

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

- Klaus Tiedemann • Raúl Pariona • Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John • María Acale Sánchez • Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello • José Leandro Reaño Peschiera • Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez • Julio Armaza Galdós • Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo • Fernando Velásquez Velásquez • Iván Meini
- Percy García Cavero • Laura Zúñiga Rodríguez • Joseph du Puit

Capítulo 7



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

© José Hurtado Pozo, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Las primeras versiones de los artículos de Klaus Tiedemann, Julio F. Mazuelos Coello, Juan M. Terradillos Basoco, Esther Hava García, Joseph du Puit, José Antonio Caro John, María Acale Sánchez, Iván Meini, José Leandro Reaño Peschiera, José Hurtado Pozo, Miguel Polaino-Orts, Julio Armaza Galdós, Reiner Chocano Rodríguez, Fernando Velásquez Velásquez, Percy García Cavero y Laura Zúñiga Rodríguez fueron publicadas en el Anuario de Derecho Penal 2003 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo 2003).

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07625

ISBN: 978-9972-42-893-7

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio 110, Lima 12, Perú

**EL DELITO IMPRUDENTE EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO
LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO COMO CREACIÓN DE UN RIESGO
JURÍDICAMENTE DESAPROBADO Y LA PREVISIBILIDAD INDIVIDUAL**

JULIO F. MAZUELOS COELLO

I. Introducción. II. Concepto. 1. La noción de imprudencia en la doctrina. 2. La noción de imprudencia en la jurisprudencia. III. Clases. IV. La estructura del tipo penal del delito imprudente. 1. La infracción del deber de cuidado: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. A. La infracción de la norma de cuidado. B. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como elemento común del tipo objetivo de los delitos doloso y culposo. 2. Previsibilidad objetiva o previsibilidad individual. Las capacidades especiales individuales y los conocimientos especiales del autor. V. Art. 25 CP: ¿Participación dolosa en un delito imprudente? VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el dolo y la culpa fueron concebidos como formas de culpabilidad (teoría psicológica de la culpabilidad) y no se les reconocía mayor incidencia en el plano de la tipicidad debido a que la culpabilidad era entendida como mera conexión psicológica del hecho objetivo con el autor¹. Esta concepción no podía

1 Tanto el causalismo naturalista como el causalismo valorativo no distinguieron un modelo de análisis para el delito doloso y otro para el culposo, ambos observaban la misma estructura y elementos, poniendo el acento solo en la comprobación de la relación causal. Un recepción de

explicar la culpa inconsciente, pues esta supone la ausencia de toda vinculación psicológica con el resultado producido y, por otra parte, no lograba explicar satisfactoriamente la culpa consciente, en cuanto esta no radica en la previsión del peligro, sino en el actuar contra la norma de cuidado². La teoría normativa de la culpabilidad, que concebía a esta como juicio de reproche por la infracción de una norma, permitió otorgar un mejor lugar a la imprudencia, elemento eminentemente normativo, en el nivel de la culpabilidad. La doctrina se orientó hacia la subjetivización o individualización del deber de cuidado y de su presupuesto, la previsibilidad. Así, configuró una previsibilidad subjetiva al alcance del concreto individuo y la idea de infracción del deber subjetivo de cuidado, esto es, del deber que el sujeto concreto es capaz de comprender y cumplir³. Sin embargo, quedaba aún pendiente de resolver el por qué la imprudencia debía incluirse en la culpabilidad y no en el injusto, que también era comprendido como contrariedad a la norma⁴.

La doctrina es unánime en reconocer que fue Engisch⁵, a partir de su escrito de habilitación *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* de 1930

esta corriente doctrinal puede verse en el trabajo de BRAMONT, 1978: 285, posteriormente el autor adopta la posición que ubica el dolo y la culpa en la tipicidad, Cfr. BRAMONT/BRAMONT-ARIAS, 1995: 43 y BRAMONT/BRAMONT-ARIAS, 2002: 162. Asimismo, el Manual de HURTADO POZO, 1987: 450 detalla con precisión la incidencia de esta corriente en nuestra doctrina. Véase también HURTADO POZO, 2005: 448, asume la ubicación del dolo en el tipo penal como parte integrante del denominado «tipo penal ampliado» y elemento determinante de la tipicidad. También, CASTILLO ALVA, 2004: 384, ligado a una base subjetivo – psicológica como intencionalidad o no de causar el resultado. Diversos autores no pertenecientes al finalismo también ubican, desde distintas fundamentaciones, el dolo y la imprudencia en la tipicidad, como, por ejemplo: BLEI, 1983: 74 y 111 ss.; BOCKELMANN, 1979: 50 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999: 61 s.: a partir del sentido de la conducta típica como lesión de un bien jurídico; KÜHL, 2002, 2, N. 2, 3, N. 7 ss.; OTTO, 2000, 5, N. 1 ss., 7, N. 1 ss.; ROXIN, 2006, 10, N. 61 ss.: dentro de la comprensión teleológica de los tipos penales; WESSELS/BEULKE, 2003, 7, N. 202.

2 Cfr. MIR PUIG, 1998: 272.

3 En este sentido, LUZÓN PEÑA, 1996: 494, quien pone también de manifiesto que, entre los partidarios de la ubicación de la culpa en la culpabilidad, hubo quienes optaban por la previsibilidad objetiva y la infracción del deber objetivo de cuidado, posición que posteriormente ha sido asumida por la doctrina mayoritaria.

4 ROXIN explica las objeciones que originó la teoría psicológica de la culpabilidad con un ejemplo clásico: un joven cita a su amiga en un sitio en el cual ella cae muerta ocasionalmente por un meteoro, conforme a la teoría psicológica había un homicidio típico y antijurídico, que solo no era castigado por falta de culpabilidad culposa. Según la concepción más moderna, por el contrario, en el caso de un comportamiento «totalmente inobjetable del causante» no se cumple el tipo del homicidio culposo; en el ejemplo: el autor no ha producido desde el principio ningún peligro relevante jurídicamente. Cfr. ROXIN, 1992: 89, 91. «Al joven que cita a su amiga en un sitio en la cual ella muere por un meteoro, por cierto no hay que reprocharle contravención al cuidado».

5 Cfr. ENGISCH, 1930.

(*Investigaciones sobre el dolo y la imprudencia en el derecho penal*), quien propuso por primera vez la necesidad de ubicar la imprudencia en el injusto y, más allá de la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado, exigió la presencia del deber objetivo de cuidado en el injusto del delito imprudente. Posteriormente, ha sido⁶ quien desarrolló tal concepción en su sistema finalista del delito. Se concibe como principal función del derecho penal la prohibición de comportamientos orientados a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, esto es, la evitación de la realización de conductas dirigidas (finalmente) hacia la producción de un resultado no deseado por el ordenamiento jurídico ni la sociedad. Sin embargo, se evidencia la concurrencia de comportamientos que si bien no se orientan a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sí representan un alto riesgo para los mismos; de tal forma que junto a la actuación orientada por el sujeto a la afectación del bien jurídico concebida como delito doloso, la actuación no dirigida a su lesión es comprendida dentro de los alcances del delito culposo. Por ello, la incriminación culposa aparece como una extensión de la forma básica (dolosa) de protección de los bienes jurídicos y muestra un carácter excepcional⁷. Esta marcada subjetivización del delito imprudente ha tenido incidencia en la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente. Sobre el particular volveremos más adelante, aquí queremos resaltar su incidencia en la construcción de la estructura típica del delito imprudente a partir de las bases sentadas por el finalismo.

En su desarrollo más avanzado, la teoría final de la acción concibió la distinción sistemática entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a partir de la idea de que la base del injusto doloso y culposo era la acción final. Por esto, en el delito culposo, se puso el acento en la acción final que el sujeto quería realizar y en la falta del cuidado exigido para lograr dicho fin que no es ilícito en sí mismo, sino en cuanto a una defectuosa realización de la conducta para alcanzarlo. De donde se deducía que el desvalor de acción en el delito culposo radicaba en la falta de la dirección final exigida por el derecho⁸. Se parte de la idea de que el derecho impone al ciudadano en toda participación en la vida social un deber objetivo en orden a una determinada prestación

6 Cfr. WELZEL, 1964: 75 y 103. Si bien en un primer momento, WELZEL tuvo que afirmar la inseparabilidad de la antijuridicidad y la culpabilidad respecto del delito culposo.

7 Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999: 165 y 167; CHOCLAN, 1998: 13; HURTADO POZO, 2005: 710; JESCHECK/WEIGEND, 1996: 291; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, 2007: 282; PEÑA CABRERA, 1997: 510; VILLAVICENCIO, 1995: 447.

8 Cfr. WELZEL, 1997: 155 s. Inicialmente, WELZEL había concebido para la acción dolosa la idea de *finalidad actual* en el sentido de una actividad finalista real, mientras que respecto de la acción culposa concibió la idea de *finalidad potencial* entendida como actividad finalista posible, en tal virtud la imprudencia consistía en la posibilidad de evitación del resultado por medio de una acción final; sobre esta primera concepción del autor véase: WELZEL, 1949: 23. En nuestra doctrina, sigue esta concepción acerca de la culpa: BRAMONT-ARIAS, 2002: 232.

finalista. Así, para explicar el delito imprudente, se recurre a criterios valorativos y en poca medida a la teoría final de la acción en sí⁹. Con todo ello, el juicio acerca de la realización de una conducta imprudente era concebido en el ámbito de la tipicidad y no más en la culpabilidad. Sin embargo, continuaron las observaciones críticas de la doctrina sobre la pretendida acción final en el delito imprudente que resultaba penalmente irrelevante, ya que la finalidad se dirige a un fin que no es el resultado típico¹⁰. Este anclaje teórico de la doctrina final de la acción se mantuvo en toda la obra de Welzel debido a su fijación en los conceptos ontológicos y prenormativos. Posteriormente, en la doctrina se acentuaron los criterios valorativos y se dejó de lado la teoría de la acción final¹¹; así, las ponderaciones normativas y sociales superaron al final a los principios ontológicos¹². La doctrina mayoritaria abandona la teoría final de la acción como teoría de la acción, pero conserva una de sus principales consecuencias sistemáticas: la ubicación del dolo y la culpa en el tipo subjetivo¹³.

A lo largo de la evolución de la dogmática del delito imprudente se ha evidenciado su progresiva normativización, y ha alcanzado hoy en día su máxima expresión en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva en la que muchos aspectos de la estructura del delito imprudente han servido de base para el desarrollo de sus postulados¹⁴. Así, se ha llegado a la equiparación o sustitución, en algunos casos, de la norma de cuidado por la idea de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no permitido, típicamente relevante o socialmente inadecuado¹⁵. En efecto, actualmente se sostiene que tanto para el delito doloso como

-
- 9 Cfr. WELZEL, 1964: 74. En opinión de WELZEL, el cuidado exigido en el tráfico es un concepto objetivo en el que ha de primar la norma de cuidado, luego la observancia del cuidado necesario en el tráfico o de lo «socialmente adecuado» hace desaparecer el desvalor de la acción.
 - 10 Cfr. SUÁREZ MONTES, 1963: 63: por lo que en lo que respecta al delito imprudente la teoría finalista coincide exactamente con el concepto de acción causal, la lesión del bien jurídico es producida de forma causal ciega.
 - 11 Cfr. CHOCLAN, 1998: 31 con referencias bibliográficas en nota 17. Véase, no obstante el trabajo de RUEDA, 2001: 432 s., quien ejerce una defensa de la concepción finalista del delito imprudente, en su opinión la acción imprudente es también expresión de sentido en cuanto fenómeno social, lo cual nunca fue negado por WELZEL.
 - 12 Cfr. FEIJOO, 2001: 81. Crítico hacia la construcción finalista del delito imprudente en la doctrina nacional: PEÑA-CABRERA, 2007: 680.
 - 13 No obstante, el finalismo tuvo una marcada incidencia en la elaboración del Código penal de 1991 y en la doctrina peruana sobre el delito culposo, así se observa los trabajos de BRAMONT, BRAMONT-ARIAS, BRICEÑO, CUBA, PEÑA CABRERA, VILLA STEIN, VILLAVICENCIO.
 - 14 Cfr. GARCÍA CAVERO, 2000: 191, sobre la exigencia de la contrariedad a deber de la conducta en la imputación objetiva.
 - 15 Sobre este giro en la doctrina véase con mayores referencias bibliográficas: FEIJÓO, 2001: 243. En nuestra doctrina asume esta posición GARCÍA Caverro, 2000: 196; HURTADO POZO, 2005:718: «peligro no permitido».

para el culposo se requiere de una acción que realice un peligro jurídicamente desaprobado para la imputación objetiva del resultado lesivo. El presente trabajo se desarrolla a partir de una revisión del tratamiento del delito imprudente en nuestra doctrina¹⁶, legislación y jurisprudencia. Se toma como punto de partida el proceso creciente de normativización de la tipicidad, el mismo que obedece a la extendida aceptación de la teoría de la imputación objetiva, a la importancia que en los tipos doloso e imprudente han cobrado una serie de criterios objetivos y los aportes de la concepción sentada por Jakobs sobre la distinción entre imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado¹⁷. En resumen, a partir de una visión funcional-normativa de la teoría del delito.

Uno de los principales temas que surge a manera de introducción a la problemática del delito imprudente es la adopción de la incriminación cerrada de la imprudencia (crimina culposa) arraigada en nuestro derecho penal y constituye uno de los principales logros alcanzados por el legislador, y se elimina la posibilidad de una aplicación extensiva de los tipos dolosos¹⁸. El sistema de incriminación cerrada o específica de la imprudencia es de larga data en la legislación penal peruana; así, el Código Penal de 1924, en su art. 82, primer párrafo¹⁹, preveía dicho modelo denominado también sistema de *numerus clausus* de los delitos imprudentes. Actualmente, el Código penal de 1991 lo recoge en el art. 12, segundo párrafo: «El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la Ley». El sistema de *numerus clausus* es preferible con

16 En este trabajo se recurre a la doctrina comparada solo en los casos en que sea necesario para una mejor comprensión de la evolución y conceptualización de los temas dogmáticos tratados, así como de las corrientes que son seguidas por la doctrina nacional.

17 JAKOBS, 1998b: 14. Distinción asumida por un sector de nuestra doctrina: GARCÍA, 2007: 339; PEÑA CABRERA, 1997: 306 ss.; VILLA STEIN, 1998: 230.

18 Dentro del Código penal y las leyes especiales se puede observar los siguientes delitos imprudentes: homicidio culposo (art. 111 CP), lesiones culposas (art. 124 CP), atentado contra el patrimonio cultural (Art. 129, segundo párrafo CP), fraude contra el sistema crediticio (art. 210 CP), peligro por medio de incendio o explosión (arts. 273 y 275 en concordancia con el art. 278 CP), causación de estragos por medio de inundación, desmoronamiento o derrumbe (Art. 276 en concordancia con el Art. 278 CP), atentado contra los medios de transporte público o de comunicación (art. 280 en concordancia con el art. 282 CP), atentado contra la seguridad común (art. 281 en concordancia con el art. 282 CP), contaminación de aguas y sustancias destinadas al consumo (arts. 286 a 289 en concordancia con el Art. 295 CP), delito contra el medio ambiente bajo la modalidad de verter desechos industriales o domésticos (art. 307 segundo párrafo CP), revelación de secretos nacionales (art. 330 CP), espionaje (art. 331 CP), destrucción o inutilización de documentos probatorios en proceso (art. 372 CP), peculado (art. 387 CP) y, finalmente, el delito de favorecer la fuga (art. 414 CP)

19 «Art. 82.— El agente de infracción no intencional es punible en los casos taxativamente establecidos por la ley, cuando el daño el peligro es ocasionado por negligencia. [...]»

relación al sistema *numerus apertus*²⁰, en cuanto observa, de una parte, con mayor precisión, el principio de taxatividad al extender el mandato de determinación al tipo subjetivo y no solo a la realización objetiva, y, de otra, recoge expresamente el carácter excepcional de la incriminación culposa, vinculado al menor desvalor de los hechos imprudentes²¹. En definitiva, es el legislador quien determina qué tipos en particular son susceptibles de realización culposa. No obstante, lo que ha de entenderse por actuar culposo no lo define la ley. Al respecto, la doctrina ha considerado reiteradamente que el tipo imprudente constituye un tipo abierto²² que requiere de la consecuente concreción por parte del juez a partir de la adopción del criterio general del deber de cuidado en el caso concreto, ya que los deberes de cuidado no serán los mismos según las profesiones, actividades sociales y situaciones concretas.

La consideración del delito imprudente como tipo abierto debe ser matizada, ya que tanto en el delito doloso como en el culposo el autor debe de deducir la prohibición del comportamiento causante en concreto a partir de la prohibición de causar. Hay pues tantas modalidades de actuar imprudente como de actuar doloso, por lo que la referencia en el delito imprudente a la falta de cuidado no aporta nada a la precisión de lo prohibido más allá de la cognoscibilidad de un riesgo ya no permitido²³.

Algunos de los problemas de los delitos imprudentes tienen que ver, precisamente, con su tipificación expresa. El Código penal no ha mantenido coherentemente la adopción del sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia, toda vez que diversos preceptos de la parte especial contienen una cláusula general de tipificación imprudente de los delitos dolosos recogidos en distintos preceptos. Por lo que se hace imprescindible interpretar los correspondientes tipos penales a efectos de determinar la posibilidad de su comisión culposa; este es el caso de los arts. 278, 282 y 295 del CP. En efecto, en los arts. 273, 278 y 282 CP, por ejemplo, se hace alusión a delitos de peligro común, lo cual presenta ciertos reparos en la medida en que tendría que verificarse un doble peligro, por una parte la infracción del deber de cuidado requiere que la acción haya supuesto un peligro

20 El sistema de *numerus apertus* se caracteriza porque cualquier delito previsto como doloso en la norma, cometido en forma negligente merece una pena, así el antiguo Art. 565 del Código Penal español. Sobre esta discusión en la legislación española, véase: SILVA SÁNCHEZ, 1997a: 86 ss.

21 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 1997a: 86 s., con referencias a la doctrina alemana e italiana. En nuestra doctrina reafirman el carácter excepcional de la culpa GARCÍA, 2004: 423; PEÑA-CABRERA, 2007: 674.

22 Así en nuestra doctrina: BRAMONT-ARIAS, 2002: 225; BRICEÑO, 2000: 18; VILLA STEIN, 1998: 246; VILLAVICENCIO, 2006: 383.

23 En este sentido, JAKOBS, 1997b: 388.

para el bien jurídico y, de otra parte, el resultado consiste precisamente en que un determinado objeto de la acción fue puesto en peligro por la inobservancia del cuidado; luego, no es posible diferenciar cuándo se trata de una puesta en peligro concreto y cuándo de un peligro abstracto, ya que sería suficiente la sola peligrosidad de la acción. Ello sucede, por ejemplo, en el caso de la creación de un peligro para las personas o bienes mediante incendio o explosión (art. 273 en relación con el art. 278)²⁴. En estos casos, es evidente que la realización típica imprudente solo será posible en aquellos supuestos en que el tipo no presuponga el conocimiento actual del tipo objetivo.

Relacionado con esto último, se advierte que, en algunos casos, el Código Penal vincula, a través de una cláusula general, la tipificación imprudente a un tipo penal doloso que contiene elementos subjetivos del injusto, como es el caso del art. 295 en relación con los arts. 289 y 282 respecto del art. 280, en los que se emplea el término «a sabiendas». Sin embargo, ello no debe conducir a la exclusión de la modalidad culposa en estos casos, ya que la expresión «a sabiendas» reafirma el aspecto cognoscitivo del dolo, pero no condiciona la posibilidad de la realización culposa, pues desde una distinción tradicional entre dolo y culpa, se trataría de supuestos de culpa consciente²⁵.

Además, la adopción del sistema *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia guarda una estrecha relación con el principio de mínima intervención del derecho penal, en cuanto ejerce una doble restricción: por un lado, determina la selección de aquellos comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, salud) y, por otro, de tales comportamientos imprudentes solo se castigan los que llegan a producir efectivamente un resultado lesivo para dichos bienes jurídicos²⁶.

24 De ahí que en virtud del principio de fragmentariedad del derecho penal, debiera de reducirse el límite de la incriminación de la imprudencia a los casos de acciones contrarias al cuidado que produzcan un resultado de lesión o un resultado de puesta en peligro concreto, desechándose la tipicidad imprudente de la puesta en peligro abstracto. Cfr. CHOCLAN, 1998: 21.

25 De esta manera, por ejemplo, en el tipo del Art. 289 CP es posible propagar una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas por error evitable, aunque el tipo doloso exija que el autor actúe a sabiendas; asimismo, en el tipo penal del Art. 280 CP la exigencia de que el autor ejecute cualquier acto *a sabiendas* que pone en peligro la seguridad de naves, aeronaves, construcciones flotantes o cualquier otro medio de transporte de uso público, no impide que dicho acto se verifique por no haber previsto el sujeto el peligro de su acción a pesar de ser fácilmente cognoscible.

26 Como se ha mencionado anteriormente, desde este orden de ideas deviene la excepcionalidad de la incriminación imprudente respecto de la dolosa, por lo general los delitos culposos se castigan cuando se produce un resultado lesivo y con una pena inferior a la prevista para la realización dolosa de la conducta, sin embargo, muchas veces el legislador dada la gravedad de

Asimismo, en determinados supuestos el legislador ha optado por la elevación de la pena del delito culposo a niveles que colisionan con el principio de proporcionalidad. Es el caso, por ejemplo, del art. 111 CP, modificado por el art. 1 de la Ley 27753, que sanciona el homicidio culposo simple con pena de privación de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de 52 a 104 jornadas, mientras que para los casos en que el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad (más de 0,5 gramos por litro en la sangre) o cuando sean varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito, la pena es de privación de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años más la pena de inhabilitación. En este precepto se equipara, a efectos de la aplicación de la pena, la conducción en estado etílico con cualquier inobservancia del reglamento de tránsito, sobrecriminalizándose la infracción administrativa, ya que la conducta de conducir en estado etílico sí se encuentra tipificada como delito (art. 274 CP), mas no cualquier otra infracción de tránsito. De esta forma, por el resultado producido, se sanciona penalmente una conducta que en sí (aisladamente) no representaría mayor riesgo o, en todo caso, no alcanza los niveles del riesgo que encierra la conducción en estado etílico. Lo mismo sucede con la equiparación que se hace entre la producción de varias muertes y la producción de la muerte de una sola persona cuando el agente haya obrado en estado de ebriedad, pues puede tratarse de una o varias muertes y la pena será la misma²⁷.

II. CONCEPTO

De acuerdo con lo estipulado en los arts. 11 y 12 CP no solo las acciones u omisiones dolosas son penadas por la ley, sino también las culposas en los casos en que esta lo establece expresamente. Se determina así el principio de responsabilidad subjetiva, como garantía de la actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*²⁸. El legislador utiliza la denominación de «culposa» y no el término «imprudente» empleado por la legislación y doctrina comparadas como la española y la

la conducta opta por la configuración de un delito de peligro autónomo o por el castigo del delito de peligro en su forma de comisión imprudente como sucede en los arts. 273, 275 y 276 en concordancia con el art. 278 CP.

27 Dicha falta de proporcionalidad en las penas cabe apreciarse también en el delito de lesiones culposas previsto en el Art. 124 CP a raíz de la modificación de la Ley 27753, ya que se equipara, a efectos de la pena, la mera infracción de tránsito con la conducción en estado etílico y, a su vez, ambas con la producción de varias lesiones en el mismo hecho.

28 Derivado de una interpretación sistemática del Código penal, con mayores detalles en la doctrina nacional: CASTILLO ALVA, 2004: 377 ss.

alemana, pero ello no tiene mayor trascendencia, ya que de manera homogénea se identifica «culpa» con «imprudencia» y «culposa» con «imprudente», con la salvedad de que el término imprudencia facilita la distinción respecto de la idea de «culpabilidad» de contenido distinto²⁹. El Código Penal no define lo que es la culpa o la imprudencia, por lo que para su entendimiento se ha de acudir a los aportes elaborados por la doctrina y la jurisprudencia.

1. La noción de imprudencia en la doctrina

La imprudencia se configuró, inicialmente, como una forma de culpabilidad (teoría psicológica de la culpabilidad) y era entendida como una relación psíquica entre el autor y el hecho dañoso³⁰. Con la finalidad de poder comprender dentro del concepto de culpa a la llamada culpa inconsciente, dicho concepto fue reelaborado sobre la base de la infracción de un deber de cuidado. De esta forma, se apartó la doctrina de la mera vinculación psicológica del autor con el hecho dañoso y pasó a configurar la imprudencia desde una perspectiva normativa. La doctrina de la acción finalista fue la encargada, en última instancia, de trasladar el elemento de la infracción del deber objetivo de cuidado a la tipicidad, dejando en la culpabilidad el análisis de si el autor ha conocido o podido conocer la violación del deber³¹. De tal manera que la imprudencia fue concebida como una forma de realización del tipo y ya no como una especie de la culpabilidad³².

En la doctrina se presentan diversas maneras de conceptuar la culpa o imprudencia, pero todas estas tienen en común su naturaleza normativa. Así, un sector de la doctrina define la culpa como la «falta de cuidado objetivo en el ámbito de relación». Partiendo del criterio que los tipos penales expresan formas de comunicación (relaciones sociales) entre los miembros de la sociedad, se afirma que la culpa no podría ser concebida como una mera contravención del deber de cuidado, ya que lo importante es la exigencia del ordenamiento jurídico en un ámbito social concreto³³. Otro sector de la doctrina, inspirado en los lineamientos

29 En este sentido, MIR PUIG, 1998: 269. En el mismo orden de ideas, PEÑA CABRERA, 1999: 510, se muestra favorable al uso del término imprudencia en lugar de culpa, dada su mayor transparencia y facilidad de comprensión por parte del intérprete no jurista.

30 Como hemos anotado al inicio del trabajo, la teoría psicológica de la culpabilidad permitía sancionar únicamente como imprudencia la culpa consciente, ya que en la culpa inconsciente no era posible afirmar la concurrencia de una relación psíquica entre el sujeto y el resultado que no había sido representado.

31 En nuestra doctrina, así: VILLAVICENCIO, 1995: 466 s.

32 Cfr. WELZEL, 1997: 155 y 156.

33 Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999: 168, 171 s.; posteriormente ambos autores inciden en la idea de cuidado exigido en un ámbito de relación determinado, véase BUSTOS/HORMAZÁBAL, 2004: 98.

del causalismo valorativo, concibe la culpa como forma de la culpabilidad (nexo psiconormativo entre el autor y su conducta) y la define como «la producción de un resultado típico previsible y evitable, por medio de una acción violatoria del cuidado requerido en el ámbito social correspondiente»³⁴. En virtud de su naturaleza normativa y su ubicación sistemática en el tipo de injusto, la culpa es definida, por la mayor parte de la doctrina, como la infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia que tiene como presupuesto la previsibilidad objetiva³⁵. Esta afirmación, sin embargo, no debe conducir a sostener que como el delito culposo requiere de la infracción de un deber de cuidado se trata de un delito de infracción de deber³⁶, ya que todos los delitos (dolosos y culposos) requieren de la infracción de un deber general de no causar daño a otro³⁷.

Debe observarse que todas estas posiciones acerca del concepto de culpa ponen el acento en la infracción del deber de cuidado como elemento del delito culposo, a partir de la idea de que el desvalor de la acción en los delitos culposos está constituido por la afectación al deber cuidado.

A partir de la extensión de la teoría de la imputación objetiva en la evolución de la teoría del delito y su creciente normativización, un sector de la doctrina, cuyo máximo representante es Jakobs, sostiene que la imprudencia es básicamente un supuesto de error de tipo³⁸ y, desde esta perspectiva, la caracteriza como una «forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse»³⁹. En otras palabras, habrá imprudencia cuando el resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha obrado con una apreciación errónea acerca del riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo⁴⁰.

34 Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998: 266. Hace alusión también al contexto social HURTADO POZO, 2005: 720.

35 Así, PEÑA CABRERA, 1999: 511; poniendo énfasis en la necesidad de la previsibilidad de la realización del resultado típico: BRAMONT-ARIAS, 2002: 231; HURTADO POZO, 2005: 726; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2007: 285, con reparos acerca de su suficiencia como único criterio.

36 Posición mostrada por ROXIN en su *Täterschaft und Tatherrschaft* 1a ed. 1963, que luego varía en la 4a ed. de 1984.

37 En este sentido, CHOCLAN, 1998, p. 27. También PUPPE, 2001: 57: para imputar un resultado no basta que el autor lo haya causado por una acción cualquiera, ha de ser una acción contraria a deber, regla que rige también para los delitos dolosos. Ello fue destacado ya en 1966 por GIMBERNAT, 1990: 155 y ss: la inobservancia de la diligencia debida es un elemento del injusto típico del delito imprudente y del doloso.

38 Cfr. JAKOBS, 1997b: 381; BACIGALUPO, 1998a: p. 243; KINDHÄUSER, 2006a, § 33, nm 6. Así, también LUZON PEÑA CABRERA, 1996: 496, solo respecto de la imprudencia inconsciente, la que concibe como un error de tipo vencible. En la doctrina nacional: GARCÍA ALVA, 2007: 562; VILLAVICENCIO, 2006: 385.

39 Cfr. JAKOBS, 1997b: 382.

40 En este sentido, BACIGALUPO, 1998a: 247, quien se adhiere a la tesis de Jakobs.

Luego, si la culpa es concebida como error de tipo evitable, la cognoscibilidad del peligro por parte del sujeto equivale a la vencibilidad del error⁴¹. Para esta doctrina no hay diferencias entre el tipo objetivo del delito doloso y del delito culposo, la distinción en cuanto a su aspecto subjetivo aparece determinada por la cognoscibilidad de la realización del tipo⁴²: en el dolo la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento, en la culpa no. Ahora bien, la creciente normativización de las categorías dogmáticas en la tipicidad se orienta sustancialmente hacia la superación de la concepción psicologicista del dolo y la culpa. El dolo es concebido como conocimiento de la probable realización concreta de un resultado prohibido mediante la ejecución de una acción prohibida; mientras que la culpa es comprendida como cognoscibilidad del riesgo, esto es, el autor, de acuerdo a su capacidad individual, pudo y debió conocer del riesgo que no fue consciente en el momento de la acción⁴³. Así, la culpa es entendida normativamente como la evitabilidad (o previsibilidad) individual en contraposición a la previsibilidad objetiva defendida mayoritariamente por la doctrina; la función de esta última, en opinión de Jakobs⁴⁴, es desempeñada por la idea de riesgo permitido.

En sede normativa, la diferenciación entre dolo e imprudencia ha de operar a partir del rol que desempeña la persona y del contexto en que se lleva a cabo el suceso, luego lo importante es el conocimiento que puede imputarse al titular de un rol en un contexto determinado. En tal sentido: el dolo ha de ser comprendido como la atribución (no la constatación) del conocimiento de la realización del tipo al rol del autor, mientras, por el contrario, la imprudencia significa la atribución al rol del autor del hecho que él hubiera debido lograr el conocimiento de la realización del tipo⁴⁵. Se ha de advertir que no se trata de una imputación subjetiva al rol en sí, sino que el rol, aunado al contexto del suceso, sirve de criterio normativo para imputar subjetivamente a su titular la realización dolosa o imprudente del tipo. De tal forma que el fundamento de la imputación jurídico-penal no es dejado en las manos del individuo aislado, sino que ha de ser procurado socialmente⁴⁶.

41 Véase, CORCOY, 1989: 259.

42 Cfr. JAKOBS, 1997b: 382. En la doctrina nacional asume la homogenización del tipo objetivo de los delitos culposo y doloso: Recientemente, VILLAVICENCIO, 2006: 386.

43 Véase al respecto: CHOCLAN, 1998: 56 y 57. En nuestra doctrina asume esta posición GARCÍA, 2000: 197 y 198, también en GARCÍA, 2004b: 423; REÁTEGUI, 2002: 103 s., específicamente en relación con el dolo en el delito de omisión.

44 Cfr. JAKOBS, 1997b: 388.

45 Sobre la relación del dolo y la imprudencia con el rol del autor y el contexto, así como su normativización en detalle: GONZÁLEZ-RIVERO, 2001: 173.

46 En este sentido, VOSSGÄTTER, 2004: 186.

En este sentido, si bien el autor doloso y el autor imprudente en el plano de la comunicación transmiten objetivamente el sentido de que la norma no es obstáculo para la realización del tipo, en el autor doloso (y con conciencia del injusto) el sentido objetivo y el subjetivo coinciden, por lo que no es posible distanciar al autor del significado objetivo de su conducta. En el autor imprudente (quien actúa bajo un error sobre el injusto) concurre una disparidad entre el sentido objetivo y el subjetivo; subjetivamente el autor no pretende transmitir objetivamente el mensaje de que la norma no es obstáculo para la realización del tipo⁴⁷.

La cognoscibilidad no se refiere a un conocimiento causal perfecto y técnico, vinculado al modo de producirse el resultado lesivo, basta que sea cognoscible el riesgo que se realiza; por lo que el conocimiento de los factores del riesgo que no alcance todavía a la representación (en el momento de la acción y en la situación concreta) de la realización probable del tipo ha de quedar comprendido dentro del tipo subjetivo del delito imprudente⁴⁸. En la imprudencia se trata, como lo sostiene con claridad García Caveró⁴⁹, de un deber de evitar acciones típicas cognoscibles, a diferencia de la imputación dolosa en la que se trata de un deber de conocer.

En definitiva, no hay diferencia entre el tipo objetivo del delito doloso y del culposo. La culpa es una forma de realización del tipo que consiste en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que es previsible, pero no previsto, por el autor.

2. La noción de imprudencia en la jurisprudencia

La jurisprudencia no ha procedido a definir la culpa en contraposición con el dolo, en la medida en que lo hace sin referirse al aspecto volitivo propio a este último. Respecto de dolo se orienta mayormente por el tratamiento del aspecto objetivo de la tipicidad y, una vez comprobada su concurrencia en el caso concreto, procede a afirmar la presencia del aspecto subjetivo sin mayor fundamentación⁵⁰. En algunos casos, la jurisprudencia ha intentado conceptualizar la culpa desde la

47 Cfr. JAKOBS, 2003: 93.

48 En este sentido, CHOCLAN, 1998: 65.

49 Cfr. GARCÍA, 2007: 561.

50 Así, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 435-92-A Piura de 17/06/1992 señala que el delito de homicidio culposo presupone la acción u omisión directa del responsable que desencadena en la muerte de una persona por descuido, impericia o imprudencia, esto es, se pone el acento en la forma de realización objetiva de la conducta, también expresamente la Ejecutoria Suprema Exp. 6095-97 de 07/01/1998 Lima: «[...] lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción [...]». A diferencia del delito culposos, la jurisprudencia sí ha definido el delito doloso, en la Ejecutoria Suprema R.N. 132-98-Lima de 20/05/1998: «[...] Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción

previsibilidad objetiva. Así, la Ejecutoria Suprema Exp. 8653-97 de 06/08/1998 Lima: «[...] Los delitos culposos pueden ser definidos como aquellos ilícitos producidos por el agente al no haber previsto el resultado antijurídico; siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión fuera posible [...]».

A nivel de la jurisprudencia, se ha recogido también el concepto de *numerus clausus* en el delito imprudente, en el sentido de que el tipo penal prevea la realización del delito en forma imprudente⁵¹.

Nuestra jurisprudencia sigue a la doctrina mayoritaria en cuanto coincide sobre la exigencia de la infracción del deber objetivo de cuidado para afirmar la tipicidad del delito culposo (Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998; Ejecutoria Superior Exp. 3762-97 de 17/09/97 Sala Penal de Apelaciones - Lima). Define al deber objetivo de cuidado como el conjunto de reglas que debe observar toda persona al realizar una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de pericia, destreza o prudencia (Ejecutoria Suprema R.N. 2007-97 de 02/04/199). Sin embargo, podemos encontrar jurisprudencia aislada en la que, en cuanto a la infracción del deber objetivo de cuidado, acude a la experiencia⁵². Debemos advertir el peligro que encierra esta argumentación en la medida en que se admite que una regla de la experiencia sea la que excluya la infracción del deber de cuidado, pues la experiencia podría, *contrario sensu*, fundamentar la responsabilidad penal⁵³.

Asimismo, podemos advertir que la jurisprudencia hace alusión a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva⁵⁴ en el delito imprudente (Ejecutoria

como típica, asimismo no basta con tener mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario además querer realizarlos [...]».

51 En este sentido, Sentencia del Exp. 6095-97 Lima, 07/01/1998, en CARO JOHN, 2007: 166.

52 Así, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998, excluye dicho deber en una «regla de la experiencia» que «[...] enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión [...]»; en la misma línea argumental la Ejecutoria Suprema Exp. 3475-97 de 07/09/1998: «[...] Actúa culposa o imprudentemente el que omite la diligencia debida. Se trata por lo tanto de la infracción del deber de cuidado, o sea, de las normas de conducta exigibles para el caso, las cuales se extraen de la experiencia común y no dependen necesariamente de la trasgresión de leyes o reglamentos. [...]».

53 Críticamente sobre este aspecto de la Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998, GARCÍA, 2000: 200.

54 En efecto, la jurisprudencia ha incidido en la aplicación de criterios de imputación objetiva, determinando uniformemente, por ejemplo, situaciones de autopuesta en peligro de la víctima en casos de «imprudencia temeraria del propio agraviado», así cuando el occiso en estado etílico pretendió cruzar la vía por delante de una camioneta rural en circulación (Ejecutoria Superior Exp. 4632-97 de 7/10/97 Sala Penal de Apelaciones - Lima).

Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998; Ejecutoria Superior Exp. 5615-97 de 09/12/97 Sala Penal de Apelaciones - Lima; entre otras) y, en tal sentido, la Ejecutoria Superior citada señala que para la imputación objetiva del resultado en el delito imprudente se requiere «a) el incremento del riesgo permitido [...]; b) la realización del riesgo implícito en la acción imprudente en el resultado [...]; y c) el resultado debe producirse dentro del ámbito de protección de la norma [...]».

Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime en afirmar que la infracción del deber de cuidado fundamenta el aspecto objetivo de la tipicidad del delito imprudente, pues en algunas sentencias se alude a la creación de un riesgo no permitido y no a la infracción del deber de cuidado; así, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 6239-97 Ancash de 03/06/98 señala que si el resultado lesivo de un bien jurídico no ha sido producido por la intervención de una persona, dicho resultado no puede ser imputado objetivamente a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico. Esto nos permite afirmar que la jurisprudencia nacional se inclinaría por no distinguir el tipo objetivo entre los delitos doloso y culposo, en la medida en que para la afirmación de la tipicidad objetiva culposa se ha de requerir la creación o incremento de un riesgo desaprobado o no permitido. Hay que señalar que en este aspecto la jurisprudencia no es pacífica, utiliza simultáneamente los conceptos de infracción del deber de cuidado y creación o incremento de un riesgo no permitido ya sea para afirmar o rechazar la imputación objetiva del resultado; de manera que, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998 indica que para la determinación del tipo objetivo de los delitos culposos se requiere la presencia de la infracción de un deber objetivo de cuidado y la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor «por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante». Esta jurisprudencia ha generado un debate en nuestra doctrina acerca de la aplicación del principio de confianza en lugar de las reglas de la experiencia como fundamentación de la exclusión de la infracción del deber de cuidado, y la participación de la víctima en la conducta riesgosa.⁵⁵ Ello se evidencia aún más cuando para casos similares la jurisprudencia aplica indistintamente los criterios de infracción del deber de cuidado y creación de un riesgo penalmente relevante. Por ejemplo, se hace alusión al incremento del riesgo por la víctima que cruza la vía por delante de un vehículo en marcha: la Sala Penal resuelve que «fue el agraviado quien

55 Sobre esta discusión, véase GARCÍA, 2000. En el mismo sentido la Ejecutoria Suprema Exp. 5032-97 Lima (JurPeGaceta, III, 112) señala que la excesiva velocidad con que conduce el autor su vehículo y que le impide detenerse y ceder el paso a la víctima, configura la infracción del deber de cuidado, «lo que finalmente significó en un incremento del riesgo permitido materializado en el resultado».

incrementó el riesgo al cruzar por una vía rápida [...] lo que resultó imprudente para su integridad personal» (Ejecutoria Superior de 26/09/97 Exp. 3417-97 Sala Penal de Apelaciones - Lima). La misma Sala Penal resuelve atribuyendo el resultado a una «conducta imprudente del agraviado» en el caso en que este introduce imprudentemente su brazo en una compactadora de basura, «sin que haya mediado infracción del deber de cuidado por parte del imputado» (Ejecutoria Superior de 09/12/97 Exp. 5615-97 Sala Penal de Apelaciones - Lima).

En lo que respecta al aspecto subjetivo del tipo penal culposo, la jurisprudencia ha optado mayoritariamente por el criterio de la previsibilidad objetiva propio del finalismo (momento intelectual del cuidado objetivo), en la medida en que el resultado tiene que ser previsible *ex ante* para una persona colocada en la situación y posición que el autor⁵⁶. En relación con la distinción entre, primero, dolo eventual y culpa consciente y, segundo, entre la culpa consciente e inconsciente, la jurisprudencia observa algunas confusiones. Por ejemplo, la Ejecutoria Suprema 3365-97 Piura de 03/10/1997 señala que en el dolo eventual el autor, al llevar a cabo la conducta, asume la posibilidad de producción del resultado y en la culpa consciente «no conoce el resultado ni se lo representa [...]», pareciera que no se tiene muy en claro la diferencia entre culpa consciente y culpa inconsciente. Con mayor claridad la Ejecutoria Suprema 035-98 Camaná de 10/02/1998 conceptúa el dolo eventual en el sentido que el agente «se haya representado seriamente la posibilidad del daño [...], y que, a pesar de ello, se conforme con el resultado voluntario [...], aun cuando no quiera el mismo. La culpa consciente, por el contrario, exige en el sujeto la confianza que el resultado, a pesar de su posibilidad, no se producirá [...]».

Así mismo, se advierte que la jurisprudencia no es consecuente en tomar en cuenta las capacidades especiales del autor para la determinación del deber de cuidado y, en consecuencia, el carácter prohibido del riesgo creado. Por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998 utiliza un baremo objetivo para determinar el deber de cuidado, siguiendo a la doctrina que deja el análisis de las capacidades individuales del autor para la culpabilidad⁵⁷. En un sentido contrario, la Ejecutoria Superior Exp. 3762-97 de fecha 17/09/1997, Sala Penal de Apelaciones - Lima, afirma la infracción del deber de cuidado en las capacidades especiales del autor, así señala que del «informe técnico [...] se

56 Así, por ejemplo, la Ejecutoria Superior Exp. 253-97 de 27/08/1997 Sala Penal de Apelaciones — Lima señala que para la configuración del delito de homicidio culposo se «requiere que la posibilidad y muerte del agraviado haya sido advertida y prevista por los procesados de acuerdo a sus conocimientos como profesionales médicos [...]»; así también la Ejecutoria Suprema Exp. 8653-97 de 06/08/1998 anteriormente citada.

57 Críticamente sobre este pronunciamiento en la sentencia citada, GARCÍA, 2000: 199.

desprende que el vehículo registraba un sistema de dirección en mal estado, evidenciándose consecuentemente inobservancia de reglas de cuidado aunándose a ello su condición de chofer profesional». Sobre la incidencia de los conocimientos especiales del autor sobre la determinación del deber objetivo de cuidado, véase la Ejecutoria Suprema Exp. 3475-98 de 07/09/1998 que señala en relación con el deber de cuidado que «[...] Se trata de un deber objetivo en cuanto que es el que hubiera observado un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos especiales del agente [...]».

En definitiva, si bien la jurisprudencia no define lo que ha de entenderse por culpa, toma como elemento propio del delito imprudente la infracción del deber de cuidado; de esta manera se advierte que coincide con la doctrina mayoritaria. La moderna teoría de la imputación objetiva ha sido recogida por nuestra jurisprudencia para el tratamiento del delito culposo entendiendo que se ha de verificar la creación o incremento de un riesgo penalmente relevante, que dicho riesgo se haya materializado en el resultado y que el resultado se haya producido dentro del ámbito de protección de la norma. Principalmente, la jurisprudencia ha puesto el acento en la creación de un riesgo penalmente relevante (principio del riesgo permitido) y en los casos de atribución del resultado a la conducta de la víctima (autopuesta en peligro de la víctima).

Se advierte, no obstante, que la jurisprudencia no es uniforme en cuanto al empleo del criterio de la infracción del deber de cuidado, pues acude simultáneamente a dicho criterio y a la creación de un riesgo penalmente relevante, o, en algunos casos, para supuestos similares aplica indistintamente alguno de los dos criterios. Esta disparidad de opiniones genera una enorme confusión en la línea jurisprudencial a seguir por los magistrados. Creemos que esto es consecuencia de la tendencia doctrinal actual de sustituir la infracción del deber de cuidado por la idea de creación o incremento de un riesgo jurídicamente relevante. Se ha de tener en cuenta que en una acción mantenida dentro del riesgo permitido queda excluida la imputación objetiva del resultado y, consecuentemente, tampoco se puede hablar de que haya habido una infracción de deber de cuidado; pues los deberes de cuidado han de estar armonizados con los riesgos permitidos. Sobre la base del riesgo permitido es que se construyen los deberes de cuidado para cada situación concreta, no puede existir una disparidad entre ambos, por lo que difícilmente podrá establecerse una diferenciación. Sobre este punto volveremos más adelante. Las reglas de la experiencia no pueden fundamentar la exclusión de una infracción del deber de cuidado, pues su admisión significa la aceptación tácita de que la responsabilidad penal puede fundarse en reglas de la experiencia, lo cual es inaceptable. De otro lado, la previsibilidad objetiva y el recurso al hombre medio sigue siendo el baremo dominante en la jurisprudencia para la determinación del

llamado aspecto intelectual del cuidado objetivo. Aunado a ello se toma en cuenta solo los conocimientos especiales del autor para la determinación del carácter prohibido del riesgo creado, y se deja, inexplicablemente, para el ámbito de la culpabilidad, las capacidades especiales del autor.

Una discusión doctrinal ha originado la imputación jurídico penal a título de dolo en el conocido caso «Utopía», en la cual, a partir de la representación en el autor de los riesgos y la posible producción de los resultados de homicidio y de lesiones, se pasa de una imputación imprudente a una imputación dolosa sobre la base de la teoría cognitiva del dolo (dolo = conocimiento). Afirmándose la concurrencia de un dolo eventual en la persona del empresario responsable de la celebración de la fiesta «Zoo», lo cual tendría, de cara a las consecuencias jurídicas del hecho, una gran trascendencia: 15 años de pena privativa de la libertad⁵⁸.

Más allá de las contradicciones sistemáticas y dogmáticas de la sentencia, lo que aquí interesa poner de relieve es la confusión de una perspectiva psicológica con una normativa, pues el recurso a la tesis de la representación en el autor de la probabilidad de producción del resultado desconoce que tanto la culpa consciente como el dolo eventual poseen el elemento de la representación del resultado. Pero no toda representación psíquica alcanza el nivel de dolo⁵⁹. No se trata de la descripción de las ideas que pasen o puedan pasar por la cabeza del autor, sino de la atribución de conocimiento desde lo social, de acuerdo al contexto social en el que se desarrolla la conducta. Esto es, la atribución de conocimientos por parte del ordenamiento jurídico a partir de las expectativas sociales que se tiene de un determinado comportamiento⁶⁰.

III. CLASES

Tradicionalmente, en la culpa se ha distinguido, según el contenido psicológico de la acción imprudente, entre culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación⁶¹. Distinción proveniente de la teoría psicológica

58 Sentencia del 49 Juzgado Penal de Lima, Expediente 23231-2004, de 27/04/2006.

59 En el mismo sentido, CARO JOHN, 2006: 244.

60 Así, SÁNCHEZ-VERA, 2004: 52.

61 Cfr. Con claridad expositiva KINDHÄUSER, 2006a, § 33, N. 59 s., igual en KINDHÄUSER, 2006b, 15, N. 86 ss., aunque admite su escaso significado de esta distinción para el ámbito de la imputación, aunque sí para la medición de la pena; BUSTOS/HORMAZÁBAL, 2004: 100; STRATENWERTH/KUHLEN, 2004, § 15, N. 33; TRÖNDLE/FISCHER, 2004, § 15, N. 13 ss. En la doctrina peruana BRAMONT ARIAS, 2002: 229; BRICEÑO, 2000: 35 ss.; HURTADO POZO, 2005: 729; PEÑA CABRERA, 1999: 523; VILLAVICENCIO, 2002: 71, posteriormente más allá de la introducción de criterios normativos como la cognoscibilidad en la imprudencia, mantiene la distinción psicologista entre culpa consciente y culpa inconsciente: VILLAVICENCIO, 2006: 402 ss.; VILLA

de la culpabilidad a la que se le ha introducido, como veremos, ciertos parámetros objetivos. La culpa consciente o con representación se refiere a aquellos casos en que el sujeto reconoce el peligro de su acción, pero confía en que no dará lugar el resultado lesivo. El sujeto que no quiere causar la lesión, pero advierte esta posibilidad y, a pesar de ello, lleva a cabo la conducta. Así, por ejemplo, el cirujano que observa que los instrumentos empleados para la operación no se encuentran debidamente esterilizados, pero procede a continuar con la intervención quirúrgica confiando en que la infección que se genere en el paciente no será grave más allá de las infecciones que normalmente se producen en toda operación quirúrgica. En la culpa inconsciente el sujeto no advierte el peligro de su acción, menos aún quiere el resultado lesivo, ya que ni siquiera prevé su posibilidad. Así, por ejemplo, en el caso de los instrumentos no esterilizados debidamente, el médico cirujano no observa su estado y lleva a cabo la intervención quirúrgica sin conocer el riesgo que conlleva su acción.

No se debe pensar que, desde esta clasificación, la culpa consciente representa una mayor gravedad debido a que el sujeto advierte la posibilidad de peligro de su acción; la culpa inconsciente podrá ser tan grave o más que la consciente si la infracción del deber objetivo de cuidado así lo denota⁶². Por otra parte, el Código Penal no establece una distinción a efectos de la determinación del quantum de la pena entre las dos formas de culpa, por lo que desde esta perspectiva tampoco podría afirmarse que una forma de culpa es más grave que la otra⁶³.

Esta concepción viene siendo superada en la actualidad, y tiene utilidad solo para la distinción entre dolo eventual e imprudencia⁶⁴. Para la diferenciación entre culpa consciente y dolo eventual, los esfuerzos de la doctrina se han orientado

STEIN, 1998: 247. En contra de una distinción subjetiva psicologista, desde bases normativas vinculadas únicamente al conocimiento: CARO JOHN, 2006: 247; GARCÍA, 2004: 406.

62 Cfr. MIR PUIG, 1998: 270; respecto del Código Penal peruano, advierte este hecho VILLAVICENCIO, 1995: 454.

63 En este sentido, en nuestra doctrina con relación al Código Penal de 1924, HURTADO POZO, 1987: 455: «Estas dos clases de culpa no constituyen grados diferentes de culpabilidad», actualmente desde la perspectiva del tipo subjetivo culposo: HURTADO POZO, 2005: 730; VILLAVICENCIO, 1995: 454, también VILLAVICENCIO, 2006: 403.

64 Una distinción entre clases culpa ajena a la actitud psicológica del agente y al conocimiento de la situación de peligro de la acción a ser realizada, es aquella que se ha instaurado a partir de la vigencia del Código Penal español de 1995. La distinción entre imprudencia grave e imprudencia leve opera atendiendo a una mayor o menor infracción del deber de cuidado, lo cual posibilita la vigencia del principio de proporcionalidad de las penas, acorde con el carácter excepcional del delito imprudente. Se trata de una medida objetiva no vinculada a lo que el sujeto pueda estar pensando o creyendo al momento de actuar, sino a la mayor o menor observancia del cuidado exigido en el caso concreto atendiendo a las propias circunstancias presentes en el hecho.

por un criterio vinculado a la actitud subjetiva del autor, y se tiene en cuenta que en ambos casos el autor conoce el peligro de su acción y la posibilidad de lesión del bien jurídico. Se trata de observar la actitud subjetiva del autor respecto de la afectación del bien jurídico, de tal forma que si la actitud del sujeto es la de persistir en la acción contando con la lesión del bien jurídico, se estará frente a un supuesto de dolo eventual; mientras que si la actitud del sujeto es la de persistir en la acción confiando en que el resultado no se producirá, estaremos ante un supuesto de culpa consciente⁶⁵. Esta distinción sí tiene incidencia en la determinación de la aplicación de la pena, toda vez que la actuación con dolo eventual conduce a la aplicación del tipo penal doloso previsto para la conducta realizada en concreto, aunque de manera atenuada en relación con las formas más graves de dolo, mientras que la realización culposa solo sería punible en el caso en que la conducta esté expresamente recogida en la ley como delito⁶⁶.

La moderna dogmática entiende que la imprudencia constituye una forma de evitabilidad en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar, se prescinde de la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente, solo habrá la denominada culpa inconsciente, ya que todos aquellos supuestos en los que el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable se estará ante casos de dolo eventual⁶⁷. Resulta así que habrá imprudencia en los casos en que el autor no conoció el peligro no permitido generado por su conducta, cuando hubiera podido conocer dicho peligro. Expresado de otro modo, la denominada culpa con representación se equipara al dolo eventual, mientras que solo se concibe como imprudencia la denominada culpa sin representación.

Esta opción se aparta radicalmente de la visión subjetivista psicologizante de la distinción entre clases de culpa, apoyada en la idea de si el sujeto conocía o se había representado la lesión del bien jurídico, y pone el acento en el carácter eminentemente normativo de la imprudencia. De esta forma, carece de sentido la

65 En este sentido, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999: 171.

66 Desde este orden de ideas, podemos advertir que la distinción entre culpa con representación y dolo eventual trazada a partir de la actitud del sujeto respecto de la producción del resultado con su accionar peligroso, está orientada, desde una óptica político criminal, a la determinación de la pena, pues, como lo afirma un sector de la doctrina, la estructura del dolo eventual es similar a la de la culpa con representación, Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999: 183; entienden que el dolo eventual se trata de una culpa más grave que, bajo dicha denominación, se asimila al dolo a efectos de la determinación de la pena a partir de una decisión político criminal se prevé una pena más grave para aquellos casos en que el sujeto obra con culpa conciente con una mayor indiferencia hacia los bienes jurídicos que hace que el marco punitivo del delito culposo resulte desproporcionado frente a la gravedad del comportamiento. Mantienen el mismo criterio en BUSTOS/HORMAZÁBAL, 2004: 101.

67 Cfr. JAKOBS, 1997b: 327.

discusión entre culpa con representación y dolo eventual, ya que es suficiente que el sujeto conozca de la creación del peligro no permitido de su acción, y es irrelevante la actitud interna del sujeto en cuanto a si confiaba en que el resultado no se produciría o si contaba con dicha posibilidad⁶⁸. Desde una perspectiva político criminal, esta opción muestra mejores resultados que la tradicional distinción, pues difícilmente podía determinarse cuándo el autor confiaba en que el resultado no se produciría y cuándo contaba con ello, lo que en la práctica generaba ciertas arbitrariedades; en el fondo, como lo han reconocido algunos partidarios de la distinción subjetivista, dolo eventual y culpa con representación tienen la misma estructura típica⁶⁹, por lo que a efectos de determinar la imputación del comportamiento solo sería suficiente la comprobación en ambos casos del conocimiento del sujeto acerca de la probabilidad de afectación del bien jurídico.

Ahora bien, esta postura no solo revoluciona la culpa con representación asimilándola con el dolo eventual, sino que respecto del propio concepto de dolo pone el acento en su aspecto cognoscitivo dejando fuera de análisis el lado volitivo. El dolo es concebido como el conocimiento por parte del autor de la acción que realiza y sus consecuencias, por lo que el dolo solo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo⁷⁰, desarrollo que ha sido ya puesto de relieve en el caso del delito de omisión. En definitiva, se afirma que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y lleva a cabo la conducta es porque, al menos, tiene una actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado⁷¹.

De esta forma, como sostiene Bacigalupo⁷², se ha superado la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente: solo habrá culpa inconsciente. Y en cuanto a la distinción entre dolo y culpa, la moderna dogmática deja de lado el criterio volitivo, esto es, la confrontación entre lo voluntario versus lo involuntario, y asume un criterio eminentemente cognitivo: conocimiento versus desconocimiento. En definitiva, la creación de un riesgo no permitido y la inevitabilidad de la realización

68 Se critica esta distinción entre culpa consciente y dolo eventual, precisamente, por tomar como elemento determinante la actitud del sujeto respecto de la posibilidad, conocida, de que se produzca el resultado; en opinión de Jakobs, esta posición, vinculada al componente «emocional» o «voluntativo», deja sin contestar la cuestión de que por qué ha de tener efecto exonerador un proceso que no modifica los conocimientos y no aporta nada al cumplimiento de la norma. Cfr. JAKOBS, 1997a: 170.

69 Así, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999: 182 y 183, con la salvedad que acercan el dolo eventual a la culpa, como una forma de culpa más grave. Mantienen este criterio en BUSTOS/HORMAZÁBAL, 2004: 101 s.

70 Cfr. BACIGALUPO, 1998a: 228.

71 En este sentido, BACIGALUPO, 1998a: 228.

72 Cfr. BACIGALUPO, 1998a: 232.

del tipo en concreto son presupuestos de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso y en el culposo. En este se ha de advertir, además, que el riesgo no sea conocido por el sujeto, pero que sea cognoscible, esto es, desde una perspectiva normativa, que al sujeto le sea exigible conocer.

La discusión acerca de la mayor incidencia del aspecto cognitivo sobre el volitivo en la conceptualización del dolo no puede ser tratada en este trabajo, basta solo poner de relieve que la identificación de la culpa consciente con el dolo eventual no es un cometido aislado de un sector de la doctrina, sino que obedece a un replanteamiento que desde el normativismo se lleva a cabo sobre cada uno de los elementos del delito. Así, el dolo y la culpa ya no son apreciados como fenómenos ontológicos, sino eminentemente normativos. En la culpa no se valora lo que el sujeto individualmente esté considerando al momento de llevar a cabo la conducta, sino que la infracción del deber de cuidado viene determinada por lo que social y normativamente está definido en la norma como contrario al deber objetivo de cuidado, y que por ello le es exigible al sujeto conocer en el caso concreto.

IV. LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL DEL DELITO IMPRUDENTE

La doctrina mayoritaria estructura la tipicidad del delito culposo con dos elementos: la infracción del deber objetivo de cuidado y la previsibilidad objetiva como su presupuesto⁷³. El primero está vinculado con el cumplimiento de los deberes contenidos en la norma de cuidado o diligencia referidos en los tipos penales de los delitos imprudentes y que, a su vez, conlleva una remisión a las normas de diligencia y prudencia extrapenales; el segundo elemento se refiere a la conciencia o previsión (posibilidad de previsión en la culpa inconsciente) en el sujeto de realizar la parte objetiva del tipo, se refiere a una previsibilidad objetiva, esto es, para cualquier ciudadano⁷⁴.

A diferencia de lo que ocurre en el tipo doloso en que se requiere una coincidencia entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo del hecho, en el sentido de que el autor tiene que haber conocido lo ocurrido, en el tipo imprudente esta coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido no se da: la distinción entre un

73 Véase: HURTADO POZO, 1987: 451; a partir de la definición legal del Código Penal de 1924, concibe la culpa como violación de un deber de cuidado y previsibilidad del resultado; posteriormente sobre la necesidad de exigir la previsibilidad del riesgo HURTADO POZO, 2005: 726; BRAMONT/ARIAS, 2002: 231; LUZÓN PEÑA CABRERA, 1996: 494; VILLAVICENCIO, 2002: 71; también con una mayor fundamentación en VILLAVICENCIO, 2006: 387 ss.

74 Cfr. LUZÓN PEÑA CABRERA, 1996: 498 s., 503.

tipo objetivo y un tipo subjetivo no tiene mayor trascendencia⁷⁵. Un sector de la doctrina destaca un tipo subjetivo en el delito imprudente a partir de reconocer un elemento negativo: la ausencia de dolo respecto del hecho típico, y admite un aspecto positivo para el caso de la culpa consciente que consiste en la conciencia o previsión de la posibilidad de realizar la parte objetiva del tipo, pero sin aceptarla; para el caso de la culpa inconsciente se sostiene la posibilidad objetiva de conocer o prever que se puede realizar la parte objetiva de un tipo⁷⁶. Sin embargo, el criterio de la previsibilidad objetiva resulta insuficiente, pues no toda acción que objetivamente puede producir resultados lesivos es de por sí imprudente⁷⁷. El tipo subjetivo en el delito imprudente también ha sido destacado por la doctrina en el sentido de «conjunto de elementos individuales del tipo imprudente»⁷⁸. Así también, un sector de la doctrina admite un elemento subjetivo común de todo delito imprudente basado en la relación subjetiva del sujeto con el hecho riesgoso y en la que ha de comprenderse también las características específicas del autor⁷⁹. Entiendo que si bien la distinción entre lo subjetivo y lo objetivo no tiene mayor significación en el delito imprudente, sí es posible hablar de un tipo subjetivo del delito imprudente en la medida en que la imprudencia tiene un carácter individual⁸⁰. El autor ignora negligentemente que realiza el tipo.

Ahora bien, una cuestión a revisar vinculada a lo anterior es aquella referida a si el tipo objetivo ha de ser el mismo para los delitos dolosos y los delitos imprudentes, y se diferencia solo en cuanto al tipo subjetivo⁸¹. Considero que el tipo objetivo de los delitos dolosos y los delitos imprudentes ha de ser determinado a partir de un elemento común: la creación o aumento de un riesgo penalmente relevante y su realización en el resultado, esto es, a partir de la teoría de la imputación objetiva⁸².

75 Cfr. BACIGALUPO, 1998a: 149; también desde posiciones post-finalistas: STRATENWERTH/KUHLEN, 2004, 15, N. 3 y 29, sin embargo no niega la posibilidad de diferenciar en el delito imprudente un tipo objetivo de un tipo subjetivo, véase n. 32.

76 Cfr. LUZÓN PEÑA CABRERA, 1996: 496 ss.

77 Así, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, 2007: 285. En nuestra doctrina, BRAMONT-ARIAS, 2002: 231. Advierte, acertadamente MIR PUIG, 1998: 277, que la imprudencia es un concepto eminentemente normativo, donde lo trascendente no es solo la posibilidad de previsión, sino el deber.

78 Así, JAKOBS, 1997b: 382.

79 Así, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999: 172.

80 Cfr. BACIGALUPO, 1998a: 242.; matizadamente CHOCLÁN, 1998: 60; recientemente KINDHÄUSER, 2007: 46: la imprudencia es un uso defectuoso de la capacidad de evitación del autor individual. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO, 2006: 402 s.

81 Discusión planteada en nuestra doctrina por GARCÍA, 2000: 193.

82 Inclusive desde posiciones post-finalistas: STRATENWERTH/KUHLEN, 2004, § 15, N. 32. Sobre la uniformidad del tipo objetivo en los delitos dolosos e imprudentes desde la imputación

En el tipo objetivo habrá de determinarse, entonces, la creación o aumento de un riesgo penalmente relevante y su realización en el resultado; dicho riesgo debe encontrarse dentro del ámbito de protección de la norma penal⁸³. El tipo subjetivo del delito imprudente sí muestra diferencias estructurales respecto del delito doloso. La obligación de advertir la presencia del peligro es inherente a la culpa (culpa inconsciente en la distinción tradicional), pues esta se caracteriza en la moderna teoría por la cognoscibilidad del riesgo. Al autor imprudente se le reprocha no haber conocido que creaba un riesgo jurídicamente desaprobado; ahora bien, si el autor advierte el riesgo y, no obstante, continúa en el ejercicio de su acción, su comportamiento será, entonces, doloso. Desde este orden de ideas, la llamada culpa consciente no tiene cabida como tal, ya que configura un supuesto de dolo eventual.

1. La infracción del deber de cuidado: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

a. La infracción de la norma de cuidado

Acreditada la insuficiencia de la causalidad y la sola previsibilidad para la configuración del tipo culposo, fue necesaria la introducción de criterios valorativos normativos que restrinjan la responsabilidad penal. Se tomó como baremo la idea del cuidado exigido en el tráfico, de tal forma que la adecuación de la acción al tipo objetivo imprudente quedaba afirmada con la comprobación del incumplimiento con la medida objetiva de cuidado exigido. Así, Welzel⁸⁴ caracterizó el hecho imprudente negativamente como la no coincidencia de la acción punible con la conducta que hubiera llevado a cabo una persona prudente y cuidadosa en la posición del autor; de tal forma que, en los casos en que el sujeto hubiera observado el cuidado necesario en el tráfico, no concurrirá el desvalor de acción. Actualmente, la doctrina mayoritaria afirma que la imprudencia consiste en la infracción de un deber objetivo general de cuidado. Se trata de un deber dirigido a todos los ciudadanos en la situación concreta y que sea posible de llevar a cabo en relación con el baremo del hombre medio cuidadoso. En el caso de una actuación profesional, el baremo será

objetiva, en nuestra doctrina: GARCÍA, 2000: 196, siguiendo la concepción de Jakobs sobre la imputación objetiva; con ciertos matices desde posiciones finalistas: BRICEÑO, 2000: 30; PEÑA CABRERA, 1999: 512; VILLAVICENCIO, 2006: 386.

83 En el mismo sentido, GARCÍA, 2000: 197.

84 Cfr. WELZEL, 1964: 71 y 74. En nuestra doctrina, BRAMONT/ARIAS, 2002: 234, admite dentro del deber objetivo de cuidado, un cuidado normativo o valorativo referido a la confrontación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y cuidadoso y la efectivamente realizada por el autor.

el cuidado que debe imprimir a sus actos el buen profesional, cuyo presupuesto es la previsibilidad objetiva, dicho sujeto ideal ha de ser colocado en la situación del autor real y se le añaden los conocimientos de ese autor concreto⁸⁵.

El deber de cuidado exigido en el tráfico alcanza su desarrollo doctrinal con las aportaciones de Jescheck a la distinción entre un deber de cuidado interno y un deber de cuidado externo, inicialmente elaborada por Engisch. El deber de cuidado interno se configura a partir del mandato general de cuidado de advertir el peligro. Toda persona ha de advertir el peligro para el bien jurídico que encierra la ejecución de su conducta y valorarlo correctamente, esto es, el deber de conocer el peligro y sus efectos en el marco de la esfera del tráfico a que la persona pertenece, debiendo tomarse en cuenta el especial conocimiento causal del autor⁸⁶. En otras palabras, este elemento del deber de cuidado hace alusión a la previsibilidad individual del riesgo. Se le reprocha al sujeto no haberse percatado del riesgo, pudiendo haberlo hecho, y no haber adecuado su conducta a dicho peligro para evitar el resultado.

El deber de cuidado externo consiste en actuar de acuerdo con el peligro conocido, esto es, adecuar la conducta a la situación peligrosa advertida con el fin de evitar la producción del resultado típico⁸⁷. Ello significa la abstención de la realización de la acción peligrosa en los casos en que no está permitida la creación de un riesgo o, en todo caso, la sujeción de la conducta dentro de los alcances permitidos.

Esta concepción mayoritaria en la doctrina viene siendo revisada desde la moderna teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que no expresa nada diferente al hecho de que la acción no debe superar el riesgo permitido y que el riesgo debe ser cognoscible por el autor para podersele imputar el resultado⁸⁸. En otras palabras, toda la problemática de la distinción del deber de cuidado entre un aspecto interno y un aspecto externo pierde relevancia a partir de la teoría de la imputación objetiva, ya que el primer elemento para la imputación objetiva de un resultado es la constatación de si la acción ha creado o aumentado un riesgo jurídicamente desaprobado (deber de cuidado externo) y a partir de la configuración del aspecto subjetivo de la tipicidad sobre la base de la cognoscibilidad, la obligación de advertir el peligro (deber de cuidado interno) es inherente a la culpa, identificada como cognoscibilidad del riesgo. Lo que identifica a la culpa, de acuerdo a la moderna teoría, es que el sujeto no advierta la presencia del peligro pudiendo hacerlo.

85 Así, LUZÓN PEÑA, 1996: 500.

86 Cfr. JESCHECK, 1993: 526 ss.

87 Cfr. JESCHECK, 1993: 526 ss.

88 En este sentido, CHOCLAN, 1998: 35.

b. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como elemento común del tipo objetivo de los delitos doloso y culposo

De acuerdo a la extensión evidenciada actualmente de la teoría de la imputación objetiva, en la estructura del delito imprudente se ha de verificar que el comportamiento imprudente constituya un peligro jurídicamente desaprobado y que el resultado sea la realización de dicho peligro; solo así podrá afirmarse la imputación objetiva del resultado. Como se verá, la difusión doctrinal de la moderna teoría de la imputación objetiva ha calado considerablemente sobre la teoría finalista de la acción y su concepción del delito imprudente, a tal punto que se sostiene que debajo de la idea de infracción del deber de cuidado se hayan diversos elementos de la imputación que caracterizan con mayor precisión la imprudencia que dicha cláusula general⁸⁹. Desde esta perspectiva, afirma Jakobs que el deber de cuidado es aquel emergente de la norma que prohíbe la conducta, y que no toda previsibilidad del resultado tiene relevancia jurídico penal a título de imprudencia, por lo que «solo es relevante la previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable»⁹⁰.

Como hemos sostenido anteriormente, la moderna teoría penal no concibe el elemento objetivo del delito doloso de manera diferente al delito culposo. Se exige en ambos que el sujeto lleve a cabo una acción que realice un riesgo jurídicamente desaprobado⁹¹. Luego, la idea de la infracción de un deber de cuidado no es exclusiva del delito culposo; en el delito doloso también cabe apreciar la infracción de un deber de cuidado si este es entendido como creación de un riesgo ya no permitido⁹². Esto es, en el sentido de que toda persona por el hecho de vivir en sociedad ha de obrar conforme al cuidado exigido en cada caso en concreto de acuerdo a la actividad que desarrolle.

Sin perjuicio de ello, se ha tener en cuenta que los conceptos de riesgo permitido y deber de cuidado responden a dos criterios diferentes de comprender el

89 En este sentido, ROXIN, 1992: 91; igualmente: JAKOBS, 1997b: 384; en el delito imprudente la supuesta infracción del deber de cuidado no es más que el deber que surge de la norma al igual que en el delito doloso; BACIGALUPO, 1998a: 246. En nuestra doctrina ello era advertido por HURTADO POZO, 1987: 452 s., en cuanto a que el deber de prudencia no es absoluto, haciendo alusión a la incidencia que tiene sobre dicho deber el «riesgo tolerado» y la expectativa en el ciudadano de que cada persona respete el deber de cuidado. En contra, LUZÓN PEÑA, 1996: 382, a partir de concebir el riesgo permitido como una causa de justificación.

90 Cfr. JAKOBS, 1997b: 384 s. Críticamente sobre el concepto de creación o aumento de un peligro en la moderna teoría de la imputación objetiva, RUEDA, 2001: 142 s., quien observa la amplitud con que se maneja el concepto de peligro y su indeterminación.

91 En nuestra doctrina, GARCÍA, 2000: 196.

92 En este sentido, CHOCLAN, 1998: 36.

fenómeno. Como acertadamente sostiene Choclán⁹³, el riesgo permitido, desde la óptica de la imputación objetiva, dice relación con lo efectivamente realizado por el sujeto en cuanto constituye la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, mientras que el deber de cuidado se refiere a la acción esperada, a aquellos cuidados que el sujeto debió emplear en la realización de la conducta; en el primer caso, lo que interesa es lo que se hace; en el segundo, lo que se dejó de hacer⁹⁴. Ahora bien, en una acción mantenida dentro del riesgo permitido queda excluida la imputación objetiva del resultado y, consecuentemente, tampoco se puede hablar de que haya habido una infracción de deber de cuidado. Es decir, los deberes de cuidado han de estar armonizados con los riesgos permitidos, sobre la base del riesgo permitido es que se construyen los deberes de cuidado para cada situación concreta; no puede existir una disparidad entre ambos, por lo que difícilmente podrá establecerse una diferenciación. Desde este orden de ideas cabe uniformizar el tipo objetivo de los delitos dolosos y los delitos culposos a partir de la teoría de la imputación objetiva en cuanto en ambos se requiere la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Ahora bien, en la determinación de la creación de un riesgo jurídicamente no permitido se ha de tomar en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina han ido valorando para la verificación de la infracción del deber de cuidado⁹⁵. Así, por ejemplo, se ha de tomar en cuenta las reglas de cuidado establecidas en regulaciones primarias penales y extrapenales que implican una prevaloración de las condiciones óptimas de la conducta para la evitación del resultado lesivo. Es el caso del tráfico vehicular en el que los riesgos están regulados jurídicamente (condiciones ideales concebidas de modo general), luego su contravención indicará la creación del riesgo que se quiere evitar; sin embargo, estas reglas concebidas para situaciones de normalidad pueden ceder ante la regla más general que obliga a adaptar el cuidado a las circunstancias especiales concomitantes en cada caso. Así, por ejemplo, los límites generales de velocidad se ven derogados en la práctica en casos en que por lluvia o nieve la vía se torna deslizante, ya que el conductor está sujeto a otra norma que le obliga a disminuir la velocidad.⁹⁶ Distinto es el

93 Cfr. CHOCLAN, 1998: 36.

94 PUPPE, 2001: 61 ss., ha puesto de relieve la manipulabilidad del requisito de la evitabilidad del resultado mediante un comportamiento alternativo diligente, en cuanto el espacio de decisión que deja abierta esta teoría es usado constantemente por la jurisprudencia para soslayar las dificultades de prueba.

95 Así, ROXIN, 2006, 11, N. 39 ss.

96 Sobre ello, véase CHOCLAN, 1998: 93: las reglas legales de cuidado como normas de comportamiento abstractas, solo desplegarán su verdadera eficacia en la medida en que el riesgo se presente en situaciones coincidentes con las condiciones ideales contempladas en las reglas (p. 94).

caso de las reglas del arte o reglas técnicas, normas no jurídicas, que solo ejercen una función indiciaria debido a que son producto de una previsión de posibles peligros apoyada en la experiencia y en el razonamiento; se trata de un sistema de regulación no formal y por ello no vinculante que solo representa un indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo⁹⁷.

Por último, se ha de advertir que la imprudencia no dice relación con la voluntad individual de la persona, sino que, debido a que se trata de una valoración objetiva normativa, se trata de la voluntad general plasmada en normas; el dolo y la culpa no son conceptos ontológicos o psicológicos, sino conceptos normativos que están determinados por las normas penales⁹⁸. Por lo que la norma de cuidado que contiene el correspondiente tipo penal no está configurada a partir de lo que el sujeto aisladamente pueda pensar o concebir sobre una situación concreta, sino sobre lo que la sociedad en su conjunto entiende que es la pauta de orientación del comportamiento en dicha situación. Así, la idea del riesgo permitido, al ser un concepto social amplio, comprende con mayor precisión los ámbitos de actuación de los sujetos en cuanto la creación o aumento de un riesgo permitido ha de contar con la valoración social correspondiente. Una conducta adecuada al riesgo permitido no puede ser considerada una conducta descuidada, ya que el riesgo permitido excluye la tipicidad de la conducta al eliminar el desvalor de acción.

2. Previsibilidad objetiva o previsibilidad individual. Las capacidades especiales individuales y los conocimientos especiales del autor

Junto a la discusión acerca de la sustitución de la infracción del deber de cuidado por la idea de creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado, el debate doctrinal se centra en si los conocimientos especiales y las capacidades superiores determinan la existencia o no de la infracción del deber de cuidado o es un aspecto que debe ser tratado en la culpabilidad. Esto dependerá de la concepción que se asuma acerca de la pertenencia del llamado deber subjetivo de cuidado al tipo de injusto del delito culposo o al ámbito de la culpabilidad.

Para la doctrina mayoritaria, que distingue en el deber de cuidado un deber objetivo y un deber subjetivo, el riesgo de la acción y sus efectos han de ser previsibles para cualquier persona en general, para lo cual se acude a la idea del hombre

En nuestra doctrina, HURTADO POZO, 1987: 452, sostiene que el «deber de prudencia» tiene su fundamento en una norma legal complementaria; más ampliamente con referencia al contenido social de las normas que regulan las diversas actividades de las personas: HURTADO POZO, 2005: 721.

97 Cfr. JAKOBS, 1997b: 249.

98 En este sentido, FEIJÓO, 2001: 242.

medio⁹⁹ cuidadoso, esto es, se adopta el criterio de la previsibilidad objetiva, anteriormente referido. Sin embargo, las personas no son todas iguales, hay personas que ostentan conocimientos especiales o capacidades superiores vinculados, principalmente, al ejercicio de una profesión o una técnica; así, por ejemplo, los conocimientos especiales con que cuenta un médico cirujano con relación a la atención a una persona que requiere auxilio en la vía pública, o la destreza que en la conducción de un vehículo puede ejercer un corredor profesional para evitar un accidente.

La doctrina mayoritaria afirma, a partir de la previsibilidad objetiva, que los conocimientos especiales deben recibir un tratamiento diferente de las capacidades especiales. Luzón Peña¹⁰⁰ sostiene que si debido al no empleo de los conocimientos especiales no se prevé la producción del tipo, habría infracción del deber de cuidado en virtud a que existiría una previsibilidad objetiva y, pese a ello, no se ha previsto la realización del tipo. Así, por ejemplo, el caso de un equipo médico que ha desarrollado una técnica de detección de anomalías en un determinado tipo de operaciones, que todavía no es conocida por los especialistas de esa rama, y que por no utilizar dicha técnica no prevé la producción del tipo; provocación de la muerte; en este caso se trataría de un supuesto de culpa inconsciente. Desde este orden de ideas, se afirma conceptualmente que los conocimientos especiales del autor son transmisibles al sujeto ideal (hombre o profesional cuidadoso). La fórmula de la previsibilidad objetiva permite añadir al hombre medio o ideal los conocimientos especiales del autor concreto, aumentando de esta forma la posibilidad objetiva de previsión, pero si son menores los conocimientos del autor que los del sujeto ideal, no le restan a este su conocimiento o capacidad de previsión normal¹⁰¹.

Las capacidades especiales y superiores del autor, a diferencia de los conocimientos especiales, no son transferibles al sujeto ideal (hombre o profesional cuidadoso), pues la habilidad, pericia, destreza, etc. son personalísimas, por lo que no pueden ser añadidas hipotéticamente; luego, en el caso de que el sujeto no emplee una capacidad superior, como, por ejemplo, su habilidad como corredor de autos, y se limite a realizar una actividad arriesgada con la misma técnica o pericia que utilizaría un conductor cuidadoso, pero que carece de esa capacidad superior, no infringe deber objetivo de cuidado alguno¹⁰². En los casos en que las particulares características de la persona muestren una falta de capacidad de comprensión o

99 En este sentido en la doctrina nacional: CASTILLO ALVA, 2004: 377; PEÑA-CABRERA, 2007: 689; RODRÍGUEZ, 2007: 160, con ciertos reparos.

100 Cfr. LUZÓN PEÑA, 1996: 502; en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2007: 286 s.

101 Cfr. LUZÓN PEÑA, 1996: 503.

102 En este sentido, LUZÓN PEÑA, 1996: 502.

de cumplir el deber objetivo de cuidado, un sector de la doctrina sostiene que se trata de un problema de culpabilidad¹⁰³; luego, habrá una conducta imprudente, pero quedará excluida o atenuada la culpabilidad, según si se trate de una absoluta incapacidad o una inferior capacidad subjetiva para el cumplimiento del deber, esto es, la tipicidad quedará intacta.

Ahora bien, la inclusión en el juicio objetivo de los conocimientos especiales del autor en la situación concreta es asumida por la doctrina dominante, por lo que no se genera mayor discusión al respecto¹⁰⁴. Se advierte, sin embargo, que los conocimientos especiales solo son relevantes para el tipo cuando van referidos a un hecho objetivamente desvalorado por la norma; asimismo, los desconocimientos especiales en el ámbito del delito imprudente son un problema vinculado al riesgo permitido y no a la intención del autor¹⁰⁵, ya que al sujeto especialmente dotado le está igualmente vedado crear un riesgo jurídicamente desaprobado de acuerdo con las pautas generales en el tráfico¹⁰⁶.

Se ha de tener presente, como lineamiento básico a seguir respecto del conocimiento, que en el ámbito de la imputación subjetiva el conocimiento del autor no se constata ni se verifica, sino que se imputa¹⁰⁷.

La discusión no es pacífica respecto de las capacidades especiales o superiores del autor. Un sector de la doctrina llega a uniformizar conocimientos especiales con capacidades especiales bajo el concepto general de capacidad¹⁰⁸; como hemos visto, la doctrina mayoritaria trata la problemática de las capacidades individuales como un problema de culpabilidad.

El tratamiento de las capacidades superiores en la culpabilidad trae como consecuencia que si la conducta ha observado el cuidado adecuado en el tráfico, se excluye la tipicidad de dicha conducta, a pesar de que el sujeto, en virtud a sus capacidades especiales individuales, hubiere podido evitar la creación del riesgo de lesión¹⁰⁹. Desde esta concepción doctrinal, en el caso de un médico con capacidades especiales superiores que utilizando todas sus capacidades hubiera podido

103 Cfr. TRÖDLE/FISCHER, 2004, § 15, N. 17; LUZÓN PEÑA CABRERA, 1996: 501. En nuestra doctrina, HURTADO POZO, 2005: 729.

104 Así, por ejemplo, CHOCLAN, 1998: 44; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, 2007: 286; LUZÓN PEÑA, 1996: 501; BRAMONT/ARIAS, 2002: 231; VILLAVICENCIO, 2002: 70; VILLA STEIN, 1998: 250.

105 Cfr. FEIJÓO, 2002: 114, 117.

106 Así, CHOCLAN, 1998: 54.

107 Con claridad en la doctrina nacional: GARCÍA, 2004a:169.

108 Cfr. CORCOY, 1989: 132 ss. Esta parece ser también la opinión de MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2007: 286 s., quienes bajo la denominación de «capacidad individual» engloban los conocimientos, capacidades y experiencia del sujeto.

109 Así, JESCHECK, 1993: 540 y ss, lo cual, en opinión del autor, ha de comprender también las capacidades y circunstancias especiales estandarizadas (p. 513, nota 16).

evitar el fallecimiento del paciente y se limita, no obstante, a emplear la habilidad de un profesional médico medio, habría observado el cuidado objetivamente debido y, en consecuencia, no habría incurrido en el tipo de injusto culposo, a pesar de la muerte del paciente. Se generaría una laguna de punibilidad en estos casos.

Un sector minoritario de la doctrina, con la finalidad de superar esta laguna de punibilidad y proponer una solución más satisfactoria, condiciona la tipicidad a las capacidades individuales del autor. Para ello, a diferencia de la doctrina mayoritaria que parte de la capacidad de evitación general, sostiene ya en el injusto la capacidad de evitación individual y no en el ámbito de la culpabilidad. Esta posición, apoyada en la idea de cognoscibilidad del riesgo para el delito imprudente, anteriormente expuesta, afirma que en dicha cognoscibilidad han de influir los conocimientos especiales del autor y su capacidad individual¹¹⁰. Al concebirse la imprudencia como «forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse»¹¹¹, la valoración de las capacidades individuales del autor son examinadas en un momento anterior a la culpabilidad, se advierte que la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna otra función que la que ya desempeña el riesgo permitido.¹¹² Luego, en virtud de la evitabilidad individual (cognoscibilidad individual no objetiva), los conocimientos especiales y capacidades superiores del autor son valoradas en atención a la cognoscibilidad del riesgo, de tal forma que si el riesgo no puede ser conocido por el hombre medio, puede ser, sin embargo, conocido por quien posee cualidades superiores, por lo que para él la realización del tipo es evitable¹¹³. En sentido inverso, la imposibilidad individual de conocer el riesgo conlleva la atipicidad y no la exclusión o disminución de la culpabilidad.

110 En este sentido, CORCOY, 1989: 127 y 145 ss.; GARCÍA, 2000: 199, también en GARCÍA, 2007: 563; MIR PUIG, 1998: 279, reserva solo para el juicio de la tipicidad aquellos casos en que la capacidad superior del autor haya podido ser voluntariamente empleada y, a pesar de ello, no la utiliza. BRAMONT-ARIAS, 2002: 235, sin admitir la cognoscibilidad del riesgo como elemento del tipo culposo, incluye dentro del deber de cuidado las capacidades especiales del autor ante las posibles insuficiencias de las reglas jurídicas, aunque advierte que pueden darse colisiones con el principio de legalidad; VILLAVICENCIO, 2006: 402.

111 Cfr. JAKOBS, 1997b: 382, lo cual está en relación con la función que le atribuye al derecho penal, que no es garantizar la expectativa de que todos los hombres estén capacitados por igual, sino la expectativa de motivación fiel al Derecho.

112 Cfr. JAKOBS, 1997b: 387.

113 Véase al respecto, CHOCLAN, 1998: 51. En la doctrina nacional: GARCÍA, 2007: 563, los conocimientos y capacidades especiales forman parte del juicio de determinación de la cognoscibilidad (imputación subjetiva en el tipo); RODRÍGUEZ, 2007: 156: le brinda un tratamiento en el ámbito de la «imputación personal».

Ahora bien, se ha de advertir que los conocimientos, capacidades o experiencias del autor no determinan por sí solos la imputación: es la norma la que determina su trascendencia, es el tipo el que recoge la relevancia social del conocimiento en un contexto determinado¹¹⁴. El apoyo de Jakobs en la idea de rol social que ejerce la persona permite determinar la aplicación de los conocimientos especiales a través de una selección objetiva de los roles desde la delimitación de ámbitos de responsabilidad, para lo cual Jakobs utiliza un concepto sociológico: el rol social, y no un criterio recogido en la norma penal. La identificación del rol social y de sus competencias facilitarían, en el ámbito de la norma, la atribución del conocimiento en un contexto determinado, pero el rol *per se* no define aisladamente la atribución social de conocimiento¹¹⁵. De ahí que la doctrina se incline por el procesamiento del rol social junto con la idea de competencias¹¹⁶, ambos conceptos definitivamente abarcarían de manera amplia la problemática de la imputación jurídico penal. En ello, el contexto social del comportamiento define la atribución de sentido normativo al conocimiento, de tal forma que lo que el autor debe saber o debe evitar aparece informado por el contexto social concreto¹¹⁷.

La mayor trascendencia del rol social, coincidimos con el autor alemán, se adquiere a partir de reconocer que la imputación radica en la concurrencia de una posición de garante: creaciones especiales de riesgos (tráfico vehicular) y de deberes especiales (funcionarios públicos, relaciones paterno-filiales)¹¹⁸. Así, será imputable el resultado lesivo si la no aplicación del conocimiento especial se origina debido a una falta de atención, cuando al sujeto le compete el deber de

114 De igual manera, FEIJOO, 2002: 144.

115 Crítico FEIJOO, 2002: 144: advierte que el recurso al rol social no añade nada a los requisitos ya existentes de la teoría de la imputación objetiva. También críticos de la idea de rol social normativizado de Jakobs, se muestran BUSTOS/HORMAZABAL, 2004: 69 s., debido a que prevalece la sociedad sobre el individuo en cuanto el rol sería impuesto y no expresión de su libertad. Recientemente, KINDHÄUSER, 2007: 78 ss.: acusa la falta de necesidad de acudir al rol social en el derecho penal alemán vigente, pues no comprende aquellos tipos penales que se afirman desde la intención subjetiva del autor, como el caso de los delitos de preparación; por otro lado, en su opinión el derecho penal se dirige al autor como a un ciudadano fiel al Derecho y no como portadores de roles (carteros, estudiantes de biología, etc.). En la doctrina nacional, MENDOZA, 2006: 49 s., siguiendo el criterio de Feijoo, sostiene la disparidad entre rol social y norma penal, y la imposibilidad de que de la mera defraudación de expectativas sociales pueda derivarse consecuencias de carácter jurídico penal.

116 Véase ampliamente: PIÑA, 2008: 421. Con claridad en la doctrina nacional: CARO JOHN, 2003: 59, en su opinión de lo que se trata es de verificar es el comportamiento del autor en la administración de su rol (competencia).

117 Incide en nuestra doctrina sobre este tema, CARO JOHN, 2006: 250 ss.

118 En el mismo sentido, FEIJOO, 2002: 143.

aplicarlo¹¹⁹. En términos normativos, señala con claridad Piña¹²⁰, no se trata de verificar la existencia de un conocimiento especial, sino si existe el deber de saber o de indagar; luego, sin la existencia de un deber no adquiere relevancia jurídico-penal el conocimiento. Veámoslo con un ejemplo: el resultado lesivo es imputable a una acción imprudente cuando un cirujano, antes de llevar a cabo una intervención quirúrgica, es informado por el paciente de su alergia a determinado medicamento. Pero el cirujano olvida dicho conocimiento especial, por lo que el paciente fallece. El control del riesgo y la aplicación de su conocimiento especial competían normativamente al cirujano.

Concebida la imprudencia como cognoscibilidad individual, si el riesgo es conocido por el sujeto y este no emplea toda su capacidad para evitar el resultado, dicho resultado le será imputado a título de realización dolosa. De este modo, en el caso reseñado anteriormente, el médico con capacidades especiales superiores que de haber utilizado todas sus capacidades hubiera podido evitar el fallecimiento del paciente y que se limita a emplear la habilidad de un profesional médico medio, llevará a cabo una conducta dolosa.

En aquellos supuestos en que el sujeto presente capacidades inferiores no se infringirá el deber de cuidado que le compete al autor. Por tanto, debido a su capacidad disminuida de evitar el resultado lesivo no podrá hablarse de evitabilidad individual; salvo que la inferior capacidad del sujeto se encuentre por debajo del baremo objetivo medio y, a pesar de ello, realiza la actividad riesgosa. Aquí se da la denominada culpa por asunción o culpa por emprendimiento. Este tipo de culpa ha sido destacado por Roxin¹²¹. Si una persona se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes jurídicos (penales) no puede valorar, le asiste el deber de informarse; si ello no es posible, debe abstenerse de realizar la conducta; del mismo modo, quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y que debido a sus insuficiencias físicas no es capaz de hacer frente a dicho peligro, debe omitir la realización de la conducta. En este caso, se trata de una provocación culpable por emprendimiento o asunción, pues

119 Así, también CHOCLAN, 1998: 53.

120 Véase: PIÑA, 2008: 442. En nuestra doctrina, CARO JOHN, 2003: 30, la identificación del rol de orden social/normativo, en su estructura se sustrae a individualidades como los conocimientos especiales.

121 Cfr. ROXIN, 2006, 24, N. 34. En nuestra doctrina admite supuestos de culpa por asunción o emprendimiento: HURTADO POZO, 2005: 719 y 727, a pesar de tratar las capacidades individuales del sujeto como una cuestión de culpabilidad, sostiene que el «deber de prudencia» implica el deber de renunciar a la realización de una conducta riesgosa si el sujeto no está en capacidad de evitar el resultado. BRAMONT-ARIAS, 2002: 235, haciendo alusión al deber de cuidado externo, siguiendo la concepción ya expuesta anteriormente de Jescheck.

el sujeto sabe que carece de capacidad física y asume la actividad riesgosa. Entonces, la lesión debe derivar precisamente de dicha incapacidad.

V. ART. 25 CÓDIGO PENAL:

¿PARTICIPACIÓN DOLOSA EN UN DELITO IMPRUDENTE?

En relación con la imprudencia, las posibilidades de participación en general se pueden presentar de la siguiente manera: participación imprudente en un hecho doloso, participación imprudente en un hecho imprudente y participación dolosa en un hecho imprudente¹²². De acuerdo con el art. 25 del CP, la legislación penal solo admite la participación dolosa a un hecho punible, es decir, se exige dolo en el partícipe, pero no se dice nada respecto a si el hecho principal debe ser necesariamente doloso. De esta manera, queda legalmente excluida toda forma de participación imprudente en un hecho doloso o imprudente, pero sí se admitiría legalmente la participación dolosa en un hecho imprudente¹²³. En igual sentido, para la instigación, el art. 24 del CP solo prevé que se reprima como punible la instigación cuando es realizada dolosamente, por lo que también cabe preguntarse acerca de si es posible la instigación a un delito imprudente.

122 En líneas generales, la doctrina mayoritaria sostiene que para el delito imprudente opera un concepto unitario de autor, con lo cual toda causación del hecho por imprudencia fundamenta la autoría, mientras que para el delito doloso rige un concepto restrictivo de autor elaborado sobre la base de la teoría del dominio del hecho. Esta concepción unitaria de la autoría en el delito imprudente es recogida también por Jakobs, quien sostiene la imposibilidad de distinguir entre autores y partícipes en esta clase de delito debido a que, desde la perspectiva de concebir como culpa solo a la denominada culpa inconsciente, solo interesa que el sujeto haya realizado un aporte al peligro, contrario al cuidado, sin que se represente el resultado. Cfr. JAKOBS, 1997b: 789; aunque admite que las diferencias en el ámbito de la participación sí habrán de ser tomadas en cuenta a efectos de la medición de la pena, véase: JAKOBS, 1998b: 88.

123 En igual sentido con relación al Código Penal de 1924, HURTADO POZO, 1987: 524, quien exige que el autor imprudente incurra en una «imprevisión culpable». Posteriormente, niega esta posibilidad en HURTADO POZO, 2005: 735, al sostener criterios psicológicos como el acuerdo previo como fundamento de la coautoría. La participación dolosa en un hecho imprudente no solo es aceptada por nuestro Derecho positivo, la doctrina ha venido aceptándola desde diversas perspectivas, así, por ejemplo, Cfr. LUZÓN PEÑA, 1996: 509, quien se muestra a favor de la participación dolosa en autoría imprudente en aquellos casos en que dicha participación no llegue a constituir una autoría mediata dolosa que maneje como instrumento al autor imprudente. Así, también, MIR PUIG, 1998: 369, en cuanto a que el concepto restrictivo de autor puede ser no solo mantenido en los delitos dolosos, sino también en los culposos, con lo que cabrían actividades de inducción o cooperación respecto a un hecho imprudente. En la doctrina nacional: con reparos HURTADO POZO, 2005: 735; VILLAVICENCIO, 2006: 408: deja abierta la posibilidad de la participación dolosa en un hecho imprudente.

La doctrina comparada ha avanzado en la dirección de nuestra legislación penal. Así, por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, se sostiene la posibilidad de supuestos de participación en delitos imprudentes¹²⁴, a partir de un desarrollo de la tesis funcional-normativa de las posiciones de garantía formuladas por Jakobs. Otras aportaciones a la participación dolosa en un hecho imprudente se orientan por la tesis del concurso de delitos¹²⁵, a partir de la cual cabe apreciar dos delitos independientes.

Desde este orden de ideas, cuando el sujeto obra imprudentemente y el primer sujeto prevé la producción del resultado y contribuye dolosamente a que el segundo lo cause (intervención dolosa en un hecho imprudente), sería posible la consideración de partícipe del primer sujeto, pues de acuerdo a lo previsto en el art. 25 del CP el delito efectivamente producido puede ser indistintamente doloso o imprudente. En la participación dolosa en un hecho imprudente ha de darse un dolo de participar y un dolo de que el autor realice el hecho principal¹²⁶. La participación será dolosa y quedará comprendida dentro del art. 25 del CP. Así, por ejemplo, el supuesto en que un sujeto A induce a un sujeto B a conducir a excesiva velocidad, y ello cause la muerte de un peatón, A organiza un sistema de apuestas para carreras por la ciudad y recluta pilotos para llevarlas a cabo, A induce a B a realizar una actividad peligrosa para terceros sin que B disponga de una capacidad suficiente. De esta forma podemos advertir en nuestra legislación penal, a diferencia de la mayoría de legislaciones comparadas, que la incriminación de la participación dolosa en un hecho imprudente es legalmente posible.

Un sector de la doctrina sostiene que, en estos casos, se debe acudir a la autoría mediata a partir de la imposibilidad legal expresa que existe en otras legislaciones en cuanto el delito efectivamente realizado debe ser doloso (por ejemplo, los §§ 26 y 27 del CP alemán). Sin embargo, la autoría mediata está pensada generalmente para los casos en que en el ejecutor concurre un defecto: error, engaño, inimputabilidad¹²⁷. Este recurso a la autoría mediata presenta ciertos reparos, principalmente ha destacado ello Jakobs, en la medida en que contraviene los principios generales

124 En este sentido, DEL CASTILLO ALVA, 2007: 217 ss.

125 Así, BENÍTEZ, 2007: 181.

126 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 1997a: 107. luego la única diferencia que habría entre la participación dolosa en un hecho principal doloso y en un hecho principal imprudente no radica en el dolo del partícipe, sino en el objeto de dicho dolo: delito imprudente. Crítico hacia esta tesis, BENÍTEZ, 2007: 89.

127 Así, por ejemplo, HURTADO POZO, 1987: 523; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2007: 433 s. BRAMONT-ARIAS, 2002: 407.

de distribución de la responsabilidad¹²⁸. Efectivamente, en la autoría mediata en el instrumento concurre una actuación defectuosa que es objetivamente imputable al primer sujeto (autor mediato); luego, si la conducta incorrecta del instrumento le es imputable a él debido a que a él le compete comportarse con el cuidado debido, el primer sujeto no puede convertirse en autor, sino que ha de ser considerado partícipe, si es que no se quiere dejar impune su conducta; de ser así, al exigirse que el hecho principal sea doloso, la conducta del primer sujeto queda impune¹²⁹. No comparto la tesis que considera autoría mediata a la participación dolosa en un hecho imprudente, pues deja impune la conducta imprudente del instrumento. De otra parte, entiendo que la equiparación legal de los instigadores y cómplices con la categoría de autor, prevista en los arts. 24 y 25 del CP respecto a la determinación del quantum de la pena, no permite afirmar de por sí que los instigadores y cómplices necesarios en un delito imprudente cometen el delito, por lo que las conductas de estos pueden ser subsumidas en el correspondiente tipo penal, sin que sea necesario dilucidar distintas formas de intervención en el hecho¹³⁰.

La teoría de la participación ha venido siendo construida sobre intervenciones dolosas, lo cual es un error psicologista. Lo importante es el ámbito de competencias que objetivamente hay en común respecto de las condiciones del resultado lesivo, de tal forma que el comportamiento ejecutivo se convierte en comportamiento propio de quien interviene en la fase previa¹³¹.

La participación dolosa en un delito imprudente, según un sector de la doctrina¹³², ha de ser abordada desde la lógica interna del injusto de la participación, pues solo es posible imputar al partícipe el tipo que otro realiza. Se trata de la imputación accesoria, la cual opera en los supuestos de participación dolosa en delitos dolosos; la

128 Véase JAKOBS, 1997b: 767, críticamente respecto de los §§ 26 y 27 CP alemán, aboga por el reconocimiento de *lege ferenda* de la posibilidad de participación en un hecho no doloso. Aunque en otro trabajo, el propio Jakobs sostiene que es acertado el recurso a la autoría medita en cuanto el hombre de atrás sea competente por la carencia de conocimientos de quien ejecuta, siendo preferible la solución de la participación dolosa en un hecho imprudente cuando la falta de conocimientos por parte de quien lleva a cabo la ejecución está basada en su propio desinterés, Cfr. JAKOBS, 1998b: 88.

129 Sobre esta problemática, puede verse: ROBLES, 2000: 307.

130 Esta posición de la doctrina pone de relieve, no obstante, la conveniencia político criminal de castigar la participación en los delitos imprudentes. En esta línea de ideas, MIR PUIG, 2002: 266, señala que en casos de equiparación punitiva entre autores y partícipes, es preferible hacer alusión a una imputación de dos grados: al autor se le imputa el *ser* autor y al otro se le imputa el *tratamiento* del autor a quien no se le reconoce serlo.

131 En este sentido, JAKOBS, 1998b: 87 s.

132 Cfr. ROBLES, 2000: 319 ss.

cuestión es si dicha accesoriedad¹³³ puede ser aplicada en los delitos culposos. En el plano objetivo nada impide que pueda hablarse de conductas de instigación o cooperación a un hecho culposo, sin embargo, un problema distinto es si tales conductas objetivamente posibles reúnen los requisitos suficientes para ser subjetivamente imputables¹³⁴. La conducta del partícipe no debe tener otro sentido que cooperar con un delito, con independencia de su intención, dolo o falta de cuidado¹³⁵.

Ahora bien, en caso de la imputación accesoría debe superarse el principio de autorresponsabilidad, según el cual nadie puede ser responsabilizado por actos ajenos. Jakobs sostiene que la superación del obstáculo que conlleva el principio de autorresponsabilidad en la vinculación del partícipe con el hecho ajeno ha de operar a partir de que el aporte del partícipe manifieste una relación de sentido conjunta (normativa)¹³⁶, de tal manera que la conducta del partícipe resulte co-configurando el hecho típico, esto es, formando parte del hecho delictivo. La apreciación de dicha relación de sentido de la conducta del partícipe ha de ser verificada desde una perspectiva objetiva, esto es, normativamente, sin tomar en consideración la subjetividad del sujeto¹³⁷. Carece de importancia para la determinación objetiva de la participación que el partícipe obre dolosa o imprudentemente¹³⁸, pues desde su aporte no es posible verificar qué tipo de delito lleva a cabo objetivamente el partícipe, ello solo se logra con la realización del hecho principal (inicio de la tentativa); por otra parte, al no verificarse en la aportación la tipicidad objetiva de la conducta, no puede identificarse su aspecto subjetivo¹³⁹. Desde este orden de ideas, considero de *lege ferenda* que es también posible la participación imprudente en un delito imprudente: el inductor cree de forma evitable que ha convencido al autor para que no haga caso de su inducción¹⁴⁰.

133 Cuyo sentido es «la retroacción de la tipicidad propia de la conducta de quien exterioriza un hecho con significado delictivo a quien no exterioriza aún nada típicamente relevante pero ha puesto una razón para que opere tal imputación retroactivamente». Cfr. ROBLES, 2000: 322.

134 Así, ROBLES, 2000: 322.

135 Así, FEIJOO, 1999: 60.

136 Cfr. JAKOBS, 1996a: 258.

137 Cfr. JAKOBS, 1996a: 265 ss.

138 En este sentido, ROBLES, 2000: 325, siguiendo a JAKOBS. Desde otro punto de vista a similar conclusión llega SILVA SÁNCHEZ, 1997a: 107.

139 Cfr. ROBLES, 2000: 325 s. Este autor destaca como es irrelevante jurídico penalmente la mera participación, solo si el hecho principal alcanza la fase de ejecución o de consumación si es imprudente, podrá determinarse la relevancia jurídico penal de la aportación y el tipo objetivo aplicable al partícipe, luego como es abarcado subjetivamente dicho riesgo por el partícipe (p. 326).

140 Se trata de un caso de desistimiento descuidado de la inducción, véase al respecto: FEIJOO, 1999: 66.

VI. CONCLUSIONES

1. La tradicional distinción, anclada en una corriente psicologista de la tipicidad, entre dolo eventual y culpa consciente y entre culpa consciente e inconsciente, pierde espacio cada vez más en la doctrina moderna a partir de la normativización de los conceptos de dolo y culpa. En virtud de la cognoscibilidad, solo deberá hablarse de culpa inconsciente; pierde sentido la distinción volitiva entre dolo y culpa (voluntario versus involuntario) y se asume un criterio cognitivo (conocimiento versus desconocimiento).
2. La infracción del deber de cuidado, como deber de cuidado externo y deber de cuidado interno, no expresa nada diferente al hecho de que la acción debe superar el riesgo permitido y que este debe ser cognoscible (previsibilidad individual no objetiva) por el autor para podersele imputar el resultado. La creación o incremento de un riesgo jurídico penalmente relevante determina la uniformidad del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos, por lo que la distinción entre ambos delitos ha de darse en el tipo subjetivo, para lo cual resulta determinante la cognoscibilidad de la realización del tipo.
3. La culpa se caracteriza por la cognoscibilidad del riesgo: el sujeto no advierte la presencia del peligro pudiendo hacerlo.
4. Concebida la imprudencia como forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse, tienen cabida tanto los conocimientos especiales como las capacidades individuales del autor en la cognoscibilidad (individual) del riesgo; esto es, en un momento anterior a la culpabilidad. Ante capacidades inferiores no podrá hablarse de evitabilidad individual, salvo que se trate de supuestos de culpa por asunción o emprendimiento.
5. Es posible, de acuerdo a lo previsto en el art. 25 CP, la participación dolosa en un hecho imprudente, pues dicho precepto solo exige que el hecho principal se trate de un «hecho punible». Esto se logra mediante la aplicación del criterio de la imputación accesoria en los delitos culposos, según el cual la actuación del partícipe ha de co-configurar el hecho típico, desde una perspectiva normativo-objetiva, sin tomar en cuenta la subjetividad del sujeto. Si el hecho principal es consumado, en el caso de la imprudencia, podrá determinarse cómo ha sido abarcado subjetivamente el riesgo de realización del hecho principal por el partícipe. Nada obsta para proponer de *lege ferenda* que se admita la participación imprudente en un hecho imprudente.