

CAPACIDADES INDIVIDUALES Y CONDUCTA TÍPICA.

1.- Resumen.-

El texto pasa revista a la consideración, por la doctrina dominante, de las capacidades individuales del autor, superiores a la media, al momento de determinar si con su conducta ha creado un riesgo jurídico penalmente relevante. A continuación se toma posición a favor de un criterio generalizador “hacia abajo” en esta materia, con ciertas matizaciones.

2.- La evolución del “filtro” de la teoría del delito.

Como es sabido, desde su estructuración por el llamado sistema clásico, la teoría del delito ha pretendido ser un auténtico filtro que separe tempranamente lo jurídico penalmente relevante de aquello que no lo es¹.

En efecto, la distinción metodológica entre lo objetivo y lo subjetivo, para describir injusto y culpabilidad, respectivamente, respondió a la idea de constatar primeramente la existencia de una conducta externa subsumible objetivamente en el tipo, antes de auscultar el aspecto interno del individuo, de manera de satisfacer las exigencias del cogitatio poenam nemo patitur y los cardinales principios de exterioridad, legalidad y necesidad, entre otros.

Como expresa GARRIDO “la norma punitiva tiene naturaleza aseguradora de la libertad del hombre: si el sujeto no incurre en una conducta previamente descrita en la ley, no puede ser castigado. La concepción clásica del delito se alza, así, como uno de los fundamentos de mas valor de un estado de derecho. La ley penal no es un instrumento para cimentar el poder del Estado; al contrario, su objetivo es limitarlo frente al individuo”².

Las evoluciones posteriores, operadas por el neokantismo, igualmente se orientan en esa dirección, por cuanto el reconocimiento de elementos subjetivos y normativos al nivel del tipo, miran a excluir ciertas conductas de lo jurídico penalmente relevante, ya en el injusto³.

Pero como resalta BUSTOS “la teoría causalista tanto naturalista como valorativa no distinguió a nivel de injusto o teoría del delito entre un hecho punible doloso y uno culposo, ambos tenían la misma estructura y elementos...la tipicidad de un delito doloso y uno culposo no podía diferenciarse, pues significaba en ambos casos la descripción de un proceso causal”⁴.

A su turno, las propuestas del finalismo buscaban corregir los excesos de la acción en sentido causal, formulando su teoría de la acción final, lo que le llevó a distinguir una

¹ Cfr. YÁÑEZ PEREZ Sergio, “La evolución del sistema del derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 54, 1994, pp. 1175 y ss.

² GARRIDO MONTT Mario, *Derecho Penal parte general tomo II nociones fundamentales de la teoría del delito*, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 17 y 18.

³ Cfr. GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, p. 20.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ Juan, *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 23.

faz objetiva y una faz subjetiva tanto de ésta como del tipo, incorporando en este último las nociones de dolo y culpa.

“Pero la propuesta de Welzel no se detuvo en el plano óntico...puesto que en su nueva concepción de los bienes jurídicos no interesan al derecho penal todas las lesiones a ellos infringidas, sino solo aquellas capaces de trastornar las relaciones sociales que ellos comportan; de esta manera, podría decirse, en sentido figurado, que hay lesiones a los bienes jurídicos que por ser “socialmente adecuadas” no interesan al derecho penal”⁵.

Asimismo, a partir del tratamiento de la culpa, el finalismo tropieza con que “el ingrediente de la intencionalidad de la conducta no prestaba ninguna utilidad dentro del ámbito de la tipicidad” lo que en definitiva le llevó a la noción de deber objetivo de cuidado, de acuerdo con la cual “en el delito culposo se reprocha la no observancia del deber cuidado exigible en el desarrollo de la acción”⁶.

En cambio “para la literatura penal tradicional, la presencia del elemento objetivo del delito culposo, consistente en la producción del resultado típico y del elemento subjetivo, equivalente a su previsibilidad y evitabilidad individual, agotaban los presupuestos de punibilidad de esta clase de infracciones”⁷.

Sólo “desde la publicación de la monografía de Engisch y del Tratado de Hippel...la afirmación de que el delito culposo requiere de una doble infracción –la del cuidado objetivamente debido y la del subjetivamente posible- ha ido afirmándose progresivamente en la ciencia penal alemana, hasta encontrar consolidación definitiva en las aportaciones de la doctrina finalista”⁸.

Entre tanto, la determinación de la relación causal entre acción y resultado pasa del paradigma de la *conditio sine qua non*, a teorías como las de la causa adecuada y de la causa relevante, que vienen a constituir correctivos normativos a la primera.

Mas tarde, se desarrolla la teoría de la imputación objetiva que postula que frente a un resultado lesivo, no basta con que exista una relación causal entre éste y la conducta, sino que es menester que “dicha conducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado, perteneciendo el resultado acaecido al ámbito de protección de la norma vulnerada, es decir, que fuera uno de los que dicha norma estuviera llamada a evitar”⁹.

3.- La consideración de las capacidades individuales.-

⁵ REYES ALVARADO Yesid, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45, fascículo III, 1992, p. 941.

⁶ REYES ALVARADO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo 45, fascículo III, 1992, p. 942.

⁷ TORIO LÓPEZ Ángel, “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 27, fascículo I, 1974, p. 25.

⁸ TORIO LÓPEZ, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 27, fascículo I, 1974, pp. 26 y 27.

⁹ ALCÁCER GUIRAO Rafael, “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, fascículo II, 1996, pp. 473 y 474.

Pese a la evolución señalada, orientada a oponer un filtro objetivo y normativo a nivel del tipo, para discriminar entre lo jurídico penalmente relevante y aquello que no lo es, la gran mayoría de la doctrina tiende a considerar, de una u otra manera, como factor para la determinación ya sea del cuidado objetivo o del riesgo jurídicamente desaprobado, las capacidades y conocimientos especiales del autor.

En efecto, en el ámbito de los *delitos culposos*, para WELZEL “la determinación concreta de la conducta correcta para un autor determinado no se debe hacer sin tener en cuenta su capacidad; el cuidado necesario en el tráfico se diferencia según la capacidad del autor; el que es capaz de realizar correctamente la acción planeada debe realizarla de este modo en caso de que la lleve a cabo; el que no es capaz de realizar correctamente la acción planeada debe omitirla; para él, la “conducta correcta”, o el cuidado necesario en el tráfico, es la omisión de la acción”¹⁰.

ROXIN señala que “la solución materialmente correcta discurre entre medias de las dos concepciones extremas: las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben sin embargo emplearse. Por tanto, se ha de generalizar hacia “abajo” e individualizar hacia “arriba”¹¹.

CEREZO MIR afirma que “la medida del cuidado debido es independiente de la capacidad de cada individuo”¹², pero a continuación aclara que “el problema se plantea únicamente en relación con la capacidad y no con los conocimientos especiales del individuo. Estos últimos son tenidos en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva que sirve de base, como veremos, para determinar el cuidado objetivamente debido. El juicio de previsibilidad objetiva se lleva a cabo colocándose el juez en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, mas las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, así como el saber experimental excepcional del autor (saber nomológico)”¹³.

BUSTOS expresa que “si el sujeto actuante tiene conocimientos especiales, es evidente que sería absurdo que ellos no fuesen considerados, pues ellos pertenecen al ámbito de relación en que el sujeto actúa. Precisamente la situación típica está determinada en el delito culposo por un ámbito de relación específico, de modo que si se posee especiales facultades para actuar en ese ámbito, sería un contrasentido su no consideración...A quien no tiene las aptitudes para participar se le exige no hacerlo (salvo que las supla de otra manera), y a quien tiene aptitudes superiores se le exige aplicarlas”¹⁴.

HIRSCH señala que “en los casos en los que existe un estado de información adicional del autor en relación con la concreta situación de hecho y aquellos en los que una persona especialmente capacitada actúa en un ámbito que presupone sus capacidades

¹⁰ WELZEL Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (CEREZO MIR), Julio César Faura Editor, Montevideo, 2004, p.117.

¹¹ ROXIN Claus, *Derecho Penal parte general tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (LUZÓN PEÑA), Civitas, Madrid, 1997, p. 1015.

¹² CEREZO MIR José, “El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36, fascículo III, 1983, pp. 472 y 473.

¹³ CEREZO MIR, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36, fascículo III, 1983, p. 474.

¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, pp. 40 y 41.

especiales...en la determinación de la medida de cuidado hay que considerar ese estado de información...puesto que la medida del cuidado objetivo se orienta a una persona prudente en la situación del autor, lo que comprende el estado de conocimientos respecto al riesgo concreto del resultado”¹⁵.

En relación con la *imputación objetiva*, MIR PUIG expresa que “la delimitación de la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo resulta dificultada por la necesidad de tomar en consideración conocimientos y poderes especiales del sujeto. Hace ya tiempo que se haya extendida en la doctrina la opinión según la cual la imputación del resultado sólo es posible cuando la acción que lo causó era adecuada para producirlo a los ojos de un espectador imparcial situado en el momento de la acción (ex ante) y dotado, de los conocimientos especiales del sujeto, además de los que tendría una persona inteligente. Por otra parte, según un sector doctrinal que comparto, en el tipo omisivo y en el imprudente hay que tener en cuenta también las facultades individuales del sujeto”¹⁶.

REYES señala que “desde el punto de vista de la imputación objetiva es claro que a cada portador de roles le son exigibles determinadas formas de comportamiento, las cuales, a su vez, presuponen la existencia de ciertos conocimientos que cada persona, de acuerdo con el rol que desempeñe, debe poseer; las expectativas de comportamiento se basan entonces en los conocimientos y capacidades que un garante debe poseer. Eventualmente puede serle exigida a una persona la activación de sus conocimientos o capacidades especiales, pero ello dependerá siempre de que en virtud de su posición de garante exista para él un deber de actuación frente a determinadas situaciones”¹⁷.

A su turno JAKOBS afirma que “en el ámbito de la competencia por organización, puede que el autor sea garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten ciertos standards habituales de seguridad...en estos casos, cualquier conocimiento –con independencia del modo en que haya sido adquirido- de que no se están respetando los standards obliga a desplegar una actividad en el seno del rol y, en concreto, a encargarse de restablecer la situación standard”¹⁸.

“Además, el vínculo entre conocimientos y rol también puede ser organizado de manera actual por el autor, si adapta el comportamiento propio del rol a sus conocimientos, que de este modo pierden la cualidad de ser conocimientos especiales, es decir, conocimientos al margen del rol. Esta situación concurre siempre que el autor asuma la administración de un riesgo, que haya reconocido en virtud de sus conocimientos especiales, y en particular, cuando desvía el riesgo hacia otras personas”¹⁹.

¹⁵ HIRSCH Hans Joachim, (La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en el reflejo de la ZStW) (MELENDO / RUEDA), *Derecho penal: obras completas. Libro homenaje*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 164.

¹⁶ MIR PUIG Santiago, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, fascículo III, 1988, p. 673.

¹⁷ REYES ALVARADO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo 45, fascículo III, 1992, pp. 953 y 954.

¹⁸ JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en derecho penal* (CANCIO), Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 65.

¹⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 66.

“Puede suceder que forme parte del contenido de la institución una comunidad mas o menos completa entre garante y favorecido que en casos límite incluye todo conocimiento que el garante tenga, de modo que éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados comportamientos especiales”²⁰.

KINDHÄUSER expresa que “un deber jurídico-penal de acción se constituye si y sólo si un destinatario de la norma fiel a derecho, con los conocimientos y la capacidad física del autor individual, tendría que ejecutar u omitir una acción determinada para así evitar un resultado típico. Y si el destinatario de la norma no ejecuta o no omite tal acción, comete entonces una infracción de deber, que fundamenta la imputabilidad del resultado por él causado”²¹.

“Las exigencias que definen el cuidado esperado tienen que determinarse según cuáles sean los conocimientos del estado de cosas que tiene el autor individual...Para la determinación del deber de acción en el delito imprudente debe examinarse, entonces, cómo habría podido y tenido que comportarse alguien que dispusiera de los conocimientos que efectivamente tenía el autor, en caso que él se hubiera orientado, con eficacia para su acción, según los estándares de un participante del tráfico cuidadoso”²².

La importancia de considerar o no las capacidades individuales y los conocimientos especiales, en la determinación del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos o de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer escalón de la imputación objetiva, estriba en que ello incide en el alcance del ámbito de lo punible.

En efecto, si se opera con el criterio de la individualización, esto es, considerando las capacidades y conocimientos del autor concreto, entonces no quedará abarcada por el ámbito de lo injusto la conducta de quienes se comportan utilizando únicamente sus capacidades y conocimientos, aunque se encuentran por debajo de la media. En cambio, la conducta de aquellos que comportándose conforme a la media, no utilizan sus capacidades y conocimientos que los sitúan por sobre ella y que les permitirían evitar la lesión del bien jurídico, queda abarcada por el ámbito de lo injusto.

Al contrario, el criterio generalizador, que únicamente toma en cuenta las capacidades y conocimientos medios, comprenderá dentro de lo injusto la conducta de aquel que no satisface el estándar, aunque sus conocimientos y capacidades individuales no se lo permitan, mas no la conducta de aquel que se comporta conforme al baremo medio, aún cuando cuenten con capacidades y conocimientos especiales cuya aplicación evitaría la lesión del bien jurídico.

4.- Toma de posición.

El criterio generalizador, que desde luego nos conduce a no considerar las capacidades *inferiores al estándar del hombre medio*, debe preferirse por cuanto “si cada persona estuviera obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera

²⁰ JAKOBS, La imputación objetiva, p. 66.

²¹ KINDHÄUSER Urs, (Crítica de la teoría de la imputación objetiva. El tipo subjetivo en la construcción del delito) (MAÑALICH), artículo sin publicar, p. 9.

²² KINDHÄUSER, “Crítica de la teoría de la imputación objetiva”, p. 11.

posible, según su capacidad y estuviera facultado, con esa condición, para realizar cualquier tipo de actividad en la vida social, se produciría el caos mas absoluto. Ello supondría un grave quebranto para la protección de los bienes jurídicos”²³.

Como hace notar HIRSCH “en la contrariedad objetiva al cuidado se trata...de la lesión de una medida de conducta general válida para la correspondiente situación, medida por la que tiene que regirse el particular y por la que se orientan también los miembros de la comunidad entre sí en su conducta recíproca”²⁴.

“Las normas objetivas de cuidado son necesarias como standards de conducta recíproca. Dichas normas designan las exigencias mínimas según las que cualquiera tiene que dirigir su comportamiento....Las normas de conducta deben de producirse de modo que los miembros de la comunidad jurídica se puedan orientar mutuamente por ellas. En otro caso ya no podría mantenerse el principio de confianza –especialmente significativo en el tráfico motorizado-”²⁵.

En el mismo sentido ALCÁCER expresa que “la figura del espectador objetivo representa el juicio de la sociedad sobre la conducta examinada, o la figura del Juez como personificación del ordenamiento jurídico. Mas allá de esta afirmación, lo que se pretende con ese observador ficticio es dotar de racionalidad la valoración de la conducta, atendiendo a los conocimientos empíricos poseídos por la generalidad de las personas en el momento presente”²⁶.

“No es el propio autor del hecho quien determina la relevancia de su propia conducta, sino la norma, representado su juicio por ese espectador. Así, lo determinante para el injusto no es la representación que se haga el sujeto de su acción, sino lo que racionalmente –es decir, atendiendo a pautas de interpretación del mundo aceptadas por la mayoría- se determine”²⁷.

Un criterio individualizador extremo genera graves disfuncionalidades, por ejemplo, en materia de aplicación de medidas de seguridad ex post delito y en el ámbito de la autointoxicación.

Así, como explica CERESO “la inclusión en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, de la infracción de un deber subjetivo de cuidado, dificultaría la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales –su aplicación exige la realización de una acción típica y antijurídica- pues si el sujeto hubiera observado el cuidado para el que estaba capacitado realizaría una conducta atípica”²⁸.

En el mismo sentido HIRSCH señala que “en las medidas de seguridad resultaría que no podrían ser impuestas a un autor que fuera subjetivamente incapaz de prever el resultado típico, porque no sólo faltaría la culpabilidad sino ya típicamente lo injusto de la imprudencia...el derecho vigente, con buen fundamento, parte de un concepto unitario de hecho antijurídico y, con ello, asegura que las incisivas medidas del Código Penal Alemán

²³ CERESO MIR, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36, fascículo III, 1983, p. 473.

²⁴ HIRSCH, “La disputa sobre la teoría de la acción”, p. 156.

²⁵ HIRSCH, “La disputa sobre la teoría de la acción”, p. 160.

²⁶ ALCÁCER GUIRAO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, fascículo II, 1996, p. 485.

²⁷ ALCÁCER GUIRAO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, fascículo II, 1996, p. 486.

²⁸ CERESO MIR, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36, fascículo III, 1983, p. 478.

sólo deben ser aplicadas cuando la peligrosidad del autor se han manifestado en una acción típica y antijurídica”²⁹.

Entre nosotros, este argumento resulta plenamente utilizable, en la medida que el Código Procesal Penal exige también, para aplicar una medida de seguridad al enajenado mental, que éste hubiere realizado un hecho típico y antijurídico³⁰.

En lo relativo al tema de la autointoxicación HIRSCH explica que “el autor que es incapaz, como consecuencia de su embriaguez, de reconocer la posibilidad del resultado causado no dolosamente por él no podría realizar el tipo de un delito imprudente y, por eso, no podría cometer ningún hecho en estado de embriaguez típico y antijurídico”³¹.

En sentido similar, entre nosotros, HERNÁNDEZ afirma que “por simple aplicación de “las reglas generales” de imputación se puede apreciar en la autointoxicación plena provocada bajo ciertas circunstancias una infracción de deberes de cuidado y, con ello, una conducta imprudente. Así, nadie dudaría que el encargado del control de tráfico aéreo que se autointoxica plenamente y que en ese estado no realiza las actividades necesarias para evitar un accidente o las realiza mal, es responsable por dicho accidente, no ya por las acciones u omisiones realizadas en el estado defectuoso, sino porque la autointoxicación durante su turno representa en sí misma una infracción de sus deberes de cuidado a la que puede imputarse el accidente”³².

La misma vocación de generalidad de las normas de cuidado y de las expectativas normativas que ellas engendran, nos llevan a estimar improcedente considerar las *capacidades o destrezas superiores del autor y sus conocimientos especiales*. Como explica PIÑA “Si el rol constituye una estructura diferenciada normativamente y, a su vez, constituye un baremo objetivo de enjuiciamiento que consagra el estándar mínimo exigido, todo aquel que no pueda realizar dicho estándar debe abstenerse de desempeñar dicho rol. A la inversa, si alguien es capaz de desarrollar una actividad sobre el estándar, y de hecho lo hace, el rol garantiza que la defraudación de ello no será sancionada mientras haya cumplido con el estándar del rol”³³.

Mas no sólo por eso, sino que en función también del establecimiento de deberes de solidaridad adicionales que la consideración de dichas capacidades y conocimientos importaría.

En efecto como señala PIÑA “estos deberes sin duda son deseables, pero resulta dudoso que sea adecuado apereibirlos penalmente”³⁴.

“En una sociedad de libertades no se puede castigar a alguien por saber aquello que no tiene porqué saber. Sólo en la medida en que el conocimiento se ajuste con el rol, es decir, si dentro de las expectativas que lo integran se incluye la de “deber saber algo” se puede fundamentar que se deba utilizar ese conocimiento para evitar un determinado

²⁹ HIRSCH, “La disputa sobre la teoría de la acción”, p. 162.

³⁰ Véase los artículos 455 y 463 letra c) del Código Procesal Penal.

³¹ HIRSCH, “La disputa sobre la teoría de la acción”, p. 161.

³² HERNÁNDEZ BASUALTO Héctor, “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, año 2007, p. 33.

³³ PIÑA ROCHEFORT Juan, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 401 y 402.

³⁴ PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, pp. 414 y 415.

resultado. Es preciso atender, entonces, a la configuración normativa del rol que está actualmente desempeñando”³⁵.

La sola invocación de la necesidad de brindar protección a los bienes jurídicos no resulta suficiente porque como apunta REYES “al Derecho Penal como mecanismo de control social le interesa entonces no una colección de bienes jurídicos, sino las relaciones interpersonales, la forma en que debe transcurrir la vida del hombre en sociedad...no a todas las personas le son exigidas las mismas conductas, pues sólo una diversificación de funciones puede permitir la subsistencia de un conglomerado tan complejo; por eso las expectativas derivadas del ente social son diversas y cada persona está obligada solamente a cumplir aquellas que caen dentro de su ámbito de organización, vale decir, aquellas que le han sido asignadas para desempeñar su función social”³⁶.

“En la vida social existen pues múltiples ámbitos de competencia y a cada persona sólo puede serle exigible aquello que caiga dentro de su respectivo ámbito de competencia...recurriendo a una ilustrativa frase de Jakobs, puede decirse que en el mundo social no todo incumbe a todos”³⁷.

Pero como se adelantó en el punto 3, en los casos de que concurren posiciones de garantía³⁸ y en el caso de instrumentalización³⁹ del rol resulta exigible hacer uso de los conocimientos especiales y activar todas las capacidades individuales, por cuanto, en definitiva, en esos casos, constituyen elementos que forman parte del contenido normativo del respectivo rol.

Como explica PIÑA “la no obligación de saber algo no permite, en caso de que se sepa, “utilizar” dicho conocimiento para causar el resultado...instrumentalizar es, en estos casos servirse de un rol para (al desempeñar otro o el mismo) generar un riesgo desaprobado”⁴⁰.

“Existiendo dicha posición (de garante), no sólo se establece la limitación de dañar, sino por el contrario, se compele a proteger activamente ámbitos ajenos, utilizando los conocimientos especiales que se posean...porque la propia posición de garante es un rol autónomo con un contenido propio: haz todo lo que sea necesario para evitar daños en tu esfera de protección”⁴¹.

5.- El caso del tío rico.-

Respecto del célebre caso del sobrino que hace subir a su tío rico a un avión con la esperanza de que él encuentre la muerte, MIR PUIG se pregunta ¿cómo negar que la respuesta a la cuestión de si con ello realiza una acción adecuada ex ante para matar, depende de si el sobrino conoce o no la presencia de una bomba en el avión?.

³⁵ PIÑA ROCHEFORT, Rol social, p. 370.

³⁶ REYES ALVARADO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo 45, fascículo III, 1992, p. 948.

³⁷ REYES ALVARADO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo 45, fascículo III, 1992, p. 949.

³⁸ Véase notas al pie números 17, 18 y 20.

³⁹ Véase nota al pie número 19.

⁴⁰ PIÑA ROCHEFORT, Rol social, pp. 373 y 374.

⁴¹ PIÑA ROCHEFORT, Rol social, p. 375.

Frente a ello plantea una fórmula de solución para afirmar la infracción del cuidado objetivo, en función de considerar los conocimientos especiales, que parece convincente.

Al respecto señala que “los poderes especiales del sujeto, como sus características personales y su plan de ejecución, condicionan la valoración de la conducta, pero no integran la voluntad consciente ni su realización externa”⁴².

Siguiendo a MIR PUIG en este punto ALCÁCER agrega que “para la valoración de la conducta ha de conocerse su significación lesiva, y ésta no puede abarcarse sin atender a los conocimientos que el autor tuviera sobre su propia acción y sobre la potencialidad lesiva de dicha acción. Cabe el caso de que determinadas circunstancias especiales que no puedan ser reconocibles ex ante en base a los conocimientos del espectador objetivo sean las determinantes para afirmar la peligrosidad de una conducta”⁴³.

“De lo que se trata es de determinar concretamente que acción se está enjuiciando. No es la misma acción –como expresión de sentido social, comunicativamente relevante si se quiere, y no como mero movimiento corporal voluntariamente realizado...Para lo que sirve la información que proporcionan los conocimientos especiales en el juicio de previsibilidad es para determinar las características relevantes de la concreta conducta para su valoración jurídico penal, es decir, determinar su peligrosidad, su potencialidad lesiva”⁴⁴.

Sin embargo, estimamos que resulta predicable la fórmula de la instrumentalización del rol, respecto de este ejemplo.

⁴² MIR PUIG, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, fascículo III, 1988, p. 676.

⁴³ ALCÁCER GUIRAO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, fascículo II, 1996, p. 494.

⁴⁴ ALCÁCER GUIRAO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, fascículo II, 1996, pp. 494 y 495.