tiene que ser ese comportamiento previo y organizativo para que nazca el deber de retraer o revocar ese haz peligroso que ya ingresó en la esfera de la víctima? Comparando con los deberes de aseguramiento, donde sólo debe analizarse la conducta del titular de la organización, y que, en el caso de que intervenga otra organización, se estaría socavando el ejercicio libre de la del titular, en los deberes de salvación, adonde ya se usurpó una esfera ajena, la intervención de un tercero en la ayuda de la víctima no le restaría competencia por el suceso a quien usurpó.

En efecto, quien se introduce antijurídicamente en el ámbito de un tercero, habrá de responder por las consecuencias de su intervención. Mas, a criterio de Jakobs, el ámbito de la injerencia se ve demasiado reducido si únicamente se valoran a tales fines comportamientos contrarios a Derecho, ya que “[e]l sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede reconocer en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleve una responsabilidad objetiva”⁶⁶, tal cual sucede en el tráfico rodado, y será tratado a continuación.

Aquí también asienta Jakobs la idea de que las consecuencias nocivas suscitada en virtud del entrometimiento especial en una esfera ajena, no se van a explicar exclusivamente por

⁶⁴ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 156.

⁶⁵ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 156.

⁶⁶ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 157.

el comportamiento de quien actúe, sino que resulta indispensable analizar la actitud de la víctima y corroborar que haya cumplido con sus obligaciones.

Empero, y en definitiva, la regla que establece que quien actúa de manera especialmente peligrosa, ingresa en un ámbito de organización ajeno y genera un haz lesivo contraiga deberes de salvamento, es más “acertado” que un comportamiento en tal sentido pero que además deba ser contrario a Derecho.

Nuevamente, a fin de contrarrestar a quienes argumentan a favor de un comportamiento precedente necesariamente antijurídico, utiliza el ejemplo del estado de necesidad agresivo y el deber que surge en el necesitado de neutralizar la situación de vulnerabilidad en la que puede haber quedado quien soportó el acto de defensa, pues -de acuerdo a la doctrina mayoritaria- no cabría posición de garante en el necesitado.

Primer excursus. Interesa destacar aquí si el comportamiento que deba cumplimentar quien se apropia especialmente de un ámbito de organización ajeno deba ser mediante acción u omisión. Si bien ya quedó fijado con suma claridad que el distingo entre actuar y omitir es de mera apariencia, cabe afirmar que no sólo mediante conductas activas del injerente pueda salvar (más allá de lo deba). En varias de las obras ya citadas⁶⁷ Jakobs alude al ejemplo del comerciante que habiendo omitido reparar su vereda, debe dejar las luces externas de su local encendidas para que los transeúntes adviertan el peligro, y tiene prohibido apagarlas, y si actúa, responde por injerencia, en el caso de que se produzca un accidente.

Segundo excursus. Es de particular relevancia determinar en qué categoría de la teoría del delito se encontraría el nicho de análisis de los *riesgos especiales*. Si bien pareciera una obviedad, su análisis pertenecería al tipo objetivo de los delitos de omisión impropia (o de comisión por omisión), en tanto, la posición de garante (y sus fuentes generadoras) conforman dicha tipicidad objetiva.

Los delitos de omisión (tanto propia como impropia) poseen tres elementos comunes en su tipicidad objetiva: la situación generadora del deber de obrar o típica, la no realización de la acción mandada o debida, y la posibilidad material o capacidad de realizar la acción debida. Ahora sí, la omisión impropia posee otros tres elementos más: la producción del resultado típico,

⁶⁷ *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad y La omisión: estado de la cuestión.*

el nexo de evitación (que la muerte pueda haberse evitado si el autor cumplía con su deber) y la posición de garante.

Además, como elemento de la tipicidad objetiva, la posición de garante de establecerse en función de las pautas y criterios establecidos en la teoría de la imputación objetiva. En este sentido “[c]omo ha señalado la doctrina, la teoría del garante no es sino una teoría de la imputación objetiva”⁶⁸. Roxin entiende que “...solamente solamente aquél a quien se puede imputar el peligro creado conforme a criterios jurídicos tiene la responsabilidad por ello y tiene que evitar la transformación del peligro en una lesión –dado el caso más amplio o más grave–. En este análisis deben ser tenidas en cuenta todas la circunstancias que son decisivas normalmente para la imputación objetiva”⁶⁹. En definitiva, el enlace entre el hecho del autor y la situación de desprotección de la víctima debe procurarse mediante criterios normativos, no meramente causales. Roxin establece una serie de criterios que serán analizados más adelante.

Pero Jakobs también considera, en principio, que el estudio de la injerencia se encuentra dentro de la tipicidad objetiva, y que también forma parte de su esquema de imputación objetiva, pues, al entender como institutos fundamentales a la competencia por organización o institucional, y estos contener deberes, y estos incumplirse mediante la introducción de *riesgos especiales*.

Conclusiones del capítulo

1-Jakobs considera que la antijuridicidad del comportamiento previo en la injerencia reduce en demasía su ámbito de aplicación.

2-Debe modalizarse la imputación penal en materia de injerencia, y relativizarse el criterio de la antijuridicidad, ampliándose -en determinados ámbitos de interacción- a comportamientos especialmente peligrosos.

⁶⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Comisión por omisión y principio de legalidad. el artículo 11 cp como cláusula interpretativa auténtica*, Revista De Derecho Penal Y Criminología, 2.^a Época, n.º extraordinario 2 (2004) pág. 279-315.

⁶⁹ ROXIN, Claus, *Injerencia e imputación objetiva*, Revista penal, ISSN 1138-9168, Nº 19, 2007, págs. 152-161 (aquí, pg. 155).

3-Se inspira en una preocupación por la coherencia con el ordenamiento jurídico, en tanto debe haber un paralelo con el instituto de la responsabilidad civil objetiva.

4-Existen diversos indicadores para verificar la existencia de un *riesgo especial* (responsabilidad civil objetiva, seguro obligatorio), pero se pueden modificar su contenido.

5-Habrá injerencia, y por ende, deber de neutralizar el *output* lesivo iniciado en contra de la víctima de dicha intervención siempre y cuando ésta cumplimente sus obligaciones de autoprotección. En caso contrario, no habrá deber de salvar.

6-Con ello, podría considerarse que existe un único indicador objetivo que es la paralela responsabilidad civil objetiva por dicha actividad, a condición de que la víctima haya cumplimentado todas las obligaciones que tenía a su cargo.

7-La cuestión relativa al hecho precedente como fuente de la posición de garante, debe ser tratada en el ámbito de la tipicidad objetiva, y el enlace imputativo entre el autor y el peligro creado debe realizarse siguiendo las pautas y criterios de la teoría de la imputación objetiva.

Capítulo III – Sentido y alcance del concepto de *riesgo especial*

Habiendo establecido cuáles son los principales elementos del concepto de *riesgo especial* según su máximo defensor, ahora restaría verificar a qué supuestos lo aplica y qué capacidad de rendimiento explicativo tiene dicho concepto. En otras palabras, qué alcance tiene el *riesgo especial* y a qué esferas de la vida cotidiana puede aplicarse.

Ya quedó en claro que es un concepto que forma parte del análisis de la tipicidad objetiva de los delitos de omisión impropia, específicamente en el requisito de la posición de garantía (en lo que hace al instituto de la injerencia) en la que debe encontrarse el autor que omite intervenir en el conflicto, y del cual resulta alguien afectado.

En su “Teoría y praxis de la injerencia”, Jakobs luego de realizar diversas consideraciones en torno a la injerencia y los *riesgos especiales*, comienza a analizar las áreas de interacción en las cuales resulta interesante verificar su capacidad de rendimiento.

Tráfico rodado. En lo que hace al tráfico rodado (la conducción automovilística), la opinión del Tribunal Supremo del Reich alemán, no había considerado la existencia de un deber de garante luego de un accidente en el conductor, aunque “...*también la conducción de automóviles es una conducta socialmente habitual (o se ha convertido en ello), de modo que se impone la pregunta de si el conductor se convierte en garante incluso después de conducir correctamente cuando a pesar de ello se produce un accidente*”⁷⁰.

No sucedió así con la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia (sigla en alemán BGH) pues sí aplica la fórmula del riesgo creado en el caso de accidentes de tránsito. Jakobs cataloga al tráfico de automóviles como un comportamiento socialmente habitual, y entra en discusión la cuestión acerca de si debe responder un conductor que asumió toda la diligencia y que -a pesar de ello- ocasionó un accidente.

⁷⁰ JAKOBS, Günther, *Teoría y praxis de la injerencia*, publicado en el Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, págs. 34.

A partir de una sentencia de 1973⁷¹, en el que se examinaba la conducta de un automovilista que había atropellado sin culpa a un peatón ebrio, quien quedó abandonado en la calzada, y fue -posteriormente- arrollado por un camión y falleció. El BGH expuso que la creación o co-creación de un riesgo de lesión genera el deber de garante por la no evitación del resultado, siempre y cuando se trate de un comportamiento con aptitud de riesgo. Sin embargo, cuando la única causal del riesgo sea la mera conducción sin que concurran incumplimientos de parte del autor y víctima (estallido de un neumático), “...*probablemente la conducción correcta no excluya la existencia de un deber en virtud de injerencia*”⁷².

Jakobs se pregunta si basta verificar que el conductor haya actuado dentro de los límites de la licitud para desestimar su posición de garante, empero, se pregunta qué pasa con aquellos daños que se producen sin culpa. Para esos casos, el Derecho privado, ya el automovilista sería responsable objetivamente por el riesgo, sólo que se ve garantizada por el seguro obligatorio previo, y “...[d]e ello cabe deducir que el ordenamiento jurídico trata (aún) el uso del vehículo a motor como riesgo especial”⁷³.

Para Jakobs, existe una significativa cantidad de ejemplos de *riesgos especiales* en el ámbito de la conducción vial, ya que la normativa “...*pone el peligro del tráfico a cargo de su organizador*”⁷⁴, y ello surge, por ejemplo, de la ley nacional de tránsito (ley n° 24449), donde se prevé la obligatoriedad de contratar un seguro (art. 68), y que -a su vez- establece que “[l]os de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego”, o con la obligación a todo interviniente en un accidente de tránsito de detenerse, suministrar documentación, denunciar el hecho, declarar ante la autoridad, etc. (art. 65).

Efectivamente, la conducción de vehículos implica un *riesgo especial*. Debe recordarse que es una máquina motora, que pesa toneladas y adquiere velocidad, y aunque se conduzca dentro de los límites de lo permitido, no deja de ser especialmente peligroso, tal cual

⁷¹ A criterio de Jakobs se trata de la sentencia más relevante en materia de injerencia.

⁷² JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pg. 120.

⁷³ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 119-120.

⁷⁴ JAKOBS, Günther, *La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión*, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitar, Madrid, 1997, pg. 356.

está consignado en la ley de tránsito con las múltiples imposiciones que existen para habilitar dicha actividad. Además, no debe desconocerse que en nuestro país 19 personas mueren por día; hay 6.627 víctimas fatales por año (2019) y unos 120 mil heridos de distinto grado y miles de discapacitados. Las pérdidas económicas del tránsito caótico y accidentes superan los U\$S 10.000 millones anuales.

La estadística adquiere un papel primordial a los fines de establecer que el comportamiento es cualificadamente peligroso, ya que -a diferencia de lo que sostiene Roxin- estadísticamente son frecuentes los accidentes producidos pese a que los implicados hayan actuado debidamente⁷⁵.

Volviendo a Jakobs, resulta difícil no considerar la conducción de vehículos a motor como una actividad especialmente peligrosa “...en tanto el titular de un automóvil responda civilmente también por un accidente ‘sin culpa’ y ni la víctima, ni un seguro general público tengan que cargar con los daños patrimoniales del accidente...”⁷⁶. Además, como todo *riesgo especial*, sólo beneficia a una persona, que es la que sale a la calle y -para poder acudir de modo cómodo y seguro- lo hace en un coche, teniendo en frente a otro sujeto que se dirige a pie o en un medio en el que está más expuesto.

Por ejemplo, la contratación de un seguro previo obligatorio no es un mero requisito formal desprovisto de un sentido social, por el contrario, su exigencia se basa en una distribución equitativa de los riesgos en la sociedad, pues el titular de ese particular ámbito de organización no debe sacrificarse soportando sus costes, y las potenciales y desafortunadas víctimas de accidentes provocados en ese contexto puedan ser resarcidos de daños que *ex ante* son intolerables para la sociedad. Este fenómeno es descripto por algunos autores como de pulverización de daño, lo que permite su mejor asimilación al sistema económico. “Así, se señala que no es lo mismo un daño de millón de euros soportado por uno sólo, que ese mismo daño soportado por un millón de personas. La ‘atomización’ del daño hace que éste sea fácilmente soportable”⁷⁷.

⁷⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo II*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pg. 923.

⁷⁶ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pg. 157.

⁷⁷ KUBICA, Maria Lubomira, *El riesgo y la responsabilidad objetiva (tesis doctoral)*, Dipòsit legal: Gi. 2076-2015, <http://hdl.handle.net/10803/328430> (Universitat de Girona).

Responsabilidad penal por el producto. En relación a esta constelación de casos, Jakobs considera que se trata de una concepción moderna en términos de imputación jurídico-penal y se basa en la idea de *riesgo especial*, pues “...el abastecimiento permitido pero arriesgado del mercado con un nuevo producto obliga a la retirada del mismo cuando posteriormente se comprueba su carácter nocivo”⁷⁸.

El caso paradigmático en la materia fue el del pulverizador de cueros o -como se mencionará de aquí en adelante- el caso del *Lederspray*⁷⁹. Se trata de un caso fundamental en la materia pues hasta ese momento, todos los casos eran resueltos sólo desde la mirada jurídico-civil.

En resumen⁸⁰, la empresa Werner y Mertz se encarga de la fabricación de un aerosol, o pulverizador para el cuidado de zapatos y otros artículos de cuero, y era comercializado a través de dos filiales, E y S, que conformaban un grupo empresario junto a la primera. E comercializaba el producto bajo la marca “E” en comercios dedicados a la alimentación o farmacias, y S lo hacía bajo la marca “S” en establecimientos dedicados a la fabricación de calzados y otros productos de cuero. En septiembre de 1980, las mencionadas empresas fueron anoticiadas acerca de algunas dolencias (problemas respiratorios, náuseas, fiebre, todos síntomas propios del cuadro edema pulmonar) que presentaron los consumidores que usaban el espray. La mayoría requería atención médica intensiva, y el cuadro aminoraba a partir de la aplicación de un determinado fármaco. A partir de allí, Werner y Mertz dispuso la realización de estudios científicos sobre las unidades que fueran devueltas por los afectas. Así, si bien no se identificaron defectos en la fabricación, se logró advertir que la proporción del aceite de siliconas que llevaba la fórmula era excesiva. A pesar de ello, los reportes de nuevos casos continuaron. Empero, los consultas de orden toxicológica no dio ningún resultado acerca del porqué de la dañosidad. Si bien hubo un retorno a la fórmula original, en 1981 se seguían informando nuevos casos. Por ello, se suspendió la producción, pero al escaso tiempo transcurrido, volvió, ya que se seguía sin lograr determinar de dónde provenía la alta toxicidad. En mayo de 1981 se celebró una reunión especial, de la que

⁷⁸ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pg. 157.

⁷⁹ A criterio de Hassemer, este caso “...reunía todas las características para constituirse en un verdadero *leading case* ya que era la primera vez en que el BGH (Tribunal Supremo alemán) decidía sobre la [responsabilidad penal por el producto]” (en SARRABAYROUSE, Eugenio, *Responsabilidad penal por el producto*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pg. 51).

⁸⁰ Extraído de SARRABAYROUSE, *op. cit.*, pg. 53-59.

participaron los directivos de la casa matriz y los responsables del área de laboratorio, y se decidió incorporar a los envases avisos acerca de la peligrosidad, y decidieron que sólo retirarían el producto si se comprobaba el real defecto del producto. Todo continuó igual (intoxicados y falta de verificación de la dañosidad). En 1983, la Oficina Federal de Salud intervino, y Werner y Mertz retiró el producto del comercio.

La causa llegó a conocimiento del BGH consideró que existía posición de garante respecto de la empresa, y esta surgió a partir de la toma de conocimiento de los primeros casos, y la decisión de no retirar los productos fue calificada como imprudente. A partir de la celebración de la reunión especial, la decisión de no retirar los productos constituyó una omisión dolosa, ya que había índices de representación concreta del riesgo por la cantidad de casos reportados. Por último, las nuevas distribuciones de productos fueron consideradas como comportamientos activos dolosos.

Jakobs considera que en esa sentencia, el BGH entendía que era imposible lograr determinar la concurrencia de antijuridicidad en el comportamiento previo (la emisión de los productos a través de las dos empresas). A criterio de Jakobs, “...[e]n el plano material, el Tribunal Supremo Federal trato la conducta de introducir nuevos productos como riesgo especial...”⁸¹, vale decir, si bien la solución propuesta por el tribunal fue planteada de otro modo, lo que quiso decir el tribunal fue que se trataba de un *riesgo especial*, una especial usurpación, elevadamente peligrosa en la esferas de organización de los diferentes consumidores afectados, ya que no había contrariedad a deber *ex ante*.

Además, no puede arribarse a una solución desde formulaciones jurídicas abstractas, antes bien, debe contemplarse a la semántica social, y señala que la solución al caso del *Lederspray* habría sido diferente si el caso se daba durante la primera mitad del siglo XX, donde el ideario de desarrollo donde la seguridad no era la prioridad. A diferencia de ello, la sociedad en la que se generó el conflicto ya había cambiado, y la preocupación por la saturación de actividades peligrosas que emanaban de la postindustrialismo estaba latente. Así, en palabras de Jakobs, “...una sociedad que se encuentra saturada en lo que se refiere al gran numero de productos disponibles, puede entender los productos nuevos como una especie de molestia, que si

⁸¹ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmático jurídico-penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pg. 118.

bien no está prohibida, es impuesta al público por el productor en su propio beneficio, y en caso de existir la posibilidad de que se produzcan daños, en consecuencia, es el productor, quien ha ‘creado’ el riesgo especial, quien debe ocuparse de eliminar el peligro”⁸².

La responsabilidad del dueño del hostel. Es un caso muy utilizado a la hora de cuestionar la existencia o no de posición de garante respecto de comportamientos previos lícitos. Básicamente, se trata de aquel supuesto en el cual los propietarios de hostelerías ponían a disposición de los clientes bebidas alcohólicas, y su responsabilidad respecto de accidentes que podría provocar tras haber conducido bajo la influencia de las bebidas allí consumidas⁸³. La jurisprudencia divide los grupos de casos en aquellos en los cuales el cliente ebrio sale a la conducción (sin freno de parte del hostelero) con pleno uso de sus facultades mentales de aquellos en los que el cliente ha alcanzado la inimputabilidad por ebriedad. En este último grupos de casos sí se reconoce posición de garante del propietario del hostel.

Jakobs entiende que se trata de una conducta socialmente adecuada, pero que constituye un verdadero *riesgo especial*, que conlleva el deber de parte del propietario de dominar o controlar el riesgo (la inimputabilidad del cliente), mientras se mantenga ese deber cumplimentado y el cliente no pierda la razón, no habrá posición de garante si este no evita que salga y maneje su coche “...y sólo cuando se produce su inimputabilidad se genera el deber del hostelero”⁸⁴.

Podría predicarse que la idea de dominio del riesgo (*especial*) se encuentra patente en los otros casos ya que, en la medida en que el conducir o el distribuir productos no genere inicio de cursos lesivos, el *riesgo especial* se mantendrá controlado o dominado. Por ende, el *riesgo especial* no está en la facilitación de bebidas alcohólicas (que es un comportamiento permitido) sino en el suministro de bebidas a personas responsables que se colocan en situación de inimputabilidad. Quedará por razonar qué sucede con la problemática de la *actio libera in causa*.

⁸² JAKOBS, Günther, *Teoría y praxis de la injerencia*, publicado en el Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, págs. 39.

⁸³ Roxin resuelve esos casos negando la posición de garante del hostelero en el caso en el que el cliente todavía esté en uso de sus facultades mentales, en virtud de que no se ha generado ningún riesgo jurídicamente reprobado. En cambio, si con el consumo se ha generado una incapacidad de dominio, el hostelero deberá responder tras haber sobrepasado los límites de riesgo permitido en el caso de que no impida que este conduzca, y se convierte en garante por su no evitación, y deberán imputársele los daños que ocasione en comisión por omisión (en ROXIN Claus, *Injerencia e imputación objetiva*, Revista penal, ISSN 1138-9168, N° 19, 2007, pg. 157-158).

⁸⁴ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 31.

Conclusiones del capítulo

1-Jakobs entiende que la conducción de rodados es un *riesgo especial* en tanto entraña la arrogación especial de un ámbito de libertad en desmedro de otro, que se encuentra en situación de desventaja. Por ello, la causación de accidentes sin culpa generará el deber de evitar resultados lesivos (posición de garante), en la medida en que la víctima haya tomado todas las precauciones.

2-También lo será el empresario que distribuya un producto potencialmente peligroso en el mercado, pues la configuración de la sociedad ha cambiado, y no puede pretenderse que las medidas de *autoprotección* sean suficientes para la evitación de daños en el consumo por defectos posteriores.

3-El dueño de un hostel será responsable como garante si su cliente se ha embriagado con las bebidas que consumió allí y ha caído en situación de inimputabilidad, y no fue evitada su conducción automovilística por aquel.

Capítulo IV – Posturas a favor y en contra de la pertinencia y necesidad del concepto de *riesgo especial*

Luego de haber establecido las columnas basales de la teoría de Jakobs, en el marco de la cual desarrolla su concepto de *riesgo especial*, sus principales características, sus indicadores objetivos, y su aplicación en ámbitos de interacción humana concretos, cabe colegir todas las opiniones que hay al respecto de las características con las que debe contar el hecho precedente para ser apto en la generación de deberes de garante.

Posturas a favor. Aquí se desarrollarán las ideas rectoras de todos aquellos que han entendido que el hecho previo no requiere -necesariamente- su contrariedad a la norma.

Maurach, entiende que ya es suficiente que esa acción precedente sea de cualquier naturaleza, sea elevadora o generadora del riesgo, y expresa “[s]u calificación jurídica no interesa. Resulta irrelevante el que la acción precedente se haya cometido conforme o contrariamente al derecho, con o sin culpa, y el que represente o no un hecho punible. También simples actos de cortesía, como el acompañar a un anciano al cruzar la calle, pueden producir efecto fundamentador de la garantía”⁸⁵. Dentro de los diversos ejemplos, cita el del hostelero que suministra una dosis excesiva de alcohol al cliente, y que luego sale, se dirige en su vehículo y atropella a otro.

Seelmann, por otro lado, entiende que el comportamiento inicial (o previo) del eventual garante “...debe ser la causa de la posterior lesión”⁸⁶, y ello será posible en la medida que dicha conducta previa sea imputable, y ello significa que el omitente “...sabía o debería haber sabido en el momento en el que lo llevó a cabo que posteriormente podía dar lugar, directamente, a un resultado típico [y] esto sólo será posible cuando haya llevado a cabo un acto que se pueda interpretar como la efectiva asunción de competencia por el peligro”⁸⁷.

En la materia de imputación de comportamientos omisivos, es necesario recurrir a estándares sociales. Hay situaciones en las cuales, la situación de peligro creada adquiere tal

⁸⁵ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, pg. 289.

⁸⁶ SEELMANN, Kurt, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pg. 166.

⁸⁷ SEELMANN, *op. cit.*, pg. 166.

entidad que no puede ser contrarrestado ni siquiera con la adopción de las precauciones normales (incumbencias a su esfera de protección) de parte de la potencial víctima.

Por ello, señala que “...debería ser prescindible la actualmente frecuente exigencia de antijuridicidad del comportamiento previo en el ámbito de la injerencia [ya que] su exigencia haría decaer casi por completo los deberes de garante”⁸⁸.

En otras obras, Seelmann se ha pronunciado en idéntico sentido, en referencia a los casos de responsabilidad penal por el producto, remarcando que “[s]i los peligros que exceden de lo habitual [como, por ejemplo, el inherente a la fabricación y distribución de los productos de consumo] tienen consecuencias dañosas, en ese caso el obligado es responsable, independientemente de que el comportamiento previo sea o no contrario al deber, y a no ser que la víctima, imputablemente, se haya puesto en peligro por sí misma [...] Con ello, decae también el argumento de que los deberes de salvamento para el obligado al aseguramiento del tráfico no serían compatibles con la responsabilidad por injerencia (limitada, supuestamente, al comportamiento precedente contrario al deber)”⁸⁹.

O por ejemplo al dejar en clara la existencia de riesgos que superan el nivel de peligrosidad más que lo habitual, al señalar que “...[e]n caso de riesgos permitidos hay que [...] distinguir si existe o no un riesgo superior al que implica un comportamiento cotidiano inevitable”⁹⁰.

Otro autor que defiende la postura acerca de la cual un hecho anterior generador de un deber de obrar evitando el daño inminente a la víctima es Freund, quien entiende que existen actividades *cualificadamente* arriesgadas que, para practicarlas, se realiza la reserva expresa o tácita de intervenir para conjurar aquellos peligros que se generen por tal motivo pues “[n]o se puede querer tener las ventajas correspondientes sin aportar a cambio la adecuada ‘contraprestación’”⁹¹. El hecho de que alguien esté autorizado a conducir no implica que esté

⁸⁸ SEELMANN, *op. cit.*, pg. 168.

⁸⁹ SEELMANN en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Ministerio de Justicia (centro de publicaciones), vol. L, Madrid, 1977, pg. 53.

⁹⁰ SEELMANN en ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo II*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007, pg. 922.

⁹¹ FREUND en ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo II*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007, pg. 922.

autorizado a matar mediante una colisión inevitable. Es por ello que entiende que esas actividades especialmente peligrosas están autorizadas a condición que se intervenga cuando de la misma surja un haz lesivo que deba conjurarse. La la permisión de riesgos siempre se encuentra condicionada por *razones de fondo*, que, de no estar presentes, debe relativizarse su alcance en la evitación de resultados⁹² ¿Cuáles son esas razones de fondo?

A modo de ejemplo, en el tráfico viario guarda para sí una razón de fondo de su permisión que es facultar a las personas a subirse a vehículos motorizados para trasladarse de manera fluida, y no dejar morir a las personas que atropello por más que lo haga conforme a deber, puesto que se trata de un riesgo calificado, o de comportamientos especialmente peligrosos. Por ello, si embisto a un peatón y lo deajo malherido no puedo ampararme en que actué conforme a deber debido a que se me permite abordar automóviles para desplazarme y no para colisionar sujetos.

También a propósito del caso de la responsabilidad de productos elaborados, Freund sostiene que “[l]a peligrosidad del producto puede resultar también de que, aunque al introducirle en el mercado se haya respetado el standard de seguridad exigible, a posteriori surjan peligros en cuya evitación existe un interés lo suficientemente importante”.⁹³

En idéntica sintonía, y en relación a los deberes de los fabricantes, Kuhlen, pone en claro que la exigencia de la contrariedad a deber “...no proporciona el criterio necesario y apropiado”⁹⁴ y sí lo haría tomar en consideración la generación de peligros por actividades de *riesgo incrementado* versus aquellas que son cotidianas y normales, y claro está que una actividad peligrosa de manera incrementada es la elaboración y puesta en circulación de productos consumibles.

Para finalizar, interesa destacar la concepción de Bacigalupo en torno a la conducta previa generadora del deber de obrar. Pone de manifiesto que, en materia de deberes de

⁹² FREUND, *Strafrecht*, citado en CONTRERAS, Lautaro, *La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán*, publicado en Polít. crim. Vol. 12, Nº 23 (Julio 2017), Art. 1, pp. 1-55, pg. 20-21.

⁹³ FREUND en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Ministerio de Justicia (centro de publicaciones), vol. L, Madrid, 1977, pg. 53.

⁹⁴ KUHLEN en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Ministerio de Justicia (centro de publicaciones), vol. L, Madrid, 1977, pg. 58.

salvamento, está discutido si el comportamiento previo debe ser antijurídico o si, por el contrario, uno desarrollado dentro de los niveles de permisión de riesgo es capaz de generarlos. Así, cita el artículo 195.3 del Código Penal español establece un deber de socorrer a quien se encuentre en una situación de desamparo o peligro a pesar de que el accidente que lo haya originado sea fortuito. Por ello, entiende que no cualquier comportamiento que esté por debajo del riesgo permitido puede fundamentar una posición de garante, sino “[s]ólo en aquellos casos en los que se trate de un riesgo especialmente elevado, superior a los riesgos permitidos cotidianos y respecto de los que el afectado por el peligro haya, en su caso, tomado las medidas de seguridad necesarias que le incumban en relación a su autoprotección, se podrá admitir una posición de garante”⁹⁵.

Posturas que sostienen la antijuricidad del hacer previo. En primer lugar, debe resaltarse la aportación de Rudolphi, quien influyó de manera determinante en la concepción que aquí se pretende relativizar, en cuanto a la exigencia de que habrá injerencia -y, por ende, posición de garante- sólo cuando el autor haya obrado de manera antijurídica o contraria a deber.

Durante la primera mitad del siglo XX, la doctrina dominante entendía que quien había actuado bajo la causa de justificación de la legítima defensa, y en caso de no finalizar el proceso vital del agresor y dejarlo necesitado de asistencia, se colocaba en posición de garante.

Sin embargo, Rudolphi consideraba ello una solución absurda, en tanto no había el agresor ya estaba amparado por esa situación en virtud del deber de solidaridad mínima de socorro⁹⁶. Por ello, a través del ejemplo paradójal de los dos omitentes y la mujer violada, instauró como teoría que un hecho justificado nunca podría dar lugar a injerencia. El caso se trata de una mujer que se encuentra siendo violada, y hay dos personas observando el suceso, y uno de ellos interviene en defensa de ésta, dejando herido al agresor, quien, a causa de ello, y por la ausencia de atención médica, fallece.

A partir de allí, Rudolphi se pregunta si el sujeto que intervino, por haberle propinado los golpes en defensa, debería responder por su muerte, en comisión por omisión, y el sujeto que se quedó contemplando inerte, sólo por omisión de auxilio, lo que constituía un grave desatino.

⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal*, Akal ediciones, Madrid, 1997, pg. 407.

⁹⁶ Welp sostenía que el abandono del agresor a su suerte por parte del defensor implicaría permitir la pena de muerte entre individuos (cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi*, *IdDret* 4/2018, Barcelona, pg. 3).

*“Así, hoy la doctrina mayoritaria en Alemania considera que, debido al carácter justificado de su acción previa, la posterior omisión del defensor no constituye homicidio o asesinato por omisión, sino a lo sumo omisión de socorro”*⁹⁷.

Jescheck, por su parte, entiende que el deber del garante por el hecho previo se basa en el deber negativo de no dañar a otros o *neminem laede*, y quien coloca a otro en una situación de desprotección próxima a la lesión de bienes jurídicos, debe evitar que el peligro creado no se convierta en un resultado físico. Pero no cualquier causación hará nacer deberes de garante en cabeza del futuro omitente, para ello es necesario que concurren tres requisitos: la proximidad y adecuación del peligro para con la producción del daño, la contrariedad objetiva a deber (no tiene que ser culpable, sí antijurídico) y -por último- la perturbación del orden de protección de la víctima *“...debe haber sido lo suficientemente importante como para que, según las convicciones jurídicas de la colectividad, parezca posible hacer responsable jurídico-penalmente al perturbador por no haber evitado el daño”*⁹⁸.

Si bien Jescheck expresamente niega la injerencia por comportamientos no antijurídicos, el acento que coloca en las “convicciones jurídicas de la colectividad”, compartiría la tesis de que es la sociedad la que determina la especial peligrosidad de determinados comportamientos.

Gimbernat Ordeig, a propósito del caso del *Lederspray*, considera -a diferencia de lo sostenido por el BGH- que prescindir de la contrariedad al Derecho del comportamiento previo implicaría un retorno a la responsabilidad por el resultado, además de una significativa ampliación de su punibilidad, y la injerencia *“...amenazaría con perder todos sus contornos, aproximándose, peligrosamente, a un regressus in infinitum”*⁹⁹.

Stratenwerth expresa que, si bien la mayoría de los autores defiende la contrariedad a deber que debe presentar el comportamiento previo del supuesto garante, *“...sigue siendo dudosa y oscura la cuestión de si la contrariedad a deber de la conducta previa es realmente la circunstancia decisiva para el deber de garante o si aquí hay que tener en cuenta otros puntos de*

⁹⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi*, IdDret 4/2018, Barcelona, pg. 5.

⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, Bosch Casa Editorial SA, Barcelona, 1981, pg. 860.

⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Ministerio de Justicia (centro de publicaciones), vol. L, Madrid, 1977, pg. 66.

vista”¹⁰⁰. Hay autores, como Otto, que parte de considerar que lo decisivo es verificar si el autor ha superado su “ámbito general de actuación a costa de otra persona”, o como Kühl, que entiende que la conducta previa debe superar el riesgo por encima del “actuar cotidiano”; “[t]odas estas propuestas desembocan en la idea de que lo que fundamenta el deber de garante tiene que ser un riesgo no cubierto por intereses de rango superior (ni permitido por esta razón) [sin embargo] Aún no es posible aprehender en toda su significación las consecuencias de esta línea de pensamiento”¹⁰¹, dejando en duda su capacidad de rendimiento.

Frister, coincide con la contrariedad objetiva a Derecho que debe presentar la conducta previa, y establece una duda respecto de su -además- debe ser culpable¹⁰². Debido a que no hay una regulación que lo determina, recurre a los “*principios generales de estructura jurídica y consideraciones de justicia*”, y razona que, tal cual ocurre con la indemnización por el daño, bastará la antijuridicidad para sustentar el deber de neutralizar la situación de peligro en la que se colocó a la víctima. “*Verdad es que la falta de conocibilidad y la falta de culpabilidad desligan de responsabilidad por la injerencia en sí, pero no de la obligación de evitar una ulterior profundización de la injerencia originada en la esfera jurídica propia*”¹⁰³. Ello permite sustentar la idea que aquí se defiende acerca del constante intercambio de fundamentos y razones entre la legislación civil y penal.

Posturas que niegan la viabilidad de la teoría del riesgo especial. Corresponde iniciar este apartado con el criterio de Roxin, y previo a ello, debe establecerse someramente cuál es su construcción en torno a la injerencia.

A tales fines expone que la teoría de la imputación objetiva puede resultar fructífera en materia de omisión “...*para la limitación de la responsabilidad por injerencia...*”¹⁰⁴. Expresa que la simple causalidad del hecho previo no puede alcanzar para fundamentar el deber de salvación, ya que no es correcto derivar deberes jurídicos del mundo del ser. Sólo a través de criterios de imputación normativa (en base a criterios jurídicos) se puede construir una responsabilidad por omisión en virtud de un hacer previo.

¹⁰⁰ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, Ed. Civitas, Navarra, 2005, pg. 390.

¹⁰¹ STRATENWERTH, *op. cit.*, pg. 391.

¹⁰² FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pg. 440.

¹⁰³ FRISTER, *op. cit.*, pg. 440.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus, *Injerencia e imputación objetiva*, Revista penal, ISSN 1138-9168, N° 19, 2007, pg. 154.

De dicho axioma se desprenden siete consecuencias. Brevemente, un criterio establece que no habrá injerencia si conducta previa no genera un riesgo relevante para la víctima, ni cuando ese hecho anterior se halla mantenido dentro de los niveles de riesgo permitido, ni cuando exista una relación final de protección entre la acción y el peligro (si durante la noche, entre un ladrón a una casa, y por los ruidos, el dueño se despierta y cae por las escaleras, mientras el ladrón se va, no se podrá imputar por las lesiones del dueño en comisión por omisión pues si bien existe riesgo reprobado y relación de causalidad, la finalidad de protección en el hurto no es la evitación de lesiones, sino la evitación de desapoderamientos ilegítimos). Tampoco habrá injerencia si el peligro se origina en el comportamiento de la víctima (si alguien suministra estupefacientes y la víctima los consume y muere, no habrá posición de garante del suministrante en tanto la víctima al consumirlos es la que originó el peligro). En la legítima defensa, no hay posición de garante respecto del defendido en relación al agresor, en virtud de la autopuesta en peligro de la víctima. No ocurre lo mismo en lo que hace al estado de necesidad, ya que el principio de proporcionalidad y de ponderación de bienes exige el mayor cuidado posible respecto de la víctima de la intervención. Por último, en materia de delitos permanentes justificados, habrá posición de garante si el presupuesto justificante desaparece (si se encierra a una persona ebria que se violentó a fines de evitar el daño a terceros, cuando aquel se recupere, y en caso de mantenerse la situación de privación de libertad, habrá posición de garante desde ese momento).

Cabe, en el marco de esta tesina, referirse al segundo de los criterios esbozados por Roxin, el cual se relaciona con la falta de posición de garante respecto de comportamiento desarrollados dentro de los niveles de permisión de riesgo. A su respecto, Roxin entiende que si bien existen algunas actividades particulares en las que este criterio aparecería bajo discusión, por ejemplo, lo que reza en materia de conducción vial responsable (y que no obstante se genera una situación de peligro para un tercero) no cabe posición de garante pues “...*el conducir un vehículo no es un lujo que se paga con perjuicios especiales, sino un tipo de transporte imprescindible para el funcionamiento de la sociedad actual*”¹⁰⁵. Aquí, Roxin olvida que existen numerosas personas que no poseen ese tipo de equipamiento vial potencialmente lesivo, o bien que transitan por la vía pública a pie, o en medios en los que se encuentran expuestos a situaciones de peligro.

¹⁰⁵ ROXIN, *op. cit.*, pg. 157.

En alusión al concepto de *riesgo especial*, Roxin considera que la diferenciación entre riesgos especiales y riesgos genéricos o cotidianos no tiene utilidad y es sumamente imprecisa¹⁰⁶. Además de ello, se estaría atentando contra uno de los criterios de suma trascendencia para el esquema de la imputación objetiva, que es la creación de un riesgo reprobado jurídicamente. Freund y Jakobs defienden la idea de imputar omisión (y, por ende, el resultado) a quien actuó conforme a deber pero ejerciendo una libertad condicionante o especialmente peligrosa.

Roxin se pregunta si existe –siquiera– la posibilidad de que se produzcan lesiones en el caso de cumplirse con todo los estándares de seguridad, o sea, de mantenerse por debajo del umbral de permisión de riesgo. Expresa que “[d]esde el punto de vista de la estadística son sumamente raros los efectos reconociblemente dañosos de los productos debidamente elaborados. Por consiguiente, el riesgo ‘incrementado’ sólo se podría derivar a lo sumo de la elevada cifra de los potencialmente afectados. Pero esto no encaja con el automovilismo y en los restantes casos tampoco tiene ningún sentido: pues si se quiere admitir una posición de garante del productor, razonablemente ésta también ha de existir si los daños se ponen de manifiesto inmediatamente después del primer suministro, de tal modo que hasta ese momento sólo se ha puesto en peligro a pocas personas”¹⁰⁷.

Para finalizar, Roxin se pregunta si puede defenderse la idea de que el tráfico viario o la producción de mercancías no resulten comportamientos cotidianos o genéricos.

Ahora bien, a partir de aquí, se introducen dos posiciones críticas a la fórmula del *riesgo especial*. En primer lugar se hace mención a las consideraciones de Contreras.

Este autor parte de que la idea de *riesgo especial* posee un presupuesto conceptual débil, pues entre la peligrosidad mínima (cotidiana) “...es casi imposible determinar un punto exacto en que el riesgo de la acción previa se eleve o califique”¹⁰⁸. Esta tesis padece de un serio déficit que es la desprovisión de elementos objetivos que determinen y definan a esta tipología de

¹⁰⁶ ROXIN, *op. cit.*, pg. 923.

¹⁰⁷ ROXIN, *op. cit.*, pg. 923.

¹⁰⁸ CONTRERAS, *op. cit.*, pg. 23.

riesgos¹⁰⁹, al margen de la vaguedad de sus fórmulas y de la imposibilidad de establecer cuándo un riesgo común pasa a ser incrementado o especial.

En particular referencia a la responsabilidad penal por el producto, sostiene que la remisión a las cargas especiales que se impone la ley civil al fabricante, también excluye responsabilidad por riesgo del desarrollo, vale decir, aquellos desconocidos al momento de la distribución del producto, la cual debió haber sido supervisada con los conocimientos científicos existentes en ese momento.

Por último se destaca el posicionamiento de Molina, quien critica la concepción de Jakobs, al reflexionar en torno a la exigencia del seguro civil obligatorio, el cual no debe ser considerado como criterio determinante para calificar un riesgo pues se fundamenta en los principios de la responsabilidad jurídico-civil, pues “[e]l fundamento de la posición de garante debe surgir del mismo Derecho Penal”¹¹⁰, y reitera “...el criterio para precisar cuándo se está en posición de garante no puede depender de parámetros del Derecho Civil”¹¹¹.

Los criterios para afirmar la posición de garante por injerencia deben surgir del seno del Derecho penal, además de ser precisos y claros. Por ello, el criterio de la imputación objetiva aparece como un mecanismo apropiado, y fija como “tope mínimo” para la determinación del deber de salvación la creación de un riesgo jurídicamente reprobado.

Excursus. Antes de concluir el capítulo, se realizará una breve respuesta a las consideraciones críticas acerca del concepto de *riesgo especial*.

En primer lugar corresponde hacer una breve referencia a las críticas de Roxin y de Contreras quienes, en pocas palabras, afirman que la determinación de un riesgo de categoría *especial* es imposible y se trata de una categoría imprecisa. Si bien Jakobs propondría tres criterios para su determinación (dos positivos -responsabilidad objetiva civil paralela y la exigencia -eventual- de un seguro obligatorio y uno negativo -la no concurrencia de incumplimientos de autoprotección de parte de la víctima-), aquí se pretende enriquecer dicha determinación y lograr definir -al menos liminarmente- una serie de criterios diferenciadores

¹⁰⁹ CONTRERAS, *op. cit.*, pg. 25.

¹¹⁰ MOLINA, Gonzalo Javier, *Delitos de omisión impropia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pg. 426.

¹¹¹ MOLINA, *op. cit.*, 427.

objetivos para poder identificar estos especiales riesgos. Sobre ella se trabajará en el siguiente capítulo.

Asimismo, el argumento de Roxin acerca de que es improbable que existan accidentes producidos por comportamientos realizados dentro de los márgenes de permisión, cabe afirmar que ello no es así pues de lo contrario no se habría desarrollado ninguna teoría al respecto de la responsabilidad penal por el producto, o tampoco -siquiera- existiría la responsabilidad civil objetiva.

Para finalizar, en lo que hace a las críticas formuladas por Molina, acerca de la exigencia de un seguro obligatorio como criterio no decisivo, que los criterios para determinar la posición de garante deben provenir de la estructura jurídico-penal y que el comportamiento previo debe haber sobrepasado el “tope mínimo” de reprobación, corresponde señalar que el requisito de un seguro obligatorio no es una condición necesaria a criterio de Jakobs ya que en su obra “Teoría y praxis de la injerencia” deja en claro que pueden existir actividades respecto de las cuales el mentado requisito puede no existir, y en su caso, ello no hará mutar la *especialidad* de dicha actividad peligrosa. En pocas palabras, el requisito del seguro civil obligatorio puede no cumplimentarse y aún así estar frente a una actividad en la que el potencial autor se arroga una intervención especial en la esfera de organización de la potencial víctima.

Al respecto de la necesidad localizar deberes de garante auténticamente penales, si bien será tratado en el siguiente capítulo, es menester adelantar que ello dependerá de qué posición se adopte en torno a la idea de independencia de una esfera jurídica de la otra, y lo que la evolución de la dogmática ha establecido es la constante transposición de conceptos entre ellas en lo que hace al diseño de los deberes de garante. Ya sea que se parta desde las fuentes clásicas (ley, contrato) o bien se analizan las materiales-funcionales (vigilancia, confianza, aseguramiento) todas ellas emergen de deberes regulados en el Derecho civil. Incluso el llamado “deber de retirada” por parte de la doctrina que estudia la responsabilidad penal por el producto, es civil-administrativo. La configuración de la sociedad cambia constantemente, y las instituciones del Derecho privado y del Derecho penal deben lograr aprehender esas transmutaciones en base a un fin único: la tutela igualitaria de las libertades.

En relación a la exigencia mínima de reprobación del hacer previo, el concepto de *riesgo especial* es compatible con ella, y no la contradice ya que, como se señalara anteriormente, existen actividades cualificadamente peligrosas, y que su mero ejercicio ya entraña un *riesgo especial*, pese a estar permitido, como sucede con el tráfico rodado, la distribución masiva de mercancías, o la pulverización de herbicidas. O sea, no se atribuirá posición de garante a cualquier persona que genere una situación de desamparo (y el correspondiente deber de evitación del resultado dañoso) actuando en “riesgo permitido”, sino a aquellas que lo hagan usurpando de modo especialmente peligros la esfera de otro, y ello no sucede en todos los ámbitos de interacción.

Conclusiones del capítulo

1-Freund, Seelmann, y Bacigalupo (entre otros) entienden que, bajo determinadas circunstancias, un comportamiento previo, pese a estar dentro de los márgenes de la licitud, pueden generar deberes de garante y ello cuando sean especialmente peligrosos.

2-A su contrario, a partir de Rudolphi, la exigencia de un hacer anterior antijurídico fue adoptada por la mayoría de la doctrina.

3-Roxin considera que el instrumento teórico más eficiente para la determinación la posición de garante por injerencia debe ser la imputación objetiva, y lo hace en base a la elaboración de determinados criterios.

4-Las principales críticas al concepto de *riesgo especial* provienen de su difícil determinación objetiva, y la correspondiente diferenciación con los riesgos cotidianos, y a la negación de fundamentación de los deberes de garante en las premisa del Derecho privado.

Capítulo V – Contenido y rendimiento del concepto de *riesgo especial*. La coherencia normativa. Primer esbozo

“Nosotros no somos ambientalistas, somos afectados por un sistema de producción que le importa más llenarse los bolsillos que la salud de la gente”

Fabián Tomasi¹¹²

“Yo sé muy bien que usted bien sabe que yo sé, yo sé muy bien que usted bien sabe, y si nada queda para después, soy un cobarde, mande usted. Glifosateando los potreros estoy, los potreros, glifosateando”.

Ricardo Iorio, “Glifosateando”

Luego de haber discurrido acerca de las bondades y desventajas del concepto de *riesgo especial*, aparece la necesidad de “terminar de vestirlo”, y corroborar si puede adquirir la capacidad de rendimiento para la cual su creador lo delineó, identificando criterios objetivos de identificación, o, dicho de otro modo, bajo qué condiciones ciertas actividades humanas cualifican su peligrosidad por encima de la cotidiana o tolerada.

Previo a ello, es indispensable, por un lado establecer un posicionamiento respecto del tema central en la viabilidad aplicativa de la tesis sobre los *riesgos especiales*, que es la coherencia del ordenamiento jurídico, en particular en lo que refiere a la transposición de los deberes de garante desde el Derecho civil hacia el Derecho penal, y por otro, remarcar la utilidad práctica del tema en torno a la creciente importancia de los delitos impropios de omisión. A fin de cuentas, se trata de un debate vinculado a la teoría general del Derecho.

En lo que refiere a la armonía normativa civil y penal, cabe recordar que Jakobs entiende que la configuración de *riesgos especiales* tiene su correlato (y, a su criterio, uno de sus fundamentos) en la responsabilidad civil objetiva, y sostiene en cada una de las obras repasadas que el Derecho penal no puede desconocer lo que se regula en otros ámbitos normativos jurídicos, y adoptar caminos diferentes.

¹¹² Trabajador agrario, peón de campo y principal testimonio de los estragos que puede causar la exposición a agrotóxicos. Coloque su nombre en Google, y lo advertirá.

Seelmann, en su obra ya citada titulada “Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal”, introduce diversas consideraciones en torno a la cuestión de la coherencia entre el ordenamiento penal y civil en especial alusión a los deberes de garante fundados en institutos del Derecho privado (civil, más específicamente) y que valen citar en esta tesina.

A su vez, considera que la unidad del ordenamiento jurídico es un ideal difícil de concretar, pues los propios teóricos se expresan escépticos al respecto en tanto siquiera está en duda que pueda lograrse una mera consistencia lógica.

Parte del análisis del caso del *lederspray* para significar que el BGH, a fin de determinar la responsabilidad de los empresarios, opinó que al Derecho penal le son aplicables deberes que emergen del Derecho privado, en particular a lo que hace a los deberes de garante, al margen de -como ya se señalara con anterioridad- de excepcionar la regla del hacer precedente antijurídico. Sin embargo, Seelmann entiende que esa accesoriadad del Derecho penal respecto del Derecho privado en cuanto a la determinación de los deberes de garante no es novedosa. Ya Feuerbach, al idear las fuentes clásicas de la posición de garante tuvo en consideración a la ley y al contrato, dos institutos del Derecho civil; entonces, en palabras de Seelmann “...*la dogmática de los deberes de garante fue elaborada principalmente por el Derecho privado a través de los conceptos de ‘contrato’ y ‘ley’*”¹¹³.

Habiendo atravesado una etapa separatista¹¹⁴, ese no fue el rumbo adoptado por la jurisprudencia alemana. A pesar de ello, desde la labor dogmática se crearon dos grandes criterios, bajo una apariencia genuinamente penal: el de los deberes de garantía por una determinada fuente de peligro (evitar que esa fuente lesione a otros) y el de los deberes por una determinada relación de confianza con un bien jurídico (evitar que otros lesionen a ese bien jurídico)¹¹⁵. Sin embargo, Seelmann entiende que tales criterios no son otra cosa una adaptación de la legislación penal a la *nueva* legislación civil, donde los deberes de garante pierden sus contornos tradicionales, y con la nueva nomenclatura de las fuentes materiales de la posición de garante de la vigilancia y la confianza no se crea nada que en el fuero civil no se haya

¹¹³ SEELMANN, Kurt, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pg. 119.

¹¹⁴ Dice Seelmann, que los autores denominados neokantianos idearon las teorías materiales del deber jurídico-penal, que rechazaban la migración conceptual desde el Derecho civil, instando la sistematización de deberes naturales al quehacer penal, que le interesaba todo aquello que sea socialmente dañino y individualmente reprochable.

¹¹⁵ KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

establecido. Así, “[l]os denominados deberes de aseguramiento muestran una sorprendente similitud con los deberes de tráfico del Derecho civil; y los que en Derecho penal se denominan deberes de amparo difícilmente pueden diferenciarse de lo que es objeto de discusión en el nuevo Derecho privado y que ha se dado en llamar ‘autovinculación sin contrato’ u obligación cuasi-contractual. En este sentido, ni el criterio de ‘competencia por el peligro’ y ni el de ‘confianza’ han establecido para el Derecho penal barreras frente a los deberes jurídicos derivados del Derecho privado, ni estos deberes han sido reemplazados por deberes específicamente penales”¹¹⁶.

Específicamente, menciona los deberes de aseguramiento, en particular los de aseguramiento en el tráfico y los de amparo, los cuales son directamente delineados por el Derecho privado, y el Derecho penal no hace otra cosa que utilizar dichos conceptos¹¹⁷.

A pesar de lo expuesto, Seelmann encuentra no plausible la construcción de un concepto unitario de Derecho en tanto las legislaciones en cotejo adscriben al fundamento de cada una de sus *responsabilidades* razones de diferente orden, si es que tomamos un concepto tradicional de Derecho penal. En tanto la legislación civil encuentra no sólo la capacidad del responsable, sino también la necesidad de protección de la víctima, la óptima distribución de la responsabilidad en la sociedad, etc., la legislación penal clásico basa la imposición de responsabilidad penal la capacidad del sujeto para guiar sus conductas. Por un lado está el reproche social al autor, y por el otro, además de esto otro, razones de justicia distributiva.

A diferencia de ello, un Derecho penal moderno, basará su esquema imputativo omisivo de manera casi idéntica al civil, ya que se atribuirá un determinado daño en virtud de su proximidad organizativa o institucional, calificando dicha relación legislativa como accesoriedad de la penal respecto de la civil, y aquella mutará en función de los cambios que esta última establezca (reconociendo relevantes determinados ámbitos vitales -concubinato-).

Seelmann entiende que esa dependencia (que trae aparejadas ciertas imprecisiones) es el coste de trabajar con un ordenamiento unificado, adaptado a la modernidad, resultando -por ende- la omisión como un instituto del sistema de imputación eminentemente moderno.

¹¹⁶ SEELMANN, *op. cit.*, pg. 120.

¹¹⁷ En idéntico sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, Bosch Casa Editorial SA, Barcelona, 1981, pg. 861. Allí, refiere a que el deber de aseguramiento en el tráfico del Derecho penal guarda plena correspondencia con el regulado en la legislación civil.

A pesar de lo expuesto, Seelmann se mantiene escéptico en la medida en que el Derecho penal también sólo prometa multa o cárcel para quienes infrinjan sus preceptos, sanciones altamente intrusivas, a las que debería adaptarse el esquema de imputación jurídico-penal. Por ello, plantea la duda acerca de retornar al modelo clásico o bien relativizar las sanciones clásicas¹¹⁸.

Y aún si se decidiera retornar al modelo de imputación tradicional, basado en las fuentes clásicas de la ley y el contrato, todos los deberes que de ellas dimanen son idénticos a los que se entiende como deberes de garante actuales (aseguramiento y salvación), pues es la legislación civil la que establece cuáles son las medidas para evitar el daño a terceros.

En definitiva, la principal tarea para homogeneizar los ordenamientos es retornar, no ya al modelo clásico, sino al concepto inicial del Derecho, donde se procuraba un concepto que contenga su principal característica que es la restricción de la coerción estatal, garantizando el ejercicio igualitario de la libertad, y “[e]sta coerción únicamente debe emplearse para posibilitar las mismas esferas de libertad a todos los ciudadanos, esto es, para optimizar la libertad”¹¹⁹. Con ello, en principio, sólo podría castigarse las lesiones a la libertad de otros, empero la definición de la omisión como infracción a deberes por parte del injerente (no interrupción de un proceso causal lesivo creado por el omitente) es compatible con aquella definición, debido a que “[s]ólo resulta posible un concepto de Derecho que vincule el actuar precedente a la responsabilidad de quién es destinatario de un deber [y que] si bien resulta de la prohibición de lesión, establece para ello deberes de actuar donde se ha creado o asumido un peligro por medio de un actuar responsable o donde otros han quedado indefensos o desprotegidos”¹²⁰.

En resumen, admite que los cometidos del Derecho penal y civil sean diferentes, pero están unidos por un fin común “...el mantenimiento de un reconocimiento, general y recíproco, del sujeto de Derecho como libre e igual”¹²¹. Y por ello, es perfectamente viable la transmutación de conceptos que se originan en el Derecho privado hacia la ley penal, y viceversa. Recuérdese que existen varios ejemplos a lo largo de la evolución del sistema de imputación

¹¹⁸ Dichas sanciones clásicas han sido reformuladas con la irrupción del instituto de la reparación, o el decomiso de las ganancias.

¹¹⁹ SEELMANN, *op. cit.*, pg. 128.

¹²⁰ SEELMANN, *op. cit.*, pg. 130.

¹²¹ SEELMANN, *op. cit.*, pg. 131.

jurídico-penal, como el ejemplo de la imputación objetiva delineada por Karl Larenz, o la construcción de deberes de garante a partir de categorías del Derecho civil, sean sus fuentes clásicas-formales o materiales-funcionales. Y a la inversa también, por ejemplo, en lo que hace a la regulación de los delitos de peligro abstracto en sede penal y su correspondiente plasmación en el Derecho privado a través de lo que modernamente se llamó principio precautorio. La propia creación del concepto de bien jurídico, en su sentido histórico, tuvo un objetivo trascendente a lo que se decía intrasistemáticamente. Los bienes jurídicos vienen determinados por diferentes instancias, culturales, jurídicas, sociológicas.

Hay tantas ramas del Derecho como las currículas que los consejos directos de las universidades se les ocurra decir que hay “Derecho”. Además, son meras distinciones académicas, acerca de diferentes abordajes provenientes de un ordenamiento erigido en la protección de la libertad en condiciones de igualdad real.

Adicionalmente, en línea con la los postulados de Hassemer y Muñoz Conde, el Derecho penal actual (moderno) quiebra los basamentos de su predecesor tradicional o clásico¹²², y sus principales características resultan ser: la protección de bienes jurídicos se transforma en un criterio positivo para justificar la atribución de responsabilidad criminal (se ve materializado con la aparición de nuevos intereses que se plasman -a la postre- como nuevos bienes jurídicos, como ocurre con el ambiente, o el orden socio-económico), la exacerbación de la función preventiva del Derecho penal (adelantamiento de las barreras de punición con la creación de delitos de peligro -conducción temeraria, portación de estupefacientes- o castigando lo que antes eran actos preparatorios de otros delitos -delitos de organización-), y por último, la adopción de un nuevo rol de “prima ratio”. Sobre este último atributo (moderno) alcanza peculiar interés en este trabajo. Hassemer y Muñoz estiman a su respecto la existencia de graves perturbaciones sociales que reclaman una intervención directa e inmediata del Derecho penal, atento a su especial aparato represivo, y citan como ejemplo “...la construcción de una fábrica contaminante en el Norte de África con ayuda alemana...”¹²³. Y concluyen que “[t]odo Todo esto conduce a la ‘dialéctica de lo moderno’ que ha transformado el Derecho penal en un instrumento de solución de los

¹²² Caracterizado por los siguientes lineamientos: la exclusiva protección de bienes jurídicos es una limitante del *ius puniendi* y la legitimación del poder punitivo proviene de la ciudadanía y la intervención del Derecho penal debe ser el último recurso del Estado para resolver un conflicto específico (en HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995).

¹²³ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pg. 26.

conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. El Derecho penal se ha convertido, a pesar de la contundencia de sus instrumentos, en un soft law, en un medio de dirección social. Pero las perspectivas que se han generado con esta utilización del Derecho penal se han disparado, ofreciendo una imagen 'nueva' del mismo"¹²⁴.

De igual forma, la creciente importancia de los delitos de omisión, constituye uno de los temas que forman parte de ese Derecho penal moderno. Es un fenómeno que puede ser definido por algunos autores como de *inflación* o bien como de *expansión*¹²⁵, y es uno de sus síntomas el refinamiento por parte de la labor dogmática de formas omisivas de ilicitud. Al margen del cambio epocal (paso hacia una sociedad postindustrial), el surgimiento de nuevos intereses, la creación de nuevos tipos penales, el advenimiento de nuevos bienes jurídicos¹²⁶, hay más razones que se suman a las establecidas como focos del cuadro evidenciado por Silva Sánchez, entre las cuales se halla el crecimiento exponencial de diferentes administraciones (empresariales, y -por sobre todo- la estatal) y al *tercerización de la autoprotección* que genera deberes de garante en los que deben encargarse de la autoprotección de los demás, y ello, sin lugar a dudas no puede ser desconocido por el sistema del hecho punible, y en consecuencia sería infértil recurrir al "viejo y buen Derecho penal", de las garantías decimonónicas. En particular, puede identificarse el crecimiento del asistencialismo, la división del trabajo, el aumento de la producción automatizada lo que implica que existan mayores deberes de información para con los consumidores, la asunción de ciertas formas de intervención de las fuerzas de seguridad (agentes encubiertos), etc.

Una vez asentadas las bases de teoría general del Derecho (referidas a perfectamente posible extrapolación de categorías jurídico-civiles hacia categorías jurídico-penales) y la utilidad del tópico, corresponde avocarse a la propuesta de este trabajo: la construcción de criterios objetivos tendientes a la identificación de los *riesgos especiales* como fundamento del deber de evitar un resultado lesivo en virtud de injerencia.

¹²⁴ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pg. 26.

¹²⁵ Ya se definió en el primer capítulo el concepto de expansión según Jesús-María Silva Sánchez.

¹²⁶ Ocurre en materia ambiental que es reconocido como un nuevo interés, por ende, un nuevo bien jurídico respecto del cual el Derecho penal debe interesarse en su tutela, y el cual está sometido a múltiples actividades peligrosas, y que la omisión es una forma de ataque por antonomasia (omisión de sanear, omisión de controlar, omisión de intervenir).

Para poder explicar lo que aquí se plantea, se tomará el caso del uso de agrotóxicos¹²⁷ (previamente autorizado administrativamente y debidamente ejecutado) en Argentina, actividad que ha generado múltiple controversia científica, social y política en todo el mundo. El ejemplo de la utilización de estas sustancias puede filtrarse a través de la teoría de las actividades especialmente peligrosas, y corroborar -o no- si queda aprehendido por dicha construcción.

Antes de ello, la construcción de indicadores de referencia de especialidad de riesgo se delinearán en base a los *Restatement of the Law* del Derecho estadounidense. Esta suerte de recopilaciones jurídicas privadas, acerca de una determinada rama jurídica donde se señalan “...los criterios vigentes o la forma en que el derecho debería ser”¹²⁸, elaborada por la Asociación Americana de Escuelas de Derecho, ha adquirido una particular fuerza, y se ubica como fuente del Derecho estadounidense que aparece por debajo de la jurisprudencia, pero por encima de la ley.

En particular, en el *Restatement of the Law Third, Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*, que aquí llamaremos “recopilación tercera”, contiene una teoría muy afianzada acerca de lo que son las “actividades anormalmente peligrosas”¹²⁹, establece una serie de criterios para su identificación, vale decir, una serie de condiciones que cualificarían las actividades peligrosas cotidianas. En primer la actividad de tener una peligrosidad elevada para la producción de daño, a su vez, debe ser previsible para su titular. Además, la actividad debe mantener dicho carácter de especial peligrosidad aun cuando todos los intervinientes hayan tomado todos los recaudos relativos a su rol. Por último no debe catalogarse como una actividad de uso común.

Una vez presentados los criterios, a los cuales -lógicamente- se les añadirá uno más, se desarrollarán a fines de lograr identificar a la problemática del uso autorizado de agrotóxicos realizado diligentemente como una actividad especialmente peligrosa, o -sencillamente- un *riesgo especial*. Lo que aquí se procura es enriquecer la construcción de Jakobs, superar las críticas y

¹²⁷ Se utiliza el vocablo “agrotóxico” para denotar la peligrosidad (toxicidad) de estos productos, los cuales pueden ser: pesticidas, herbicidas, plaguicidas, funguicidas, insecticidas, fertilizantes, agroquímicos, o se particulariza con el más famoso de los últimos años, el glifosato, especial contenido del producto *Roundup*, que hoy produce Bayer, habiéndolo heredado de Monsanto.

¹²⁸ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Common Law: especial referencia a los Restatemente of the Law en Estados Unidos*, publicado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>.

¹²⁹ Cf THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Torts. Liability for Physical and Emotional Harm*. Vol. 1, §§ 1 a 36, Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Philadelphia, Pennsylvania, on May 16, 2005. St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2010, en KUBICA, *op. cit.*, pg. 686.

brindar mayor grado de seguridad jurídica en su aplicación, más allá de la construcción casuística que este ha elaborado.

En concreto se analizarán, en algunos casos de forma más pormenorizada, los cinco criterios o indicadores objetivos de *riesgo especial*, tres de ellos, serán positivos (deben concurrir) y dos negativos (no deben darse). Los positivos son:

Elevada probabilidad de producción de daño. Este indicador toma en cuenta dos factores, la probabilidad de producción de daño y su gravedad eventual, sin embargo, no es necesario que estén ambos presentes.

En materia del uso de agrotóxicos, el proceso de *sojización* o del “desierto verde” ha sido la principal causa del cambio en el modelo agricultor argentino. El cultivo de la soja, por su fuerte impacto en la demanda internacional, ha adquirido un exclusivo protagonismo, desplazando a cualquier otro cultivo o actividad que se desarrolle en el ejido rural de la mayor parte de Argentina. Y para lograr una producción eficiente, nada mejor que un pesticida poderoso que elimine cualquier tipo de maleza o plaga que pretenda afectar la mina de oro verde. Así, se comenzaron a utilizar productos de una potencialidad inigualable, pero que la soja no lograba soportar. Por ello, se transgenizó y se logró una semilla capaz de soportar los embates de cualquier agrotóxico.

La utilización de agrotóxicos permite la generación de un 60 % más de la producción, como así también proteger los cultivos de las plagas y malezas. Además, se genera un producto que se comercializa en cantidades siderales hacia el exterior, lo que equivale al ingreso de una gran masa de divisas.

Los cultivos de soja, en primer lugar, desplazaron a los montes frutales, criadero de animales pequeños, tambos y chacras de agricultores de baja escala. Empero, el monocultivo siguió avanzando y llega a poblaciones que se encuentran en el cinturón urbano. De ese modo, las aerofumigaciones afectan de manera directa a las poblaciones.

En particular, atañe indicar que en Argentina, el agrotóxico más vendido y más utilizado es el glifosato. Se trata de “...*un herbicida de amplio espectro, no selectivo, utilizado*

*para eliminar malezas indeseables (pastos anuales y perennes, hierbas de hoja ancha y especies leñosas) en ambientes agrícolas, forestales y paisajísticos”*¹³⁰.

Consiste en un poderoso agrotóxico que a su alto rendimiento en el agronegocio se le corresponde su alto riesgo para la salud humana y el ambiente. Su componente es capaz de generar diversos cuadros por toxicidad u otros efectos indeseables (de acuerdo a diferentes ensayos en animales), a saber:

- Toxicidad aguda (síntomas de envenamiento, irritación ocular, náuseas, mareos)
- Toxicidad subcrónica (aumento de enzimas hepáticas, disminución de peso, diarrea)
- Toxicidad crónica (disminución de peso, cataratas, muerte de células hepáticas, inflamación renal)
- Efectos cancerígenos (incremento de tumores testiculares, de cáncer de tiroides, de páncreas e hígado).
- Efectos reproductivos (afectó la calidad del semen y la cantidad de espermias).

La Organización Mundial de la Salud reclasificó al glifosato y lo consideró como “probablemente cancerígeno”, mediante Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer¹³¹. No debe perderse de vista que, recientemente, a partir de diversos informes del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria¹³², se logró descubrir que en frutas y verduras destinadas al consumo de los argentinos había más de 80 agrotóxicos, incluso productos de comercialización prohibida¹³³. Para terminar de dimensionar la peligrosidad del glifosato, en

¹³⁰ Informe elaborado por el Grupo de Reflexión Rural en 2006, denominado “Pueblos fumigados. Informe sobre la problemática del uso de plaguicidas en las principales provincias sojeras”.

¹³¹ <https://www.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/07/MonographVolume112-1.pdf>.

¹³² Organismo estatal argentino encargado de la fiscalización de productos y subproductos de origen animal o vegetal.

¹³³ “En las distintas muestras de acelga se hallaron restos de 28 agroquímicos, 16 de los cuales no están autorizados para ese cultivo. Es lo que se conoce como “desvío de uso”: cuando se aplica un veneno para un alimento que no tiene permiso. En la acelga también se detectaron tres sustancias prohibidas (DDT, endosulfán y metamidofos), además de diazinon, y varios agroquímicos con valores por encima de los límites autorizados. Tal el caso de la deltametrina: el máximo permitido es de 0,05 mg/kg, pero en una partida de Misiones se detectó 2,2 mg/kg, es decir, 44 veces por encima del tope legal. Se trata de una sustancia “moderadamente peligrosa”, capaz de provocar coreoatetosis, hipotensión, daño prenatal y shock, según el registro de la Universidad Nacional de Costa Rica” (“¿Qué comemos los argentinos?: los increíbles resultados de los controles del Senasa sobre frutas y verduras”, publicado en el portal infobae.com el 30 de julio de 2008, <https://www.infobae.com/sociedad/2018/07/30/que-comemos-los-argentinos-los-increibles-resultados-de-los-controles-del-senasa-sobre-frutas-y-verduras/?outputType=amp-type>).

2016, salió a la luz un informe elaborado por investigadores del CONICET que demostraron la existencia de altos niveles de dicha sustancia en la cuenca del río Paraná.

De acuerdo al criterio que fuera desarrollado inicialmente por la “recopilación tercera”, “[e]l riesgo muy elevado como el que se traduce en una alta probabilidad de producción del daño o una especial magnitud de éste, ha sido reconocido por los tribunales en los siguientes supuestos [...] pulverización de herbicidas desde un avión sobre el campo de un vecino por una sustancial e incontrolable probabilidad de producción del daño (a la luz de la legislación vigente en Oregon, que permite la pulverización de los campos con pesticidas y herbicidas sólo si ésta no causa daño al otro, la actividad del demandado ni tan siquiera requería prueba de su anormal peligrosidad...”¹³⁴, tal cual sucediera en el precedente caratulado *Bella v. Aurora Air, Inc.*, 566 P.2d 489 (Or. 1977).

Previsibilidad del riesgo. La cualificación de riesgo llevado a cabo por el potencial autor deberá serle conocida, o al menos, cognoscible. No se refiere al conocimiento (potencial o real) de la situación de peligro concreta generada en desmedro de la víctima, su colocación en necesidad, de desamparo, sino al conocimiento del autor de que su actividad es especialmente peligrosa. Si alguien utiliza agrotóxicos para su producción agraria sabe el riesgo inherente a ella, o debería saberlo.

En este sentido, Stratenwerth alega que “...tiene reconocimiento mayoritario la regla de que el actuar precedente fundamenta responsabilidad solamente para aquellos peligros que estén vinculados a él de modo previsible. Pues dado que la responsabilidad está fundamentada por la conducta previa, ella sólo puede extenderse a aquellas consecuencias que, al ser conocibles *ex ante*, también tendrían que haber sido tenidas en cuenta de antemano”¹³⁵.

A modo de construir el concepto de previsibilidad del *riesgo especial* en materia del uso de agrotóxicos, concierne la constatación de qué sucede en el ámbito científico, social y estatal en torno a su respecto.

En primer lugar, debe destacarse la “controversia científica” relativa al uso de agrotóxicos. Si bien, existieron las primeras manifestaciones vinculadas al problema que traía

¹³⁴ KUBICA, *op. cit.*, pg. 693.

¹³⁵ STRATENWERTH, *op. cit.*, pg. 389.

aparejado su utilización en diferentes poblaciones de Argentina y de la intervención pública del investigador Andrés Carrasco¹³⁶, Berros, “...en miras reconstruir la controversia científica”¹³⁷ analiza tres documentos que tuvieron una vital importancia en la resignificación del uso de agrotóxicos. El primero, titulado “Evaluación de la información científica vinculada al glifosato en su incidencia sobre la salud humana y el ambiente”, a cargo de un consejo interdisciplinario reunido por la Comisión de Investigación sobre Agroquímicos en el cual se realizaron diversos estudios acerca los residuos de glifosato en alimentos y los efectos dañinos detectados en mamíferos. El segundo, elaborado por diferentes investigadores de la Universidad Nacional del Litoral (de varias de sus unidades académicas), en donde se puntualizó que “[n]o existen agroquímicos inocuos. Todas las sustancias de uso fitosanitario, entre las que se incluye el glifosato, presentan toxicidad y por ende algún grado de peligrosidad tanto respecto a la exposición aguda como crónica”¹³⁸. En tercer lugar, Berros cita el Informe de la Comisión Provincial de Investigación de Contaminantes del Agua de la Provincia de Chaco (también de carácter interdisciplinario, conformado por organismos académicos y estatales), a partir de la casi quintuplicación de casos de niños nacidos con malformaciones en 10 años, se concluyó que “[c]onsiderar que este incremento de la casuística coincide con la expansión de la frontera agrícola...”¹³⁹.

Paralelo a ello, debe remarcarse la intervención de la Cámara de Sanidad Agropecuaria y Fertilizantes (CASAFE) y la Cámara de Industria de Fertilizantes y Agroquímicos (CIAFA), que -luego de la primera entrevista hecha a Carrasco en la cual adelantaba sus primeras conclusiones- publicó un comunicado afirmando que el uso de agroquímicos permitía el crecimiento de la economía del país, y que ya la OMS había dispuesto que poseen una baja toxicidad aguda.

Debe subrayarse que la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura ensalzó que cerca del 40 % de la producción mundial de cultivos se pierde por malezas o plagas, y el glifosato permite evitar dicha pérdida, y afirma que “[s]e realizó una

¹³⁶ Fue quien realizó diversos estudios sobre embriones anfibios demostrando el impacto del glifosato en malformaciones.

¹³⁷ BERROS, María Valeria, *Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina*, Santa Fe, 2013, ISBN 978-987-33-6902-5, pg. 78.

¹³⁸ Cita del informe en BERROS, *op. cit.*, pg. 80.

¹³⁹ Cita del informe en BERROS, *op. cit.*, pg. 82.

extensa investigación para examinar los posibles impactos del glifosato en la vida silvestre. Estos estudios juegan un papel esencial y, colectivamente, demuestran que los usos aprobados del glifosato no representan una amenaza para la salud de la fauna animal”¹⁴⁰.

Berros expresa que “[d]e una lectura de los reportes la idea que cristaliza o que por momentos se infiere de manera subyacente es la carencia de estudios contundentes sobre diferentes aristas de la problemática, la imposibilidad de su traspolación directa al contexto argentino, la existencia de resultados contradictorios y, por tanto, la necesidad de impulsar investigaciones a los efectos de conocer de manera más acabada las posibles consecuencias que para el ambiente y la salud podrían tener las diferentes manifestaciones del uso del glifosato”¹⁴¹.

A mayor grado de incerteza o de opiniones encontradas en el campo de las ciencias duras, mayor resultará la peligrosidad, y con ello, el ejemplo del uso de agrotóxicos es de significancia ya que la ciencia no conoce con total seguridad cuáles son los porcentajes de riesgo, ni siquiera si son riesgosos o no.

Para ello, herramientas del Derecho civil posmoderno como el principio precautorio habilitan la toma de decisiones cuando la ciencia no tiene una opinión unívoca sobre una determinada actividad.

En el ámbito estatal debe enfatizarse el “alto grado de normación y regulación sobre el uso de agrotóxicos”. A diferencia de los riesgos genéricos o cotidianos de la vida, las actividades que se tildan como especialmente peligrosas poseen un sinnúmero de normas que regulan la actividad, e imponen diversas medidas de seguridad para su desarrollo. Y lo propio sucede con los agrotóxicos. La cantidad (y calidad) de normas dictadas con el propósito de regular (y ceñir) una actividad evidencia que el Estado Soberano considera que existen áreas que son más peligrosas.

Tal es su especial peligrosidad que en Argentina se ha creado, en la órbita del Ministerio de Salud, la Comisión Nacional de Investigación sobre Agroquímicos¹⁴², “...con el

¹⁴⁰ <https://www.bayer.com/en/about-glyphosate-based-herbicides-and-their-role-in-agriculture.aspx>.

¹⁴¹ BERROS, *op. cit.*, pg. 79.

¹⁴² Otro organismo interdisciplinario conformado por representantes de los Ministerios de Salud, de Agricultura, Ganadería y Pesca, de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva y de Trabajo, por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, y delegados de otros organismos autárquicos tales como ANMAT, INAL, INTA, SENASA,

objetivo de investigar, prevenir, y brindar asistencia y tratamiento a las personas expuestas al uso de productos químicos y sustancias agroquímicas y con el propósito de promover la salud pública y la integridad del ambiente en todo el territorio nacional”¹⁴³.

A su vez, se ha creado el Programa Nacional de Prevención y Control de Intoxicaciones por Plaguicidas y Químicos para Uso Agrícola, en el marco del cual se imponen deberes de informar cualquier tipo de lesión o síntoma lesivo que sufra una persona expuesta a agroquímicos. Además, tiene por objeto “...*objeto identificar y relevar los factores de riesgo para la población y vigilar las intoxicaciones por plaguicidas y químicos para uso agrícola en todo el territorio de la República...*”¹⁴⁴. En ese marco, se prevé -entre otros aspectos- la creación de Unidades Centinela de Vigilancia de las Exposiciones e Intoxicaciones por plaguicidas y químicos para uso agrícola”, que tiene como meta la identificación de los casos de intoxicación y sus circunstancias, además de “[p]romover estudios epidemiológicos sobre la incidencia de tumores y de malformaciones congénitas y su posible asociación con la exposición a plaguicidas y químicos para uso agrícola”.

De igual modo, en el terreno del Programa de mención, se concibieron una serie de directrices básicas para el uso responsable de agrotóxicos, y tiene como fin último “...*prevenir daños a la salud y el ambiente...*”¹⁴⁵, entretanto se erigen como principios básicos que “[l]os agroquímicos no son inocuos para la salud humana ni para el ambiente, aunque su peligrosidad varía según su grado de toxicidad y su formulación” y que “[e]l uso de agroquímicos puede ser minimizado mediante un manejo integrado de plagas que incluya el monitoreo continuo de adversidades tales como malezas, plagas y enfermedades”.

De todas las normas y documentos desplegados se advierte fácilmente que el Estado Argentino es consciente de que el uso de agrotóxicos es una actividad particularmente peligrosa, que debe regularse, mitigarse, y que los supuestos de afectaciones (humanas o ambientales) deben ser reportados, observados mediante diferentes organismos. Además, los diferentes niveles

CONICET, INTI y Superintendencia de Riesgos del Trabajo, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y las Honorables Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación

¹⁴³ Extraído del sitio <http://www.msal.gob.ar/agroquimicos/>

¹⁴⁴ Artículo 2° del decreto que crea el programa.

¹⁴⁵ Guía de Uso Responsable de Agroquímicos, Buenos Aires, 2011.

de poder, establecen pautas cada vez más estrictas relacionadas con las líneas (distancias) de fumigación, lo que demuestra la especial peligrosidad de esta actividad.

Para finalizar el indicador de la previsibilidad del *riesgo especial*, concierne acentuar qué sucede en la sociedad, ya que es su configuración la que establecerá cómo regular a la injerencia, y qué esperar de cada quién. Este apartado se denominará “resistencias sociales”.

Previo a realizar una breve referencia a algunos conflictos suscitados en diferentes grupos poblacionales en Argentina a raíz de la utilización de agrotóxicos, es ineludible adoptar y poner de manifiesto desde qué construcción de la teoría social se valorarán.

Desde los diferentes estudios que hay en torno al riesgo¹⁴⁶, una de las visiones que aquí más aportan a la inteligencia de cómo se percibe el riesgo, es la de Douglas, quien, desde la antropología instituye el concepto de “percepción social del riesgo”, entendido como la experiencia de un determinado grupo de personas en torno a ciertas actividades respecto de las cuales existen lo que ella denomina riesgos adicionales (*riesgos especiales*, actividades peligrosas por encima de la “carga normal de riesgo”¹⁴⁷). Se trata de una mirada constructivista de la mirada o la percepción del riesgo, lo que “construye” no es el riesgo (es real), lo que se construye es la mirada, la percepción de la sociedad a su respecto.

En pocos supuestos, determinadas porciones poblacionales se levantan y marchan frente a la opresión y el peligro que representan para ellas el devenir de los avances de la ciencia. Sin lugar a dudas, el alzamiento y la proclama social marca y define el ámbito de interacción cuestionado como uno respecto de los cuales hay que poner atención.

En el caso argentino, existieron un sinnúmero de ejemplos de resistencias referidas al uso de agrotóxicos, y aquí sólo se van a citar las más emblemáticas.

A 7 kilómetros de la ciudad de Córdoba, se sitúa el barrio “Ituzaingó”. A fines de 2001, algunas madres comenzaron a advertir una cantidad poco común de casos de cáncer en niños, a través de un estudio de “epidemiología popular”¹⁴⁸, preguntando casa por casa, y llevando la contabilidad en un pequeño cuaderno. Demostraron que había un 50 % más que la

¹⁴⁶ Ver nota al pie n° 12.

¹⁴⁷ DOUGLAS, Mery, *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996.

¹⁴⁸ Ver BERROS, *op. cit.*, pg. 58-59.

media a nivel nacional. En virtud de ello, se solicitó la realización de diversos estudios y se descubrió que en los tanques de agua había agroquímicos¹⁴⁹. *“A principios de 2004 un médico que trabajó junto al grupo de madres verificó 150 enfermos de cáncer. Hoy los casos llegan a 200 sin contar Lupus, Púrpuras, Anemias Hemolíticas, Artritis Reumatoide, alergias respiratorias y de la piel, enfermedades neurológicas y endocrinas. Hay jóvenes de 18 a 25 años con tumores en la cabeza, de 22 y 23 años que han muerto, 13 casos de leucemia en niños, jóvenes y adultos, casos de malformaciones como Síndrome de Fryn, Espina Bífida, malformaciones de riñón, Osteogénesis y malformaciones en fetos de embarazadas”*¹⁵⁰. Se judicializó el conflicto, y la Cámara Primera del Crimen que condenó a dos personas a tres años de prisión de ejecución condicional por el delito de contaminación ambiental¹⁵¹ (ley de residuos peligrosos, n° 24.051).

Asimismo, el Grupo de Reflexión Rural, creado a fines de debatir los impactos del capitalismo global, a principios del año 2006, creó la campaña “Paren de fumigar”, con el objetivo de concientizar acerca de la peligrosidad del uso de agrotóxicos y de identificar las poblaciones afectadas en la región de Córdoba y Santa Fe. Allí se pudo individualizar pequeños grupos poblacionales severamente perjudicados por el uso de agrotóxicos en cercanías. Las localidades cordobesas de Monte Cristo, Mendiolaza y San Francisco, y las santafesinas de Las Petacas, Piamonte, Alcorta, Máximo Paz son algunos de los ejemplos donde se logró descubrir fumigación indiscriminada con agrotóxicos en los campos de la zona con cultivos de soja, residuos peligrosos que descargan al aire los secaderos de granos, pulverizaciones en campos aledaños a las viviendas, envases de agrotóxicos tirados en caminos y canales, depósitos de agrotóxicos ubicados en lugares cercanos, etc.

Por último, debe acentuarse la actuación del gremio docente (AGMER) en toda la provincia de Entre Ríos, en torno a la problemática de las fumigaciones cercanas a escuelas rurales, lo que arribó a resultados positivos de condena. Al día de hoy, todos los días martes, a las 20,15 hs. se realiza una ronda a la Casa de Gobierno de la provincia (ciudad de Paraná, su capital)

¹⁴⁹ Además, tanto en el aire como en el suelo se encontraron otros componentes peligrosos, tales como plomo, arsénico, cromo, PVC, etc.

¹⁵⁰ Informe “Pueblos fumigados...”, pg. 20.

¹⁵¹ 04/09/2012.

en reclamo por el modelo de producción agraria basado en el uso de agrotóxicos, organizado por la ONG Foro Ecologista de Paraná¹⁵².

Todo lo expuesto pone en evidencia que la actividad que aquí se está describiendo constituye un riesgo elevado, y los responsables de dichas actividades (fabricantes y productores agropecuarios) conocen, o deberían conocer, que el uso de agrotóxicos está altamente regulado por los poderes públicos, ha generado múltiples resistencias en el país, y genera controversia científica acerca de su especial toxicidad.

Responsabilidad civil objetiva refleja. Como ya se explicara anteriormente, y de acuerdo a las consideraciones de Jakobs, la injerencia se restringiría demasiado si sólo se sopesaran comportamientos previos antijurídicos, puesto que “[e]l *sinálgama libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede reconocer en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleve una responsabilidad objetiva*”¹⁵³, como sucede en el tráfico rodado, o en la responsabilidad objetiva, o -como aquí se entiende- ocurre en materia de utilización de agrotóxicos.

En virtud de lo expuesto, otro de los criterios a ponderar al momento de calificar el riesgo que conlleva una determinada actividad es el correlato regulatorio de la responsabilidad objetiva por daños provocados, y ese es el caso que prevé el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual prevé que “[t]oda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”¹⁵⁴.

No implica una sobreabundancia aclarar que no forma parte de las condiciones utilizadas en la “recopilación tercera” estadounidense ya ella está referida a la responsabilidad civil objetiva, por tanto, aquí se utiliza su correlato como un indicador objetivo más.

¹⁵² <https://www.elonce.com/secciones/parana/617198-se-realizn-la-ronda-de-los-martes-contra-el-uso-de-agrotoxicos.htm>

¹⁵³ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pg. 157.

¹⁵⁴ Artículo 1757.

El uso de agrotóxicos, para la doctrina civilista, se enmarca en las actividades riesgos que darían lugar a responsabilidad civil objetiva, vale decir, que la autorización administrativa ni el cumplimiento de las técnicas de prevención resultarían eximentes. En este sentido, “[I]a utilización de agroquímicos como herbicidas, insecticidas, fungicidas y fertilizantes por parte de los productores rurales -generalmente empleados para preparar los campos para la siembra a través de las fumigaciones aéreas o terrestres- produce serios daños a la salud de los trabajadores y de aquellos que habitan principalmente en la interfase agro-urbana. Podemos decir, consecuentemente, que esta actividad se encuadra, en los términos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, dentro del grupo de las llamadas ‘riesgosas o peligrosas’. En ella destacamos que la actividad derivada del uso de agroquímicos se enrola en ‘riesgosa no solo por los medios empleados (utilización de sustancias químicas), sino también por las circunstancias de su realización...’¹⁵⁵.

Acerca de los requisitos negativos (aquellos que no debe concurrir para que un riesgo sea *calificado -especial-*) encontramos la no intervención imprudente (cuanto menos) en el conflicto de parte de los intervinientes y la no realización común de la actividad.

Falta de intervención de la víctima y del autor en carácter imprudente. Significa que ambos intervinientes en el conflicto deben haber tenido un comportamiento ajustado a una correcta organización. Puede que se originen escenarios que *-a priori-* posean una apariencia de *especial peligrosidad*, empero, si sus participantes empleasen su debida diligencia, eliminarían el contenido de riesgo cualificado y se trataría de una situación de amenaza general cotidiana.

En lo que hace al comportamiento del potencial autor no resulta de difícil comprensión ya que si obra trasvasando los límites de la permisión de riesgo no habría necesidad de tratar de identificar -siquiera- las restantes condiciones objetivas que hacen a la existencia de un *riesgo especial*.

En este sentido se ha pronunciado Jakobs en las diferentes citas bibliográficas que fueran analizadas en este trabajo. Jakobs asevera que puede ser que el conflicto sea “... ‘sobrepujado’ por la víctima mediante un comportamiento contrario a sus obligaciones.

¹⁵⁵ VERNETTI, Ana; OVIEDO, Claudia y MACEIO, María, *El daño a la salud derivado de la utilización de agroquímicos en la actividad agrícola*, publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, Número 9, 2013, cita IJ-LXVIII-754.

Ejemplo: Si una persona ebria -a consecuencia de su estado- cae de la acera delante de un vehículo conducido correctamente por su conductor, la víctima ha hecho uso de más libertad especial que el conductor, y por ello no se derivan deberes de salvamento para este último”¹⁵⁶.

Sobre la intervención de la víctima, en primer lugar, resulta indicado aclarar que su incumbencia debe impactar de manera directa en la creación del estado de posible daño que la amenaza. Su comportamiento arriesgado (en violación a los deberes de autoprotección) debe verse concretado en curso lesivo iniciado. Quien ebrio comienza a cruzar la calle, tambaleándose, impedirá que nazcan en el conductor deberes de garante en el caso de ser colisionado. En definitiva, la situación de peligro para su integridad, por ejemplo, debe ser realización de su ligereza vital. Con todo, puede ocurrir que una conducta negligente de parte de la víctima no sea la que explique el inicio de su situación de desamparo. Verbigracia, si una persona sale desnuda a la calle en un crudo invierno, y resulta atropellada y herida por un conductor de un automóvil que no logró frenar en el semáforo debido a una falla desconocida e súbita, generará obligación de evitación por parte del segundo, ya que su negligencia lo expone a fuertes resfríos o estados gripales pero no a ser arrollada por vehículos a motor.

Es inteligible que la generación de un cuadro de peligro para la víctima desencadenará deberes de solidaridad mínima, a pesar de que concurra un descuido relevante de su parte.

La actividad no debe ser considerada de “uso común”. Por último, la “recopilación tercera” introduce este criterio negativo para refutar la identificación de una actividad determinada como cualificadamente peligrosa. En palabras de Kubica, “[e]l riesgo muy elevado de producción del daño inherente en una actividad llevada a cabo por el demandado, previsible e irreducible a través del ejercicio de diligencia debida por parte de todos los actores, no será suficiente para clasificar ésta como anormalmente peligrosa si tal actividad a la vez es de uso común”¹⁵⁷. Una actividad será de “uso común” cuando sea realizada por una porción pequeña de la sociedad, o cuando, si bien es llevada a cabo por sólo algunos ciudadanos, la actividad desarrolla beneficios para la mayoría.

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther, *La omisión: estado de la cuestión*, publicado en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Barcelona, 2000, pg. 139.

¹⁵⁷ KUBICA, *op. cit.*, pg. 703.

De acuerdo al Censo Nacional Agropecuario de 2018, en Argentina, de 151 millones de hectáreas destinadas al uso agrícola, sólo existen 236 mil explotaciones, o emprendimientos dedicados a ello. En Argentina, en base a diferentes proyecciones realizadas, en 2020 habría un total de 44 millones de habitantes. De toda esa población, sólo 1 de cada 186 habitantes posee una empresa destinada a la explotación agraria. Ello demuestra que no se trata de una actividad que pueda ser catalogada de uso común.

En relación al beneficio de la mayoría, cerca del 60 % de la producción anual de soja es exportada¹⁵⁸.

Esta idea se ve plasmada en que “...*la imposición de la responsabilidad objetiva estará más justificada cuando los riesgos dimanantes de la actividad en cuestión afecten a terceros, mientras que los beneficios derivados de ella se ven concentrados entre unos pocos*”¹⁵⁹.

Conclusiones del capítulo

1- Si bien los fines particulares pueden ser diferentes, el Derecho penal y civil están orientados en un único objetivo común: la protección igualitaria de la libertad de los ciudadanos.

2- Es posible establecer indicadores o criterios objetivos orientadores para poder identificar a los *riesgos especiales*.

3- Se postula que la elevada probabilidad de producción de daño., la previsibilidad del riesgo, y la correspondiente responsabilidad civil objetiva son criterios positivos de determinación de los *riesgos especiales*

4- La previsibilidad, en el caso del uso autorizado y diligente de agrotóxicos, puede estar cimentada en la existencia de controversia científica, de un alto grado de normación estatal, y de múltiples resistencias sociales a su respecto.

5- La especialidad del riesgo podrá afirmarse en la medida en que no concurra negligencia de parte de la víctima (o autor).

6- La actividad cualificadamente peligrosa no debe ser de “uso común”, ni en beneficio de una porción significativa de la sociedad.

¹⁵⁸ <https://www.lanacion.com.ar/economia/campo/la-argentina-podra-exportar-harina-soja-china-nid2286384#:~:text=La%20Argentina%20es%20el%20mayor,por%20unos%20US%241600%20millones.>

¹⁵⁹ KUBICA, *op. cit.*, pg. 694.

CONCLUSIONES

A lo largo de todas estas páginas se intentado estabilizar el concepto de *riesgo especial*, precisando cuáles son los cimientos en la tesis de Jakobs, sobre la cual se postula la pertinencia de admitir la posición de garante de quien, en ejercicio de una actividad que lleva intrínseco un riesgo superior a la peligrosidad habitual, propicia una situación de peligro de lesión para otro, debiendo -por ende- evitar su concreción.

Las ideas aquí vertidas tienen por objetivo enriquecer el concepto, aportando desde una mirada interdisciplinaria. Es por ello que se pretendió identificar algunos criterios o condiciones que permitan identificar la existencia de un *riesgo especial*.

La cuestión acerca de la admisión de este concepto se puede reconducir a la discusión relativa a la armonía que debería -o no- existir entre el Derecho privado y el Derecho penal. Quienes propugnen que el quehacer penal debe ocuparse por construir sus propios conceptos y fundamentos, independientes de lo establecido en la legislación civil, no cobijarán la posibilidad de que el hacer previo se funde en un hecho previo conforme a deber pues ello implicaría aceptar la responsabilidad penal objetiva. Al contrario, como se intenta postular aquí, el Derecho civil y penal se encuentran unidos por un único fin, que es la protección igualitaria de la libertad. En base a ello es que se pueden construir deberes de garante únicos para una y otra área normativa.

Si acaso la dogmática jurídico-penal observa a la configuración de la sociedad a fin de determinar los niveles de permisión de riesgo ¿Por qué no podría mirar al todo social a fin de caracterizar determinadas actividades que, pese a estar autorizadas y debidamente ejecutadas, por su especial peligrosidad, y las ventajas que trae aparejado su ejercicio, como generadoras de deberes de garante cuando si dimanen consecuencias potencialmente lesivas frente a los demás?

Ha llegado el momento de dejar de construir casos de laboratorio, intrínsecamente intrincados, y escuchar qué nos dice la estructura de la sociedad.

Desde la perspectiva del Derecho penal decimonónico, se partía desde una mirada atomizada del conflicto, y la búsqueda por una solución dogmáticamente correcta primaba por sobre una materialmente justa, adecuada a los conflictos que se plantean en la sociedad actual.

La tarea, en estos tiempos, está en la prevención del daño. No se trata del castigo, sino del control; no se trata de la retribución, sino del aseguramiento “...no se trata del pasado, sino del futuro”¹⁶⁰. Y si el Derecho privado, desde un prisma posmoderno, denota una especial peligrosidad en determinadas áreas de la interacción humana que son habituales, “...el Derecho penal no puede tomar otro camino”¹⁶¹.

¹⁶⁰ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pg. 46.

¹⁶¹ JAKOBS, *op. cit.*, pg. 140.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal*, Akal ediciones, Madrid, 1997.

BERROS, María Valeria, *Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina*, Santa Fe, 2013, ISBN 978-987-33-6902-5.

CONTRERAS, Lautaro, *La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán*, publicado en Polít. crim. Vol. 12, N° 23 (Julio 2017), Art. 1, pp. 1-55.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi*, IdDret 4/2018, Barcelona.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Comisión por omisión y principio de legalidad. el artículo 11cp como cláusula interpretativa auténtica*, Revista De Derecho Penal Y Criminología, 2.^a Época, n.º extraordinario 2 (2004) pág. 279-315.

DOUGLAS, Mery, *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996.

FOUCAULT, Michel, *La arqueología del saber*, Siglo XXI editores, México, 2010.

FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GARCÍA FALCONI, Ramiro y ORNA PEÑAFIEL, Ángel, *Análisis crítico de las teorías de la injerencia en el delito omisivo*, artículo publicado en dialnet.unirioja.es el 13/08/2018).

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Ministerio de Justicia (centro de publicaciones), vol. L, Madrid, 1977.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Common Law: especial referencia a los Restatemente of the Law en Estados Unidos*, publicado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>.

HASSEMER, Winfried y MOÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2007.

JAKOBS, Günther, *La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión*, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

JAKOBS, Günther, *La omisión: estado de la cuestión*, publicado en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Barcelona, 2000.

JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

JAKOBS, Günther, *Teoría y praxis de la injerencia*, publicado en el *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, Bosch Casa Editorial SA, Barcelona, 1981.

KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

KUBICA, Maria Lubomira, *El riesgo y la responsabilidad objetiva (tesis doctoral)*, Dipòsit legal: Gi. 2076-2015, <http://hdl.handle.net/10803/328430> (Universitat de Girona).

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, Ediciones Ariel, Barcelona.

MOLINA, Gonzalo Javier, *Delitos de omisión impropia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo II*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007.

ROXIN, Claus, *Injerencia e imputación objetiva*, *Revista penal*, ISSN 1138-9168, Nº 19, 2007.

SARRABAYROUSE, Eugenio, *Responsabilidad penal por el producto*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

SEELMANN, Kurt, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, B de F editorial, Buenos Aires, 2006.

SOZZO, Gonzalo, *Introducción a la obra El gobierno de los riesgos*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2007.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, Ed. Civitas, Navarra, 2005.

VERNETTI, Ana; OVIEDO, Claudia y MACEIO, María, *El daño a la salud derivado de la utilización de agroquímicos en la actividad agrícola*, publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, Número 9, 2013, cita IJ-LXVIII-754.