

LA PREVISIBILIDAD COMO FACTOR DE IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LAS CATÁSTROFES

“Los daños que no son evitables de modo planificable, aunque aparezcan como consecuencia de un comportamiento no permitido, se deben a una variación socialmente irrelevante del riesgo que entraña la vida y no pueden ser explicados a través de ese comportamiento no permitido” (GÜNTHER JAKOBS).

1. INTRODUCCIÓN.

Las tragedias del supermercado **YCUÁ BOLAÑOS** en Paraguay y de la discoteca **REPÚBLICA CROMAGNON** en Argentina llaman a reflexionar sobre la instintiva tendencia a personalizar las causas de las desgracias, a buscar un culpable en quien descargar nuestra impotencia y nuestros arrebatos de coraje.

Los sobrevivientes, familiares y amigos de las víctimas, tristemente, se aglomeran en una masa virulenta de acoso y la comunidad entera se contagia de un falso sentimiento de justicia que induce a rotular responsables.

PAIVA y **CHABÁN** se volvieron el estereotipo de todo lo malo y odioso. Ya no interesan los derechos, las garantías ni el debido proceso; sólo importa lapidarlos, como sea, porque *“son tan viles que prácticamente lo hicieron a propósito”*.

Supongo que encontramos tan desquiciadamente rufianes a estos personajes (*“PAIVA un miserable explotador y CHABÁN un crápula codicioso”*) para diferenciarnos de ellos, para rechazar subconscientemente que son ciudadanos comunes, como nosotros, no criminales natos.

Las reacciones que exigen castigo suelen instituir un chivo expiatorio que canaliza y concentra todos los resentimientos.

Y este fenómeno influye también en la Judicatura. Cuando los Tribunales no acogen alguna de las rencorosas pretensiones de los damnificados, los medios de comunicación arremeten sospechando coimas y exigiendo remociones.

Paradójicamente, una Justicia no populista, capaz de acatar las leyes siempre de la misma forma (cualquiera sea el imputado, cualquiera sea el delito, cualquiera que sea la situación social o política, cualesquiera que sean las pretensiones de la mayoría) es una Justicia que funciona bien.

Se equivoca quien crea que la Magistratura en los Estados republicanos está para acceder a los reclamos de "la gente". Por el contrario, el Poder Judicial fue estructurado independiente (y hasta podría decirse, contrario a los poderes democráticos mayoritarios) para aplacar, contener y torcer los impulsos vindicativos e imponer, ante los conflictos, una lógica propia. En síntesis, para expropiar la violencia social.

“Nuestro sistema de Justicia siempre ha funcionado deficitariamente y siempre ha estado en crisis. Pero su déficit no deviene de no acceder a las presiones exteriores, sino todo lo contrario, de ser demasiado vulnerable a ellas (...) La Justicia debería ser tan orgullosa y pagada de sí misma que no la afectaran ni las presiones políticas, ni aún las presiones sociales (también políticas) amplificadas por la prensa, de forma tal que sólo actuara conforme a códigos jurídicos (...) El Poder Judicial (en su faz penal) no es una institución democrática (no está para obedecer a la mayoría de turno), sino una institución republicana (que debe limitar los excesos de los poderes de la mayoría). Este límite de racionalidad es necesario para darle al orden democrático estabilidad, porque es la fuente de su legitimidad a largo plazo”¹.

Volviendo al tema que nos ocupa, no siempre existirá a quién endilgar un resultado catastrófico. Ciertamente podrá ocurrir por culpa del reputado autor o de un tercero o hasta de la víctima; empero, si todos los sujetos actuaron adecuadamente y la desgracia igualmente acontece, no quedará más posibilidad que atribuirla al infortunio.

2. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Para constatar el nexo causal entre acción y resultado típico se realiza primero un juicio *ex post* naturalístico; vale decir, conforme al principio lógico de causalidad, se

¹ MARIANO HERNÁN GUTIERREZ, “El chivo expiatorio y la crisis de la justicia”, trabajo publicado y disponible en www.derechopenalonline.com/index.php?id=14,160,0,0,1,0.

constata una relación exterior entre el comportamiento humano (positivo o negativo) y la derivación perniciosa.

Sin embargo, resta todavía el juicio normativo. El siguiente paso será entonces comprobar que el resultado aquél es objetivamente imputable al autor como secuela de su comportamiento. Al efecto se arbitraron reglas agrupadas en la llamada teoría de la imputación objetiva, hoy dominante, introducida por **LARENZ** y reformulada por **ROXIN** en la década del 70².

El punto de partida de esta tesis (por nosotros compartida) es el desplazamiento de la correspondencia nomotética entre causa y efecto típico por una relación basada en consideraciones jurídico - normativas. La causalidad natural será un límite mínimo y primario, no suficiente para atribuir el menoscabo delictual; una vez comprobada se verificará además: a) si la acción creó un peligro jurídicamente desaprobado; b) si el resultado es la realización efectiva del peligro. Ambos presupuestos se deducen del fin de protección de la norma penal. La ley sancionatoria sólo prohíbe acciones en cuanto creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y en cuanto produzcan un resultado que hubiera podido evitarse. De ello se derivan criterios que suprimen, ya en el nivel de la tipicidad objetiva, comportamientos irrelevantes para el Derecho Penal.

Un derivación típica será atribuible a una persona cuando sea la realización concreta del riesgo jurídicamente desaprobado que genera su acción.

Como vemos, en el tratamiento de la imputación objetiva existen habitualmente dos ámbitos problemáticos. En el primero se intenta separar el comportamiento prohibido del permitido, el riesgo aprobado del desaprobado; en el segundo se procura saber si el peligro antijurídico desembocó efectivamente en el resultado típico.

En este trabajo excluirémos la primera cuestión; daremos por supuesta la existencia de una contingencia jurídicamente reprochada. Nos centraremos en la segunda, ya que el establecimiento de la configuración delictiva no prejuzga, precisamente, que el resultado se fundamente en ella. No todo lo que condiciona una derivación típica la explica. *“La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien*

² Vide PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO, “Tipicidad e imputación objetiva”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 1.998, Págs. 144/145.

jurídico protegido, el resultado se produce no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión causal con el mismo”³.

3. PREVISIBILIDAD.

Explicar un curso lesivo es mucho más que ubicar el mero contexto de condiciones concurrentes.

Si observáramos al mundo desde una perspectiva exclusivamente mecánico – científica, a cualquier acción le serían imputables las reacciones producidas por leyes físicas de consecuencia. Así, quien lesione a otro responderá por homicidio si le alcanza un rayo camino al centro asistencial.

Igualmente si profesamos que los hombres están sujetos a un destino fatalista.

Sin embargo, estas nociones no constituyen (en la actualidad) razonamientos válidos. El mundo y la vida se conciben, en lo fundamental, como susceptibles de planificación.

Así, cualquier comportamiento conlleva una modificación planificable del mundo y, a la vez, una modificación que puede tener lugar en cuanto suerte o desgracia. Lo que se planifica como algo bueno puede conllevar algo malo y viceversa.

A causa de la imprevisible contingencia del mundo, sucede constantemente que los cambios planificables entrañan otros no planificables; dicho de otro modo, todo quehacer en el mundo varía el riesgo que comporta la vida social que habitualmente se sostiene, es decir, el riesgo general de la vida. Tales variaciones ni se consideran hechos encomiables cuando traen consigo algo bueno ni fechorías cuando son la causa de algo malo pues, si ya no se trata de una visión mecánica ni agorera, sino de la configuración racional del mundo, sólo cabrá imputar lo accesible a esa configuración racional y las casualidades estarán entonces excluidas.

Resulta errónea la muletilla habitualmente empleada: *“un comportamiento no permitido explica un curso lesivo cuando éste no habría tenido lugar si aquél se suprime”*.

³ CLAUS ROXIN, “Derecho Penal – Parte General”, traducción y notas de DIEGO LUZÓN PEÑA Y OTROS, Civitas, Madrid, 1.997, Pág. 373.

Un riesgo jurídicamente desaprobado puede condicionar la lesión a un bien jurídico pero no realizarse efectivamente en ella como exige con tino la teoría de la imputación objetiva.

Ningún perjuicio podrá imputarse a un comportamiento si no fuera consecuencia previsible del mismo; será, en todo caso, producto del infortunio y la adversidad.

La noción de previsibilidad tiene, dentro de la ciencia penal, una doble connotación que permite distinguir entre la llamada previsibilidad objetiva y la denominada previsibilidad subjetiva.

Así, cuando desde un punto de vista genérico se dice que un curso causal o uno de sus resultados puede preverse, se está haciendo alusión a la previsibilidad objetiva, en cuanto no interesa el análisis de la situación concreta.

Cuando se considera al autor en su persona individual y a las especiales circunstancias en las que se encontraba, se está aludiendo a la previsibilidad subjetiva, a la cual no concierne el hombre como género abstracto.

Conforme a la noción de imputación objetiva desarrollada, sólo interesará para estas líneas el análisis de la previsibilidad objetiva; la subjetiva atañerá al momento de revisar los elementos homónimos del tipo.

Recurrimos con **WELSEL**⁴ al concepto de “*hombre prudente*” (por parecernos acertado dentro de su reconocida vaguedad) para determinar genéricamente la probabilidad de previsión de una consecuencia delictual. Una derivación lesiva será previsible (y consecuentemente imputable) cuando un “*hombre prudente*”, respetando las experiencias generales de la vida, hubiese podido pronosticarla.

4. **LOS RESULTADOS CATASTRÓFICOS.**

El criterio apuntado es idóneo para deslindar cuándo catástrofes como las de **YCUÁ BOLAÑOS** o **CROMAGNON** podrán imputarse objetivamente al actuar de los encartados.

⁴ Citado por YESID REYES ALVARADO en “Imputación objetiva”, segunda edición, Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1.996, Pág. 250.

¿Las pavorosas derivaciones de estos casos fueron realmente previsibles?. Aún aceptando que **PAIVA** y **CHABÁN** obraron como se menciona en los libelos, ¿existe una relación de previsibilidad entre sus acciones y las muertes o lesiones?. En otros términos, ¿podían conjeturar que sus comportamientos desembocarían en tal fatal malaventura?. Creemos que no.

En realidad, no imaginamos quién hubiese podido anticipar tamañas tragedias.

Además, por lo menos a nuestro modesto criterio, la previsibilidad debe abarcar el curso causal de acontecimientos y no sólo el desenlace. O sea, puede que sea previsible que descuidar normas de seguridad podría aparejar consecuencias nocivas, pero no en la forma ni con la magnitud ocurrida.

Por dar un ejemplo, en el supermercado **YCUÁ BOLAÑOS** el fuego se produjo por falta de mantenimiento en las chimeneas del patio de comidas. Un fenómeno no menos raro que complicado ocasionó una llamarada por expansión violenta de gases que arrasó el salón con temperaturas de entre 900° C. y 1.000° C., suficientes para carbonizar a una persona en segundos. ¿Quién hubiese previsto el malogro de tantas vidas inocentes por no limpiar una chimenea?. Esta circunstancia elimina el tipo ya en el ámbito objetivo, sin siquiera entrar a lo subjetivo.

5. COLOFÓN.

En conclusión, las tragedias no siempre podrán cargarse a alguien.

Las fatalidades imprevisibles a la intimidad objetiva, abstracta y genérica del *“hombre prudente”* se endosarán sólo a la desventura; *“(…) el resultado en su configuración concreta y el curso causal en sus elementos esenciales tienen que haber sido previsibles (...) La previsibilidad del resultado y del curso causal constituye (...) factor de la conexión entre el injusto del resultado y de la acción”*⁵.

Los encartados responderán por delitos de peligro, pero será jurídicamente desatinado enjaretarles homicidios y lesiones (ya en el ámbito de la tipicidad objetiva).

⁵ HANS HEINRICH JESCHECK, “Tratado de Derecho Penal – Parte General”, cuarta edición, traducción de JOSÉ LUIS MANZANARES, editorial Comares, Granada – España, 1.993, Pág. 533.

Y en cuestiones como ésta debería la Judicatura vigorizar su independencia. Los argumentos sobre los cuales la opinión pública emite veredicto condenatorio son muchas veces desacordes a los que el orden jurídico impone a los Jueces Penales. La ciudadanía profana (y porqué no, buena parte de la letrada) se suele conformar con poco, el amarillismo la seduce con facilidad.

Es tiempo de que los jueces efectistas, que por debilidad secundan los humores sociales insanos, se sustituyan por jueces garantistas, que se enfrenten a las condenas populares y las desafíen cuando están legalmente extraviadas.

JOSÉ MIGUEL FERNÁNDEZ ZACUR
ABOGADO

BIBLIOGRAFÍA

- **PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO**, “Tipicidad e imputación objetiva”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 1.998.

- **MARIANO HERNÁN GUTIERREZ**, “El chivo expiatorio y la crisis de la justicia”, trabajo publicado y disponible en www.derechopenalonline.com/index.php?id=14,160,0,0,1,0.

- **HANS HEINRICH JESCHECK**, “Tratado de Derecho Penal – Parte General”, cuarta edición, traducción de **JOSÉ LUIS MANZANARES**, editorial Comares, Granada – España, 1.993.

- **YESID REYES ALVARADO** en “Imputación objetiva”, segunda edición, Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1.996.

- **CLAUS ROXIN**, “Derecho Penal – Parte General”, traducción y notas de **DIEGO LUZÓN PEÑA Y OTROS**, Civitas, Madrid, 1.997.