



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales

FALTA DE CUIDADO Y RIESGO PERMITIDO:  
UNA CLAVE DE LECTURA DEL ART. 10 N° 8 DEL CÓDIGO PENAL

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado Ciencias Jurídicas y Sociales

ITALO REYES ROMERO

17.122.665-1

Profesor Guía: JUAN PABLO MAÑALICH

SANTIAGO

2014

## FALTA DE CUIDADO Y RIESGO PERMITIDO:

### Tabla de contenidos

Introducción	3
Primera parte. El delito imprudente en la doctrina y jurisprudencia chilena	
1. La culpa a la luz de la doctrina chilena	7
1.1 La culpa como categoría de culpabilidad	7
1.1.1 Novoa y un deber de cuidado concreto	7
1.1.2 Etcheberry y un deber de cuidado general	20
1.2 La culpa como categoría del injusto	27
1.2.1 Cury y la distinción entre circunstancias fácticas y personales	27
1.2.2 Bustos y el autor como sujeto a imputar	38
2. La culpa a la luz de la jurisprudencia chilena	50
3 ¿Hay un concepto de riesgo permitido en la doctrina nacional?	69
4. Recapitulación	81
Segunda parte. Imprudencia y riesgo permitido desde la teoría de las normas	
1. Imputación del delito imprudente	83
1.1 La imputación de un hecho punible	83
1.1.1 Completando el esquema: el concepto de antinormatividad	97
1.1.2 El problema del “cuasidelito con resultado múltiple”	99
1.2 Deber de acción y ¿“deber” de cuidado?	103
1.2.1 Lo imprescindible de la antinormatividad para el reconocimiento de la imprudencia	103
1.2.2 La exigencia de cuidado como una <i>incumbencia</i>	113
1.2.3 La imposibilidad de una tentativa de cuasidelito	118
1.3 La construcción del estándar de cuidado	127
2. Conceptualización del riesgo permitido (y el principio de confianza)	154
2.1 La teoría de la imputación objetiva y el riesgo permitido	154
2.2 ¿El riesgo como concepto básico del derecho penal?	168
2.3 Un correcto entendimiento del riesgo permitido (y el principio de confianza)	172

## UNA CLAVE DE LECTURA DEL ART. 10 N° 8

---

Tercera parte. De la teoría a la práctica	
1. Falta de cuidado en el código penal	188
1.1 La falta de cuidado y el rol del reglamento	188
1.2 Imprudencia y negligencia	195
1.3 Descuido, ignorancia y abandono	204
1.4 ¿Aportan los calificativos?	208
2. El artículo 10 n° 8 del código penal	211
2.1 El art. 10 n° 8 como caso fortuito	212
2.2 Excurso: Algo de historia sobre el caso fortuito	217
2.3 La propuesta de interpretación: el riesgo permitido	222
2.4 El art. 71 y el fantasma de la responsabilidad objetiva	237
2.4.1 El art. 71 y el <i>versari in re illicita</i>	238
2.4.2 Nuestra postura y la imposibilidad del <i>versari</i>	244
Conclusiones	246
Bibliografía	250

## **Introducción**

En algún momento, se hizo tradicional iniciar los artículos referidos al análisis de la imprudencia señalando la vital preocupación que la doctrina clásica expresaba por el delito doloso y la consiguiente desidia en el tratamiento de la culpa. Y tal aseveración no dejaba de ser cierta pues los autores del siglo XIX y primera mitad del XX pusieron sus esfuerzos en desentrañar el concepto de crimen (delito doloso), que junto con la pena, constituye una de las bases conceptuales del derecho penal. De tal forma, esa inicial obsesión no era, en sentido alguno, inexplicable sino que simplemente hacía referencia a los albores de la dogmática penal y a la evidente preocupación por analizar sus principales instituciones. Ni tampoco es inexplicable la relevancia del mismo concepto de dolo, pues su indicación en el agente nos permite legitimar la potente intervención del Estado, en el sentido que tal sujeto es culpable por el hecho punible realizado. Es decir, el dolo está innegablemente relacionado con la fundamentación del *ius puniendi* del Estado a través del quebrantamiento consciente e imputable de las principales pautas (normas) que nos hemos dado como sociedad.

Ahora bien, a partir de la segunda mitad del siglo XX y, probablemente gracias a la así llamada teoría de la imputación objetiva, la indiferencia ante el delito imprudente cesó y se logró un equilibrio en el tratamiento de ambos criterios subjetivos. Se requería la profundización de las materias menos estudiadas, que se hacían cada vez más recurrentes a la luz de los cambios que la sociedad evidenciaba y, en la cual, el concepto de riesgo se convirtió en algo sumamente cotidiano. Ya sea en las fábricas o industrias, primero, ya sea en casi todos los demás sectores, un poco más tarde, las conductas que los sujetos perpetraban implicaban (e implican) peligros serios para la integridad no sólo de quien la realizaba, sino para muchos a su alrededor y, por tanto en varias ocasiones, conducen a desafortunados y serios accidentes. Como usualmente no era posible reconocer intención alguna (ni conocimiento concreto) de causar daños físicos ni patrimoniales a los otros por parte del ejecutor de la actividad riesgosa, sino más bien una inquietud en que ellos no se provocaran, no era posible reconocer dolo en su actuar. La imprudencia asumió, entonces, la importancia social que nunca había tenido, y la doctrina penal comenzó a hacerse cargo de ello.

Lo que se podría decir de aquellos accidentes era que, en muchas ocasiones, el comportamiento del agente era defectuoso, no porque no lograra evitar la producción de un mal

– ya que en el momento no le era posible – sino porque tal imposibilidad se derivaba de algo que debía haberse realizado de otra forma: de una actuación cuidadosa para con los intereses de los demás. Pero, por otro lado, otras veces el accidente no era culpa de nadie, pues todos se habían desempeñado conforme a cuidado: era simple mala fortuna. Evidentemente lo difícil está en determinar el límite entre esa mala fortuna y la responsabilidad por un hecho descuidado. Y a eso es lo que apunta esta investigación. En una sociedad de riesgo, como hemos descrito la nuestra, deben determinarse con claridad las categorías conceptuales que diferencien aquellos peligros que deben ser asumidos como una carga social por el avance económico y tecnológico, de aquellas conductas generadoras de responsabilidad penal por la producción de algunos de esos riesgos.

Además, en nuestro código penal, existe una norma bastante poco tratada en el Art. 10 N° 8 que señala:

**Art. 10.** Están exentos de responsabilidad criminal: (...) **8°** El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.

El objetivo central de esta memoria será proponer una interpretación de este artículo basado en el modelo de la teoría de las normas, a través de una reconstrucción de una concepción coherente del riesgo permitido limitado exclusivamente al ámbito de la imprudencia. En otras palabras, se pretende entregar una lectura que reconozca al riesgo permitido en nuestra normativa, señalando los criterios relevantes para establecer el límite entre los riesgos sancionables (delito imprudente) y los tolerados (la mala fortuna).

Para ello, la investigación será dividida en tres partes. La primera parte tendrá por primer objetivo presentar las diversas posiciones de los clásicos autores nacionales, enfocándose en la diversa comprensión de la falta de cuidado como criterio de imputación en el delito imprudente. En tal sentido, se examinarán posiciones que ubican a la imprudencia tanto en el ámbito de la culpabilidad como aquellas que lo hacen en ámbito del injusto. Luego, se ofrecerá una exposición de los argumentos jurisprudenciales referentes a la culpa y los criterios que se han utilizado para su afirmación o negación. En un tercer capítulo, se determinará cuál es la concepción imperante en la doctrina nacional, y si existe alguna, del así llamado riesgo permitido, estableciendo la función que, según los autores, cumpliría en la teoría del delito.

En la segunda parte descansará el principal esfuerzo dogmático de esta investigación y será dividida en dos capítulos. El capítulo inicial, dedicado a la posibilidad de imputación del delito imprudente y, por tanto, a la noción de cuidado, se dividirá en tres apartados. En el primero, se analizarán dos importantes categorías del delito que permiten tener por configurada la llamada tipicidad. El proceso de *imputación* será examinado en detalle con el objeto de caracterizar con precisión la posición de la imprudencia. Asimismo y con el objeto de “completar” el esquema de tipicidad, se expondrá brevemente la noción de *antinormatividad*. Aquí resultará de la máxima relevancia consolidar una diferencia conceptual entre las ideas de objeto de la imputación y regla de imputación, lo cual permitirá enfrentar adecuadamente la problemática del “cuasidelito con resultado múltiple”.

En el segundo apartado, se revisará el concepto de falta de cuidado en el delito imprudente y la diferencia entre la imputación a título de dolo y la imputación a título de imprudencia desde el punto de vista del acaecimiento del resultado. Ello llevará a revisar la plausibilidad de una tentativa de cuasidelito. Luego, la pregunta será si resulta sistemáticamente adecuado hablar de un *deber de cuidado*, concluyéndose una preferencia por el concepto de *incumbencia*. Un tercer apartado, por su parte, analizará la forma en que debe construirse el estándar que determina si un sujeto ha actuado negligentemente. En concreto, se contrastará la posición que excluye de la afirmación de la falta de cuidado los conocimientos y capacidades del sujeto con respecto a la que los entiende como imprescindibles para la responsabilidad penal a través de una imputación individual del cuasidelito penal.

El segundo capítulo tendrá por objetivo el concepto del riesgo permitido, postulando una concepción afín con la teoría del delito imprudente explicada en el capítulo anterior, aclarando la función e importancia que puede desempeñar este concepto en la imputación a título de imprudencia. Asimismo, se incorporará a la discusión el principio de confianza, planteando su relación con el riesgo permitido y la relevancia (o no) en su diferenciación.

Por último, la tercera parte tendrá por objetivo aplicar la construcción teórica de la segunda parte a la regulación normativa chilena. Por tanto, un primer capítulo repasará el tratamiento de la falta de cuidado en el código penal, enfocándose en desentrañar las nociones que utiliza el legislador en la configuración de los cuasidelitos. Después, el segundo capítulo cumplirá con la misión inicial de la memoria, ahora enriquecida con toda la discusión previa: interpretar el art.

10 n° 8 del código penal. De esta forma, se explicitará el rendimiento normativo que puede alcanzar nuestro código en esta área, a pesar de su longevidad. Sin embargo, a la luz de la legislación y doctrina chilena, aquello no puede ser suficiente. Para ello deberá aclararse el problema de relacionar el mencionado artículo con el art. 71 del mismo código, en el sentido de una eventual aplicación del principio del *versari in re illicita*, para proponer una interpretación que sea respetuosa con la construcción legislativa y que defienda la preeminencia del fundamental principio de culpabilidad.

## **PRIMERA PARTE. El delito imprudente en la doctrina y jurisprudencia chilena**

Antes de acudir a la teoría de las normas y a la dogmática comparada para explicar la imputación del delito imprudente y la naturaleza del riesgo permitido, es necesaria una revisión de la doctrina y la jurisprudencia local sobre tales temáticas con el objeto de comprender el ámbito de discusión existente en nuestro país, contextualizando las propuestas que más tarde se entregarán.

### 1. La culpa a la luz de la doctrina chilena

Este capítulo tiene por objetivo repasar la dogmática penal chilena clásica respecto de la imprudencia<sup>1</sup>, para lo que se analizarán las propuestas de cuatro autores – Novoa, Etcheberry, Cury y Bustos – que adscriben a diferentes teorías que repercuten en su comprensión sobre el delito imprudente y los criterios necesarios para su reconocimiento. Si bien el examen profundo de la imputación negligente se realiza en la segunda parte, aquí se introducirán someramente algunos conceptos. Las opiniones de otros autores clásicos se incorporan como comentario a pie de página allí donde sea pertinente

#### 1.1 La culpa como categoría de culpabilidad

##### 1.1.1 Novoa y un deber de cuidado concreto

a) Antes que todo, debe hacerse expresa referencia que Novoa era partidario de un esquema denominado clásico, en el sentido de diferenciar estrictamente una parte objetiva y otra subjetiva del delito. La primera parte llamada injusto, la segunda culpabilidad. El lado objetivo estaría constituido por el análisis exclusivo de la conducta y el resultado, y cómo se logra subsumir en

---

<sup>1</sup> En la primera y segunda parte de la investigación, se utilizará indistintamente los conceptos de imprudencia y de negligencia. Sin embargo, en la tercera parte, se realizarán las precisiones necesarias. En todo caso, cierta doctrina no repara en mayores diferencias. Por ejemplo, véase GARRIDO Montt (*Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica. 2005, Tomo II, p. 226), quien plantea que “no es posible establecer una categórica diferencia entre ambas nociones; son expresiones distintas para aludir a situaciones análogas”. En contra, véase ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1998, Tomo I, p. 319 y LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*. 9ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1990, Tomo I, p. 126



el tipo delictivo<sup>2</sup>, con el objeto de predicar de esa acción su antijuricidad.<sup>3</sup> Es decir, la antijuricidad de una conducta – su contrariedad a derecho – estaría determinada por la actividad de subsunción judicial de esa conducta en el tipo, sin atender todavía a la capacidad del agente perpetrador. Por el contrario, el lado subjetivo de la culpabilidad se refiere concretamente al autor en un examen individualizado verificando las capacidades y conocimientos que empleó en la comisión del delito. En tal sentido, el dolo no puede sino ubicarse en la culpabilidad, ya que atiende a las intenciones del sujeto y al conocimiento de estar realizando una acción contraria al ordenamiento. Como todo lo subjetivo quedaba en el ámbito de la culpabilidad, entonces el dolo estaba cargado normativamente, incorporando la consciencia de la antijuricidad: era un *dolo malo*.<sup>4</sup>

Hoy en día, la opinión mayoritaria – diríamos casi unánime – distingue los conceptos de dolo y de consciencia de la antijuricidad, adjudicando el primero al injusto y la segunda a la culpabilidad.<sup>5</sup> Por tanto, se acude a la idea de un *dolo neutro*, que no prejuzga sobre la representación de la ilicitud de la conducta del autor, sino que simplemente lo vincula con el hecho delictivo acaecido, entendiéndolo como suyo. El dolo permite declarar que la acción es imputable a un sujeto determinado y no causada, por ejemplo, por fuerzas naturales, pero aún no dice nada sobre la posibilidad que tenía tal sujeto de motivarse a evitar esa conducta para respetar el derecho vigente.

Esta posición de Novoa implica que, al igual que con el dolo, la culpa también ocupe un lugar en la culpabilidad, permitiendo fundamentar el reproche jurídico necesario para la declaración de responsabilidad penal.<sup>6</sup> Esto debe tenerse presente al analizar sus planteamientos, porque la actualización de la ubicación estructural de la imprudencia puede llegar a alterarlos.

---

<sup>2</sup> Véase NOVOA Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno, parte general*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2005, Tomo I, p. 293 ss., especialmente p. 301 s. en donde se detiene en la relación indiciaria de la tipicidad respecto de la antijuricidad

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 312.

<sup>4</sup> *Ibid*, p. 477 ss.

<sup>5</sup> Véase KINDHÄUSER, Urs. “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret* 4/2008, p. 6 ss., para un análisis del sistema causalista y de las deficiencias que presenta frente a un modelo que sustenta la imputación en la capacidad de acción (injusto) y capacidad de motivación (culpabilidad). En el mismo sentido, KINDHÄUSER, Urs. “Imprudencia y riesgo permitido”. *En su: Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 101 ss.

<sup>6</sup> NOVOA Monreal, op. cit. en n. 2, p. 493

b) Entrando en la discusión específica del delito imprudente, la pregunta es cómo configura Novoa su concurrencia. Y lo que resulta evidente es que el autor culposo no tiene intención alguna de provocar un resultado lesivo sino que le interesa alcanzar una finalidad siempre lícita.<sup>7</sup> Así, un ciclista que atropella a un peatón al conducir por la acera a una velocidad excesiva, no tiene por objetivo lesionar sino, por ejemplo, llegar a tiempo a su trabajo, lo cual es una finalidad perfectamente legítima. En tal sentido, la pura descripción “el ciclista X atropella a el peatón Y” es insuficiente para imputarle al ciclista un cuasidelito de lesiones en contra del peatón. Para ello, es forzoso plantear también que conducía por la acera y que lo hacía demasiado rápido. ¿A qué apuntan estas concreciones?

Para configurar, entonces, la imprudencia debemos reconocer que el sujeto ha actuado en forma descuidada a los bienes jurídicos que el ordenamiento pretende cautelar y no, tan sólo, haya acaecido un resultado lesivo específico por mala fortuna. En ese caso, no existiría injusto pues no cabría posibilidad de relacionar la acción con el sujeto, ni tampoco culpabilidad pues no es posible exigir al autor que se motive a la abstención de tal conducta. Lo que debe reconocerse, por tanto, es una infracción a la exigencia del cuidado debido o, en palabras de Novoa, “la esencia del reproche jurídico en el delito imprudente está en la violación del deber de ser atento y cuidadoso para evitar esta clase de resultados”.<sup>8</sup>

En tal sentido, cuando cualquier sujeto se desenvuelve en el mundo debe tener presente, para ser respetuoso con el derecho vigente, que tiene que comportarse conforme a los deberes de cuidado, los cuales funcionan como un límite hasta donde el sujeto cuidadoso no se hace responsable de los resultados lesivos acaecidos. Pero si el sujeto provoca uno de los resultados que la ley pretende evitar infringiendo aquellos deberes de cuidado, entonces será responsable y

---

<sup>7</sup> En forma similar, véase GARRIDO Montt, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 209, quien señala que “la diferencia (respecto de los tipos dolosos) que se observa en los tipos culposos es que en ellos la finalidad de la acción, su objetivo resulta irrelevante (...), sin embargo, sí importa la *forma* como se lleva a cabo esa acción de conducción y, a veces, la consecuencia o resultado en que se concreta”.

<sup>8</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 496. Concretando la idea, Garrido plantea tres manifestaciones del deber de cuidado: “1) Se debe abstener de realizar acciones peligrosas que sobrepasan el riesgo permitido (...) 2) El sujeto autorizado puede ejecutarla (la acción) con la obligación de emplear la prudencia necesaria (...) 3) Existe el deber de informarse adecuadamente en forma previa” (GARRIDO Montt, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 219 s.). En otras palabras, dependiendo del contexto el deber de cuidado *lato sensu* se concreta en un deber de abstención, un deber de cuidado *stricto sensu* y un deber de información.

se le imputará el cuasidelito correspondiente.<sup>9</sup> Lo interesante es verificar que al sujeto que se comporta negligentemente provocando, por ejemplo, unas lesiones a otro, le era imposible en el momento mismo de su causación evitar esas lesiones, por lo que se rastrea una decisión previa – la de no tomar el cuidado necesario – que justifica la sanción.<sup>10</sup> En el caso del ciclista, no le era posible evitar el atropello al peatón puesto que la velocidad y la ubicación en la acera se lo impedían completamente. Lo que le reprochamos es que haya alcanzado tal velocidad y haya conducido por un determinado lugar que infringía el cuidado que debía cumplir para evitar ponerse en una situación en la que le sería inevitable la producción de las lesiones.

Fundamental es destacar que el deber de cuidado propuesto “no es una obligación genérica de diligencia, sino que se establece en cada caso”,<sup>11</sup> en el sentido que el ordenamiento jurídico no exige simplemente ser cuidadoso sino que, atendiendo a las circunstancias concretas, el sujeto se desenvuelva diligentemente con el objeto de evitar un determinado resultado lesivo.<sup>12</sup>

c) Sin embargo la pura infracción del deber de cuidado no es suficiente para afirmar la negligencia, sino que Novoa incorpora el concepto de *previsibilidad*. De tal modo exige que el resultado ilícito haya sido previsible para el autor,<sup>13</sup> ya que sólo puede imputarse a un sujeto la causación de un resultado ilícito cuando a éste le era posible prever que ese resultado podría llevarse a cabo mediante su conducta. La previsibilidad asume una notable importancia en la obra de Novoa, puesto que toda afirmación sobre la negligencia del sujeto se sustenta en la

---

<sup>9</sup> Etcheberry comparte la idea del deber de cuidado como elemento básico de la responsabilidad culposa, sin embargo considera que éste debe concretarse como un *deber de diligencia* en el que se hace explícito el elemento intelectual de “prever efectivamente la posibilidad dañosa” y el volitivo de “conducirse de modo de evitarla”. Es decir, en este *deber de diligencia* Etcheberry ya entiende incorporado el elemento de la previsibilidad. (ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 315). Por su parte, Bullemore y Mackinnon (*Curso de Derecho Penal*. 2ª edición. Santiago, Lexis Nexis, 2007, Tomo II, p. 55 ss.) postulan que el tipo objetivo del delito culposo se funda en la infracción del deber de cuidado, para lo cual debe verificarse la acción culposa que supere el riesgo permitido, el resultado y la imputación objetiva del resultado a la acción. Para una explicación general de la teoría de Bullemore y Mackinnon, véase *infra*, notas 22 y 71.

<sup>10</sup> Véase HRUSCHKA, Joachim. “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”. *En su: Imputación y Derecho Penal*. Montevideo/ Buenos Aires, B de F, 2009, p. 23 s., en lo que se denomina imputación extraordinaria. Una mayor profundización de los conceptos, en *infra*, II, 1.1

<sup>11</sup> NOVOA Montreal, *op. cit.* en n. 2, p. 506

<sup>12</sup> Cfr. ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 315 nota 1; quien, por el contrario, sostiene que “existe un deber de prudencia general y autónomo: ser prudentes para evitar cualquier daño a otro”. Esto resulta de la mayor importancia al postular soluciones a los cuasidelitos con resultado múltiple. Para una revisión desarrollada del planteamiento de Etcheberry, véase *infra*, I.1.12.b

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 504

certeza de que podía haber previsto no sólo el resultado ilícito producido, sino también el curso causal que lo provoca y la antijuricidad de esa realización típica.<sup>14</sup>

Énfasis pone Novoa en la diferenciación de los conceptos de previsión y de previsibilidad, puesto que establece expresamente como condición para la afirmación de un delito imprudente la inexistencia de previsión del resultado. Es decir, no hay cuasidelito si hay previsión del resultado. Sin embargo, inmediatamente debe clarificar tal afirmación con el objeto de no excluir de su concepto a la llamada culpa consciente o con representación: “el resultado ilícito que causa el movimiento corporal no ha de ser previsto. Al hablar de lo previsto nos referimos al anticipado conocimiento por parte del sujeto de lo que va a ocurrir; por consiguiente, no es incompatible la no previsión del resultado con una representación del mismo como posible, siempre que el sujeto piense que él no se va a producir y realice el acto justamente con esa esperanza”.<sup>15</sup>

De tal forma, el concepto de previsión de Novoa asume un sentido extraño, lo que se evidencia en la revisión de los dos tipos clásicos de culpa: la consciente y la inconsciente. En la primera, el sujeto se representa la posibilidad del resultado ilícito, pero confía en que no se producirá; en cambio, en la segunda, el sujeto nunca se representa la posible ocurrencia del resultado.<sup>16</sup> Así, parece evidente que en la culpa consciente sí existe previsión, y no pura previsibilidad, del resultado, lo cual contradice la condición que se auto-impone Novoa para la concurrencia de un cuasidelito. O sea, si Novoa persiste en su condición, sólo existiría delito imprudente con culpa inconsciente, dejando la sanción de la culpa consciente al ámbito doloso.

Para evitar esa drástica conclusión, Novoa explicita una diferenciación semántica entre *representarse* y *prever*. Prevé quien conoce anticipadamente el resultado que derivará de la acción; y (se) representa quien meramente piensa lo que podrá suceder.<sup>17</sup> De tal forma, quien se representó el resultado pero confió en su no ocurrencia (culpa consciente), no lo previó-a-la-Novoa, pudiendo sancionársele por culpa. Así, el único que prevé-a-la-Novoa es quien sabe actualmente que su acción ocasionará, con una probabilidad suficiente, un determinado

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 505

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 508

<sup>17</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 505, nota 64.

resultado, o sea, quien actúa dolosamente (en forma eventual). En definitiva, las dificultades que trae consigo la redefinición del concepto de previsión hacen insostenible la condición inicial. No parece necesario postular como exigencia para la afirmación de la negligencia a la ausencia de previsión del resultado, cuando existen otros criterios igualmente adecuados.

En tal sentido, la previsibilidad sí permite utilizarse como estándar, porque al entenderse como la posibilidad de prever algo, se manifiesta tanto cuando el sujeto pudo prever y no lo hizo, como cuando el sujeto previó en concreto. Por ejemplo, el ciclista que atropella al peatón manejando a exceso de velocidad por la acera se comportaría negligentemente si no se representa el resultado del accidente, pero pudo hacerlo (le era previsible) ó si se representó tal resultado pero confió en su habilidad para evitarlo. En este último caso, también podemos afirmar previsibilidad, y con mucha mayor certeza, puesto que donde hay previsión tiene que haber previsibilidad.<sup>18</sup>

d) Entonces, la afirmación del delito imprudente en Novoa se basa en la infracción de un deber de cuidado y en la previsibilidad del resultado lesivo por parte del autor. Así, “la culpa da fundamento a un reproche, concluimos, porque el sujeto pudo y debió saber (prever) los efectos antijurídicos de su actuación voluntaria”.<sup>19</sup> Lo que se reprocha es que si el sujeto se hubiese preocupado por la no afectación de los bienes jurídicos, entonces tendría que haber adecuado su conducta a tales máximas de cuidado, actuando de otra forma o, simplemente, absteniéndose de actuar.

Asimismo, Novoa plantea tres fórmulas que se han entregado para determinar la medida de previsibilidad y del cuidado en cada caso. En la primera, denominada fórmula objetiva, la diligencia se determina recurriendo al estándar del un hombre medio imputable, explicitando la

---

<sup>18</sup> Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez (*Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2003, p. 286) agregan a la previsibilidad el requisito de la evitabilidad: “la culpa requiere, por una parte, no que se sepa lo que se hace, sino sólo que se pueda prever el resultado de lo que se hace (o se deja de hacer); y por otra, no que efectivamente se quiera ese resultado, sino que no se lo evite, *pudiendo evitarlo*”. En el mismo sentido, GARRIDO Montt, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 218 (“es fundamental que es riesgo que debe precaverse sea susceptible de previsión y evitabilidad (...) Si el peligro era imprevisible o siendo previsible era inevitable, se estará ante un caso fortuito”). Ese esquema es asumido también por algunas sentencias como se plantea *infra*, I.2.a. Sin embargo, un concepto amplio de previsibilidad permite que la evitabilidad quede incorporada al no aludir tan sólo a consideraciones cognitivas (posibilidad de saber) sino también físicas (posibilidad de ejercer fácticamente ese saber).

<sup>19</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 507

no equivalencia con el estándar del buen padre de familia civil, pero afirmando al mismo tiempo la relevancia de este concepto para una adecuada configuración del criterio penal.<sup>20</sup> Esta interrelación entre el ámbito penal y civil deriva de la pretensión de un concepto unitario de culpa, que será revisado más adelante. Una segunda fórmula, llamada subjetiva, configura el deber de cuidado en virtud de las características personales del autor, es decir, incorporando los conocimientos y habilidades especiales que tal autor pueda poseer y que escapan al estándar objetivo del ciudadano promedio. Rápidamente, Novoa excluye esta última alternativa por medio de una adecuada diferenciación entre la culpa como concepto estrictamente objetivo dentro de la categoría de culpabilidad y la exigibilidad como un concepto distinto dentro de la culpabilidad en donde es posible incluir las características personales del sujeto.<sup>21</sup>

Por tanto, cuando hablamos de culpa como el elemento subjetivo por el cual un sujeto puede ser sancionado por un delito imprudente, sólo nos referimos a la infracción del cuidado debido que hubiere tenido un ciudadano promedio. Nada más. Las consideraciones individuales, por ejemplo lo que el sujeto en concreto sabía al momento de actuar, son ajenas a la culpa y deben analizarse dentro de otra categoría de culpabilidad, esta es, la exigibilidad que el ordenamiento otorga a ese preciso comportamiento.<sup>22</sup> Lo notable de esta idea no está en su originalidad, pues en la actualidad es usual separar en categorías distintas lo objetivo y lo subjetivo de la culpa, sino que Novoa arriba a esta conclusión por sobre su adscripción a una teoría causalista que

---

<sup>20</sup> “No conviene admitir el modelo civil del buen padre de familia, porque los preceptos penales relativos a cuasidelito, tiene un campo de aplicación muy diverso del contractual o de negocios en que se basa esa medida. En todo caso, la referencia de la ley civil al buen padre de familia es un apoyo de valor para fundamentar la medida objetiva de la previsibilidad”. *Ibid*, p. 507

<sup>21</sup> De ahí que Novoa (*ibid*) plantee que “en esta parte, relativa a la culpa como especie de culpabilidad, aparecemos como puramente objetivos”

<sup>22</sup> En contra, BULLEMORE y MACKINNON, *op. cit.* en n. 9, p. 53 ss. Estos autores sustentan que el delito culposo tiene dos caras: la objetiva y la subjetiva. El tipo objetivo corresponde a la infracción del deber de cuidado y atiende a criterios puramente objetivos para determinarlo: el sujeto debe estar en posición de adoptar una solución correcta, o sea, no imprudente, para lo cual se recurren al concepto del hombre medio. El tipo subjetivo, por su parte, analiza los elementos cognoscitivos y volitivos del sujeto atendiendo a la llamada previsibilidad subjetiva, es decir, si para un hombre con los conocimientos e intenciones del sujeto concreto era posible prever el resultado lesivo. Es evidente su contradictoriedad con la tesis de Novoa, puesto que la propuesta de éste es completamente objetiva, excluyendo el ‘tipo subjetivo’ del análisis y enviándolo a otra categoría de exigibilidad del comportamiento. En términos actuales, Novoa sostendría que sólo el ‘tipo objetivo’ es materia del injusto mientras que el ‘tipo subjetivo’ sería objeto de estudio en la culpabilidad.

Una opinión diversa asume Garrido, quien también reconoce el ‘tipo subjetivo’ en el delito culposo, pero que sólo lo entiende referido a dos elementos: uno positivo, que es la voluntad de realizar la acción, y otro negativo, no querer concretar el hecho típico. En tal sentido, se diferencia de Bullemore y Mackinnon puesto que no incorpora el análisis de la voluntad y conocimiento del sujeto en el ámbito típico, reservándolo para la culpabilidad, en una noción mucho más cercana a Novoa y a Cury.

ubica todo lo subjetivo en la culpabilidad. En otras palabras, hoy en día, la posición doctrinaria mayoritaria – llamada postura generalizadora – plantea también una diferenciación estricta entre la infracción objetiva del deber de cuidado en el ámbito del injusto y la inclusión de consideraciones personales del agente tan sólo en el ámbito de la culpabilidad,<sup>23</sup> pero obviamente lo hace desde la trinchera unánime de identificar al dolo y la culpa ya en el injusto. O sea, arribar a esta idea resulta más sencillo puesto que tal diferenciación sigue la línea de distinguir lo objetivo y lo subjetivo: la infracción del cuidado en el injusto (lo objetivo) y el análisis de las cualidades personales en la culpabilidad (lo subjetivo).

Novoa, por el contrario, también partiendo de un esquema injusto-objetivo y culpabilidad-subjetiva, lo altera en torno a la verificación de la culpa, pues dentro de la culpabilidad incorpora un estándar puramente objetivo con un filtro subjetivo ulterior. Por tanto, Novoa objetiviza la culpabilidad lo cual, en base al concepto necesariamente personal de la culpabilidad, es un indicio bastante poderoso sobre la necesidad de categorizar a la culpa (y por tanto el dolo) en el injusto. Lo notable, entonces, es que en el mismo seno de los planteamientos de Novoa está el germen de su superación, con los cuales se redefinen las categorías dogmáticas alcanzando una teoría distinta y completamente aceptada en la actualidad:<sup>24</sup> quebrar la categoría causalista puramente subjetiva de culpabilidad insinúa la necesidad de tematizar a la culpa ya en el injusto.

e) Algo que sorprende en Novoa es su pretensión de fundar un concepto unitario de culpa,<sup>25</sup> puesto que la opinión extendida de la doctrina es la completa divergencia en el reconocimiento

---

<sup>23</sup> Véase HIRSCH, Hans Joachim. “Sobre lo injusto del delito imprudente”, Revista de derecho penal y criminología, 2ª época, n° 16, 2005, p. 217, quien contradice esta opinión incorporando ya en el injusto los conocimientos individuales del autor para una configuración adecuada del deber de cuidado que requiere se infringido para la concurrencia del delito imprudente. En el mismo sentido, *infra* II.1.3

<sup>24</sup> En un sentido similar, Politoff (*Derecho penal*, Editorial jurídica ConoSur, 1997, p.503-504) plantea que la responsabilidad culposa implica dos preguntas diferentes. La primera es “¿en qué medida la conducta se encuentra por debajo de las exigencias del derecho, que dan contenido a las normas de cuidado?” y la segunda es “¿en qué medida la conducta quedó por debajo de las facultades personales del hechor para cumplir con las exigencias objetivas de cuidado impuestas por el derecho?”. Sólo la primera pregunta concierne a la antijuricidad (injusto), mientras la segunda cabe en la categoría de culpabilidad. Lo interesante es que Politoff, al igual que Novoa, entiende a cualquier elemento subjetivo en la culpabilidad, por lo que a pesar de tal compromiso inicial reconoce que las normas de cuidado (y su infracción) forman parte del estudio ya del injusto. He aquí la similitud con Novoa puesto que comprenden que la imprudencia llevará a afirmar situaciones en que el ordenamiento no pueda exigirle al sujeto el seguimiento del cuidado debido, lo que es propio de la culpabilidad.

<sup>25</sup> NOVOA Monreal, *op. cit* en n. 1, p. 501

de la culpa en el derecho civil y penal<sup>26</sup> basado en los diversos fundamentos y objetivos de estas ramas del derecho. Si por una parte el derecho civil es el derecho privado por excelencia, con la misión de regular las relaciones entre sujetos privados, ya sea directamente o por intermedio de una cosa; el derecho penal, como buen derecho público, tiene por fundamento establecer las normas que la sociedad se entrega a sí misma, y los criterios y elementos que requieren reconocerse para imponer una sanción afectiva de derechos esenciales. En tal sentido, la diferencia del contenido de estos tipos de derechos es evidente y, por ello, es coherente con un concepto divergente de culpa.

Sin embargo, Novoa no se queda en las diferenciaciones panorámicas, sino que acude al concepto concreto en análisis: la culpa. Y en el ámbito de la responsabilidad extracontractual civil, la noción de culpa es sumamente cercana con la penal. Porque es claro que en las relaciones contractuales, la culpa se ve modificada ya que debe referirse a los niveles de cuidado y seguridad que las partes determinan en el momento de pactar la relación, debiendo incorporarse a la ecuación, por ejemplo, la clase de contrato preciso que se está realizando. Pero en las relaciones extracontractuales, la culpa se analiza simplemente como la falta de cuidado exigible y que justifica que el autor quede obligado a reparar el daño producido. Y al igual que en el estadio penal, la culpa no se configura por medio de la infracción de una normativa, sino que por la infracción del preciso deber de cuidado que tenía el autor en el momento de actuación. La violación de la normativa no puede entenderse sino como una aseveración contingente potencialmente refutable (un indicio) respecto de la afirmación de la culpa. Es la infracción del cuidado debido lo que expone el quebrantamiento del ordenamiento y justifica la sanción penal o la indemnización civil (siempre eventual, puesto que el daño se transforma en elemento necesario).

En tal sentido, la pretensión de Novoa no es insensata, puesto que en un ámbito del derecho civil, es perfectamente postulable la identidad del concepto de culpa. Pero tampoco es alocada la crítica a este concepto unitario desde el mismo lugar: sólo un ámbito y no todo el derecho civil es el que permite plantear la tesis. En todo caso, Novoa toma conciencia de tal asunto al señalar

---

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, LABATUT, *op. cit.* en n.1, p. 125 (“desde el derecho romano existe la clasificación tripartita de la culpa, que distingue entre *grave o lata, leve y levísima*, distinción que mantiene el derecho civil, pero que ha sido eliminada del derecho penal moderno”). Parece en contra a la opinión mayoritaria, POLITOFF, *op. cit.* en n. 24, p. 506 s., al utilizar la nomenclatura civil para el análisis de los tipos del art. 490 y siguientes.



que “queda excluida la referencia a ‘negocios’ que es la diferencia específica que ella adquiere en el campo contractual”.<sup>27</sup>

f) Es importante destacar que, para Novoa, “la culpa sólo puede existir en delitos con resultado externo”.<sup>28</sup> Para entender aquella proposición, debemos acudir a la clasificación del delito realizada por el autor. Allí, señala que el delito puede clasificarse en aquellos de simple actividad y los de resultado externo. Mientras los primeros se consuman con la mera conducta del autor sin necesidad de una modificación ulterior del mundo, los segundos exigen esa alteración junto a la actuación del sujeto.<sup>29</sup> La relevancia en la clasificación está en la determinación de la causalidad, la cual solo sería necesaria en los delitos con resultado externo, debiendo acreditarse el vínculo entre la conducta del agente y el resultado modificador del mundo. Entonces, Novoa considera que la culpa sólo puede afirmarse en un delito de resultado y, por tanto, nunca en un delito de mera actividad.

Sin embargo, la afirmación de que la imprudencia sólo es reconocible en delitos de resultado merece reparos. Pensemos en un delito usualmente considerado como de mera actividad: el hurto. En el delito de hurto, el autor ejecuta una acción de sustracción con ánimo de apropiación de una cosa mueble ajena que lesiona el bien jurídico de propiedad sin ser reconocible un resultado ulterior. Supongamos, entonces, que X se lleva la bicicleta de Y creyendo que era suya porque pertenecían a la misma marca y modelo. Para descartar el dolo, diríamos que X no sabía que la cosa objeto del delito era ajena, es decir, no era evitable para X la comisión del hurto porque desconocía la aplicación de uno de los requisitos que exige el Art. 432. Ahora, sin embargo, podríamos preguntarnos si podemos hacer responsable a X por su incapacidad de evitar la comisión del delito, o sea, si podemos afirmar negligencia. La doctrina mayoritaria ha negado esa posibilidad planteando que la acción ha perdido su carácter criminal y que la afirmación de culpa requiere que concurren todos los elementos del delito distintos al dolo,<sup>30</sup> y en este caso X actuaría sin ánimo de apropiación.

---

<sup>27</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 493 y 501

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 502

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 245

<sup>30</sup> ZUGALDÍA, José Miguel. *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Akal, 1988, p. 51

Pero, en contra de la doctrina mayoritaria, sería posible sostener que X debe ser hecho responsable por su error si las bicicletas tenían un color diferente, pues allí no hay problema en afirmar que su conducta es descuidada, o sea, infringe un evidente deber de cuidado.<sup>31</sup> Así, la acción quebrantaría – en términos de Novoa – el deber de cuidado y diligencia y tendría que ser sancionado por un hurto culposo.<sup>32</sup>

Negar el delito culposo de hurto implica olvidar que la imprudencia está relacionada con la manera en que se atribuye un determinado resultado antinormativo a alguien. Ello no prejuzga, por tanto, sobre las reglas que configuran ese resultado antinormativo sino que se enfoca en la eventual responsabilidad del sujeto por tal hecho. Si el disvalor de resultado del hurto está en la sustracción de una cosa a su propietario privándole de su aprovechamiento y disposición, entonces basta comprobar que alguien ha sufrido la expropiación de la cosa para determinar la antinormatividad del hecho. Una pregunta distinta es si tal hecho puede ser imputado al sujeto: si podemos identificar una conducta que infringe la exigencia de cuidado respectiva – no se aseguró que la cosa fuera suya o que contara con el permiso del dueño – entonces no parecerían existir obstáculos para afirmar el hurto culposo.<sup>33</sup>

Lo mismo ocurriría en los demás delitos de mera actividad. Si se reconoce un disvalor de resultado que se deriva de una infracción del deber de cuidado, entonces no existen impedimentos conceptuales para la responsabilidad por delito imprudente. Nótese que de la categorización como delitos de mera actividad, pues no producen una modificación del mundo distinta a la acción típica, no se sigue la imposibilidad del reconocimiento del disvalor de resultado, pues éste tiene que ver con la afcción del bien jurídico que igualmente se produce.

---

<sup>31</sup> En el mismo sentido, BYRD, Sharon. “Wrongdoing and attribution”, *The Wayne Law Review*, vol. 33, 1987, p. 1325, quien diferencia el correcto reconocimiento de un hurto imprudente con la eventual sanción de ese cuasidelito. En tal sentido, que el hurto culposo no sea punible no puede tener ninguna relevancia en la argumentación.

<sup>32</sup> La posibilidad de culpa en delitos de mera actividad ha sido esbozada por POLITOFF, *op. cit.* en n. 24, p. 499 al señalar que “(sólo) la inmensa mayoría de los delitos culposos son delitos de resultado”. En el mismo sentido, véase BULLEMORE y MACKINNON, *op. cit.* en n. 9, p. 59, para quienes “el resultado no es un elemento del tipo objetivo de los delitos culposos, sino en los casos en que sea exigido en éstos”, dejando abierta la puerta para delitos culposos de mera actividad; y GARRIDO, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 215, al señalar que “también sucede que el tipo requiere a veces de la producción de un resultado”.

<sup>33</sup> De forma similar, ZUGALDÍA, *Los delitos, op. cit.* en n. 30, p. 52. Es evidente que el esquema completo de imputación resulta más complejo, pero en ello se profundizará *infra* II.1

Ahora bien, la alegación de que sólo podemos observar negligencia en delitos de resultado puede entenderse como coherente con el elemento de previsibilidad que exige Novoa para reconocer un delito culposo. Porque la previsibilidad implica previsibilidad de un resultado, o sea, de un acontecimiento del mundo provocado por la acción del autor. Entonces si estamos dispuestos a exigir este criterio de previsibilidad del resultado adicionalmente de la infracción del cuidado debido, entonces – con Novoa – tenemos que estar dispuestos a proscribir la culpa en los delitos de mera actividad. Sin embargo, Novoa se equivoca. El error está en, primero, considerar a la previsibilidad como un criterio adicional a la infracción del cuidado debido y, segundo, en afirmar un estándar puramente objetivo al determinar el deber de cuidado, en el sentido de excluir cualquier reminiscencia a los conocimientos o habilidades personales del agente en la realización del acto. Bajo el principio *ultra posse nemo obligatur*, la consideración a las capacidades y conocimientos personales del sujeto es fundamental para la adecuada configuración de la exigencia de cuidado, pues no se puede exigir más allá de lo que el sujeto podía realizar. En tal sentido, el mismo deber de cuidado incorpora ya un concepto de previsibilidad. La posibilidad de prever el resultado depende de los conocimientos del sujeto al ejecutar la actividad: si esos conocimientos se toman en cuenta al determinar la conducta conforme a cuidado, entonces no es necesario exigir, además, la previsibilidad como requisito adicional.

g) Ya mencionamos que Novoa considera que no solo debe reconocerse la previsibilidad del resultado lesivo sino también del curso causal que lo provoca y de “la antijuricidad de la realización típica”<sup>34</sup>. Para terminar, nos enfocaremos en esto último: ¿qué quiere decir Novoa cuando afirma que también debe existir previsibilidad de lo antijurídico de la conducta?

El conocimiento de la antijuricidad es tratada usualmente por la doctrina como una de las categorías de la culpabilidad necesaria para afirmar la responsabilidad penal del autor, puesto que no podemos imponer una pena sin corroborar que el sujeto conocía lo injusto de la conducta que se le imputa. Es decir, es un criterio que opera en un nivel de imputación superior y, por ello, posterior al de la imputación de la acción al sujeto como propia.<sup>35</sup> Para determinar que el

---

<sup>34</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 504

<sup>35</sup> Véase HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento”, *op. cit.* en n. 10, p. 21 s, quien señala que “la imputación de segundo nivel significa el juicio por el cual se considera que el autor que obró con conocimiento de la antijuricidad de su hecho, por una parte, tuvo un motivo para omitir la acción

sujeto realmente pudo motivarse a evitar la acción por la contradicción de ésta con el derecho, debemos aseverar que conocía que esa conducta está prohibida, o sea, que conocía que era contraria a ese ordenamiento que debe motivarse a respetar. Si no podemos afirmar ese conocimiento, entonces – *prima facie* – por respeto al principio de culpabilidad no se puede sancionar ese delito, reconociendo lo que se denomina error de prohibición.<sup>36</sup>

Sin embargo, la categoría del conocimiento de la antijuricidad como categoría autónoma de la culpabilidad es contradictoria con las tesis de Novoa, quien afirma un *dolo malo*, ya incluyendo el conocimiento de la antijuricidad en el análisis.<sup>37</sup> Entonces, cuando afirma que debe reconocerse una previsibilidad de la antijuricidad, lo que hace es equiparar su tesis del dolo al ámbito de la imprudencia creando una *imprudencia mala*, o sea, que también incorpore a la antijuricidad. Y evidentemente no como conocimiento, puesto que en el delito culposo no existe representación del resultado producido, sino como la posibilidad de conocimiento de esa antijuricidad o, en sus palabras, la previsibilidad de la antijuricidad.

Y nuevamente esta idea es interesante, porque implica un respecto irrestricto por el principio de culpabilidad al equiparar el conocimiento de la antijuricidad del delito doloso al delito imprudente. Actualmente con la aceptación de un *dolo neutro* ya en el injusto, otros autores tienen que llegar a una conclusión similar con el objeto de evitar la aplicación de penas en situaciones en que era imposible la motivación conforme a la norma. Así, Hirsch apunta que “el autor solo puede ser tratado como sujeto responsable si para él era cognoscible la contrariedad objetiva al cuidado debido de su actuación”.<sup>38</sup> En otras palabras, como en el delito imprudente no siempre podemos atender a un conocimiento (representación) del resultado, entonces para respetar el principio de culpabilidad debemos exigir cognoscibilidad de la antijuricidad como

---

prohibida y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que impidiera el cumplimiento de su deber”

<sup>36</sup> Es una afirmación *prima facie* porque la imputación, en definitiva, dependerá si el error de prohibición era vencible o invencible. Sólo en los casos de invencibilidad, no se puede imponer pena. En caso de error de prohibición vencible, las opiniones proliferan pero mayoritariamente se acepta la sanción basado en una pseudo-negligencia. Véase, por todos, CURY, Enrique. *Derecho Penal, parte general*. 7ª edición. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica, 2007, pp. 440 ss, en donde se plantean las teorías del dolo y de la culpabilidad – en sus variantes extremas y limitadas – sobre el error de prohibición invencible (inevitable) y vencible (evitable).

<sup>37</sup> Véase NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 477

<sup>38</sup> HIRSCH, *op. cit.* en n. 23, p. 222. Téngase en cuenta que el análisis de la imprudencia realizado *infra* se enfocará en el ámbito de injusto y no de la culpabilidad, por lo cual no se profundizará sobre la idea de una *cognoscibilidad de la antijuricidad*.

una categoría de la culpabilidad de ese sujeto, que se concreta en la posibilidad que tenía ese sujeto individualmente considerado en conocer que su actuación era contradictoria con el deber de cuidado y, por ello, con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

Y Novoa llega a una conclusión similar, haciendo coherente su teoría con el principio de culpabilidad, al enfatizar la necesaria relación que tiene que darse entre la posibilidad de motivación del sujeto con la contradicción del ordenamiento.

#### 1.1.2 Etcheberry y un deber de cuidado general

a) Al igual que Novoa, la obra de Etcheberry también se enmarca en una tradición causalista del delito, en el sentido que entiende todo elemento subjetivo dentro de la categoría de la culpabilidad. La tipicidad solamente se refiere a la comprobación de que la acción ejecutada es una forma del tipo penal específico, de modo que se excluye cualquier referencia al autor. Para efectos de este primer análisis puramente objetivo, la acción pudo haber sido ejecutada por cualquiera: lo único relevante es esa acción y su relación con una norma penal.

Ahora bien, el dolo y la culpa cumplirían la función de fundamentar el reproche penal, en donde el primero asume la forma “ordinaria y general” de culpabilidad; y la segunda la forma excepcional de un menor reproche.<sup>39</sup> Que se sostenga que el dolo y la culpa fundamentan la pena parece querer decir que la imposición de la sanción resulta justificada *porque* identificamos dolo o culpa. Es decir, la culpa – en lo que aquí interesa – no es el objeto del reproche sino que la razón por la cual se reprocha. Sin embargo, a pesar de esta premisa metodológica sobre la imprudencia, Etcheberry analizará ciertas problemáticas precisamente desde el punto de vista opuesto.

Que la culpa sea una forma excepcional de culpabilidad obliga a justificar su punibilidad, en donde Etcheberry asume una posición radicalmente controvertida. Porque, en su opinión, la responsabilidad cuadelictual es el remanente de una concepción objetivista en donde “la función causal de la acción humana en la producción del resultado es más importante que la noción de

---

<sup>39</sup> ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p.312

voluntad reprochable que le dio origen”.<sup>40</sup> Es decir, para esa concepción, lo relevante en la afirmación de responsabilidad penal estaría en el reconocimiento de un vínculo causal entre la acción y el resultado típico, sin interesar en demasía la posibilidad del sujeto de evitar la infracción de la norma. En tal medida, si no había intención (dolo) pero aún se verificaba el nexo causal, entonces era necesario sancionar a título de culpa. La crítica de Etcheberry apunta, por tanto, a que la culpa se transformó en la *caja de sastre* ante conductas que por el daño ocasionado se entendían desviadas, legitimando una sanción punitiva, sin ni siquiera cuestionar la existencia de un deber de cuidado. Nótese que para un causalista esto es totalmente inaceptable, porque si se comprende a la culpa como una categoría de la culpabilidad, entonces es necesario dirigir un reproche personal al autor en base al concepto de deber de cuidado: la mera causalidad nunca es suficiente.

En vista del problema, Etcheberry afirma que “no hay, a nuestro juicio, una plena justificación de la sanción penal del delito culposo” para inmediatamente aclarar que “en el fondo, se justifica la existencia de estas sanciones por razones de necesidad o conveniencia”.<sup>41</sup> Lo anterior puede reformularse como sigue: la razón que justifica la punibilidad del delito culposo es de tipo utilitaria, o sea, ante la lesión de un bien jurídico por descuido del autor, se requiere algún tipo de respuesta de parte del ordenamiento, puesto que la indemnización civil será siempre insuficiente pues dependerá del patrimonio del agente, de modo que la responsabilidad penal por culpa *sirve* para asegurar una reacción institucional ante un hecho demeritorio. Lo interesante del argumento es que, a diferencia de la responsabilidad dolosa, no existiría una razón sustancial (“de verdad”) para sancionar la imprudencia. La pregunta, entonces, consiste en cuál es la justificación de la responsabilidad dolosa que se ausenta en la responsabilidad culposa, y la respuesta parece encontrarse en la siguiente afirmación: “El dolo es la voluntad final típica, pero calificada o valorada conforme a determinados criterios”.<sup>42</sup> En lo que respecta a la conceptualización del dolo, entonces, Etcheberry rechaza la doctrina causalista en pos de una finalista, entendiendo al delito doloso como aquella acción dirigida contra el ordenamiento. Dado que en la imprudencia no existe una “voluntad final típica” pues el sujeto pretende conseguir algo que es lícito, entonces surge la (aparente) discusión por su falta de fundamentación.

---

<sup>40</sup> *Ibid*, p. 313

<sup>41</sup> *Ibid*, p. 314

<sup>42</sup> *Ibid*, p. 290

Sin embargo, los planteamientos de Etcheberry son problemáticos. Porque conceptualizar el dolo como una voluntad final implica “moralizar” el derecho penal en el sentido que las motivaciones se convierten en un elemento fundamental al momento de imputar responsabilidad, cuando lo único que tiene interés es la no omisión (voluntaria) de una acción que quebranta una norma de comportamiento penal. Los criterios de imputación simplemente verifican la posibilidad de evitación (y de motivación en la evitación) de la acción típica sin prejuzgar sobre los motivos concretos del actor. Pero además, la imprudencia se fundamenta en base a los mismos criterios que el dolo, aunque Etcheberry acierta en que el reproche en uno y otro caso varía. Para una comprensión adecuada del fundamento de la responsabilidad por culpa se esbozará brevemente una teoría normativa de la imputación a título de imprudencia, tema que será latamente tratado *infra*.

Un resultado típico, es decir un hecho que cuenta como una especie de la descripción típica, requiere ser imputado a alguien para justificar la pena. El proceso de imputación se basa en el reconocimiento de ciertas capacidades que evidencian una negación del ordenamiento en la conducta del agente. En el ámbito del injusto, se analiza la capacidad de acción, o sea, la capacidad física y cognitiva del agente en la evitación de la infracción del tipo penal, de modo que el criterio relevante es el dolo. Si el autor al ejecutar la acción se representa, con una probabilidad suficiente, las circunstancias típicas pertinentes entonces concluiremos que actúa con infracción de deber. Esto es, infringe el deber que se deriva de la norma de comportamiento manifestando su no reconocimiento de la norma como razón para la acción y, por tanto, exteriorizando una voluntad contraria al ordenamiento. Ahora bien, si no podemos reconocer dolo, entonces no es posible concluir una infracción de deber, puesto que el sujeto carece de la capacidad para evitar el quebrantamiento de la norma por lo cual la imputación (ordinaria) fracasa. Sin embargo, aún es posible preguntarse por la capacidad del sujeto de evitar quedar en una situación de inevitabilidad. Pues de quien pretende respetar la norma no solamente se espera que evite realizar acciones que directamente la contravengan sino que también se preocupe de evitar quedar en situaciones en donde no podrá evitar su infracción. Y éste es el rol que cumple la imprudencia: quien actúa con el cuidado debido asegura su capacidad futura de evitar la comisión de acciones típicas. En tal sentido, la contravención de ese cuidado también exterioriza una voluntad contraria a derecho, pero cuyo reproche es lógicamente inferior al del dolo debido a la necesidad de recurrir a una imputación extraordinaria para verificarlo. No es necesario,

entonces, introducir argumentos utilitaristas puesto que un adecuado esquema conceptual permite justificar suficientemente la responsabilidad a título de culpa.

b) Ectheberry rechaza la idea de un concepto de culpa psicológico puesto que excluiría el reconocimiento de toda conducta omisiva carente de vestigio mental. En tal sentido, la culpa tiene que ser entendida desde una perspectiva normativa: “debe haber existido la obligación específica de prever los posibles resultados del acto querido y de conducirse de modo de evitarlos”.<sup>43</sup> De ahí que la construcción se acerque suficientemente al modelo planteado por Novoa, pues se exigen dos requisitos: por un lado, la previsibilidad del resultado producido y, por otro, la infracción del deber de cuidado.<sup>44</sup> Respecto del primer requisito, destaca que la previsibilidad tiene que ser determinada por la experiencia ordinaria, pero que, al mismo tiempo, será necesario tener en consideración la situación concreta del autor, por ejemplo sus conocimientos y habilidades. Si bien puede parecer contradictorio aseverar que lo previsible depende de un elemento objetivo y subjetivo a la vez, es posible plantear una interpretación coherente: el elemento objetivo implica acudir a un estándar para determinar lo que era previsible para un ciudadano fiel a derecho, sin embargo ello no impide proveer a ese estándar de las circunstancias personales del agente porque, en definitiva, es a él a quien queremos imputar de modo que nos interesa su capacidad para evitar la situación de inevitabilidad. En otras palabras, lo que era previsible se determina de acuerdo a un estándar objetivo dotado de los conocimientos y habilidades del autor.

Respecto del segundo elemento, se plantea que el deber de cuidado tiene un doble aspecto: “uno intelectual, que es el de prever efectivamente la posibilidad dañosa, y uno volitivo, que es el de conducirse de modo de evitarla”.<sup>45</sup> El aspecto intelectual, por tanto, ya incorpora el primer elemento de previsibilidad por lo cual el deber de cuidado atiende a lo que era previsible y a lo que era necesario hacer (o dejar de hacer) para evitar el resultado lesivo. Es en ese sentido que la configuración de la previsibilidad esbozada en el párrafo previo también vale para la configuración del deber de cuidado. De tal forma, el deber de cuidado se reconoce por medio de un estándar objetivo que acude al comportamiento de un ciudadano fiel a derecho pero con los conocimientos y habilidades del autor concreto. Si esta interpretación es correcta, la posición de

---

<sup>43</sup> ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 314

<sup>44</sup> *Ibid*, p. 315

<sup>45</sup> *Ibid*, p. 315



Etcheberry se identificaría con una *postura individualizadora* de la exigencia de cuidado; y, además, llevaría a la notable conclusión de que Etcheberry, siendo causalista y partidario de una culpa objetiva, igualmente incorpora elementos subjetivos en la construcción del cuidado debido.

El problema está en la extensión que Etcheberry otorga al deber de cuidado pues, en sus palabras, “existe un deber de prudencia general y autónomo: ser prudentes para evitar cualquier daño a otro”.<sup>46</sup> Aquí se distancia de Novoa quien considera que el deber de cuidado se concreta en cada contexto de actuación sin existir un mandato a desempeñarse cuidadosamente en la vida en general. La razón de este quiebre con una doctrina causalista puede buscarse en la cercanía de Etcheberry con el finalismo en la comprensión de los elementos subjetivos y que ya quedó suficientemente explicitada con el dolo. Para el finalismo, la responsabilidad culposa se justifica por el quebrantamiento de una norma (penal) de cuidado diferente de la norma de comportamiento.<sup>47</sup> Esa norma (penal) de cuidado es la que exige un comportamiento cuidadoso en el desempeño de todo comportamiento. De ahí que pueda postularse sólo un deber de cuidado general que no requiere ser concretado dependiendo de las circunstancias. Desde el punto de vista del finalismo y de Etcheberry, es economía conceptual.

En tal sentido, una teoría finalista entiende que en el delito imprudente lo sancionado es la inadecuada forma de conducirse en la vida. Es decir, la infracción de la norma (penal) de cuidado es el objeto de la imputación, en la forma de un *delito de descuido*. Sin embargo, una construcción así formulada tiene que aceptar una divergencia conceptual entre el dolo y la culpa, puesto que el primero opera como un requisito de culpabilidad, mientras que la segunda es precisamente el hecho sancionado quitándole cualquier relevancia al acaecimiento del resultado lesivo.

Ahora bien, tal postura tiene que entenderse como equivocada pues, a la luz de una teoría de la imputación basada en la teoría de las normas, tanto dolo como culpa ocupan la misma categoría lógica: son reglas de imputación. La culpa, por tanto, no es el objeto de la imputación

---

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> No confundir la norma (penal) de cuidado construida por el finalismo con las normas de cuidado que especifican un comportamiento cuidadoso en una actividad específica y que pueden asimilarse con el concepto de reglamento.

sino simplemente el criterio (extraordinario) por medio del cual se imputa el resultado lesivo. En tal sentido, el delito doloso y culposo se refieren al mismo objeto de imputación puesto que están referidos a la misma norma de comportamiento. De tal manera el injusto objetivo no se ve modificado, sólo cambia el criterio de reconocimiento de las capacidades pertinentes del autor que se identifica con el injusto subjetivo. De ahí que sea correcta la noción de Novoa sobre la inexistencia de un deber de cuidado general, puesto que como al ordenamiento le interesa imputar un determinado resultado anitnormativo, los criterios de imputación tiene que concretizarse en torno a ese determinado resultado y no al general de la vida. En el punto que sigue, observaremos una de las consecuencias que lleva asumir la comprensión de la culpa de Etcheberry.

Empero, además de la previsibilidad y la infracción del deber de cuidado, Etcheberry exige otro elemento que busca diferenciar la culpa del dolo: *la imprevisión o rechazo del resultado posible*. Atiende, por tanto, al estado anímico del sujeto respecto del resultado típico. Así, si el sujeto busca el resultado o lo acepta permaneciendo indiferente a su acaecimiento estamos en el territorio del dolo, respectivamente, dolo directo y dolo eventual;<sup>48</sup> pero si el sujeto *rechaza* el resultado posible estamos en terreno de la culpa, específicamente de la culpa con representación.<sup>49</sup> De tal forma, el sujeto se representa el riesgo de ocurrencia del resultado pero confía en que no se va a realizar. Es tal su rechazo al resultado que si tuviera certeza sobre la producción del resultado, no realizaría comportamiento alguno. Pero esa confianza necesita estar justificada, en el sentido que su intervención o la ajena tienen que ser potencialmente eficaces para evitar el resultado. Si la confianza se basa en factores inapropiados objetivamente – como un amuleto o la fe religiosa – estamos hablando de dolo.<sup>50</sup>

Sin embargo, sabemos que el sujeto no se representa en todos los casos las consecuencias dañinas de su actuar de modo que el rechazo del resultado posible no puede ser el único criterio de identificación de culpa. Para ello se recurre a la *imprevisión*, es decir, a que efectivamente el sujeto no haya previsto el resultado aunque igualmente tenía el deber de comportarse cuidadosamente. Es el caso de la culpa sin representación.

---

<sup>48</sup> ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 296 s.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 317

<sup>50</sup> *Ibid.*

c) El problema del “cuasidelito con resultado múltiple” apunta a los casos en que un accidente atribuible por imprudencia a un sujeto provoca varios resultados lesivos, y en donde la pregunta está en si existe uno o varios cuasidelitos imputables a ese autor. Si bien no es nuestra intención resolver el problema aquí, pues será expuesto también en la discusión jurisprudencial y resuelto luego de la presentación del esquema conceptual, vale la pena observarlo como una consecuencia del desafortunado concepto de deber de cuidado general asumido por Etcheberry. Entonces, al plantearse un deber de cuidado general, derivado de la noción finalista de infracción de una norma (penal) de cuidado que es, en todo caso, diferente a la norma de comportamiento pertinente, entonces el “cuasidelito con resultado múltiple” sólo puede entenderse de una forma: como un (sólo) cuasidelito. En palabras de Etcheberry ante la pregunta por el número de cuasidelitos, “a nuestro parecer, hay uno solo, porque ha existido una sola infracción del deber general de diligencia o cuidado”.<sup>51</sup>

La solución evidencia la confusión entre el objeto de la imputación y la regla de imputación. La concepción de Etcheberry entiende a la culpa como el objeto a sancionar, de modo que es irrelevante la cantidad de resultados típicos generados, pues lo interesante es atender al comportamiento defectuoso del autor, lo que resulta satisfecho simplemente por la afirmación de culpa. No obstante, cuando a la culpa se le otorga la misma función lógica que al dolo, el objeto de imputación respecto de una misma norma de comportamiento, en uno y otro caso, se mantiene. En tal sentido, la relevancia del número de resultados dependerá de la descripción típica pertinente.

Esta problemática, brevemente expuesta aquí pero con un mayor desarrollo *infra*, muestra lo imprescindible de elaborar un modelo lógico coherente de la imputación que permita sentar las bases teóricas para solucionar satisfactoriamente desde los casos más complejos hasta los más sencillos.

---

<sup>51</sup> *Ibid*, p. 322

## 1.2 La culpa como categoría del injusto

### 1.2.1 Cury y la distinción entre circunstancias fácticas y personales

a) El punto de partida de la teoría del delito culposo en Cury está en el reconocimiento de un error en la forma en la cual el sujeto se conduce por la vida. Como ya mencionamos, toda persona atiende a diversos objetivos o tareas (lícitos), para lo cual desarrolla acciones orientadas a la consecución de tales objetivos; sin embargo, en algunos casos, esas acciones producirán resultados no intencionales lesivos para los intereses de otros. Así, al imputar responsabilidad al agente en aquellas situaciones, estamos señalando que “la producción del resultado es consecuencia de un error sobre el curso causal”.<sup>52</sup> Teniendo en cuenta un determinado objetivo, el sujeto ejecutó un comportamiento, pero en razón de un error suyo sobre cómo se vería afectado el mundo con su acción, se produce una consecuencia no perseguida. Volviendo al ejemplo del ciclista, éste se equivoca, al presumir de antemano que podría eludir a cada persona con la que se enfrentara en la acerca a una velocidad determinada, provocando el accidente. Existe una diferencia entre lo que el ciclista pensó que ocurriría con lo que realmente ocurrió: un error.

De tal forma, Cury considera que “obra culposamente quien omite imprimir a su acción la dirección final de que era capaz, permitiendo así la desviación del curso causal hacia la producción de resultados indeseables”.<sup>53</sup> Es decir, el error sobre el curso causal, por el cual se imputa responsabilidad, se basa en que el sujeto podría haber actuado de una forma diferente con lo cual hubiese evitado la producción de tal resultado indeseable. Aún cuando podía hacerlo, no conduce su acción de un modo que hubiese sido respetuoso con el ordenamiento jurídico.

En la inmediata comparación, Novoa no llega a concluir explícitamente la naturaleza de error de la imprudencia, aunque igualmente reconoce que se produce debido a una conducta que desemboca en un resultado no buscado. Sin embargo, su no aseveración explícita como error es relevante porque le impide observar la relación que tiene la imprudencia con el error de tipo o con el de prohibición, lo cual pareciera reconocer Cury. Si el autor se equivoca sobre alguno de los elementos del tipo o sobre la condición de prohibida de una determinada conducta, implica

---

<sup>52</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 331

<sup>53</sup> *Ibid.*

que era imposible que ese sujeto cumpliera con la norma de comportamiento concreta porque no estaba en posición de hacerlo. Le era completamente inevitable la comisión del delito porque falla sobre un aspecto relevante para aseverar la responsabilidad por su conducta.<sup>54</sup> Por ejemplo, el característico caso de error de tipo: A dispara sobre algo que cree ser un espantapájaros, pero resulta ser B, una persona dormida. A se equivoca sobre un elemento del tipo de homicidio porque cree disparar a algo que no es un ser humano vivo, de modo que no podemos imputarle un homicidio doloso porque, en el momento preciso del disparo, la norma que prohíbe el homicidio no ‘entra en juego’ para A. No podía evitar la comisión de un homicidio en la persona de B, porque no sabía que el objeto sobre el cual disparaba era una persona.

Ahora bien, de la imposibilidad de afirmar delito doloso por el error de tipo no podemos concluir la inmediata impunidad del sujeto, puesto que podemos atender a si ese sujeto es responsable por el error cometido, o sea, responsable por estar en una posición en que fuera inevitable la comisión del delito. Y aquí es donde interviene la culpa, entendida como error sobre el curso causal. Porque si el sujeto podía evitar quedar en la situación de inevitabilidad, pero no modifica su conducta en tal sentido (o se abstiene de ella), entonces predicamos que su conducta es imprudente, pudiendo ser sancionado. Cualquier clase de error que fuera evitable, o sea, en que el sujeto podía evitar el resultado lesivo, viene aparejado a la eventual imputación de culpa.<sup>55</sup>

Y lo interesante de esta conceptualización de la culpa como error, es que queda abierta la posibilidad de afirmar imprudencia en los casos de error de prohibición, lo cual ha sido descartado por la doctrina mayoritaria finalista en la cual el análisis sobre la evitabilidad del error de prohibición igualmente conlleva la responsabilidad dolosa y nunca a la punición de un delito negligente.<sup>56</sup> Si el error de prohibición era evitable entonces, *prima facie*, no existen obstáculos conceptuales para afirmar la imprudencia, puesto que se manifestaría en la misma forma que en el error de tipo.

---

<sup>54</sup> Sobre el error de tipo, véase CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 309 ss. Sobre el error de prohibición, véase *ibid*, p. 437 ss.

<sup>55</sup> En el mismo sentido, POLITOFF, *op. cit.* en n. 24, p. 498, quien diferencia culpa y dolo planteando que la primera es entendida como un error evitable y el segundo se caracteriza por el saber y querer del hecho típico: “la primera característica psíquica de la culpa es que el hechor no sabe lo que hubiera debido saber”

<sup>56</sup> Véase CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 443, quien describe a la teoría de la culpabilidad afirmando que “como la culpabilidad se satisface con un conocimiento potencial de lo injusto, *el error de prohibición evitable (inexcusable)* no excluye la responsabilidad y el sujeto será castigado al título correspondiente”.

b) En la obra de Novoa, era evidente la gran relevancia que entregaba al resultado, afirmando que sólo existía cuasidelito en los delitos de resultado. Esto deriva de su compromiso con la teoría causalista del delito, la cual afirma lo fundamental de la producción del resultado lesivo, restando relevancia a la acción concreta que el sujeto realiza, puesto que sin ese resultado no cabría reconocer modificación del mundo y, por tanto, el derecho no podría referirse a ese hecho delictivo.

En que lo nos concierne aquí, Cury asume un argumento radicalmente opuesto, situando la total relevancia de la imprudencia en la acción, no en el resultado. Esto porque lo sancionado es la manera en la cual se comporta el autor culposo, no las consecuencias que provoca su acción.<sup>57</sup> Lo reprochable de esa conducta es la forma en la cual se realiza, lo que pone al sujeto en la imposibilidad de evitar el resultado lesivo, el cual sólo es visto como una mera consecuencia de la conducta negligente y por la cual se imputa el cuasidelito.

En tal sentido, Cury concluye que el resultado en el delito culposo es una condición objetiva de punibilidad, castigándose solamente el disvalor de la conducta, no el resultado producido.<sup>58</sup> Una condición objetiva de punibilidad es una “circunstancia extrínseca a la conducta humana, que no forma parte ni del comportamiento corporal del agente ni de las modificaciones jurídicamente relevantes que éste causa en el mundo exterior”<sup>59</sup>, pero que –por mandato legislativo – es absolutamente necesaria para la imposición de la pena. Esta postura se enmarca en una teoría finalista radical – cuyo principal representante es Armin Kaufmann – respecto del delito doloso de resultado, que entiende a la acción como acción orientada a una determinada finalidad por la cual el ordenamiento sanciona, siendo completamente prescindible la producción del resultado. Lo que se sanciona es la “mala intención” que se expresa en la conducta, no el

---

<sup>57</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 346. Por su parte, Garrido enfatiza el disvalor de la acción pero no le resta importancia al disvalor del resultado, es decir, asume una posición moderada respecto de Cury. Así, “la sustancia del hecho culposo es no emplear el cuidado debido en el cumplimiento del deber o en la realización de una acción creadora de riesgos: lo que se desvalora es la acción u omisión: el desvalor del resultado tiene una connotación esencialmente delimitadora, porque permite distinguir aquellos comportamientos que interesan al derecho penal de aquellos que son irrelevantes” (GARRIDO Montt, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 210)

<sup>58</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 346. En contra BULLEMORE y MACKINNON, *op. cit.* en n. 9, p. 68, quien señala que “pretender entender el resultado como pura condición objetiva de punibilidad es olvidar que el injusto de la imprudencia, según lo señala el principio de legalidad en la Constitución Política de la República, radica en la acción contraria al cuidado, en el daño real ocasionado a través de ella”.

<sup>59</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 305

resultado provocado, el cual es simplemente una consecuencia de las fuerzas naturales, operando también como una condición objetiva de punibilidad. Entonces, Cury asume una postura que exagera el rol de la acción, desconociendo toda importancia a la producción del resultado. Y como consecuencia, no puede exigir ninguna relación entre la punibilidad de la conducta negligente con el resultado, puesto que podría configurarse un delito calificado por el resultado, transgresor del principio de culpabilidad.<sup>60</sup> Para mantener coherencia, sólo puede exigir la producción del resultado como “puerta de apertura” a la imputación del cuasidelito, pero sin exigir conexión subjetiva alguna con el agente.

La crítica, esbozada por el mismo Cury, deriva de lo planteado: si la imputación no puede dirigirse al resultado, entonces cómo podrían configurarse los tradicionales criterios de la imprudencia, los cuales Cury también recoge. Así, la previsibilidad se presenta difícil de aseverar puesto que ésta no puede entenderse sino como previsibilidad del resultado efectivamente producido. Sin embargo, como defensa, se argumenta que la afirmación de la imprudencia sólo debe medirse en relación con “la cantidad de negligencia de que es portadora la acción culposa; y esa cantidad depende de la magnitud del peligro que era previsible para el autor cuando la ejecutó, no del daño que objetivamente se produjo”.<sup>61</sup>

No obstante los argumentos señalados, el real problema de considerar al resultado como una condición objetiva de punibilidad es desconocer lo que sucedió realmente en el mundo, asumiendo una postura puramente motivacional. Veremos que sólo podemos imputar un delito imprudente luego de su comisión, esto es, después de que se haya producido el resultado, de modo que éste tiene que ser un elemento a considerar al momento de configurar la expectativa de comportamiento que se expresa como exigencia de cuidado.<sup>62</sup> Obviar el resultado, eliminando cualquier referencia con el sujeto, implica una imputación deficiente puesto que no atenderá a lo que el sujeto debía en concreto realizar en atención a lo producido. Por ejemplo, en el ejemplo del ciclista, ¿cómo podríamos aseverar la imprudencia del ciclista, esto es, su actuación con infracción al deber de cuidado, si no tomamos en consideración la causación de lesiones que realmente se produjo? La determinación del estándar de diligencia exige la posibilidad de

---

<sup>60</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 347

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Véase *infra*, II.1.2.3

conectar al autor con el resultado provocado. Así, el resultado no puede escapar del análisis como condición objetiva de punibilidad.

c) Para determinar la forma en la cual Cury puede afirmar imprudencia, primero debemos señalar que tal discusión gira en torno a la configuración del tipo culposo, y no en torno a la construcción de un deber de cuidado. Ello porque Cury entiende que el tipo culposo cumple con la función de establecer las condiciones bajo las cuales una determinada conducta puede considerarse como culposa y, por tanto, como injusta,<sup>63</sup> sin postular la necesidad de infracción de un deber de cuidado como fundamento de tal imputación. Esta ausencia del deber de cuidado en la argumentación, fundamental en Novoa, es relevante porque implica que el sujeto responsable carece de un deber de actuar de una determinada forma cuidadosa, con lo que hubiese evitado el resultado, sino que es el juez quien tiene que determinar si esa actuación cumple o no con el tipo culposo, ayudado por una serie de criterios auxiliares. El énfasis, entonces, no está en el sujeto y en lo que estaba obligado a realizar, sino en cómo el juez considera a la conducta, aplicando el tipo culposo correspondiente.

Respecto del tipo culposo, señala que el legislador opta por introducir en la redacción de la regla un elemento normativo amplio, el cual será concretado por el juez al momento de analizar el caso. Así, las expresiones “imprudencia temeraria” (art. 490) o “negligencia culpable” (Art. 491) cumplirían con tal función.<sup>64</sup>

d) El primer, y principal, criterio para fundar la imprudencia es el llamado criterio del *hombre medio empírico*. La pregunta por la culpa es “si el hombre medio empírico hubiese sido capaz de dirigir la acción en forma de evitar que precipitara un curso causal indeseable”.<sup>65</sup> Para determinar qué debe entenderse por un hombre medio acude, igual que Novoa, al derecho civil atendiendo al *cuidado* que los hombres emplean *ordinariamente* en sus negocios propios (Art. 44 Código Civil). Esto evidencia la imposibilidad de determinar anticipadamente el grado de diligencia que se exige, ya que siempre debe tenerse en consideración la situación concreta. La

---

<sup>63</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 333

<sup>64</sup> *Ibid*, p. 333

<sup>65</sup> *Ibid*, p. 334



culpa depende, entonces, de la no asunción del cuidado que un hombre común tomaría ordinariamente.<sup>66</sup>

Sin embargo, Cury escapa a un criterio puramente objetivo afirmando que el hombre medio debe estar situado en el contexto fáctico del caso en estudio. De tal manera, existirán elementos que pertenecen al hecho y elementos que pertenecen al sujeto, siendo sólo los primeros relevantes en el análisis de la culpa. Aquellos que pertenecen al sujeto son excluidos para mantener la pretensión de que el concepto de hombre medio empírico funcione como un estándar objetivo, esto es, que se aplique por igual a una variedad de casos.

De tal forma, serán circunstancias fácticas – pertenecientes al hecho – todo lo que en el sujeto ha sido resultado de una adquisición voluntaria; y serán circunstancias personales – pertenecientes al sujeto – aquello que forma parte de la constitución del individuo, ya sea congénita o adquirida inconscientemente.<sup>67</sup> En tal sentido, que el sujeto sea médico debe tomarse en cuenta porque tal profesión es adquirida voluntariamente, formando parte del contexto fáctico en el cual debemos situar al hombre medio para determinar la culpa. O sea, debido a que el sujeto es médico, la prudencia que se le exige en sus actos es diferente al de un otro no médico.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> En un sentido similar POLITOFF, *op. cit.* en n. 24, p. 500, quien utiliza como modelo “a un miembro de un determinado grupo de personas, al que el hechor pueda ser adscrito, que presente ciertos rasgos comunes identificables, en cuanto a edad, inteligencia, nivel cultural, etc y preguntarse si ese ‘integrante medio de tal grupo’ (...) hubiere sido capaz de prever el resultado típico y de obedecer las exigencias de cuidado”. En tal sentido, Politoff escapa de un esquema puramente objetivo basado en el ‘hombre promedio’ incorporando una serie de elementos fácticos al análisis de la culpa. De ahí la similitud con Cury, puesto que si bien se sigue sosteniendo un estándar objetivo, éste debe ser concreto para determinar adecuadamente el cuidado exigido.

<sup>67</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 335. En contra, véase GARRIDO Montt, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 216, quien plantea que “la norma de cuidado debe determinarse con criterio objetivo, apreciando las circunstancias de hecho concretas y los conocimientos especiales del sujeto, no así su destreza”. En otras palabras, Garrido excluye las habilidades especiales del sujeto para la determinación del deber de cuidado. Superficialmente, Garrido se acerca a Cury porque distingue elementos que deben ser incluidos y otros que no deben tomarse en cuenta en el análisis. Lo insólito es que Garrido no entrega suficientes argumentos para separar entre destrezas especiales y conocimientos especiales, pero pareciera indicar que tales destrezas son personalísimas mientras que los conocimientos no lo son. De ahí que, en realidad, la tesis de Garrido se opone a la de Cury puesto éste último incluye lo que el otro prescinde: allí donde Cury integra las habilidades y conocimientos adquiridos, Garrido excluye todo tipo de destreza; allí donde Garrido integra todo conocimiento especial, Cury excluye los innatos.

<sup>68</sup> Pero nótese que esto sólo será relevante, esto es, tendrá alguna consecuencia en la determinación de la culpa, allí donde las habilidades de un médico son pertinentes, puesto que si, por ejemplo, en nuestro caso del ciclista, éste fuera médico, no tendrá ninguna importancia en la afirmación de imprudencia. Para un examen más acabado, véase *infra* II.1.3.g, sobre la importancia del cambio de rol; e *infra* III.1.2.b sobre la importancia del contexto para la consideración de la profesión, en este caso, médica.

Por el otro lado, se debe excluir cualquier referencia constitutiva o conductual del sujeto. Por ejemplo, la usual torpeza de un sujeto no puede formar parte del estándar, ya que implicaría reemplazar al hombre medio empírico por el sujeto concreto. Al revés, incluir la condición de médico no implica tal reemplazo, puesto que solamente contextualiza adecuadamente el marco de actuación de este hombre medio, en ese caso, como un médico.

Ahora bien, en términos superficiales, la propuesta de separación de Cury parece satisfactoria, pues permite contar las particularidades del hecho, eliminando las del sujeto, para mantener la objetividad del criterio. Sin embargo, la diferenciación es sumamente difícil de aplicar en casos más complejos. Cury, que atiende a esta crítica, se defiende señalando que la dificultad se produce por la confusión lingüística entre las circunstancias del hecho y del sujeto. Así, cuando se habla de un “gran médico” existe una combinación entre lo que pertenece al hecho (ser médico) y lo que pertenece al sujeto (ser excelente siendo médico).<sup>69</sup>

El problema está en que la evidencia de esta confusión no es suficiente para resolver los casos complejos, puesto que Cury parece estar pensando simplemente en aquellos títulos o grados académicos que ningún problema entregan. Es decir, si alguien jura como abogado o se titula como electricista, será bastante sencillo diferenciar las capacidades adquiridas pertenecientes al hecho. Pero existen una serie de oficios y ocupaciones que se aprovechan de alguna condición propia del sujeto que son prácticamente inclasificables. Por ejemplo, un sujeto que se desempeña profesionalmente como detective privado debido a su gran capacidad de deducción y de pasar desapercibido en multitudes. En este caso, ¿incluimos la condición fáctica de detective privado como un conocimiento adquirido o excluimos sus capacidades deductivas superiores al normal como condición subjetiva? Y lo problemático es que no puede haber respuesta correcta posible pues su trabajo como detective equivale a sus condiciones para ese oficio. Más claro queda el problema en el caso de un levantador de pesas profesional: ¿incluimos la adquisición voluntaria de ser un levantador de pesas o excluimos su fuerza superior como elemento constitutivo? Nuevamente no hay (ni puede) haber una respuesta satisfactoria. Pareciera que el criterio sólo funciona en aquellos casos en que existe una certificación de la adquisición de ese conocimiento luego de un proceso formativo, llámese título o licencia.

---

<sup>69</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 335

Por eso es que un criterio como el que postula Cury sea impracticable en la vida real, puesto que la mayoría de los casos existirá una mezcla inseparable entre ambos tipos de circunstancias. En tal sentido la solución no puede pasar por establecer un límite arbitrario entre lo que se toma en cuenta y lo que se excluye, sino tomar en consideración, al trazar el cuidado que debió asumirse, lo que el sujeto podía haber realizado en atención a sus capacidades y conocimientos en general. Si bien esto será profundizado en la siguiente parte, el ordenamiento le exige tomar el cuidado que un hombre promedio tomaría, pero enriqueciendo tal estándar con las capacidades que el sujeto podía desenvolver para la evitación del resultado lesivo. Así, quien tiene mayores capacidades, puede más y el ordenamiento le exige más.

e) Con todo, Cury agrega dos criterios auxiliares señalando que si el sujeto no dirige su conducta de la forma que debía hacerlo un hombre medio empírico, se puede deber a una falta de atención o a una falta de cuidado.<sup>70</sup> Lo primero que resulta interesante es que si atendemos al criterio del cuidado exigido queda, automáticamente, excluido el de la atención exigida. Es decir, los criterios operan en forma excluyente. Y esto se funda en la diferenciación, diríamos, conceptual entre los diferentes tipos de culpa. La culpa sin representación o inconsciente debe imputarse a través de la atención exigida, ya que no existe conocimiento del sujeto respecto del curso causal perjudicial emprendido; en cambio, la culpa con representación o consciente se imputa a través del cuidado debido, porque el sujeto que conoce los peligros de un resultado perjudicial debe “tomar, y no perder, las riendas” del curso causal concreto.<sup>71</sup>

En primer lugar, el criterio de la *atención exigida* está relacionado con el concepto de previsibilidad. En palabras del mismo Cury, “es la situación del que no prevé lo que era posible prever a un hombre medio empírico”.<sup>72</sup> Se sanciona al sujeto, por tanto, cuando no previó lo que

---

<sup>70</sup> *Ibid*, p. 336

<sup>71</sup> Respecto de la culpa inconsciente, Bullemore y Mackinnon (*op. cit.* en n. 9, p. 63 s.) abogan por su impunidad. Así, “el mínimo exigible en el nivel del tipo subjetivo en el delito culposo es que el sujeto activo se represente el peligro de su conducta (...) Si no se representa el riesgo no tiene posibilidad de creer eludirlo, ni de intentar eludirlo, transformándose en un deber que no conoce. La ignorancia invencible de la prohibición o el mandato excluye la tipicidad y, por ende, la ilicitud del comportamiento”. No obstante, en nuestra opinión, la tesis de Bullemore y Mackinnon es incorrecta porque desconoce el fundamento de la punibilidad del delito imprudente. Éste se sanciona precisamente porque el sujeto no se representó los elementos típicos pertinentes, de forma que le era inevitable el resultado lesivo, pero estuvo capacitado previamente para no ponerse en esa situación de inevitabilidad. Que el sujeto negligente se haya representado o no el resultado al momento de actuar es irrelevante. Lo relevante es que no actuó conforme a lo que le exigía el ordenamiento, esto es, de una forma cuidadosa.

<sup>72</sup> CURY, , *op. cit.* en n. 36, p. 336

era previsible. La dificultad está en la determinación de lo que era previsible para el hombre medio, para lo cual ofrece algunos criterios generales.<sup>73</sup> Entre ellos, la *lex artis*, pues como la profesión del sujeto es una circunstancia del hecho a considerar en la imputación, tales normas técnicas deben ser dominadas y puestas en práctica por el agente concreto en el despliegue de la actividad siendo previsible, en atención a su formación profesional, una modificación perniciosa del curso causal.

En forma más específica, debe ser previsible el resultado que se produjo realmente y el curso causal generado.<sup>74</sup> Con ello, se excluye la responsabilidad derivada de cursos causales anómalos y, al mismo tiempo, de incrementos inverosímiles en el resultado, estableciendo límites adicionales a la relación entre los sujetos y sus acciones que la mera causalidad simple (teoría de la equivalencia de las condiciones), acercándose a una teoría de la causalidad adecuada.<sup>75</sup> Así, no podría imputarse al sujeto el resultado que un hombre medio – criterio objetivo de previsibilidad – excluyera de partida como razonable, ni tampoco los aumentos desafortunados en la gravedad del resultado. Por ejemplo, si solo podía contarse con la producción de lesiones, pero en el caso concreto el sujeto muere, en virtud de este concepto de previsibilidad, sólo serían imputables las lesiones culposas excluyendo el homicidio culposo. Esto se relaciona, evidentemente, con la demoledora importancia que Cury atribuye a la acción como base del delito imprudente, borrando del análisis al resultado efectivamente producido al considerarlo simplemente como una condición objetiva de punibilidad.

En segundo lugar, el criterio del *cuidado exigido* apunta a quien ha previsto las posibles consecuencias indeseables, por lo cual debe asumir el cuidado de que es capaz un hombre medio empírico en el contexto fáctico concreto.<sup>76</sup> En este ámbito, Cury analiza una noción muy parecida al riesgo permitido, esto es, aquellas acciones que implican peligro de daño, pero que son socialmente adecuadas. Lo que nos interesa ahora es determinar el concepto de cuidado en

---

<sup>73</sup> *Ibid*, p. 337

<sup>74</sup> *Ibid*, p. 339

<sup>75</sup> De tal forma, Cury parece escapar de la teoría de la relevancia típica para el análisis de la causalidad, que él mismo acepta en *ibid*, p. 297, puesto que deja de atender al tipo penal en específico para comenzar a revisar la imputación de acciones en virtud de un estándar objetivo de normalidad que permite excluir lo inverosímil. Sin embargo, Cury podría defenderse a través de la especial configuración del tipo en los delitos culposos en donde se utilizan numerosos criterios generales que impiden atender con exclusividad al tipo para determinar la causalidad. En tal sentido, sería tolerable – utilizando un criterio de previsibilidad – aproximarse a una teoría valorativa de las condiciones.

<sup>76</sup> *Ibid*, p. 339

Cury. Así, una vez que el sujeto ha emprendido una acción y se ha representado las eventuales consecuencias dañosas, debe “conservar constantemente las riendas del curso causal”<sup>77</sup> dirigiendo la conducta hacia la meta deseada. La referencia a las “riendas del curso causal” está íntimamente conectada con la comprensión de la culpa como un error en el curso causal, de modo que el cuidado exigido se deja entender como la preocupación constante de que el curso causal no se desvíe del objetivo inicial hacia la producción de un resultado lesivo. Y, así, la pregunta por cuánto cuidado es exigible – o sea, cuán preocupado debe estar el sujeto en evitar el error – dependerá del hombre medio empírico: debe ser tan cuidadoso (estar tan pendiente) como lo sería el hombre medio en el mismo contexto fáctico del sujeto.

Ahora bien, respecto a la utilización de criterios auxiliares excluyentes para ambos tipos de culpa, pueden hacerse dos comentarios. En primer lugar, es problemático separar los criterios en virtud de la clase de culpa, porque ello agrega la dificultad que todo caso debe ser, antes que todo, categorizado como culpa consciente o inconsciente. Eso puede resultar sencillo la mayoría de las veces, pero existirán ocasiones en que la diferencia no será clara, lo cual obstaculizará la aplicación de estos criterios para la determinación de la culpa. La clasificación de la culpa es, más bien, una creación dogmática necesaria y relevante para una adecuada comprensión de la teoría del delito culposo, pero innecesaria – en el sentido de desventajosa – en la aplicación judicial. Exigir con claridad la clasificación como inicio de la imputación trae más problemas que beneficios.

En segundo lugar, tiene sentido conectar el concepto de previsibilidad con el de culpa inconsciente, puesto que no existe representación del curso causal, diferenciándose del caso en que el sujeto ha previsto el resultado, siendo ahí el concepto de previsibilidad innecesario. El problema está en las consecuencias de tal conclusión, porque si entendemos que el criterio de la previsibilidad (esto es, lo que podía ser previsto) sólo es reconocible en la culpa inconsciente, ello no nos permite concluir que, aún cuando el sujeto se represente el resultado, no deba seguir atendiendo a las condiciones del hecho. O sea, de que el sujeto haya previsto un determinado resultado lesivo no se sigue que no le sea posible prever otros riesgos que desencadenen nuevos resultados lesivos. Si planteamos que el cuidado implica un nivel de preocupación del sujeto en

---

<sup>77</sup> *Ibid*, p. 340

no perder el control del curso causal, también tendrá que preocuparse de prever otros peligros atendiendo a las condiciones fácticas que se van presentando.

Y el mismo problema se advierte al invertir la situación: si el sujeto actúa con culpa inconsciente, ello no quiere decir que lo único relevante sea la previsibilidad, pues perfectamente podemos acudir a nociones del cuidado debido para determinar lo que debe realizar. Un ejemplo claro está en el rol de la *lex artis*. Cury la entiende como un elemento a analizar en el ámbito de la culpa inconsciente, porque tales principios y normas técnicas señalan lo que el sujeto debe prever. Sin embargo, la *lex artis* también debe ser tomada en consideración en el caso de un sujeto que se haya representado el resultado, indicándole el cuidado y los procedimientos que se deben tomar para evitar la concreción de un determinado riesgo.

El problema del argumento está, de nuevo, en atribuir relevancia conceptual a una distinción meramente didáctica. Separar culpa consciente de la inconsciente permite entender con mayor claridad el funcionamiento de la imprudencia, pero de ello no se derivan consecuencias para su imputación. Por tanto, basar los criterios de reconocimiento de la culpa en tal clasificación genera problemas innecesarios, cuya solución es simple: disponer de los criterios de previsibilidad y de cuidado en general, siendo el juez a la luz del caso concreto quien decida cómo utilizarlos.

f) Como partidario de la teoría final de la acción, lo cual queda en evidencia en la supremacía del disvalor de la acción por sobre el disvalor del resultado llegando a entender al resultado como una mera condición objetiva de punibilidad, Cury considera que la culpa debe ser analizada ya en el ámbito del injusto.<sup>78</sup> Afirmar que un sujeto promedio en el contexto fáctico del autor se hubiese abstenido de actuar o hubiese actuado de una manera diferente y cuidadosa equivale a afirmar la antijuricidad de su conducta. Es decir, la antijuricidad dependerá de que el sujeto hubiese podido evitar, comportándose conforme a cuidado, la situación de inevitabilidad de afección de bienes jurídicos.

Sin embargo, aseverar lo injusto de la conducta aún no nos dice nada sobre la posibilidad de que el sujeto concreto se hubiese motivado a respetar el ordenamiento: simplemente nos dice que

---

<sup>78</sup> *Ibid*, p. 340

un hombre medio en la situación dada se hubiese comportado de otra forma. Lo mismo ocurre con el dolo eventual, en donde se determina si el sujeto, en virtud de su conocimiento sobre las circunstancias fácticas, podía evitar la producción de un determinado delito cumpliendo su deber de acción. Pero ni el dolo ni la culpa cuestionan si era posible – e incluso exigible – para el sujeto individual cumplir con el tipo, en el delito doloso, o con la medida de cuidado del hombre promedio, en el delito culposo. Sólo en la culpabilidad surgen este tipo de preguntas, que profundizan la capacidad del sujeto a motivarse a cumplir el ordenamiento, ya sea a través de la omisión de una acción o en la adopción de un superior cuidado.<sup>79</sup> Si el sujeto se encontrase en una situación en la cual el ordenamiento no le exige comportarse conforme a cuidado, entonces su conducta no puede entenderse como culpable (y por tanto, punible), pero seguirá siendo antijurídica.<sup>80</sup> Esto implica que el análisis del delito no queda completo con la sola afirmación de imprudencia sino que se hace necesario examinar siempre la culpabilidad del sujeto.

Para terminar, con Cury nos alejamos del causalismo de Novoa y Etcheberry, avanzando hacia una doctrina actualmente dominante comprometida con la separación entre injusto y culpabilidad en base a criterios de imputación normativa. Se supera, así, una visión puramente fenoménica del hecho delictivo, alcanzando a una teoría finalista que exagera la importancia de la acción en desmedro del resultado.

#### 1.2.2 Bustos y el autor como sujeto a imputar

a) Para entender a Bustos, debemos iniciar con uno de los fundamentos de toda su teoría: “el delito es una cuestión política, es parte fundamental del poder del Estado, es su facultad para imponer penas y definir los presupuestos para ello”.<sup>81</sup> En su opinión, entonces, el delito no es un problema metafísico o lógico-formal sino que toda construcción a su respecto es política, y específicamente, política criminal. Es la completa superación de la visión clásica causalista que

---

<sup>79</sup> En el mismo sentido, Garrido quien señala que “el injusto plantea la cuestión de cuál es el cuidado objetivamente esperado del sujeto en la situación de peligro que enfrentó, y la culpabilidad, si ese cuidado le era exigible atendidas las circunstancias concretas en que actuó” (*DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 210). En específico, “la culpabilidad en el delito culposo incide principalmente en la determinación de si era o no posible obligar al sujeto que, en las circunstancias concretas que enfrentó, respetara las exigencias del deber de cuidado” (p. 222)

<sup>80</sup> Véase *supra*, nota 24, en donde Politoff explicita la diferencia entre injusto y culpabilidad en dos preguntas sobre la culpa.

<sup>81</sup> BUSTOS, Juan. *El delito culposo*. Santiago, Editorial Jurídica, 1995, p. 9

entendía al delito como un hecho malo existente que se configuraba a través de una causalidad simple. La causalidad, entonces, era el principal (por no decir único) criterio para afirmar la responsabilidad por un delito, siendo complejo sentar alguna diferencia entre el delito doloso y el culposo, ya que causalmente son lo mismo: acción que produce un resultado delictivo.

Por el contrario, Bustos considera que es el Estado quien regula las relaciones sociales, indicando cuáles acciones quedan fuera de las posibilidades de los sujetos, tipificándolas como delitos. Para seleccionar las conductas, los únicos criterios disponibles son los político-criminales que expresan el compromiso de ese Estado con determinadas ideas y principios. En un Estado de derecho democrático, el criterio político criminal básico es la protección de bienes jurídicos,<sup>82</sup> lo cual evidencia la relación intrínseca de este tipo de Estado con las personas y la sociedad.

La primera posibilidad de afección de un bien jurídico ocurre si algún sujeto actúa directamente en su contra. En ese caso, la protección se logra a través de un delito doloso. Sin embargo, si se pretende una protección completa de los bienes jurídicos, la tipificación dolosa no puede ser suficiente, puesto que existen otras innumerables conductas que si bien no están dirigidas a quebrantar la norma, crean un alto riesgo para esos bienes jurídicos.<sup>83</sup> El delito culposo, por tanto, es la segunda forma en la que el ordenamiento protege bienes jurídicos de acciones no dirigidas pero altamente riesgosas para ellos.

Lo interesante es que el riesgo en general no es fundamento bastante para la punibilidad de una determinada conducta, pues la sociedad tolera un grado de riesgo en vista de los beneficios generados. Entonces, el delito culposo cumple la función de delimitar aquellos riesgos que son socialmente inaceptables, debiendo ser sancionados penalmente.<sup>84</sup> Los riesgos tolerados, por su parte, derivan de la ejecución de actividades que estadísticamente generan daños (por ejemplo el transporte aéreo o la utilización de maquinaria industrial) o del simple hecho que es psicológicamente imposible que las personas puedan atender a todas las circunstancias de su

---

<sup>82</sup> *Ibid*, p. 11 y 29

<sup>83</sup> BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, Trotta, 1997, p. 165

<sup>84</sup> *Ibid*, p. 166



actuar (por ejemplo un conductor, por más diligente y precavido que sea, podría no poder evitar un accidente).<sup>85</sup>

Ahora bien, según Bustos, el tipo penal cumple una función de instrucción, en el sentido que señala lo que debe evitarse para la infracción de la norma de comportamiento (y el cumplimiento de la de sanción). Esta función es particularmente clara en los delitos dolosos pues se indica con bastante precisión lo que no debe hacerse para cometer el delito.<sup>86</sup> Así, en el homicidio (Art. 391) debe evitarse dar muerte a otro ser humano. Sin embargo, en el delito culposo la función de instrucción es diferente, ya que tomando en cuenta el constante riesgo en que nos desenvolvemos, no pueden señalarse directamente las conductas riesgosas intolerables. Debe acudirse a criterios, y no a descripciones concretas de comportamiento, que permitan diferenciar el nivel de riesgo, sancionando solamente aquel que manifiesta un alto grado de peligro para los bienes jurídicos más relevantes. Por ello, “la forma básica de protección de los bienes jurídicos es la dolosa, y la imprudente aparece como una extensión de esa protección”.<sup>87</sup> Tal extensión tiene por objeto proteger adecuadamente los bienes jurídicos, pero entendiendo que convivimos con riesgos, siendo intolerables sólo una porción de ellos. En concreto, la excepcionalidad de la culpa queda expresada en el Art. 10 n° 13 al señalar la exclusión de responsabilidad por un delito culposo a menos que el legislador lo previera expresamente.

b) El delito culposo, según Bustos, debe analizarse desde tres puntos de vista: la teoría del delito, la cual se hará cargo del injusto culposo y los criterios para su reconocimiento; la teoría del sujeto responsable, que determinará la responsabilidad penal del sujeto respecto de un determinado injusto culposo; y la teoría de la determinación de la pena por el delito cometido.<sup>88</sup> Sin embargo, para fundamentar el desarrollo posterior de las tres teorías de la culpa, Bustos establece una serie de principios que tienen que tomarse en cuenta al momento de profundizar la manera en que se afirma la responsabilidad por un cuasidelito.

Por un lado, encontramos los principios materiales, que hacen referencia a la fundamentación de la pena y el delito; y por otro, los formales, que tienen que ver con la forma

---

<sup>85</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 13 y 24

<sup>86</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 166. Asimismo, BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 13

<sup>87</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 167

<sup>88</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 15

en la cual se imputan. En primer lugar, encontramos el principio de la absoluta necesidad de control penal, el cual abarca numerosos subprincipios que expresan el compromiso del derecho penal en ser un derecho excepcional.<sup>89</sup>

En segundo lugar, el principio de lesividad apunta a que el fundamento del delito tiene que estar en la protección de bienes jurídicos. En tal sentido, no se sanciona la imprudencia en sí misma (*crimen culpae*) sino la imprudencia como forma de afección de bienes jurídicos (*crimen culposa*).<sup>90</sup> Asimismo, se concluye que nuestro sistema jurídico adopta una fórmula mixta (ni *numerus clausus*, ni *numerus apertus*) pues si bien el Art. 10 n° 13 afirma la excepcionalidad, el Título X del Libro II sostiene una sanción por culpa de los delitos contra las personas en general.

En tercer lugar, el principio de dignidad de la persona que resalta la relación del ordenamiento con el agente, de acuerdo al hecho que realizó y que le es imputado.<sup>91</sup> De tal forma, este principio tiene importante aplicación en la llamada teoría del sujeto responsable (culpabilidad) en si el ordenamiento exige al sujeto la evitación de la conducta punible.

Por otro lado, los principios formales se refieren a los tradicionales postulados sobre el principio de legalidad y sus derivados (sintetizados en el latinazgo *nulum crimen nullum poena sine lege*) y, específicamente en el ámbito de ley estricta, a la problemática de la aparente indeterminación de los tipos legales culposos. Éstos son por esencia “tipos abiertos, ya que el concepto de culpa no es posible de precisar por el legislador y necesariamente será el juez en cada caso el que tenga que concretar este elemento abierto”.<sup>92</sup> Bustos logra revertir la acusación de indeterminación infractora de legalidad, señalando que se cumplen los mínimos exigidos, al establecer el comportamiento imputable y el concepto de culpa, y que a la vez la reglamentación precisa de las medidas de cuidado y precaución es cada vez más masiva. Sin embargo, tales argumentos no son definitivos. Una razón por la cual los tipos culposos no infringen la legalidad a pesar de su aparente indeterminación (esto es, por qué la indeterminación es aparente y no real)

---

<sup>89</sup> Así se alude, por supuesto, al carácter de última ratio del derecho penal; a la subsidiariedad: en principio los hechos culposos deben resolverse en sede no penal; a la proporcionalidad: la magnitud de la pena del delito culposo debe corresponder a un menor injusto, en comparación con el delito doloso; y a la alternatividad: al sancionar un delito culposo, se deben preferir medidas alternativas a las tradicionales penales de privación de libertad. (*Ibid*, p. 17 s.)

<sup>90</sup> *Ibid*, p. 19

<sup>91</sup> *Ibid*, p. 20

<sup>92</sup> *Ibid*, p. 21

está en que lo que queda sin señalar es el respectivo contenido de la regla de imputación y no del tipo penal. El mandato de determinación, derivado del principio de legalidad, apunta a la manera en la cual el legislador tipifica delitos, pero no a la manera en que el juez imputa un delito. Y como la imprudencia se corresponde con la razón por la que se sanciona un delito, no con la configuración de ese delito, entonces el alegato de indeterminación está fuera de lugar.

c) Al momento de analizar la tipicidad en el delito culposo, esto es, atribuir una acción valorada como negligente al sujeto, Bustos considera como fundamental la clasificación entre culpa consciente y culpa inconsciente, atribuyendo diversos criterios a cada una de ellas. A primera vista, es similar al planteamiento de Cury, pero haremos notar importantes discrepancias que hacen más plausible este esquema. No obstante, antes de ello, Bustos establece los elementos comunes a todo tipo de delito imprudente.

Así, el elemento básico del tipo culposo es la culpa, que es “la falta del cuidado objetivo exigido en el ámbito de la relación”.<sup>93</sup> Bustos es enfático en señalar que no es cualquier falta de cuidado sino sólo aquella contemplada en el tipo específico, puesto que entendiendo que el riesgo es cotidiano y no necesariamente ilícito, sólo el ordenamiento jurídico a través de las descripciones típicas pertinentes puede separar lo punible de lo tolerado. De ahí que no pueda prohibirse el riesgo en general u obligar cuidado en general, ya que debe recurrirse a la norma penal específica para concretar adecuadamente tal cuidado. Por ello, es que Bustos rechaza el concepto de “deber de cuidado”,<sup>94</sup> pues transmitiría la idea de que existe algo así como un simple mandato abstracto de ser cuidadoso en todo momento y lugar, cuando por el contrario será el ordenamiento quien determine lo que se puede o no hacer, exigiendo conductas cuidadosas concretas. Por ejemplo, a quien limpia un arma de fuego, no se le exige simplemente que sea cuidadoso (abstracto) sino que se asegure que el arma no está cargada o que no lo haga cerca de otros (concretizado en base al tipo de homicidio o lesiones).

En consecuencia, el elemento subjetivo a reconocer en cualquier delito culposo tiene que ver con la acción concreta, o sea, lo que el sujeto pretendía ejecutar en un determinado contexto.<sup>95</sup> Así, diferenciándose de Novoa y Cury, Bustos plantea que ya en el análisis de la tipicidad debe

---

<sup>93</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 171; BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 37

<sup>94</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 38; BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 172

<sup>95</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 172

tomarse en consideración al sujeto concreto que actúa y no a un estándar objetivo de hombre promedio. Entiende que para determinar con exactitud la falta de cuidado exigida, y que permite hablar de injusto culposo, deben tomarse en cuenta todas las características y conocimientos especiales del agente, pues de lo contrario la falta de cuidado sería predicable del estándar objetivo utilizado, pero no de nuestro sujeto específico que estamos tratando de imputar. Para Bustos, entonces, la discusión entre posición generalizadora (hombre promedio) e individualizadora (sujeto concreto) carece de sentido, puesto que la primera alternativa pretende imputar a un sujeto que no existe, irreal.<sup>96</sup> Y el derecho sólo tiene por pretensión los sujetos existentes.

En el caso de conocimientos especiales, o sea, que son superiores a lo que sabe un hombre promedio, tienen que ser considerados porque pertenecen al contexto en el cual el sujeto se desenvuelve y que es objeto de la imputación del cuasidelito.<sup>97</sup> No se trata de imputar a un sujeto por características personalísimas, como la inteligencia, puesto que traspasaríamos la barrera del derecho penal de autor, sino considerar todas las capacidades que el sujeto tiene al momento de actuar. Así, quien no tiene las condiciones para emprender una determinada acción, se le exige no ejecutarla y a quien tiene aptitudes superiores, se les exige utilizarlas para evitar la lesión del bien jurídico.<sup>98</sup>

En comparación con Cury, para Bustos es innecesario acudir a una distinción entre elementos fácticos y personales, puesto que toma en cuenta a ambos. Las dificultades, por tanto,

---

<sup>96</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 40. En un sentido similar, véase LABATUT, *op. cit.* en n. 1, p. 125, quien, respecto de criterios sobre previsibilidad, expone que “el criterio objetivo es insuficiente y se sostiene la necesidad de tener en cuenta, además, las circunstancias subjetivas que concurren en cada caso (...) En consecuencia, la dificultad no se resuelve de acuerdo con una cierta capacidad media de previsión que puede esperarse en las personas sino apreciando cada caso en particular”.

<sup>97</sup> Cfr. BULLEMORE y MACKINNON, *op. cit.* en n. 9, pp. 54 y 62, quienes también atienden al sujeto concreto ya en el análisis del injusto, pero plantean un tratamiento diferenciado de las capacidades y los conocimientos especiales. Las capacidades especiales formarían parte del tipo objetivo del delito culposo, o sea, en la determinación de la infracción del deber de cuidado. Los conocimientos especiales, en tanto, forman parte del tipo subjetivo ya que “intensifican la posibilidad de prever el resultado típico o de conocer el riesgo socialmente inadecuado”. En Bustos esa diferenciación no es necesaria porque no existe una separación absoluta entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo del delito culposo.

Por su parte Garrido Montt (*DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 216) excluye a las habilidades especiales del sujeto para la determinación del deber de cuidado, pero incorpora los conocimientos especiales, sin argumentar suficientemente sobre tal hipótesis. Para mayor información, véase *supra* I.1.21.d, donde Cury diferencia elementos fácticos y personales.

<sup>98</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 173

que existían con el criterio de separación de Cury se esfuman incluyendo en la ecuación todas las circunstancias relevantes para imputar el delito culposo.

Para evitar una responsabilidad objetiva contradictoria con un derecho penal moderno, se requiere una relación subjetiva entre ese sujeto específicamente considerado y el hecho riesgoso, esto es, “un determinado conocimiento de la acción que se desarrolla y de los riesgos que ella implica”.<sup>99</sup> No basta la causación de un resultado sino que se requiere que el sujeto sepa que realiza una actividad riesgosa y que por eso se le exige un determinado cuidado. Y para observar tal elemento deben tenerse en cuenta todo tipo de conocimientos, es decir, incluso los conocimientos especiales superiores a la media.

d) Ya establecido el elemento subjetivo general en cualquier delito culposo, debe diferenciarse entre la culpa consciente y la culpa inconsciente. La culpa inconsciente introduce dos elementos objetivos-normativos: el intelectual y el conductual.

El *elemento objetivo-normativo intelectual* alude a los riesgos que el autor debió haber previsto antes de realizar la acción específica,<sup>100</sup> es decir, implica acudir al criterio de la previsibilidad. Lo interesante, nuevamente, es que para determinar lo previsible se toma en consideración las capacidades y circunstancias concretas del sujeto y no un estándar promedio excluyente de las particularidades del caso. Sin embargo, la imputación no versará sobre el sujeto personalmente considerado sino que la previsibilidad atiende a un pronóstico de lo que hubiese hecho un observador objetivo *conforme a las circunstancias fácticas y personales del autor*.<sup>101</sup> El estándar debe ser objetivo puesto que la determinación de la previsibilidad debe ser equivalente para todo sujeto, pero deben incorporarse en el análisis los conocimientos y capacidades del sujeto concreto, de modo que el estándar sigue siendo objetivo porque es igual para todo sujeto con las mismas capacidades. Aspectos personalísimos que versan sobre lo que Bustos denomina “capacidad de respuesta ante la exigibilidad del ordenamiento” deben ser excluidos porque implicarían distinguir por medio de circunstancias inaceptables en nuestro ordenamiento, por ejemplo incluir en el esquema la inteligencia o torpeza del sujeto.

---

<sup>99</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 173; BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 41

<sup>100</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 43; BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 174

<sup>101</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 175

Entonces, aplicando el estándar objetivo enriquecido con las circunstancias fácticas y personales, por medio de un juicio de adecuación, se determinará qué riesgos o peligros aparecían como ordinarios y por tanto previsibles, y cuáles como extraordinarios y por tanto imprevisibles.<sup>102</sup>

Si bien, como mencionamos, el esquema de Bustos permite superar los evidentes problemas de diferenciación de Cury entre elementos fácticos y personales, se mantiene la exclusión de los elementos personalísimos, lo cual podría implicar que persistieran las dificultades. Porque seguiría siendo complejo diferenciar entre la brillante inteligencia de un sujeto y los conocimientos específicos que tiene debido a esa brillante inteligencia, excluyendo la primera e incluyendo la segunda en el análisis. Sin embargo, tal dificultad es aparente, puesto que ninguna condición personalísima de una persona puede ser tenida como relevante para el derecho penal en este ámbito inicial de imputación en donde estamos determinando si existe alguna falta de cuidado exigible que permite afirmar lo injusto de la conducta. Todos los conocimientos y capacidades, sin importar cuán específicos, deben ser considerados porque están en inmediata relación con lo que el ordenamiento puede exigirle a una persona. Pero las condiciones o características de personalidad (inteligencia, temores, depresión) deben ser excluidas pudiendo ser consideradas sólo en la culpabilidad.

Luego, el *elemento objetivo normativo conductual* de la culpa inconsciente se refiere a las medidas de precaución que eran exigibles al sujeto en virtud de los riesgos que le eran previsibles.<sup>103</sup> Si en el elemento anterior acudimos a la previsibilidad objetiva, acá acudimos a la prudencia objetiva, por tanto, son todas aquellas medidas de cuidado que debían ser asumidas por un ciudadano objetivo en las circunstancias fácticas y personales del sujeto concreto, incluso llegando a la necesidad de abstenerse de realizar una determinada conducta. ¿Y cómo determinamos las medidas de cuidado que debían tomarse? Es el juez quien debe determinar tales medidas al momento de la imputación, y para ello puede tomar en consideración elementos auxiliares que entreguen pautas de comportamiento en casos determinados. Tal es el rol de la *lex artis* y de los reglamentos, puesto que ambos establecen formas de comportarse en determinada situación para evitar la producción de resultados indeseables. Evidentemente, existirán casos en que ninguno de ellos sea atendible, pero ello se deberá a los siempre limitados casos pensables

---

<sup>102</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 45

<sup>103</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 175; BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 46

versus los siempre infinitos casos que pueden ocurrir. Sin embargo, en la gran mayoría de las situaciones son un elemento útil para la labor de determinación del cuidado, más aún cuando el número de reglamentos y las situaciones que regulan está en constante incremento. En todo caso, siempre es el juez, que en virtud de las circunstancias fácticas y personales, quien tiene la última palabra en la fijación del cuidado al usar el criterio *ex ante* de adecuación.

e) Para afirmar la culpa consciente, debemos reconocer el elemento subjetivo general ya mencionado consistente en conocer la acción que realiza y los riesgos que conlleva. Ahora bien, como estamos hablando de culpa con representación, Bustos entiende que el sujeto sabe que está infringiendo el deber de cuidado, produciéndose una mezcla entre lo objetivo y lo subjetivo: lo que el sujeto debía realizar para actuar cuidadosamente y la conciencia de que lo realizado no se conforma con la prudencia exigida.<sup>104</sup>

En lo referente a los elementos intelectual y conductual, se hace una analogía de la culpa inconsciente, pero incorporando en la ecuación al conocimiento del sujeto. En tal forma, el agente se representa los riesgos que debían serle previsibles, de modo que se evidencia la conjunción objetiva-subjetiva pues lo que normativamente debía ser previsible para el sujeto se hace consciente.<sup>105</sup> Y en segundo lugar, también se va a representar las medidas de precaución que debían tomarse conforme al riesgo de la acción. Lo interesante es que Bustos se da cuenta que no en todos los casos de culpa consciente el sujeto se representa las medidas de cuidado debidas, explicitando que “si bien lo esencial es que éstas (las medidas de cuidado) no se hayan tomado y no tanto que se las haya representado”.<sup>106</sup> En tal sentido, el elemento conductual no se diferencia necesariamente entre la culpa consciente e inconsciente, puesto que podría ocurrir que en ninguno de los casos el sujeto se haya representado las medidas de precaución concretas. Es un elemento, como dice Bustos, que permite distinguir *por lo general*, esto es, en forma contingente, no pudiendo fundar diferencias conceptuales en el tratamiento de la culpa.

Respecto de lo anterior, un breve comentario. En la culpa consciente, Bustos alude a una conjunción entre lo objetivo y lo subjetivo, puesto que el sujeto sabe lo que le debía ser previsible. No obstante, Bustos afirma que el sujeto al momento de actuar *sabe* que infringe el

---

<sup>104</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 57; BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 180

<sup>105</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 57

<sup>106</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 181

deber de cuidado con su actuar. Ello no puede ser sino una confusión conceptual. En la culpa consciente, el sujeto tiene conocimiento de lo riesgoso de su conducta para con el bien jurídico que intentamos proteger, pero de ello no se sigue que pueda conocer la infracción del deber de cuidado. El deber de cuidado (y su eventual vulneración) es determinado *ex post* por el juez, no por el sujeto que está actuando. Es solamente en el ámbito de la imputación de un cuasidelito, en donde el juez se pregunta cuál era la conducta debida y si el sujeto cumplió con ella. Al momento de actuar, el sujeto sólo sabe que su actuar es sumamente riesgoso y que es altamente probable que ocurra una desviación en el curso causal fuera de control y de toda intención. Pero no puede atender al deber de cuidado porque éste funciona como un criterio de imputación, y la imputación la hace el juez.

f) Por otro lado, en la culpa consciente debemos incorporar un nuevo elemento referente a la *actitud del sujeto* frente al resultado representado. Éste es fundamental para Bustos porque es lo único que separaría la culpa consciente del dolo eventual. Así, señala que pueden observarse dos diferentes actitudes del sujeto que actúa y que tiene conocimiento de lo riesgoso de su conducta: “confiar en que el resultado no se va a producir, o bien contar con el resultado o lo que es lo mismo, decidirse por el curso de acción que implica el resultado”.<sup>107</sup> Sólo aquel sujeto que, representándose el peligro de su actuar, confía en que sus habilidades son suficientes para evitar el resultado lesivo actúa con culpa consciente. Lo importante es que esa confianza debe ser fundada, es decir, debe basarse en elementos fácticos o personales que permitan pensar razonablemente en la evitación del resultado.

Ahora bien, el sujeto que decide a actuar aceptando el riesgo que tal acción implica expresa una mayor gravedad que aquel que sigue confiando en que el resultado no se producirá. No sólo se representa el riesgo y no toma ninguna medida de precaución para limitarlo, sino que además cuenta con dicho riesgo y realiza la conducta. De ahí que Bustos considere que es un tipo de culpa más grave, la cual denomina como *dolo eventual*.<sup>108</sup> Y es más grave porque la actitud del agente manifiesta su contrariedad respecto del bien jurídico que se está tratando de proteger. En otras palabras, Bustos postula que el dolo eventual es una forma de culpa consciente agravada,

---

<sup>107</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 59. En el mismo sentido, ETCHEBERRY, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 317, el cual distingue entre el elemento de ‘el rechazo del resultado posible’ en la culpa consciente y ‘la imprevisión’ en la culpa inconsciente.

<sup>108</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 183; BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 60



que se le aplica el esquema del dolo (directo) debido a la manifestación grave contra el bien jurídico.

Para comprender el postulado previo, debemos tener claro que para Bustos “el dolo es conocer y querer la realización típica, luego requiere de un elemento cognoscitivo respecto de la realización y de un aspecto volitivo de realización”.<sup>109</sup> Como el dolo eventual no se corresponde con esa definición, porque no hay un querer realizado, es que debe esbozarse otra estructura. Para ello, Bustos tematiza las teorías clásicas que dan cuenta del dolo eventual.

En primer lugar, *las teorías del consentimiento* entienden al dolo eventual como un querer, ya que se plantea el resultado como probable, pero lo acepta (o se conforma o se resigna) y actúa. Ello implica, para esta teoría, que el sujeto *quiere* el resultado.<sup>110</sup> Sin embargo, Bustos considera que ese *querer* expresado en el dolo eventual es ficticio puesto que atiende a un proceso completamente hipotético.<sup>111</sup> El dolo (directo) debe referirse a un determinado hecho que se concreta realmente. Por tanto, la asimilación es falsa porque se basa en la comprensión del dolo eventual como un querer ficticio, pero un querer ficticio es, en definitiva, un no-querer. En segundo lugar, *las teorías de la representación* reducen el dolo al solo criterio del conocimiento: actúa dolosamente quien se representa el resultado y exista probabilidad en el mismo.<sup>112</sup> Bustos no comparte esta postura pues implicaría, en su opinión, ya sea la redefinición del concepto de dolo o la creación de una nueva categoría subjetiva de mera consciencia, diferente al dolo (intención) y a la culpa (solamente inconsciente). Pero más importante, señala que esta teoría podría degenerar en una responsabilidad objetiva puesto que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente quedaría entregada a cuán probable era la producción del resultado, lo que se podría conseguir con criterios estadísticos, contrarios a los principios fundantes del derecho penal.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 61

<sup>110</sup> Por ejemplo, Labatut (*op. cit.* en n. 1, p. 126) plantea que “la diferencia que los separa radica en que la representación del resultado no detiene al sujeto en el dolo eventual, porque éste asiente, acepta la producción del evento dañoso; en la culpa consciente, en cambio, es la esperanza de que éste no se produzca lo que decide la actuación del agente”. Será el asentimiento del resultado el que justifique el tratamiento como delito doloso (en forma eventual); será ese asentimiento el que pueda interpretarse como una pseudo-intención de infringir la norma.

<sup>111</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 184

<sup>112</sup> *Ibid*, p. 185

<sup>113</sup> *Ibid*, p. 185

Debido a que ninguna de las teorías es satisfactoria, Bustos postula que la estructura del dolo eventual es la del delito culposo. La diferencia estaría en lo que el ordenamiento sanciona en cada uno de ellos: en el delito doloso, se sanciona el proceso dirigido a afectar directamente bienes jurídicos; mientras que en el culposo, se castigan los procesos de alto riesgo sin las precauciones necesarias.<sup>114</sup> Y, en virtud de la definición de dolo, el dolo eventual sólo podría incluirse dentro del segundo grupo. La asimilación penológica del dolo eventual con el dolo tiene que ver con la mayor gravedad que presenta respecto de la culpa consciente, pero no por diferencias conceptuales. Sería equivalente a la equiparación entre el autor y el inductor que realiza el Art. 15 CP, a pesar de corresponder a categorías diferentes.

No obstante, desde la teoría de la representación, la tesis de Bustos sobre el dolo eventual tiene que entenderse como equivocada. El dolo eventual es conocer que una determinada conducta producirá un resultado subsumible por un determinado tipo penal.<sup>115</sup> Así, quien dispara a la cabeza de otro sabe que producirá su muerte haciendo relevante el homicidio del Art. 391 CP. La intención de producir ese resultado, para efectos de imputar el delito al agente, es irrelevante puesto que basta el conocimiento como criterio de imputación. Lo importante es que el conocimiento que funda el dolo tiene que ser concreto: no es suficiente que A sepa que cualquier ser humano moriría si le dispararan en la cabeza, sino que tiene que saber en el momento preciso en que dispara que B morirá (nótese la importancia del cambio desde el tiempo condicional a futuro) si le dispara. Esto implica que podría evitar el disparo y así la muerte de la persona si lo quisiera en el mismo momento en que desempeña la acción: por eso lo imputamos dolosamente.

Por el contrario, en el delito culposo no existe este conocimiento y específicamente en la culpa consciente, el sujeto se representa el riesgo en su conducta (sabe que lo que realiza es peligroso), pero confía en que no se va a producir el resultado. No existe un conocimiento concreto, al momento de actuar, de la consecuencia inmediata de su conducta. Y ese conocimiento no existe precisamente porque el que actúa imprudentemente (en forma consciente) confía en que no se producirá el resultado. Sería contradictorio entender que el

---

<sup>114</sup> *Ibid*, p. 186

<sup>115</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuricidad en el derecho penal chileno”, Revista de Derecho Vol. XXIV (2011), p. 101

sujeto confía en la no producción del resultado, pero que al mismo tiempo sabe concretamente las consecuencias típicas de su conducta. De tal forma, no puede, en el momento de la acción, evitar el resultado porque ha perdido el control del curso causal ocasionando un resultado no buscado. Lo que le imputamos es que podría haber evitado quedar en esa situación de inevitabilidad si hubiese tomado las medidas de cuidado apropiadas.

Volvamos a nuestro ejemplo: el ciclista A que atropella imprudentemente a B. La pregunta es - ¿Sabía A, al momento del atropello, que su conducta causaría la muerte de B? Y la respuesta debiera ser: “No, porque confiaba en sus habilidades en el manejo de la bicicleta que tal atropello no se produciría”. - ¿Entonces podía A, en el momento concreto de la acción, evitar la causación de la muerte de B? “No, a la velocidad y en el lugar en que transitaba, le era imposible evitar el atropello” – Eso quiere decir que no hay dolo. ¿Pero pudo A en un momento previo evitar su situación de inevitabilidad futura en el atropello? “Sí. Si hubiese tomado simples medidas de precaución, podría haber evitado quedar en la situación de no poder evitar el atropello”. Y ese es el delito imprudente que el ordenamiento reprocha al sujeto.

En conclusión, Bustos asume una postura del delito culposo que se preocupa específicamente del sujeto que actúa y organiza los criterios de reconocimiento de cuidado en torno a esas habilidades y conocimientos concretos. Sigue siendo relevante recurrir a un estándar promedio en este primer ámbito de imputación pero enriqueciéndolo con el contexto preciso en que el sujeto actuó.

## 2. La culpa a la luz de la jurisprudencia chilena

Debido a nuestras raíces europea-continental, las decisiones de los tribunales de justicia carecen de fuerza creadora del derecho como fuente formal directa. De ahí que su relevancia no puede estar en una expresión del ordenamiento jurídico vigente, que se logra casi totalmente con las leyes *lato sensu*, sino en la manifestación de los criterios que tienen en vista los tribunales al momento de aplicar ese ordenamiento jurídico, permitiendo reconocer cuáles creaciones doctrinarias han tenido cabida en el proceso y cuáles han sido desechadas. Analizar la jurisprudencia nos entregará, entonces, un panorama de la aplicación de delito culposo y los parámetros que realmente se han y se están utilizando para determinar la imprudencia en la

conducta de un sujeto. En tal sentido, revisaremos cuatro tópicos que la jurisprudencia chilena ha trabajado con mayor desarrollo: los elementos y la estructura del delito culposo (A); la imputación específica de los artículos 490, respecto de la imprudencia temeraria, y 492, respecto de la infracción de reglamentos (B); los casos de negligencia médica (C); y las opciones jurisprudenciales sobre el tratamiento de los delitos culposos con resultado múltiple (D).

a) Por medio del análisis de la jurisprudencia, se pueden identificar dos requisitos para el reconocimiento de la imprudencia: la infracción del deber de cuidado y la previsibilidad. Si bien no todas las sentencias se refieren a ambos criterios conjuntamente, siempre existe una mención explícita al menos a uno de ellos. En tal sentido, las reglas que se utilizan en la imputación de la negligencia no se han modificado sustancialmente a lo largo del tiempo, aunque es posible reconocer diferentes recursos lingüísticos en diferentes épocas. Por ejemplo, a partir del nuevo siglo se ha vuelto usual la referencia al *peligro* creado por la conducta o al *riesgo* que la sociedad tolera.

De ahí que se haya definido la imprudencia en torno al cuidado debido, señalando que se incurre en culpa “si se actúa sin diligencia, esto es, sin atención, en forma displicente, descuidada o imprudente, infringiéndose el deber de cuidado y de evitación del resultado que la figura incrimina”.<sup>116</sup> En un caso reciente, se plantea en forma similar que “actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado, el que o bien no prevé o bien, previéndolo confía imprudentemente en poder evitarlo”.<sup>117</sup> Entonces, la jurisprudencia ha entendido que para sancionar a título de imprudencia es necesario identificar el cuidado debido en el contexto de actuación y justificar su infracción de acuerdo a la conducta que ejecutó (o no ejecutó) el autor.

Ahora bien, la jurisprudencia tiende a exigir que, además de la infracción de cuidado, el resultado típico haya sido previsible para el autor. Es decir, el deber de cuidado no se configurará adecuadamente si no se toman en cuenta las posibilidades de conocimiento del agente, puesto que no resulta razonable exigir algo que le era imposible llegar a conocer. Así, la

---

<sup>116</sup> SCS, Contra Martínez González, *RDJ* tomo LXXVIII (1981), vol. 4, p. 120 (en ETCHEBERRY, Alfredo. *El derecho penal en la jurisprudencia (sentencias 1875-1966)*. Santiago, Editorial Jurídica, 2002 (reimpresión), Tomo IV, p. 556)

<sup>117</sup> SCS 15.09.2008, Rol n° 7070-07, Contra Santos Sanelli, Legal Publishing, Cita Online CL/JUR/5218/2008

misma sentencia ya citada manifiesta los elementos a analizar en el delito culposo, donde tiene vital importancia el criterio de previsibilidad: “para que nazca la responsabilidad culposa se requiere: a) que exista un comportamiento voluntario. b) que ese acto humano, acción u omisión, origine un resultado antijurídico. c) que ese resultado sea previsible. d) que exista la obligación de preverlo y e) que haya relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico”.<sup>118</sup>

Históricamente, la previsibilidad ha tenido relevancia jurisprudencial como elemento a verificar para la afirmación de negligencia. Ya en 1957, la Corte Suprema plantea esta exigencia sosteniendo que “el reo estuvo en condiciones de prever el resultado de su acción y por lo tanto su conducta fue culpable y no fortuita”,<sup>119</sup> de modo que el límite entre la irresponsabilidad por caso fortuito y la responsabilidad por culpa está dada en el reconocimiento de que el resultado producido sea o no previsible. Respecto de lo que es imprevisible, no tiene sentido la imputación puesto que el sujeto es completamente incapaz de evitar ponerse a sí mismo en una situación en la que posteriormente pueda evitar la infracción de la norma de comportamiento. El ordenamiento no puede asignar responsabilidad por tal infracción ya que para el sujeto era imposible evitarla.<sup>120</sup>

Y el requisito de previsibilidad se mantiene incólume a lo largo del tiempo, en el entendido que “es de la esencia de la culpa la previsibilidad y no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto”.<sup>121</sup> Así lo atestiguan, entre otras, las sentencias SCA Santiago 7076-1990; SCA Santiago 19186- 2003; SCS 7070-2007; y SCS 6384-2008.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> SCS 7070-07, *ibid.*

<sup>119</sup> SCS, Contra Avalos Escobar y otros, *RDJ*, tomo LIV (1957), vol. 4, p. 518 (en ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 258)

<sup>120</sup> En el mismo sentido, SCS, Contra Maguire Seguel, *RDJ*, tomo LXI (1964), vol. 4, p. 372 (en ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 259): “Constituyendo la culpa la producción de un resultado que pudo y debió ser previsto, y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente causa un efecto dañoso, es de su esencia la previsibilidad, y consecuentemente, por el solo hecho de no haber podido ser previsto ese resultado por el agente, no le puede ser imputable”

<sup>121</sup> SCS, Contra Rivas Moreno, *RDJ*, tomo LXIX (1972), vol. 4, p. 168 (en ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo IV, p. 77)

<sup>122</sup> Véase, respectivamente, SCA Santiago, 22.05.1991, Rol n° 7076-1990, Contra Cuevas Astudillo, Legal Publishing, Cita Online CL/JUR/110/1991; SCA Santiago, 21.11.2006, Rol n° 19.186-2003, Contra Pérez Sáez, Legal Publishing, Cita Online CL/JUR/3623/2006; SCS, Rol n° 7070-2007, *op. cit.* en n. 117; SCS, 30.11.2009, Rol n° 6384-2008, Contra Núñez Ulloa, Legal Publishing, Cita Online CL/JUR/4222/2009

Asimismo, se ha señalado que no basta atender a un criterio de previsibilidad o de cuidado “a secas” sino a una previsibilidad y cuidado objetivos. De tal forma, se plantea que, “el deber de diligencia, de observar el *cuidado objetivo* requerido obliga al individuo a prever las consecuencias previsibles de su actuación riesgosa. (...) Cualquier razonamiento en torno al carácter eventualmente violatorio del deber de cuidado requerido, de una determinada conducta, en relación con un resultado antijurídico, ha de establecer previamente si este último era, en las circunstancias del caso concreto, un evento *objetivamente previsible* para el individuo sospechoso de haber provocado aquel resultado, por imprudencia o negligencia”.<sup>123</sup>

Esta alusión al deber de cuidado objetivo y a la previsibilidad objetiva es relevante porque presupone que, jurídico penalmente hablando, no existe un deber de cuidado general en el desenvolvimiento cotidiano sino que solamente “un cuidado en las acciones que previsiblemente pueden poner en peligro o causar daños a los bienes protegidos por el Derecho”.<sup>124</sup> Así, la previsibilidad no apunta a lo que el agente concreto al momento de actuar pensó que era previsible, sino lo que objetivamente era previsible para un sujeto promedio respetuoso del derecho. Esta sentencia evidencia una toma de postura de la magistratura sobre la forma en que debe construirse el deber de cuidado hacia una concepción objetiva cercana a las construcciones de Novoa y Etcheberry.

Finalmente, algunas sentencias más recientes han agregado la exigencia de que no sólo el resultado debe ser previsible sino también *evitable*.<sup>125</sup> Entienden que “es evitable lo susceptible de ser impedido u omitido. Evita quién de su parte actúa lo necesario para oponerse a un resultado o consecuencia previsible o inminente”.<sup>126</sup> En otras palabras, la evitabilidad está en la posibilidad de que si el sujeto hubiese exteriorizado su intención de que no se produjera el resultado, éste podría no haber acaecido; la inevitabilidad es la imposibilidad de que con su actuar el sujeto podría haber modificado lo que realmente sucedió.

Por ejemplo, una sentencia se refiere minuciosamente a la evitabilidad al analizar el caso en que un sujeto disparó imprudentemente una pistola causando la muerte de otro. De tal forma, el

---

<sup>123</sup> SCA San Miguel, 27.01.1994, Contra Aravena Aravena, Microjuris Online, Cita RDJ1921, MJJ1921.

<sup>124</sup> COUSIÑO, Luis. Derecho Penal Chileno, Tomo I, Ed. Jurídica, 1975, p. 794. Citado en la misma sentencia SCA San Miguel 1994, *op. cit.* en n. 123.

<sup>125</sup> SCA Santiago, Rol n° 19186-03, *op. cit.* en n. 122; SCA Santiago, Rol n° 7076-90, *op. cit.* en n. 122

<sup>126</sup> SCA Santiago, Rol n° 7076-90, *op. cit.* en n. 122

tribunal señala que “bastaba que [X] se abstuviera de coger en sus manos la pistola para que nada hubiera ocurrido; o que, habiéndola cogido, se hubiera previamente cerciorado que no cargaba balas; o que de haberla cogido sin cerciorarse que estuviera descargada, la hubiera asegurado; o que habiéndola cogido estando cargada y sin seguro, no hubiera introducido sus dedos en el gatillo; o que habiendo cogido el arma cargada, sin seguro e introducido sus dedos en el gatillo, no lo hubiera accionado; o que, en fin, a todo lo anterior hubiera agregado el apuntar en una dirección no riesgosa para su acompañante.”<sup>127</sup> Existían numerosas alternativas de acción que hubiesen evitado el desenlace fatal, de manera que, configurándose también la previsibilidad, no caben dudas sobre la negligencia del sujeto.

Esta exigencia jurisprudencial de evitabilidad puede interpretarse de dos maneras. Primero, como una precisión de un concepto amplio de previsibilidad, es decir, si la previsibilidad *lato sensu* apunta tanto la posibilidad de conocer la producción del resultado como la posibilidad de que ese resultado no se concretase mediante una acción del autor, entonces podemos configurar un concepto de previsibilidad *stricto sensu*, que atienda a capacidades meramente cognitivas, y un concepto de evitabilidad, que atienda a la capacidad física requerida para que el autor evitase el resultado lesivo. En tal sentido, la evitabilidad vendría simplemente a visibilizar la importancia de las capacidades físicas que un concepto de previsibilidad *lato sensu* podría pasar por alto si se enfocase exclusivamente en la posibilidad del conocimiento. En todo caso, esta primera alternativa de interpretación no vendría a modificar sustancialmente la estructura clásicamente planteada.

Ahora bien, es posible sostener una segunda alternativa de interpretación entendiendo al requisito de evitabilidad como un requisito de *relación de contrariedad a deber*.<sup>128</sup> Si bien esto será analizado con mayor detención en la segunda parte, podemos plantear que se requiere reconocer un vínculo normativo – no causal – entre la exigencia de cuidado y el resultado típico. Puesto que si aún cumpliendo con las medidas de precaución exigidas no hubiese sido posible quedar en situación de evitar el resultado, entonces la imputación no puede prosperar. El cumplimiento de la exigencia de cuidado tiene que asegurar que el autor podrá, en el momento relevante, evitar la infracción de deber. Bajo esta lectura, la jurisprudencia chilena entendería que la culpa está mediatamente ligada con la capacidad de seguimiento de la norma, de modo

---

<sup>127</sup> SCA Santiago, Rol n° 19186-03, *op. cit.* en n. 122

<sup>128</sup> Véase *infra*, II.1.1.e

que si el resultado no era evitable aún cumpliendo con el cuidado debido, entonces no hay nada que reprochar al sujeto.

En resumen, los tribunales han reconocido dos elementos centrales en la imputación a título de imprudencia: por un lado, la infracción del deber de cuidado en el cual se verifica el seguimiento del ordenamiento jurídico por el actor al comportarse diligentemente frente a los bienes jurídicos relevantes; y por otro, la previsibilidad del resultado.<sup>129</sup> Dependiendo del concepto de evitabilidad esgrimido, la previsibilidad podrá entenderse en forma amplia (posibilidad cognitiva y física de prever resultado) o en forma estricta (solo cognitiva); o se exigirá un vínculo de contrariedad a deber entre el cuidado debido y el resultado lesivo.

b) El código penal chileno solamente admite la punibilidad de la negligencia en forma excepcional (artículo 10 n° 13) cuando la ley lo señale expresamente. De tal forma, las numerosas normas de sanción a lo largo del Libro II del Código Penal sólo pueden ser imputadas dolosamente, excepto en los casos que la misma descripción típica permita la imputación a título de imprudencia. En tal sentido, si bien no existe un paralelo exacto en los delitos del código entre su comisión dolosa e imprudente, se debe analizar con detención la descripción típica pertinente para determinar si la pregunta por la culpa es una pregunta que conllevará consecuencias prácticas.

Sin perjuicio de lo anterior, el Título X del Libro II “Los cuasidelitos” se encarga de sancionar ampliamente el delito culposo respecto de los crímenes y simples delitos contra las personas, lo que en definitiva apunta al homicidio y a las lesiones.<sup>130</sup> Al respecto es relevante analizar aquí el art. 490, referente a la imprudencia temeraria, y el art. 492, referente a la

---

<sup>129</sup> Esto está señalado en términos muy similares en SCS Rol n° 7070-2007, *op. cit.* en n. 117: “Se desprende que la Teoría de la Culpa está cimentada en dos pilares básicos, a saber, el deber de cuidado, que obliga al sujeto a poner en su actividad una atención suma a objeto de no dañar los bienes protegidos por el legislador y la previsibilidad del resultado, establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles”

<sup>130</sup> Véase, por todos, Garrido (*DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 227) quien señala las razones para restringir los cuasidelitos del Título X sólo al homicidio y las lesiones: a) En los tipos dolosos que requieren de elementos subjetivos del injusto, no puede darse la forma culposa, de forma que se excluye la calumnia y la injuria pues se entiende que debe concurrir el ánimo de ofender; b) Tampoco es concebible la culpa cuando se exige dolo reduplicado, como en el parricidio; c) Aquellos tipos que describen la conducta utilizando las expresiones ‘de propósito’ o ‘maliciosamente’ también descartan la aplicación de culpa por exigir determinada dirección subjetiva, lo que excluye a la castración y mutilación.



infracción de reglamentos. La llamada negligencia médica del art. 491 será revisada en el siguiente punto.

El art. 490 sustenta la responsabilidad penal en el reconocimiento de *imprudencia temeraria* en la conducta del sujeto. En tal sentido, “resulta conveniente recordar cuál es el sentido y alcance de la voz ‘imprudencia temeraria’ en nuestro ordenamiento. A falta de una definición legal, y de acuerdo con la generalidad de la doctrina nacional, se trata de una expresión amplia, que incluye las conductas de negligencia. Labatut, citando a Viada, señala que la temeridad propia de esta forma cuasidelictual consiste en ejecutar un acto ‘sin tomar las precauciones o medidas previas que aconseja la prudencia más vulgar’, caso en que la imprevisión sería ‘inexcusable’ (Labatut, op. Cit., II, p. 397)”.<sup>131</sup> De este modo, los sentenciadores parecen plantear que la idea de temeridad se refiere al cuidado mínimo, o sea, lo que se presentaba como evidente en la ejecución de la acción. Por tanto, alude a los elementos de cuidado y de previsibilidad en sus niveles más básicos de exigencia.<sup>132</sup>

Por lo anterior, para dar por cumplido los requisitos del art. 490 y sancionar el cuasidelito correspondiente debe acreditarse una negligencia superior a la media, lo cual no se da en todo caso. Por ejemplo en *Contra Dominga Ruiz Ulloa*<sup>133</sup> se absuelve a la imputada por la muerte de una mujer, con la cual tenía un altercado, ocasionada por una caída que ella (la imputada) provocó basado en que “no existía consciencia del lugar en que se encontraban y de la posibilidad de una caída peligrosa. Se da valor a la confesión calificada de la reo de que la víctima comenzó la pelea tomando el pelo de aquella, la que al darse vuelta para defenderse, causó que la víctima perdiera el equilibrio y cayera”.<sup>134</sup> Una situación similar se observa en

---

<sup>131</sup> SCS, 16.06.2008, Rol n° 5076-2008, Contra Rabanal Carrasco y otro, Legal Publishing, Cita Online CL/JUR/7988/2009

<sup>132</sup> En el mismo sentido, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.* en n. 18, p. 291. Afirman que conforme a la jurisprudencia nacional, la imprudencia temeraria “parece referirse a supuestos de actuaciones especial y conocidamente peligrosas, donde hasta la más sencilla de las almas advertirá el peligro desencadenado y la necesidad de su especial previsión”. Garrido plantea un concepto de imprudencia temeraria como “el grado de mayor intensidad de culpa susceptible de sanción. Es la omisión de aquel cuidado que puede exigirse a las personas menos diligentes al realizar una actividad creadora de riesgos” (p. 224)

<sup>133</sup> SCS, Contra Ruiz Ulloa, *RDJ*, tomo LXX (1973), vol. 4, p. 88 (en ETCHEBERRY, *Jurisprudencia*, *op. cit.* en n. 116, Tomo IV, p. 564)

<sup>134</sup> *Ibid*

*Contra Abel Alarcón y Otros*<sup>135</sup>, donde también se absuelve a un grupo de sujetos que perseguían a intrusos en un bien raíz, los cuales en virtud de la persecución cayeron a un foso y murieron, tomando en cuenta que “se limitaron a ejecutar una labor legítima en resguardo de una propiedad privada, con medio razonables”.<sup>136</sup>

Ambas sentencias permiten inferir que cuando existe una actuación de la víctima en orden a ponerse en una situación que puede ser lesiva para sus propios intereses, la conducta del actor no puede ser considerada como suficientemente imprudente para dar aplicación a la “imprudencia temeraria” del art. 490. La llamada *culpa de la víctima*, por tanto, es fundamental no para la afirmación de si la conducta fue o no negligente – en ambos casos, el tribunal parece no negar la caracterización de las conductas como imprudentes – sino para la intensidad de esa negligencia, lo que viene a ser determinante en la aplicación del art. 490.

En doctrina y jurisprudencia chilena, la culpa de la víctima se ha tratado dentro una temática más amplia denominada *compensación de la culpa penal*, la que ha sido sistemáticamente rechazada<sup>137</sup> sosteniéndose, primero, la responsabilidad de todo sujeto que interviene

---

<sup>135</sup> SCA Pedro Aguirre Cerda, *Contra Alarcón Martínez y otro*, RDJ tomo LXXIX (1982), vol. 4, p. 136 (en Etcheberry, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo IV, p. 564)

<sup>136</sup> *Ibid*

<sup>137</sup> Por ejemplo, en *Contra Guillermo Díaz* (SCS, RDJ, tomo LXVIII (1971), vol. 4, p. 221 (en ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo IV, p. 86), la Corte Suprema afirma “que es perfectamente posible que en un choque de vehículos que lesiona a un peatón, puedan los dos conductores ser culpables del cuasidelito, y en ese caso la culpabilidad de uno no excluye la responsabilidad penal del otro”.

Asimismo, Politoff (*op. cit.* en n. 24, p. 520) recuerda la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, quien niega la compensación en base a razones de texto: “En materia penal la ley no autoriza la compensación de la culpa, ya que no existe una disposición similar a las del art. 2330 del Código Civil que permite cierta reducción del daño si el que la sufre se expuso a él imprudentemente” (SCA Talca, 17.09.1952, RDJ tomo XLIX, 2ª parte, secc. 4ª, p. 247). En el mismo sentido, veáse LABATUT, *op. cit.* en n. 1, p. 125

Una interesante prevención realizan Bullemore y Mackinnon (*op. cit.* en n. 9, p. 67) al plantear que “a quien es negligente o imprudente ha de imputársele su propia culpa, pero nunca la culpa ajena, lo que de hacerse violaría flagrantemente la norma constitucional que consagra el principio de legalidad”. Con ello pareciera que aceptarían alguna alternativa de mitigación de culpa con el objeto de imputar a cada sujeto lo que le corresponde. Sin embargo, más tarde afirman que “lo que aquí se sostiene no es un intento, por cierto destinado a fracaso, por obtener una compensación de culpas sino reconducir la discusión a su correcto punto, cual es el de imputar las respectivas culpas sólo a quien infringe el respectivo deber de cuidado (...) Sancionar a una persona por la culpa o negligencia de otro sería violentar el principio de legalidad”. (p. 69) Enfatizan, entonces, sobre la imputación justa de negligencia a cada sujeto. Sin embargo, en casos en que el resultado se ve potenciado por la culpa de otro, la jurisprudencia y dogmática clásica igualmente sancionarían al sujeto, mientras que según la tesis de Bullemore y Mackinnon ese

negligentemente, de modo que el actuar de uno no excluye la del otro; y segundo, que la imprudencia de la víctima no afecta la responsabilidad del hechor. Nótese que las sentencias citadas previamente no desconocen tales principios puesto que toman en consideración la actuación de la víctima sólo para la intensidad de la culpa y no para su afirmación o negación.

Por otra parte, el art. 492 carece de la exigencia de temeridad en la imprudencia, siendo suficiente la *mera negligencia*, pero agregando un nuevo requisito, este es, la *infracción de reglamentos*. Así, “el elemento básico del tipo legal lo constituye la culpa, esto es, la falta de cuidado objetivo exigido en el ámbito de relación, siendo por tanto, condición necesaria, pero no suficiente, la falta de cuidado, a la cual hay que agregar un elemento específico normativo, es decir, habrá que recurrir a lo que las normas requieren o exigen en un determinado ámbito situacional”.<sup>138</sup> Entonces si el sujeto incurre en (mera) negligencia, sin que haya infringido un reglamento, tal conducta no puede ser sancionada. Esto es relevante porque expresa la tolerancia, por parte del legislador penal, de conductas descuidadas pero no punibles, referido especialmente a aquellos riesgos que no han sido expresados en reglamentos susceptibles de verse infringidos.<sup>139</sup> A pesar de que hoy en día la mayoría de los sectores riesgosos están suficientemente reglamentados, igualmente se manifiesta la idea de que el acto medianamente imprudente, por el solo hecho de serlo, no conllevaría sanción penal.<sup>140</sup>

Ahora bien, las exigencias concurrentes de mera negligencia y de infracción de reglamentos no implican una diferencia conceptual entre ellas sino, por el contrario, su conexión. Puesto que la vulneración del reglamento pone de manifiesto la actuación imprudente del agente, siendo esa infracción una forma de reconocer con sencillez la negligencia.<sup>141</sup> El caso simple estará dado por

---

resultado no podría ser imputado completamente porque no corresponde a la culpa precisa del actor. Por tanto, existiría, en algún sentido, una compensación de culpas.

<sup>138</sup> SCA La Serena, 21.12.2009, Rol n° 363-2009, Contra Gallardo Solar, Microjuris online, Cita MJJ22464

<sup>139</sup> En el mismo sentido, Garrido (*DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 225) quien señala que “a diferencia del tipo del art. 490, que exige imprudencia temeraria, cuando hay infracción de reglamento es suficiente que, aparte de la infracción, se han incurrido además en mera imprudencia o negligencia”.

<sup>140</sup> Véase POLITOFF, *op. cit.* en n. 24, p. 511, el cual plantea que “en la hipótesis de mera imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos es razonable satisfacerse con la culpa leve, ya que los reglamentos constituyen de suyo una advertencia de que el hecho hace caso omiso”. Así, señala la identidad con la culpa civil del Art. 44 CC y la función indiciaria de la infracción del reglamento respecto de la culpa. En idéntico sentido, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.* en n. 18, p. 291

<sup>141</sup> Véase *infra*, III.1.1b, donde se analiza la relevancia indiciaria del reglamento en la afirmación de la falta de cuidado.

la correspondencia exacta entre la infracción del reglamento y la mera negligencia, de manera que pueda afirmarse sin problemas la identidad de los términos. Por ejemplo, si el conductor A maneja a 200 km/h y atropella a una persona que lícitamente cruzaba la calle, entonces podemos declarar que el sujeto ha quebrantado la ley del tránsito por conducir a una velocidad superior a la permitida y que ha actuado imprudentemente porque no ha ejecutado las medidas de cuidado necesarias para evitar un resultado lesivo. No existe duda alguna que la infracción de la ley de tránsito evidencia lo imprudente del comportamiento de A: la infracción del reglamento es, por tanto, la expresión de la imprudencia de la acción. No es que existan dos momentos diferenciados, uno la imprudencia y otro la infracción, sino que la imprudencia es reconocida por medio de la infracción de los reglamentos pertinentes.

La dificultad se genera con la falta de correspondencia, o sea, cuando la infracción de reglamentos carece de la función expresiva de la negligencia, ya sea porque no logra abarcar correctamente el hecho producido o porque no tiene relación con el resultado lesivo. Veamos casos que ejemplifiquen ambos problemas.

El conductor B maneja su vehículo a una velocidad permitida de 55 km/h y recorre una calle en donde juegan niños, atropellando a uno de ellos. En este caso, no existiría infracción del reglamento porque no sobrepasa el límite de velocidad, pero podríamos afirmar la negligencia de B porque no tomó las medidas de cuidado necesarias para evitar un resultado dañoso teniendo en vista las circunstancias específicas de su actuar. Este caso ejemplifica la imposibilidad de que el legislador pueda anticipar todas las situaciones posibles entregando reglas de cuidado adecuadas para cada una de ellas. Por eso, es que la determinación de la imprudencia no se deriva simplemente de una infracción de reglamento sino que se incorporan conceptos valorativos que permiten *maniobrar* entre los distintos casos. Incluso, la solución adecuada a nuestro ejemplo está en la misma Ley de Tránsito puesto que, reconociendo este obstáculo originario del legislador, se establecen conceptos indeterminados que se aplican según el contexto. En tal sentido, el art. 144 de esa ley plantea que “Ninguna persona podrá conducir un vehículo a una velocidad mayor de la que sea razonable y prudente, bajo las condiciones existentes, debiendo considerar los riesgos y peligros presentes y los posibles”. De manera que la norma que señala velocidad urbana máxima permitida de 60 km/h (art. 145) queda subordinada a la exigencia de

razonabilidad y prudencia en la conducción, lo cual implica que cuando se observa a niños jugando en la calle, lo cuidadoso será disminuir la velocidad.<sup>142</sup>

La insuficiencia de reglas estrictas en la determinación del cuidado debido queda en evidencia en la siguiente sentencia, en donde queda establecido “que las condiciones del tiempo eran malas debido a una lluvia intermitente; que estaba oscuro y todos los vehículos que transitaban en uno u otro sentido de la vía lo hacían con sus luces encendidas, incluso las altas, que el camino estaba resbaladizo, de modo tal que los conductores debían guiar sus vehículos a una velocidad razonable y prudente que les permitiera el control necesario para evitar accidentes. La velocidad a la que conducía el procesado, aceptando como verdadero que era de 70 kms. a la hora, no puede estimarse como razonable y prudente dado el estado del tiempo, lo oscuro del lugar, lo resbaladizo del asfalto, la circunstancia de venir en sentido contrario otros vehículos con sus luces altas también encendidas, ya que no le permitió percatarse oportunamente de la presencia de los dos ciclistas que lo precedían por su misma pista de circulación y controlar su vehículo para evitar la colisión.”<sup>143</sup> En tal sentido, la sola referencia a lo permitido de la velocidad no impide afirmar una conducción imprudente del vehículo en el contexto preciso de actuación.

El segundo problema puede ejemplificarse como sigue: El competente conductor C maneja sin documentos y se ve involucrado en un accidente en el cual muere una persona.<sup>144</sup> Claramente existe una infracción de reglamento porque la ley del tránsito exige llevar consigo los documentos correspondientes (art. 6)<sup>145</sup>, sin embargo la ausencia de ellos al momento del accidente no tiene relevancia alguna en el resultado de muerte pues C cumplió todas las medidas de cuidado posibles con el objeto de evitar ese resultado. Existe una discrepancia entre la infracción del reglamento y el reconocimiento de la culpa que ha sido solucionado de dos maneras. En primer lugar, la jurisprudencia hasta mediados del siglo XX exigía una relación de

---

<sup>142</sup> En el mismo sentido, ETCHEBERRY, *DPPG, op. cit.* en n.1, p. 316: “La doctrina piensa, en general, que el cumplimiento estricto de tales reglamentaciones es suficiente diligencia, y que no puede exigírsele más al conductor, pasajero o peatón. No obstante, en esta actividad, como en otras, la reglamentación legal requiere siempre una atención general a las circunstancias”.

<sup>143</sup> SCA Temuco, 12.04.1994, Contra Aguirre Valencia, Microjuris online, Cita RDJ1929, MJJ1929

<sup>144</sup> SCA Talca, *Contra Alicdes O'Kinghtons, RDJ* tomo LI (1954), vol. 4, p. 122 (en ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 261 y 567)

<sup>145</sup> Artículo 6.- Los conductores de vehículos motorizados o a tracción animal, salvo la excepción del artículo anterior, deberán llevar consigo su licencia, permiso o boleta de citación y, requeridos por la autoridad competente, acreditar su identidad y entregar los documentos que los habilitan para conducir.

causalidad entre la infracción del reglamento y el resultado,<sup>146</sup> con el objetivo de excluir aquellas infracciones completamente desvinculadas del daño producido. Sin embargo, exigir causalidad implica afirmar una relación temporal entre dos eventos: X causa Y implica que X es anterior a Y y que Y es posterior a X. El problema es que no puede afirmarse tal relación causal entre la infracción y el resultado: la infracción del reglamento nunca causa el resultado porque no es un evento sino que es una conclusión normativa derivada de la observación de un evento. Si D atropella ilícitamente a E, ¿es la infracción del reglamento la que causa sus lesiones? Por supuesto que no, el atropello es el que causa el resultado. La infracción del reglamento no puede conectarse causalmente con el resultado lesivo generado.<sup>147</sup>

La doctrina y jurisprudencia más reciente da cuenta de este problema, negando la causalidad como solución satisfactoria e integrando un requisito ahora valorativo entre la infracción de la norma y el resultado derivado de la teoría de la imputación objetiva. De este modo, para que la infracción sea relevante al momento de la imputación culpable, el resultado debe ubicarse en el *ámbito de protección* de la norma concreta. Al exceder ese ámbito, la norma no es pertinente para la determinación de la imprudencia.<sup>148</sup> Sin intención de profundizar en esta solución, creemos que desde nuestro ordenamiento no existe necesidad en acudir a una propuesta dogmática como la señalada, ya que la misma ley nos entrega una solución satisfactoria: simplemente no se cumpliría con uno de los requisitos del art. 492, ya que no existe mera negligencia, no siendo posible prosperar en una sanción.

c) La negligencia médica, recogida en el art. 491, se convirtió en un tópico a analizar tan sólo en la segunda mitad del siglo XX. Antes de ello, perduraba una relación vertical entre el paciente y el médico que impedía cualquier discusión de sus decisiones aunque desembocarían en resultados lesivos. Tal situación cambió drásticamente en desmedro de la posición del profesional, derivando en lo que hoy suele caracterizarse como *medicina defensiva*,<sup>149</sup> pues el médico está

---

<sup>146</sup> ETCHEBERRY, *Jurisprudencia*, *op. cit.* en n. 116, Tomo IV, p. 81 y 567

<sup>147</sup> Sin embargo, de ello no se deriva la inexistencia de vínculo entre la infracción de la exigencia de cuidado y el resultado típico, puesto que si es seguro que aún cumpliendo con el cuidado debido igualmente se produciría el resultado, entonces queda excluida la imputación a título de imprudencia. Véase *infra*, II.1.1.e

<sup>148</sup> Para mayor profundidad véase, BULLEMORE y MACKINNON, *op. cit.* en n. 9, p. 58 y GARRIDO Montt, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 220

<sup>149</sup> MARTÍNEZ Lazcano, Marco. “La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica”, *Política Criminal* vol. 6, n° 12, 2011, p. 218 s.

bajo la presión constante de denuncia por negligencia de modo que todo tratamiento e intervención realizada va en dirección de evitar su responsabilidad, más que en la mejora de la salud del paciente.

En tal sentido, es interesante que la Corte Suprema reitere en un par de sentencias la inexistencia de obligaciones de resultado de los médicos, en el sentido que no se obligan a un resultado preciso de restablecimiento de la salud del paciente sino, por el contrario, sólo se comprometen a utilizar sus conocimientos prudentemente en la recuperación del mismo. Debe quedar claro, entonces, que “lo que se exige no es el cumplimiento de una obligación de resultado, esto es, que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente, pues ello depende de múltiples condicionantes, muchas veces ajenas a la voluntad del tratante, lo cual, por lo demás, haría prácticamente imposible el ejercicio profesional del ramo; sino que lo que se impone a éste es el cumplimiento de una obligación de medios, lo que equivale a decir que en su actuación ha de emplear los medios suficientes con el propósito encomendado, teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento. Así, la culpa médica consiste en no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño”.<sup>150</sup> Esta aseveración resulta fundamental puesto que, inmersos en el fenómeno de la medicina defensiva, muchas veces pareciera exigirse del profesional la curación absoluta del paciente, cuando éste no puede hacerse responsable de ella a todo evento.

Respecto a los elementos exigidos por la jurisprudencia para la imputación de la negligencia, se mantienen los expresados en la estructura básica, pero concretados en este ámbito específico. Por un lado, el concepto de previsibilidad debe entenderse aplicado en relación a los conocimientos específicos que ha adquirido un médico y que le permiten atender a circunstancias específicas con el objeto de evitar afecciones a la salud del paciente. Por otro lado, respecto de la infracción del deber de prudencia, la jurisprudencia hace referencia a la *lex artis* como parámetro para la determinación de lo que un médico debe o no hacer y, por tanto, el nivel de cuidado que puede exigírsele. La Corte Suprema ha entregado, siguiendo a Etcheberry, una definición de *lex artis* como “el conjunto de prácticas y reglas técnicas que deben observarse en el desarrollo de la actividad curativa, que regula su forma, circunstancias y precauciones que deben adoptarse en sus distintas etapas, sea en su examen, diagnóstico, pronóstico y aplicación

---

<sup>150</sup> SCS Rol n° 6384-2008, *op. cit.* en n. 122. También en SCS Rol n° 7070-2007, *op. cit.* en n. 117

de un tratamiento o terapia, a fin de reducir los riesgos”.<sup>151</sup> La imputación implica que “el acto médico tiene como presupuesto que se realice de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que pesa sobre su acción y, por tanto, la infracción de la *lex artis* es el fundamento de la culpa médica”.<sup>152</sup>

Las medidas de cuidado, de acuerdo a la *lex artis*, deben tomar en consideración necesariamente el contexto en que el médico se desenvuelve, porque de ello dependerá el riesgo que puede asumirse en el rescate de un paciente. Por ejemplo, si un médico intenta a ayudar a un sujeto atropellado en la calle, es evidente que no se le puede exigir los mismos parámetros de cuidado que si estuviese en un hospital puesto que no cuenta ni con el tiempo ni con los implementos necesarios, siendo aceptable una mayor asunción de riesgo en su actuación. La contextualización de la exigencia de cuidado médico se observa en el siguiente caso, en donde una mujer no es atendida oportunamente por lo cual sufre un aborto y lesiones: “La paciente no recibió la atención médica necesaria y oportuna que debía ser dispensada por el equipo médico particular tratante, quienes generaron con su comportamiento un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento, (...) descuidando la asistencia y vigilancia del alumbramiento y omitiendo llevar a cabo un procedimiento médico, sin respetar las reglas de la *lex artis* que resultaban obligatorias, las cuales de haber sido cumplidas, deberían haber llevado, necesariamente a la decisión de practicar oportunamente una cesárea, por lo que cabe concluir que fue el riesgo generado por la negligencia omisiva del equipo médico”.<sup>153</sup>

No obstante, y a diferencia de la responsabilidad médica en el ámbito civil, los jueces son extremadamente cuidadosos al momento de afirmar la responsabilidad penal imprudente del facultativo, entendiendo que una actividad tan riesgosa como la médica va de la mano con la producción de resultados desfavorables a pesar de un comportamiento adecuado a cuidado. En tal medida, “no todo error médico constituye, *per se*, una negligencia culpable. (...) Suponiendo un error de diagnóstico, aparece de los antecedentes señalados y de los que se acumulan en el fallo en examen, que tal yerro no habría sido grosero, porque la enfermedad diagnosticada

---

<sup>151</sup> SCS, 16.04.2009, Rol n° 1882-2008, Contra Redondo Caro y otra, Legal Publishing, Cita Online CL/JUR/7939/2009

<sup>152</sup> SCS, 19.01.2005, Rol n° 9-2003, Contra Hafon Chang y otra, Legal Publishing, Cita Online CL/JUR/2522/2005

<sup>153</sup> SCS Rol n° 1882-2008, *op. cit.* en n. 151



guardaba relación con el cuadro presentado por el paciente”.<sup>154</sup> Por tanto, cumpliéndose los estándares razonables de cuidado y previsibilidad no puede adjudicarse imprudencia a pesar del resultado lesivo, puesto que no hay ningún error que escape a la esfera de lo sensato en una situación de riesgo a la integridad de una persona.

A la misma decisión de absolución se arribó en un caso en que se produjo la muerte del paciente por la falta de vigilancia de la anestesióloga debido a que ésta se encontraba en pabellón realizando otra cirugía, “pues la práctica normal de ese establecimiento hospitalario era, lógicamente, que la única anestesióloga del recinto debía participar en las intervenciones quirúrgicas que allí se realicen, y que en ese día eran nueve las programadas”.<sup>155</sup> Por tanto, el tribunal considera que en el contexto en que se desempeñaba la profesional no se le podía exigir que mantuviera vigilancia permanente del paciente, como probablemente hubiese sido ideal, sino que atendidas esas circunstancias la médico se desempeñó diligentemente tomando las medidas de cuidado necesarias para evitar resultados previsibles. No se le puede exigir al médico más de lo que el mismo sistema está posibilitado de entregar; de otra manera se estaría exigiendo lo imposible.

d) Por último, un tema que ha provocado amplia discusión jurisprudencial al sostenerse diferentes teorías por los tribunales, es la forma en que debe tratarse “el cuasidelito con resultado múltiple”. En otras palabras, ante el comportamiento negligente de un sujeto que ha causado múltiples resultados lesionando varios bienes jurídicos independientes, tiene que tomarse una decisión: si existen uno o varios cuasidelitos y, en este último caso, qué tipo de concurso de delitos entra en juego. Esto es muy común en los accidentes de tránsito, puesto que la imprudencia del sujeto desencadena un accidente en el cual resultan lesionadas (sino muertas) varias personas. En tal sentido, se han planteado tres soluciones: la primera reconoce una única infracción de cuidado y, por tanto, un único cuasidelito; en cambio, las dos restantes identifican varios cuasidelitos que se sancionan bajo un concurso real o un concurso ideal, respectivamente.

La respuesta a este problema no es trivial ya que implica una determinada concepción del deber de cuidado: asumir una solución unificadora (un solo cuasidelito) expresa la existencia de sólo un deber general de cuidado respecto de todos los resultados lesivos posibles, abarcando ese

---

<sup>154</sup> SCA Rancagua, Rol n° 188-2007 citada en MARTÍNEZ Lazcano, *op. cit.* en n. 149, p. 245

<sup>155</sup> SCS Rol n° 6384-2008, *op. cit.* en n. 122

deber a todo bien jurídico pertinente; mientras que una solución múltiple (varios cuasidelitos) plantea un deber de cuidado preciso y concreto respecto de cada uno de los bienes jurídicos ajenos,<sup>156</sup> de modo que la imprudencia tendrá que ser afirmada respecto de cada uno de los resultados en forma separada.

La solución unificadora pone el acento en la infracción del deber de cuidado, puesto que como sólo existiría una infracción entonces sólo se imputaría un delito culposo, sin ser relevante que con esa infracción se produjeran varios resultados. Esta hipótesis no tiene demasiada recepción en jurisprudencia. Una de las sentencias que la sostiene es *Contra Pedro Carrasco Castro*, en donde la Corte de Concepción plantea “que aunque las víctimas del accidente fueron seis, el hecho realizado por el reo es uno solo”.<sup>157</sup> Sin embargo, a partir de 1960, esta solución desaparece casi completamente de la jurisprudencia nacional. Sólo puede rescatarse la prevención realizada por la ministra Ana María Munizaga en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1989, en donde plantea que “no puede considerarse en la especie, que concurra un concurso material de delitos, pues ello significa poner el acento por completo en el desvalor del resultado y concluir que ha habido culpa del hechor frente a cada resultado independientemente considerado, siendo que la única acción sancionable es la infracción al deber de cuidado y tampoco puede estimarse que exista un concurso ideal de delitos, porque, en razón de las consideraciones antes anotadas, no existe más que un solo delito culposo que sancionar”.<sup>158</sup> Por consiguiente, no puede sino afirmarse que esta postura está ya descartada en la jurisprudencia nacional.

Empero, esta primera alternativa, al entender que el cuasidelito con resultado múltiple implica la imputación de solamente un cuasidelito sin interesar el número de afectados<sup>159</sup>, incurre en un error categorial: supone que el cuasidelito sanciona la infracción del deber de

---

<sup>156</sup> ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 262

<sup>157</sup> SCA Concepción, GT 1944-1, 48-252 (1944) (en ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 262). Lo mismo se sostiene en SCS, *Contra Rodolfo Rubilar*, RDJ tomo LII (1955), vol. 4, p. 56 (en ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 117, Tomo IV, p. 263)

<sup>158</sup> SCA Santiago, 08.09.1989, *Contra N.N.*, Microjuris online, Cita RDJ4747, MJJ4747

<sup>159</sup> En el tal sentido, ETCHEBERRY, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 322: “A nuestro parecer, (respondiendo la pregunta por el número de cuasidelitos cuando existe un resultado múltiple) hay uno solo, porque ha existido una sola infracción del deber general de diligencia o cuidado”. En relación con esto, véase *supra*, I.1.12.b. Por su parte, GARRIDO, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 228 expone que “corresponde aplicar la pena por un solo cuasidelito, y no por tantos como lesiones o muertes se causaron; adoptar esta última posición importaría un concurso ideal que haría procedente aplicar el art. 75 (...) no pueden constituir varios cuasidelitos la causación de resultados múltiples”

cuidado, es decir, que esa infracción del deber de cuidado es la conducta típica respectiva.<sup>160</sup> Tal aseveración es incorrecta porque desconoce la función que cumple la negligencia en la imposición de la pena. Para que un sujeto sea sancionado por la comisión de un delito debe comprobarse que el comportamiento delictivo le corresponde al sujeto como acción suya, lo que se realiza a través del proceso de imputación. Esa imputación será exitosa sólo al comprobar ciertas capacidades que expresan la posibilidad de evitación de la comisión del delito por el autor. Y tal imputación está gobernada por ciertas reglas que llamamos criterios de imputación, siendo ellos el dolo y la culpa.<sup>161</sup> La culpa no es lo que sanciona el delito, sino precisamente la razón por la cual se sanciona el delito. Lo sancionado será lo mismo tanto en el delito doloso como en el imprudente: lo que describe el tipo penal respectivo, que será el resultado típico en los delitos de resultado y la acción típica en los delitos de mera actividad.

Por el otro lado, las dos restantes alternativas entienden que existen tantos cuasidelitos como resultados se hayan producido, pero difieren en el tratamiento que otorgan a ese conjunto de delitos. Por un lado, se plantea un concurso real (art. 74) entendiendo a cada uno de los hechos imputados como independientes entre sí; y por otro, se plantea un concurso ideal (art. 75) reconociendo que “el mismo hecho constituye dos o más delitos”.

Asume la postura del concurso real, la Corte de Concepción para la cual “el art. 75 solo cabe aplicarlo cuando hay un hecho punible susceptible de diversas valoraciones jurídicas, o cuando una acción sancionable sea el medio necesario para cometer otro delito, casos que no se dan en autos (...) la situación es igual al caso de un sujeto que queriendo matar a seis personas ejecuta una sola acción, lanzándoles una bomba, en que si bien la acción natural es una, la acción punible es múltiple”.<sup>162</sup> No obstante, los argumentos de la Corte son equívocos puesto que confunde el tratamiento de un delito doloso con el de un delito culposo, cuando la regla de imputación en uno y otro caso es completamente diferente. Incluso la imputación negligente siempre implica la imposibilidad de imputación dolosa. Además se refiere al ejemplo de quien

---

<sup>160</sup> Confirma esta interpretación, COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dir.): *Código penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Legal Publishing, 2011, p. 118

<sup>161</sup> Evidentemente la estructura conceptual requiere mayor desarrollo. Ello será realizado *infra*, II.1.1 Lo expuesto basta en este contexto inicial.

<sup>162</sup> SCA Concepción, Contra Oscar Acuña, RDJ tomo LXIII (1966), vol. 4, p. 63 (en ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 266 s.)

mata a seis personas con una bomba como un ejemplo de concurso real cuando es paradigmáticamente un concurso ideal, puesto que la unidad de hecho está fuera de toda duda.

Una opinión más reciente y algo más clara es la de la Corte de Apelaciones de Santiago la que plantea “no hay un solo hecho punible sino varios, puesto que, si bien la acción natural del reo fue una sola, conducir en forma negligente con infracción de los reglamentos del tránsito, todos y cada uno de los resultados le son imputables a título de culpa (...) Que no puede considerarse aplicable, en la especie, la norma del artículo 75 del Código Penal, porque no se trata el caso en estudio de un solo hecho que constituya dos o más figuras delictivas y dicha norma sólo puede aplicarse, en forma excepcional”.<sup>163</sup>

La última alternativa de solución, que se ha convertido en mayoritaria en jurisprudencia, soluciona el problema recurriendo al concurso ideal. A pesar de la casi unanimidad en esta solución existe divergencia en los fundamentos utilizados para sostener el concurso ideal: por un lado, algunas sentencias señalan que existe un solo cuasidelito con varios resultados que se rige por el art. 75; mientras que otras reconocen varios cuasidelitos que concurren entre sí en concurso ideal.

Ejemplo del primer argumento se observa cuando la Corte Suprema afirma que “la conducta imprudente de los imputados Ibáñez y Toro, en ningún caso constituyó una pluralidad de hechos que corresponda a su vez a tres cuasidelitos, sino que por el contrario, es uno solo el hecho punible que da lugar a un cuasidelito en que el resultado afectó a tres personas (...) por lo que corresponde sancionarlos conforme al sistema del artículo 75, imponiendo la pena mayor asignada al delito más grave”.<sup>164</sup> El argumento de la Corte sería el siguiente: se reconoce un solo delito culposos que tiene varios resultados y que por eso amerita sancionarse como concurso ideal. Por su parte, el segundo argumento se expresa en una sentencia de la misma Corte Suprema al afirmar que “en el caso sub lite ha habido un solo hecho que ha dado origen a numerosos cuasidelitos y su tratamiento penal, por tanto deberá ser el que se da al concurso ideal de delitos tal como se indica en el artículo 75 del Código Penal”.<sup>165</sup> Aquí, por el contrario, se

---

<sup>163</sup> SCA Santiago 1989, *op. cit.* en n. 158.

<sup>164</sup> SCS, 23.06.2009, Rol n° 6113-2008, Contra Ibáñez Changarotti, Microjuris Online, Cita MJJ20231

<sup>165</sup> SCS 24.01.2000, Rol n° 3633-1999, Contra Sánchez Araya, Microjuris online, Cita RDJ226, MJJ226. Lo mismo se aprecia en SCA San Miguel 25.11.1993, Contra Miles Alvarez, Microjuris online, Cita RDJ2584, MJJ2584: “La acción culposa llevada a cabo por el encausado importa en consecuencia “un

sostiene la aplicación del art. 75 en base al reconocimiento de tantos cuasidelitos como resultados lesivos se hayan producido por la culpa del agente.

Para desentrañar la discusión, el primer argumento comete un error tanto de texto como conceptual respecto del concurso ideal. El art. 75 señala expresamente que se aplica cuando “un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro”. De la lectura de la misma disposición, entonces, cabe entender que el concurso ideal sólo se configura cuando existen varios (cuasi) delitos. Si se imputa simplemente un (cuasi) delito, que genera varios resultados lesivos, simplemente no se cumple con los requerimientos que la misma norma plantea. En tanto, el error conceptual está en no entender cabalmente al concurso ideal, el cual tiene como fundamento a la *unidad de hecho*. Es decir, para sostener un concurso ideal debe reconocerse solamente un hecho que configure varios delitos. Así sucede cuando se asesina dolosamente a una mujer embarazada cometiendo homicidio y aborto al mismo tiempo (concurso ideal heterogéneo) o cuando se instala una bomba que mata a tres personas donde se reconocen tres homicidios por el mismo hecho (concurso ideal homogéneo).<sup>166</sup> Por tanto, cuando la Corte Suprema expresa que existe un (sólo) cuasidelito con resultado múltiple sancionado en concurso ideal se incurre en una equivocación sustantiva. La segunda interpretación es la única forma de fundar la decisión de aplicación del concurso ideal a los casos específicos.

Todo lo anterior no puede sino llevarnos a concluir que el resultado típico será fundamental a la hora de determinar el número de delitos a sancionar, con total independencia del criterio de imputación concreto ya que éstos actúan en un ámbito conceptual completamente diferente.<sup>167</sup>

---

solo hecho”, constitutivo de tantos delitos cuántas víctimas causó su comportamiento, de tal manera que su acción única “constituye dos o más delitos”, de donde se colige que debe ser sancionado con la pena mayor asignada al delito más grave, como dispone el artículo 75 del Código Penal.”

<sup>166</sup> Véase CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 665, quien define “el concurso es homogéneo cuando con un mismo hechos se realiza varias veces el mismo tipo penal (...) A su vez, el concurso es heterogéneo cuando con un solo hecho se satisfacen las exigencias de distintos tipos penales”

<sup>167</sup> Específicamente sobre el cuasidelito con resultado múltiple, véase *infra*, II.1.12

### 3 ¿Hay un concepto de riesgo permitido en la doctrina nacional?

La doctrina nacional clásica ha recogido paulatinamente los avances dogmáticos comparados, específicamente, en el ámbito de la llamada teoría de la imputación objetiva alemana, popularizada mundialmente por Claus Roxin y radicalizada por Günther Jakobs. Sin embargo, el problema que se presenta es la dificultad de hacer coherente estos nuevos postulados con las antiguas ideas causalistas y finalistas, que fueron las verdaderas antagonistas entre los autores clásicos chilenos. Lo interesante está en que si bien algunos autores realizan un tratamiento explícito – pero nunca demasiado profundo – del riesgo permitido, otros analizan conceptos diferentes que podrían ser traducidos como una noción primitiva de riesgo permitido.

En lo que resta de esta primera parte, repasaremos brevemente los postulados de los autores clásicos referentes al riesgo permitido, evidenciando aquello que pudiera interpretarse como tal. Valga la aclaración que el concepto de riesgo permitido que ha entregado la doctrina comparada y el que se sostiene en esta memoria serán revisados en la segunda parte de esta investigación. Aquí nos enfocaremos en una revisión más bien histórica del concepto.

a) Para Bustos, la categoría de la tipicidad es un proceso atributivo consistente, por tanto, en la imputación que realiza el juez (o cualquier persona) respecto de la acción que ha realizado un sujeto teniendo a la vista la norma de sanción específica. En tal sentido, se pretende “determinar *ex ante* si la conducta típicamente definida llevada a cabo por el autor creó un riesgo para el bien jurídico”.<sup>168</sup> Por tanto, cuando no puede imputarse la infracción de una norma a un sujeto debemos concluir que esa acción es atípica.<sup>169</sup>

La atipicidad de una conducta estará dada por cualquier razón que obstaculice la afirmación como típica de esa conducta. El fundamento clásico de atipicidad estuvo dado por la imposibilidad de relacionar causalmente la acción del sujeto con el resultado producido. Si no se podía comprobar la causalidad, entonces no se cumplía con uno de los requisitos estructurales de

---

<sup>168</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 81

<sup>169</sup> Esto es discutible porque implica suponer que todas las acciones que realizamos son atípicas mientras no entre en juego una infracción de una norma, como si todas nuestras acciones fueran medidas normativamente en todo momento. Sería posible, en nuestra opinión, diferenciar la *atipicidad*, esto es, conductas respecto de las cuales hay indicios de antijuricidad que luego se ven refutados; y la *no-tipicidad*, esto es, conductas que carecen de cualquier relevancia jurídico penal.

la responsabilidad penal, quedando ésta descartada, con lo cual lógicamente la acción era atípica. Pero además de la ausencia de causalidad, se han elaborado y sofisticado numerosas causas de atipicidad que vienen a exteriorizar razones específicas que explican la imposibilidad de seguir adelante con la imputación. Así, los casos de ausencia de acción, de escasa significación social e incluso de error de tipo quedan incluidos, según esta postura, como causas de atipicidad. Algo más controvertida es la ubicación del consentimiento, puesto que si bien la mayoría de la doctrina afirma la atipicidad, algunos afirman su función como causa de justificación o como razón de cancelación de la vigencia de la norma.<sup>170</sup>

Ahora bien, Bustos clasifica las causas de atipicidad entre aquellas que se producen por faltar un elemento de la estructura del tipo, como las mencionadas más arriba, y las que derivan de una ausencia de disvalor social típico.<sup>171</sup> Esta última categoría tiene que ver con que el tipo expresa la desvaloración de una conducta en atención al riesgo que ha generado para el bien jurídico que se intenta proteger. Por lo tanto, “el disvalor de la vinculación social típica viene determinado por dos elementos: El primero es la creación de un riesgo y el segundo es que ese riesgo se haya creado en el ámbito situacional definido por el tipo”.<sup>172</sup> El *riesgo permitido* integra, entonces, una causa de atipicidad al no haberse creado un riesgo que el tipo quiere evitar, puesto que la sociedad ha tolerado esa creación.

Así, las acciones que se ejecutan para conseguir un determinado fin socialmente valioso (beneficio) y que generan, por contrapartida, un riesgo de afección de bienes jurídicos estarán toleradas cuando se actúe dentro de determinados márgenes que la misma sociedad establece. De tal manera, si ese riesgo permitido llega a concretarse en un resultado lesivo, no podrá imputarse un delito al sujeto puesto que no existe una desvaloración social de su conducta, sino por el contrario, la permisón de su realización.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Respecto de esta última alternativa, véase KINDHÄUSER, Urs. “Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en derecho penal”. En su: *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, Ara Editores, 2008, p. 32 ss.

<sup>171</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, pp. 84 ss.

<sup>172</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL, *op. cit.* en n. 83, p. 90

<sup>173</sup> Vale la pena destacar aquí la similitud del argumento de Bustos con el defendido por Kindhäuser (“¿Qué es la imprudencia?”. En: MAÑALICH (dir.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, p. 226), quien plantea que “si está permitido, dentro de ciertos límites, reducir la propia capacidad de seguimiento de la norma, entonces esta incapacidad no puede fundamentar responsabilidad alguna. Sería una auto contradicción de

Específicamente en el delito culposo, Bustos relaciona al riesgo permitido como causa de atipicidad con el caso fortuito regulado en el Art. 10 n° 8 del código penal.<sup>174</sup> Quien ejecuta un acto lícito con la debida diligencia y produce un mal por mero accidente no puede estar sujeto a responsabilidad penal puesto que ha actuado dentro del riesgo permitido (o sea, lícitamente). La dificultad está en dónde y en base a qué criterios establecer el límite entre la licitud e ilicitud de la conducta, o, que es lo mismo, cómo determinar el riesgo permitido en cada caso. Para ello, Bustos señala que “acto lícito sólo se puede referir al acto mismo llevado a cabo y al cuidado propio de ese acto”,<sup>175</sup> asimilando el estándar para determinar el riesgo permitido con el cuidado que implica una conducta y que es fundamental al momento de imputar el delito culposo. En otras palabras, plantea una relación entre el contenido del riesgo permitido y el cuidado debido del cuasidelito. Lo que parece importante, y que Bustos no profundiza, es si se puede diferenciar categóricamente el cumplimiento del cuidado debido con el riesgo permitido.<sup>176</sup>

Ahora bien, en una concretización del riesgo permitido en el ámbito del tránsito vehicular, Bustos plantea el *principio de confianza*. Si una persona cumple con todas la reglamentación pertinente entonces puede confiar (está autorizado a confiar) que los demás participantes también cumplirán con tal normativa. Esto es relevante porque si excluyéramos el principio de confianza – o sea, si no pudiéramos contar con el comportamiento conforme a norma de los demás – cada sujeto, con la finalidad de evitar afecciones a bienes relevantes, sólo se comportaría cuidadosamente si tomase en cuenta la posible infracción de las normas por parte de los otros. Si bien aquello acrecentaría los niveles de cuidado, lo haría de tal forma que la actividad se volvería ineficiente socialmente, puesto que muchas veces lo aconsejable sería no desempeñarla. Por tanto, el permiso que entrega la sociedad al sujeto, en vista del beneficio social generado, es que no es necesario que tome en cuenta, en la determinación del cuidado, las conductas de los demás participantes. Evidentemente este principio de confianza tiene elementos y excepciones, pero ellas no son profundizadas por Bustos, quien simplemente lo enuncia como aplicación del riesgo permitido en el ámbito vehicular.

---

parte del derecho si éste permitiese, por una parte, formas de comportamiento que conducen a una disminución de la capacidad de acción, pero considerara esta incapacidad como descuido fundante de responsabilidad”

<sup>174</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 67

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> Véase *infra* III. 2.3, para la relación entre la noción de riesgo permitido, caso fortuito y el art. 10 n° 8.



b) En forma similar a Bustos, Novoa plantea al riesgo permitido como una consecuencia del “vivir en peligro”, esto es, la realización de actividades que entrañan riesgos son necesarias para la mantenimiento y superación de la calidad de vida en las sociedades modernas. Por tanto, la funcionalidad de nuestra sociedad depende, en un grado relevante, de la asunción de un nivel razonable de peligro para los mismos bienes que se desean proteger.<sup>177</sup> La razonabilidad de tal asunción deriva de las medidas que el mismo ordenamiento jurídico estima convenientes para evitar la concreción de tales riesgos, lo cual se expresa en reglamentaciones minuciosas indicativas de los estándares requeridos al momento de emprender una acción peligrosa.

En tal sentido, Novoa también conecta el riesgo permitido con el seguimiento de las medidas de cuidado como un aseguramiento de estándares mínimos en la ejecución de actividades potencialmente lesivas, es decir, que las actividades peligrosas permitidas no pueden ser utilizadas torpe o indebidamente,<sup>178</sup> sino para la obtención de beneficios para todos los integrantes de esa comunidad. El cuasidelito es quien “aseguraría” que el riesgo tolerado no sea malamente ejercido.

Sin embargo, es evidente que las regulaciones jurídicas de las actividades peligrosas no pueden abarcar todas las posibilidades en las que se puede presentar un atentado a bienes valiosos. Por tanto, la observancia de tales reglamentos no es un requisito suficiente para descartar la posibilidad de un actuar imprudente en el sujeto.<sup>179</sup> Si lo relevante es determinar en qué momento se cancela la permisión del ordenamiento a la ejecución de actividades peligrosas, entonces lo relevante estará en el análisis de la situación específica y no en el mero cumplimiento de una normativa. Así, Novoa plantea la existencia de tres posibles situaciones respecto de una infracción reglamentaria, basadas en un criterio delimitador de índole probatorio y no sustantivo: “saber si está o no demostrada la existencia de culpa por la sola violación de reglamentos”.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 510

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 511

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 512

En primer lugar, están los casos en que la infracción de la normativa ha sido determinante para el resultado ilícito, no siendo necesario profundizar en la posibilidad de que no exista imprudencia. Este sería, entonces, el caso sencillo en donde no caben dudas sobre la culpa. En segundo lugar, otros casos muestran que el resultado ilícito se presenta mientras existe una infracción reglamentaria, en donde no puede afirmarse lo determinante de tal infracción en la ocurrencia del resultado, por lo cual deberá recurrirse a otros argumentos para imputar la imprudencia más que la misma infracción. Y finalmente, están los casos en donde no existe relación causal entre el resultado y la infracción, en donde ésta carecerá de importancia para apelar a la culpa.<sup>181</sup>

El problema que aparece es que esta aparente clasificación no resuelve nada puesto que las soluciones de cada una de los casos (identificar la infracción con el resultado, ponerlo en duda o negarlo, respectivamente) descansan sobre la idea que es posible diferenciar con claridad estos grupos de casos. Y esa es precisamente la dificultad a la que se ve enfrentado el intérprete. Lo que Novoa hace es simplemente plantear los posibles resultados del proceso judicial sin entregar criterios útiles para alcanzar esos resultados. Así, habrán casos en que concluyamos que no hay dudas de la relación entre la infracción y el resultado, otros que sean dudosos y los últimos en que estemos seguros de que no existe relación alguna. Por tanto, si la cuestión está reducida a lo probatorio (al análisis del caso concreto) entonces existen pocas posibilidades de enarbolar criterios que puedan ser aplicados en forma general para determinar los contornos del riesgo permitido. Lo que obtendremos serán, más bien, grupos de casos con soluciones similares. Es decir, si el sujeto colocó sustancias explosivas en un lugar no autorizado por la normativa nos parecerá evidente que existe imprudencia en su conducta, pero no podríamos aseverar con la misma seguridad en caso de una colocación contraria a norma de alimentos necesarios de refrigeración. Aquí habría que analizar otras circunstancias.

Lo relevante está, entonces, en que si bien Novoa no nos entrega la solución al problema, lo expone. Es sencillo plantear que la sociedad tolera algunas actividades riesgosas, pero la cuestión se complica cuando deben determinarse los límites del concepto y su interacción con los intentos normativos por controlar esos riesgos.

---

<sup>181</sup> *Ibid.*

c) Por otra parte, Cury y Etcheberry realizan un análisis tangencial del riesgo permitido puesto que no se refieren directamente al concepto sino tan sólo a una aplicación del mismo, a saber, el principio de confianza.

Como revisamos, al analizar los elementos del delito imprudente, Cury postula la atención exigida (previsibilidad) y el cuidado exigido. Como criterio para la determinación de la previsibilidad alude al *principio de confianza* como la posibilidad que entrega el ordenamiento de contar con la conducta correcta de otros.<sup>182</sup> En otras palabras, al momento de revisar lo que era previsible para el sujeto, debe tenerse presente que éste podía confiar en que otros se comportaran adecuadamente. En tal sentido, el principio de confianza aparece como una permisión del ordenamiento para no atender a aquellos riesgos generados por otros y que hubiesen debido ser atendidos, por previsibles, si no se postulara este principio. Actuaría, entonces, como un obstáculo al juicio de previsibilidad del resultado lesivo en virtud de razones sociales. Por ejemplo, A conduce su automóvil a una velocidad permitida mientras en la acera existe un grupo de personas (mayores de edad) conversando y una de ellas atraviesa sorpresivamente ocasionando un atropello. Al momento de imputarle responsabilidad por un cuasidelito, según la construcción general de Cury, deberíamos preguntarnos si era previsible que el transeúnte cruzara la calle. Pero en virtud del principio de confianza, esa pregunta no requiere ser formulada pues el ordenamiento permite confiar en que el transeúnte no atravesaría intempestivamente la calle. Nótese, sin embargo, que en muchas ocasiones será perfectamente previsible para el conductor la acción del transeúnte siendo necesario que disminuyese la velocidad para evitar el accidente, sin embargo el principio de confianza permite prescindir de tal conclusión.

Debido a la relevancia del principio, Cury plantea una serie de límites razonables en su aplicación. Primero, no puede confiarse en aquellos que se sabe que no pueden determinarse correctamente.<sup>183</sup> Para que el principio opere debe existir seguridad en que se puede contar con la confianza de los demás. Y segundo, la confianza sólo puede sostenerse para acciones futuras, de forma que si actualmente el otro ha realizado una acción riesgosa, deberán tomarse los cuidados necesarios para evitar el resultado dañoso. Estos límites reducen fuertemente la operatividad del principio, puesto que si se debe poder estar seguro de que se puede confiar en

---

<sup>182</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 337

<sup>183</sup> *Ibid*, p. 338

un comportamiento exigible del otro, ello implica un juicio de valor adicional que el sujeto, normalmente, no estará en condiciones de realizar. Obviamente si intervienen niños pequeños es evidente que la confianza queda excluida, pero los demás casos exigen valoraciones difíciles de realizar. Por ejemplo, puede ser complejo considerar si un sujeto con un perro pudiera ser una persona no vidente respecto de la cual no se podría confiar de la misma forma que una que tuviera todos sus sentidos. Luego, restringir la confianza a acciones futuras implica que casos como el de nuestro conductor y el transeúnte debieran solucionarse en base a si la acción de éste puede entenderse como actual o futura. Ambas limitantes reducen al principio de confianza en el sentido que “sólo puede confiarse en los demás, hasta que ya no se pueda”. Entonces, pierde la funcionalidad como obstáculo a la imputación, presentándose más bien en la seguridad de que, mientras no existan otros indicios relevantes, puede confiarse en los demás y el ordenamiento respetará tal confianza; pero al surgir antecedentes contradictorios, éste queda en entredicho y será necesario tomar los resguardos precisos.

Si bien Cury no lo analiza en profundidad, el concepto de riesgo permitido puede interpretarse en la categoría del cuidado exigido, es decir, en las medidas de cuidado que debe tomar el sujeto en virtud de lo que le era exigible prever. De tal manera, la prudencia no puede llevar al extremo de no hacer nada, puesto que existen acciones socialmente adecuadas que caen fuera del tipo a pesar de ser peligrosas y a veces lesivas para los bienes jurídicos.<sup>184</sup> En todo caso, pareciera que Cury considera que la razón por la cual se permiten peligros que no exigen cuidado de parte del agente es porque son adecuados socialmente.

Por su parte, Etcheberry simplemente plantea como útil para determinar el deber de cuidado la consideración al principio de confianza. Sin embargo, entiende que es igualmente previsible que los demás puedan infringir reglas, de manera que igualmente deben tomarse en consideración las acciones de los demás para determinar el cuidado debido con el objeto de evitar resultados lesivos.<sup>185</sup> La confianza es, por tanto, solamente aparente ya que las acciones de otros igualmente deben ser incorporadas en la ecuación, eliminando la principal operatividad de un principio aplicado con intensidad. Así, postula que en el ámbito vehicular es necesario “conducir a la defensiva”, actuando cuidadosamente para prevenir todo tipo de eventuales accidentes.

---

<sup>184</sup> *Ibid*, p. 339

<sup>185</sup> ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 317

En consecuencia, ambos autores nos presentan un apartado del riesgo permitido en la forma de un principio de confianza, pero ya sea por las limitantes que le imponen o por el concepto debilitado del mismo, carece de mayor relevancia al momento de imputar un delito culposo.

d) A primera vista, Garrido no presenta demasiada originalidad en el tratamiento del riesgo permitido comparado con los demás autores referidos. Lo revisa como un concepto relevante dentro del estudio del delito culposo en el sentido que el ordenamiento entrega una autorización a los individuos para la ejecución de actividades peligrosas. Estos riesgos al bien jurídico son tolerados porque son secundarios respecto de los beneficios sociales que entrega tal acción.<sup>186</sup> Pero, siguiendo el camino ya conocido, la sociedad tiene como expectativa que la generación de esos riesgos sea controlada, evitando al máximo su concreción, por lo cual es necesario que se cumplan medidas de cuidado en la ejecución de aquellas acciones peligrosas. De tal forma, “si a consecuencia de ellas (las acciones peligrosas permitidas) se lesiona algún bien jurídico, esa lesión es atípica, porque queda comprendida dentro del riesgo permitido”.<sup>187</sup>

No obstante, Garrido incorpora dos interesantes elementos a la discusión: el primero a través de una identidad interpretativa y el segundo a través de un artículo publicado en los *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*.<sup>188</sup> Si bien Garrido analiza en específico – en su Manual – al riesgo permitido en el ámbito del delito culposo, previamente al revisar la atipicidad, señala que ésta se presenta por una adecuación social del comportamiento o por ausencia de algunos de los elementos del tipo. Lo relevante es que las razones que justifican a la adecuación social de la conducta, y por la cual una acción no puede ser tenida como típica, son completamente equivalentes a las razones que justifican el riesgo permitido. Así, un comportamiento que infrinja una determinada norma de comportamiento no podrá ser considerado típico si la sociedad ha tolerado ese quebrantamiento, esto es, “que la comunidad acepta correr el riesgo que ellos provocan”.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> GARRIDO Montt, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 217

<sup>187</sup> *Ibid*, p. 218

<sup>188</sup> GARRIDO Montt, Mario. “El riesgo permitido como criterio valorativo”, *Anales de Facultad de Derecho*, N° 1 (2004)

<sup>189</sup> GARRIDO Montt, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 112

La *teoría de la adecuación social* fue presentada por el finalismo como la respuesta a los problemas de imputación en donde era inequívoco que la conducta no expresaba ningún tipo de disvalor, pero que igualmente podía establecerse una relación de causalidad entre esa conducta y un resultado lesivo. El caso paradigmático estaba en el sobrino que envía a su tío a un viaje con la intención que sufra un accidente. Bajo la teoría de la equivalencia de las condiciones, la conducta del sobrino es una condición necesaria para la muerte posterior del tío, pudiendo serle imputado *prima facie* un homicidio. Sin embargo, la teoría postula que la acción ejecutada es *adecuada socialmente* en el sentido que no escapa a las acciones que usualmente se realizan al desenvolverse junto con otros. En otras palabras, aquellas conductas que son comprendidas como normales en un momento histórico determinado no pueden realizar ningún tipo delictivo.<sup>190</sup> Lo importante está en hacer notar que si bien Garrido asume y explica la teoría de la adecuación social, incorpora conceptos ajenos a la misma y que expresan la asimilación con el riesgo permitido. La adecuación social se refiere a conductas carentes de significado jurídico penal por ser comprendidas como normales, pero sin necesidad de acudir a nociones de actividades creadoras de riesgos para bienes jurídicos valiosos. Podría plantearse, entonces, que más que una identidad entre la adecuación social y el riesgo permitido, Garrido pensaría en el concepto de riesgo permitido como una evolución de la teoría de la adecuación social, que integra conceptos discursivos modernos (riesgo, beneficio social, principio de confianza, intervención de la víctima, etc.).

Por otra parte, en el artículo titulado “*El riesgo permitido como criterio valorativo*”, Garrido plantea la relevancia del riesgo permitido como elemento interpretativo de todo el derecho penal. En tal sentido, sostiene que la sociedad ha adquirido un alto desarrollo social y tecnológico lo que trae como contrapartida la proliferación de numerosos riesgos que requieren ser controlados por parte del Estado.<sup>191</sup> Al atender al riesgo permitido se asume –plantea Garrido– un punto de vista específico respecto de la sociedad toda, esto es, entenderla como una comunidad de peligros. En otras palabras, implica considerar el riesgo, su creación y control como un elemento central en el análisis del derecho penal moderno. Lo relevante es que si el derecho penal se configura en atención a la prevención de riesgos a bienes jurídicos, entonces la seguridad se transforma en una de las finalidades principales del ordenamiento.

---

<sup>190</sup> *Ibid*, p. 113

<sup>191</sup> GARRIDO, *El riesgo*, *op. cit.* en n. 188, p. 36

De acuerdo con Garrido, el derecho penal moderno debe hacerse cargo de la realidad social la cual ha sobrepasado las comprensiones y principios que la dogmática clásica había sostenido como indiscutibles. La seguridad se levanta, hoy en día, como el centro de toda la preocupación social, debiendo transformarse por tanto en lo medular del análisis jurídico. Así, “los bienes jurídicos tradicionales, si no desaparecen como objeto de protección, pasan a un segundo plano en el interés colectivo, que exige algo nuevo: ‘seguridad’ en sus múltiples proyecciones”.<sup>192</sup> La obsesión con la seguridad como la nueva finalidad del ordenamiento, dada su conexión con la realidad, enfrenta el problema de qué entendemos por esa seguridad. Y la respuesta de Garrido no es sino una exageración: la seguridad es la aspiración colectiva de toda la sociedad frente a cualquiera de los riesgos que se pueden presentar, como “una manifestación de un sentir frente a una serie indefinida de peligros a los que la persona se supone expuesta”.<sup>193</sup> O sea, la seguridad es lo que *siente la gente*.

Si bien la crítica al concepto del bien jurídico no es algo nuevo,<sup>194</sup> lo que aquí se presenta es la preocupación, como finalidad esencial del derecho penal, por toda sensación social de temor frente a cualquiera de los múltiples focos de peligro que se crean. Al asumir que el derecho debe preocuparse de que, en definitiva, las personas se sientan seguras en la sociedad, amplía desmedida e irracionalmente el foco del derecho penal. Porque no se puede negar que la seguridad plantea desafíos al derecho clásico, en el sentido de cómo (y más importante, si) la podemos incorporar en el análisis. Sin embargo, la seguridad pertinente es limitada y atiende al marco específico del derecho penal, que atendiendo a su configuración como *ultima ratio*, no puede ni debe hacerse cargo de todas aquellas conductas que infundan temor en la sociedad. De lo contrario, las normas prohibitivas que limitan las posibilidades de actuación dependerían de las eventuales sensaciones irreflexivas del grupo social. Es inaceptable que el derecho penal se transforme en el instrumento con el cual la sociedad obtiene seguridad a costa de los derechos y libertades de los sancionados. De esa forma el ordenamiento tendría que repudiar a la culpabilidad como presupuesto de la pena puesto que sería probable (muy probable, dada la “realidad social”) el castigo de inocentes para la mantención de esa seguridad. Si ya es discutible en modelos de prevención general positiva, donde retribucionistas alegan una potencial

---

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 38

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> Véase, por ejemplo, PÉREZ del Valle, Carlos. “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos”, *InDret* 4/2006.

vulneración al principio de la culpabilidad, aquí existiría no una potencial vulneración sino la inversión del principio: “si la protección de la seguridad lo amerita, no dude que castigaremos al inocente”.

El *riesgo* de la propuesta de Garrido queda en evidencia, por ejemplo, en que al momento de imputar un delito se deben considerar “las capacidades o habilidades del sujeto que realizó la actividad lesiva en el momento en que la llevó a cabo, que suministrará datos sobre potencialidad riesgosa”.<sup>195</sup> El problema no está en considerar las habilidades del sujeto al momento de imputar un delito, puesto que aquello es coherente con la referencia a capacidades físicas y cognitivas en la determinación del dolo o en la determinación del nivel de cuidado del delito culposo; sino que tal consideración se utiliza como un síntoma de peligrosidad del sujeto. Es decir, queda implícito que sólo se sancionará en la medida en que ello sea útil para la seguridad social, lo que nos acerca peligrosamente a un derecho penal del autor. Ya no sancionamos por lo que el sujeto ha realizado sino dependiendo de cuán peligroso puede ser ese sujeto para la sociedad, lo cual no requiere necesariamente la comisión de un delito, solamente la comprobación de una personalidad no deseable.

Ahora bien, el hecho de considerar como presupuesto metodológico “el vivir en situaciones de riesgo permanente” y de considerar como finalidad principal del derecho penal el mantener la seguridad ciudadana adquiere importancia respecto de los dos posibles escenarios: el riesgo creado por una acción es aceptado por el ordenamiento o, por el contrario, ese riesgo es proscrito por el ordenamiento y, por tanto, debe ser controlado. El riesgo permitido se transforma en la contracara de la tipificación de conductas punibles, explicitando su relevancia en la comprensión de todo el derecho penal.

Este riesgo permitido sólo se obtiene con posterioridad de determinar la peligrosidad de una determinada conducta. Para ello, Garrido plantea un análisis objetivo y con criterio generalizador, atendiendo a las circunstancias de desarrollo de la actividad desde el punto de vista del derecho penal.<sup>196</sup> No queda demasiado claro el proceso y los criterios utilizados, pero lo relevante es que la peligrosidad es el punto de partida en la determinación ulterior del riesgo permitido y el nivel de cuidado exigible. Así, existe un margen de peligro que la sociedad tolera

---

<sup>195</sup> GARRIDO, *El riesgo*, op. cit. en n. 188, p. 40

<sup>196</sup> *Ibid*, p. 41



pero solamente hasta un determinado punto: a partir de allí, se exigen esfuerzos al sujeto para evitar que ese peligro se concrete en un resultado lesivo (ya no para el bien jurídico, sino para la seguridad social). Sólo es posible conocer lo que un sujeto debe realizar para evitar la infracción de la norma por medio del establecimiento del límite entre riesgo tolerado y no tolerado.

La dificultad, reconoce Garrido, se mantiene en cómo se determina el límite. Y en el planteamiento de una respuesta, Garrido formula una restructuración de lo que conocemos por riesgo permitido. Señala que el riesgo permitido tiene aplicación en cualquiera de los casos en que existe exclusión de tipicidad o justificación de la acción, poniendo como ejemplo los delitos que son atribuibles a culpa y la legítima defensa o estado de necesidad. Así, el concepto de riesgo permitido asumiría una función inédita, cual es, ser indicativo de cualquier negación del injusto. Existiría riesgo permitido siempre que no pueda predicarse de una conducta que es injusta. Incluso, “no debe, bajo ningún aspecto, confundirse este concepto con el tradicional de justificación de las conductas, es mucho más amplio”.<sup>197</sup> Lo que sorprende es la extensión del riesgo permitido, abarcando incluso causales de justificación, cuando en la doctrina comparada y nacional usualmente es entendido como una causal de atipicidad.

Si nos tomamos en serio la propuesta, entonces evidencia un compromiso sólido (pero no completo) con el mencionado ejemplo de las dos caras de la moneda: el riesgo permitido es la contracara de la sanción de conductas, de forma que cualquier argumento que excluya esa punibilidad tendría que asumirse como riesgo permitido. Y ello trae consigo dos problemas: El primero es que el argumento llevado al extremo (o sea, un compromiso completo) debiera incorporar las causas de inculpabilidad y exculpabilidad, e incluso el no cumplimiento de condiciones objetivas de punibilidad, como riesgo permitido. Y segundo, asumir esta postura implica, en definitiva, eliminar todo el rendimiento teórico del riesgo permitido transformándolo simplemente en el recipiente de todo lo no punible. Lo relevante del concepto está en que expresa el permiso de la sociedad para la comisión de actos peligrosos en virtud de consideraciones también sociales. Es el mismo legislador quien se impide la intervención punitiva desde un principio, lo cual sólo será aceptable en ámbitos precisos de rendimiento social que poco y nada tienen que ver con la intervención de causas de justificación. El

---

<sup>197</sup> *Ibid*, p. 42

cumplimiento de las medidas de cuidado es el mecanismo de control para que ese riesgo se mantenga en los estándares permitidos.

Para terminar, Garrido si bien alude con poca prolijidad a las nuevas finalidades del derecho penal y a la conceptualización del riesgo permitido sin medir las consecuencias de sus postulados, permite observar los excesos de un derecho penal de la seguridad ciudadana y que todavía no es tarde para enmendar el camino hacia un derecho penal comprometido con un Estado democrático respetuoso de derechos y libertades.

#### 4. Recapitulación

Del examen de la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre imprudencia y riesgo permitido surgen una serie de interrogantes y desafíos que esta investigación se propone enfrentar. El esfuerzo principal estará en la construcción de un modelo de la imputación del cuasidelito desde la teoría de las normas, el cual proponga una función coherente de la imprudencia respecto del dolo. Sin embargo, un segundo objetivo general se corresponde con una revisión del concepto de riesgo permitido y una propuesta algo diferente a la tradicional en su interpretación.

En específico, ahora, los autores clásicos ven enfrentadas sus posiciones en numerosos aspectos, de los cuales el “más sistemático” es la ubicación de la imprudencia ya sea en el injusto, ya sea en la culpabilidad. No es trivial la respuesta a ofrecer puesto que de ella se derivan consecuencias evidentes para la identificación del concepto de imprudencia. Pero además, tendrá que resolverse la siempre problemática relación entre el dolo y la falta de cuidado, los cuales han sido reconocidos unánimemente por la doctrina como los criterios subjetivos a tener en cuenta al momento de justificar la sanción penal. Aquí se sostendrá la dependencia lógica de la imprudencia al dolo, en la forma de entender a la primera como una imputación extraordinaria. Si bien este argumento no puede entenderse como original, pues es recurrente que tanto causalistas como finalistas atribuyan una función auxiliar a la imprudencia, de tal conclusión tienen que obtenerse respuestas para otras dificultades en el estudio del cuasidelito, por ejemplo, la posibilidad de un cuasidelito en grado de tentativa.

Uno de los problemas que observamos que enfrentaba la doctrina, especialmente Etcheberry y Cury, era una confusión conceptual entre la noción de objeto de la imputación y la noción de regla (o criterio) de imputación. El modelo de imputación a ofrecer tiene que (necesariamente) responder a esta diferencia y enfatizar la relevancia de su correcta comprensión. En tal sentido, debe quedar claro que el injusto objetivo del delito culposo es idéntico al delito doloso respectivo. La doctrina nacional, aunque sin mencionarlo expresamente, parece sostener exactamente lo opuesto: hay un tipo objetivo doloso y un tipo objetivo diferente culposo.

Por otra parte, no es suficiente afirmar simplemente que la imprudencia se caracteriza por una infracción del deber de cuidado. Ésta es la manera genérica en que la doctrina y la jurisprudencia han explicado el concepto de culpa. Sin embargo, se hace imperativo profundizar el concepto de deber de cuidado, comparándolo con el deber también infringido en los delitos dolosos. De ese análisis surgirán diferencias lógicas vitales que, incluso, obligarán a cambiar la nomenclatura.

Ahora bien, en una materia en donde no existe acuerdo doctrinario alguno, es la configuración del deber de cuidado, o sea, cómo se construye la imprudencia. Si algunos plantean una perspectiva puramente objetiva, como Novoa; otros sostienen la referencia necesaria al sujeto concreto, como Bustos; por lo cual tenemos que ofrecer primero una clasificación organizada de ambas (y otras) posturas para luego justificar cuál de ellas es la correcta. En este punto, es fundamental refutar aquellas posiciones que prescinden del concepto de cuidado para fundamentar la imprudencia, tal como lo hace Cury. Modificar la teoría para excluir toda referencia al cuidado es construir un laberinto conceptual en el que las posibilidades de perderse son altas y que al final, igualmente, estará esperando el mismo concepto que se pretendió desconocer.

Y finalmente, como decíamos, tiene que explicarse en qué consiste el concepto de riesgo permitido y cómo ese concepto se inserta en el modelo de imputación a título de imprudencia que se propone. Ello llevará a una revisión del concepto sostenido por la teoría de la imputación objetiva, el cual ha sido asumido por la mayoría de la doctrina nacional, en el sentido que el riesgo permitido sólo reclama pertinencia en el ámbito específico del delito imprudente como permisión de disminución de la capacidad de acción. De ahí que tenga nulo rendimiento respecto del dolo.

## **SEGUNDA PARTE. Imprudencia y riesgo permitido desde la teoría de las normas**

### 1. Imputación en el delito imprudente

#### 1.1. La imputación de un hecho punible

a) Afirmar que una conducta es imprudente en sentido jurídico penal se basa en un exitoso proceso de imputación de un hecho antinormativo a un determinado sujeto. Sin embargo esa imputación tiene que caracterizarse como extraordinaria porque sólo entra en juego cuando excluimos el conocimiento actual del autor sobre las circunstancias relevantemente típicas de la conducta, esto es, cuando excluimos el dolo. En tal sentido, la imprudencia no puede examinar la capacidad de evitación del resultado lesivo puesto que precisamente el sujeto carece de esa capacidad, en el sentido que le era imposible en el momento preciso evitar la acción que infringiría su deber derivado de la norma de comportamiento pertinente. Lo que se le imputa, entonces, es que podía haber evitado quedar en situación de infracción inevitable de la norma. Vale la pena hacer explícito de inmediato que, a pesar de su habitualidad en el tratamiento doctrinario chileno, se preferirá hablar de *imprudencia* en vez de *culpa*. Si bien la diferencia terminológica no es del todo clara (ni se tratará en lo que sigue), el concepto de imprudencia es el que expresa con exactitud lo que queremos decir.

Ahora bien, el dolo y la imprudencia operan como criterios de imputación, esto es, como los criterios a utilizar por el juzgador para verificar la capacidad del sujeto en el seguimiento de la norma. En tal sentido, existe una relación lógica entre el criterio (o regla) de imputación y la norma penal, puesto que la primera permite comprobar, en el sujeto específico, la falta de fidelidad de la segunda. El problema está en determinar en qué consiste esa noción de norma, lo que nos lleva a la clarificación entre distintos tipos de normas con relevancia jurídico penal.

Así, reconocemos *normas de sanción* y *normas de comportamiento*. Las primeras facultan la imposición de una sanción ante la ocurrencia de un hecho y las segundas expresan una prohibición o un mandato a realizar una determinada conducta. Nuestra intuición nos dice que la pena se impone al autor porque éste infringió alguna norma. Esta intuición es correcta, pero sólo respecto de las normas de comportamiento. Si observamos el código penal, en su parte especial, nos encontramos con un conjunto de reglas que disponen la imposición de un determinado

castigo ante la comisión de una determinada conducta. Son, entonces, *normas de sanción*, respecto de las cuales la ejecución de un hecho delictivo cumplirá – no infringirá – la norma explicitada en la ley. Por ejemplo, el art. 395 señala “El que maliciosamente castrare a otro será castigado con presidio mayor en sus grado mínimo a medio”, de modo que si A cercena los testículos de B, la norma faculta la aplicación por parte del juez de la sanción descrita.

En consecuencia, es la *norma de comportamiento* la que funciona como el estándar que permite aseverar la incorrección de un hecho como delictivo. Fue Binding quien postuló que a cada norma de sanción (denominada propiamente ley penal) le corresponde una norma de comportamiento.<sup>198</sup> Ésta se expresa como una prohibición o mandato que está dirigida, al decir de la doctrina clásica,<sup>199</sup> a la protección de bienes jurídicos. En tal sentido, la norma de comportamiento del art. 395 rezaría “Está prohibido castrar a otro”. Entonces, la norma de sanción recibe aplicación sólo porque se ha visto infringida una determinada norma de comportamiento: la razón del castigo (aplicación de la norma de sanción) es la infracción de la norma de comportamiento. Se puede reconocer, por tanto, una relación lógica en la cual la norma de sanción es secundaria frente a la norma de comportamiento.<sup>200</sup>

Lo interesante es que la norma de comportamiento exhibe dos funciones, una retrospectiva y otra prospectiva. Cumple una función en la prospectiva pues todo sujeto puede determinar sus acciones tomando en cuenta la norma de comportamiento: si no quiero infringir la prohibición de la castración, entonces no debo castrar a otro. Tomando a la norma en consideración, tengo el conocimiento necesario para concluir que determinadas acciones que puedo emprender conllevarán su infracción. Por tanto, la norma de comportamiento, desde esta perspectiva, se entiende como una prescripción dirigida al sujeto sometido a la norma señalándole que una conducta está prohibida o mandada (o permitida, en el caso de una causa de justificación). De tal

---

<sup>198</sup> BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung I*, 4ª edición, Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 3 ss., 35 ss. Cita obtenida en MAÑALICH, Juan Pablo. “El delito como injusto culpable”, *op cit* en n. 115, p. 90, nota 7.

<sup>199</sup> Véase, por todos, NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 19

<sup>200</sup> Véase MAÑALICH, Juan Pablo. “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 12, 2010, p. 172, quien correctamente caracteriza a la norma de sanción como norma habilitadora, al plantear que “la norma de sanción es una regla por la cual el aplicador del derecho resulta habilitado para la imposición de la pena como reacción jurídica a la contravención de una norma que fundamenta una obligación, la cual ha de ser vista como el *prius lógico* de la primera”.

forma, la norma de comportamiento desde una perspectiva prospectiva cumple una función de configuración (del comportamiento).<sup>201</sup>

Luego, la norma de comportamiento también cumple una función en la retrospectiva, o sea, un estándar con el cual medimos las acciones ya realizadas afirmando, en ocasiones, la infracción de la norma y su caracterización como antijurídica: es contraria al ordenamiento porque infringe una norma de comportamiento. Ya no son prohibiciones o mandatos sino, en la terminología de Hruschka, “tipos delictivos o de justificación que llevan aparejada una valoración de la que resulta la antijuricidad o no antijuricidad de la conducta”.<sup>202</sup> Desde esta perspectiva ya no están dirigidas al ciudadano sino al juzgador que aplica la norma. Así, “Está prohibido castrar a otro” funcionaría como estándar para comprender a una acción castradora como antijurídica por contraria a la norma de comportamiento que fundamenta el art. 395.

Lo relevante es que aún reconociendo ambas perspectivas de la norma de comportamiento, no estamos en posición de afirmar que un determinado sujeto se ha comportado antijurídicamente y que merece ser castigado por ello. Para ello debemos recurrir al proceso de imputación, es decir, debemos atribuir la conducta antinormativa<sup>203</sup> a un agente respecto del cual podrá formularse un juicio de demérito para aplicar la pena. Y para realizar esa imputación se utilizan *las reglas de imputación*, las cuales sólo poseen una función en la retrospectiva ya que están dirigidas a quien juzga con posterioridad el hecho imputando la acción al sujeto. Debe quedar claro que las reglas de imputación, entonces, son los criterios utilizados por el juez para adscribir una conducta a alguien y que componen una categoría estructuralmente independiente a las normas de comportamiento. Esto será fundamental a la hora de analizar la imprudencia puesto que la infracción del deber de cuidado no es identificable con el delito imprudente sino que sólo es la regla de imputación respectiva. Es decir, a diferencia de lo que parece sostener parte de la doctrina chilena, la infracción del deber de cuidado no es el objeto de la imputación, esto es, el hecho antinormativo que se subsume en una descripción típica, sino sólo el criterio por el cual se imputa el cuasidelito.

---

<sup>201</sup> HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento*, op. cit. en n. 10, p. 13

<sup>202</sup> *Ibid*, p. 13. Si bien Hruschka atribuye relevancia a la norma de comportamiento, en su perspectiva retrospectiva, como *tipo delictivo*, en realidad, es la norma de sanción la que entrega los elementos a tener en cuenta en el proceso de subsunción. De tal forma es ésta (la norma de sanción y no la de comportamiento) la que se identifica con el *tipo penal*. En este punto, entonces, diferimos con Hruschka.

<sup>203</sup> Para el análisis de la antinormatividad, véase *infra* II.1.1.1

Y este proceso de imputación está íntimamente conectado con el reconocimiento de libertad. Es decir, “imputar significa considerar un proceso como acción libre. En palabras de Kant: ‘imputamos [algo] si *simpliciter* es atribuido, esto es, cuando es concebido como procedente de la libertad’”.<sup>204</sup>

b) La posición sistemática del dolo y la imprudencia pertenece al contexto de análisis del injusto, esto es, en el denominado primer nivel de la imputación. Esto porque el proceso de imputación necesario para responsabilizar a alguien por un resultado típico se da en dos niveles.<sup>205</sup> El primer nivel de imputación es la adscripción de un cierto hecho como acción de (“perteneciente a”) un sujeto. Este proceso resulta no sólo primordial en la imputación jurídico penal sino ya en la relación cotidiana con los demás pues permite determinar qué hecho pertenece a qué sujeto, cuestión esencial para el reconocimiento de agencia de esos otros. Afirmar la imputación de primer nivel respecto de alguien cuenta como que el autor “ha estado en situación de omitir el hecho comisivo imputado o bien de ejecutar el hecho omitido”.<sup>206</sup> Por tanto, este primer nivel apunta a la evitabilidad del comportamiento analizado: la acción es libre, entendiendo la libertad como Aristóteles, esto es, en palabras de Hruschka, “una acción es ‘libre’ (y con ello realizada ‘con volición’) cuando el ‘origen’ de la acción reside en el propio agente y éste conoce las circunstancias relevantes de la acción”.<sup>207</sup>

En otras palabras, sostener que un determinado hecho es atribuible en este primer nivel a un sujeto es reconocerle – en nomenclatura actual – *capacidad de acción*: el sujeto presenta las condiciones físicas e intelectuales (cognitivas) con las cuales pudo haber evitado la comisión del hecho.<sup>208</sup> En la medida que esas condiciones implican que el sujeto estuviese en posición física de actuar distinto y que además tuviese el conocimiento suficiente sobre las consecuencias de su

---

<sup>204</sup> HRUSCHKA, Joachim. “Prohibición de regreso y concepto de inducción”. *En su: Imputación y Derecho Penal*. Montevideo/ Buenos Aires, B de F, 2009, p. 224, donde cita a Kant, AA, vol. XIX

<sup>205</sup> Téngase en cuenta que para imponer una pena por la realización de un delito consumado, no basta la imputación pues ella solamente plantea la infracción del deber del autor respecto del tipo pertinente, sino que además es necesario predicar de un comportamiento que es típicamente antinormativo. Para ello es necesario un proceso de subsunción a través del cual se reconozca al resultado acaecido como uno de los casos de la descripción típica. Sólo en *infra* II.1.11 se analizará este segundo momento, por lo que se previene que lo que sigue debe ser entendido (correctamente) como incompleto.

<sup>206</sup> HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento, op. cit.* en n. 10, p. 16

<sup>207</sup> HRUSCHKA, Joachim. “Actio libera in causa y autoría mediata”. *En su: Imputación y Derecho Penal*. Montevideo/ Buenos Aires, B de F, 2009, p. 201 nota 3

<sup>208</sup> MAÑALICH, *Norma e imputación, op. cit.* en n. 200, pp. 179 s.

actuar, aquí el criterio de imputación relevante es el *dolo*.<sup>209</sup> El hecho no se imputará como acción en casos en que el agente no podía físicamente evitar la conducta, por ejemplo si era un sonámbulo o fue empujado por otro (*vis absoluta*), ni tampoco cuando carecía del conocimiento de las circunstancias fácticas concretas, esto es, cuando se encontraba en error de tipo excluyente de dolo.

Entonces quien actúa dolosamente se encuentra en posición de actuar conforme a la norma de prohibición o mandato respectivo, pues le es evitable tanto física como cognitivamente su infracción, de forma que si el autor igualmente ejecuta una acción causante de un resultado típico está expresando con ello su negativa al seguimiento de la norma, en definitiva, “una voluntad de negación del derecho”.<sup>210</sup> Por ello, aseveramos que esa conducta es antijurídica, o sea, contraria al ordenamiento jurídico; y que el sujeto ha infringido su deber de evitar esa acción antijurídica.

La imputación de segundo nivel, por su parte, examina si el sujeto estaba en condiciones de formarse un motivo para el seguimiento de la norma y, por tanto, evitar la acción antijurídica. Esto se ha denominado *capacidad de motivación* y está en directa relación con la posibilidad de predicar la culpabilidad del sujeto en la infracción de la norma. En este contexto, el sujeto también es libre, pero en un sentido distinto al del primer nivel de imputación: aquí significa “voluntariamente”.<sup>211</sup> Nótese que en este segundo nivel ya no se imputa un hecho sino que se está imputando una acción antijurídica; sólo respecto de ella podemos afirmar la culpabilidad.

Asimismo, podemos reconocer una regla de imputación de segundo nivel, a saber, que el sujeto estuviese en condiciones de formarse y realizar el motivo de evitar el comportamiento típico expresando el seguimiento de la norma. Se frustrará, por tanto, la imputación cuando el sujeto no hubiese sido capaz de formarse el motivo de evitar la infracción – inculpabilidad, por ejemplo, demencia – o cuando si bien reconocemos esa capacidad también reconocemos otro motivo de entidad suficiente para comprender como inexigible la motivación del seguimiento de la norma – exculpación, por ejemplo, fuerza irresistible. En otras palabras, el ordenamiento no puede exigir la formación de un motivo para la evitación de la acción antijurídica ya sea porque

---

<sup>209</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 220

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> HRUSCHKA, *Actio libera*, op. cit. en n. 207, p. 204



reconoce la imposibilidad de la formación de ese motivo o porque reconoce, en el contexto preciso de actuación, otro motivo que derrota al que, en virtud del deber, tuvo que formarse el autor.<sup>212</sup>

Sólo por medio de la imputación en ambos niveles podemos afirmar que el autor ha infringido culpablemente su deber de seguir la norma de comportamiento. Para ello, es esencial notar que los criterios de imputación utilizados apuntan a las capacidades y conocimientos que el sujeto tenía al momento de actuar, lo cual explica con convicción que si bien la imputación es un proceso realizado por el juez *ex post facto*, lo obliga a colocarse en la situación del agente, esto es, asumir una perspectiva *ex ante*.

c) Ahora bien, la determinación del injusto subjetivo, es decir, que la imputación de primer nivel sea exitosa, implica que el sujeto ha infringido un deber de acción que se deriva de la norma de comportamiento pertinente. Esta infracción de deber (de acción) manifiesta la capacidad de evitar el comportamiento delictivo, de modo que está referido directamente al reconocimiento de dolo y sólo indirectamente al de imprudencia. En tal sentido, tiene que quedar claro que la imputación a título de dolo está relacionada directamente con la infracción del *deber de acción*, pues el dolo señala que el autor se representó, con una probabilidad suficiente, que la ejecución de su acción infringiría el deber respectivo; mientras que la imputación a título de imprudencia sólo justifica la infracción del deber de acción mediante el recurso a un concepto auxiliar, cual es, el *deber de cuidado*. Quedémonos, por ahora, en el análisis del dolo como infracción del deber de acción.

Así, ¿cómo llegamos a afirmar que existe un deber que ha sido infringido por el autor? Porque, por un lado, tenemos a una norma de comportamiento que prohíbe (o manda) un género de conductas; y, por otro, a una conducta específica que es posible atribuir a un sujeto puesto que le era evitable su comisión. Sin embargo, aún falta un paso lógico que permita conectar ambas situaciones para poder afirmar, por tanto, que el sujeto actúa antijurídicamente. Para ello debemos convertir esa norma de comportamiento general en una máxima de acción del sujeto particular a través de los elementos de la capacidad de evitación, en el sentido que el sujeto podía evitar ejecutar la acción contraria a la norma. Esa norma general, entonces, se convierte

---

<sup>212</sup> MAÑALICH, *Norma e imputación*, op. cit. en n. 200, pp. 180 ss

por medio del proceso de atribución en el *deber individual de acción*.<sup>213</sup> De tal forma, la norma de comportamiento que exige aplicación respecto de todos y en todos los casos pertinentes, se concreta como deber de acción de un agente en específico, quien debe actuar conforme a los estándares que tal norma provee. Para lograr tal concreción, en el proceso de imputación se tendrán que analizar las condiciones necesarias para el reconocimiento del deber. Sólo así se construye la vinculación personal a la norma.<sup>214</sup> Si no se dan esas condiciones, entonces el sujeto no estaba en una posición en la cual la norma contara para él como un deber, es decir, no había razones para actuar conforme a la norma, siendo el contenido normativo inexigible a su respecto.

“Y la infracción de este deber constituye el injusto de la acción jurídico penalmente relevante”<sup>215</sup>, puesto que sólo entenderemos responsable penalmente a alguien por el quebrantamiento de una norma de comportamiento cuando el sujeto estaba en condiciones de evitar y motivarse a evitar el comportamiento típico. En otras palabras, el sujeto actúa injustamente cuando infringe su deber actual de acatar la norma imputándosele un determinado resultado antinormativo, el cual opera como el objeto de la imputación sin intervenir en la determinación de su deber de acción.

Ahora bien, la herramienta lógica por la cual se construye el deber de acción y a través de la cual, por tanto, se realiza la imputación jurídico penal se denomina *silogismo práctico*.<sup>216</sup> Ese silogismo está conformado por una premisa mayor constituida por la norma de comportamiento correspondiente – está prohibido matar a otro; por una premisa menor integrada por los conocimientos que tiene el sujeto – A sabe que si dispara a la cabeza de B, lo mata – y por una conclusión que indica el deber del sujeto – A debe evitar disparar a la cabeza de B. Por tanto, el silogismo práctico permite identificar el deber de un sujeto en atención a una norma y a sus conocimientos sobre el hecho, pero no permite afirmar la infracción de ese deber. Para ello, se tiene en cuenta la conducta efectivamente realizada: si ésta contradice su deber, entonces damos por acreditada la imputación de primer nivel pues el hecho delictivo era intencionalmente evitable para el autor.

---

<sup>213</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo, op. cit.* en n. 5, p. 8

<sup>214</sup> MAÑALICH, *Norma e imputación, op. cit.* en n. 200, p. 180

<sup>215</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo, op. cit.* en n. 5, p. 8. En forma más precisa, al completarse con éxito ambos niveles de imputación se atribuye el comportamiento como infracción de deber *culpable*.

<sup>216</sup> Para mayor profundidad sobre la inferencia práctica desde un punto de vista filosófico analítico, véase VON WRIGHT, Georg Henrik. “Inferencia práctica”, *Praxis Filosófica* 26 (2008), p. 306 ss, especialmente la importante diferencia entre inferencias en primera y en tercera persona.

Asimismo, lo interesante es que en un silogismo de primera persona, como corresponde entender a la imputación jurídico penal desde un punto de vista *ex ante*, la premisa menor se identifica con la regla de imputación del dolo, es decir, con los conocimientos referidos a la premisa mayor. Pero aún más relevante es que existe una necesidad lógica en que el sujeto cumpla con su deber, es decir, “la conclusión es un acto, algo que esta persona hace”.<sup>217</sup> De lo contrario, no podrá sino concluirse que el sujeto no pretendía respetar la validez de la norma de comportamiento. Así se explica por qué la infracción de deber conlleva una voluntad contradictoria con la norma y con el ordenamiento en general.

La utilidad del silogismo práctico como esquema básico de imputación es que permite diferenciar con claridad entre el objeto de la imputación y el criterio (o regla) de imputación, esta es, la razón por la cual se imputa el comportamiento antinormativo. La diferenciación entre ambos conceptos será fundamental al momento de afrontar casos problemáticos, puesto que su confusión lleva a resultados indeseables, a menudo incurridos por la doctrina nacional. Esta demarcación entre objeto y criterio de imputación se asimila, en todo caso, a los conceptos doctrinarios de tipo objetivo y de tipo subjetivo.<sup>218</sup>

d) Una imputación a título de *imprudencia* solamente puede ser planteada cuando el dolo ha sido descartado, o sea, cuando el sujeto carece de la capacidad para evitar la infracción del deber de acción, de modo que, en el momento relevante, le era inevitable ejecutar un comportamiento adecuado a deber. En tal sentido, la imputación fracasa. Sin embargo, aún podemos preguntarnos por la razón por la cual el sujeto carece de la capacidad para evitar el resultado lesivo, es decir, por qué no hay dolo. La pregunta es interesante pues es posible desarrollar acciones que aseguren la capacidad futura, en el sentido que se pretende evitar quedar en una situación de inevitabilidad. En otras palabras, quien asuma las normas penales como razones para la acción, no sólo puede interesarle evitar la ejecución de acciones que provoquen resultados típicos, sino también evitar una situación en la cual no podrá evitar ese resultado típico. De tal forma, el examen de esta “evitación de la inevitabilidad” se corresponde con el estudio de la imprudencia: el que actúa conforme a cuidado asegura su capacidad para evitar la infracción del deber.

---

<sup>217</sup> *Ibid*, p. 309

<sup>218</sup> Asimismo, el silogismo práctico también permite diferenciar entre el objeto y el fundamento de la imputación, en donde el primero apunta al contenido normativo del tipo correspondiente, o sea, lo que debe ser evitado y el segundo al actuar que no se corresponde con el deber y que es incompatible con la conclusión. KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 10

Lo relevante está en notar la relación entre el dolo y la imprudencia, lo cual se deja reconstruir en la diferenciación entre dos tipos de imputación. La *imputación ordinaria* se refiere a cuando el agente está en condiciones de evitar la producción del resultado, o sea, es la imputación que atiende a las capacidades de primer o segundo nivel para que el autor, en definitiva, se motive y evite la realización de esa acción. La *imputación extraordinaria*, por el contrario, ocurre “cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión, pero puede reprochársele precisamente que se encuentre en esta situación de imposibilidad o de incapacidad”.<sup>219</sup> Y este proceso extraordinario de imputación también es aplicable en ambos niveles de imputación.

Así, en el primer nivel de imputación señalamos que el criterio de imputación relevante era el dolo, de manera que si no se satisfacen las exigencias del dolo es imposible llevar adelante la imputación (ordinaria). Decíamos que esta exclusión de la imputación acontece en casos de *vis absoluta* por incapacidad física o en casos de error de tipo por incapacidad cognitiva. Por ejemplo, A ha sido empujado por B, con lo cual el cuerpo de A produce el quiebre de una ventana: como A estaba en el momento de la acción – descrita como “A rompe una ventana” – impedido de evitarla, no es posible imputarle el resultado – la ventana rota – a su conducta, quedando excluida la imputación ordinaria. Sin embargo, aún queda analizar la imputación extraordinaria, porque si A ha iniciado arrogantemente una pelea contexto en el cual se produce el empujón, entonces podríamos afirmar que A podría ser responsable por no evitar ponerse en una situación en la cual le sería imposible evitar el rompimiento de la ventana. De la misma forma, si el sujeto carece de la capacidad cognitiva necesaria para la evitación de la conducta lesiva no existirá dolo, pero aún podemos imputar extraordinariamente haciendo responsable al autor precisamente por esa ausencia de dolo en los casos en que esa incapacidad no ha sido evitada por el sujeto. Nótese que esta imputación extraordinaria sólo es posible cuando no puede afirmarse la imputación ordinaria porque “solamente cuando algo no está a mi alcance en el momento decisivo puede plantearse si yo soy quizá responsable de que ya no esté a mi alcance”.<sup>220</sup>

---

<sup>219</sup> HRUSCHKA, Joachim. “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”. En su: Imputación y Derecho Penal. Montevideo/ Buenos Aires, B de F, 2009, p. 55

<sup>220</sup> *Ibid*, p. 79

Entonces, la imputación extraordinaria plantea una excepción a la máxima básica que la ausencia de capacidad exonera (no tan sólo en ámbito jurídico penal, sino en todo ámbito de responsabilidad), puesto que el sujeto no puede invocar la incapacidad actual de seguimiento de la norma si esa incapacidad le era evitable, debiendo el sujeto haberse preocupado por asegurar esa capacidad de seguimiento de la norma. La responsabilidad por la incapacidad se justifica en que resulta contradictorio querer seguir la norma sin querer estar en posición de poder hacerlo.<sup>221</sup>

Pero enfoquémonos, primero, en el contenido de la imputación extraordinaria<sup>222</sup> de primer nivel: se indica que el sujeto es responsable por el hecho, no basado en la capacidad que tenía en el momento, sino por la capacidad que podría haber tenido si hubiese actuado previamente atendiendo al seguimiento futuro de la norma. En definitiva, se imputa que el sujeto no se hubiese comportado de la manera que evitaba esa incapacidad, es decir, de una manera adecuada que evitaría la afectación de bienes jurídicos a través de acciones futuras que escapasen a su control. Entonces, estamos hablando de *imprudencia*: si el autor se hubiese comportado cuidadosamente entonces podría mantener la capacidad para evitar la infracción de la norma. Y ese cuidado le era exigido normativamente puesto que una acción contraria a cuidado también expresa una voluntad de negación del derecho, claramente en un sentido más débil que el dolo – que expresa voluntad directa, si se quiere, de negación -, pero negación al fin y al cabo implicando su negativa al aseguramiento de las capacidades que hacen posible conducir su acción lícitamente. Expresa la aceptación del riesgo de contradicción del derecho por incapacidad de controlar su propia acción futura.<sup>223</sup>

Y en la imprudencia, el criterio de imputación correspondiente se encuentra en la infracción de una exigencia de cuidado,<sup>224</sup> en el sentido que si el sujeto quiere mantener su capacidad de seguimiento futuro de la norma debe actuar según esa exigencia, siendo su quebrantamiento la

---

<sup>221</sup> KINDHÄUSER, ¿*Qué es la imprudencia?*, *op. cit.* en n. 173, p. 221

<sup>222</sup> Hay que tener presente que la imputación extraordinaria está relacionada históricamente con el concepto de *actio libera in causa*. A pesar de que la dogmática actual circunscribe este concepto a los casos de intoxicación excluyente de conciencia de la ilicitud, la *actio libera in causa* apunta a cualquier acción que fue libre en su origen, pero que no es libre actualmente (al momento de la acción). De tal forma, se puede reconocer una *actio libera in causa* en cualquiera de los dos niveles de imputación extraordinaria. Véase HRUSCHKA, *Actio libera*, *op. cit.* en n. 207, p. 205

<sup>223</sup> KINDHÄUSER, ¿*Qué es la imprudencia?*, *op. cit.* en n. 173, p. 222, lo expresa de una manera similar: “Un no-saber también puede expresar un déficit de reconocimiento de la norma, si el correspondiente saber hubiese capacitado al autor para la evitación de la realización del tipo”.

<sup>224</sup> MAÑALICH, *Norma e imputación*, *op. cit.* en n. 200, p. 180

razón por la cual entendemos infringido el deber de acción respectivo y, por tanto, configurado el injusto subjetivo. Téngase en cuenta que sobre el carácter del deber de cuidado se discutirá en el siguiente capítulo.

Aunque nuestro interés está en la imputación de primer nivel, la exclusión de la imputación ordinaria también podría darse en el segundo nivel, siendo pertinente preguntarnos por la posibilidad de esa imputación extraordinaria. De modo que si el sujeto era incapaz de motivarse a actuar conforme a la norma, debemos preguntarnos si podemos responsabilizar al sujeto por esa imposibilidad. Conceptualmente, una imputación extraordinaria sólo quedaría excluida ante una causa de inculpabilidad por minoría de edad, puesto que el ordenamiento no le reconocer libertad a un menor de edad y, por tanto, no hay espacio para responsabilidad. No obstante, respecto de la causa de inculpabilidad por demencia y de causas de exculpabilidad en general existe la posibilidad – aunque, si bien es cierto, remota – de encontrar una acción responsable previa a la ausencia de culpabilidad. Ahora bien, en específico, es en contexto de la ausencia del conocimiento (actual) de la ilicitud que se abre la puerta para una acción libre previa imputable de mayor ocurrencia práctica. La posibilidad más evidente está en los casos de autointoxicación, que reciben la denominación tradicional de *actio libera in causa*, en donde es fácilmente reconocible el comportamiento de intoxicación que incapacitará posteriormente para motivarse conforme a la norma: si el intoxicado comete un delito sin conciencia de la ilicitud fracasa la imputación ordinaria por ausencia de capacidad de motivación, pero podemos imputar extraordinariamente en atención a que le era evitable caer en estado de intoxicación. No obstante lo anterior, el caso más interesante será el de error de prohibición vencible, en donde se le imputa culpablemente el hecho injusto precisamente ante la carencia de capacidad de motivación actual: el autor pudo evitar encontrarse en una situación posterior en la cual no podría formarse la motivación de seguimiento de la norma.<sup>225</sup>

Si bien no existe una construcción dogmáticamente precisa para identificar la imputación extraordinaria en este segundo nivel – puesto que la imprudencia entendida clásicamente ha quedado referida al primer nivel – igualmente puede hablarse de la preocupación del sujeto en no limitar su capacidad de motivación futura, o sea, un estándar de cuidado en no quedar incapacitado posteriormente, que entrega la posibilidad de expandir la dogmática de la

---

<sup>225</sup> HRUSCHKA, *Regla de comportamiento*, op. cit. en n. 10, p. 24. En el mismo sentido MAÑALICH, *Norma e imputación*, op. cit. en n. 200, p. 181

imprudencia también al ámbito de la culpabilidad. Ello implicaría la aceptación de una responsabilidad disminuida – expresada en la pena – respecto de casos de error de prohibición evitable. Sin embargo, esta temática escapa por lejos el objeto de esta investigación.

e) Entonces, la imputación a título de imprudencia se configura cuando existe infracción de la exigencia (“deber”) de cuidado. El concepto y la construcción de esa exigencia de cuidado será la problemática a resolver en los capítulos venideros. Lo que aquí interesa es discutir los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia nacional exigen mayoritariamente para el reconocimiento de la imprudencia, los cuales, además de la infracción del deber de cuidado, son la previsibilidad y el vínculo causal entre el quebrantamiento de cuidado y el resultado acaecido.<sup>226</sup>

En primer lugar, la exigencia de previsibilidad del resultado se sostiene en que nadie puede ser responsable por un acontecimiento fortuito, o sea, en términos de imputación, un acontecimiento fortuito es aquel respecto del cual el sujeto carece absolutamente de capacidad para su evitación. Lo relevante está, entonces, en que siempre será necesario reconocer la posibilidad de evitar el resultado lesivo, lo cual puede verificarse en forma directa por medio del dolo o en una forma indirecta por medio de la imprudencia. Si no hay posibilidad de evitación, entonces por mandato del principio *ultra posse nemo obligatur*, no puede haber responsabilidad penal.

Ahora bien, el requisito de previsibilidad exigido por la doctrina clásica chilena parece sostenerse en un criterio psicológico, en el sentido que el resultado pudiera “pasar por la mente” del autor, siendo que lo interesante de este elemento radica en la imperiosa comprobación de la capacidad de evitación. En tal sentido, no es necesario postular una exigencia adicional de previsibilidad pues la configuración del deber de cuidado ya cumple con el propósito de examinar si hubiese podido evitarse la situación de inevitabilidad de producción de resultado lesivo. Si se concluye la infracción de tal deber de cuidado entonces, al mismo tiempo, se está afirmando la posibilidad de que, con el actuar cuidadoso que se le exigía, el sujeto podría haber quedado en situación de evitar el accidente. En otras palabras, nunca se concluirá una infracción del deber de cuidado, en donde el resultado sea imprevisible, de modo que un requisito accesorio de previsibilidad resulta superfluo y debe excluirse.

---

<sup>226</sup> Véase, por todos, la sentencia SCS 15.09.2008, Rol n° 7070-07, *op cit.* en n. 117, explicada *supra* I.2.a

En segundo lugar, la doctrina nacional, en forma mayoritaria, ha exigido entre la realización del tipo y la infracción del deber de cuidado un vínculo causal.<sup>227</sup> Sin embargo, ello también es una equivocación, pues es cierto que debe reconocerse un vínculo entre el resultado y la acción descuidada, pero ese vínculo no es de índole causal sino valorativo.

Lo que la doctrina clásica exige es que el resultado haya sido *causado* por la infracción del cuidado, de modo que si el sujeto se hubiese comportado con la diligencia debida, entonces el resultado típico no habría tenido lugar. En el ejemplo de un hombre que imprudentemente maneja un arma por lo cual se escapa un disparo que hiere a otro, se exigiría la comprobación de que la lesión del último se causó debido a la vulneración de las normas de cuidado pertinentes por parte del primero. El problema de este requerimiento es que no es posible aseverar con necesidad causal que el resultado lesivo no se hubiese producido de haber cumplido con los estándares de cuidado. Porque es perfectamente posible que el sujeto igualmente hubiese ejecutado la acción, ahora dolosamente, provocando el mismo resultado. Y si no es posible excluir el resultado al actuar con el cuidado debido, entonces no puede sostenerse un vínculo causal entre la conducta y ese resultado.

El punto es que la exigencia de causalidad implica una comprensión equivocada de lo que expresa la imprudencia: asegurar la capacidad futura de decisión.<sup>228</sup> De ahí que la exigencia de cuidado no tenga como propósito la efectiva evitación del resultado típico sino simplemente que el autor quede en situación de actuar conforme a deber. Mientras el dolo tiene como función la evitación del resultado típico que evidencia una falta de motivación leal a derecho, con la imprudencia, el derecho penal pretende asegurar que en el momento preciso, el sujeto pueda motivarse lealmente a derecho, no que efectivamente se evite el resultado típico.

Por ende, de lo anterior no se deriva la inexistencia de un vínculo entre la infracción de la exigencia de cuidado y la realización del tipo, sino por el contrario, se hace necesario que el autor realmente hubiese podido evitar el resultado si se hubiese comportado conforme a cuidado.

---

<sup>227</sup> Véase, por todos, ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, pp. 320 s. Por su parte, la jurisprudencia ha sido del mismo parecer: véase, por ejemplo, la sentencia SCS 15.09.2008, Rol n° 7070-07, *op. cit.* en n. 117: “para que nazca la responsabilidad culposa se requiere: a) que exista un comportamiento voluntario. b) que ese acto humano, acción u omisión, origine un resultado antijurídico. c) que ese resultado sea previsible. d) que exista la obligación de preverlo y e) *que haya relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico*”.

<sup>228</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, *op. cit.* en n. 173, p. 227



En otras palabras, que al respetar las medidas de precaución, el sujeto efectivamente quedase en situación de evitar la infracción de deber. De lo contrario, la verdad de la imprudencia quedaría completamente oscurecida pues su función de aseguramiento de capacidades futura quedaría en entredicho. Este vínculo se ha denominado como *conexión de contrariedad a deber* o *conexión de riesgo* y apunta a la relación entre un hecho acaecido, el resultado no evitado y una hipótesis contrafáctica que se expresa en una frase condicional irreal.<sup>229</sup> En tal sentido, se examina lo que hubiese sucedido si el sujeto hubiese respetado el cuidado debido, puesto que si el resultado se produciría de todas formas entonces no se puede justificar la imputación a título de imprudencia. Por ejemplo, si la herida del sujeto se debió a que el portador del arma no verificó que estuviera descargada, entonces la conexión es fácil de establecer: parece evidente que si el tenedor hubiese cumplido la exigencia de comprobar la carga del arma, éste hubiese tenido la posibilidad de evitar el disparo lesivo.

La dificultad es que en muchos casos será extremadamente difícil afirmar, sin margen de error, la posibilidad de evitar el resultado lesivo, siendo pertinente, más bien, hablar de probabilidades, en el sentido que sería altamente probable que el sujeto hubiese podido evitar la realización del tipo si se hubiese comportado conforme a cuidado. Y si esta conexión de contrariedad a deber es entendida como necesaria para justificar la imputación del resultado, entonces no queda otra alternativa que exigir un grado de *probabilidad rayana en la certeza* sobre la posibilidad de evitación del accidente.<sup>230</sup> O sea, si no existe suficiente certeza sobre la efectiva posibilidad de evitación, entonces no será posible responsabilizar al sujeto involucrado en el accidente. Y los sectores que presentan dificultades para fundar esta conexión son precisamente aquellos regulados por normas del tráfico que pretenden determinar una manera correcta de desempeñarse en la actividad debido al altísimo riesgo de que una acción degenera en una realización típica. En este ámbito es donde un bien entendido concepto de riesgo permitido puede entregar ciertas luces sobre la forma en la que debieran resolverse estos casos complejos.

---

<sup>229</sup> KINDHÄUSER, *Imprudencia y riesgo*, op. cit. en n. 5, p. 135

<sup>230</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 227

### 1.1.1 Completando el esquema: el concepto de antinormatividad

Una teoría del delito basada en la teoría de las normas no puede sino concluir que el llamado tipo objetivo realizado en un delito doloso y en un delito imprudente análogo es el mismo. Es decir, lo que se examina en el contexto del injusto objetivo es igual para, por ejemplo, un delito (doloso) de homicidio y un cuasidelito de homicidio. La diferencia entre los respectivos criterios de imputación sólo se presenta, por tanto, en el análisis subjetivo del tipo.

Para entender lo anterior, tenemos que introducir un proceso no enunciado previamente, el cual viene a completar el análisis del delito, pero que se distingue categóricamente de la noción de imputación. Porque la imputación nos indica que el sujeto contaba con las capacidades suficientes para seguir la norma, por lo cual atribuimos demérito a la conducta de actuar en su contra, pero aún no nos dice nada sobre la norma específica que estamos analizando y su relación con el comportamiento ejecutado por el sujeto. Porque evidentemente el derecho penal castiga la infracción de una norma, no el dolo o la imprudencia que sólo cuentan como reglas para atribuir el hecho al sujeto.

En tal sentido, será pertinente aludir a una determinada norma de comportamiento cuando un hecho realiza el contenido de esa norma, sin interesar – todavía – la posibilidad de imputación en virtud de las capacidades del sujeto.<sup>231</sup> Sólo si es posible aseverar que el comportamiento específico es uno de los (tantos) casos planteados abstractamente por la descripción típica, entonces esa norma “cobra vigencia” para el análisis de responsabilidad. Ese proceso se denomina tradicionalmente *subsunción*.

Ahora, si la conducta se subsume en el contenido de la norma, en las de prohibición, o si no lo hace, en las de mandato, entonces podemos afirmar la *antinormatividad* del comportamiento. Es decir, que objetivamente es contrario a la norma de comportamiento. Por eso, a este análisis actualmente se le denomina *tipo objetivo*. Por ejemplo, si A envenena a B y éste muere, entonces la antinormatividad de la conducta de A está dada porque tal conducta realiza el contenido proposicional de la norma de sanción del Art. 391, que puede entenderse como, “el que mate a otro será penado”. Como el envenenamiento de B es una concreción de “matar a otro” entonces

---

<sup>231</sup> MAÑALICH, *Norma e imputación*, op. cit. en n. 200, p. 176

entendemos subsumida esa conducta en la norma, con lo cual afirmamos la antinormatividad de la acción. Con ello, no se ha afirmado nada sobre las eventuales capacidades de A, puesto que tal análisis corresponde a la determinación de la infracción de deber a través de la imputación.

Que una conducta sea antinormativa simplemente pone en evidencia la contradicción entre una norma y la forma de realización de una conducta. Y ese juicio de subsunción debe realizarse asumiendo una perspectiva *ex post* ya que se requiere observar toda la información sobre la ocurrencia del hecho, y no solamente con la que contaba el autor al momento de emprender la acción.<sup>232</sup> Por tanto, utilizando toda la información recopilada, tiene que afirmarse la subsunción del comportamiento en la norma. En los delitos de resultado, tal subsunción tiene que dar cuenta del vínculo causal entre la conducta de un sujeto y los acontecimientos acaecidos en el mundo, lo que en la mayoría de las ocasiones puede ser sumamente complejo. Porque incluso casos como el ejemplificado en el párrafo anterior traen aparejadas numerosas dificultades en atención a dar plena fe sobre la conexión entre una acción y la muerte de una persona causada por veneno.<sup>233</sup>

Volviendo al punto original, se hace fundamental determinar cuál es la norma pertinente frente a una específica conducta porque sólo así dispondremos de la descripción típica necesaria para el proceso de subsunción. Lo esencial es notar que ninguno de los artículos 490 y siguientes se entienden como normas de comportamiento sino sólo como normas de sanción. Su función consiste simplemente en indicar las penas y abrir la punibilidad del delito imprudente en el ámbito de los delitos contra las personas, puesto que de lo contrario la imputación a título de imprudencia no podría desarrollarse debido a que nuestro sistema es de *numerus clausus*, según el art. 10 n° 13. Así, los delitos imprudentes no pueden sino hacer referencia a la misma norma de comportamiento que el delito doloso paralelo, porque la separación entre dolo e imprudencia

---

<sup>232</sup> *Ibid*, pp. 176 y 183

<sup>233</sup> Para dar respuesta a esas dificultades, se plantean diversas teorías sobre la causalidad que pretenden fundar adecuadamente la relación entre lo que hacemos y lo que ocurre en el mundo. Por ejemplo, la teoría de la equivalencia de las condiciones o la teoría de causalidad adecuada. Aún así, también se recurre a otras variadas concepciones accesorias cuando la causalidad pareciera no ser suficiente para estrechar lazos entre normas y agentes, lo que ha ocurrido con la así llamada teoría de la *imputación objetiva*. Ésta pretende incorporar correctivos (filtros) cuando la pura causalidad no responde adecuadamente a las preguntas planteadas. Si bien, en la apariencia, estos filtros cumplen una función adecuada, en realidad, cuentan como paliativos de una incorrecta interpretación de otros conceptos jurídicos penales. Para una profundización sobre la teoría de la imputación objetiva, véase *infra* II.2.1; para una crítica a la misma teoría, véase KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, *op. cit.* en n. 5, *passim*

es una separación entre criterios de imputación subsidiarios entre sí, y no una separación entre diversas normas de comportamiento. Por ejemplo, la prohibición de matar a otro del homicidio es pertinente tanto cuando el sujeto actúa dolosamente representándose la posibilidad cierta del resultado mortal, como cuando carece de ese conocimiento pero actúa infringiendo deberes de cuidado. Por tanto, los artículos 490 y siguientes también cuentan como reglas de imputación que establecen las condiciones a través de las cuales afirmamos imprudencia en el comportamiento del sujeto, las que varían en el reconocimiento de *imprudencia temeraria*, *negligencia culpable* y *mera imprudencia con infracción de reglamentos*.

De ahí que concluyamos que el injusto objetivo del delito imputado a título de dolo y el imputado a título de imprudencia sea necesariamente el mismo. Los problemas para afirmar la causalidad y los correctivos que se pretenden introducir son, por tanto, comunes respecto de ambas formas de imputación. Que, dado nuestro sistema, la mayoría de las veces el cuasidelito no sea sancionable no impide configurar conceptualmente la posibilidad de imputar todo delito de la parte especial a título de imprudencia.

Lo que hay que insistir es que en el cuasidelito no se imputa una infracción del deber de cuidado del sujeto, puesto que tal infracción es simplemente el criterio de imputación extraordinario necesario para dar lugar a esa imputación. El objeto de la imputación está definido, entonces, por la norma de comportamiento precisa que apunta, en el caso de delitos de resultado, a ese resultado. En el cuasidelito de homicidio, por ejemplo, imputamos el resultado de muerte de otro a título de imprudencia; lo que ocurre igualmente en el delito doloso de homicidio en donde se imputa el resultado de muerte de otro pero ahora a título de dolo. La infracción del deber de cuidado es, si se quiere, la razón por la cual imputamos la muerte de otro, pero no es el objeto de esa imputación. Lo antinormativo del comportamiento, por tanto, no depende de las reglas de imputación sino que depende únicamente de la descripción típica pertinente. Sólo a través de la subsunción de normas penales se pueden diferenciar aquellas conductas que tienen interés jurídico penal de las que no lo tienen.

#### 1.1.2 El problema del “cuasidelito con resultado múltiple”

Ya planteábamos *supra* (I.2.d) que el cuasidelito con resultado múltiple era uno de los temas más ampliamente tratados por la jurisprudencia y la doctrina chilena, esbozándose tres

soluciones que recordaremos brevemente. En primer lugar, se optaba por la existencia de solamente un cuasidelito siendo irrelevante el resultado producido, puesto que la esencia de delito imprudente estaba en la infracción del deber de cuidado y como, en todo caso, existía solamente una infracción de cuidado entonces sólo podía imputarse un cuasidelito. En tal sentido, si A conduce descuidadamente y atropella a tres personas ocasionando la muerte de todas ellas, entonces solamente existiría un cuasidelito de homicidio.

Luego, las otras dos posibilidades consideran el número de resultados producidos para determinar el número de cuasidelitos ocasionados, de modo que en caso de resultado múltiple existirán tantos delitos imprudentes como resultados lesivos. La diferencia estaba en el tratamiento de la pluralidad de situaciones delictivas. Es así que la segunda alternativa postulaba un concurso real, de modo que cada uno de los resultados genera un cuasidelito que carece de conexión con los demás cuasidelitos. Mientras que la tercera alternativa postulaba un concurso ideal, puesto que reconocía unidad de hecho en los múltiples resultados imprudentes. Ésta última es la mayoritariamente seguida por tribunales chilenos.

La estructura conceptual desarrollada en la sección anterior nos permite entregar una solución satisfactoria al problema. Y esa solución no consiste en optar sin más por alguna de las teorías señaladas, sino que el énfasis tiene que ser puesto en la correspondiente descripción típica, es decir, la respuesta dependerá de la forma en la cual se describe el hecho punible en la ley. Por tanto, el contexto en el que “aparece” la pregunta por el tratamiento de numerosos resultados típicos provocados con una misma acción sólo puede estar referido al tipo objetivo, o sea, al estudio de la antinormatividad de una conducta. De ahí que tenga que existir equivalencia en la forma de solución entre los delitos dolosos y imprudentes, pues el problema se presenta allí donde no es posible diferenciar entre ambos criterios.

En tal sentido, es fundamental la diferenciación entre la infracción de deber y la antinormatividad del comportamiento, esto es, entre el criterio de imputación y el objeto de imputación. Ello permite entender que la configuración del resultado pertenece al análisis de la antinormatividad, puesto que ella atiende a la descripción típica y, por tanto, a los elementos que el legislador ha tenido en consideración para que un hecho tenga relevancia penal. Por eso es que la descripción del tipo es la que nos indica la importancia o no del número de resultados. Por ejemplo, la norma de comportamiento que prohíbe matar a otro, considera relevante el número

de “otros” que fueron matados. Así, no hay duda alguna en que quien mata dolosamente a dos personas comete dos homicidios dolosos. Y ello ocurre no como consecuencia particular del criterio del dolo sino, por el contrario, como consecuencia de una correcta lectura del tipo delictivo. En un caso opuesto, por ejemplo, quien hurta una cosa que pertenece en copropiedad a dos personas comete solamente un delito de hurto pues la descripción típica otorga relevancia a la “cosa mueble ajena” y no al número de dueños de esa cosa, o sea, basta con que sea ajena.<sup>234</sup> La solución, de nuevo, no pasa por el reconocimiento de un criterio de imputación (subjetivo) sino en una correcta interpretación del tipo.

Por ende, tales conclusiones se mantienen en caso de imprudencia puesto que no se modifica la norma de comportamiento pertinente sino tan sólo el criterio de imputación. Tal modificación no puede alterar la conclusión señalada, puesto que el número de resultados tiene que ver con *lo* que se imputa y no con la razón por la cuál se imputa. Por tanto, quien negligentemente produce la muerte de dos personas hace valer la norma que prohíbe el homicidio, la cual otorga relevancia a la cantidad de resultados producidos. La multiplicidad de resultados, entonces, no tiene conexión con la imprudencia (o con el dolo) sino con un hecho que debe subsumirse en el tipo penal.

Por tanto, la primera alternativa es evidentemente incorrecta puesto que supone erróneamente que lo que se sanciona en los casos de cuasidelito es la infracción del deber de cuidado, es decir, que el objeto de imputación está constituido por esa infracción de cuidado. Si eso fuera correcto, entonces podría negarse relevancia al número de resultados puesto que sería la misma descripción típica la que excluiría al resultado como elemento a considerar. No obstante, ello es erróneo, en el sentido que tal hipótesis desfiguraría el cuasidelito transformándolo en, algo así como un *delito de descuido (crimen culpae)*, lo que traería indudables problemas en la imputación (por ejemplo, tendríamos que exigir dolo respecto de la infracción del cuidado). Por el contrario, entender correctamente a la imprudencia como una regla de imputación mantiene la diferencia conceptual entre el proceso de imputación y el objeto de ese proceso. Así, la relevancia de la cantidad de resultados sólo puede depender del tipo penal

---

<sup>234</sup> La diferencia entre ambos casos está dada por el diferente bien jurídico que se protege con el homicidio y con el hurto. Una protección de un bien jurídico personalísimo, como la vida, requiere otorgar relevancia típica al número de sujetos afectados pues precisamente es eso lo que se pretende proteger. En cambio, respecto de un bien jurídico patrimonial es irrelevante el número de víctimas pues lo que se protege es, aquí, la propiedad de alguien sin importar el número de sujetos afectado.

pertinente, de modo que el problema del “cuasidelito con resultado múltiple” sólo puede plantearse entre comillas pues siempre, de acuerdo a la descripción, el caso presentará o bien varios cuasidelitos o bien únicamente uno. Por ejemplo, en caso de atropellar y provocar la muerte de tres personas, tendremos que analizar tres eventuales delitos imprudentes. No hay tal cosa, entonces, como un cuasidelito con resultado múltiple.

Ahora bien, en los casos en que se reconozcan múltiples cuasidelitos, aún resta resolver el tratamiento punitivo otorgado. Es decir, la pregunta sobre la decisión entre concurso real o ideal que dependerá del reconocimiento de *unidad de hecho* en la observación del resultado. Tal decisión está subordinada, obviamente, al concepto de unidad de hecho que se sostenga. Nótese que el “hecho” de la “unidad de hecho” es diferente al de “hecho delictivo” puesto que no parecen existir dudas en señalar que quien dispara dolosamente a una mujer embarazada comete dos hechos delictivos (homicidio y aborto) pero en unidad de hecho.<sup>235</sup> En tal sentido, la unidad de hecho atiende a un criterio de reconocimiento distinto que el de hecho delictivo, pues este último se determina en estricta referencia a la descripción típica. Un hecho es delictivo porque realiza la descripción típica pertinente. Sin embargo, la unidad de hecho se aleja de una referencia estricta al tipo aunando varios hechos delictivos en base a un criterio valorativo de *evitabilidad conjunta*: si para el autor de los dos o más hechos delictivos hubiese sido posible evitarlos a través de la omisión de una misma acción, entonces reconocemos unidad de hecho.<sup>236</sup>

En base al criterio de evitabilidad conjunta, puede concluirse que los casos de múltiples cuasidelitos requieren ser tratados, en principio, como un concurso ideal, ya que usualmente la omisión de una misma acción hubiese evitado todos los resultados típicos. Sin embargo, no puede descartarse la eventualidad de casos en que no sea posible con la omisión de una misma acción evitar cada uno de los hechos delictivos. Allí quedaría excluido el concurso ideal, justificándose la sanción en concurso real.

---

<sup>235</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno”, Revista de Estudios de la Justicia n° 15, 2011, pp. 152 s.

<sup>236</sup> *Ibid*, p. 153

## 1.2. Deber de acción y ¿“deber” de cuidado?

### 1.2.1 Lo imprescindible de la antinormatividad para el reconocimiento de la imprudencia

a) Sabemos que para imputarle un hecho antinormativo a un determinado sujeto tenemos que recurrir a las reglas de imputación. La regla de imputación varía en virtud de la capacidad que se pretende reconocer en el sujeto: cuando atiende a la capacidad de evitación del resultado lesivo hablamos de dolo, pero cuando refiere a la capacidad de evitación de una situación de inevitabilidad en la comisión de ese resultado lesivo hablamos de imprudencia. El análisis de la imprudencia, por tanto, se enmarca en un proceso de imputación extraordinaria porque verifica una capacidad subsidiaria de motivación conforme a la norma, al no examinar la voluntad de evitar el resultado típico sino la voluntad de evitar quedar en una situación en la cual ya no se puede tomar esa decisión. En tal sentido, el éxito de la imputación a título de dolo y a título de imprudencia tienen que ser necesariamente diferente: la primera apunta a una infracción de la norma de comportamiento especificada en un concreto deber de acción; y la segunda a una infracción de un deber de cuidado, que imposibilitó la formación de la capacidad futura de seguimiento, y que justifica, sólo mediatamente, la infracción de tal deber de acción.

Lo relevante está en notar la diferencia estructural, a pesar de su similar nomenclatura, entre el deber de acción y el deber de cuidado, lo que se deriva del carácter condicional del segundo respecto a la ocurrencia del hecho antinormativo pertinente, característica completamente ausente en el deber de acción. En otras palabras, mientras que es perfectamente posible afirmar el injusto subjetivo doloso de un delito, o sea, la infracción del deber de acción, sin necesidad de referirse al hecho efectivamente acontecido; la imprudencia, o sea, la infracción de deber de cuidado, carece de relevancia como criterio de imputación extraordinaria a menos que se colme el tipo objetivo, esto es, que exista consumación del hecho delictivo respectivo. Esta tesis lleva a concluir que el así llamado deber de cuidado no se deja entender estrictamente como un *deber* – o al menos no en los mismos términos que entendemos al deber de acción – puesto que su relevancia jurídico penal es dependiente tanto del hecho delictivo como de su relación con una capacidad (meramente) subsidiaria por la exclusión del dolo. De ahí que el concepto de deber no sea apropiado para referirse al criterio de imputación extraordinaria.



b) La herramienta lógica a utilizar en el proceso de imputación corresponde al *silogismo práctico*, por medio del cual podemos determinar el correspondiente deber de acción que tiene un sujeto en un determinado contexto, para luego, en atención al comportamiento efectivamente realizado, afirmar su eventual infracción. Tal deber de acción se determina atendiendo, por un lado, a una norma de comportamiento específica y, por otro, a lo que el sujeto se representó – conocimientos – al momento de actuar. Si fracasa esta imputación ordinaria, decíamos, sólo entonces existe la posibilidad de una imputación extraordinaria a título de imprudencia. Esta imputación apunta a determinar si el sujeto evitablemente se puso a sí mismo en una situación en la cual no podría cumplir con su deber de acción,<sup>237</sup> de modo que se modifica la razón por la cual se imputa el comportamiento antinormativo.

Y tal imputación extraordinaria también se puede estructurar como un silogismo práctico, aunque diferente del aplicable en un delito doloso. Así, entendiendo que la imputación a título de imprudencia sólo tiene lugar cuando fracasa la imputación dolosa, la *premisa mayor* del silogismo tiene que hacer evidente tal supuesto. Por ello, la conclusión fallida del silogismo en el delito doloso se convierte en una premisa mayor secundaria que conecta mediatamente la norma de comportamiento con la imputación extraordinaria.

La *premisa menor*, por su parte, mantiene su carácter cognitivo, pero ya no referido exclusivamente a lo que el sujeto conocía al momento de actuar, sino a todo conocimiento que pudiera ser relevante para evitar quedar en situación de inevitabilidad. A modo de ejemplo, respecto del dolo de homicidio, debe comprobarse que el autor A sabía que la acción X causaría la muerte de B, es decir, el conocimiento no está referido a una situación hipotética sino a la acción concreta. Por el contrario, en la imprudencia, no es necesaria tanta precisión, en el sentido que será suficiente el conocimiento tanto del riesgo que genera la acción como las posibilidades para reducir ese riesgo,<sup>238</sup> de modo que el conocimiento no apunta estrictamente a la acción sino más bien al contexto de actuación. Esta atenuación en la exigencia subjetiva atiende a lo extraordinaria de la imprudencia: dado que se estructura como un esquema secundario y por tanto sólo relacionado indirectamente con el bien jurídico que protege la norma de

---

<sup>237</sup> Es lo que Kindhauser (*El tipo subjetivo, op. cit.* en n. 5, p. 24) denomina “doble evitabilidad”, es decir, “la evitabilidad de la realización típica que se sigue de una falta de cuidado evitable”, de manera que “de haberse comportado el autor con arreglo al cuidado esperado, entonces él habría podido evitar la realización del tipo”.

<sup>238</sup> *Ibid*, p. 24

comportamiento, entonces se justifica una mayor laxitud. Este menor injusto del delito imprudente es evidente y se exterioriza con claridad en la menor gravedad de las penas respecto del delito doloso.

Como *conclusión* del silogismo, entonces, se establece lo que se le exigía al sujeto para evitar quedar en una situación de inevitabilidad. Esta conclusión es la que se suele denominar como *deber de cuidado*, lo que permite plantear un paralelismo con el deber de acción que se observa como conclusión en la imputación dolosa.

Lo interesante está en notar la diferencia entre la imputación ordinaria que permite afirmar la infracción del deber de acción, el cual se presenta como conclusión del silogismo práctico pertinente, y la imputación extraordinaria recién presentada. Entendiendo que el deber de acción permite vincular la norma con el sujeto, entonces es posible reconocerlo con completa independencia de algún cambio en el mundo con relevancia típica. En otras palabras, resulta sensato pensar en un determinado deber de acción sin necesidad de imaginar, al mismo tiempo, el hecho antinormativo respecto del cual el deber reclama pertinencia.

Por ejemplo, en el caso del homicidio, yo puedo (esto es, tiene sentido) decir “debo evitar matar a otro” aunque esté en una oficina escribiendo una tesis y sin ninguna persona en la cercanía, pues la acción descrita como “dar muerte a otro” infringe la prohibición del homicidio.<sup>239</sup> Sin embargo, la redacción demasiado general de este deber (“debo evitar causar la muerte de otro”) impide observar ciertas particularidades. En tal sentido, si especificamos el caso, la posibilidad de reconocer un deber dependerá de si el sujeto entiende a la acción realizada como una acción con relevancia típica. Piénsese en la expresión “debo evitar degollar a otro”, la cual también es un deber que todos reconoceríamos puesto que el “degollar a otro” es una forma de “dar muerte a otro”. Es decir, *sabemos* que degollando a otro se causa su muerte. Y aquí el *sabemos* es fundamental porque este elemento cognitivo es el que permite “transformar” la norma en el deber. De ahí que formulaciones como “debo evitar disparar en la cabeza a otro” o “debo evitar envenenar con arsénico a otro” también resulten comprensibles porque, de

---

<sup>239</sup> Que yo sepa que la acción mortal infringe la prohibición del homicidio atiende a un contexto lógico diferente, este es, de la capacidad de la motivación, en específico, del conocimiento de la antijuricidad. Es decir, si el autor no sabe que la acción que realiza infringe una determinada norma, entonces existe un desconocimiento de la norma (error de prohibición).

acuerdo a nuestro conocimiento general, el disparo en la cabeza o el envenenamiento con arsénico constituyen acciones mortales. Nadie aceptaría, por tanto, la excusa del autor que dispara a otro en la cabeza consistente en que no sabía que disparándole a la víctima en la cabeza causaría su muerte:<sup>240</sup> el deber se deriva de la norma casi instantáneamente porque, basado en nuestro conocimiento del mundo, no hay dudas en que no debo disparar a la cabeza de otro pues, si lo hago, quebranto la prohibición del homicidio. Estos casos de “deberes instantáneos” basados en puro conocimiento general, permiten observar con claridad la total irrelevancia del hecho antinormativo para el reconocimiento del deber: no es necesario ya haber vertido un veneno X en el plato de la víctima para entender que tal acción infringe el deber de evitar matar a otro, ya que como sé que la ingesta del veneno X causa la muerte entonces tengo el deber de evitar verter el veneno X en el plato de otro.

Lo relevante es que con una imputación jurídica basada en los conocimientos del agente podemos reconocer deberes que, *prima facie*, no aceptaríamos. Por ejemplo, intuitivamente negaríamos que la afirmación “debo evitar agregar azúcar en la taza de otro” reclama relevancia respecto de la prohibición del homicidio, porque en virtud de conocimientos generales tal conducta no es causal de muerte. Sin embargo, contra alguien que sufre de trastornos diabéticos serios, ese deber adquiere sentido, pero – nótese – siempre sujeto al conocimiento de esos trastornos por parte del autor. De forma, que en todo caso el reconocimiento del deber dependerá del nivel de conocimiento del autor, y la imputación penal siempre exige conocimiento particular del hecho que se analiza. Por eso es que podemos concluir que, en ciertas ocasiones, el sujeto carece de deber, puesto que en ese caso concreto carece del conocimiento exigido para fundamentar ese deber. Y de nuevo llegamos a la misma conclusión: si yo sé que B tiene problemas diabéticos serios, entonces tengo el deber de evitar agregar azúcar en su taza porque sé que esa acción causará su muerte, con total independencia de si realmente ya he vertido el azúcar. El reconocimiento del deber sólo depende de los conocimientos del agente y no de la ocurrencia del hecho.

Por el otro lado, el deber de cuidado presenta una estructura diferente debido a su comprensión como secundario, derivado sólo de un silogismo práctico auxiliar en el contexto de una imputación extraordinaria. Esto porque el deber de cuidado carece de sentido antes del

---

<sup>240</sup> Ahora bien, si el reclamo es genuino entonces tendríamos que reconocer algún grado de demencia, o sea, de estado mental deteriorado respecto del cual el reproche penal no puede presentarse.

hecho concreto, sólo lo adquiere cuando el resultado ya se ha producido. La exigencia de comportarse conforme a cuidado tiene que hacer referencia al hecho producido porque de lo contrario carece del contexto necesario para afirmarse lo demeritoria de la conducta. En tal sentido, no es posible contextualizar adecuadamente una exigencia de cuidado sin plantear, al mismo tiempo, el acaecimiento del resultado. Por ejemplo, si la razón por la cual podemos imputar extraordinariamente la muerte de B a A radica en que éste no comprobó que su arma no estuviera cargada, la exigencia de cuidado rezaría “A debe comprobar que su arma no esté cargada”, lo cual presupone la ocurrencia de la muerte de B por el disparo de A. Esto porque la acción *simpliciter* de no comprobar que un arma esté cargada, esto es, la acción que infringiría el deber de cuidado planteado, no tiene ninguna relevancia en la imputación pues no implica conexión con norma de comportamiento alguna. La acción de no comprobar que un arma esté cargada no es, *prima facie*, un comportamiento prohibido, y sólo adquiere tal carácter cuando adquiere importancia para el aseguramiento de capacidades posteriores en la evitación de la infracción del deber de acción.

En términos anteriores, carece de sentido para una imputación jurídica penal que yo, sentado en una oficina escribiendo una tesis y sin nadie cerca, diga “debo comprobar que mi arma no esté cargada”, puesto que no existe una norma de comportamiento que obligue a la comprobación de la carga de armas.<sup>241</sup> El “debo” en esa frase no expresa la vinculación personal con una norma de comportamiento porque, sólo mediante el acaecimiento del resultado, la infracción de la exigencia de cuidado adquiere relevancia como criterio de imputación. Es decir, mientras no haya ocurrido el resultado lesivo, la eventual infracción de la exigencia de cuidado no es reconocible para el derecho penal, pues no hay nada que imputar, o sea, no hay objeto de imputación. Esto no quiere decir que cuando el autor deja de revisar la carga del arma no haya infringido una exigencia de cuidado adecuada según el contexto, sino que tal infracción aún es irrelevante para el derecho penal como razón de la imputación extraordinaria. Sin embargo, la infracción de tal medida de precaución sí podría implicar reprobación en un contexto diferente al jurídico penal, por ejemplo, en el orden social: si A no comprobase que el arma esté cargada antes de manipularla no tendríamos objeciones en justificar el reproche de C, cónyuge de A,

---

<sup>241</sup> Evidentemente tal afirmación se basa en la inexistencia de una norma que obligue a la comprobación de la carga en las armas de fuego, lo cual es completamente contingente. Sin embargo, si se aprobara una ley que sancionara a quien no comprueba sus armas, la argumentación se mantiene: el deber ya no sería de cuidado en el ámbito de una imputación a título de imprudencia sino deber de acción, fundamentado por una norma de comportamiento contra el peligro abstracto, en el ámbito de una imputación a título doloso.

señalando lo peligroso de la conducta dado que hay menores de edad jugando en la cercanía. El derecho penal, en cambio, sólo interviene cuando acontece un hecho que objetivamente quebranta una norma de comportamiento, pues sólo después de tal hecho, la infracción de la exigencia de cuidado justifica su atribución (del hecho) al agente.

b) Ahora bien, analicemos el deber de acción y el deber de cuidado desde otro punto de vista. Piénsese en la siguiente proposición que expresa un evidente deber de acción que se deriva de la prohibición del homicidio: “debo evitar disparar en la cabeza a otro”. Ésta tiene sentido desde dos puntos de vista diferentes, ya que puede entenderse tanto desde una perspectiva descriptiva como prescriptiva. En el uso descriptivo, el enunciado expresa la existencia de ese deber y, por tanto, la vigencia de la norma de comportamiento originaria.<sup>242</sup> Desde esta perspectiva, cualquiera puede afirmar lo verdadera de la oración, porque expresa la existencia de un determinado deber. En el uso prescriptivo, en cambio, se entiende como una formulación de la norma, en el sentido que estoy obligado a-X. La oración, prescriptivamente entendida, carece de valor veritativo, al no poder afirmar si es verdadera o falsa. Ello se deriva que tal oración no tiene existencia, no es un hecho, sino simplemente la formulación de una obligación.<sup>243</sup> No interesa profundizar en las complejidades de la lógica de las normas, sino simplemente hacer ver lo sensato del deber de acción desde ambas perspectivas para compararlo con el deber de cuidado.

En el ámbito de la imprudencia, por el contrario, el enfoque cambia sustancialmente. Porque si atendemos la exigencia de cuidado ya señalada *simpliciter* “A debe comprobar que su arma no esté cargada”, el uso descriptivo marca una diferencia notoria con lo observado respecto de deberes de acción. Aquí existirían dos diferencias: primero, el deber de chequear armas sólo existe cuando el contexto así lo exige para asegurar la capacidad de evitar un resultado lesivo futuro. Y segundo, aún en ese contexto, la exigencia de cuidado sólo adquiere relevancia para la imputación jurídica penal cuando acontece el resultado antonormativo. Independiente del nivel de conocimientos del destinatario, que es fundamental para aseverar su vinculación a la norma

---

<sup>242</sup> Véase VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y acción*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, pp. 119 s. En todo caso, aquí von Wright no distingue entre norma y deber, entendiendo al concepto de norma como comprensivo de ambos. Sin embargo, la diferencia puede (y debe) hacerse, lo que nos lleva a comprender que la mayoría de las veces von Wright se refiere al concepto de deber, como vinculación personal con la norma.

<sup>243</sup> *Ibid*, pp. 120 s.

en un deber de acción, la sola formulación de la exigencia de cuidado no basta. Ahora, desde el uso prescriptivo, ya no podemos seguir hablando en términos de verdad o falsedad, pues sólo se alude a la formulación de una norma. Y aquello también marca una diferencia entre deber de acción y deber de cuidado, pues esta última expresa una obligación sólo cuando el contexto así lo exige. Pero además, la infracción de la exigencia de cuidado no puede ser “detectada” por el derecho penal a menos que ocurra el resultado lesivo. La imposibilidad de reconocer características propias del deber a la exigencia de cuidado justifica la dificultad de seguir hablando de un *deber* de cuidado.

Porque, el reconocimiento de un determinado “deber” de cuidado también depende de un elemento que parecemos pasar por alto al entender la discusión en el contexto de la imprudencia, a saber, la ausencia de dolo. Puesto que siendo una imputación extraordinaria que sólo tiene lugar cuando se excluye la regla de imputación del dolo, la imprudencia solamente viene a ser relevante cuando comprobamos que no fue posible esa imputación – digamos – primaria. La única manera para concluir la no existencia de los conocimientos que justificaban el dolo y la imputación como infracción de deber, es verificando en concreto que el sujeto carecía de ese estado mental cognitivo, lo que sólo puede hacerse con posterioridad a la ocurrencia del hecho. Lo que la exigencia de cuidado expresa, no debe olvidarse, es la posibilidad que tuvo el sujeto, si se hubiese comportado conforme a cuidado, de contar con las capacidades para seguir voluntariamente la norma. Ese comportamiento conforme a cuidado sólo será relevante, entonces, cuando el sujeto precisamente no contó con las capacidades para evitar con posterioridad la infracción de la norma. La infracción de la norma, por tanto, es central en la pertinencia de hablar del cuidado como concepto penalmente relevante. En otras palabras, el éxito del proceso de subsunción en el tipo objetivo, o sea, que exista un resultado antinormativo, es un requisito lógico para el reconocimiento retrospectivo de la exigencia de cuidado, cuya infracción habilita la imputación extraordinaria.

c) La imprudencia evidencia, decíamos, un error pues el sujeto se propone un determinado objetivo, pero por un descuido consigue otra cosa. La equivocación está en las creencias del sujeto, en una contraposición entre el mundo que se representa y el mundo real.<sup>244</sup> Este fallo epistémico, sin embargo, es el que justifica la responsabilidad penal en conexión con un

---

<sup>244</sup> MOORE, Michael. “Prima facie culpability”, *Boston University Law Review*, vol. 76, 1996, p. 321

resultado lesivo. El sujeto que tiene los conocimientos necesarios para inferir su deber e igualmente actúa infringiéndolos, merece sanción por contradecir directamente la norma. Por tanto, en el ámbito doloso, los estados mentales del sujeto ya incorporan el injusto (objetivo)<sup>245</sup> como objeto de la imputación. Puesto que, si bien en un primer nivel de imputación los estados mentales del autor sólo permiten vincularlo con un hecho, concluyendo que es *su* hecho, no debe olvidarse que tal imputación se realiza respecto del hecho antinormativo, esto es, aquél que cumple con los elementos típicos respectivos. De tal forma, podemos entender – *externamente* – que su estado mental ya incorpora el injusto (objetivo), es decir, sus conocimientos, intenciones o deseos están referidos a ese injusto. Y sólo *externamente* porque al hablar de imputación de primer nivel aún no nos estamos preguntando si el sujeto realmente conocía lo injusto de su conducta sino simplemente por la posibilidad que tal hecho *pertenezca* al autor.

Sin embargo, en la imprudencia, el sujeto presenta un estado de conocimientos que carece de cualquier injusto, pero desde el cual podría haber inferido la protección de la norma. Se le sanciona porque de acuerdo a lo que sabía, podría haber evitado quedar en una situación de inevitabilidad de infracción; es decir, se le exigía un determinado cuidado para el respeto de la norma. Lo relevante es notar que el sujeto es culpable por sus conocimientos *a pesar* de que ellos no pueden ser interpretados como relativos a injusto objetivo alguno.<sup>246</sup> Es un tipo de responsabilidad excepcional – de ahí lo extraordinario de la imputación – porque escapa las razones que entregamos para sancionar los delitos dolosos (ordinarios).

Supongamos, de nuevo, que A dispara con total conocimiento a la cabeza de B, causándole la muerte. A tiene un estado mental que incorpora ya el injusto de su conducta, y por eso se le imputa el resultado como infracción de deber a título doloso. De acuerdo a sus conocimientos, no debía apretar el gatillo. Lo que sabe A al momento de la acción era suficiente para que concluyamos que la muerte de B por su mano era antijurídica. En cambio, si A está limpiando su arma sin comprobar si estaba cargada, por lo cual se escapa un disparo que causa la muerte de B, la situación se ve inmediatamente alterada. Ya no es posible entender que el estado mental de A incorpore el injusto del homicidio puesto que su estado mental (conocimientos, deseos) está orientado, simplemente, a limpiar su arma. Sin embargo, a pesar de no contar con esos conocimientos lo sancionamos, ya no por lo directamente atentatorio de su conducta respecto al

---

<sup>245</sup> *Ibid*, p. 326

<sup>246</sup> *Ibid*.

ordenamiento jurídico sino porque el respeto a la norma también exige el aseguramiento del cumplimiento posterior de ella.<sup>247</sup> Pero dado el menor injusto observado, la pena del delito imprudente es (tiene que ser) inferior en gravedad a la del delito doloso. El dolo y la imprudencia se diferencian, por tanto, ya en la conexión entre los conocimientos del sujeto y la norma respectiva.

Este argumento resulta capital para comprender por qué sólo es concebible la tentativa dolosa y no la imprudente. Véase, igualmente, *infra* II. 1.2.3. En la tentativa dolosa, si bien no existe cumplimiento de los elementos típicos correspondientes, el estado mental del sujeto es ya injusto pues sus conocimientos sobre el hecho son interpretables como directamente contrarios a su deber y, por tanto, a la norma correspondiente. Entonces, a pesar de no existir resultado lesivo que establezca la contradicción objetiva entre un hecho y la norma, se observa una contradicción, si se quiere, subjetiva en el reconocimiento del dolo del agente. Sabemos que el estado mental del autor es directamente contradictorio con la norma de modo que, aunque finalmente la acción no se manifiesta como un hecho antinormativo, basta para su punición.

d) Ahora bien, la dependencia lógica de la imputación a título de imprudencia a la realización del hecho se deja entender como la caracterización de la exigencia de cuidado en la forma de un imperativo hipotético. En contra, el deber de acción contaría como un imperativo categórico.

Esto porque el deber de cuidado sólo adquiere relevancia jurídico penal cuando haya acaecido el hecho antinormativo respectivo. Sólo con su ocurrencia contamos con el contexto necesario, primero, para que el derecho penal se interese en el comportamiento preguntándose por las razones para atribuírselo a alguien y, segundo, para precisar la exigencia de cuidado que resulta infringida y cuyo cumplimiento hubiese asegurado la capacidad de evitación posterior del autor. En tal sentido, el deber de cuidado *simpliciter* está descontextualizado. En el ejemplo, “A debe comprobar que su arma no esté cargada” es evidente que la acción de chequeo del arma sin más, en principio, no puede operar como criterio de imputación extraordinaria. La actividad de limpiar y revisar armas es completamente lícita y el sujeto que desea realizarla actúa legítimamente, pero de ello no se deriva ningún deber a hacerlo, en el sentido que nadie será

---

<sup>247</sup> *Ibid*, p. 326, considera que lo excepcional de la responsabilidad penal imprudente es contradictoria con una culpabilidad por la elección, sostenida en el delito doloso. Por el contrario, el delito imprudente se relacionaría con una culpabilidad por la inadvertencia de riesgos más cercano al derecho civil de daños que al derecho penal.



merecedor de sanción simplemente por no chequear sus armas. Tal exigencia de cuidado depende, evidentemente, del contexto: quien está solo en el desierto no tiene el deber de revisar la carga de su arma al limpiarla. Pero, además, la exigencia de comprobar que el arma esté cargada carece de relevancia como criterio de imputación extraordinaria *a menos que* esa arma se haya disparado accidentalmente hiriendo mortalmente a un espectador. Sólo en ese caso, el derecho penal puede reconocer y darle relevancia a la infracción de la exigencia de cuidado como la no evitación intencional de la inevitabilidad del resultado lesivo. En otras palabras, el deber de cuidado sólo adquiere significado jurídico penal cuando ocurre una modificación del mundo que se subsume como antinormativa en una norma de comportamiento. Así es posible caracterizar la relevancia jurídica de la exigencia de cuidado como condicional a la ocurrencia del hecho lesivo, puesto que sólo intervendrá como criterio de imputación cuando se verifique el injusto objetivo. Por el contrario, ante su no ocurrencia, no hay *síntoma* que requiera preguntarse por alguna razón para realizar una imputación a título de imprudencia, es decir, no hay motivos para analizar si existe un comportamiento contrario a cuidado que impidió que el sujeto evitara el hecho antinormativo porque no hay hecho antinormativo alguno.

Entonces, la clasificación presentada nos muestra lo opuestos que son las formulaciones del deber de acción y del deber de cuidado. La necesaria referencia a una descripción externa de este último tiene que llevarnos a analizar ya no tanto la diferencia lógica entre ambos sino ya el diferente contenido normativo. Eso es lo que pretende ilustrar la inicial categorización entre imperativos categóricos e hipotéticos.

e) Como ya se hizo evidente, existen significativas diferencias entre el deber de acción y el deber de cuidado tanto en su contenido como en su estructura, lo que se deriva de los diversos niveles lógicos en los cuales intervienen. Mientras el deber de acción se entiende como la personalización de la norma por medio de los conocimientos del autor, el deber de cuidado no permite conectar al autor con la norma de la misma manera, tanto porque no se reconocen tales conocimientos como porque no puede plantearse antes de la ocurrencia del hecho. Sin embargo, como conclusión de una imputación extraordinaria es incontrovertible la relación entre el deber de cuidado y la norma: quien infringe el cuidado debido impide asegurar su capacidad futura de evitación de la infracción de la norma. De tal forma, el vínculo entre la norma y el deber de cuidado solamente es mediato, mientras que su vínculo con el deber de acción es inmediato: su infracción implica la infracción de la norma. En otras palabras, el cumplimiento del deber (de

acción) conlleva el seguimiento de la norma y la confirmación de lo que esa norma protege. De modo que quien sigue el deber de evitar causar la muerte a otro, respeta la prohibición del homicidio y a la vida como un bien jurídico relevante. La exigencia de cuidado no opera del mismo modo, puesto que la protección de la norma es meramente indirecta. La acción consistente en comprobar que un arma no esté cargada no expresa directamente el respeto a la vida ajena, sino que más bien una preocupación por mantener la capacidad de evitar alguna infracción típica.

Lo anterior tiene que llevarnos a cambiar la nomenclatura, pues dado que lo expresado por el deber de cuidado es completamente diferente a lo expresado por el deber de acción, tenemos que concluir que, en el ámbito de la imprudencia, no existe realmente un *deber* de cuidado. En tal sentido, se opta por el concepto de *incumbencia* que, como se argumentará, se diferencia ya semánticamente del deber de acción del ámbito doloso. El concepto de deber, entonces, quedará reservado para la conclusión de un silogismo práctico, cuya infracción permite la imputación ordinaria que evidencia el seguimiento (directo) de una norma. La exigencia (incumbencia) de cuidado, por el contrario, sólo se deja reconocer a través de un silogismo auxiliar en el contexto de una imputación extraordinaria, basada en el fracaso de la imputación principal, destinada a asegurar la capacidad futura para, de conformidad a deber, evitar la infracción de la norma.

### 1.2.2 La exigencia de cuidado como una *incumbencia*

Entonces, al entender que la exigencia de cuidado no puede conceptualizarse como deber, debemos otorgar una versión alternativa. Esta se basa en la caracterización de la exigencia de cuidado como un imperativo hipotético puesto que lo medular no está en el seguimiento de la norma *per se*, sino que en el aseguramiento de la capacidad de evitar la infracción de la norma. Por tanto, quien se comporta de acuerdo a la exigencia de cuidado está exteriorizando su voluntad de seguimiento de la norma y, en definitiva, no responder de consecuencias penales que se pudieran derivar. De ahí que la protección de los bienes jurídicos sea una finalidad indirecta en el cumplimiento del cuidado debido, ya que lo primordial está en que el mismo sujeto sea capaz de decisión posterior. En tal sentido, resulta adecuado entender a la exigencia de cuidado como una *incumbencia*, esto es, una exigencia en interés propio.

Para justificar lo anterior, se hace necesario volver a Kant. Kant señala que un imperativo representa la necesidad práctica de una determinada acción, de modo que manda la ejecución de esa acción.<sup>248</sup> El imperativo hipotético, por un lado, manda esa acción como medio para la consecución de un determinado objetivo. El imperativo categórico, por otro, manda una acción por sí misma, sin referencia a alguna finalidad ulterior. Por tanto, en el entendido que un imperativo dice que una acción es buena, el imperativo hipotético plantea que es buena para alcanzar otra cosa igualmente buena, mientras que el categórico dice que es buena en sí misma: es una acción objetivamente necesaria en una voluntad racional.<sup>249</sup>

Pero profundizando en la clasificación, Kant nos ofrece otro criterio de distinción basado en la condicionalidad: “Cuando pienso en general un imperativo hipotético, no sé de antemano lo que contendrá; no lo sé hasta que la condición me es dada. Pero si pienso un imperativo categórico, ya sé al punto lo que contiene, pues el imperativo, aparte de la ley, no contiene más que la necesidad de la máxima de conformarse con esa ley”<sup>250</sup>. De este modo, en el imperativo categórico no es necesaria ninguna formulación accesoria, puesto que la “ley universal” ya plantea todo el contenido requerido para la construcción del imperativo. En cambio, en el hipotético se requiere una formulación auxiliar puesto que de lo contrario no podríamos establecer con necesidad práctica la conducta mandada.

Por ejemplo, la frase “Si quieres ir al trabajo en bicicleta, tienes que inflar sus neumáticos” plantea un imperativo hipotético: la acción ordenada “inflar los neumáticos de la bicicleta” es un medio para alcanzar el propósito deseado de “llegar al trabajo en bicicleta”. No es concebible postular que el “inflar los neumáticos de la bicicleta” es una acción buena en sí misma, sino claramente buena para algo. ¿Y donde está la condición? Para ello debemos atender a la acción mandada en forma independiente: ¿es sensato el mandato “tener que inflar los neumáticos de la bicicleta”? La respuesta es negativa, pues en sí mismo entendido no configura una derivación de una ley universal. Para que la exigencia se vuelva sensata, tenemos que incorporar el propósito del agente (llegar al trabajo). Esto quiere decir que no existe una obligación en abstracto (*a priori*) de inflar los neumáticos de la bicicleta. Esa actividad sólo es exigida como necesidad práctica cuando se tiene en mente una finalidad para la cual es útil.

---

<sup>248</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Edición Barbosa, Puerto Rico, 2007, p. 29

<sup>249</sup> *Ibid*, p. 29

<sup>250</sup> *Ibid*, p. 35

Nótese que Kant continúa aseverando que “si el deber es un concepto que debe contener significación y legislación real sobre nuestras acciones, no puede expresarse más que en imperativos categóricos y de ningún modo en imperativos hipotéticos”.<sup>251</sup> En otras palabras, el deber sólo puede expresarse en imperativos incondicionales que puedan entenderse buenos en sí mismos. Esto no quiere decir que en los demás casos, no exista una necesidad práctica de ejecutar una conducta. Por ejemplo al plantear “si quiero calentar la habitación, debo encender la estufa”, es evidente que si realmente tengo ese deseo, entonces el encendido de la estufa en una conducta prácticamente obligada. El punto es que no configuraría un verdadero deber. El imperativo hipotético establece acciones que necesitan ser ejecutadas para alcanzar los propósitos ulteriores, pero de ello no se sigue que existe un deber de realizar esa conducta.

Las conclusiones del esquema kantiano esbozado pueden ser aplicadas en el ámbito jurídico penal en examen. De tal forma, los deberes de acción que se derivan de las normas de comportamiento sólo pueden configurarse como imperativos categóricos. Cuando planteamos que “A debe evitar disparar en la cabeza a B” entonces nos referimos a un imperativo categórico: es una acción que se fundamenta en sí misma. La construcción del deber se construye en base a la norma de comportamiento y a la representación del sujeto respecto del hecho ejecutado a través del silogismo práctico, pues sé que disparar a otro a la cabeza causará su muerte. La conclusión es un imperativo categórico: el sujeto debe (evitar) ejecutar la conducta incondicionadamente.<sup>252</sup> Sin embargo, tal aseveración sólo es válida en un proceso de imputación ordinario que asume como título de imputación al dolo, y que permite determinar el quebrantamiento del deber como expresión de la voluntad contradictoria de todo el ordenamiento.

Por el contrario, en un esquema extraordinario de imputación, la conclusión que indica lo que debió realizar el sujeto para quedar capacitado en evitar la infracción del deber, o sea, cómo debía comportarse diligentemente, no asume la forma de un imperativo categórico sino la de uno hipotético. La exigencia de cuidado sólo es atendible cuando la conducta satisface un tipo penal, de forma que no es buena en sí misma, sino que es buena para algo: evitar la infracción

---

<sup>251</sup> *Ibid*, p. 40 s. Cuando Kant habla de deber, se está refiriendo a deberes morales, no a conducta que lógicamente debe cumplirse para alcanzar una finalidad que el sujeto desea alcanzar.

<sup>252</sup> Véase, *Ibid*, p. 39, donde se señala precisamente que “el deber ha de ser una necesidad práctico-incondicionada de la acción; ha de valer, pues, para todos los seres racionales -que son los únicos a quienes un imperativo puede referirse-, y sólo por eso ha de ser ley para todas las voluntades humanas”.

inevitable del deber. Y obviamente tal exigencia está condicionada a la antinormatividad del comportamiento: no se basta a sí misma, sino que requiere de una ulterior descripción para ser válida. La exigencia “A debe comprobar que el arma no está cargada” no es un fin en sí misma sino que un medio útil para una determinada finalidad deseada: no quedar en situación de inevitabilidad, o lo que es lo mismo, no ser merecedor de sanción penal.

La exigencia de cuidado, entonces, constituye un imperativo hipotético que no puede entenderse como un deber. Descartar la imputación ordinaria a título de dolo cuenta como que el sujeto carece de las capacidades presentes para evitar la infracción del deber, pero aún queda la posibilidad de imputar extraordinariamente. Esta imputación apunta a la capacidad que no poseo actualmente, “pero que podría haber tenido si no me hubiera despojado a mí mismo, contrariamente a lo que me *incumbía*, de mis posibilidades o, debe añadirse, si no hubiera omitido, contrariamente a lo que me *incumbía*, hacerme con posibilidades todavía inexistentes”.<sup>253</sup>

El verbo destacado en la cita previa no es trivial: el sujeto que actúa conforme a la máxima de cuidado, no debe hacerlo sino que le *incumbe* hacerlo. Entonces, nuestro ya abusado ejemplo “A debe comprobar que el arma no esté cargada” esta incorrectamente expresado. No existe tal deber a chequear armas pues no se comporta como un imperativo categórico sino como un medio para un propósito perseguido. Lo que existe, en realidad, es una *incumbencia* (*Obliegenheit*) a hacerlo. Correctamente expresado quedaría “A incumbe comprobar que el arma no esté cargada”.<sup>254</sup> Esta formulación parece expresar con mayor precisión lo que se quiere decir. O por lo menos con mayor precisión que la fórmula del “deber”. En todo caso, si me incumbe realizar tal o cual acción, entonces no significa que no esté obligado a realizar la acción, sino que ello no se deriva de un mandato incondicionado. El *quid* de la incumbencia está en lograr evitar ocasionar resultados lesivos sin alternativa de acción.

---

<sup>253</sup> HRUSCHKA, *La imputación, op. cit.* en n. 219, p. 54

<sup>254</sup> Podría utilizarse también ‘A le **interesa** comprobar que el arma no esté cargada’, sino embargo referir a un ‘interés’ parece centrar exageradamente el análisis en lo que el sujeto podría ganar bajo en un esquema costo-beneficio. Y esa visión no es compartida aquí porque implica que las acciones se basan en un análisis económico-racional previo (lo que es falso) y que la pena puede configurarse como simplemente un costo a asumir, prescindiendo de toda fundamentación filosófica y dogmática asociada a ella.

Cumplir con lo que nos incumbe, impide que seamos “instrumentos” en la comisión de hechos antijurídicos.<sup>255</sup> Es decir, salvaguarda la libertad porque tendremos la oportunidad de decidir, cuando sea el momento, por el cumplimiento o por el quebrantamiento del deber. Porque lo que permite entendernos como entes autónomos no es sólo la posibilidad, como suele enfatizarse, de actuar correctamente; sino por el contrario, la posibilidad cierta de ejecutar libremente acciones injustas merecedoras de pena.

El deber de actuar personaliza la norma de comportamiento general, de modo que entre ellos se verifica una relación directa pues se construye por medio de una imputación primaria. Permite configurar una conexión inmediata entre su cumplimiento y el respeto al ordenamiento jurídico. Quien infringe, por ejemplo, el deber de evitar causar la muerte de otro, infringe directamente la prohibición del homicidio, la que procura proteger el bien jurídico vida. Por el contrario, la exigencia de cuidado no se conecta directamente con la norma que protege un determinado bien jurídico. Sabemos que tanto la imputación ordinaria como la extraordinaria tienen como objeto a la misma norma de comportamiento, pero debido a la propia estructura excepcional de la imputación a título de imprudencia, la relación con la norma de comportamiento – y, por tanto, con el ordenamiento jurídico en general – es solamente indirecta.

Cada vez que podemos imputar a título de dolo un hecho antinormativo, entonces aseveramos que el agente contaba con todas las capacidades físicas y cognitivas para evitar la infracción del deber, pero decidió libremente su vulneración: el injusto ya está presente en el estado mental del sujeto, de modo que exterioriza su voluntad contraria al derecho. Pero al imputar a título de imprudencia, reconocemos que el sujeto no contaba con las capacidades para evitar la infracción del deber, de modo que el estado mental del sujeto carece de cualquier injusto. Lo que le imputamos es no ponerse en situación de poder evitar posteriormente la infracción del deber, lo cual obviamente no exterioriza una voluntad contraria al derecho comparable en magnitud a la del delito doloso. Entonces, la protección del derecho con el delito imprudente es menor porque está mediatizada: apunta al aseguramiento de capacidades para que, recién ahí, pudiésemos analizar el compromiso del agente con el ordenamiento.

Al entender a la exigencia de cuidado como un imperativo hipotético, entonces reconocemos una finalidad distinta a la del cumplimiento del deber por sí mismo, que es efectivamente lo que

---

<sup>255</sup> HRUSCHKA, *La imputación*, op. cit. en n. 219, p. 81

ocurre en ámbito doloso. Aquí, en cambio, la incumbencia es un medio para asegurar capacidades futuras. Por eso es que al (cuasi)autor le *interesa* el cumplimiento de la incumbencia porque así evita una situación en la cual no podría evitar la infracción del deber. En este sentido, es que podemos afirmar que “la observancia de la exigencia de cuidado sólo va indirectamente en interés de otros, directamente sólo en interés del destinatario de la norma”.<sup>256</sup> Es el propio autor quien tiene interés en el cumplimiento de la incumbencia porque así asegura su capacidad futura y previene la imposición de la pena por el cuasidelito respectivo. Evidentemente el ordenamiento jurídico también se ve favorecido, pero la finalidad primaria – la finalidad por la cual la incumbencia es un medio – es evitar responder de las consecuencias lesivas de su comportamiento. Quien cumple con la exigencia de cuidado (se) protege, primeramente, a sí mismo y, luego, al ordenamiento.

No obstante defender que la exigencia de cuidado asume la forma de una incumbencia, como argumentamos en este capítulo, aún no decimos nada sobre la manera en la cual se construye esa incumbencia. Esto implica que la conducta diligente específica dependerá de la postura que asumamos en la determinación de la exigencia de cuidado. De aquella labor nos haremos cargo más adelante (*supra* II.1.3).

### 1.2.3 La imposibilidad de una tentativa de cuasidelito

a) Tomando en cuenta las conclusiones previas, podemos resolver un problema no demasiado discutido en la doctrina nacional y extranjera, pero que tiene máxima importancia para sentar las diferencias estructurales entre el delito doloso y el delito imprudente. Porque debido a la necesaria dependencia del reconocimiento de la exigencia de cuidado a la ocurrencia del hecho antinormativo, no es posible hablar de una tentativa de cuasidelito. Si el resultado que se subsume en la norma respectiva no llega a producirse, entonces no están dadas las condiciones para afirmar que el sujeto careció del conocimiento sobre la realización típica que permite excluir el dolo y entrar en el contexto de la imprudencia. En tal sentido, la imposibilidad de la tentativa imprudente es conceptual: la infracción de la exigencia de cuidado no puede operar como criterio de imputación extraordinaria sin que el delito respectivo se haya consumado.

---

<sup>256</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, *op. cit.* en n. 173, p. 225 s.

Pero examinemos, primero, en qué consiste una tentativa de delito. Desde una teoría de las normas, una tentativa se observa en los casos en que el delito no alcanza su consumación por no realizarse todos los elementos típicos y siendo, por tanto, imposible predicar antinormatividad de la conducta imputable. Lo relevante está en apreciar las diversas relaciones que pueden darse entre la antinormatividad de la conducta y la infracción de deber, producto de la imputación del hecho como injusto culpable. Una de esas relaciones lógicas es que el sujeto cuente con las capacidades de seguimiento de la norma en ambos niveles, pero el comportamiento no se subsuma en el tipo respectivo. O sea, hay infracción de deber sin antinormatividad. Esa relación es precisamente la que se corresponde con el injusto de (todo tipo de) tentativa<sup>257</sup>: el autor da inicio a la ejecución del delito contando con las capacidades necesarias – acción y motivación – para evitar la infracción de la norma, sin embargo, y por las razones que fuere, su comportamiento no configura todos los elementos de la descripción típica. Que no exista antinormatividad, por lo pronto, no impide aseverar que la conducta del sujeto pueda expresar una falta de reconocimiento de la norma, ya que en la mera oposición a su seguimiento se evidencia “una voluntad de negación del derecho”.<sup>258</sup> En otras palabras, de la afirmación que el sujeto haya actuado infringiendo el deber no se sigue que, necesariamente, exista subsunción del caso en la descripción típica. Así, en los delitos de resultado, se imputa la comisión de una acción que es causa para el resultado típico, aún cuando no se haya dado ese resultado, puesto que lo que se pretende determinar con la imputación es la voluntad de no seguimiento de la norma, no la corrección del proceso de subsunción.

Y lo anterior también puede expresarse en términos de las perspectivas que asume el juzgador respecto de ambos elementos. Que *ex post* no pueda decirse que la conducta se subsume en un tipo penal porque no cumple con todos los elementos que éste configura, no permite concluir nada sobre que, ahora, *ex ante* el sujeto haya estado capacitado para evitar la infracción de la norma.<sup>259</sup> Ambos juicios, el primero de subsunción y el segundo de atribución, operan con esquemas diferenciados y por tanto responden preguntas diferentes.

Ahora bien, el caso paradigmático de la tentativa es la tentativa dolosa, en donde el sujeto estuvo en condiciones de evitar la acción infractora de deber. En el ámbito imprudente, por otra

---

<sup>257</sup> MAÑALICH, *Norma e imputación*, *op. cit.* en n. 200, p. 182

<sup>258</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, *op. cit.* en n. 173, p. 221

<sup>259</sup> MAÑALICH, *Norma e imputación*, *op. cit.* en n. 200, p. 183



parte, la doctrina nacional ha negado en forma unánime la posibilidad de una tentativa, considerándola algunos como “inimaginable”<sup>260</sup> o “conceptualmente excluida”.<sup>261</sup> El argumento que se repite es que la tentativa supone la intención de cometer un delito, puesto que sólo puede intentarse aquello que se pretende realizar y en el cuasidelito no se busca el delito sino que éste tan sólo ha sido previsto, en la culpa<sup>262</sup> consciente, o simplemente ha sido previsible, en la culpa inconsciente.<sup>263</sup> Se enfatiza, al analizar la tentativa, su faz subjetiva al observar “la existencia de un dolo dirigido a concretar el tipo, lo que no sucede en el cuasidelito. Si existe voluntad dirigida a alcanzar el evento injusto, hay delito doloso, nunca culposo”.<sup>264</sup>

La característica distintiva del argumento está, entonces, en que la tentativa expresaría la intención de comisión del delito, la cual no se presenta en los delitos imprudentes. Incluso en la culpa consciente, si se llegase a admitir una voluntad orientada a realizar la acción con infracción de deberes de resultado, tal propósito no atiende ni a la descripción ni al resultado típico.<sup>265</sup> Para ilustrar el argumento, Politoff plantea un ejemplo en que una enfermera, por descuido, da inicio a la acción de colocar una inyección equivocada, pero el médico se percató y lo impide. En un caso como éste, no hay cuasidelito tentado porque “la tentativa supone un ánimo dirigido a la realización del entero hecho típico y (...) el propósito debe apuntar también a la producción del resultado típico”.<sup>266</sup>

La crítica precipitada a la tesis de la doctrina nacional está en la relación entre el concepto sugerido de tentativa y el dolo: pareciera exigirse en todo caso un dolo directo de primer grado, desconociendo al dolo eventual como criterio básico – y por tanto primario – de imputación. Esto porque se señala que todo intentar “presupone la intención de cometer el delito”.<sup>267</sup> Sin embargo es poco caritativo con la doctrina clásica suponer que esa “intención” se refiere exclusivamente al dolo directo de primer grado, cuando la teoría del delito de (casi) todos esos autores reconoce al dolo eventual como dolo suficiente para justificar la punibilidad. Esa

---

<sup>260</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 563

<sup>261</sup> POLITOFF, *op. cit.* en n. 24, p. 518

<sup>262</sup> Dado el amplio reconocimiento de las nociones de *culpa consciente* y *culpa inconsciente*, se mantendrá a su respecto su categorización como *culpa*. Sin embargo, de ello no se deriva que tengan que ser entendidas de un modo distinto a *imprudencia consciente* e *imprudencia inconsciente*, respectivamente.

<sup>263</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 515. Igualmente, CURY, *op. cit.* en n. 35, p. 563

<sup>264</sup> GARRIDO Montt, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, pp. 228 s.

<sup>265</sup> POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.* en n. 18, pp. 293 s.

<sup>266</sup> POLITOFF, *op. cit.* en n. 24, p. 518

<sup>267</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 515

alternativa no es la única manera de entender esa “intención”: es perfectamente posible una comprensión, si se quiere, débil de intención como “voluntad”. Así, la intención de cometer el delito debiera interpretarse como voluntad de negación de la norma, es decir, que aquel autor al cual exitosamente se le imputa un hecho injusto y culpable manifiesta no querer seguir la norma.<sup>268</sup> Si asumimos esa comprensión, entonces para la doctrina chilena el cuasidelito tentado no sería punible porque no expresa una voluntad contraria a derecho.

Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría de las normas que asumimos aquí, “ya en la tentativa – es decir: sin consumación – pueden satisfacerse las condiciones de una infracción de deber, de modo tal que también sin consumación – es decir: sin antinormatividad – un comportamiento puede ser imputable como contradicción de la norma”.<sup>269</sup> En otras palabras, afirmar la infracción de deber como consecuencia de la imputación ya implica apreciar “una voluntad de negación del derecho”, lo cual no depende del reconocimiento de la antinormatividad de la conducta. Por tanto, la doctrina nacional reinterpretada igualmente se equivoca: la tentativa sí expresa contradictoriedad a la norma.

Ahora bien, por medio del análisis de la imprudencia como forma de imputación extraordinaria y de la infracción de la exigencia de cuidado como criterio de imputación relevante, tiene que concluirse la imposibilidad de reconocer un delito imprudente en un estado diferente al de la consumación.<sup>270</sup> Puesto que la exigencia de cuidado sólo se tiene en cuenta penalmente cuando ya ha acaecido el resultado antinormativo. Cuando éste no ocurre, entonces no tiene sentido preguntarnos por el cuidado que el sujeto debió ejercer porque es imposible determinar ese cuidado sin revisar lo que efectivamente ha ocurrido. Pero además, y primariamente, porque la pregunta por la imprudencia está subordinada lógicamente a la ocurrencia del resultado. La infracción de la exigencia de cuidado no es identificable por el derecho penal como criterio de imputación extraordinaria mientras no acontezca el resultado

---

<sup>268</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 221

<sup>269</sup> MAÑALICH, *Norma e imputación*, op. cit. en n. 200, p. 184. Asimismo plantea que “la pregunta por la antinormatividad del comportamiento es lógicamente independiente de la pregunta por su imputabilidad. El carácter de injusto de la tentativa punible no resulta así de su pretendida antinormatividad, la cual, por el contrario, precisamente tiene que faltar para que pueda hablarse de tentativa, sino que resulta de la satisfacción de las condiciones de una infracción de deber, lo cual significa: el injusto de la tentativa punible ha de ser entendido exclusivamente como injusto de la acción”

<sup>270</sup> En contra, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, parte general*. 2ª edición. Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 395, quien plantea que “no existe ningún dogma que impida punir la tentativa imprudente, ni siquiera de *lege ferenda*; sobre todo es incorrecta la suposición de que sólo hay tentativas dolosas”

lesivo. Sólo ocurrido éste, el derecho penal “se interesa” por el comportamiento como hecho antinormativo y revisa las razones para imputárselo a alguien. Cuando no es posible afirmar dolo, pero el sujeto se ha comportado de modo contrario al cuidado debido, entonces concluimos que su conducta es imprudente porque no evitó quedar en situación de inevitabilidad de infracción de la norma penal pertinente.

Porque la exigencia de cuidado entendida independientemente carece del contexto necesario para configurar una obligación. A diferencia de los deberes derivados de prohibiciones que se bastan a sí mismos, para que el cuidado exigido cuente como una regla jurídica penal de imputación necesita de la satisfacción de los elementos típicos de un delito. De lo contrario, no es posible referirse al cuidado como figura penalmente relevante para la imputación porque mientras no haya nada que atribuir no puede operar como criterio de tal imputación. No se sanciona la imprudencia *per se*, sino que se sanciona una conducta subsumida en un tipo penal debido a la falta de cuidado. Y esa falta de cuidado no puede ser criterio sin que esa conducta ya esté subsumida en el tipo.

El problema es que, al parecer, una tentativa dolosa plantearía el mismo obstáculo porque, utilizando el mismo argumento, al no existir resultado típico tampoco podría ser utilizado el dolo como criterio de imputación. Sin embargo, como señalamos *supra* (II.1.2.1.c), la comisión dolosa de un delito implica que el sujeto se representa su acción como un tipo de injusto, puesto que su estado mental es interpretable como directamente contradictorio con el deber de acción derivado de la norma de comportamiento pertinente. En tal sentido, el dolo manifiesta una contradicción directa entre la representación del sujeto y el ordenamiento, que justifica la pena a pesar de no verificarse el resultado. En tal sentido, podría decirse que la contradicción subjetiva con el ordenamiento que conlleva el dolo “sustituye” la ausencia de contradicción objetiva observable en los hechos, permitiendo reconocer al dolo como criterio de imputación relevante y configurar la infracción de deber. Pero precisamente dado que la contradicción es meramente subjetiva y que, por lo tanto, no se ha afectado el bien jurídico respectivo, es que resulta adecuada una disminución de la pena, tal y como lo señalan los arts. 51 y 52 que indican la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley según si se verifica un delito frustrado o una tentativa, respectivamente.

Entonces, en definitiva, la condicionalidad propia de la exigencia de cuidado impone una dependencia entre el objeto de la imputación y la imputación extraordinaria: si no se configura ese objeto, entonces no podemos imputar porque no hay nada que imputar. Esta limitación no existe en el ámbito doloso, porque la infracción del deber de acción, derivada de una norma de comportamiento, implica – sin ningún rodeo – un déficit de fidelidad al derecho. No podemos hablar, en fin, de una conducta imprudente antes de que esa conducta sea efectivamente subsumida en una descripción típica. Por tanto, no es posible pensar una tentativa de delito imprudente.

Ahora bien, si el lector no está convencido de la imposibilidad conceptual de la tentativa de delito imprudente pueden plantearse otros dos argumentos, los cuales – valga la inmediata aclaración – no compartimos pues implican poner en duda el radical obstáculo lógico, otorgándole relevancia penal a la infracción de la exigencia de cuidado sin el acaecimiento del hecho antinormativo. Éstos son el argumento formal y el argumento valorativo. El primero es un argumento de texto del código penal. Entendiendo nuestro sistema como *numerus clausus*, en virtud del art. 10 n° 13, entonces toda sanción de negligencia debe estar específicamente señalada en la ley penal. Asimismo, el artículo 50 señala que “siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.<sup>271</sup> De tal forma, cuando la ley sanciona expresamente un cuasidelito, por ejemplo en el artículo 224 n° 1 que sanciona la prevaricación imprudente, debemos comprender que se alude a un delito consumado. La tentativa no podría sancionarse porque se requeriría que la ley lo señalara especialmente, en atención a la excepcionalidad de su punibilidad y a la regla general que entiende toda norma de sanción está orientada al delito consumado.

El argumento valorativo, por su parte, apunta al criterio de imputación extraordinaria, ya que no se le imputa un hecho a un sujeto porque no lo evitó teniendo las capacidades relevantes – que es el caso del dolo – sino porque no evitó ponerse en situación de inevitabilidad posterior al infringir el cuidado exigido. Esto implicaría que el injusto en casos de delito imprudente es inferior al injusto observado en delitos dolosos, porque no hay una voluntad *inmediata* de negación del derecho, sino simplemente una disposición *mediata o indirecta* de actuación

---

<sup>271</sup> En este contexto, la palabra “delito” del artículo 50 es entendida ampliamente tanto refiriéndose al delito doloso como al delito culposos.

contraria a la norma. Y ello se expresa claramente en que las penas de los delitos imprudentes son menores al compararlas con las sanciones paralelas a título de dolo.

Luego, en la tentativa dolosa no existe consumación del delito pero se aprecia la infracción del deber al serle imputable el hecho al agente. En esos casos, la ley sanciona pues el sujeto manifiesta inequívocamente con su conducta que la norma de comportamiento no vale para él, a pesar de que no se satisfagan todos los elementos de la descripción típica. El injusto de acción es, por tanto, evidente:<sup>272</sup> a pesar de no existir resultado y, por tanto, afectación del bien jurídico respectivo, la conducta del sujeto es suficientemente antagónica con el ordenamiento jurídico, para merecer una pena. Es lo que, en definitiva, expresa el artículo 7° del código penal al señalar que “el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen se consuma”. La ausencia de injusto del resultado se hace irrelevante, basta la imputación a título de dolo porque el ordenamiento no puede tolerar actuaciones directamente contrarias a norma.

Sin embargo, en el cuasidelito existe un injusto de acción atenuado, de forma que no se pueden mantener las mismas razones que en la tentativa dolosa para su punición. Como la contradictoriedad a norma es secundaria para acciones descuidadas, si no existe afectación del bien jurídico a través del resultado, entonces el derecho prescinde de la pena. No existe suficiente injusto para justificar la imposición del mal que constituye la pena. Solamente cuando se presenta el resultado lesivo, entonces la imprudencia – como infracción de deber de cuidado – es relevante jurídico penalmente hablando. En los demás casos, no existe una entidad suficiente de voluntad contraria a la norma, debido a una imputación simplemente extraordinaria que analiza capacidades secundarias, para sancionar.

b) Ahora bien, concluir la imposibilidad de la tentativa de cuasidelito obliga a referirnos respecto de un tipo penal específico, este es, el artículo 494 n° 10, el cual plantea:

**Art. 494.** Sufirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:

**10.** El médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas.<sup>273</sup>

---

<sup>272</sup> En el mismo sentido, MAÑALICH, *Norma e imputación*, *op. cit.* en n. 200, p. 184: “el injusto de la tentativa punible ha de ser entendido exclusivamente como injusto de la acción”.

<sup>273</sup> El hecho de que sea una falta no significa un problema porque no corresponde a las llamadas faltas administrativas que la doctrina ha enunciado y que obligan a cambiar el punto de vista del análisis. Véase por ejemplo NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 240 quien distingue entre aquellas *faltas delictuales*, las

Para interpretar el artículo 494 n° 10 existen dos posibilidades. En primer lugar, podemos afirmar la presencia de un cuasidelito tentado explícitamente sancionado, puesto que sin existir antinormatividad de la conducta – ya que no se causa daño a las personas – se infringe el cuidado debido – en el modo de un descuido culpable. Es el típico esquema de la tentativa, que aquí se tendría que establecer expresamente puesto que la punibilidad del delito imprudente es siempre excepcional. Incluso podría justificarse esta sanción en atención a la importancia de la labor médica para la integridad física, en el sentido que sería una actividad de tal riesgo que sería razonable ya sancionar en una fase previa a la consumación. No obstante, esta solución es errada por los obstáculos ya mencionados respecto a la imposibilidad de la tentativa: lógicamente no se puede afirmar una contravención de la exigencia de cuidado sin el resultado normativo, sin que la conducta satisfaga la descripción típica. Pero descartada esta posibilidad, aún debemos resolver el dilema del art. 494 n° 10.

La segunda alternativa, entonces, consiste en entender al art. 494 n° 10 como un delito de peligro abstracto. La comisión de un delito de peligro abstracto afecta las condiciones de seguridad en la protección del bien jurídico, en el sentido que su afectación queda echada a la suerte. En tal sentido, se independiza una exigencia de cuidado transformándola en tipos penales que imponen deberes de acción.<sup>274</sup> Es lo que sucede con la conducción en estado de ebriedad: en principio es simplemente una exigencia de cuidado evitar beber alcohol antes de conducir, puesto que al inhibir las capacidades motoras aumenta la probabilidad de generar un resultado lesivo para la integridad física de otros. Sin embargo, mientras ese resultado lesivo no ocurra, no hay objeto de la imputación de manera que conducir bajo los efectos del alcohol sin producir un accidente no sería una conducta sancionable penalmente. El legislador, por el contrario, decidió – con la creación del delito respectivo – que el sólo hecho de conducir en situación de ebriedad ya revela un disvalor suficiente, de forma que ese comportamiento merece sanción. Y el delito de peligro abstracto se caracteriza precisamente porque el riesgo que conlleva la conducta para el bien jurídico es presumido por el legislador debido a diversas razones, por ejemplo en caso de la

---

que son hechos semejantes a los delitos pero de menor entidad; y aquellas *faltas contravencionales* “en que no se atenta directamente en contra de un bien jurídico sino en que se infringen reglas puestas por la administración estatal para mejor (sic) promover el bien común”. Debido a que el fundamento de las últimas no tiene que ver con la protección de un bien jurídico, sino simplemente desobediencia a normas tendientes al bienestar general, ello debe tenerse en cuenta al momento de interpretarlas.

<sup>274</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit en n. 173, p. 226

conducción en estado de ebriedad, por la alta probabilidad estadística de realizar dichos riesgos.<sup>275</sup> El art. 494 n° 10, bajo este prisma, revelaría un disvalor reconocible ya en la mera ejecución de actividades en forma descuidada, lo que justificaría su tratamiento como delito independiente.

Pero, que el art. 494 n°10 sea un delito autónomo de peligro abstracto implica dificultades en la imputación del mismo: debemos reconocer dolo respecto del descuido culpable.<sup>276</sup> Es decir, el sujeto calificado tiene que mostrar un estado cognitivo referido al descuido de su conducta. Entender a la imprudencia como parte de la descripción típica que debe satisfacerse para reconocerse la antinormatividad y que debe ser imputada a título doloso no puede sino ser problemático.

Ahora bien, dado que nos encontramos con dificultades y no con imposibilidades, no hay razones que aboguen porque la conceptualización del art. 494 n° 10 como delito de peligro abstracto sea una solución irracional. Ello permite sostener la tesis de la necesidad conceptual del carácter consumado del delito imprudente, dada la dependencia lógica de la exigencia de cuidado al resultado antinormativo.

---

<sup>275</sup> MALDONADO, Francisco. “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados ‘delitos de peligro’ en el moderno derecho penal”, Revista de Estudios de la Justicia n° 7, 2006, p. 23.

<sup>276</sup> Respecto a las dificultades generales asociadas a la noción de delitos de peligro abstracto, véase una crítica al concepto, en derecho chileno: MALDONADO, *op. cit.* en n. 267, p. 23 ss.; y en derecho comparado: HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-14, 2002, p. 7 ss. En contra, véase una defensa del concepto: KINDHÄUSER, Urs. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal”, InDret 1/2009, p. 14 ss.

### 1.3. La construcción del estándar de cuidado

a) Una construcción de la exigencia de cuidado que sea coherente con la teoría de la imputación basada en la teoría de las normas presentada en los capítulos previos se sostiene en tres argumentos básicos. En primer lugar, es fundamental que la exigencia de cuidado se entienda como un estándar, de modo que lo exigido sea igual para todo destinatario. Ello implica, por tanto, refutar una concepción de imprudencia puramente psicológica que pretende encontrar una falla mental en la acción imprudente. En segundo lugar, no es posible renunciar, en modo alguno, al concepto de cuidado para el éxito de la imputación a título de imprudencia. Si bien esta aseveración puede parecer obvia – ya que siempre hemos hablado de una exigencia de *cuidado* – existe una importante posición doctrinaria que se opone a su reconocimiento centrando el análisis en el concepto de cognoscibilidad. De ahí que sea necesario clarificar esta postura crítica profundizando en la cognoscibilidad para concluir que, detrás de la cortina, sigue siendo el cuidado el elemento a verificar. Y en tercer lugar, para identificar lo que contaba como conducta adecuada a cuidado del sujeto que se pretende imputar, es necesario incorporar en el análisis aquellos conocimientos y capacidades especiales del autor aunque sean diferentes a los ordinarios. Solo así se comprueba que ese autor (y no un hombre abstracto inexistente) podía evitar quedar en una situación en la que el accidente le fuera inevitable. De tal forma, nos hacemos partidarios de la llamada postura individualizadora, lo cual obliga a rechazar su adversaria, esta es, la postura generalizadora, la cual excluye toda referencia subjetiva en la construcción de la exigencia de cuidado. En lo que sigue, se desarrollaran estos tres argumentos básicos.

b) Aseverar que el reconocimiento de la imprudencia se basa en el reconocimiento de un estándar contradice la opinión que la entiende simplemente como un estado mental, es decir, que asume una postura psicológica. Ésta fue la postura mayoritaria en el *common law* antes de la década de los sesenta y contra la cual se enfrentó H.L.A. Hart. Así, la imprudencia se conceptualizaba como aquel estado mental de un hombre quien ejecuta una conducta sin advertir



sus consecuencias,<sup>277</sup> planteándose una identidad entre los términos inadvertencia (*inadvertence*) y negligencia. Desde esta teoría, no podía justificarse que por un momento de descuido (*a fit of inadvertence*) un sujeto podría ser responsable, por ejemplo, de un homicidio. En otras palabras, para que la sanción penal resultare sensata se impone como requisito que el sujeto “tenga en su mente” la idea de lesionar un bien jurídico determinado, de modo que la sanción imprudente aparece como fuera de lugar puesto que se castigaría la no tenencia de la idea de quebrantar el derecho. En síntesis, se estaría castigando por un espacio mental en blanco (*a mere blank*),<sup>278</sup> o expresado de otra forma, dado que la inadvertencia de las consecuencias de una acción no tiene repercusión mental, no puede ser capaz de fundamentar una pena. En base a ello, la imprudencia no ameritaría responsabilidad penal alguna.

Sin embargo, el error está en asumir que inadvertencia implica lo mismo que negligencia. Ya cotidianamente, la inadvertencia carece de demérito puesto que recurrentemente no consideramos los efectos que pueden ocasionar nuestras acciones, de modo que del sólo hecho de no advertir algo, no se sigue sanción alguna. Por ejemplo, A realiza un comentario sin considerar lo ofensivo del mismo para el destinatario: en la sola no consideración de los sentimientos del otro no hay reprochabilidad. Empero, en algunos casos, perfectamente podríamos caracterizar ese comentario con el, muy revelador, adjetivo *desubicado*. Pero si el demérito no está asociado a la ausencia del estado mental dañoso, ¿entonces cuál es el contenido del reproche?

Afirmar, según Hart, que alguien se ha comportado imprudentemente no apunta al estado psicológico del sujeto, sino a que el agente falló en cumplir con el estándar de conducta que cualquier hombre razonable habría acatado.<sup>279</sup> La imprudencia, por tanto, apunta específicamente a lo que se supone que el sujeto debía realizar, pero que no realizó; es decir, al fallo en tomar las precauciones necesarias contra el eventual daño al analizar la situación. De ahí que en el ejemplo anterior, la respuesta al comentario ofensivo podría justificar una sanción social si se suponía que el sujeto debía tomar ciertas precauciones y no lo hizo. Por ejemplo, si un sujeto ironiza sobre una determinada enfermedad, lo que es considerado ofensivo por un

---

<sup>277</sup> HART, H.L.A.. “Negligence, mens rea and criminal responsibility”. En su: *Punishment and responsibility*. 2ª edición. Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 146

<sup>278</sup> *Ibid*, p. 147

<sup>279</sup> *Ibid*, p. 148

oyente debido a que él mismo la padece, entonces ameritará sanción social cuando hubiese resultado sensato para cualquiera que ese comentario estaba fuera de lugar. Lo relevante es notar que lo medular de la construcción de la exigencia de cuidado está en la determinación de un estándar que indique la manera diligente de conformar nuestra conducta.

La necesidad del estándar objetivo en la imprudencia apunta a que el ordenamiento exige a cada sujeto el mismo esfuerzo para evitar el actuar ilícito. Por tanto, se exige tomar el cuidado necesario para asegurar la evitación posterior de seguimiento de la norma en una medida que resulta equivalente para todo integrante de la sociedad.<sup>280</sup> Esto porque el derecho penal apunta a un ciudadano fiel a derecho, de modo que las normas se dirigen con un mismo contenido para todos.<sup>281</sup> Que la medida de cuidado dependiera concretamente del destinatario significaría criterios personalizados en el aseguramiento de capacidades posteriores, cuando lo exigible es igual para todos. El derecho no puede diferenciar su aplicación de acuerdo con el destinatario pues está orientado al cumplimiento por la generalidad, de modo que los criterios que se utilicen deben ser iguales para toda imputación. Por ejemplo, carece de relevancia que, debido a personalidades diferentes, un sujeto sea notoriamente más distraído que otro, puesto que la imprudencia no se determina acudiendo específicamente al autor sino a un estándar aplicable en general. Nótese, sin embargo, que sostener la imposibilidad de renunciar a un estándar objetivo en la construcción de la imprudencia aún no dice nada sobre la forma en que debe ser construido tal estándar. Solamente enfatiza el radical impedimento de utilizar al agente individualizado en la determinación de lo que es o no cuidadoso.

c) Para la imputación a título de imprudencia es totalmente irrenunciable el concepto de *cuidado* puesto que la regla de imputación pertinente se corresponde con la infracción de una exigencia de cuidado. No obstante, es posible plantear una opción que renuncie a todo concepto de cuidado – ya sea entendido como deber de cuidado, exigencia de cuidado o simplemente falta de cuidado – y sostener el estándar solamente en la posibilidad de conocimiento de que la conducta realice

---

<sup>280</sup> BINDING, Karl. *La culpabilidad en derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, 2009, p. 125

<sup>281</sup> KINDHÄUSER, Urs. “El denominado riesgo no permitido”. *En su: Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres Estudios*. Lima, Grijley, 2007, p. 80

el tipo. O sea, “la imprudencia como la cognoscibilidad de la realización del tipo”.<sup>282</sup> En tal forma, no existe ningún tipo de deber de desempeñarse cuidadosamente sino que el contenido de la imprudencia se agotaría en la evitación de acciones cognosciblemente típicas, lo que se puede hacer omitiendo la acción respectiva o adquiriendo los conocimientos necesarios.<sup>283</sup> La punibilidad del delito imprudente, entonces, dependería únicamente de que el agente hubiese podido prever y evitar el resultado lesivo.

Esta posición se justificaría en una deficiencia en la inclusión del cuidado en el cuasidelito. Así, que el cuidado sea utilizado como el concepto central para dar por satisfecha la descripción típica del cuasidelito, conllevaría convertir esos tipos en tipos abiertos.<sup>284</sup> El argumento opera enfatizando la escasez de determinación del tipo imprudente puesto que sería el juez quien, en todo caso, tendría que concretar lo que resultaba cuidadoso en la situación respectiva. De modo que si el tipo tiene como objetivo básico la selección de sólo algunos comportamientos como jurídico penalmente relevantes, entonces tal delimitación tiene que realizarse con suficiente exactitud por mandato del principio de legalidad. Las leyes penales en blanco definen paradigmáticamente la infracción a ese mandato puesto que su descripción típica es incompleta ya que una parte de ella requiere ser complementada posteriormente a través de preceptos dictados por otra autoridad.<sup>285</sup> Lo que sugiere la crítica no es que todo delito imprudente sea una ley penal en blanco, pues no existe otra autoridad que deba dictar una regla para colmar la descripción, sino que el legislador le encargaría al juez la determinación del concepto medular de la imprudencia.

Una mala defensa del concepto de cuidado frente a este argumento estaría constituida por una evasiva, o sea, que la crítica sólo es pertinente si situamos a la imprudencia en nivel de injusto, pero si lo hacemos en nivel de culpabilidad entonces no existiría el problema

---

<sup>282</sup> BURKHARDT, Björn. “Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. En: WOLTER y FREUND (eds.): *Sistema integral de Derecho Penal*. Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 178

<sup>283</sup> En cierto sentido, CURY, *op cit*, en n. 36, p. 333 renuncia a la caracterización de la imprudencia en base al concepto de cuidado, enfatizando en cambio la omisión del autor de la medida de dirección final que el hombre medio es capaz.

<sup>284</sup> TORÍO López, Ángel. “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXVII (1974), p. 52

<sup>285</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 117. Véase CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 175 para una diferenciación entre ley penal en blanco propia o impropia, de acuerdo a la jerarquía de la autoridad que debe completar el tipo.

señalado.<sup>286</sup> Entendiendo que la dogmática moderna sitúa, casi unánimemente, la revisión de la imprudencia (y el dolo) en el ámbito del tipo subjetivo es que la evasiva resulta radicalmente poco convincente. Una defensa correcta se basa en la diferenciación estricta entre antinormatividad del comportamiento e imputación como infracción culpable de deber, o sea, entre tipo objetivo y tipo subjetivo. Ya decíamos que tanto el dolo como la imprudencia se entienden como criterios de imputación, es decir, como razones para imputar demeritoriamente una conducta a un determinado sujeto. En tal sentido, el injusto objetivo entre delitos dolosos y delitos imprudentes análogos tiene que ser necesariamente el mismo, porque se imputa el quebrantamiento de la misma norma de comportamiento.

De ahí que sostener la indeterminación del concepto de imprudencia como contrario al mandato de determinación resulta tan absurdo como sostener la indeterminación del concepto de dolo como contrario al mandato de determinación. Porque nadie estaría dispuesto a plantear que como no existe una definición escriturada del dolo, entonces hay infracción del principio de legalidad. Y esto se basa en que el mandato de determinación apunta a una suficiente descripción de los elementos típicos, lo cual tiene que quedar necesariamente circunscrito al ámbito del tipo objetivo. Allí es donde opera el proceso de subsunción que examina la pertinencia del comportamiento como una instancia del tipo delictivo. Por el contrario, en el proceso de imputación se utilizan numerosos conceptos abiertos que han suscitado discusión en la dogmática, en donde el dolo y la imprudencia sólo son un ejemplo, pero respecto de los cuales no cabe una queja por legalidad.

Por tanto, alegar indeterminación del concepto de imprudencia como una infracción del principio de legalidad es simplemente una impropiedad. La única forma en que tal reclamo puede resultar razonable es si se postulase que el cuasidelito atenta en contra una norma diferente a la norma de comportamiento del delito doloso, cual es la postura que sostuvo la teoría final de la acción. En ese caso, podría tener sentido el alegato de indeterminación puesto que esta norma (penal) de cuidado operaría como una norma sometida a las exigencias del principio de legalidad. Así, bajo la visión finalista, la utilización del concepto de cuidado en la descripción de lo que cuenta como cuasidelito recibiría críticas idénticas a las del artículo 363 que tipifica aquellas acciones que atentan contra el *pudor y las buenas costumbres*.

---

<sup>286</sup> Como lo hace TORÍO, *El deber*, op. cit. en n. 284, p. 52

Lo relevante, por tanto, no es simplemente el planteamiento como indeterminado de un concepto para observar una infracción del principio de legalidad, pues numerosos conceptos jurídicos carecen de una definición estricta y pueden ser dotados de contenidos diversos dependiendo de la posición doctrinaria defendida. De ahí que la única indeterminación que puede ser relevante desde el principio de legalidad es la indeterminación de la descripción típica: si no está clara la conducta prohibida o mandada entonces hay infracción del mandato de determinación. Y como un concepto de imprudencia bien entendida sólo se discute en la imputación de la conducta como infracción culpable de deber y nunca en la discusión sobre la subsunción del comportamiento en la norma, entonces el alegato de ilegitimidad del cuidado como fundamento de la imprudencia queda completamente fuera de lugar.

A modo de ejemplo, otro de los ámbitos jurídico penales en donde reconocemos indeterminación de los conceptos y que no amerita ninguna controversia con el principio de legalidad está en la modalidad comisiva de los delitos puros de resultado. Es decir, la descripción típica de esta clase de delitos no explicita el medio por el cual se llega al resultado delictivo, siendo completamente irrelevante la manera por la cual se alcanza ese resultado. El medio no es uno de los elementos que el juez debe revisar para dar por satisfecha la descripción típica. Es así que para que se satisfaga la descripción de la prohibición del homicidio no interesa si el autor degolló o envenenó a la víctima, sino simplemente que se causase su muerte. Sin embargo, no puede argumentarse una infracción al principio de legalidad por indeterminación de uno de los aspectos típicos del homicidio. Es simplemente una alegación infructuosa porque aquí no resulta pertinente hacer valer el mandato de determinación. En el homicidio, a pesar del reconocimiento de cierta ambigüedad, es nítida la conducta prohibida, pues el destinatario de la norma conoce, con claridad y con anterioridad a la realización de cualquier acción, lo que está prohibido penalmente. Del mismo modo, en el delito imprudente a pesar de la indeterminación del concepto de cuidado, tampoco existen dudas sobre lo que está prohibido, simplemente ello debe ser determinado por el juez al momento de la imputación.

Y en todo caso, la propuesta de excluir el concepto de cuidado circunscribiendo la imprudencia a la previsibilidad de la realización típica no plantea ninguna solución. Porque el concepto de previsibilidad conlleva el mismo problema de indeterminación: requiere ser

concretado judicialmente tomando en cuenta las circunstancias del caso. El reclamo de apertura del tipo se mantendría, entonces, en los mismos términos.

No obstante, la asunción del cuidado como concepto fundamental en la construcción del estándar de imprudencia no se justifica simplemente porque la indeterminación no sea un buen argumento para su descarte, sino en base a la misma estructura del delito imprudente. Así, los críticos al concepto de cuidado postulan que lo único relevante es la cognoscibilidad de la realización del tipo, entendiendo cognoscibilidad en el sentido que “el autor del hecho injusto, partiendo de sus conocimientos parciales, estaba en condiciones de llegar a un conocimiento de todo el acontecer, esto es, en condiciones de conocer el hecho y su injusto”,<sup>287</sup> o sea, el sujeto tenía la posibilidad de darse cuenta que la realización de la conducta era antijurídica pues afectaría algún bien jurídico con la infracción de una norma. Nótese que todo atractivo en el concepto de la cognoscibilidad está referido a que se estaría en condiciones o, que es lo mismo, se tendría la posibilidad de conocer lo injusto de la conducta, lo que permitiría fundar la imprudencia sin recurrir al concepto de cuidado.

Burkhardt, en cambio, revela el error del argumento: la falta de cuidado ya incorpora normativamente el concepto de cognoscibilidad.<sup>288</sup> Así, la cognoscibilidad se estructura en la forma de una oración condicional irreal puesto que se refiere a lo que el sujeto *podría* haber conocido a pesar de que ello no ocurrió, o sea, no adquirió ese conocimiento. Por ejemplo, el médico A realiza una determinada intervención quirúrgica sin siquiera notar que la técnica utilizada era contraindicada para la paciente P, lo que termina con su muerte. En este caso de culpa inconsciente, los defensores de la cognoscibilidad sostendrían que A es responsable de un cuasidelito de homicidio porque para A era cognoscible, dado sus conocimientos médicos, que aplicaba una técnica incorrecta en la realización de la operación, o que es lo mismo, para A era

---

<sup>287</sup> BURKHARDT, *op. cit.* en n. 282, p. 180, donde cita a Schmidhäuser. Téngase en cuenta que la afirmación de que el autor deba conocer el injusto de su acción introduce una confusión entre los dos niveles de la imputación, puesto que si se sostiene que la noción de imprudencia tiene relevancia en el primer nivel, entonces la referencia al conocimiento de lo antijurídico del comportamiento debiera quedar vedada pues tal consideración pertenece al segundo nivel de imputación, cual es, el correspondiente al análisis de culpabilidad. A pesar de esta complicación, en lo que sigue se enfocarán esfuerzos en lo igualmente deficiente que resulta una postura que acude simplemente a la cognoscibilidad rechazando la noción de cuidado.

<sup>288</sup> *Ibid*, p. 180. Así, Burkhardt (*ibid*, p. 185) habla de cuidado interno para diferenciarlo de lo que algunos han denominado cuidado externo, pero que no pasa de ser una cualidad ínsita de todo delito consumado consistente en la creación de un peligro no tolerado; y que el mismo autor descarta posteriormente como elemento significativo para el análisis de la imprudencia.

posible saber que la técnica era errónea. Tal afirmación es perfectamente entendible como condicional irreal porque apunta a lo que el sujeto hubiera sabido, pero que en realidad no supo. Lo interesante es que presupone una hipótesis objetiva bajo la cual se hubiese dado el conocimiento<sup>289</sup>, lo que le otorga el carácter de condicional.

Luego, la pregunta evidente será cuál es la condición que encierra la posibilidad de haber conocido el injusto penal, y para ello se pueden sostener dos alternativas. La primera atiende a la motivación conforme a derecho del supuesto autor, es decir, que el sujeto habría conocido que su conducta era antijurídica si hubiese estado suficientemente motivado en evitar una situación de incapacidad, esto es, se hubiese comportado como un ciudadano fiel al derecho. Esta propuesta, en realidad, no pretende dar una solución adecuada al problema porque sólo evidencia el supuesto de motivación subyacente a toda actuación conforme a norma: el derecho penal presupone que quien infringe la norma explicita una motivación contraria al ordenamiento en general.

La segunda alternativa plantea que la condición apunta a un deber de adquisición de conocimientos que ha sido incumplido por parte del agente y que justificaría la imputación a título de imprudencia. En otras palabras, que la valoración errónea previa a la acción – y que permite afirmar lo cognoscible del injusto – se debe a no haber empleado el cuidado necesario y posible.<sup>290</sup> En nuestro ejemplo del médico, optar por esta alternativa autorizaría a sentar la responsabilidad de A en que éste hubiese conocido que la técnica utilizada era incorrecta si hubiese examinado el expediente médico del paciente a que estaba obligado y en condición de realizar. En otras palabras, la acción de A constituye injusto subjetivo porque infringió una de las exigencias de cuidado respectivas, cual es, revisar el expediente médico antes de operar a un paciente que no conocía. Esta solución parece enfatizar la cuestión medular del caso: qué es lo que un médico está obligado a realizar antes de una intervención quirúrgica. Y por ello que A estaba en condiciones de actuar cumpliendo con el cuidado debido consistente en conocer una circunstancia fundamental previo a la ejecución de la conducta. Y en esta falta de cuidado nuevamente podemos observar un factor motivacional, equivalente a la primera alternativa de

---

<sup>289</sup> *Ibid*, p. 180

<sup>290</sup> *Ibid*, p. 182

solución, en que el hecho antijurídico supone la falta de consideración del autor en el seguimiento de la norma.<sup>291</sup>

De esta forma, los intentos de descartar la noción de cuidado del delito imprudente son infructuosos porque el concepto que la reemplaza (cognoscibilidad) no hace sino confirmar la necesidad de referirse al cuidado que un sujeto está obligado a desarrollar en el ejercicio de una actividad.

d) Sobre la construcción de la negligencia, ya afirmamos dos puntos: que debe hacerse bajo un estándar objetivo y que el concepto de cuidado es irrenunciable. No obstante, aún no nos hemos referido a cómo debe construirse tal estándar de cuidado. Y aquí es donde tiene que defenderse el énfasis en la imputación del sujeto concreto y, por tanto, la consideración de sus conocimientos y habilidades especiales para determinar la conducta cuidadosa exigida. Esta postura se ha denominado *individualizadora* y se opone a la *generalizadora*, la cual determina la infracción del deber de cuidado en atención a un hombre medio abstracto con conocimientos y capacidades generales. La asunción de la posición individualizadora nos lleva a la siguiente conclusión: la imprudencia se identifica con la infracción de una exigencia de cuidado que se construye por medio de un estándar objetivo contextualizado dotado de los conocimientos y habilidades de ese autor, es decir, lo que un destinatario fiel a derecho hubiese realizado en el contexto del autor y tomando en cuenta sus capacidades concretas.

En tal sentido, para comprender la posición generalizadora, puede resultar recomendable volver a Hart. Al contradecir la posición dominante de ese momento basada en el estado mental como elemento medular para la negligencia, Hart sostiene que la razón por la cual se imputa un cuasidelito está en la infracción de un estándar de conducta que le era exigible al sujeto. Sin embargo, considera que es erróneo caracterizar a ese estándar como un estándar objetivo, pues pareciera indicar la exclusión de todo atisbo subjetivo lo cual es impensable en base al principio de culpabilidad. Es decir, si nos tomáramos en serio el calificativo de objetivo podríamos desembocar en una responsabilidad objetiva.<sup>292</sup> En vez de ello, diferencia dos preguntas

---

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> Hart (*op. cit.* en n. 277, p. 152) plantea la odiosidad de la responsabilidad objetiva no sólo porque implica sancionar a quienes al momento de actuar no habían previsto o deseado (mentalmente) la acción sino también porque la responsabilidad penal supone que los autores tienen las capacidades normales para hacer lo que la ley requiere, de modo que si no tienen esas capacidades no pueden ser responsables (por



estructurales: en primer lugar, si el sujeto falló en tomar las precauciones que cualquier hombre razonable (*any reasonable man*) con capacidades normales hubiere tomado; y en segundo lugar, si el sujeto específicamente considerado y dado sus capacidades mentales y físicas podría haber tomado aquellas precauciones. Sin prejuizar sobre la postura a la que adscribiría Hart, lo que resulta discutible dada las diferentes categorías dogmáticas entre ambas tradiciones jurídicas, una postura generalizadora también se plantea estas dos preguntas.<sup>293</sup>

La preocupación de Hart es que al imponer un estándar fijo de cuidado algunas personas con capacidades inferiores podrían reclamar que no les era posible evitar la infracción del estándar, de modo que la imposición de una sanción expresaría un sistema de responsabilidad objetiva. De tal manera, distinguir las dos preguntas permite que los casos excepcionales de sujetos bajo el estándar sean resueltos al alero de la segunda pregunta, sin necesidad de alterar la construcción del estándar (invariable) de cuidado de la primera pregunta en la forma de una individualización del mismo.<sup>294</sup> De ahí que el estándar permanece igual para cada caso y para cada sujeto: el cuidado que cualquier hombre razonable con capacidades normales hubiese tomado.

El argumento puede reinterpretarse en la forma de una postura generalizadora como sigue: el estándar de cuidado únicamente alude a los conocimientos y capacidades generales utilizando el criterio del hombre razonable, y opera en el ámbito del injusto. Es decir, para afirmar que un determinado comportamiento es antijurídico bastaría que la acción sea considerada imprudente desde el punto de vista de un observador abstracto razonable. Luego, las circunstancias personales interesantes sólo son revisadas en el ámbito de la culpabilidad, en donde se exculpará

---

ejemplo, menores de edad o dementes). La responsabilidad objetiva impediría considerar ese tipo de casos.

<sup>293</sup> Para caracterizar adecuadamente el argumento de Hart tiene que diferenciarse la pregunta sistemática y la sustancial. La primera alude a la posición de la culpa en la teoría del delito y la segunda a la construcción de la exigencia de cuidado. Como Hart se enmarca en el *common law* no distingue con rigor las categorías del injusto y de la culpabilidad. Para él, la imprudencia se ubicaría en el contexto del *mens rea* y, en específico, a lo que se denomina *prima facie culpability* (Véase MOORE, *op. cit.* en n. 244). Sólo después de considerar la diferencia estructural, vale la pena preguntarse por la posición de Hart en la construcción del estándar. Y allí resulta dudoso su adscripción a la postura generalizadora o individualizadora, pues ambas preguntas podrían ubicarse tan sólo en categoría de injusto o tanto en el injusto como la culpabilidad. En lo que importa aquí, no resolveremos la pregunta, puesto que simplemente nos interesa el recurso a las dos preguntas, cuestión que también es tematizada por la posición generalizadora.

<sup>294</sup> HART, *op. cit.* en n. 277, p. 155

a aquellos que hayan sido incapaces de cumplir con el estándar objetivo. De tal forma, la primera pregunta estaría referida al injusto y la segunda pregunta a la culpabilidad: sólo entendiendo cada pregunta en categorías diferenciadas se evita el alegato de lo innecesaria de la pregunta objetiva.

En tal sentido, la posición generalizadora plantea que la acción es contraria a deber si “un observador – hombre medio cuidadoso y atento participe en el tráfico social – hubiera podido reconocer la acción como peligrosa para el bien jurídico”.<sup>295</sup> Lo que el sujeto concretamente considerado podía (o no podía hacer) es irrelevante desde el injusto, debiendo considerarse solamente en la culpabilidad. El punto central, entonces, es que toda capacidad del sujeto superior al promedio no será integrada en el estándar, ni tampoco aquellos conocimientos que exceden a los corrientes. Por ejemplo, si el sujeto a imputar es un nadador campeón olímpico, el estándar tendría que construirse sólo de acuerdo a las capacidades de natación promedio, sin ser posible exigirle el desempeño de toda su habilidad. Pero no tan sólo lo que excede el estándar queda fuera, sino que también quienes tienen capacidades o conocimientos inferiores al estándar entonces también realizaran un injusto que sólo podría exculparse en sede de culpabilidad. Nótese, eso sí, que los conocimientos y capacidades especiales superiores al promedio nunca serían examinados para determinar a lo que el sujeto estaba obligado.

En otras palabras, para imputar la infracción de exigencias de cuidado es necesario que el sujeto haya contado con la posibilidad de examinar el peligro de su acción, para lo cual debe contar con ciertas capacidades y conocimientos. La posición generalizadora cree que es suficiente comparar la acción realizada con la que hubiese realizado un hombre abstracto en la situación del autor con capacidades y conocimientos generales (promedios). De esta forma, el ordenamiento está exigiendo actuar de acuerdo a lo que puede y lo que sabe un sujeto promedio en la misma situación, justificándose en que exige el mismo nivel de cuidado a todo integrante de la sociedad (en la misma situación que el autor). Así, en un caso de accidente automovilístico en que se discute una eventual responsabilidad por imprudencia, se le exigiría lo mismo a usted y a Sebastian Vettel.<sup>296</sup> Al circunscribir el análisis a un estándar abstracto promedio, entonces

---

<sup>295</sup> ZUGALDÍA, José Miguel. “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XXXVII, fascículo II, 1984, p. 328

<sup>296</sup> Campeón mundial de la Fórmula 1 (2010, 2011, 2012, 2013).

aquellos que pueden y saben más quedan igualmente obligados que aquellos que pueden y saben en promedio.<sup>297</sup>

No obstante, esta posición – por lo demás, tradicionalmente mayoritaria – resulta contradictoria con un sistema causalista del delito que diferenciaba entre el injusto puramente objetivo y la culpabilidad puramente subjetiva. Si la imprudencia sólo era examinada como elemento complementario del dolo en el ámbito de la culpabilidad, entonces era difícil explicar que la construcción de la falta de cuidado se dividiera en un cuidado objetivo, dependiente de un estándar abstracto, y un cuidado subjetivo, el cual atiende a las capacidades específicas del autor. En otras palabras, la imprudencia entendida de esta forma incorporaría elementos objetivos en la categoría puramente subjetiva de la culpabilidad alterando la estructura del sistema causalista. Por el contrario, para un sistema finalista, que modifica radicalmente la comprensión de la estructura del delito, la postura generalizadora le resulta sumamente cómoda. En tal sentido, se sostiene que el cuidado debía entenderse como un concepto objetivo y normativo sin necesidad de aludir al cuidado que el sujeto concretamente considerado podía ejercer, sino sólo el cuidado necesario en el tráfico.<sup>298</sup> Y ese cuidado necesario depende de que los efectos de la acción fueran cognoscibles en un juicio inteligente, esto es, coincidentes con la conducta seguida por un hombre razonable y prudente en la situación del autor.<sup>299</sup>

Ahora bien, puede parecer que un estándar objetivo generalizado funciona bastante bien en abstracto sin embargo esconde varias deficiencias que se evidencian en la práctica. Volvamos al caso del médico A que realiza una intervención quirúrgica sin darse cuenta que la técnica utilizada es errónea, producto de lo cual el paciente P fallece. ¿Cómo afirmamos la imprudencia? Tendríamos que señalar que la conducta de A infringe el estándar de cuidado construido con conocimientos y capacidades generales o, que es lo mismo, que un sujeto abstracto hubiese verificado las condiciones del paciente antes de operarlo. Pero aquí surge la primera interrogante: ¿el hombre razonable utilizado es médico? Y la respuesta sensata sería afirmativa puesto que el estándar apunta a lo realizado por un hombre abstracto en la posición del autor, y

---

<sup>297</sup> VAN WEEZEL, Álex. “Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2, 1999, p. 324, quien considera que al asumir un deber objetivo de cuidado sólo se está a conocimientos y capacidades generales, tanto si en concreto se puede más, como si en concreto se puede menos. Y si el sujeto estaba bajo el estándar, entonces el deber obligaba a abstenerse de realizar la acción.

<sup>298</sup> TORÍO, *El deber, op. cit.* en n. 284, p. 29, donde cita a Welzel.

<sup>299</sup> TORÍO, *El deber, op. cit.* en n. 284, p. 30, donde cita a Welzel.

aquí A es médico de forma que sería tramposo excluir esta condición. Lo anterior resulta fundamental porque si el estándar objetivo no hiciera referencia a un médico sería incierto si un hombre razonable (a secas) debía revisar al paciente antes de operarlo.

Sin embargo, la medicina incorpora un número amplio de especialidades, de manera que modifiquemos el caso: A es un neurocirujano que debe realizar una intervención que requiere habilidades y conocimientos específicos de esa especialidad. La pregunta, ahora, es si el estándar alude a un neurocirujano o simplemente a un médico. O sea, desde la posición generalizadora, cuando nos preguntamos si la conducta de A fue imprudente, ¿la analizamos desde lo que un médico (general) podía y sabía hacer o desde lo que un neurocirujano podía y sabía hacer? Y la respuesta es de todo menos sencilla. Existirán dos alternativas: primero, que el estándar relevante siga siendo el médico (general) con el objetivo de evitar cualquier subjetivización del estándar; o segundo, aceptar la especialización médica arguyendo que se mantiene como categoría objetiva al referirse a las capacidades generales de la categoría de neurocirujano y no de un neurocirujano en particular. Es decir, se propone diferenciar objetivamente entre lo que le corresponde a un médico general y lo que le corresponde a un médico especialista, en este caso un neurocirujano, estableciendo por tanto un estándar diverso entre ambos casos. La primera solución se enfrenta con el difícil problema de que cualquier intento en concretizar el estándar en algo más preciso que el mero hombre razonable implicaría una subjetivización, de forma que la mera consideración de la profesión médica ya se vería excluida. Aquello no resulta sensato pues parece evidente que el ordenamiento exige de forma diferente a quien es médico y quien no lo es.

De forma que continuamos con la segunda propuesta que acepta como categoría relevante (objetiva) la de neurocirujano. Pero ahora, especifiquemos aún más el caso: A forma parte de un selecto grupo de cinco neurocirujanos que tienen las capacidades y los conocimientos necesarios para realizar la intervención quirúrgica que puede salvar la vida al paciente, y que justamente A se equivoca por cansancio en uno de los movimientos que sólo ellos cinco pueden realizar. Esta categoría de neurocirujanos de excelencia, ¿permite reformular nuevamente el estándar? Porque si asumimos que ningún otro de los neurocirujanos del mundo tiene las condiciones para hacer la operación, entonces parece incorrecto mantener el esquema previo al no ser pertinente en el contexto actual; es decir, si el estándar relevante sigue siendo simplemente el del neurocirujano entonces a esos cinco expertos se les estaría exigiendo mucho menos de lo que pueden e,

incluso, la conducta de A no podría entenderse como imprudente porque para un neurocirujano promedio la intervención era completamente inalcanzable. Por tal razón, supongamos que nuevamente actualizamos el estándar de manera que el comportamiento modelo es el correspondiente a las capacidades y conocimientos de esos cinco neurocirujanos. De esta forma, A actúa con falta de cuidado porque un neurocirujano promedio *calificado* hubiese tomado ciertas precauciones mínimas o simplemente se hubiese abstenido de operar en las condiciones de agotamiento físico en que se encontraba A. Nótese que aquí ya es delicado seguir hablando de un estándar objetivo promedio o invariable puesto que hemos concretado el estándar hasta hacer referencia simplemente a cinco personas. Para hacer evidente el problema, piénsese que solamente A tiene las habilidades y conocimientos para realizar la intervención: si fuéramos coherentes con el argumento que permitía concretar el estándar, entonces no habrían razones para no atender precisamente a lo que podría hacer A si se hubiese comportado cuidadosamente.

De esta forma, el estándar de un hombre promedio cuidadoso puede ser una forma de resolver casos sencillos, en donde no existen dudas que el sujeto concreto cuenta con las capacidades y conocimientos que corresponden a los generales. Sin embargo, cuando la posibilidad de analizar los peligros y dificultades de una situación dependen de conocimientos y capacidades especializadas, entonces el estándar puramente promedio parece fallar. Para ello, se requiere sostener “sectores del tráfico”<sup>300</sup> que si bien pretenden conservar el carácter puramente objetivo – distinguiendo, por ejemplo, entre el sector del médico general y el del médico especialista – terminan siendo insuficientes cuando la capacidad y conocimiento especial asumen relevancia respecto del caso concreto.

Esta dificultad también es observada por los defensores de la posición generalizadora por lo cual tradicionalmente se ha propuesto que los conocimientos especiales deberán ser tenidos en cuenta para la determinación del cuidado exigido, sin embargo las capacidades especiales permanecen excluidas.<sup>301</sup> En otras palabras, se pretende que la incorporación de los conocimientos especiales del sujeto en la construcción del estándar venga a establecer con mayor precisión la exigencia de cuidado del agente.

---

<sup>300</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*. Tomo I. Madrid, Civitas, 1997, pp. 1009 y 1017

<sup>301</sup> Véase BURKHARDT, *op. cit.* en n. 282, p. 158 y ZUGALDÍA, *La infracción, op. cit.* en n. 295, p. 328.

No obstante, la enmienda plantea dos dificultades inmediatas. En primer lugar, se hace una compleja diferencia entre los conocimientos y las capacidades, basada en un criterio meramente fenoménico, o sea, los conocimientos hacen referencia a elementos cognitivo-intelectuales y las capacidades a elementos físicos. En teoría, entonces, la natación sería una capacidad porque se manifiesta en una actividad física y el lenguaje alemán sería un conocimiento puesto que implica una actividad intelectual. Sin embargo, es sumamente complicado trazar una línea demarcatoria entre ambos conceptos, puesto que desde el lenguaje cotidiano es igualmente correcto afirmar “alguien puede (es capaz de) nadar” y “alguien sabe nadar”, sin dar luces sobre la eventual diferencia. El otro caso resulta más clarificador ya que es correcto afirmar que “alguien sabe alemán” y que “alguien puede hablar alemán”, aunque igualmente se observa una diferencia entre ambas sentencias: pareciera que el conocimiento es el fundamento del ejercicio de una capacidad. Nadie puede (ejercer la actividad de) hablar alemán sin saber previamente alemán, de la misma forma que nadie puede (ejercer la actividad de) nadar sin saber previamente nadar. Como la natación es una actividad meramente física pareciera que la capacidad y el conocimiento se confunden, lo que no ocurre en actividades cognitivas en donde la distinción es indudable. En el caso del médico, entonces, para realizar una intervención quirúrgica, o sea, ser capaz de ejecutarla, debe saber el procedimiento y la técnica correspondiente. Lo anterior implica una conexión entre la capacidad y el conocimiento que justifica reticencia ante una tesis que las distancia y las trata como conceptos independientes, incorporando una y excluyendo otra.

En segundo lugar, la incorporación de los conocimientos especiales pone en duda la aseveración de un estándar objetivo promedio, en el sentido de una anticipación de elementos subjetivos que sólo serían pertinentes en ámbito de culpabilidad. Es decir, si la finalidad de la posición generalizadora está en mantener en el injusto un concepto de imprudencia puramente objetiva, la inclusión de un elemento subjetivo en la construcción del estándar de imprudencia parecería subvertir el propósito inicial. Ante ello, se contra argumenta que “la inclusión de los conocimientos del autor no es un anticipo de lo subjetivo, sino la construcción de un juicio objetivo de peligro ajustado a peculiaridades más o menos generalizadas”.<sup>302</sup> Aún así, nótese el interés en los conocimientos especiales cuando el juzgador objetivo promedio es incapaz de valorar el riesgo que sí puede valorar el autor individual, lo que ya permite observar un

---

<sup>302</sup> BURKHARDT, *op. cit.* en n. 282, p. 159

cuestionamiento a si el juicio de peligro sobre la base del conocimiento de la realidad de una persona modelo es adecuado para la construcción de la exigencia de cuidado.<sup>303</sup>

Pero además, la incorporación de los conocimientos especiales sólo opera en un sentido, ya que sólo adquiere aplicación allí donde perjudica al sujeto, es decir, justifica la sanción en los casos que quedarían impunes bajo el estándar promedio general. De tal manera, se pretende corregir una clara *laguna de punibilidad* exigiendo el ejercicio de todo aquel conocimiento que sobrepasa al promedio en la realización de la conducta.<sup>304</sup> Mantener una postura generalizada sin corregir resultaría sumamente contra intuitivo puesto que estos casos son vistos ya cotidianamente como demeritorios. No obstante, y debido a su menor notoriedad, no se comprenden los *excesos de punibilidad*: situaciones en las que el sujeto tiene capacidades y conocimientos inferiores al promedio. Y lo más grave es que resulta problemático que estos casos puedan resolverse en culpabilidad al hablarse de inimputabilidad o inexigibilidad,<sup>305</sup> de modo que es posible que la incapacidad del sujeto en el seguimiento de un estándar inalcanzable no sea analizada. Si ese es el caso estamos infringiendo la máxima básica *ultra posse nemo obligator* (deber implica poder) puesto que imponemos una pena a un sujeto que no estaba en condiciones de evitar la infracción de la exigencia de cuidado, lo que es pura responsabilidad objetiva.

Ahora bien, se han intentado sortear las dificultades de una posición generalizadora desde otra perspectiva, respecto de aquellos casos en los que la afirmación o negación de la imprudencia depende si consideramos o no los conocimientos y capacidades personales sobre el promedio. Así, se plantea que, desde una postura generalizadora, un sujeto que no ejecuta sus facultades excepcionales no configuraría un delito imprudente, sin embargo se estaría en presencia de un delito en comisión por omisión (dolosa o imprudente, según corresponda) puesto que está en posición de garante que lo obliga al ejercicio de todas sus habilidades para evitar el resultado lesivo.<sup>306</sup> Por ejemplo, el cirujano que tiene habilidades especiales pero que no las ejerce y el paciente fallece, no sería culpable de un delito imprudente (de acción) puesto que no infringe el estándar de cuidado fundada en un cirujano abstracto con capacidades generales. Sin

---

<sup>303</sup> *Ibid*, p. 164

<sup>304</sup> VAN WEEZEL, *Parámetros*, op. cit. en n. 297, p. 329

<sup>305</sup> *Ibid*, pp. 325 y 329

<sup>306</sup> *Ibid*, pp. 326 s., donde simplemente explica la defensa generalizadora para luego optar por una postura individualizadora

embargo, dado que está en posición de garante (por injerencia, confianza especial, deber institucional de salvamento o el que sea), debe evitar la muerte del paciente para lo cual se le exige el ejercicio de todas sus habilidades. De forma que si se comporta imprudentemente, confiando que el resultado de muerte no se produjera, entonces configuraría un homicidio imprudente en comisión por omisión.

Resguardarse en el concepto de omisión imprudente para mantener la posición generalizadora ante las numerosas dificultades que enfrenta es sumamente problemático, porque implica utilizar un concepto diferente de cuidado en el delito comisivo y en el omisivo.<sup>307</sup> Es decir, el cuidado (y la falta de cuidado) se construiría bajo criterios distintos si asumimos una perspectiva activa y omisiva de la conducta. Ello implica una discrepancia conceptual que carece de toda justificación, que se basa simplemente en la búsqueda de sanción a casos en que la imprudencia del sujeto es incontrovertible y que la tesis generalizadora no puede explicar adecuadamente. En tal sentido, no hay otra opción que rechazar una posición generalizadora.

e) Por su parte, Roxin plantea que la determinación de la imprudencia no requiere otros criterios más allá de los que entrega la imputación objetiva, de modo que al autor “no se le reprocha haber omitido algo sino el haber creado un peligro no amparado por riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en el resultado típico”.<sup>308</sup> Sin embargo, en este ámbito la teoría de Roxin funciona como una postura intermedia entre generalizadores e individualizadores.

Entonces, comienza desde una teoría generalizadora pero evidenciando las dificultades cuando el agente posee capacidades o conocimientos que no se corresponden con los del baremo objetivo. Ante ello, propone que “las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuricidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben sin embargo emplearse. Por tanto, se ha de generalizar hacia ‘abajo’ e individualizar hacia ‘arriba’ ”.<sup>309</sup> En tal sentido, se plantea una alternativa ecléctica que utiliza los planteamientos de la posición generalizadora ante situaciones inferiores al promedio y los de la posición individualizadora ante

---

<sup>307</sup> *Ibid*, p. 327 quien entiende a la asimetría de la solución como la comprobación de lo insostenible de la construcción.

<sup>308</sup> ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 1000

<sup>309</sup> *Ibid*, p. 1015



situaciones superiores. Lo que nos interesa aquí es la fundamentación de la tesis intermedia como crítica a la posición individualizadora.

Entonces, la individualización hacia arriba implica revisar brevemente, pues se analizará más adelante, lo que justifica la incorporación de las capacidades superiores al estándar promedio. Así, se sostiene que un sujeto con habilidades superiores está obligado a hacer uso de ellas, de modo que cuando por negligencia no lo hace, debe ser sancionado.<sup>310</sup> Además, se plantea que los delitos de omisión (impropia) también incorporan las capacidades especiales en la determinación del deber de acción del garante, de modo que no puede suceder aquí algo diferente.<sup>311</sup> Y, finalmente, que la postura generalizadora, para responder a este problema, se ve obligada a recurrir a la construcción de restringidos sectores del tráfico que no vienen sino a individualizar el estándar.<sup>312</sup>

Ahora bien, respecto a las capacidades inferiores, nos interesan dos argumentos que justifican su exclusión y la asunción de un estándar objetivo promedio. El primer argumento, que denominaremos sistemático, acude a un límite infranqueable entre el injusto y la culpabilidad, en el sentido que aquél se vincula a los baremos de la creación del peligro y del fin de la protección, lo que resulta indiferente a la individualidad del autor; mientras que la culpabilidad sería la categoría que enmarca las situaciones de imposibilidad individual de actuar de otro modo.<sup>313</sup> Es decir, tomar en consideración las capacidades inferiores a la media del sujeto conllevaría un caos entre injusto y culpabilidad. A pesar que es correcto que una posición individualizadora enfrenta el difícil desafío de justificar si la apreciación concretizada del deber de cuidado no termina por subjetivarlo – lo cual se intentará defender más adelante – continúa siendo posible postular una diferencia entre el injusto imprudente y la culpabilidad, puesto que el primero debe fundarse en (la infracción de) un estándar objetivo de cuidado que, empero, se construye en base a las capacidades y conocimientos del sujeto. No se considera en el injusto, entonces, al agente individual sino que se dota al estándar de las características del sujeto que son jurídico penalmente relevantes para la determinación de la exigencia de cuidado. Este punto es relevante

---

<sup>310</sup> *Ibid*, p. 1017. Respecto de los conocimientos especiales, Roxin entiende que una posición generalizadora los incorpora sin discusión, excluyendo simplemente las capacidades especiales, de modo que es ese agregado el que está necesitado de justificación.

<sup>311</sup> *Ibid*, p. 1017

<sup>312</sup> *Ibid*, p. 1018

<sup>313</sup> *Ibid*, p. 1015

puesto que de lo contrario no podemos sino concluir la difuminación entre el injusto y la culpabilidad.

Un segundo argumento, que podríamos llamar lógico, se basa en la defensa de la concepción individualizadora consistente en que sólo se puede exigir hacer lo individualmente posible, de modo que excluir las capacidades inferiores al promedio implicaría que el sujeto estaría obligado a evitar una conducta que le sería imposible de evitar. Sin embargo, Roxin señala que este argumento no puede aceptarse ya que “la norma se dirige a todos” al establecer un cuidado mínimo esperable y que obliga a la abstención cuando el sujeto carece de las facultades pertinentes (culpa por asunción).<sup>314</sup> No obstante, el argumento de Roxin es problemático, pues es trivialmente evidente que la norma se dirige a todos, pero de ello no se sigue la imposibilidad de tomar en cuenta cualidades personales del autor. Es decir, que sea la misma norma no implica que la imputación sea realizada igual para todos: ello dependerá de la especial situación en la que se encuentra el sujeto, de modo que las reglas de imputación – dolo e imprudencia – examinan con detención el hecho específicamente considerado para determinar la capacidad del sujeto de evitar el resultado lesivo provocado. Las normas se dirigen a todos por igual pero se concretan de manera diferente dependiendo del contexto de actuación, en donde la referencia a capacidades del autor puede ser un elemento relevante.

Y en lo que respecta a la culpa por asunción, Roxin también se equivoca. Porque supone que quien tiene capacidades y conocimientos inferiores a la media tiene la obligación de abstenerse de ejecutar una conducta para la cual no está preparado, sin embargo eso es falso. Porque para fundar una obligación de abstención debe ser posible aseverar la posibilidad del sujeto de darse cuenta que carece de las condiciones que la actividad requiere y que, por tanto, le obliga a abstenerse. No obstante, en estos casos la referencia a capacidades y conocimientos inferiores implican la imposibilidad de que ese sujeto se hubiese dado cuenta de su ineptitud en la ejecución del comportamiento. Es, de nuevo, trivialmente correcto que quien carece de capacidades debe abstenerse, de forma que si emprende la actividad y se produce un resultado antinormativo deberá responder a título de imprudencia. Pero para ello debe ser posible afirmar que las habilidades del sujeto le hubieran permitido notar su propio déficit. Si era imposible, dada sus capacidades, incluso percatarse de esa situación, entonces ¿cómo podríamos exigirle

---

<sup>314</sup> *Ibid*, p. 1016

que se abstuviera? Hacerlo sería simplemente fundar una exigencia de cuidado imposible de cumplir en la práctica.

f) Fracasada la pretensión de una teoría ecléctica, resta profundizar una postura individualizadora. Ésta, a diferencia de la generalizadora, toma en cuenta los conocimientos y las capacidades personales del sujeto para la construcción de la exigencia de cuidado, por lo que para afirmar un delito imprudente es necesario referirse ya en el injusto a ciertos elementos personales del autor. No basta, entonces, que un hombre abstracto con conocimientos y capacidades generales se hubiese conducido con un nivel de cuidado que el sujeto efectivamente no ejerció. Lo que importa es el cuidado que hubiese asumido un hombre abstracto pero dotado de los conocimientos y capacidades con que específicamente contaba ese sujeto.

Hablar de imprudencia es hablar de la posibilidad de que el sujeto evite quedar en una situación de incapacidad de evitar la infracción de la norma, es decir, de haber actuado de acuerdo al cuidado esperado y exigido, la realización del tipo objetivo hubiese sido evitable para el sujeto. Dado que la norma de comportamiento se dirige a individuos, ésta sólo puede seguirse individualmente.<sup>315</sup> Nótese, por tanto, lo relevante que siempre resulta la referencia al sujeto para explicar la imprudencia: la exigencia del actuar cuidadoso no está descontextualizada sino que depende de la posición que asume el autor. Si la imputación extraordinaria pretende examinar la posibilidad de actuación cuidadosa del sujeto para asegurar su capacidad posterior de seguir la norma, entonces lo que el sujeto puede y sabe es fundamental para determinar el nivel de cuidado exigible. Porque la imputación versa sobre el sujeto concreto, no sobre un hombre abstracto promedio. De modo que cualquier referencia a las posibilidades de actuación debe hacerse a las posibilidades concretas que el sujeto tenía en el contexto preciso. La expectativa normativa, entonces, no es simplemente un actuar cuidadoso sino un actuar cuidadoso para el sujeto, lo que implica considerar sus conocimientos y sus capacidades en la determinación del cuidado debido. Esto parece invisibilizarse porque asumimos que la imputación siempre es respecto de alguien, pero esa suposición tiene que plasmarse en una específica forma de entender la exigencia de cuidado: el único sujeto relevante es el sujeto que está siendo imputado.

---

<sup>315</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 224

Por eso, un reemplazo del autor individualmente considerado por una figura abstracta implica un reemplazo de quien está siendo imputado en el sentido que se estaría determinando la responsabilidad de esa figura abstracta y no del autor. “Que una persona distinta del autor se hubiere comportado de un modo diferente a éste, no podría jamás fundamentar el reproche de que el autor se ha comportado incorrectamente”.<sup>316</sup> La defensa del imputado podría argumentar con razón que no existe identidad con la figura modelo, de manera que se está responsabilizando a alguien por la falta de cuidado exigible a otro.

En tal sentido, las capacidades y conocimientos promedios igualmente pueden ser relevantes en la determinación del cuidado exigible cuando las capacidades y conocimientos concretos del sujeto también son promedios.<sup>317</sup> Y esto es bastante común pues lo habitual es que las condiciones personales no sean ni superiores ni inferiores a la media. Quizás ésta es una de las razones de la fortaleza de una postura generalizadora: usualmente entrega una solución correcta, pero no debido a lo verdadero de sus planteamientos sino porque contingentemente las capacidades y conocimientos del sujeto se corresponden con la media. Allí donde no existe esa correspondencia, empero, quedan en evidencia los déficit tanto de exceso como de falta de punibilidad.

Volvamos al ejemplo del médico: A realiza una intervención quirúrgica sin revisar la ficha médica del paciente por lo que aplica una técnica inadecuada que causa una falla de sistema y la posterior muerte del paciente. Aplicando una postura generalizadora, entonces debemos revisar qué hubiese realizado un médico abstracto con conocimientos y capacidades promedio. Supongamos que lo cuidadoso era revisar la ficha médica para interiorizarse sobre el paciente, de manera que podemos concluir que A se ha comportado imprudentemente. Tal aseveración se basa en que asumimos que A cuenta con los mismos conocimientos y capacidades de la figura modelo. De tal modo, no hay diferencia con una postura individualizadora. Sin embargo, ante una modificación del caso (A es un médico de excelencia con el conocimiento y la práctica de técnicas que ningún otro cirujano en Latinoamérica puede ejecutar y en la operación se equivoca en una de esas técnicas avanzadas) una postura generalizadora, como vimos, se enfrenta a numerosas dificultades. Sin embargo, una postura individualizadora asume de entrada que lo

---

<sup>316</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 19

<sup>317</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 223. Asimismo, KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 21

único relevante para determinar el proceder cuidadoso es lo que podía y sabía hacer el sujeto imputado. ¿Pero cómo construir el cuidado? Para ello no es posible renunciar al estándar objetivo sino simplemente dotarlo del contenido adecuado. Por tanto si un cirujano con los conocimientos y capacidades de A hubiese tomado una serie de precauciones para evitar el error, las cuales no fueron ejecutadas por A, entonces la conducta de A infringe la exigencia de cuidado que el ordenamiento le dirige en cuanto destinatario leal a derecho que pretende asegurar su capacidad de seguimiento futura.

Ahora bien, desde un enfoque distinto, centrado en el rol que juega el concepto de riesgo, también es posible concluir lo adecuado de una postura individualizadora. Lo primero que debe dejarse en claro es que un concepto de peligro sólo puede ser relevante en el ámbito de la imputación, o sea, en el tipo subjetivo.<sup>318</sup> Para aseverar que una conducta es riesgosa debemos asumir una perspectiva *ex ante*, o sea, la perspectiva del sujeto que ejecuta la conducta riesgosa, pues desde una perspectiva *ex post* ya no es posible referirnos al riesgo de que un resultado acontezca: ya no hay probabilidad que analizar puesto que ya es conocido si el resultado se produjo o no. Si se produjo, entonces, la conducta era adecuada para ello y viceversa. Es superfluo, asumiendo la perspectiva del juez que aplica la norma, preguntarse por lo riesgoso de la conducta pues es evidente que ésta fue una causa para la ocurrencia del resultado típico.

Entonces la conducta sólo puede ser (más o menos) riesgosa para el sujeto que ejecuta la acción y desde la perspectiva de que la acción aún no se ha ejecutado. Pero el riesgo opera en forma diferente si hablamos de dolo o de imprudencia. En los delitos imprudentes, el autor no evita un comportamiento abstractamente riesgoso, con lo cual no puede asegurar no quedar en una situación de inevitabilidad de realizar el tipo penal.<sup>319</sup> Y a diferencia del delito doloso en que el comportamiento es concretamente riesgoso, aquí sólo es abstractamente riesgoso porque el autor pone una condición de inseguridad del bien jurídico al no poder excluir la posibilidad que el resultado lesivo se vea producido. La actuación conforme a cuidado pretende dar seguridad de que en el momento preciso el autor podrá seguir intencionalmente la norma.

---

<sup>318</sup> La irrelevancia del concepto de riesgo para el tipo objetivo es un planteamiento contra la teoría de la imputación objetiva que pone el acento simplemente en un proceso de subsunción. Esta tesis será revisada en el siguiente capítulo: *infra* II.2.2

<sup>319</sup> KINDHÄUSER, *Imprudencia y riesgo*, *op. cit.* en n. 5, p. 114

Pareciera que referirse simplemente a si el comportamiento es abstractamente riesgoso hiciera alusión a un estándar objetivo promedio coherente con una posición generalizadora. Porque bastaría que la acción fuera riesgosa para un observador con conocimientos generales. Sin embargo, es abstractamente riesgoso porque no hay certeza de que el sujeto pueda evitar posteriormente la infracción de la norma. Es decir, es abstractamente riesgoso respecto de un sujeto determinado. Por tanto, para determinar si el comportamiento es abstractamente riesgoso para el sujeto, tenemos que hacer referencia a los conocimientos y capacidades del mismo.<sup>320</sup> De lo contrario, estamos incapacitados de aseverar el riesgo que implica la conducta.

Ahora bien, asumir una postura individualizadora impone la respuesta a una importante pregunta: si esta apreciación del deber de cuidado no termina por subjetivizarlo.<sup>321</sup> Porque si ya en el ámbito del injusto debemos atender al sujeto individualmente configurado, entonces el límite conceptual entre ese injusto y la culpabilidad se vería descartado: no sería posible plantear categorías diferentes sino un único momento de imputación. Pero aquello es contradictorio con el reconocimiento de la capacidad de acción y motivación, que son conceptualmente diferenciables y que se imputan en categorías también distintas. Por tanto, la solución no puede estar en la subjetivización completa de la teoría del delito, de forma que si llegamos a esa conclusión la postura individualizadora no puede ser considerada como correcta.

La respuesta, por el contrario, está en una adecuada comprensión de la exigencia de cuidado. Dado que la única razón por la cual la infracción de esa exigencia de cuidado adquiere relevancia jurídica penal es porque ya se ha producido el resultado antinormativo, lo que tenemos que decidir es si el resultado perjudicial es imputable al sujeto en cuanto infracción de cuidado debido, lo cual implica determinar las expectativas legítimas del ordenamiento respecto del sujeto y si se vieron defraudadas en el caso concreto. Esas expectativas normativas se concretan en cómo se hubiese comportado un participante cuidadoso en el tráfico en la misma situación del autor, esto es, con sus capacidades y conocimientos. De tal manera, la imprudencia presupone una figura estándar en cuanto a las expectativas que el ordenamiento dirige a la conducta del autor, pero siempre concretadas en los particulares conocimientos y capacidades que el sujeto individual tenía al momento de actuar.<sup>322</sup> En otras palabras, “la imprudencia es un

---

<sup>320</sup> VAN WEEZEL, *Parámetros*, op. cit. en n. 297, p. 324

<sup>321</sup> *Ibid*, p. 325

<sup>322</sup> Véase KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 20

uso deficitario de la concreta capacidad intelectual de evitación del autor individual que se valora como descuidado según estándares objetivos”.<sup>323</sup> Sin recurrir al estándar objetivo no podríamos desentrañar la expectativa normativa orientada al sujeto puesto que ella supone un comportamiento cuidadoso, es decir, se espera que el sujeto realice una determinada acción que en definitiva sea cuidadosa. Pero como precisamente estamos tratando de determinar si el comportamiento fue o no cuidadoso, tenemos que comparar lo que efectivamente el autor realizó con lo que el ordenamiento esperaba que realizara para asegurar su capacidad de seguimiento de la norma. Tal comparación requiere de la utilización de un estándar objetivo, pero siempre referido a lo que podía y sabía el autor ya que es su responsabilidad la que tratamos de zanjar.<sup>324</sup>

Si en virtud de lo anterior es posible sostener una separación entre el injusto y la culpabilidad, entendiendo que la construcción de la exigencia de cuidado no se refiere al autor individualmente concretizado sino a un estándar dotado de los conocimientos y las capacidades del mismo, entonces ¿qué queda en la culpabilidad del delito imprudente? Y la respuesta no puede ser otra que los elementos comunes para toda clase de delitos.<sup>325</sup> En específico, el análisis de la configuración psíquica del sujeto o los factores de su motivabilidad pertenecen al ámbito de la culpabilidad.<sup>326</sup>

Por otro lado, la principal ventaja de una postura individualizadora es responder coherentemente a situaciones en que el sujeto posee capacidades inferiores al promedio. Una postura generalizadora no puede diferenciar adecuadamente estos casos, de modo que afirma su punibilidad aún cuando era imposible el seguimiento de la norma por parte del autor. En tal sentido, son casos de *exceso de punibilidad*. Pero al entender la imprudencia como un uso deficitario de los conocimientos y capacidades del autor, entonces no puede existir exceso de punibilidad: la responsabilidad del sujeto depende única y exclusivamente de sus capacidades, no lo que podía o sabía un modelo promedio. Centrar la construcción del estándar en lo que el promedio es capaz de hacer conlleva, además, una inadecuada protección de los bienes jurídicos involucrados. Porque si asumimos la perspectiva de la indemnidad del bien jurídico, también una

---

<sup>323</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 20

<sup>324</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 224: “la figura estandarizada de cuidado se identifica con el destinatario de la norma leal a derecho y capaz de decisión racional, que es presupuesto por el fin de la pena, dotado de la constitución física e intelectual del autor”.

<sup>325</sup> ZUGALDÍA, *La infracción*, op. cit. en n. 295, p. 332. Respecto de la comprensión del conocimiento de la antijuricidad en el delito imprudente, se esbozan algunas ideas primitivas *supra* I.1.11.g

<sup>326</sup> VAN WEEZEL, *Parámetros*, op. cit. en n. 297, p. 335, nota 26.

postura individualizadora resulta superior, es decir, si lo que nos interesa es que el autor no ejecute acciones riesgosas para el bien jurídico necesitamos acudir a sus conocimientos y capacidades. Así, si de acuerdo a los conocimientos específicos del agente no existe peligro alguno en la ejecución de una conducta que parece ordinariamente peligrosa, entonces tenemos que excluir toda responsabilidad: no hay razones para descartar el comportamiento cuidadoso dado que la capacidad de seguimiento de la norma está asegurado.<sup>327</sup>

g) No obstante, una postura generalizadora también ataca a su adversaria. La refutación de esos argumentos es útil para profundizar la necesidad de asunción de una postura individualizadora que otorgue relevancia a las capacidades y conocimientos del autor. Ante ello, revisaremos dos problemáticas: la desigualdad de trato y el comportamiento adecuado según rol.

En primer lugar, se puede justificar que atender específicamente a la constitución cognitiva del autor implica una infracción de la *igualdad de trato*, puesto que la severidad de exigencia de cuidado dependería del sujeto a imputar. Es decir, quien sabe más estaría obligado a ser más cuidadoso que quien ostenta conocimientos generales, siendo responsable por situaciones en las que para este último resultarían impunes. Esa discrepancia atentaría en contra de un imperativo jurídico básico pues la exigencia de cuidado sería más intensa para el intelectualmente dotado, ya que la misma norma obligaría a algunos a X mientras que a otros a X+1. En síntesis, la individualización del estándar sería injusta e, incluso, ineficaz: injusta porque el nivel de cuidado se basaría en un diferencia cognitiva; e ineficaz porque desincentivaría el incremento de conocimientos ya que vendría aparejado a un deber de cuidado más intenso.

Sin embargo, esta crítica carece de asidero puesto que no se toman en consideración capacidades o conocimientos especiales potenciales, sino solo actuales.<sup>328</sup> Efectivamente está fuera de lugar exigir la aplicación de habilidades que el sujeto está incapacitado de ejecutar, pero que podría hacerlo en otro momento. Ello implicaría un incremento injusto de las exigencias de cuidado, porque aquellos con una constitución física o cognitiva sobre la media estarían obligados a asegurar su utilización en todo caso. Por el contrario, sólo interesan las capacidades efectivas de manera que el sujeto especialmente capaz también puede despreocuparse de la subsistencia de sus capacidades relevantes si no está en una posición actual de evitar un

---

<sup>327</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 20

<sup>328</sup> *Ibid*, p. 22



resultado lesivo.<sup>329</sup> Lo anterior no quiere decir que la incapacidad excluya la responsabilidad, pues si el autor sabe que ciertas conductas requieren de ciertas capacidades que actualmente no tiene y aún así ejecuta la conducta, entonces podrá existir imprudencia por asunción. Lo cuidadoso para el sujeto que advierte que carece de los requerimientos físicos o cognitivos para emprender una determinada actividad es no emprenderla: si lo hace y se genera un resultado lesivo, es culpable de un delito imprudente.<sup>330</sup>

En tal sentido, una postura individualizadora, lejos de ser injusta por conllevar una desigualdad de trato, pretende exigir a todos por igual. Si aplicamos un estándar fijo sin atender a los conocimientos y capacidades especiales, entonces se les exige lo mismo tanto a quienes pueden más como a quienes pueden menos. Ésa es la verdadera injusticia. Si aplicamos la misma exigencia de cuidado del sujeto que cuenta con capacidades promedio al que posee capacidades especiales superiores, entonces a éste último le exigimos menos que al primero, puesto que le resulta “un menor esfuerzo” cumplir con el estándar promedio. Así, si al médico de excelencia le exigimos lo mismo que al médico promedio, en definitiva, le estamos exigiendo menos. Si lo relevante es que todos los sujetos “den de sí” en forma equivalente, el estándar de cuidado no puede pensarse como una cantidad fija sino como un porcentaje: si el número aumenta, manteniendo el mismo coeficiente, el producto también tiene que aumentar. En otras palabras, si las capacidades y conocimientos aumentan, manteniendo el mismo estándar de cuidado, el nivel de exigencia también debe aumentar. Por tanto, para que la exigencia de cuidado sea justa debe construirse proporcionalmente según los conocimientos y capacidades del sujeto imputado. En palabras del sabio tío Ben Parker, en su lecho de muerte, a su (súper) sobrino, *un gran (mayor) poder conlleva una gran (mayor) responsabilidad*.

En segundo lugar, para excluir conocimientos especiales se podría sostener que la víctima de un delito imprudente sólo tendría una pretensión legítima de ser protegida en la observación del

---

<sup>329</sup> *Ibid*, p. 22. Kindhäuser pone como ejemplo el médico que ha ingerido alcohol en un contexto social adecuado, el cual inhibe sus conocimientos y capacidades especiales por lo que, posteriormente, se ve incapacitado de auxiliar a un lesionado. En ese caso no existe actuar descuidado, porque actualmente – al momento del auxilio – carecía de esos conocimientos y capacidades especiales, independiente de que hubiese podido sin más prestar auxilio en caso de haber estado sobrio.

<sup>330</sup> Si en el mismo ejemplo del médico alcoholizado, él sabe que un paciente requiere una intervención quirúrgica delicada y que no está en condiciones físicas de realizarla, lo cuidadoso es que no lo haga y que lo lleve a un hospital. Si lo opera y el paciente sufre alguna lesión, existe imprudencia por asunción.

cuidado adecuado a roles por parte de los demás.<sup>331</sup> Es decir, sólo existirían expectativas legítimas de comportamiento cuidadoso de acuerdo a la capacidad y conocimiento adecuado al rol que ejerce el autor. El argumento es tramposo porque se apoya en otro enteramente correcto: no es necesario obtener mayor capacidad y conocimiento que la que exige el rol específico a desempeñar. Ello tiene relación con la imprudencia por asunción, pues para que sea adecuado desempeñar una actividad, se exigen habilidades mínimas; de lo contrario, se exige su abstención. Por tanto, si se cumplen con los requerimientos mínimos que exige el desempeño de la actividad, resulta conforme a cuidado ejecutarla.<sup>332</sup>

Sin embargo, lo anterior no tiene ninguna relevancia respecto de quien se encuentra actualmente en posición de evitar un resultado dado su conocimiento o capacidad especial. Si el sujeto ya cuenta con los conocimientos o capacidades especiales, entonces se le exige conforme a ellos, dado que dispone del saber necesario para asegurar el seguimiento futuro de la norma. El rol que asume el autor no puede operar como una permisión a la realización de acciones contrarias a la exigencia de cuidado, pero sí tiene relevancia en la construcción del estándar, en cuanto a las expectativas de cuidado del sujeto. Porque el rol que ejerce el autor es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta al momento de construir la exigencia de cuidado ya que las expectativas normativas de cuidado son diferentes en el desempeño de roles distintos. En tal sentido, si el autor cambia de rol entonces también se ven alteradas esas expectativas modificándose el nivel de cuidado exigido.<sup>333</sup> Ello tiene que ver con que el ejercicio del rol requiere de ciertos conocimientos y capacidades que poseerá el integrante que se desenvuelve en ese ámbito. En otras palabras, el médico que actúa como médico (operando a un paciente) tiene ciertas capacidades comprometidas que determinan el cuidado exigido, pero si ese mismo médico actúa como mecánico carece de capacidades especiales en el rol que desempeña, de manera que las expectativas de su comportamiento deben verse afectadas.

Pero el rol desempeñado no puede entenderse como el único elemento objetivo útil para determinar el nivel de cuidado, sino que es uno de los insumos que resulta relevante en la construcción. Que el autor realice un determinado rol permite deducir las expectativas del

---

<sup>331</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 22

<sup>332</sup> *Ibid*, p. 23: “quien domina lo que el rol exige, domina lo suficiente como para poder participar en el sector del tráfico en cuestión. O formulado más precisamente: la incapacidad en lo que excede al rol no fundamenta responsabilidad por asunción alguna”.

<sup>333</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 224

ordenamiento para el comportamiento cuidadoso pertinente puesto que aquel ejercicio supone ciertas capacidades y conocimientos. No obstante, la referencia al rol no puede excluir la pregunta por lo que efectivamente podía y sabía el autor, y que definirá el cuidado debido bajo la irrenunciable pretensión de evitar una situación de incapacidad que hiciera inevitable la realización del hecho típico.

h) En síntesis, se ha defendido una posición individualizadora versus una deficiente postura generalizadora. De tal forma, la exigencia de cuidado requiere un estándar objetivo constituido en base a un destinatario fiel a derecho dotado de la constitución física e intelectual del autor. La referencia a un hombre promedio sólo puede ser útil cuando el sujeto a imputar se identifique física y cognitivamente con esa elaboración.

La pregunta que sigue aún sin responder es si el ordenamiento autoriza (o exime) de responsabilidad por la ejecución de una conducta peligrosa para los bienes jurídicos debido a la conformidad con el rol social que desempeña el autor. Tal es la problemática del riesgo permitido y que pasamos a revisar a continuación.

## 2. Conceptualización del riesgo permitido (y el principio de confianza)

### 2.1. La teoría de la imputación objetiva y el riesgo permitido

a) Usualmente la tipicidad es dividida en tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva. Ambas categorías se diferencian en base al proceso lógico que debe realizar el juzgador ante la ocurrencia de un hecho de apariencia delictiva. El tipo subjetivo se corresponde con un proceso de imputación, puesto que debe determinarse si el autor contaba con las capacidades necesarias para concluir su falta de fidelidad al ordenamiento, en tanto el hecho delictivo es entendido como hecho suyo. Lo que interesa, a este respecto, es si el sujeto actuó infringiendo el deber que lo vinculaba con la norma penal pertinente. En cambio, el tipo objetivo exige un proceso diferente, ya no de imputación del resultado al sujeto, sino un proceso de subsunción, en el cual debe comprobarse que el hecho acaecido satisface la descripción típica que entrega la norma de sanción. Lo relevante aquí, entonces, ya no es vincular el delito al autor como una infracción de deber sino que demostrar lo antinormativo del resultado dada la conexión entre lo efectivamente

sucedido y la descripción normativa. O sea, que lo sucedido es una materialización del tipo penal. La principal dificultad en el tipo objetivo, entonces, es afirmar la acción del sujeto como condición del resultado acaecido, de manera que la relación de causalidad se transforma en la cuestión a determinar.

No obstante, un defensor de la teoría de la imputación objetiva no estaría de acuerdo con lo señalado, ya que negaría que el tipo objetivo se colme sólo en un proceso de subsunción. Agregaría que también es necesaria una imputación en el tipo objetivo, entendida como la concurrencia de una serie de condiciones que actuarían como filtro previo a cualquier pregunta por el sujeto imputado. Por tanto, se analizaría la acción y el resultado, con completa independencia del autor, para determinar si estamos frente a un hecho jurídico penalmente relevante o, por el contrario, resulta ya excluida la imputación (objetiva) en atención a los conceptos que esta misma teoría ha introducido. Así, “el primer contenido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite externo de la posible imputación) una acción típica”.<sup>334</sup> Lo que haremos, entonces, en lo que sigue es esbozar la teoría de la imputación objetiva de acuerdo a esos conceptos, haciendo especial referencia al riesgo permitido.

La teoría de la imputación objetiva enfatiza el concepto de riesgo no tan sólo como una cualidad de la acción (en el sentido de acción riesgosa) sino como un efecto de esa acción (en el sentido que la acción provoca un riesgo). El riesgo se transforma, por tanto, en un insumo conceptual indispensable para determinar la relevancia penal de una conducta. En torno a ello, se sostienen tres principios estructurales de la teoría: Primero, un resultado sólo puede ser imputado objetivamente si la acción crea un peligro que no es cubierto por un riesgo permitido; segundo, ese peligro debe realizarse en el resultado concreto; y tercero, existirán ciertos casos excepcionales en los que, a pesar de que el resultado es la realización del peligro creado por la conducta del autor, el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros, por lo que no se produce la imputación objetiva.<sup>335</sup> A modo de ejemplo: el caso del sobrino que aconseja a su tío un viaje con la esperanza de su fallecimiento que efectivamente se produce debido a un accidente aéreo, se resuelve aquí señalando que el consejo del sobrino no provoca un peligro jurídicamente desaprobado, o sea, hablamos de un riesgo permitido. Otro ejemplo: si ocurriese

---

<sup>334</sup> ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 363

<sup>335</sup> *Ibid.*, pp. 361 s. El último criterio alude al fin de protección de la norma.

un incendio en el hospital en donde fallece B que se encontraba hospitalizado debido a una acción lesiva de A, diríamos que efectivamente la conducta de A provocó un peligro desaprobado, pero que no se realiza en el resultado de la muerte de B, por lo cual tampoco se satisface la imputación objetiva.

Atendiendo a estos principios estructurales, lo interesante está en estudiar aquellos casos que excluyen la imputación objetiva por el no cumplimiento de las condiciones necesarias y que provoca, en definitiva, una limitación interna del tipo penal. En otras palabras, la dogmática concentra sus esfuerzos en el desarrollo de aquellos conceptos que conllevan la imposibilidad de afirmar responsabilidad penal por el resultado y que son inexplicables satisfactoriamente por el resto de las categorías de la teoría del delito, especialmente por el tipo subjetivo. La imputación objetiva se transforma, entonces, en una nueva categoría de la tipicidad que debe ser satisfecha antes de continuar con el sucesivo análisis del delito.

De tal manera, se construye un concepto de riesgo permitido que excluye el injusto objetivo, aún cuando exista vínculo causal entre la acción y el resultado típico, basado en el importante beneficio social que se deriva de la ejecución de esa conducta. Se dirá, alegóricamente, que a la sociedad le interesa que se realice tal actividad a pesar de que excepcionalmente se provoque algún menoscabo individual que se entiende como costo social permitido. Lo relevante es que la determinación del riesgo permitido prescinde completamente del sujeto a imputar, enfocándose en un hombre abstracto para seleccionar aquellas conductas que generan riesgos desaprobados o permitidos. Asimismo, queda en evidencia la conexión entre el riesgo permitido y la imprudencia, ya que para poder decir que un determinado riesgo es permitido tiene que poder decirse que se han seguido las exigencias de cuidado, puesto que su infracción implica la antijuricidad de la conducta y, por tanto, la desaprobación del riesgo creado. En lo que se refiere al principio de confianza, la teoría de la imputación objetiva lo entiende como una aplicación del riesgo permitido a la conducta de los demás, siendo la base de una sociedad moderna con división del trabajo.

b) En general, la falta de imputabilidad objetiva se puede derivar de cuatro razones. “En primer lugar, la conducta puede mantenerse, por su modalidad y la magnitud del peligro que entraña, dentro del riesgo permitido; en segundo lugar, la conducta puede ser en sí misma inocua y desviada arbitrariamente por otra persona; en tercer lugar, la compensación de la conducta

peligrosa puede ser asunto de un tercero; y en cuarto lugar, puede que la consecuencia dañosa incumba a la víctima misma por su propio comportamiento”.<sup>336</sup> Por tanto, las instituciones básicas de la imputación objetiva son, respectivamente, el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la actuación a riesgo propio. Evidentemente esto no quiere decir que no existan otros casos en que se excluya la imputación objetiva, sin embargo son usualmente tratados a propósito de alguna de las cuatro instituciones mencionadas. A modo de ejemplo, el criterio denominado *fin de protección de la norma*, que también descarta la imputación en base a la inexistencia de un relación de riesgo, esto es, dado que el ámbito que protege la norma no abarca la concreta forma de producción del resultado no hay responsabilidad,<sup>337</sup> es tratado en conjunto con el riesgo permitido puesto que funciona como una excepción a casos en que si bien la acción supera el riesgo permitido igualmente no opera la imputación objetiva.

Vale la pena detenerse brevemente en la prohibición de regreso y la actuación a riesgo propio, las cuales si bien no son objeto de nuestra atención inmediata, sirven para caracterizar adecuadamente la teoría de la imputación objetiva. Así, la prohibición de regreso no es un concepto original de esta teoría sino que ha sido ampliamente tratado en la dogmática penal en materias de causalidad. Sin embargo, aquí ya no es tematizada meramente como una exclusión del vínculo causal entre la acción de un sujeto y un determinado resultado dada la intervención de otro, sino que tiene que ver con los intereses que el sujeto está obligado a resguardar. En otras palabras, la responsabilidad por un delito de resultado decaerá cuando una acción es causa de un resultado típico sólo porque un tercero desvía los efectos de esa acción hacia la afectación del bien jurídico.<sup>338</sup> Luego, las razones por las cuales la desviación del curso causal excluye la imputación objetiva no son meramente causales sino normativas, basado en el presupuesto que el emprendimiento de algo en común no genera una comunidad ilimitada.<sup>339</sup> Ello implica que si

---

<sup>336</sup> JAKOBS, Günther. “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”. *En su: Estudios de derecho penal*. Madrid, UAM y Civitas, 1997, p. 222

<sup>337</sup> ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 378

<sup>338</sup> JAKOBS, *DPPG, op. cit.* en n. 270, p. 229. En todo caso, es fundamental recordar que para Jakobs no sólo el autor de una omisión sino también el de una comisión debe ser garante para responder por el delito. Es decir, todo autor imputable es responsable en un determinado ámbito de comportamiento por la evitación de realización de un tipo delictivo. Esa posición de garante puede derivarse de deberes creados por ámbitos de organización o deberes institucionales.

<sup>339</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva, op. cit.* en n. 336, p. 216: El típico ejemplo del deudor que paga a su acreedor, la comunidad con el acreedor se limita simplemente al pago de la deuda, de modo que lo que el

alguien se aprovecha de la conducta de otro para formar unilateralmente una comunidad en la comisión de un delito – que fuera punible, por ejemplo, como coautoría – el primero no resultará afectado por ello, dado que el carácter delictivo de una conducta no puede ser impuesto arbitrariamente por otro.<sup>340</sup> La prohibición de regreso, entonces, examina las interacciones entre sujetos y cómo esas relaciones afirman o excluyen la imputación penal de uno de ellos, ya sea a título conjunto o individual. Ante ello es fundamental para la teoría de la imputación objetiva la determinación de roles sociales pues en virtud de ellos se configuran los deberes penales y, por tanto, la posibilidad de reconocer comunidades de intereses entre varios.

Por otra parte, la competencia de la víctima es una temática amplísima que abarca desde su misma actuación a propio riesgo hasta la aceptación expresa de afectación de bienes jurídicos que le competen, esto es, el consentimiento. Porque la realización de una conducta arriesgada por quien sufre un resultado lesivo debido a la acción de otro, tendrá un efecto en la imputación de ese resultado al autor. En términos de imputación objetiva, el riesgo que emana de la conducta se realiza en el resultado pero coadyuvado por la acción riesgosa de la propia víctima. Se trata, entonces, de que la víctima actúa contrariando su deber de autoprotección que termina desviando en una dirección nociva el comportamiento de otros.<sup>341</sup> Lo anterior se concreta ya en la conceptualización del consentimiento de la víctima, entendido, a este respecto, como la expresión de voluntad que transforma la acción lesiva de otro en acción del propio afectado debido a lo competente de éste en su propia esfera de protección que le permite afectarla sin consecuencias punitivas. Pero aún sin la expresión de voluntad propia del consentimiento, sobrevive la competencia de la víctima en cuanto actuaciones en situaciones de extremo riesgo en las cuales también intervienen otros sujetos que pudieran ser causalmente condicionantes de un resultado lesivo.

---

acreedor pretende realizar con ese dinero es completamente indiferente al deudor. Incluso, si el deudor sabe sobre la comisión de un delito con el pago a realizar, le sigue siendo indiferente por exceder el rol de deudor.

<sup>340</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva*, op. cit. en n. 336, p. 216. En términos radicales, la responsabilidad por un delito sólo está fundada cuando el agente, con independencia de acción actual, es garante, de modo que está obligado por una acción suya previa (injerencia) o a causa de otros deberes de relación, o bien, cuando, a causa de sus deberes institucionales de solidaridad, está obligado a sacrificar su libertad. En el mismo sentido, JAKOBS, *DPPG*, op. cit. en n. 270, p. 265

<sup>341</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva*, op. cit. en n. 336, p. 221

El tema es infinitamente extenso, de modo que valgan aquí las excusas por un tratamiento limitado. Lo que nos interesa ahora es profundizar lo que la teoría de la imputación objetiva tematiza como riesgo permitido y como principio de confianza.

c) El *riesgo permitido* funciona como uno de los criterios relevantes de la imputación objetiva, puesto que como se expuso, forma parte de los principios estructurales: el peligro que crea el autor con su conducta no puede quedar cubierto por el riesgo permitido. La principal idea detrás del concepto de riesgo permitido es que, en la sociedad actual, un comportamiento peligroso, o sea, respecto del cual es probable su lesividad, no necesariamente es un comportamiento que puede imputarse al agente como delictivo.<sup>342</sup> Así, a pesar de afirmar un vínculo causal entre una acción y un resultado lesivo, existirán situaciones en las que el riesgo creado no sea entendido como relevante desde el punto de vista del derecho penal. Ahora bien, sobre el contenido del riesgo permitido no existe demasiada claridad, puesto que algunas veces se identifica con la adecuación social, otras como presupuesto de una causa de justificación o como consentimiento de la víctima.<sup>343</sup>

No obstante, el siguiente concepto de Roxin parece aportar a la discusión: el riesgo permitido se refiere a “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independiente del caso concreto) está permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo”.<sup>344</sup> De lo anterior, destacan dos elementos. Primero, el riesgo permitido opera con independencia del hecho específico que se analiza, de modo que cualquier característica concreta es irrelevante: sólo importa la (clase de) conducta que se ejecuta. Opera, entonces, como un criterio auxiliar externo puesto que derivaría de una correcta comprensión de la teoría general del derecho penal y no del examen específico del hecho a la luz del derecho penal. En otras palabras, el riesgo permitido no tiene que ver con la ejecución de una acción por parte de un sujeto sino simplemente con la ejecución de una clase de acción. A diferencia, por ejemplo, del dolo que está irremediamente ligado al autor, o a la causalidad que sólo puede ser afirmada o refutada en razón de la acción efectivamente realizada; el riesgo permitido solamente se refiere a la acción en abstracto. De tal forma, sin entrar en

---

<sup>342</sup> JAKOBS, Günther. “El delito imprudente”. *En su: Estudios de derecho penal*. Madrid, UAM y Civitas, 1997, p. 172

<sup>343</sup> ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 371

<sup>344</sup> *Ibid.*



detalles sobre una acción específica, podemos determinar si hablamos de la creación de un riesgo permitido, simplemente revisando la actividad en general. Por ejemplo, respecto del caso del sobrino que aconseja el viaje a su tío esperando su muerte, inmediatamente un partidario afirmaríala irrelevancia jurídico penal de la conducta puesto que la actividad consistente en aconsejar a otros sobre viajes conlleva siempre la creación de un riesgo permitido.

En segundo lugar, la creación de un riesgo permitido no opera como causa de justificación sino como exclusión del tipo objetivo. Implica el incumplimiento de una de las condiciones necesarias para la afirmación de la tipicidad objetiva de la conducta. Eso ha llevado a la doctrina chilena conceptualice el riesgo permitido, usualmente, como una causa de atipicidad.<sup>345</sup> Entonces, el riesgo permitido no es una permisión a la comisión de un delito sino simplemente que hablar de delito aquí es impertinente.

Pero, aún no decimos nada sobre la fundamentación del riesgo permitido. Sin existir mayor acuerdo, parecen levantarse dos tesis, no necesariamente excluyentes. Primero, el riesgo permitido es el resultado, en la teoría del delito, del inevitable proceso social moderno consistente en la asunción progresiva de riesgos. Como socialmente estamos dispuestos a realizar acciones riesgosas, entonces la concreción de ese riesgo en un resultado lesivo no puede ser delictivo. Existe, por tanto, una cierta ponderación de intereses en el que los beneficios generales que se derivan de la ejecución de una actividad, entregan un permiso al riesgo de resultado lesivo que genera esa actividad.<sup>346</sup> El análisis coste-beneficio sería fundamental a la hora de determinar lo que la sociedad ha tolerado en virtud de la utilidad recibida. En razón a lo beneficioso de la conducta, por tanto, no se defrauda ninguna expectativa normativa en su ejecución, a pesar de que existe la posibilidad de una conclusión perjudicial para los intereses de alguien, incluso del mismo sujeto que ejecuta la acción. Entonces, la permisión se justificaría en torno a intereses superiores de bien común versus los posibles perjuicios individuales. Pero, nuevamente, no interesa el caso concreto, como por ejemplo en la ponderación de intereses del estado de necesidad, en donde la decisión de justificación se toma analizando las circunstancias

---

<sup>345</sup> Véase, *supra* I.2, donde Bustos (a) y Garrido (d) lo hacen explícitamente.

<sup>346</sup> Así, JAKOBS, *DPPG, op. cit.* en n. 270, p. 243, para quien tal ponderación no se realiza tomando en cuenta solamente un patrón técnico (económico), el cual sirve para determinar lo que es usual o preferible, pero el problema de valoración se resuelve acudiendo a baremos jurídicos, en el sentido de si hablamos de intereses jurídicamente reconocidos o no. En el mismo sentido, ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 372, quien entiende la conducción vehicular como un caso de ponderación de intereses.

concretas de actuación.<sup>347</sup> Aquí basta una ponderación global de los costes y beneficios involucrados que excluye la posible tipicidad de la acción.

No obstante, algunos autores sostienen que no todos los riesgos que reconocemos como permitidos podemos fundarlos en una ponderación beneficiosa de intereses en conflicto. Allí se plantea el riesgo permitido por legitimación histórica,<sup>348</sup> en el cual no es posible una ponderación dado el conocimiento cierto de las desventajas asociadas. Así, en Chile, la velocidad máxima en carretera se aumentó, hace algunos años, desde 100 km/h a 120 km/h. Al momento de incrementar esos 20 km/h, se sabía con exactitud el incremento de muertes que traería consigo la reforma, puesto que los datos estadísticos – dado su baja cifra negra, alto universo de casos y longevas recopilaciones estadísticas – permiten vaticinar con alto grado de certeza los posibles escenarios. Ese conocimiento impediría una permisión del riesgo en virtud de pura ponderación de intereses. Pero igualmente la aceptación del riesgo se ha transformado en costumbre, de manera que su permisión no defrauda expectativa alguna de comportamiento: no existiría reproche a la conducta creadora del riesgo. En todo caso, no es la historia lo que legitimaría el riesgo permitido, sino que la aceptación social implica que la legitimación ya fue resuelta en algún momento, de forma que ahora no es problemática.<sup>349</sup>

Ahora bien, la construcción del riesgo permitido, ya sabemos, prescinde de cualquier referencia a la subjetividad del sujeto. Lo que importa es que ciertas acciones, por su forma, no impliquen la defraudación de expectativas, porque su ejecución está aceptada dada la utilidad social conseguida. Esto implica que la concreción de la acción se debe realizar desde una perspectiva *ex ante*, puesto que no interesa el eventual resultado lesivo sino solamente el carácter del comportamiento realizado.<sup>350</sup> Y como la acción de la que emana el riesgo será permitida para todos, entonces el estándar debe ser objetivo, en donde “las capacidades que se asignan al observador objetivo imaginario dependen de la situación y de los bienes expuestos al riesgo”.<sup>351</sup> Es decir, se enfrentan con similares dificultades y diversidad de posturas que en la construcción de la exigencia de cuidado.

---

<sup>347</sup> ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 372

<sup>348</sup> JAKOBS, *DPPG, op. cit.* en n. 270, p. 244

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 244, nota 63

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 250

<sup>351</sup> *Ibid.*

Entendiendo que es fundamental para la determinación del riesgo permitido el reconocimiento de normas de cuidado que fijan un nivel entre el riesgo que socialmente estamos dispuestos a asumir y el riesgo que rebasa ese nivel – transformando esa acción en jurídicamente relevante – es que la conexión con el ámbito de la imprudencia se hace evidente. Si las normas que establecen cuidado deben examinarse para la construcción de la exigencia de cuidado y para la determinación del riesgo permitido, entonces ambos conceptos están vinculados. Incluso en la existencia de estas normas se han justificado los defensores del riesgo permitido para consolidar el concepto: la regulación de medidas de precaución es prueba fehaciente de la tolerancia ante acciones peligrosas y, asimismo, la existencia de riesgos penalmente relevantes.<sup>352</sup> Así, la conexión entre riesgo permitido y falta de cuidado ha llevado a que las investigaciones desarrolladoras del primer concepto se hayan realizado en el ámbito de la imprudencia.

Entonces, el riesgo permitido marca el límite a partir del cual comienza la responsabilidad penal a título de imprudencia. Por tanto, lo amparado por el riesgo permitido no puede ser imprudente porque provoca la exclusión del injusto. En términos de teoría de la imputación objetiva, en la imprudencia se reprocha la creación de un peligro no amparado por el riesgo permitido y que se realiza en un resultado típico.<sup>353</sup> En otras palabras, no existe una diferencia fundamental con la imputación a título de dolo puesto que el riesgo permitido opera en la faz objetiva del tipo. Esto quiere decir que si bien el riesgo permitido usualmente adquiere relevancia en un ámbito imprudente, por ejemplo en los frecuentes casos de tráfico vehicular o negligencia médica, tal conexión no es necesaria: no hay obstáculo conceptual en que el riesgo permitido excluya el injusto respecto de un eventual delito doloso.

Ahora bien, la teoría de la imputación objetiva ha definido lo que ya no es riesgo permitido, o sea, los casos en que una acción crea un riesgo jurídico penalmente relevante. Primero lo evidente: si el ordenamiento prohíbe ciertas puestas en peligro abstractas, entonces su infracción conlleva la creación de un riesgo no permitido.<sup>354</sup> La prohibición de una conducta por atentar contra las condiciones abstractas de seguridad del bien jurídico respectivo configura una expectativa normativa de seguimiento de la norma. La vulneración, simplemente, defrauda esa expectativa impidiendo la posibilidad conceptual del riesgo permitido. Por ejemplo, la ley del

---

<sup>352</sup> ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 372

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 1000

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 1001. En el mismo sentido, JAKOBS, *El delito imprudente, op. cit.* en n. 342, p. 173

tránsito establece que la velocidad máxima en zonas urbanas es de 60 km/h (Art. 150), de modo que si se condujese a 100 km/h corresponderá a una infracción gravísima (Art. 200 bis, sancionada según el Art. 201). Esta prohibición de exceso de velocidad se asocia con la idea de peligro abstracto ya que establece condiciones de seguridad para la vida e integridad corporal de pasajeros y peatones. En tal sentido, la conducción de un vehículo excediendo la velocidad máxima conlleva la mutación de una conducta creadora de riesgos permitida (el manejo vehicular) a una conducta creadora de un riesgo prohibido. Termina excluido, en definitiva, el riesgo permitido.

Tal exclusión repercute también en el ámbito de la imprudencia, puesto que si se produce un resultado lesivo debido a la infracción de la prohibición de puesta en peligro abstracto, entonces tendremos un indicio suficiente de la infracción de la exigencia de cuidado y, por tanto, de la responsabilidad a título imprudente. En nuestro ejemplo, si el conductor atropella a un peatón debido a la superación exagerada de la velocidad máxima permitida, entonces es posible afirmar la responsabilidad del primero. Lo cuidadoso, en ese caso, era ceñirse a la normativa y respetar la velocidad máxima. ¿Pero entonces por qué solamente configura un indicio y no, derechamente, el fundamento de la responsabilidad cuasidelictual? La respuesta está en la correcta construcción de la exigencia de cuidado: el estándar tiene que estar contextualizado, esto es, el ciudadano fiel a derecho dotado de los conocimientos y capacidades individuales está situado en la misma posición fáctica del autor. De otra forma, aseverar que otro actúa imprudentemente carecería de sentido. Por tal razón, existirán ciertos casos en los que no será prudente, o sea contrario a la exigencia de cuidado, respetar la norma específica.

Volvamos al ejemplo: si el conductor está llevando a un herido grave al hospital y supera la velocidad máxima permitida, entonces su conducta no puede entenderse como descuidada, dado que la importancia del bien a proteger permite una conducta más arriesgada en su conservación. De ahí que es correcto entender a los preceptos sobre circulación como “el resultado de una previsión de posibles peligros basada en la experiencia y en la reflexión; indican ya con su existencia que, con su infracción, el peligro de un accidente entra dentro del terreno de lo posible”.<sup>355</sup> La infracción de la norma, entonces, opera como indicio suficiente de la imprudencia, no como su fundamento, porque evidencia el cuidado exigido en la mayoría de las

---

<sup>355</sup> Jurisprudencia alemana citada por ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 1001

ocasiones dada la acumulación de experiencia y datos estadísticos asociados. Tales normas expresan, por tanto, el resultado de una casuística que permite inferir reglas abstractas de cuidado eficaces en la generalidad de las situaciones.

No obstante, no sólo los tipos que prohíben conductas abstractamente peligrosas sirven para excluir el riesgo permitido, puesto que las llamadas *normas del tráfico* cumplen una función similar. Estas normas del tráfico consisten en reglamentaciones técnicas creadas por expertos de un área determinada y que establecen la manera correcta de desempeñar la actividad.<sup>356</sup> El ejemplo paradigmático está en la *lex artis* médica, pero también podemos mencionar la reglamentación deportiva o las normas técnicas industriales. Pero aquí, a diferencia de las prohibiciones legales cuya infracción excluye el riesgo permitido, el no seguimiento de las normas del tráfico configura simplemente un indicio de la naturaleza no permitida del riesgo creado.<sup>357</sup> En otras palabras, debido a la nula legitimación pública, las normas técnicas sólo son una guía que el juzgador podrá tomar o no en cuenta para determinar la existencia del riesgo permitido. Ello dependerá de la pertinencia específica de la norma al caso concreto ya que, por ejemplo, la reglamentación puede haber sido superada por avances técnicos, caso en el cual resulta irrelevante para esclarecer el límite de lo permitido.

Y si no se puede afirmar con certeza el riesgo permitido en base a las normas del tráfico, menos relevancia adquieren en el ámbito de la imprudencia. Nuevamente son meros indicios: ni la actuación conforme a ellas asegura el cumplimiento del cuidado, ni la actuación contraria asegura la infracción de la exigencia de cuidado. Y este indicio, evidentemente, tiene menor fuerza discursiva que el que entregan normas prohibitivas de peligro. Es decir, si existiese una asociación de conductores que concluyeran, en virtud de estudios serios, que una velocidad máxima de 80 km/h sigue siendo adecuada, aún así el juez tendría que preferir el mandato legal. Si bien las razones para dictar estas normas pueden estar en la experiencia desfavorable de un gran número de casos por largo tiempo, ello no quita su legitimidad democrática: forman parte del ordenamiento jurídico que, en teoría, es expresión de la voluntad soberana. En cambio, las normas del tráfico son pura experiencia acumulada y que, por lo tanto, son útiles pero carecen de una valoración institucional vinculante. En tal sentido, operan como un insumo para la

---

<sup>356</sup> *Ibid*, p. 1003

<sup>357</sup> JAKOBS, *DPPG*, *op. cit.* en n. 270, p. 249

construcción del estándar de cuidado que el juez debe tomar en consideración, pero no está ceñido obligatoriamente a su contenido.

d) Ahora bien, al referirse a las acciones de otro sujeto, la teoría de la imputación objetiva acude a la noción de *principio de confianza*. Porque si mantuviéramos una actitud escéptica respecto a la conducta de los demás, en el sentido de establecer medidas de cuidado ante su posible conducción imprudente, no sería posible la realización de actividad alguna, puesto que lo cuidadoso sería precisamente la abstención de esa actividad.<sup>358</sup> En tal sentido, el principio de confianza explicita que quien se comporta debidamente puede confiar en que otros también lo hagan. De tal forma, si el sujeto estaba autorizado a confiar y su acción genera un riesgo que termina realizándose en un resultado lesivo, está excluido el injusto al no prosperar la imputación objetiva al tipo. Por ejemplo, la preferencia de paso en un cruce autoriza al conductor a no reducir su velocidad, a pesar de que observe que otro vehículo avanza por la calzada carente de preferencia: está autorizado a confiar que el otro vehículo respetará la normativa del tránsito y se detendrá, de modo que ante la ocurrencia de un accidente, existirá imprudencia sólo de quien desobedeció la regla.

El principio de confianza sustenta normativamente la actuación múltiple con división del trabajo, principalmente en ámbitos industriales y médicos. De lo contrario, cada participante tendría que asegurarse del trabajo correcto de los demás miembros, lo que se opondría al sentido originario de dividir el trabajo.

En todo caso, existe bastante acuerdo en que el principio de confianza es un caso de aplicación del riesgo permitido: el riesgo de un resultado lesivo por un comportamiento de otro está permitido en atención a las ventajas individuales y sociales que la confianza ofrece.<sup>359</sup> No obstante, también está íntimamente conectado con la prohibición de regreso porque tiene que ver con la intervención de extraños al curso causal potencialmente lesivo. Esto ha llevado a que Jakobs entienda el principio de confianza como una fusión entre el riesgo permitido y la prohibición de regreso,<sup>360</sup> y a que Roxin lo comprenda como una reformulación de “la antigua”

---

<sup>358</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva*, *op. cit.* en n. 336, p. 219

<sup>359</sup> ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 1006

<sup>360</sup> JAKOBS, *DPPG*, *op. cit.* en n. 270, p. 254, para quien “mientras que en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se

noción de prohibición de regreso.<sup>361</sup> Pero a pesar de la diferencia conceptual, lo decisivo estaría en trazar correctamente los límites del principio de confianza, determinando con claridad cuando ya no se puede confiar en el comportamiento correcto ajeno; es decir, cuándo la acción creadora de riesgo ya defrauda expectativas normativas de conducta, mereciendo reproche penal.

Así, el principio de confianza opera siempre y cuando el autor no tenga deberes especiales de supervisión sobre la conducta de otros.<sup>362</sup> En este caso, la actividad consiste en compensar y prevenir los fallos de otros, de modo que no está autorizado a confiar simplemente en su no ocurrencia. El cirujano jefe a cargo de la intervención quirúrgica, por ejemplo, debe vigilar la actividad de los demás cirujanos, de modo que si ocurre un accidente por falla de uno de ellos, el cirujano jefe no podrá defenderse en virtud del principio de confianza si no cumplió adecuadamente sus deberes de control, configurándose negligencia médica a su respecto ya que infringe las exigencias de cuidado que, en su caso, consistían en vigilar el trabajo de los otros.

Por otro lado, el principio tampoco es aplicable cuando la confianza en el comportamiento de otros está injustificada, o sea, respecto de personas que carecen de la capacidad necesaria, ya sea por su desarrollo intelectual o por el contexto en el que se encuentran, para fundar la confianza de conducta de acuerdo a la norma.<sup>363</sup> De esta forma, quien conduce un vehículo no puede confiar en que los niños que juegan en el parque no corran hacia la calle a buscar una pelota, de manera que deberá tomar las medidas de precaución pertinentes (probablemente la disminución de velocidad). Pero tampoco podrá confiar el conductor que transita por el interior de un carnaval multitudinario en que los asistentes no ocupen la calle repentinamente para desplazarse.

De acuerdo a lo anterior, el límite último del principio de confianza está en la ocurrencia de la conducta defraudadora de expectativas.<sup>364</sup> No es posible seguir confiando en que otro se comportase adecuadamente si actualmente ya se comportó contrario a lo que se esperaba. Lo

---

añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; esta posibilidad de trata un conflicto podría formar la raíz principal del principio de confianza”.

<sup>361</sup> ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 1007, para quien “aquí (en el principio de confianza) radica el núcleo correcto de la antigua teoría de la prohibición de regreso, aún defendida en la actualidad con distintas fundamentaciones, según la cual la cooperación no dolosa en delitos dolosos es impune”

<sup>362</sup> JAKOBS, *El delito imprudente, op. cit.* en n. 342, p. 177

<sup>363</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva, op. cit.* en n. 336, p. 219

<sup>364</sup> *Ibid*, p. 220

anterior es baladí por evidente, pero de ello se deriva lo siguiente: si existen indicios suficientes del no seguimiento futuro de la norma por otro, entonces tampoco está permitido confiar. Aquel conductor con preferencia de paso, por ejemplo, que observa que el vehículo obligado a cederlo se acerca a una velocidad que le hace imposible detenerse, no puede seguir confiando y debe poner en práctica las medidas de precaución necesarias para evitar la colisión. Y aquí opera la conexión con la prohibición de regreso porque si es posible confiar en un comportamiento conforme a cuidado de otro, entonces también se puede confiar en que ese otro no cometerá un delito doloso. Se excluye, con este criterio, una eventual responsabilidad penal por participación delictiva debido al aporte previo que alguien pudo realizar en la concreción de ese delito. En otras palabras, la venta de un cuchillo o una pistola con la cual después se comete un delito no configura responsabilidad penal para el vendedor pues podía confiar que el vendedor se comportaría conforme a derecho.

No obstante, el principio de confianza se verá descartado toda vez que existan indicios suficientes de que se cometerá un delito posterior.<sup>365</sup> No estarían dadas las condiciones para que la confianza esté justificada, debiendo recurrirse al sistema general del delito para determinar la responsabilidad penal del agente. Por ejemplo, quien entrega un cuchillo a un sujeto que está luchando con otro no puede confiar justificadamente en que el peleador no lo utilice, de modo que se hace responsable al menos por homicidio imprudente si llega a ocurrir la muerte del adversario. Porque excluida la confianza se debe practicar el ya familiar proceso de imputación: descartada la imputación por falta de dolo, queda la extraordinaria por imprudencia, en donde se concluirá la infracción de la exigencia de cuidado en la entrega del cuchillo bajo esas condiciones.

En definitiva, someter la eficacia del principio de confianza a la inexistencia de indicios de comisión delictiva posterior obliga una preocupación del autor en la verificación de las circunstancias de la acción con el objeto de ser capaz de atender a aquellos indicios. Esto termina limitando ampliamente el efecto pretendido por los defensores de la imputación objetiva,<sup>366</sup> cual es, particularmente la despreocupación por la actuación de los demás. Pues si bien la fundamentación inicial de la confianza no parece generar demasiadas dudas, porque

---

<sup>365</sup> ROXIN, *op. cit.* en n. 300, p. 1007

<sup>366</sup> Y esto con independencia de lo problemático que resulta ser atender a la información conocida por el autor en un criterio que pretende ser puramente objetivo.



nadie estaría dispuesto a exigir medidas de cuidado frente al posible comportamiento incorrecto ajeno, la necesaria configuración conceptual del principio ofrece numerosas dificultades que atentan contra el contenido del mismo. Dado que, en realidad, no puedo confiar de inmediato en el comportamiento ajeno ya que debo evaluar el contexto de actuación para determinar, en definitiva, si es razonable confiar, ¿entonces cómo podríamos diferenciar el principio de confianza con el ámbito general de la imputación a título de imprudencia, en el sentido que también aquí se exigen medidas de precaución para un actuar razonable?

## 2.2 ¿El riesgo como concepto básico del derecho penal?

La teoría de la imputación objetiva levanta el concepto de riesgo a una posición medular en la teoría del delito, pues si se desea atribuir responsabilidad penal a alguien se debe afirmar que una acción suya creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en un resultado típico. En tal sentido, ya en la tipicidad objetiva, se atiende al riesgo creado por el autor para determinar si se corresponde con uno jurídicamente permitido, lo cual haría que la acción fuera irrelevante para el derecho penal a pesar de que causalmente se derive un resultado lesivo. La dificultad, como vimos, era la determinación de los riesgos permitidos y no permitidos, en donde la teoría entrega una serie de criterios-límite que excluyen la permisión del riesgo. Pero hablar de una imputación objetiva, que restringe ya los elementos típicos sin entrar todavía a considerar al autor específico, implica considerar como destinatario de la norma a una figura estándar objetivada,<sup>367</sup> es decir, una figura en la cual no están determinados los conocimientos y capacidades del destinatario. Es simplemente un observador artificial respecto del cual se realiza el juicio de imputación objetiva, de manera que todos los criterios tienen que estar referidos a su respecto.<sup>368</sup> Eso quiere decir que al analizar el riesgo generado por una acción, esa acción tiene que entenderse ejecutada por este observador imparcial.

Pero, ¿qué significa que una acción sea riesgosa? El riesgo manifiesta una probabilidad de producción del resultado, de modo que variará en atención a esa probabilidad. Así puede afirmarse que una acción es más riesgosa que otra porque es más probable que provoque un

---

<sup>367</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, *op. cit.* en n. 5, p. 12

<sup>368</sup> De ahí la dificultad que hacíamos evidente al final de la revisión del principio de confianza respecto a la necesaria preocupación por los indicios para su operatividad.

determinado resultado. Sin embargo, “lo riesgoso” de una acción no es una cualidad de una conducta sino que, más bien, es una interpretación de ella tomando en cuenta el resultado. Por ejemplo, si examinamos la acción de disparar a otro, no podemos diferenciar el disparo y luego lo riesgoso del mismo para la vida de la víctima, sino que la acción es entendida como riesgosa precisamente porque consiste en disparar a otro. De tal forma, el análisis del riesgo permite realizar una interpretación adicional del hecho típico, en el sentido que las condiciones de la acción que permiten comprenderla como riesgosa, son necesarias para la explicación del acaecimiento del resultado.

Entonces, “¿puede alguien ser matado no riesgosamente? Evidentemente no, puesto que las propiedades que explican causalmente el resultado siempre pueden ser entendidas como presupuestos de un riesgo que se realiza en el resultado”.<sup>369</sup> En tal forma, cada vez que se afirma el acaecimiento de un resultado típico, es posible verificar un riesgo en la acción que causalmente provocó ese resultado. Por eso es que si tenemos a la vista el resultado, cualquier referencia al riesgo tiene que necesariamente resultar superflua, es decir, si ya sabemos que el resultado se produjo (o no), también sabemos si existió (o no) riesgo de producción de ese resultado. Carece de sentido, desde este punto de vista, plantear que una acción causalmente provocó un resultado típico y sostener luego que no generó un riesgo penalmente desaprobado.<sup>370</sup>

Por tanto, asumiendo una perspectiva *ex post*, que toma en consideración el conocimiento óptimo sobre el acaecimiento del resultado, el concepto de riesgo es irrelevante. O la acción del agente fue una condición del resultado o simplemente no lo fue: el riesgo no tiene cabida pues sólo duplica el examen de la causalidad. Ahora bien, si dejamos de considerar el resultado, entonces la referencia al riesgo adquiere importancia porque expresa la probabilidad con la cual ese resultado podría haberse provocado. Esto no quiere decir, por ahora, que el riesgo funcione exclusivamente desde una perspectiva *ex ante* sino sólo que no funciona desde una perspectiva *ex post*.

---

<sup>369</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo, op. cit.* en n. 5, p. 26

<sup>370</sup> CONTESSE, Javier. “Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto”. En: MAÑALICH (dir.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, p. 401

Ante ello, un defensor de la imputación objetiva aún no se sentiría aludido por lo innecesario del examen del riesgo al tener en vista el resultado, pues el juicio de imputación objetiva no asumiría una perspectiva *ex post* sino, diríamos, una perspectiva *ex ante objetivada* que permite eludir el problema. En tal sentido, no se atendería al pronóstico del resultado del autor – lo que implicaría asumir una perspectiva *ex ante* – sino que al pronóstico de un observador ficticio, el cual se asume como destinatario en el juicio de imputación objetiva. La tipicidad objetiva, entonces, constaría en imputar el resultado no al autor sino a este destinatario artificial, proceso en el cual se examinarían los criterios relacionados al riesgo, ya sea el riesgo permitido, principio de confianza o actuación a propio riesgo.

Así, existirían dos pronósticos que se corresponderían con dos juicios de imputación, primero el objetivo respecto del observador ficticio y luego el subjetivo respecto del autor (que, como hemos visto, implica evaluar el dolo y la imprudencia). El problema es que la incorporación de la primera imputación (objetiva) sólo puede resultar superflua o problemática. Por un lado, será superflua en tres casos: cuando los juicios sean coincidentes porque allí bastaría la imputación subjetiva; cuando el autor supone la creación de un peligro de resultado que no se realizó pues se da una tentativa; y cuando el autor no reconoce el peligro, en donde no hay dolo.<sup>371</sup> Por otro lado, será problemática cuando el pronóstico del observador objetivo resulte falso pues se podría llegar a exonerar al autor que sí advierta el peligro de producción del resultado, lo cual no puede entenderse sino como una solución inaceptable.<sup>372</sup> En tal forma, se aprecia la redundancia del juicio objetivo: al final, lo que interesa (y siempre ha interesado) es la imputación subjetiva al autor.

De la clarificación del concepto riesgo y la dificultad consiguiente de la teoría de la imputación objetiva se siguen dos conclusiones. En primer lugar, en el entendido que la eventual perspectiva *ex ante objetiva* carece de relevancia, el concepto de riesgo sólo tiene cabida al asumir una perspectiva (puramente) *ex ante*. Ésta es la que se asume en el juicio de imputación subjetiva, en donde se evalúan las capacidades de evitación del autor. Respecto del dolo, éste también encierra un pronóstico: “actúa dolosamente quien parte de la base que el resultado se producirá, con una cierta probabilidad, como consecuencia de la acción pretendida”.<sup>373</sup> O sea, al

---

<sup>371</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo, op. cit.* en n. 5, p. 27

<sup>372</sup> *Ibid*, p. 27

<sup>373</sup> *Ibid*, p. 26

investigar la posibilidad de dolo, el riesgo de que se concretara el resultado y que el autor sabía que asumía con su acción, serán esenciales para afirmarlo o descartarlo. De tal manera, la referencia al riesgo simplemente nos lleva al tradicional problema de la determinación del dolo. Y en el ámbito imprudente, el riesgo tiene que ser considerado para asegurar la posibilidad de evitación del resultado lesivo con el cumplimiento de la exigencia de cuidado.<sup>374</sup> Esto quiere decir que el concepto de riesgo es un concepto valioso para el establecimiento de la responsabilidad penal, sin embargo una teoría que lo asume como el principio y fin del derecho penal está equivocada. Un derecho penal del riesgo expresa una preocupación exacerbada por la seguridad como finalidad última del ordenamiento, lo que implica el riesgo – valga la ironía – de transformar al derecho penal en un derecho de policía irrespetuoso de derechos fundamentales.<sup>375</sup> De ahí la necesidad de una comprensión adecuada del riesgo.

En segundo lugar, plantear un juicio de imputación para acreditar la tipicidad objetiva de la conducta es incorrecto por innecesario. Obviamente si lo que interesa es la responsabilidad del autor, entonces lo que interesa es verificar las capacidades del autor para evitar la infracción de la norma. Si la inclusión de criterios objetivos previos menoscaba una adecuada imputación subjetiva que dé cuenta de lo que el sujeto podía y debía hacer, entonces son esos criterios los que deben ser descartados. Entonces, para acreditar la tipicidad objetiva, no se requiere un juicio de imputación sino un juicio de subsunción de carácter descriptivo, cuya única perspectiva pertinente es la *ex post*.<sup>376</sup> Lo relevante es determinar si el acaecimiento del resultado por parte del autor satisface la descripción típica, lo cual implica justificar el vínculo causal entre la acción y ese resultado. El juez, utilizando los conocimientos óptimos de lo ocurrido, debe determinar la antinormatividad del resultado a través de la eventual identificación de una descripción del hecho que cuente como una especie del delito, es decir, que cuente como una descripción del tipo pertinente. En definitiva, una teoría que recurra a una imputación objetiva es, conceptualmente, incorrecta.

---

<sup>374</sup> Véase *supra* II.1.1, notando lo importante de la noción de riesgo en el contenido del dolo y la imprudencia.

<sup>375</sup> En tal sentido, el concepto de riesgo tiene su lugar dentro de la teoría del delito; es un derecho penal del riesgo el que está fuera de lugar. Para una crítica sobre el llamado derecho penal del riesgo, véase HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, *Revista Penal* n° 4 (1999).

<sup>376</sup> CONTESSE, *op. cit.* en n. 370, p. 402

### 2.3 Un correcto entendimiento del riesgo permitido (y del principio de confianza)

a) Entendiendo que el concepto de riesgo es irrelevante en el ámbito de la tipicidad objetiva, entonces el riesgo permitido no puede cumplir la función que le atribuye la teoría de la imputación objetiva. Simplemente no es el criterio excluyente de responsabilidad en virtud de una ponderación de intereses ni el filtro que descarta acciones socialmente aceptadas. Observar el riesgo desde una perspectiva *ex post* es tan absurdo como apostar sobre un partido de fútbol ya terminado: si se conoce el desenlace entonces no hay razones para interesarse por las posibilidades de victoria de cada equipo. El pronóstico de victoria sólo es atractivo hasta el momento en que el juego tiene lugar. Si el equipo pierde, revisar sus posibilidades no aporta nada al análisis de ese partido, lo que no quiere decir que no sea útil, por ejemplo, para examinar el futuro del equipo. Lo interesante es notar que en este proceso no se imputa nada a nadie, solamente se revisa cuál de los equipos resultó ganador de acuerdo a las reglas del juego.

Entonces, el riesgo permitido en la versión ofrecida por la teoría de la imputación objetiva no puede ser aquel principio estructural decisor sobre la responsabilidad penal, puesto que no es comprensible la idea de una acción que efectivamente causa un resultado, pero que no alcanza a provocar un riesgo desaprobado. Igual de incomprensible es decir que A disparó un arma que rompió una ventana, pero que en realidad su acción de disparar no generó el riesgo de que la ventana se rompiera. Por lo tanto, la pregunta que permanece es si este concepto de riesgo permitido tiene rendimiento normativo en algún ámbito distinto al ofrecido por la imputación objetiva. Es lo que trataremos que descifrar en lo que resta de este capítulo.

b) Pero primero es necesario realizar una breve recapitulación de la imprudencia, pues es el ámbito en el que se defenderá la inclusión del riesgo permitido. El proceso de imputación tiene por objeto determinar si el autor contaba con las capacidades necesarias para el seguimiento de la norma, de modo que si las tenía e igualmente ejecuta la acción que termina en un resultado típico, está justificado un reproche en su contra. La imputación se realiza en virtud de ciertos criterios o reglas que otorgan contenido a la respuesta punitiva por el comportamiento demeritorio. La principal regla de imputación se identifica con el dolo y expresa que el autor tuvo la capacidad cognitiva para evitar causar el resultado lesivo, por lo cual se le imputa el resultado como infracción de deber: en el contexto específico, el sujeto tenía el deber de evitar la

realización de una determinada conducta puesto que poseía el conocimiento de que esa acción causaría el resultado que la norma de comportamiento pretende evitar.

Sin embargo, si el autor carece del estado mental que le permitía reconocer como deber suyo la evitación de una determinada conducta, entonces la imputación a título de dolo no puede prosperar. La ejecución de la acción sin el conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes no permite concluir – aún – un déficit de reconocimiento de la norma por lo cual no se justifica la imposición de la pena. No obstante, excluida la imputación ordinaria todavía queda la posibilidad de una extraordinaria, puesto que el ordenamiento no sólo exige la evitación intencional de resultados lesivos, sino que también se reconoce responsabilidad por el propio déficit de imputabilidad a título de dolo, en el sentido que por una infracción de las exigencias de cuidado, el sujeto se puso a sí mismo en una situación en la cual le era imposible evitar la infracción de deber. Se le reprocha, entonces, evitar ponerse en un estado que asegurara su capacidad posterior para actuar conforme a deber. Ese estado de aseguramiento de capacidades posteriores se consigue actuando conforme a las exigencias de cuidado, puesto que su infracción hace imposible al autor confiar en que su comportamiento no degenera en un resultado lesivo.<sup>377</sup>

Pero, además, es necesario comprobar un vínculo normativo entre la exigencia de cuidado y el resultado, en el sentido que de haber cumplido con las medidas de precaución respectivas, el sujeto hubiese podido quedar en posición de evitar el resultado lesivo: la conexión de contrariedad a deber. Solo así la imprudencia se asume como la regla de imputación enfocada en el aseguramiento de la capacidad futura de seguimiento de la norma. Empero, en ciertos contextos complejos, la conexión de contrariedad a deber no se dejará reconocer como una certeza sino como una probabilidad, de modo que para mantener la función de la imprudencia, tiene que plantearse como criterio relevante el reconocimiento de una probabilidad rayana en la certeza de que, cumpliendo el cuidado debido, se estará en situación de evitar el resultado típico.

c) El concepto de riesgo, y por consiguiente el de riesgo permitido, adquiere relevancia debido a la caracterización de la sociedad actual como sociedad de riesgo dadas las numerosas actividades

---

<sup>377</sup> En palabras de Kindhäuser (*¿Qué es la imprudencia?*, *op. cit.* en n. 173, p. 225) “es necesario distinguir entre la evitación, conforme a deber, de un comportamiento prohibido, por un lado, y la evitación, conforme a cuidado, de la incapacidad de seguimiento, conforme a deber, de una prohibición, por otro”

que conllevan una probabilidad estadística considerable de producir accidentes.<sup>378</sup> Esto no quiere decir que en el pasado no existieran comportamientos riesgosos, pues claro que existían, sino que hoy en día se observa una habitualidad en el riesgo, ya que nuestro actuar social cotidiano se sustenta en una serie de actividades que son intrínsecamente peligrosas, paradigmáticamente el tráfico vehicular, la producción industrial y el actuar médico. Es decir, lo novedoso de una sociedad de riesgo no está en la ejecución de acciones peligrosas, porque eso ha existido siempre, sino en el acostumbramiento a ese riesgo debido a las incontables acciones que lo generan y que llevan a una invisibilización del peligro que altera superficialmente las expectativas sociales. Es decir, la confianza en la no ocurrencia de un accidente vehicular es mucho mayor ahora que en los años en que se inventó el automóvil. Sin embargo, como la teoría del delito no estudia sensaciones de seguridad o la falta de ellas, este aspecto de la temática de la sociedad de riesgo tiene que ser irrelevante. Lo único que nos interesa es la proliferación de actividades altamente riesgosas y las necesarias condiciones para imponer una eventual pena derivadas de un accidente.

El riesgo permitido, entonces, tiene que ser entendido como la permisión del ordenamiento a la limitación de la capacidad de acción basado en el presupuesto que no es posible prevenir todo riesgo. Como no es posible evitar todo riesgo, entonces las exigencias de cuidado se estructuran como incumbencias razonables que siempre implican un riesgo residual de resultado lesivo pero carente de responsabilidad. Lo relevante está, por tanto, en que el riesgo permitido se define sólo en virtud del sistema de imputación a título de imprudencia, estando completamente fuera de lugar su alegato en el ámbito de los delitos dolosos. De tal modo, el riesgo permitido explicita el límite de responsabilidad penal: si aún cumpliendo las exigencias de cuidado se genera un menoscabo para el bien jurídico, entonces no hay buenas razones para atribuirle el resultado a alguien, lo que conlleva el fracaso del proceso de imputación y la exclusión del injusto subjetivo.

d) Ahora bien, ya concluimos que, en el ámbito de la imprudencia, para construir adecuadamente la exigencia de cuidado debe acudirse a un estándar objetivo consistente en un destinatario leal a derecho dotado de las capacidades y conocimientos del autor individual, con el objeto de determinar el comportamiento cuidadoso que debía seguir el autor. Sólo si éste actuó contrario al cuidado exigido entonces puede serle imputado el resultado típico. Evidentemente lo que resulte

---

<sup>378</sup> KINDHÄUSER, *Imprudencia y riesgo*, op. cit. en n. 5, p. 127

cuidadoso va a depender del contexto preciso de la conducta, de modo que no es posible establecer reglas generales obligatorias sino que tiene que comprobarse caso a caso.

No obstante, observamos<sup>379</sup> que se construyen un conjunto de normas que si bien no fundamentan la imprudencia, otorgan indicios que ayudan al juzgador para acreditar la imputación extraordinaria. Pueden ser normas jurídicas que establezcan situaciones de peligro abstracto o reglas del tráfico sin respaldo normativo. Ambas, de nuevo, no sirven para fundar responsabilidad sino que entregan insumos al juez para determinar si el autor actuó o no cuidadosamente. Lo que explicitan son criterios generales sobre la manera de comportarse con el propósito de controlar los riesgos que se generan con la actividad. En otras palabras, estas normas – jurídicas o no – colaboran en la tarea de determinar la exigencia de cuidado correspondiente al caso preciso. Y es sólo una colaboración pues ya sabemos que existirán casos excepcionales en los cuales la norma no debe ser obedecida, sino precisamente quebrantada, para actuar conforme a cuidado.

Lo interesante es que en virtud de la exigencia de cuidado es posible caracterizar de un modo homogéneo a los participantes de una determinada actividad. Por ejemplo, en atención al cuidado debido en el tráfico vehicular, podemos hablar de un *rol* como conductor, en el sentido que cuando A maneja un automóvil, desempeña ese rol social. Y esto porque todo sujeto que conduce un vehículo debe cumplir con un conjunto de normas tendientes a controlar el riesgo que provoca la actividad. En otras palabras, “solamente puede actuar activamente en los ámbitos de riesgo aquel que cumpla las correspondientes normas relevantes del deber de cuidado”,<sup>380</sup> lo cual simplemente se deriva de las reglas generales de la imprudencia, ya que como las actividades peligrosas están regidas por un conjunto de normas, el partícipe tiene que respetarlas si no quiere ver comprometida su capacidad de seguimiento posterior.

Nótese, entonces, que el rol social no es un criterio normativo necesario para determinar la responsabilidad penal sino que es simplemente una constatación contingente de lo que acontece. Por tanto, al referirse a un rol simplemente se evidencia el desempeño de una actividad que conlleva la asunción de estándares de cuidado normalmente regulados por reglas concretas. Evidentemente la ejecución continua del mismo rol genera expectativas de comportamiento,

---

<sup>379</sup> Véase *supra* II.2.1.c. Asimismo, *infra* III.1.1.b

<sup>380</sup> KINDHÄUSER, *Imprudencia y riesgo*, *op. cit.* en n. 5, p. 127



pero que no pueden entenderse como independientes del cuidado específico propio de ese rol; es decir, lo que se espera de quien ejerce un rol no depende exclusivamente del desempeño ese rol, sino de las reglas ordinarias de la imprudencia. El punto es que la participación en ese rol impone exigencias de cuidado a quienes participan de la actividad, lo cual presupone muchas veces ciertas habilidades o conocimientos que habilitan su desempeño. Para aquellos que carecen de tales capacidades, lo adecuado a cuidado será sencillamente no emprender la acción. Esta exclusión puede explicar la (errónea) importancia normativa del rol entendido como un conjunto del entramado social que cualifica a sus participantes como destinatarios especiales de la norma penal y que, por tanto, debe tenerse en cuenta al momento de delimitar el deber (penal) de acción de uno de ellos.<sup>381</sup> Pero la exclusión de ciertos sujetos en el ejercicio de una acción sólo se debe a que carecen de las habilidades mínimas, de modo que la conducta conforme a cuidado es omitir la acción; mientras que aquellos que sí cumplen con los mínimos, tienen que respetar las normas reguladoras que influyen en la determinación del cuidado exigible.

e) Ahora bien, la dogmática del delito imprudente no pretende imponer estándares que reduzcan todo riesgo de accidente. Porque para reducir la probabilidad de resultado típico a cero, o sea, asegurar su no ocurrencia, implicaría la asunción de medidas excesivas que limitarían la ejecución beneficiosa de la actividad, puesto que muchas veces lo adecuado para evitar todo riesgo será simplemente la no ejecución de la acción. A modo de ejemplo, como aquel sujeto avezado en la conducción no puede asegurar que no producirá un accidente, entonces tendría que serle exigible la no conducción. Y como esta conclusión no es sensata, pues toda actividad social útil conlleva un riesgo de resultado lesivo, entonces incluso la actuación cuidadosa implica la asunción de un mínimo de riesgo. En palabras simples, la determinación de la exigencia de cuidado tiene que ser razonable. Por tanto, en los casos en que el derecho penal establece normas reguladoras de cuidado de una determinada actividad entonces está “permitiendo” un margen de riesgo, es decir, está estableciendo un determinado estándar de conducta cuidadoso que le indica al partícipe la forma correcta de comportarse. Pero, aún más importante, establece el límite superior exigible ya que existiendo mayores y mejores medidas de precaución se entienden como suficientes, jurídico penalmente hablando, aquellas que señala la norma. Superiores medidas de cuidado son, entonces, supererogatorias. Si la ley del tránsito fija en 120 km/h la velocidad máxima en carretera, ello implica un riesgo porcentual de accidente (tanto evitable

---

<sup>381</sup> Véase JAKOBS, *DPPG*, *op. cit* en n. 270, p. 243 ss., especialmente en referencia al ejemplo del mesero.

como inevitable) de X %; ahora, si un conductor maneja a 100 km/h en carretera, el riesgo de accidente se verá disminuido a X-1 %, porque por ejemplo la distancia de frenado será menor y por tanto una porción de eventuales accidentes se verán evitados. Lo relevante es que el ordenamiento permite la creación de riesgo correspondiente a X % puesto que ha fijado una determinada velocidad máxima, siendo inexigible una velocidad inferior aun cuando ésta hubiese sido necesaria para impedir un accidente.

Lo que ocurre es que, con el establecimiento de medidas de precaución, el ordenamiento está tolerando, dentro de ciertos límites, una reducción de la propia capacidad de seguimiento de la norma,<sup>382</sup> pues el sujeto será incapaz de evitar resultados lesivos que hubiesen requerido un superior nivel de cuidado. Y si precisamente por esa incapacidad se originase responsabilidad penal, entonces no podríamos sino afirmar una esquizofrenia jurídica: por una parte, se permite la disminución de la capacidad de acción, y por otra se sanciona por esa misma disminución de capacidad. En tal sentido, en los casos en que el accidente se produce precisamente por esa acción supererogatoria, y dado que el peligro está permitido, se puede hablar de la realización de un *riesgo permitido*.<sup>383</sup> Por tanto, con las normas de cuidado, el ordenamiento jurídico no solamente establece criterios para la determinación del cuidado debido, sino que al mismo tiempo excluye la posibilidad de reclamar responsabilidad por el riesgo residual: no es posible achacar al autor su incapacidad para evitar la acción como contraria al deber de cuidado.<sup>384</sup> Así, como el derecho permite una velocidad máxima de 120 km/h, entonces el riesgo que igualmente se genera al conducir a esa velocidad y que genera un accidente, debe ser entendido como riesgo permitido.

En los ámbitos en que existen normas indiciarias de cuidado, el riesgo permitido se observa con claridad. Ya que cuando el sujeto actúa respetando esas normas igualmente subsiste un riesgo de resultado típico que el mismo ordenamiento permite porque no es posible exigir su total disminución. Por ejemplo, el conductor prudente o el médico cuidadoso igualmente generan riesgos pero que están permitidos dado el cumplimiento de la normativa respectiva. No obstante, en aquellas áreas donde no existe una reglamentación específica del adecuado desempeño de una

---

<sup>382</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, *op. cit.* en n. 173, p. 226

<sup>383</sup> KINDHÄUSER, *El denominado riesgo*, *op. cit.* en n. 281, p. 65

<sup>384</sup> KINDHÄUSER, *Imprudencia y riesgo*, *op. cit.* en n. 5, p. 128, quien también señala que “la incapacidad para evitar la realización del tipo penal en el momento decisivamente relevante es insignificante cuando ella es la consecuencia necesaria de la observación de un permiso”.

actividad, también se puede apreciar un riesgo permitido pues éste se relaciona con el cumplimiento de las exigencias de cuidado, sin importar la forma en que ellas se determinen. Por ejemplo, supongamos que un atleta olímpico A está entrenando en una pista dentro de una plaza de acceso público, de modo varias personas circulan por el rededor. Como no existen una regulación – ni normativa ni consuetudinaria – respecto del entrenamiento en plazas públicas, A debe actuar conforme a cuidado en atención al contexto en que se desempeña, por ejemplo, no puede correr demasiado rápido porque hay niños jugando en las cercanías. Supongamos ahora que A cumple con todas las precauciones que un destinatario fiel a derecho tomaría, pero aún así durante un ejercicio de elongación golpea a un niño que se acercaba sigilosamente siendo completamente imposible notar su presencia. ¿Debe responder A por un cuasidelito de lesiones? No, porque a pesar de que el resultado típico se vincula causalmente con una acción de A, éste se comportó conforme a cuidado, de manera que el riesgo que subsiste es sólo riesgo permitido.

Y, por tanto, entendiendo al riesgo permitido como un riesgo residual que no puede excluirse aún empleando el cuidado debido, éste se muestra como la otra cara de la infracción de cuidado.<sup>385</sup> Así, quien crea un peligro jurídicamente permitido siempre actúa conforme a cuidado, puesto que el criterio relevante para determinar el riesgo permitido está dado por el estándar de cuidado respectivo. En otras palabras, la observancia de las exigencias de cuidado tiene un efecto de exoneración porque, aún cuando de la acción se derive un resultado típico, no puede imputarse responsabilidad imprudente ya que nadie está en posición de evitar, en todo momento, las consecuencias lesivas de su comportamiento.<sup>386</sup>

Asimismo, al referirse a roles sociales, cada uno de ellos implica una forma conforme a cuidado de desempeñar la actividad. Pero usualmente los roles exigen ciertas habilidades o conocimientos especiales que permiten su desempeño inicial: para quien carece de tales mínimos, lo cuidadosamente debido será simplemente que omita la actividad. Ahora, el sujeto que cumple con esas habilidades y participa de la actividad tomando las precauciones correspondientes igualmente genera un margen de riesgo. Los daños que se produzcan por una incapacidad del sujeto que excede al cuidado exigido por el rol también pueden reconducirse al ámbito del riesgo permitido.<sup>387</sup> Y si ese resultado típico se produce debido a la insuficiencia de

---

<sup>385</sup> KINDHÄUSER, *El denominado riesgo*, op. cit. en n. 281, p. 65

<sup>386</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 226

<sup>387</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 23

habilidades, con todo, superiores a las exigidas por el rol social desempeñado, quedará abarcado por el riesgo permitido. Es decir, la obtención de capacidades superiores, incluso cuando existe certeza que hubiesen permitido la evitación del resultado lesivo, son supererogatorias puesto que esa relativa incapacidad de acción del agente está permitida de acuerdo a las expectativas normativas que determinan el estándar de cuidado a considerar. De quien se desenvuelve en un cierto rol se espera, entonces, un cierto grado de *expertise* mínimo y un comportamiento cuidadoso en la actividad que, en definitiva, establecen un nivel de capacidad de acción específico puesto que el sujeto podrá evitar ordinariamente ponerse en situación de inevitabilidad. Sin embargo, como no se exige una reducción de los riesgos a cero, entonces ese nivel de capacidad de acción sienta también un nivel de incapacidad de acción para situaciones excepcionales en las cuales no podrá controlar su capacidad futura, y que tendrán que ser toleradas. El ordenamiento no puede desconocer que al establecer un estándar de cuidado está tolerando la causación de resultados típicos derivados de la prescindencia de una precaución superior a la exigida. Independiente que esa precaución superior consista en, por ejemplo, una mayor adquisición de conocimientos o en la no ejecución de la conducta, ella no puede fundar responsabilidad.

Lo relevante es que el riesgo permitido encierra una conexión inmediata con las exigencias de cuidado respectivas, ya que es necesario tener a la vista el estándar para establecer lo que queda por sobre él. De tal modo, el concepto de riesgo permitido es secundario frente a la imputación a título de imprudencia, pues el riesgo que el ordenamiento está dispuesto a tolerar depende de cuáles son las medidas de precaución exigibles en un determinado contexto para evitar un inevitable resultado lesivo. Cuando hablamos abstractamente del riesgo permitido, estamos suponiendo un determinado nivel de cuidado que asegura la capacidad de seguimiento posterior, pero en donde persiste una diferencia de riesgo que puede conducir a un resultado típico sin generar responsabilidad en el autor. De ahí que resulte incorrecto postular al riesgo permitido como un concepto autónomo que puede excluir, desde fuera, la imputación a título imprudente e, incluso, a título dolosa. El riesgo permitido no es más que el reconocimiento que el proceso de determinación del estándar de cuidado conlleva la tolerancia de riesgos no abarcados por éste.

Ahora bien, decíamos que es en ámbitos donde existen normas de cuidado que facilitan la observancia del riesgo permitido en donde la comprobación de la conexión de contrariedad a

deber se hace compleja. Porque ello implica que el mismo ordenamiento entrega una permisión de cierta incapacidad de acción que tiene que ser considerada al momento de establecer la conexión a riesgo. O sea, el requisito general manda que debe ser posible afirmar que si el sujeto se hubiese comportado conforme a cuidado, esto es, respetando las reglas pertinentes, hubiese podido evitar el resultado típico. Pero en estos ámbitos regulados especialmente riesgosos se hace especialmente difícil sostener con toda certeza la evitación de ese resultado. Y dado que existen normas precisas para controlar los riesgos, que conllevan automáticamente un riesgo permitido en el exceso, es necesario comprobar que la falta de evitabilidad del accidente justamente se base en haber sobrepasado el margen de riesgo permitido.<sup>388</sup> Como usualmente sólo podríamos hablar de probabilidades en la evitación del hecho por parte del autor, entonces es necesario sentar un criterio. Por ejemplo, si se produce un atropello y el conductor manejaba a 150 km/h, es necesario afirmar que si hubiese conducido a la velocidad máxima legal (60 km/h), y por tanto en el marco del riesgo permitido, hubiese sido posible la evitación del accidente. Entonces, para resolver el problema, lo sensato sería que mientras subsistan dudas relevantes procesalmente sobre la evitabilidad de la realización del tipo con base en el cumplimiento del riesgo permitido, no será posible la imputación.<sup>389</sup> En otras palabras, mientras no se pueda afirmar con un grado de *probabilidad rayana en la certeza* que el conductor hubiese podido evitar el atropello conduciendo a 60 km/h, entonces no hay imprudencia pues sólo allí podemos estar seguros que el accidente no se debe a un riesgo permitido, o sea, a un riesgo subsistente aún cumpliendo las exigencias de cuidado.

En definitiva, el riesgo permitido es una manifestación de que resulta sumamente poco razonable – y, por lo demás, impracticable – exigir la evitación, a todo evento, de resultados típicos. Al reconocer esta dificultad, se entiende que sólo es posible responsabilizar a quien estuvo en posición de seguir la norma, lo cual queda recogido en el principio *ultra posse nemo obligatur*. Asumir este principio trae consigo el establecimiento de una frontera en el conjunto de resultados lesivos, esto es, hechos socialmente dañosos. Hasta esa frontera se encontrarán todos aquellos hechos que pueden ser evitados, es decir, que pueden ser imputados dolosa o imprudentemente y por tanto conllevan pena. Más allá del límite, quedan aquellos hechos que aunque vinculados causalmente a la acción de un sujeto, no pueden ser imputados pues era imposible su evitación. El riesgo permitido explicita la función de ese límite: si el resultado no

---

<sup>388</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 227

<sup>389</sup> KINDHÄUSER, *Imprudencia y riesgo*, op. cit. en n. 5, p. 136

hubiese podido ser evitado por un agente que actúa conforme a los estándares de cuidado respectivos, entonces no puede haber responsabilidad.<sup>390</sup> Se trata, por ende, de una pérdida social que tiene que ser tolerada para mantener la relación entre el derecho penal y las capacidades de seguimiento de esas normas por la sociedad. Por eso, no es tanto que el riesgo se permita – riesgo permitido – sino más bien que el riesgo se tolera – riesgo tolerado – con el objeto de mantener el principio *ultra posse nemo obligatur* como medular en la imposición de una pena. Renunciar al riesgo permitido como expresión del límite implicaría la aceptación, en algunos casos, de una responsabilidad penal objetiva basada únicamente en el reconocimiento de hechos desfavorables.

f) En los puntos siguientes, se tratarán tres cuestiones que desarrollan el correcto entendimiento del riesgo permitido y que se oponen a la teoría de la imputación objetiva: son conclusiones de la presentación ya realizada, pero que ahora se harán explícitas y tratadas con mayor profundidad.

En primer lugar, el riesgo permitido está relacionado con el tipo subjetivo, no con el objetivo. La teoría de la imputación objetiva considera al riesgo permitido como uno de los elementos estructurales del injusto objetivo, en el sentido que opera como criterio previo a la consideración del autor concreto. Lo que estaría permitido, como vimos, se determina objetivamente atendiendo a un observador abstracto que distingue entre la creación de peligro jurídicamente relevante, eventualmente meritorio de pena, y la de peligro irrelevante, por encontrarse en el margen permitido. En tal sentido, el riesgo permitido excluiría ya el disvalor de resultado, en el sentido que está permitido realizar esa conducta por el beneficio social que de ella se deriva y que se observa mediante una ponderación de intereses.

Sin embargo, el riesgo permitido nada tiene que ver con la manera en la cual se exterioriza la acción como resultado que satisface una descripción típica, sino con la capacidad del autor de evitar conforme a cuidado una situación de inevitabilidad de infracción del deber. O sea, el riesgo permitido excluye únicamente el injusto de la acción,<sup>391</sup> pues afirmar que alguien actúa en el margen permitido sólo puede significar que aún cumpliendo las exigencias del cuidado la producción del resultado lesivo resulta inevitable. No existe, por tanto, ni la infracción del deber

---

<sup>390</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 23

<sup>391</sup> KINDHÄUSER, *El denominado riesgo*, op. cit. en n. 281, p. 66

de acción propia de la imputación dolosa ni la infracción de la incumbencia propia de la imputación a título de imprudencia, siendo imposible la responsabilidad penal.

En el riesgo permitido, es el mismo ordenamiento quien permite una cierta incapacidad de acción, ya sea específicamente con normas de cuidado o genéricamente con la exigencia de cuidado, en la cual el sujeto no podrá evitar el hecho típico, pero no deberá responder por ello porque esa incapacidad está tolerada. Lo relevante es que esa incapacidad no evidencia una carencia de la voluntad para cumplir con la norma, esto es, no existe déficit en la fidelidad al derecho.<sup>392</sup> Quien actúa bajo el riesgo permitido, hizo lo posible en asegurar su capacidad de seguimiento a través del respeto de las medidas de precaución pertinentes, pero el resultado igualmente se concreta producto de un peligro suyo, el cual no expresa una negación del derecho dado que no existe demérito alguno en la forma de comportarse del autor: no-poder tiene que implicar no-deber. El injusto de resultado causado no ha desaparecido, sino que simplemente no puede serle imputado a sujeto alguno.

g) En segundo lugar, el riesgo permitido no puede entenderse como causa de justificación. Las causas de justificación son normas de permisión para realizar una conducta que en otras circunstancias estaría prohibida. Es decir, una misma conducta satisface la descripción de una norma prohibitiva y la de una norma permisiva, en la cual la permisión primará, siendo desplazada la prohibición.<sup>393</sup> Por tanto, una causa de justificación cuenta como una exclusión del injusto (antijuricidad) del comportamiento *prima facie* prohibido. La legítima defensa es el caso más evidente: si A mata a B concurriendo condiciones suficientes de defensa, entonces A infringe la prohibición del homicidio y, al mismo tiempo, ejecuta la permisión de matar a alguien en situación de legítima defensa. El ordenamiento reconoce, entonces, que aún configurado adecuadamente el tipo objetivo del homicidio, puesto que existe un resultado antinormativo consistente en la muerte de B por A, y el tipo subjetivo, porque la muerte de B es

---

<sup>392</sup> KINDHÄUSER, *Imprudencia y riesgo*, op. cit. en n. 5, p. 129

<sup>393</sup> Sobre la discusión referente a si las normas de permisión confieren derechos subjetivos para la ejecución de la acción defensiva, véase a favor SILVA Sánchez, Jesús María. “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”. En: MAÑALICH (dir.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013. Véase, en contra, MAÑALICH, Juan Pablo. “Normas permisivas y deberes de tolerancia”. En: *La antijuricidad en el derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2013.

imputada dolosamente a A, ello queda “derrotado” por la también adecuada satisfacción de la legítima defensa. No es que, en realidad, no exista tipicidad del homicidio, sino que la imputación del permiso desplaza la prohibición.

Ahora bien, el riesgo permitido carece de las características propias de cualquier causa de justificación. El riesgo permitido tiene que ver con la expectativa en el autor que no reducirá su capacidad de acción de una forma contraria a la exigencia de cuidado.<sup>394</sup> Es una tolerancia normativa a la producción de ciertos riesgos que escapan al control por cuidado y, por tanto, tolerancia a que el sujeto estará incapacitado de evitar en todo caso situaciones de inevitabilidad en la infracción del deber. En tal sentido, el riesgo permitido no se opone ni excluye la prohibición, como sí lo hace una causa de justificación, sino que el resultado no puede ser imputado al autor porque actuó en un margen tolerado de incapacidad. Asimismo, quien conduce dentro de la velocidad máxima no tiene una autorización para atropellar (lesionar) a un peatón que interviene en el tráfico, en cambio, la defensa de un ataque mortal sí implica deberes de tolerancia en su ejecución, de forma que ante un accidente contra el peatón igualmente subsiste el injusto objetivo.<sup>395</sup> Es decir, el resultado antinormativo existe y persiste. Lo único que sucede es que el ordenamiento tolera la reducción de su capacidad de acción dentro de los márgenes de la velocidad permitida, de modo que no existe injusto subjetivo: no es posible imputar el resultado al conductor porque para el sujeto, en el marco entregado por el ordenamiento, era inevitable su comisión.

No existe una categoría de riesgo permitido, entonces, que excluya la antijuricidad de la conducta prevaleciendo sobre la prohibición, sino que el comportamiento del sujeto simplemente no es antijurídico porque no se satisface la imputación extraordinaria: no hay una actuación contraria a cuidado que desencadena un resultado típico sino una actuación riesgosa permitida en vista de los límites de la capacidad del sujeto y las exigencias normativas a su conducta. De ahí que puede ser importante modificar el concepto de riesgo permitido a riesgo tolerado. Riesgo permitido puede llevar a una confusión terminológica, al entender el “permitido” en un sentido fuerte, es decir, como el resultado de una aplicación de una norma de permisón. La tolerancia,

---

<sup>394</sup> KINDHÄUSER, *Imprudencia y riesgo*, *op. cit.* en n. 5, p. 130

<sup>395</sup> KINDHÄUSER, *El denominado riesgo*, *op. cit.* en n. 281, p. 66. En KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, *op. cit.* en n. 173, p. 226 se plantea que “las reglas del tráfico vehicular no conceden una autorización para lesionar, o incluso matar, a otros. Ellas sólo excluyen la imputación de una lesión corporal o un homicidio no doloso como infracción de deber imprudente”.



por el otro lado, expresa precisamente el reconocimiento normativo de márgenes de peligro aceptados.

h) Y en tercer lugar, el riesgo permitido no es pertinente para excluir la imputación a título de dolo. El dolo evidencia la capacidad cognitiva del sujeto para evitar una acción que cuenta como infracción de deber, es decir, que el autor posee el conocimiento de que su conducta causará con una probabilidad suficiente un resultado típico. Si el conductor, por ejemplo, atropella a un peatón que observó con suficiente anticipación cruzando la calle por un lugar indebido, pero que estaba en condición de evitar sólo disminuyendo levemente la velocidad, no puede reclamar impunidad en base a riesgo permitido ya que estaba suficientemente capacitado tanto física como cognitivamente para evitar el resultado típico, de tal forma que su actuar es doloso.<sup>396</sup>

El riesgo permitido excluye responsabilidad debido a una incapacidad tolerada del sujeto en la evitación del resultado lesivo: el ordenamiento acepta que el sujeto en determinadas situaciones no pueda asegurar su capacidad de seguimiento futura. Sin embargo, si el sujeto conoce las circunstancias de su acción en el sentido que con seguridad infringirá su deber de evitar la infracción de cierta norma de comportamiento, entonces evidentemente está capacitado para evitar ese resultado: no se presenta ninguna incapacidad a la que el riesgo permitido pueda estar referida. En cambio, la posibilidad del delito imprudente implica, desde ya, que el autor carece de esa capacidad siendo posible únicamente una imputación extraordinaria ante la infracción de exigencias de cuidado que provocan la inevitabilidad de la infracción de deber. Por tanto, el riesgo permitido está referido no a la evitación, conforme a deber, de un comportamiento prohibido, sino a la evitación, conforme a cuidado, de la incapacidad de seguimiento, conforme a deber, de una prohibición.<sup>397</sup>

De tal forma, cada vez que examinamos la posibilidad de ejecución dolosa del comportamiento la referencia al riesgo permitido queda descartada,<sup>398</sup> simplemente porque aluden a diferentes niveles lógicos de imputación. De la misma forma que no tiene sentido discutir sobre las exigencias de cuidado en los casos de comisión dolosa, tampoco tiene sentido la referencia al riesgo permitido. La teoría de la imputación objetiva, entonces, se equivoca

---

<sup>396</sup> KINDHÄUSER, *El denominado riesgo*, op. cit. en n. 281, p. 67.

<sup>397</sup> KINDHÄUSER, *¿Qué es la imprudencia?*, op. cit. en n. 173, p. 225

<sup>398</sup> KINDHÄUSER, *Imprudencia y riesgo*, op. cit. en n. 5, p. 137

puesto que en su afán de introducir una imputación ya en el injusto objetivo referido a un observador abstracto, entiende al riesgo permitido como una ponderación, de nuevo, abstracta de intereses, en donde no interesa todavía la capacidad del autor concreto: lo permitido se determina según lo que socialmente resulte beneficioso. Sin embargo, sin desmerecer el análisis sociológico, aquello no puede ser el único argumento que justifique la impunidad penal. La responsabilidad penal tiene que relacionarse con lo que puede hacer un sujeto en un momento determinado y lo que estaba obligado a hacer en atención a las normas que regulan ciertas áreas de nuestro comportamiento. Que, en abstracto, resulte socialmente beneficioso, o que es lo mismo, beneficioso para ciudadanos promedios genéricos, no puede servir de argumento para imponer o excluir responsabilidad a un sujeto específico: su responsabilidad sólo depende de lo que estaba obligado a hacer y de lo que podía hacer para cumplir con su deber.<sup>399</sup>

La única forma en que una imputación dolosa exitosa puede decaer es cuando el mismo ordenamiento entrega una permisión de realización de esa conducta dolosa, en la forma de una causa de justificación. Pero ya afirmamos que el riesgo permitido no asume esta función. Así, sólo existe una relación lógica posible entre el riesgo permitido y el dolo: incompatibilidad.

i) Finalmente, el principio de confianza. Al respecto tenemos que llegar a la misma conclusión que los defensores de la teoría de la imputación objetiva: el principio de confianza es una aplicación del riesgo permitido en la interacción con otros. Evidentemente, tal conclusión asume el concepto de riesgo permitido ya expuesto.

En atención a ello, es importante tener presente que las exigencias de cuidado también pueden estar referidas a la conducta de otro, en el sentido que existirán casos en que para determinar la exigencia de cuidado tendrá que tomarse en cuenta la conducta de otro. Típico ejemplo: a quien conduce cerca de un parque donde juegan niños pequeños se le exige mayor cuidado respecto de quien no lo hace, debiendo aminorar la velocidad. Incluso en casos extremos, puede no ser prudente (cuidadoso) emprender una determinada acción en vista del comportamiento que puedan asumir otros sujetos, puesto que no se podría asegurar la capacidad

---

<sup>399</sup> KINDHÄUSER, *El tipo subjetivo*, op. cit. en n. 5, p. 30, quien afirma, en un tema algo diferente pero igualmente relacionado (cursos causales inadecuados), que “el derecho penal no se trata del juzgamiento del curso del mundo, sino sólo de la pregunta de si una persona ha de hacerse cargo de la producción de un determinado daño por el hecho de que ella hubiese podido y tenido que evitarlo bajo el motivo dominante de seguir la norma”.

para evitar posteriormente una participación delictiva. Por ejemplo, quien en medio de una discusión acalorada entrega sin dolo un cuchillo a uno de los partícipes.

En tal sentido, la posibilidad de confiar en la conducta de los demás no se sostiene en un principio objetivo externo sino simplemente en si resulta sensata, dadas las circunstancias, esa confianza. Cuando deja de ser razonable confiar, porque la conducta del otro no justifica esa confianza, entonces deberán tomarse las medidas de precaución necesarias para evitar el resultado típico. Así, el médico confía en su equipo mientras sea razonable hacerlo porque, por ejemplo, todos son calificados y expertos en la materia; pero si interviene un médico principiante, la confianza se ve disminuida puesto que tendrá que tomar las precauciones necesarias para evitar un desenlace fatal. En todo caso, ya revisamos<sup>400</sup> que una teoría de la imputación objetiva notaba el defecto de un principio de confianza sin excepciones y terminaba sosteniendo una tesis más bien moderada (y similar a la aquí desarrollada).

¿Entonces no existe ningún ámbito donde podríamos aseverar un principio de confianza (que excluya responsabilidad)? Antes de responder, tiene que quedar claro que la confianza se basa en el conocimiento de una situación: yo confío en que A puede hacer X, por ejemplo, porque *conozco* que A tiene la habilidad para hacer X. En tal sentido, la respuesta a la pregunta tiene que incorporar la correcta comprensión del riesgo permitido. De tal modo, el principio operaría en aquellas situaciones en donde parece sensato confiar, pero un análisis más detallado hubiese indicado que no lo era. Y parecía sensato porque el rol que desempeña el agente exige tener a la vista ciertos conocimientos para determinar si era razonable o no confiar en el otro. Si atendiendo a ese conocimiento era sensato confiar, pero profundizándolo no lo era, entonces descartamos su responsabilidad por imprudencia porque actuó conforme a lo que el derecho exigía para su ámbito, siendo supererogatoria la obtención de mayores conocimientos. El ordenamiento tolera cierta incapacidad en la evitación de resultados lesivos dado que es imposible que el sujeto tenga todo a la vista para decidir si confía o no. De tal forma que si para llegar a la conclusión que no era cuidadoso confiar en el comportamiento de otro era necesario adquirir un conocimiento superior al exigido según rol, cualquier responsabilidad a título imprudente resulta excluida: el mismo ordenamiento está diciendo que se puede confiar.

---

<sup>400</sup> Véase *supra* II. 2.1.d

#### FALTA DE CUIDADO Y RIESGO PERMITIDO:

---

De ahí que el principio de confianza tenga el mismo contenido que el riesgo permitido pero enfocado en la actuación de otros. Nótese, entonces, que el principio de confianza también es secundario frente a la imprudencia: son las exigencias de cuidado las que configuran la posibilidad de confianza, de modo que el principio de confianza opera allí donde esas exigencias encuentran su límite. Toleramos un margen de error sobre la actuación de los otros, lo que cuenta como una cierta incapacidad de acción, porque no es posible exigir control absoluto sobre la posibilidad de riesgo de los demás.

### **TERCERA PARTE. De la teoría a la práctica**

#### 1. Falta de cuidado en el código penal

En este capítulo se aplicará el esquema conceptual, planteado en la parte previa, a la regulación legislativa de la falta de cuidado en el código penal. Lo relevante será notar si tal construcción se sostiene ante el estudio de las reglas penales pertinentes.

##### 1.1 La falta de cuidado y el rol del reglamento

a) Dado el art. 10 n° 13, no puede sino concluirse que nuestro sistema es uno restringido de punición del cuasidelito, en lo que usualmente se denomina *numerus clausus*. De tal manera, la sanción del delito imprudente requiere que la norma penal haga explícita tal posibilidad pues, de lo contrario, solamente queda disponible la sanción a título de dolo. Sin embargo, de la excepcionalidad de la sanción de la imprudencia no se sigue la imposibilidad de pensarla en aquellos casos en que, legalmente, queda fuera de lugar. Es decir, la imputación extraordinaria reclama pertinencia siempre que se vea excluida la imputación a título de dolo y se verifique la antinormatividad del hecho delictivo. Concurriendo estos requisitos lógicos, la pregunta de si el agente se comportó de acuerdo al cuidado que le incumbía adquiere relevancia jurídico penal y su respuesta negativa permite afirmar la antijuricidad de su conducta. Que, en fin, no pueda aplicársele pena alguna por no contemplarla expresamente la ley se deriva ya del principio de legalidad, el cual impide sanción cuando no está descrita en la ley y, en este caso, cuando la misma ley establece exigencias específicas de punibilidad; y no de la construcción de la teoría del delito desarrollada hasta aquí.

Esta divergencia entre la siempre posible imputación extraordinaria y la excepcionalidad de sanción del delito imprudente se sustenta en la demarcación entre los conceptos de *delito* y *hecho punible*. Mientras el primero se refiere al quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento, el segundo atiende a aquel delito que cumple las condiciones que exige el legislador para la imposición de la pena.<sup>401</sup> Así, no todo delito constituye un hecho punible, de forma que no toda imputación extraordinaria que acredita la infracción de la exigencia de

---

<sup>401</sup> MAÑALICH, *El delito como injusto*, op. cit. en n. 115, p. 92

cuidado respectiva puede acarrear pena. Por ejemplo, en casos de violación impropia es fácilmente imaginable la falta de cuidado del autor, a pesar de que la ley no reconozca su punibilidad: A accede vaginalmente a B, quien tiene 13 años pero A cree que tiene 15 años, de modo que se ve excluido el dolo. Luego, si un sujeto abstracto, dotado de los conocimientos y habilidades de A, se hubiese preocupado en comprobar con mayor exactitud la edad de B, cuestión que A no realizó, observamos falta de cuidado. En tal sentido, reconocemos el cuasidelito de violación de menor de 14 años, pero al no estar abierta su punibilidad, no se verifica hecho punible alguno.

Ahora bien, cuando se permite expresamente la sanción del delito imprudente, se hace referencia a determinados conceptos que la legislación va variando y que tienen que entenderse como los criterios específicos a tener en cuenta en la imputación extraordinaria. Porque si bien es correcto que todos ellos conforman el género de la falta de cuidado, del cual se concluye lo antijurídico del comportamiento, el estudio de cada una de las especies permite reconstruir coherentemente la teoría del delito imprudente en el código penal. De tal manera, la revisión de la parte especial del código da cuenta de 18 artículos que imponen una pena por falta de cuidado, donde tres de ellos (arts. 490 a 492) hacen referencia a la generalidad de los crímenes o simples delitos contra las personas, y los 15 restantes se refieren al único delito que describen. Luego, se observan cinco conceptos generales que pueden o no verse calificados: i) *imprudencia*: imprudencia temeraria, mera imprudencia; ii) *negligencia*: negligencia inexcusable, negligencia culpable, mera negligencia, mera negligencia con infracción de reglamentos; iii) *ignorancia*: ignorancia inexcusable, ignorancia culpable; iv) *descuido*: descuido culpable; y v) *abandono*. En lo que sigue se presenta una estructura que sistematiza los criterios anunciados. Para evitar prejuzgar sobre la utilización de alguno de los criterios expuestos, cuando nos refiramos en general a todos ellos – o sea, a la infracción de una exigencia de cuidado – usaremos simplemente *falta de cuidado*.

b) No obstante, antes de ello, debemos analizar el art. 329. Esta norma resulta altamente anómala pues, entre los criterios de imputación relevantes, se refiere autónomamente a la inobservancia de reglamentos, lo cual nos permite analizar de inmediato la conexión entre los reglamentos y la falta de cuidado. La norma reza así:

**Art. 329.** El que por ignorancia culpable, imprudencia o descuido, o por inobservancia de los reglamentos del camino, que deba conocer, causare

involuntariamente accidentes que ocasionen lesión a daño a alguna persona, sufrirá las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Además de los conceptos de ignorancia, imprudencia y descuido, parece incontrarrestable que la redacción de la norma señala a la *inobservancia de reglamentos* como un criterio de imputación independiente y equivalente a los primeros. A diferencia del art. 492, no se evidencia relación entre la infracción del reglamento y la falta de cuidado. Esto podría llevar a afirmar que la imputación extraordinaria sería totalmente innecesaria si se verificase el quebrantamiento de la normativa del camino respectiva, puesto que se cumpliría una de las exigencias alternativas, siendo superflua la referencia a la falta de cuidado (en la forma de ignorancia, imprudencia o descuido). Ello llevaría a que ante casos de infracción fortuita de los reglamentos, en donde no sería posible imputar extraordinariamente, igualmente se debiese aplicar la sanción, en un caso evidente de responsabilidad objetiva.<sup>402</sup>

El problema está, empero, en que la función del reglamento no está referida, en caso alguno, al reemplazo de los criterios de imputación. Porque la mera infracción de reglamentos no puede justificar la responsabilidad penal, pues éstos solamente establecen maneras de desarrollar adecuadamente una actividad de acuerdo a lo que ocurre cotidianamente. De tal forma, será posible que ante ciertas situaciones específicas, las normas de cuidado recogidas en los reglamentos no tengan que ser tomadas en cuenta. En aquellos casos lo cuidadoso será determinado en virtud de las reglas generales de la imprudencia, sin necesidad de acudir al reglamento. Lo esencial de la falta de cuidado está en que cumpliéndose las medidas de precaución pertinentes, el sujeto hubiese podido evitar el comportamiento típico,<sup>403</sup> lo cual opera con independencia de una eventual infracción reglamentaria. Piénsese, por ejemplo, en un

---

<sup>402</sup> Ésta es la preocupación de Etcheberry (*DPPG, op. cit.* en n. 1, pp. 320 s.) quien enarbola dos argumentos para evitar la inaceptable conclusión. En primer lugar, en los casos de actividades reglamentadas, el deber de cuidado se concretiza en obligaciones de prudencia especificadas por el reglamento, de modo que su contravención implica, también, un quebrantamiento del deber de diligencia. Luego, en segundo lugar, dado que no existe relación necesaria entre la infracción del reglamento y el quebrantamiento del deber de cuidado, se presentarán casos de infracción reglamentaria fortuita que desconectan ambos conceptos. Con el propósito de asegurar esa conexión, y evadir el reclamo de responsabilidad objetiva, Etcheberry va a exigir, primero, que la misma violación del reglamento sea dolosa o culposa y, segundo, un vínculo causal entre esa inobservancia y el resultado lesivo.

<sup>403</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. "Condiciones generales de la punibilidad", *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, n° 2, 2005, p. 412

carnaval que se celebra dentro de la ciudad ante lo cual, gradualmente, la gente participante comienza a ocupar las calle aledañas. En ese caso, un conductor prudente tendrá que aumentar las medidas de precaución ante la posibilidad cierta de que personas crucen intempestivamente la calle lo que se traducirá, por ejemplo, en la detención ante todo cruce, a pesar de tener preferencia de paso, y en una disminución considerable de la velocidad. Todo este incremento de cuidado no queda regulado por la Ley del Tránsito sino que deriva de la voluntad de evitar quedar en una situación en la que sea inevitable un accidente, o sea, simplemente de un comportamiento conforme a cuidado.

No obstante, estos casos son excepcionales pues las normas de cuidado expresadas en reglamento son resultado del aprendizaje histórico indicativo de la conducta adecuada para la inmensa mayoría de los casos. En otras palabras, de la imposibilidad que la infracción de normas de cuidado reglamentaria fundamente responsabilidad no se deriva su inutilidad: operan como un indicio del actuar imprudente. Si bien no existe relación necesaria entre la infracción del reglamento y la infracción de la exigencia de cuidado, su contingente pero habitual conexión permite suponer falta de cuidado ante el quebrantamiento del reglamento, dejando espacio, en todo caso, para el argumento en contrario. De ahí que la reglamentación contenga simplemente “un llamado de atención” respecto de una medida de precaución general, pero que puede ser sustituida por otra medida equivalente.<sup>404</sup>

En tal sentido, la infracción reglamentaria no puede fundamentar por sí misma la imputación a título de imprudencia. Sin embargo, el cumplimiento de las exigencias de cuidado precisadas en los reglamentos sí excluye la falta de cuidado. Porque al establecer una determinada medida de precaución como adecuada, el ordenamiento está tolerando una disminución de la capacidad de acción del sujeto, lo cual no excluye la posibilidad de ocasionar un resultado típico, pero que no puede ser imputable al sujeto.<sup>405</sup> Es un típico ejemplo de riesgo permitido: legítimamente – porque el ordenamiento lo autoriza – se puede renunciar a exigencias de cuidado superiores.

Ahora bien, clarificada la función auxiliar y nunca justificante de los reglamentos, queda aún por resolver el problema del art. 329. Y la respuesta es problemática porque de una lectura literal pareciera confirmarse que la mera inobservancia de los reglamentos del camino permite validar

---

<sup>404</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 54

<sup>405</sup> MAÑALICH, *Condiciones, op. cit.* en n. 404, p. 412



la sanción penal sin necesidad de recurrir a un criterio de imputación. No basta, a este respecto, la referencia del artículo a que esos reglamentos *deban ser conocidos* por el autor, pues sigue siendo perfectamente posible que éste infringiese, de manera completamente fortuita, un reglamento que deba conocer, es decir, que aunque no le fuera posible evitar la situación de infracción inevitable de la norma igualmente su comportamiento, desde un punto de vista objetivo, quebrantase un determinado reglamento. Por ejemplo, piénsese en el siguiente caso: imaginemos que la reglamentación de la conducción de ferrocarriles indica que la velocidad máxima a la que se puede conducir la máquina al acercarse a un cruce es de 40 km/h, pues así se tiene tiempo suficiente para frenar en caso de observar algún obstáculo en la vía. Sin embargo, el maquinista A conduce a 60 km/h y en uno de esos cruces atropella y causa la muerte de B. Pero luego se comprueba que, dado el mal estado de los frenos de la máquina y el estado de embriaguez de B, aún conduciendo a 20 km/h hubiese causado su muerte. En este caso habría que negar la imprudencia de A basado en la falta del vínculo de contrariedad a deber, ya que aún cumpliendo con el cuidado exigido igualmente causaba el resultado lesivo, fracasando la imputación extraordinaria. No obstante, en razón del art. 329, aún sería posible castigar a A porque se cumplen con los requisitos que la misma norma exige: se causa involuntariamente un accidente, el accidente ocasiona daño o lesión a una persona y, lo más importante, el comportamiento infringe el reglamento respectivo. La sanción que se le impondría a A es, a todas luces, un caso de responsabilidad objetiva, lo que contradice directamente el principio de culpabilidad. Se entendería como una forma de *versari in re illicita*, puesto que por encontrarse el autor en una situación ilícita, en nuestro caso conducir sobre la velocidad permitida, tiene que responder por todas las consecuencias de dicha situación, aún si son meramente fortuitas.<sup>406</sup>

Si bien no podemos negar que, en la época de aprobación de nuestro decimonónico código penal, la intención de los legisladores consistiera precisamente en sancionar estos comportamientos en la forma de una responsabilidad objetiva, tal conclusión tiene que volverse inaceptable para nosotros. La pena sólo puede imponerse al comprobar la culpabilidad del autor, lo que implica corroborar su capacidad – primaria y secundaria – en la evitación de la infracción de la norma. Sin la satisfacción de algún criterio de imputación, por tanto, la pena simplemente está fuera de alcance. Ello se deriva del actual reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad en el art. 19 n° 3 inc. 6° de la carta magna, cuya interpretación fue declarada por

---

<sup>406</sup> Para revisar las particularidades del *versari*, véase ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 328. En todo caso, el *versari* y las propuestas de solución de la doctrina chilena, serán analizados *infra* III. 2.41

primera vez por la Corte Suprema en la ampliamente estudiada sentencia de fecha 04 de Agosto de 1998.<sup>407</sup> Allí la Corte Suprema reconoce que la culpabilidad es un presupuesto de la responsabilidad penal y que está categóricamente reafirmada por la Constitución en la forma de una prohibición de presunción de derecho de la responsabilidad penal.<sup>408</sup>

Por lo tanto, tenemos que entregar una interpretación diferente que haga plausible al art. 329 a la luz del principio de culpabilidad, ante lo cual se presentan dos alternativas.

En primer lugar, basado en la excepcionalidad de la punición de la imprudencia, se hace necesario que la norma de sanción respectiva contenga una referencia explícita a esta apertura. Si no existe esa referencia explícita, entonces se vuelve al modelo original de imputación exclusivamente a título de dolo. Como el art. 329 plantea los conceptos de ignorancia, descuido, imprudencia e inobservancia de reglamentos de manera alternativa – por medio de la disyunción lógica *o* – entonces cada uno de ellos hace referencia a, digamos, una norma de sanción específica. En tal sentido observaríamos:

(1) El que por *ignorancia culpable* causare involuntariamente accidentes que ocasionen lesión a daño a alguna persona (...)

(2) El que por *imprudencia* causare involuntariamente accidentes que ocasionen lesión a daño a alguna persona (...)

(3) El que por *descuido* causare involuntariamente accidentes que ocasionen lesión a daño a alguna persona (...)

(4) El que por *inobservancia de los reglamentos del camino*, que deba conocer, causare involuntariamente accidentes que ocasionen lesión a daño a alguna persona (...)

No hay demasiadas dudas en que (1), (2) y (3) explicitan un criterio de imputación subjetiva relativo a la falta de cuidado, de manera que podemos reconocer un delito que cumple con las condiciones que lo hacen sancionable, esto es, un hecho punible. El problema está en que (4)

---

<sup>407</sup> SCS, 04.08.1998, Rol 1338-98, Contra Castro Muñoz, Revista Fallos del Mes n° 477, Agosto 1998.

<sup>408</sup> El considerando citado señala: “8°. Que lo expuesto en el considerando precedente está ahora categóricamente reafirmado por el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, el cual prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. En efecto, de acuerdo con la mejor doctrina la "culpabilidad" es un presupuesto indispensable de la "responsabilidad" penal; y si, a su vez, la culpabilidad requiere la posibilidad de obrar en otra forma (libertad de decisión) la cual, por su parte, presupone la conciencia de la ilicitud, resulta inconcuso que en el presente se encuentra constitucionalmente prohibido presumir de derecho el conocimiento de lo injusto”.

carecería de esa referencia porque, como explicamos, la mera inobservancia de reglamentos no se corresponde exactamente con un concepto de falta de cuidado. De tal forma, como la norma específica no realiza una apertura de la sanción imprudente, tenemos que volver al modelo original y entender que (4) exige un criterio de imputación de dolo. En tal sentido, la descripción típica haría referencia a la causación involuntaria de accidentes<sup>409</sup> debido a una inobservancia de los reglamentos del camino. Por tanto, la representación del autor tendría que referirse no solamente a la producción del accidente sino también a que su comportamiento implicaba la inobservancia del reglamento del camino pertinente.

Esta primera alternativa de interpretación tendría dos objeciones que superar, ninguna de ellas, en todo caso, decisiva. Una objeción estética apuntaría a la pésima técnica legislativa utilizada al entender confundidos, en el mismo artículo, criterios que permiten la punibilidad imprudente y otros que sólo apuntan al dolo. No obstante lo anómalo que pudiera parecer este estilo de tipificación, de ello no se deriva imposibilidad conceptual alguna. La segunda objeción sería sistemática en el sentido que pudiera existir otra norma en el mismo capítulo que ya sancionara la producción dolosa de un accidente ferroviario. Ante ello, una interpretación adecuada de los artículos 323 a 327, que también se refieren al vocablo *accidente* pero sin incorporar ninguna referencia a la falta de cuidado, debiera entender que tal uso de accidente está siempre referido al *descarrilamiento* de un ferrocarril señalado por el art. 323. De tal forma, la objeción sistemática también fracasa y evidenciaría lo importante de (4) en la interpretación aquí planteada, porque tal norma de sanción específica sancionaría la producción dolosa de cualquier resultado de accidente distinto al descarrilamiento. Y dado que ese accidente sería, en todo caso, menos grave que un descarrilamiento se exigiría la inobservancia de los reglamentos del camino como requisito adicional.

No obstante, aún es posible enarbolar una segunda interpretación del art. 329 que evite la responsabilidad objetiva. Y ésta pasa por equiparar el concepto de inobservancia de los reglamentos a los demás criterios de falta de cuidado que señala la norma. De tal forma, se entiende al art. 329 como un todo indivisible que apunta, en toda su extensión, a la punibilidad

---

<sup>409</sup> No es, en todo caso, cualquier tipo de accidentes puesto que una comprensión correcta del art. 329 descansa en la revisión de los demás artículos del capítulo respectivo que se refiere a “Crímenes o simples delitos relativos a los ferrocarriles, telégrafos y conductores de correspondencia”, y en lo que a nosotros interesa a accidentes relativos a ferrocarriles.

de la causación imprudente de accidentes ferroviarios. Es decir, la inclusión legislativa de la infracción de reglamento entre los criterios relevantes del art. 329 para la sanción de la falta de cuidado en los casos en cuestión, conlleva su interpretación de acuerdo a los estándares de esa falta de cuidado. Por tanto, la infracción meramente fortuita de la reglamentación no podría entenderse como una especificación de la norma, ya que el concepto de inobservancia de reglamento solamente es uno de los casos específicos de la falta de cuidado general planteada por la norma y, por tanto, está subordinado a su contenido. Y como la infracción fortuita del reglamento no es un caso de falta de cuidado, entonces queda fuera de los límites de la descripción típica.

En tal sentido, por medio de una interpretación restrictiva de la disposición excluiríamos cualquier referencia a la responsabilidad objetiva porque haríamos depender la infracción del reglamento a la falta de cuidado, de manera que el reglamento volvería a cumplir la función indiciaria de la imprudencia.

Por una cuestión de simplicidad en el argumento y en las consecuencias que se derivan de ella, parece preferible defender esta segunda forma de interpretación aunque ello no le quita méritos a la primera. Lo interesante está en notar lo diferente del argumento de ambas posturas: mientras la segunda postura conserva la estructura típica de los demás criterios de falta de cuidado, pero limitando su alcance con el objeto de prevenir consecuencias inaceptables; la primera postura transforma al reglamento en un elemento típico a tener en cuenta en el proceso de imputación.<sup>410</sup>

## 1.2 Imprudencia y negligencia

Propuesta una solución sobre las dificultades teóricas del art. 329, ahora nos haremos cargo de los dos criterios subjetivos más utilizados por el código penal en la apertura de la punibilidad por falta de cuidado, a saber, la imprudencia y la negligencia.

---

<sup>410</sup> De ahí que la primera interpretación se asimile a las exigencias adicionales que planteara Etcheberry (véase *supra*, nota 403) para evitar casos de *versari*, quien requiere dolo o culpa respecto de la infracción del reglamento. Pero esta interpretación asumiría una forma aún más estricta pues, dado el regreso al modelo ordinario de imputación, sólo se satisfaría con el quebrantamiento doloso de esa normativa.

a) Aquí resulta interesante volver a Etcheberry, pues al referirse a las formas de culpa de la ley chilena, éste diferencia cuatro conceptos – imprudencia, negligencia, ignorancia e infracción de reglamentos – que tienen en común consistir en la falta de diligencia o quebrantamiento del deber de cuidado pero que presentan características diversas y que la ley ha considerado relevantes al momento de la tipificación de cuasidelitos. En lo que por el momento nos interesa, para Etcheberry, la *imprudencia* se caracteriza por el afrontamiento (general) de un riesgo, en donde el sujeto pudo haber evitado el resultado lesivo desplegando menos actividad que la empleada. Se trata, por tanto, del desarrollo de una acción en forma exagerada, de modo que lo que resultaba exigido para evitar una incapacidad futura era un menor desarrollo del comportamiento o simplemente su omisión.<sup>411</sup> Este concepto es el que se utilizaría en el art. 490 y 492 en la forma de una imprudencia temeraria y una mera imprudencia, respectivamente. Por otro lado, la *negligencia* se traduciría en una falta de actividad, en donde el resultado se hubiera evitado desplegando más actividad que la desarrollada; y es el que se observa en el art. 491, referida al ámbito médico.<sup>412</sup>

En tal sentido, para Etcheberry, el criterio que diferencia la imprudencia y la negligencia está en si el resultado típico se hubiese evitado desplegando más o menos actividad por parte del agente: si se requería menos actividad, estamos hablando de imprudencia; si se requería más actividad, hablamos de negligencia. No obstante, de la necesidad de desplegar más o menos actividad no se siguen demasiadas consecuencias relevantes, de modo que si la diferencia se centra aquí, la distinción no entrega demasiada utilidad. Porque la exigencia de cuidado consistirá siempre en realizar o dejar de realizar algo dependiendo del contexto preciso en el que se desenvuelva el sujeto y del comportamiento que está realizando, de modo que si la diferencia entre imprudencia y negligencia depende del caso concreto, ello no resulta muy provechoso. Asimismo, parece dudoso que cuando el legislador recurre a alguno de estos criterios sancione solamente los casos en que se requiere desempeñar una mayor actividad (negligencia) o una menor actividad (imprudencia), lo que conlleva la exclusión del castigo en la situación inversa. Por ejemplo, observemos el art. 491 en lo que respecta a la negligencia médica. Según Etcheberry, la norma sancionaría una falta de actividad, abarcando casos en que el médico no ejecuta los procedimientos y el paciente fallece. Sin embargo, si el médico amputa la pierna equivocada del paciente sería difícil concluir que la falta de cuidado en el comportamiento

---

<sup>411</sup> ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 319

<sup>412</sup> ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 319

médico se identifica con una falta de actividad, siendo evidente que el resultado de mutilación se debe, por el contrario, a la ejecución de un comportamiento inadecuado. Si siguiésemos a Etcheberry, tendríamos que negar negligencia siendo necesario acudir al concepto de imprudencia del art. 490, lo que resulta sumamente poco razonable.

b) En tal sentido, tenemos que proponer un criterio distinto para la clasificación entre imprudencia y negligencia. Así, examinemos el art. 490 y 491 como normas paradigmáticas que utilizan ambos conceptos. El art. 490 habla de la *imprudencia temeraria*, en el contexto de los hechos que si mediara dolo constituirían un delito contra las personas, y el art. 491 inc. 1º de la *negligencia culpable*, en el contexto de la praxis médica. De acuerdo al contenido de estas normas, el criterio sería el siguiente: la negligencia se refiere a contextos en donde existen exigencias especiales de conducta para un grupo preciso de sujetos, y la imprudencia a contextos en donde sólo existen exigencias generales. En palabras de Bustos, la imprudencia estaría referida a cualquier ámbito de relación de una persona y la negligencia solamente a un ámbito específico de su actuar.<sup>413</sup>

Lo relevante es que la calidad del sujeto activo afecta la determinación de las exigencias de cuidado en un contexto preciso de actuación. Tratándose de la negligencia, por tanto, “los estándares de cuidado están definidos en función al desempeño de determinados roles”.<sup>414</sup> Es evidente que a un médico le exigiremos que se comporte de acuerdo a la praxis médica, lo cual no acontecerá respecto de un otro no médico, de modo que si este último intentase salvar a alguien y no lo consiguiese porque no ejecutó una técnica profesional precisa, no concluiríamos reproche alguno basado en el no ejercicio de una capacidad inalcanzable a su efecto (pero quizás sí reprocharíamos que no condujese al lesionado a un hospital). Sin embargo, lo que le exigimos al médico no sólo depende del estatus especial del sujeto sino de que, en el contexto concreto de actuación, esas exigencias sean pertinentes. Ello implica que, para la falta de cuidado, la cualificación de médico solamente es relevante allí donde el contexto lo hace relevante, de modo que, cuando no lo sea, quedará sometido a las exigencias de cuidado generales. Es cierto que lo anterior parece baladí, pero resulta fundamental para desconectar el estatus especial del sujeto con la determinación del cuidado exigido: ese estatus carece de relevancia por sí solo, es el contexto el que se la otorga.

---

<sup>413</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 49

<sup>414</sup> MAÑALICH, *Condiciones, op. cit.* en n. 403, p. 416

UNA CLAVE DE LECTURA DEL ART. 10 N° 8

De tal modo, la imprudencia está referida a exigencias de cuidado generales y la negligencia a exigencias de cuidado específicas, es decir, la primera se refiere a cualquier sujeto y la segunda a un sujeto que cuenta con un estatus especial que, de acuerdo al contexto, resulta relevante en la determinación del cuidado debido. Ahora bien, este criterio de diferenciación entre imprudencia y negligencia resulta coherente con el resto de la regulación legal, lo que se comprueba revisando las normas que hacen referencia a la negligencia y la cualificación del sujeto activo. La siguiente tabla muestra los cuasidelitos en donde no existen dudas entre la referencia a la negligencia y el estatus especial del sujeto.

Norma	Capítulo	Referencia expresa	Sujeto especial
Art. 224	Prevaricación	<i>(...) cuando por negligencia o ignorancia inexcusable dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal</i>	Miembros de tribunales de justicia o fiscales judiciales
Art. 225	Prevaricación	<i>(...) cuando por negligencia o ignorancia inexcusable (...)</i>	Miembros de tribunales de justicia o fiscales judiciales
Art. 228	Prevaricación	<i>Si la resolución o providencia manifiestamente injusta la diere por negligencia o ignorancia inexcusable (...)</i>	Funcionario público no perteneciente al orden judicial
Art. 229	Prevaricación	<i>(...) que por malicia o negligencia inexcusables y faltando a las obligaciones de su oficio, no procedieren a la persecución (...)</i>	Funcionario público no perteneciente al orden judicial

FALTA DE CUIDADO Y RIESGO PERMITIDO:

Art. 234	Malversación de caudales públicos	<i>El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción (...)</i>	Funcionario público
Art. 243	Infidelidad en la custodia de documentos	<i>El guardián que por su negligencia diere lugar al delito (...)</i>	Guardián (funcionario público que tiene a su cargo la custodia de papeles sellados por la autoridad)
Art. 289	Delitos relativos a la salud animal y vegetal	<i>Si la propagación se produjere por negligencia inexcusable (...)</i>	Tenedor o encargado de las especies animales o vegetales
Art. 491	De los Cuasidelitos	<i>(...) que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión (...)</i>	Médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona

En todo caso, que la negligencia se relacione con el desempeño de un rol especial por parte del sujeto activo no implica, en ningún caso, que tales normas de sanción establezcan necesariamente delitos especiales. Porque un delito especial consiste en el quebrantamiento de una norma especial, la cual se caracteriza porque el lugar del destinatario de la misma sólo puede corresponder a alguien que ostenta un determinado estatus especial.<sup>415</sup> Sin embargo esa cualificación se tiene que observar necesariamente en la descripción típica que señala el comportamiento prohibido o mandado. De tal manera, el reconocimiento de un delito como especial se sitúa en el análisis del llamado tipo objetivo, porque la intervención de un sujeto especial es un elemento exigido por la propia descripción típica para dotar de relevancia jurídico penal a la conducta desempeñada, entendiéndola como antinormativa. Y entendiendo que las reglas que permiten la punibilidad de la falta de cuidado no pueden ser entendidas como normas

<sup>415</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, *Política Criminal*, vol. 7, nº 14, 2012, p. 358



de comportamiento adicionales<sup>416</sup>, sino simplemente como criterios para el proceso de imputación, es que la calificación de delito especial queda fuera de lugar. Porque la norma de comportamiento infringida siempre es la misma tanto en la imputación ordinaria (dolo) como en la extraordinaria (falta de cuidado). Por lo tanto, la utilización del término negligencia indica que la configuración de la exigencia de cuidado toma en consideración el estatus del sujeto especial, no que sólo pueda ser cometida por ese sujeto especial.

c) Por el otro lado, en relación con la imprudencia, el criterio se ve satisfecho claramente respecto del art. 490, que sanciona a “el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas”, y art. 333, que castiga a “el que por imprudencia rompiere los postes o alambres de la línea telefónica”. Tales normas ratifican el argumento de que la noción de imprudencia hace referencia a exigencias (generales) de cuidado posibles de infringir, en principio, por cualquiera. Es decir, la configuración de la exigencia de cuidado no requiere tomar en consideración el estatus del autor.

Ahora bien, ¿para qué es útil distinguir los conceptos de imprudencia y negligencia en la forma señalada? Lo primero es enfatizar que ambas son formas de falta de cuidado y, por tanto, formas de infracción de una exigencia de cuidado. De ahí que no se observa diferencia alguna en la construcción del estándar de cuidado. Una ventaja que ofrece la clasificación es que para concluir que una conducta es negligente existe una alta probabilidad de recurrir a reglamentos que determinen la manera adecuada de desempeño de la actividad específica. Por el contrario, como los casos de imprudencia aluden a exigencias generales, comúnmente carecerán de referencia a normas técnicas guiándose por la configuración ordinaria del cuidado debido. Nótese que la conexión entre la negligencia y la reglamentación de las medidas de precaución no es necesaria sino simplemente de probabilidad. Es decir, como la negligencia se conecta con un ámbito específico de relación es factible que la autoridad o un grupo autoritativo de aquellos profesionales hayan entregado directivas de comportamiento útiles para la determinación del cuidado debido.

Pero además, los contextos que precisan exigencias de cuidado especiales implican un conocimiento y capacidad mínima que habilita para el desempeño de la actividad, puesto que el

---

<sup>416</sup> MAÑALICH, *Condiciones*, *op. cit.* en n. 403, p. 415

sujeto desempeña un rol social específico que se toma en cuenta en la definición de la falta de cuidado. De tal modo, cualquiera que carezca de tales conocimientos y capacidades mínimos simplemente debe omitir ejercer la actividad; de lo contrario, surge la culpa por asunción. En tal sentido, el desempeño del rol limita, *ab initio*, los sujetos que pueden cometer negligencia, porque restringe los participantes a aquellos con un mínimo de habilidades. Aquello no ocurre en la imprudencia, en la cual en principio cualquier sujeto puede quebrantar la exigencia de cuidado respectiva.

d) La distinción opera sin mayor dificultad en normas que utilizan solamente uno de los criterios. Sin embargo, los casos difíciles se corresponden con normas que señalan, al mismo tiempo, a la imprudencia y a la negligencia pues, a primera vista, los conceptos parecen excluyentes entre sí: o hay exigencias generales o hay exigencias específicas de cuidado. Estas “normas problemáticas” pueden hacer referencia tanto a un sujeto activo general como a uno especial.

En el primer caso – normas que hacen referencia conjunta a imprudencia y negligencia con un sujeto activo general – encontramos a los artículos 317, 329 y 492. En ninguna de esas normas se especifica al sujeto activo pues se habla de “el que”. Como la referencia al sujeto activo es amplísima se está aludiendo a cualquier sujeto, incluso a aquellos que cuentan con un estatus especial. Por tanto, para evitar excluir exigencias de cuidado específicas dependientes de la cualificación del sujeto activo, se incorpora el concepto de negligencia.

Metafóricamente puesto, el legislador está indicando que, primero, todo sujeto debe cumplir exigencias generales de cuidado y, segundo, quien tiene un estatus que resulta relevante en el contexto de actuación, tiene que cumplir con las exigencias específicas pertinentes. Por ejemplo, el art. 315 permite la punibilidad a título de imprudencia temeraria o mera negligencia con infracción de reglamentos del art. 317, el cual plantea “el que envenenare o infectare comestibles, aguas u otras bebidas destinados al consumo público (...)”. Si A derrama cantidades exorbitantes de cloro en un pozo destinado al consumo público con el objeto de limpiarlo pero termina envenenándolo, actúa de manera imprudente pues infringe exigencias generales de cuidado, a saber, leer las indicaciones del uso de cloro. Sin embargo, supongamos que A es ahora un funcionario público dedicado a la fiscalización de pozos de agua, quien por cansancio no realiza todos los exámenes químicos a un determinado pozo, ocasionando lesiones en la población. En este último caso, sólo recurriendo a exigencias de cuidado específicas de A

como funcionario público podríamos afirmar falta de cuidado, en la forma de negligencia. De tal forma, el art. 317 recurre tanto a la imprudencia como a la negligencia con el propósito de brindar la mayor protección al bien jurídico, incorporando explícitamente a toda exigencia de cuidado que pueda ser pertinente al caso.<sup>417</sup>

En tal sentido, las normas de sanción que se refieren simultáneamente a imprudencia y negligencia, con alusión un sujeto activo general, brindan una protección explícitamente amplia al bien jurídico respectivo pues la infracción de cualquier exigencia de cuidado permite dar por satisfecha la imputación extraordinaria. Más que una incorporación que modifique los resultados de la imputación es una declaración del legislador: ningún descuido es tolerado. No obstante, esto no implica que una norma que carezca de la referencia a ambos conceptos implique una desprotección del bien jurídico, sino que dado el contenido de la norma no es necesario proveer especial protección. Por ejemplo, el art. 333 – que sanciona a quien por imprudencia rompe postes o alambres de una línea telegráfica – no necesita acudir a la negligencia pues exigencias de cuidado generales son suficientes para reconocer el resultado típico. Alguna habilidad o conocimiento de un sujeto especial no reclama relevancia en la evitación de la infracción inevitable de la norma.

En segundo lugar, encontramos a la (única) norma que señala conjuntamente imprudencia o negligencia pero referida a un sujeto especial. Es el caso del art. 150 A inciso final que sanciona el (cuasi)delito de torturas, restringiendo el sujeto activo a los funcionarios públicos. El párrafo final señala: “Si de la realización de las conductas descritas en ese artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público (...)”. Así, tanto la negligencia como la imprudencia están referidas a un sujeto cualificado. Esto podría ser un problema al asumir una relación inmediata entre el estatus del sujeto activo y el concepto de negligencia, entendiendo que la conducta de ese sujeto especial – en este caso, un funcionario público – sólo puede estar relacionada con las exigencias de cuidado que se derivan de su investidura.

---

<sup>417</sup> Nótese que de no existir la referencia a la negligencia en el art. 317, entonces la acción de A (experto químico) tendría que subsumirse bajo la imprudencia temeraria, lo que parece argumentativamente más complejo.

No obstante, ya planteamos que tal argumento es erróneo porque el estatus del sujeto sólo adquiere relevancia en la determinación del cuidado debido cuando el contexto de actuación así lo señala. De ahí que una persona con un título de medicina no carga con el estatus de médico en todo ámbito en que se desenvuelve, sino que sólo en aquellos ámbitos en que resulta relevante ese estatus. Lo mismo pasa, entonces, con la condición de funcionario público: quien ha sido investido no se desempeña como tal en todos los casos, máxime cuando la categoría de funcionario público es sumamente amplia. Si lo especial del sujeto activo sólo es relevante en ámbitos precisos, entonces en los demás ámbitos el sujeto mantiene el estatus pero ya carece de relevancia para la determinación de exigencias específicas de cuidado, sometándose simplemente a las exigencias de cuidado generales.

Por tanto, el art. 150 A adquiere completo sentido pues, siendo un delito especial que limita el sujeto activo a los funcionarios públicos, los compele a desempeñar no sólo las exigencias de cuidado que se derivan de su cargo y que son relevantes en una determinada situación, sino también las exigencias de cuidado a que cualquier persona está obligada. El criterio se aclara examinando dos ejemplos: A es un siquiatra del Hospital Siquiátrico (investido como funcionario público) quien cree que colabora con una cuadrilla que aplica impulsos eléctricos a dementes para superar su enfermedad, pero realmente es una operación de tortura de presos políticos, siendo el error completamente evitable. Aquí no hay dudas en la negligencia de A pues quebranta exigencias de cuidado específicas a un siquiatra-funcionario público consistentes en, al menos, revisar los síntomas de los falsos pacientes. Ahora modifiquemos el caso, en el sentido que todo permanece igual, pero ahora B es un funcionario de Registro Civil. Nótese que el estatus de funcionario público no reclama pertinencia para elaborar exigencias específicas de cuidado, por lo cual tenemos que acudir a exigencias generales de cuidado en la forma de imprudencia. Lo interesante es que, a pesar de la diferencia entre ambos ejemplos (que puede llegar a ser fundamental porque quizás para B el error no le resultaba evitable), el art. 150 A los engloba a ambos. El funcionario del Registro Civil – si afirmamos su imprudencia – no puede reclamar que actúa fuera de su ámbito profesional, pues la norma explícitamente, por medio de la referencia expresa a la negligencia y a la imprudencia, exige cuidado a todo funcionario público en toda situación.

De tal manera, este segundo grupo de normas también protege en forma amplísima un determinado bien jurídico, entendiéndose como normas especiales que se dirigen a un grupo de

sujetos cualificados. Esto no quiere decir, de nuevo, que aquellas normas que tipifican delitos especiales que solamente hacen referencia a la negligencia (y no a la imprudencia) protejan inadecuadamente los bienes jurídicos, sino que dada la descripción típica, la indicación de la imprudencia está fuera de lugar. Obsérvese el art. 224 que sanciona la prevaricación negligente: allí no es necesario acudir a la imprudencia pues lo que interesa es, precisamente, que sólo los jueces y fiscales judiciales queden obligados por las exigencias de cuidado que se derivan de su investidura. Que un funcionario del Registro Civil dictase imprudentemente una sentencia manifiestamente injusta, es un absurdo pues eso no valdría como “dictar una sentencia”. El contenido de la descripción típica es la que sugiere los criterios específicos a utilizar en la imputación de la conducta que la infringe. En palabras simples: que el legislador indique conjuntamente (o no lo haga) imprudencia y negligencia dependerá de la configuración del delito respectivo.

### 1.3 Descuido, ignorancia y abandono

Ahora bien, aún resta examinar otros tres conceptos que el legislador utiliza para el castigo de la falta de cuidado, a saber, el descuido, el abandono y la ignorancia.

a) En primer lugar, respecto del descuido, la propuesta es la siguiente: cuando una norma habla de *descuido* entenderemos que se refiere, en todo caso, a *negligencia*. Es decir, los conceptos de descuido y negligencia tienen el mismo contenido, de modo que son intercambiables. De tal modo, el descuido también opera como un criterio que determina la falta de cuidado de acuerdo al estatus especial del autor, el cual es relevante en el contexto preciso de actuación. Para justificar esta postura de identificación, se puede plantear tres argumentos.

Primero, ninguna norma del código penal alude, conjuntamente, tanto al descuido como a la negligencia. Evidentemente este argumento no es definitivo, pero un caso opuesto – o sea, si existiese una norma tal – refutaría la tesis propuesta, pues habría que o bien aceptar que la norma es superflua en cuanto a declarar ambos criterios, o bien justificar que tienen un contenido diferente. En tal sentido, la propuesta no es inconsistente con la legislación.

Segundo, las normas que regulan los cuasidelitos contra las personas, en el Título X del Libro II, parecen estructurarse de acuerdo a criterios de falta de cuidado diferentes. Así, el art. 490 alude a la imprudencia temeraria y el art. 492 a la mera imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos. Sin embargo, el art. 491 modifica la nomenclatura entre el primer y el segundo párrafo, ya que respecto de la praxis médica habla de *negligencia* y respecto a la tenencia de animales feroces habla de *descuido*. Asumiendo que la técnica legislativa utilizó un artículo por cada criterio relevante, entonces podemos concluir que el descuido y la negligencia del art. 491 aluden a lo mismo. Tal conclusión se acentúa al observar que se utiliza el mismo calificativo para ambos conceptos (negligencia *culpable* en el inciso 1º y descuido *culpable* en el inciso 2º)

Tercero, el código penal se refiere a la falta de cuidado en la praxis médica solamente en dos normas. La primera es el mencionado art. 491 inc. 1º, en donde la alusión a la negligencia es explícita. La segunda norma es el, también revisado, art. 494 nº 10, en donde la referencia no es a negligencia sino a descuido. A pesar de que esta última norma no cuenta como un cuasidelito sino como un delito de peligro abstracto, según se justificara *supra* (II.1.2.3.b), es evidente que ambas se refieren al ejercicio de la profesión médica. Si aceptamos que ambas normas plantean la construcción de las reglas de imputación respectivas de la misma manera, entonces puede concluirse que tanto negligencia como descuido tienen el mismo contenido. Asimismo, vale la pena notar dos elementos adicionales que refuerzan la tesis: uno, ambas normas se refieren a los mismos sujetos activos: médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano<sup>418</sup> y matrona; y dos, el art. 494 nº 10 utiliza el mismo calificativo que el art. 491: descuido culpable.

Si bien ninguno de los tres argumentos es definitivo, entregan suficientes indicios para justificar la identificación entre la negligencia y el descuido. De ahí que cada norma que alude al descuido también señale un autor especial sujeto a determinadas exigencias de cuidado.

---

<sup>418</sup> Si bien el art. 494 nº 10 habla de “dentista” en vez de “flebotomiano”, como lo hace el art. 491, la doctrina nacional unánimemente identifica ambos conceptos.

UNA CLAVE DE LECTURA DEL ART. 10 N° 8

Norma	Capítulo	Referencia expresa	Sujeto especial
Art. 302	De la evasión de los detenidos	<i>Cuando la evasión o fuga de los presos o detenidos se efectúen por descuido (...)</i>	Guardián (funcionario público que tiene confiada la conducción o custodia de los presos)
Art. 329	Crímenes y simples delitos relativos a ferrocarriles, telégrafos y conductores de correspondencia	<i>El que por ignorancia culpable, imprudencia o descuido, o por inobservancia de los reglamentos del camino, que deba conocer, causare involuntariamente accidentes (...)</i>	Empresario, director o empleado del ferrocarril <sup>419</sup>
Art. 337	Crímenes y simples delitos relativos a ferrocarriles, telégrafos y conductores de correspondencia	<i>(...) al empleado que, por descuido culpable, no transmitiere fielmente un mensaje telegráfico (...)</i>	Empleado de una oficina telegráfica
Art. 491	De los cuasidelitos	<i>(...) al dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas.</i>	Dueño de animal feroz

<sup>419</sup> El inciso primero del art. 329 no se refiere a sujeto especial alguno (utiliza “el que”), sin embargo el inciso final explicita que el artículo también es aplicable a “los empresarios, directores o empleados de la línea”. De tal modo, mientras la imprudencia se relaciona con cualquier sujeto (con “los que”), el descuido lo hace con los sujetos señalados en el inciso final.

b) Clarificado el concepto de descuido, quedan la ignorancia y el abandono. Lo primero es notar que, en todos los casos, la referencia a alguno de estos criterios va también acompañada de una referencia a la negligencia, de modo que nunca fundamentan, por sí solos, la punibilidad de la falta de cuidado. Esta observación es relevante respecto a la postura que sostenemos: tanto ignorancia como abandono enfatizan un aspecto de la negligencia, es decir, están referidas a una manera específica de infracción de una exigencia específica de cuidado. Con esto no se pretende implicar que la referencia legislativa a los dos criterios sea redundante sino que es un refuerzo argumentativo para una correcta interpretación de la norma.

El concepto de *abandono* solamente es utilizado en el art. 234 respecto de la malversación de caudales públicos negligente en los siguientes términos: “el empleado público que por *abandono* o *negligencia* inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares (...)”. En este sentido, el *abandono* se tiene que entender como la infracción de un deber (incumbencia) de ejecución de la función pública que tiene el sujeto vinculado a una exigencia específica de cuidado. Es decir, la falta de cuidado pasa por no ejecutar la función que debía ejecutar, esto es, literalmente abandonarla. Esto se explica dada la concreta conducta que se sanciona, consistente en permitir (dar ocasión) a otro para que sustraiga caudales públicos. Ello implica que cuando el funcionario no desempeña (abandona) su función pública cuando le correspondía hacerlo, lo que posibilita la acción de sustracción de otro, infringe una exigencia de cuidado.

Lo interesante es que la norma también alude a la negligencia, la cual se expresaría de una manera más general, como el desempeño *inadecuado* de la función pública. Sin embargo, no desempeñar la función cuando debía hacerlo (abandono) también es una forma de desempeñar inadecuadamente esa función (negligencia), pero referido a un aspecto específico. De tal manera, el concepto de abandono no viene a modificar el contenido de la negligencia sino que acentúa lo igualmente sancionable de la mera no ejecución de las funciones públicas para evitar dar ocasión a la sustracción de otro.

Por otra parte, el concepto de *ignorancia* se observa en cuatro normas, tres de las cuales se encuentran en el capítulo de Prevaricación del Título V “De los crímenes o simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos” y la cuarta es el ya



examinado anómalo art. 329.<sup>420</sup> Aquí la *ignorancia* tiene que ser entendida como la infracción de un deber (incumbencia) de adquisición – y conservación – de conocimientos que tiene el sujeto especial señalado en la norma. En tal sentido, la referencia a la ignorancia indica que la función pública desempeñada por el sujeto especial requiere ciertos conocimientos mínimos, y que su ignorancia implica la infracción de la exigencia de cuidado respectiva. Quien infringe tal exigencia se ve impedido de evitar, en el caso de la prevaricación, una sentencia manifiestamente injusta dado que carece de la preparación necesaria para dictar una sentencia conforme a derecho. Nótese que este deber de adquisición de conocimientos es especialmente relevante para quienes deben decidir conflictos penales o civiles de acuerdo al ordenamiento jurídico, puesto que el adecuado desempeño de la función exige una amplia instrucción y constante actualización de conocimientos. Sin embargo, de nuevo, carecer de los conocimientos necesarios para desempeñar la función pública respectiva también es una forma de desempeñar *inadecuadamente* esa función pública, por lo tanto que la norma explicita el criterio de la ignorancia permite enfatizar legislativamente lo fundamental que resulta la adquisición de conocimientos para ese sujeto en particular.

#### 1.4 ¿Aportan los calificativos?

Si los criterios de imputación extraordinaria dicen relación con un determinado ámbito en que actúa un determinado sujeto y que configura las exigencias de cuidado relativas, los calificativos que los acompañan – a saber, *temeraria, mera, inexcusable y culpable* – especifican un grado o nivel de esas exigencias de cuidado. Ese argumento depende de que las exigencias de cuidado sean posibles de cuantificar, es decir, que se pueda reconocer medidas de precaución básicas y medidas de precaución calificadas. Y ello se deja reconocer simplemente en la manera cotidiana que verificamos la falta de cuidado en un determinado contexto de actuación: el cirujano que olvida las tijeras quirúrgicas en el interior del paciente sufre un reproche cuantitativamente superior al de aquel cirujano que confunde el adecuado tratamiento quirúrgico porque los síntomas del tratamiento adecuado y del erróneo son especialmente similares. Ambos cirujanos actúan negligentemente porque infringen exigencias de cuidado, pero el primero infringe una

---

<sup>420</sup> Dado que todas las normas pertinentes – a saber, arts. 224, 225, 228 y 329 – ya fueron citadas y explicadas previamente en las tablas correspondientes a la negligencia, no será necesario reiterarlas acá. Vale la pena recordar, eso sí, que tanto el art. 224 como el art. 225 están referidos a miembros de tribunales de justicia mientras que el art. 228 lo está a funcionario público que no pertenece al orden judicial.

exigencia mínima e incuestionable que, a todas luces, implicará que no pueda evitar las lesiones subsecuentes en el paciente.

A este respecto, es favorable analizar pares conceptuales de calificativos en la forma de temeraria/mera e inexcusable/culpable. Esto porque el segundo par está inequívocamente relacionado con la negligencia o descuido, mientras que aplicación del primero es general.

a) El calificativo de *temeraria* sólo se utiliza acompañando a la imprudencia en los artículos 317 y 490. De tal forma, lo temerario se conecta con el grado máximo de falta de cuidado, en la forma de una infracción de exigencias de cuidado básicas. Bustos entiende a la imprudencia temeraria equivalente con la culpa grave en materia civil, asimilando la definición del art. 44 del código civil al ámbito penal: “se trata entonces de no aplicar aquel cuidado que aun una persona poco prudente aplica en relación a sus propios bienes jurídicos importantes”,<sup>421</sup> o sea, se trata de infringir el cuidado que hasta el imprudente podría reconocer. En tal sentido, para que prospere la imputación a título de imprudencia temeraria no sólo se requiere justificar un quebrantamiento de las exigencias de cuidado sino también que ese quebrantamiento conlleva precisamente la falta del cuidado mínimo exigido en un determinado contexto de actuación. Ya decíamos *supra* (I.1.2.b) que en ciertas sentencias, la Corte Suprema había descartado imprudencia temeraria cuando la víctima también se comportaba de manera descuidada, sin necesidad de negar la falta de cuidado predicable del autor, sino que argumentando que la intervención descuidada del sujeto pasivo conllevaba que tal imprudencia no fuera suficiente para ser entendida como temeraria.

Por contrapartida, la exigencia de *mera* imprudencia o negligencia se entendería como una forma menos grave que la temeraria, y que Bustos asimila a la culpa leve civil señalando que “se trata de la falta de cuidado medio exigido en un ámbito de relación, hay un mayor grado de exigencia”.<sup>422</sup> En otras palabras, es la infracción de exigencias de cuidado que un observador promedio – con los conocimientos específicos del autor – entiende como adecuadas al contexto. Es decir, se corresponde con la definición estándar de falta de cuidado. Este calificativo se observa en los artículos 317 y 492, pero con significativas diferencias entre ambos pues mientras

---

<sup>421</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 50

<sup>422</sup> *Ibid*, p. 51

el art. 492 se refiere tanto a la mera imprudencia como a la mera negligencia, el 317 sólo lo hace respecto de la segunda.

Ahora bien, si la mera negligencia o imprudencia no se diferencia del concepto general de falta de cuidado, la pregunta es por qué el legislador incorpora el calificativo *mera*. Y la respuesta se deja descubrir examinando con detención las normas del código penal: el señalamiento expreso de *mera* imprudencia o negligencia sólo se realiza allí donde es necesario contraponerlo a una superior falta de cuidado, o sea, un quebrantamiento de una exigencia de cuidado mínima. Es decir, la *mera* negligencia o imprudencia enfatiza que no estamos hablando de una falta de cuidado calificada. Esto se comprueba revisando los artículos 243 y 333, los cuales carecen del calificativo en estudio porque no existe ninguna norma ulterior relativa que haga necesaria su indicación explícita. Por el contrario, el art. 317 hace referencia, junto a la mera negligencia, a la imprudencia temeraria; y el art. 492 se relaciona directamente con los arts. 490 y 491 que también responden a formas calificadas de falta de cuidado. En tal sentido, las nociones de *mera imprudencia* y de imprudencia son sustancialmente equivalentes, pero el legislador utiliza la primera cuando considera que debe reforzar su contenido frente a otro término cuantitativamente distinto.

Así la mera imprudencia o negligencia del art. 492 sería de una gravedad menor en comparación con la imprudencia temeraria del art. 490, lo cual se compensa por la exigencia adicional de infracción reglamentaria.<sup>423</sup> Este requisito adicional es relevante al momento de entender que el quebrantamiento de reglamentos no fundamenta, *per se*, la falta de cuidado sino que sólo permite reconocerla con mayor facilidad.

b) Por su parte, los términos *culpable* e *inexcusable* aluden indistintamente a los criterios de negligencia o descuido que conllevan exigencias especiales de cuidado, observándose las combinaciones de negligencia inexcusable (arts. 224, 225, 228, 229 y 234), descuido culpable (arts. 302, 337, 491 inc. 2° y 494 n°10) y negligencia culpable (art. 491 inc. 1°). A este respecto seguiremos el criterio de Bustos quien señala que “culpable e inexcusable significan entonces no haber aplicado ni siquiera el cuidado mínimo requerido para el cumplimiento de un deber, y

---

<sup>423</sup> MAÑALICH, *Condiciones*, *op. cit.* en n. 403, p. 416

precisamente por esa falta de cuidado es culpable e inexcusable”.<sup>424</sup> De tal modo, estos términos explicitan una infracción grave de la exigencia de cuidado o, que es lo mismo, el quebrantamiento de una exigencia básica de cuidado por aquellos que especialmente quedan vinculados a éstas. Es por tanto la forma equivalente a la imprudencia temeraria, pero en el ámbito de la negligencia.<sup>425</sup>

Ahora bien, la diferencia conceptual entre *inexcusable* y *culpable* no resulta demasiado clara pero entendiendo que la negligencia o ignorancia inexcusable hace, en general, referencia a un funcionario público (prevaricación – arts. 224, 225, 228 y 229 – y malversación de caudales públicos – art. 234), podemos postular que lo *inexcusable* se relaciona con exigencias de cuidado institucionalmente reglamentadas, en este caso por medio de una ley. Por el contrario lo *culpable* se relacionaría con exigencias de cuidado específicas pero no contenidas en un cuerpo normativo obligatorio, por ejemplo la *lex artis* médica.

Para terminar, la interpretación aquí sostenida sobre la regulación legal de la falta de cuidado da cuenta de uno de los imperativos de la labor del intérprete, cual es, otorgar contenido armónico a los enunciados proveídos por ley, preocupándose especialmente de evitar reiteraciones y conceptos vacíos, con el propósito de consolidar una importante máxima: el legislador es sistemáticamente coherente.

## 2. El artículo 10 n° 8 del código penal

Según se anunciara en la lejana introducción, el objeto de esta investigación recae en entregar una alternativa de interpretación del art. 10 n° 8 del código penal. Planteados los conceptos de imprudencia y riesgo permitido desde la teoría de las normas, estamos en condiciones de iniciar la labor original. Para ello, es necesario recordar la norma:

**Art. 10.** Están exentos de responsabilidad criminal: **8°** El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.

---

<sup>424</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 55

<sup>425</sup> MAÑALICH, *Condiciones, op. cit.* en n. 403, p. 416

Antes que todo, una prevención. Como tendremos tiempo de revisar, el art. 10 n° 8 está en directa relación con el problema del *versari in re illicita*, esto es, que la responsabilidad penal por un determinado resultado se basa a una conducta ilícita previa y no en el comportamiento que causa ese resultado. Tal conexión se ve potenciada a la luz del art. 71. No obstante, los problemas que trae aparejado el art. 71 serán revisados solamente en la última sección, reservando esta primera parte al análisis e interpretación del art. 10 n° 8.

## 2.1 El art. 10 n° 8 como caso fortuito

La opinión unánime de la doctrina nacional consiste en que el art. 10 n° 8 regula el caso fortuito. Éste se entendería como una eximente de responsabilidad penal en general y una causa de atipicidad en especial, pues la eventual lesión del bien jurídico es provocada por mero accidente.<sup>426</sup> El caso fortuito constituiría, en específico, uno de los casos de la atipicidad subjetiva, esto es, un hecho psíquicamente atípico que no implica delito.<sup>427</sup> En tal sentido, la noción de caso fortuito se relacionaría directamente con la manera por la cual un sujeto responde de un comportamiento delictivo, y no con la configuración de ese comportamiento delictivo. En nuestros términos, el reconocimiento del caso fortuito tiene que ver con el proceso de imputación y no con el de subsunción – específicamente, no con la configuración de la relación de causalidad.

El elemento central del caso fortuito recae en la imposibilidad de prever el resultado típico ocasionado. Es decir, situaciones en las que reconocemos un caso fortuito escapan al conocimiento convencional sobre la forma en que ocurren hechos, de manera que se manifiestan como un evento extraño y ajeno a las reglas ordinarias.<sup>428</sup> De ahí que “la línea demarcatoria entre la culpa y el caso fortuito se encuentra en la previsión de las consecuencias dañosas de acto propio voluntario. Si ellas no sólo no fueron previstas, sino que eran imprevisibles de acuerdo a las circunstancias, nos hallaremos ante un *caso fortuito* en el acontecer causal, que sale de los límites de la culpabilidad”.<sup>429</sup> Por tanto, la relevancia de diferenciar con claridad entre imprudencia y caso fortuito se encontraría en que tal división funciona como expresión del límite

---

<sup>426</sup> GARRIDO Montt, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 115

<sup>427</sup> CURY, *op. cit.* en n. 36, p. 351

<sup>428</sup> RODRÍGUEZ Mourullo, Gonzalo. “Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XVI, fascículo II, 1963, p. 276

<sup>429</sup> LABATUT, *op. cit.* en n. 1, p. 129

de la responsabilidad penal: más allá de la falta de cuidado no se puede castigar, ya que no existe argumento alguno que justifique la imputación del delito al sujeto.<sup>430</sup> Según Etcheberry, entonces, el sistema se ordenaría en un primer lugar con el dolo, que usualmente conlleva responsabilidad penal; luego la imprudencia, que sólo genera responsabilidad cuando la ley lo señala expresamente; y finalmente el caso fortuito, donde no hay responsabilidad.<sup>431</sup>

Sobre el concepto de imprevisibilidad, la doctrina se divide entre una postura objetiva y una subjetiva. La objetiva determina la imprevisibilidad del resultado de acuerdo a un hombre abstracto promedio, es decir, “aquel hecho (resultado o mal) cuya existencia aparece para un hombre promedio ideal, de conformidad a su saber y experiencia general, como algo objetivamente imprevisible”.<sup>432</sup> En tal sentido, la causación de un mal por mero accidente depende de lo que ese hombre abstracto considera como accidente en el contexto de actuación del autor. Por el otro lado, la postura subjetiva entiende a la imprevisibilidad ligada al sujeto concreto, de acuerdo a sus conocimientos y habilidades. Considerando el análisis ya desarrollado sobre la construcción del estándar de cuidado y la justificación de una postura individualizadora<sup>433</sup>, no es posible renunciar a los conocimientos y habilidades del sujeto para la determinación de su capacidad de evitar la infracción de la norma. Porque la previsibilidad no opera como un requisito independiente del cuasidelito sino que queda incorporada en el examen de la exigencia de cuidado, de manera que se somete a los mismos criterios que ella. Luego, lo imprevisible dependerá de lo que un hombre abstracto, dotado de los conocimientos y habilidades del sujeto, le sería imposible prever.

Asimismo, y debido a esa imprevisibilidad, el caso fortuito se reconoce en la práctica como una causal de atipicidad por ausencia de dolo y culpa. En otras palabras, dentro de un proceso penal en que se observa una situación de caso fortuito, al defensor le bastaría con explicitar que el sujeto actuó sin dolo ni culpa. Esto es posible evidenciarlo en el mismo art. 10 n° 8, en donde

---

<sup>430</sup> En palabras de Etcheberry (*Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 284), “suele llamarse al caso fortuito el límite de la culpabilidad, pues se encuentra ya fuera del campo de las formas subjetivas punibles”.

<sup>431</sup> ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 284.

<sup>432</sup> POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.): *Texto y comentario del código penal*, Editorial Jurídica, 2002, p. 145. En p. 147 se enfatiza el criterio al señalar que “se puede afirmar que lo **accidental** es aquello que un hombre medio ideal, colocado en la situación del autor, no podía razonablemente prever y, por dicha razón, controlar”.

<sup>433</sup> Véase *supra* II.1.3

se excluye el dolo por la circunstancia de causarse el mal “por mero accidente”; y la imprudencia porque se exige que el sujeto obre “con la debida diligencia”.<sup>434</sup> Dado que la mayoría de los autores entiende a la previsibilidad como un requisito adicional para la verificación de la imprudencia, “establecida la imprevisibilidad del resultado ilícito, desaparece la culpa y se llega al caso fortuito”.<sup>435</sup> Eso sí, esto no quiere decir que cada vez que no pueda predicarse antijuricidad de una conducta estemos hablando de caso fortuito, sino solamente se refiere a aquellos comportamientos que objetivamente pueden ser subsumidos bajo una norma penal, pero que no pueden reconocerse, en el autor, las capacidades mínimas para imputarle tal comportamiento antinormativo.

Mayoritariamente, la doctrina ha entendido que el concepto de caso fortuito abarca un evento puramente negativo frente al dolo y la imprudencia, ya que “establecida la relación de causalidad entre la acción y el evento más grave, si no hay dolo ni culpa se tratará sin más de un caso fortuito, sin que sea necesario determinar si concurren otros requisitos positivos señalados en la ley”.<sup>436</sup> En otras palabras, como la responsabilidad penal requiere reconocer criterios (subjetivos) de imputación que pueden asumir la forma de dolo o de imprudencia, entonces la ausencia de ellos supone la impunidad por caso fortuito. De tal modo, el caso fortuito puede aplicarse de dos formas (que, en definitiva, apuntan a lo mismo): o bien excluyendo el dolo y la imprudencia, o bien confirmando que el hecho es un mero accidente por medio de la imprevisibilidad del resultado típico.

Si se quisiera prescindir de referencia al dolo, a la imprudencia y la imputación en general para la caracterización del caso fortuito, podría plantearse simplemente que la conducta del sujeto fue sólo un factor que concurrió casualmente al proceso causal que determinó el resultado.<sup>437</sup> Es decir, realizar una diferenciación ya en el examen de la causalidad. Sin embargo, desde una teoría de equivalencia de las condiciones – que resulta ser la postura predilecta por la doctrina y jurisprudencia chilena – no es posible distinguir la acción del agente y entenderla como accidental pues todas las condiciones son iguales: lo único que puede predicarse de la condición es que efectivamente determina el resultado. Para apreciar, por tanto,

---

<sup>434</sup> Véase COUSO y HERNÁNDEZ, *op. cit.* en n. 160, p. 240; y NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 501

<sup>435</sup> NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 505. En el mismo sentido, BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 65

<sup>436</sup> ETCHEBERRY, *Jurisprudencia, op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 285

<sup>437</sup> POLITOFF y ORTIZ, *op. cit.* en n. 432, p. 146

el caso fortuito tenemos que ubicarnos en el ámbito de imputación y concluir que lo casual de la acción del sujeto se debe a la ausencia de capacidad de evitación del resultado típico porque éste le era imprevisible, aún cuando sea posible establecer la relación de causalidad.

Ahora bien, al analizar el art. 10 n° 8, es notorio que se establecen ciertos requisitos que terminan limitando la aplicabilidad del caso fortuito. Por tal razón, la doctrina ha distinguido entre caso fortuito amplio y restringido. El *caso fortuito en sentido restringido* correspondería a lo señalado en la norma legal, haciéndose cargo simplemente de una hipótesis: aquella en que el resultado imprevisible se produjo con ocasión de un acto lícito.<sup>438</sup> Por el contrario, el *caso fortuito en sentido amplio* abarca todas las situaciones de imprevisibilidad sin atender a la licitud o ilicitud de la conducta original como requisito.

El caso fortuito restringido del art. 10 n° 8, según la doctrina mayoritaria, exigiría tres requisitos: que la conducta sea lícita, que la acción deba realizarse con la debida diligencia y que el mal sobrevenga por mero accidente. El segundo y el tercer requisito no ofrecen problemas porque se identifica con el concepto del caso fortuito en sentido amplio, o sea, que no debe verificarse imprudencia y que el resultado debe ser imprevisible. El mal ocasionado, en este sentido, debe entenderse con la lesión de un bien jurídico, esto es, ocupa la función del resultado causado por la acción del sujeto.<sup>439</sup> En cambio, el primer requisito es problemático porque, como bien señala Labatut, “siendo el plano subjetivo del delito y no su plano objetivo el afectado por el caso fortuito, el carácter lícito o ilícito de la conducta es indiferente”.<sup>440</sup> Lo interesante es que la doctrina diferencia el primer y el segundo requisito, como el primero haciendo referencia a la situación en la que actúa el sujeto y no estrictamente al comportamiento que se está examinando. De ahí que resulte relevante, por ejemplo, si el autor cometió un delito antes del hecho lesivo imprevisible, pues tal delito “contaminaría” el contexto de actuación. En tal sentido, la limitación legal trae aparejado el riesgo del *versari in re illicita* pues tendrían que sancionarse aquellas conductas que se derivan de un actuar ilícito, a pesar de ser imprevisibles.

---

<sup>438</sup> COUSO y HERNÁNDEZ, *op. cit.* en n. 160, p. 241

<sup>439</sup> RODRÍGUEZ Mourullo, *op. cit.* en n. 428, p. 281. De tal manera, la lectura del art. 10 n° 8 ya indica tres elementos básicos del caso fortuito: acción, nexo causal y resultado.

<sup>440</sup> LABATUT, *op. cit.* en n. 1, p. 130. En el mismo sentido RODRÍGUEZ Mourullo, *op. cit.* en n. 428, p. 291, para quien “no puede dudarse que la noción de caso fortuito es mucho más amplia [que el artículo en examen] y comprende igualmente aquellos supuestos en los que esa licitud falta”



Sin embargo, ya la temprana jurisprudencia ha aplicado el concepto de caso fortuito en su sentido amplio, simplemente exigiendo la imprevisibilidad del resultado y sin considerar si la conducta inicial era o no lícita. En una sentencia del año 1963, la Corte Suprema niega que sólo por la tenencia ilegal del arma tenga que prescindirse de cualquier análisis de la imprudencia, pues “en el derecho penal moderno, inspirado en el principio de que no puede haber responsabilidad sin culpabilidad (...) nuestro código penal, en sus art. 1° y 2°, respectivamente, consagra en forma clara la verdadera doctrina, al hacer imputable sólo el hecho voluntario (doloso) y el hecho culposo (cuasidelito), con lo cual queda de manifiesto que lo que vaya más allá de estos límites, como el caso fortuito, no es imputable”.<sup>441</sup> Como se verá más adelante, la cita no ejemplifica una decisión contra ley de la Corte, pues una interpretación correcta de la norma obliga a hacer referencia al principio de culpabilidad, excluyéndose soluciones que atenten contra este imperativo.

Finalmente, algunos autores sostienen que el contenido del art. 10 n° 8 es totalmente superfluo “porque la atipicidad de la conducta por falta de dolo como exigencia subjetiva general se desprende directamente de la definición de delito del Art. 1° (...) en tanto que la atipicidad por ausencia de culpa es una consecuencia tanto del sistema *numerus clausus* que al respecto conoce el derecho chileno como de las exigencias expresas de imprudencia o negligencia que imponen los casos especialmente tipificados”.<sup>442</sup> El problema es que una observación tal implica una infracción de la máxima de interpretación útil, pues lleva a considerar al art. 10 n° 8 como innecesario, esto es, redundante. Y esta opinión parece sumamente difícil de refutar pues la dogmática chilena, de una forma ampliamente mayoritaria, reconoce la exigencia de dolo en el art. 1°<sup>443</sup> y la excepcional exigencia de imprudencia en el art. 10 n° 13, de modo que la ausencia de tales criterios justifica *per se* la impunidad de la conducta. La evidente solución al problema está en asumir que el art. 10 n° 8 limita la aplicación del caso fortuito solamente a los casos que cumplan con los requisitos propuestos, a saber, exclusivamente a los que tengan origen en un acto lícito. Sin embargo, ello infringiría el principio de culpabilidad por lo cual parece no ser una alternativa viable. La respuesta tiene que estar, por tanto, en otra parte.

---

<sup>441</sup> ETCHEBERRY, *Jurisprudencia*, *op. cit.* en n. 116, Tomo I, p. 287 con tres otras sentencias que atestiguan lo mismo.

<sup>442</sup> COUSO y HERNÁNDEZ, *op. cit.* en n. 160, p. 140

<sup>443</sup> Véase, por todos, COUSO y HERNÁNDEZ, *op. cit.* en n. 160, pp. 53 ss.

## 2.2 Excurso: Algo de historia sobre el caso fortuito

No obstante, antes de profundizar la alternativa de interpretación del art. 10 n° 8, vale la pena detenerse un momento en el concepto de caso fortuito, el cual generó hace algunas décadas bastante ruido en la dogmática penal comparada.

a) Una interesante clasificación es la que plantea Carrara, quien diferencia el concepto absoluto y el concepto relativo de caso fortuito. El *concepto absoluto* se caracteriza por prescindir de todo concurso del hombre, asociando el caso fortuito a la fuerza divina (*vis divina*), por ejemplo las tormentas eléctricas o huracanes.<sup>444</sup> En cambio, el *concepto relativo* relaciona el resultado con un acto libre del hombre, de forma que “el hombre haya participado de manera tal que sin esa participación el caso solo no habría podido producir aquel determinado efecto”.<sup>445</sup> Asumiendo un concepto absoluto, el caso fortuito pierde muchos de los elementos que usualmente reconoceríamos. En tal medida, no sería extraordinario, pues lo que ocurre bajo las leyes de la naturaleza puede ser inusual pero no extraordinario, ni tampoco imprevisible, ya que dadas ciertas circunstancias es posible predecir la ocurrencia de tal evento.<sup>446</sup> Por el contrario, el caso fortuito es siempre inevitable porque no puede ser impedido. Sin embargo, en ocasiones es posible prevenir que desencadene consecuencias desfavorables asumiendo ciertas precauciones. Por ejemplo, es evidente que la caída de un rayo no puede ser evitada, pero es posible evitar ser alcanzado por él. La intervención humana en el desencadenamiento del caso fortuito nos conduce a un *concepto relativo*, única perspectiva que interesa al jurista para “determinar cuándo la ley puede encontrar en el hombre una responsabilidad por aquellos casos fortuitos que han producido una lesión a los derechos”.<sup>447</sup>

---

<sup>444</sup> CARRARA, Francesco. *Sobre el caso fortuito*, Material docente, Seminario de Derecho penal y medicina legal, Universidad de Chile, 1965, p. 2

<sup>445</sup> *Ibid.*

<sup>446</sup> *Ibid.*, p. 3

<sup>447</sup> *Ibid.*, p. 4. Según Carrara (p. 5) de una aplicación de concepto mixto de caso fortuito – o sea, absoluto y relativo a la vez – surge la teoría del *versari in re illicita*. Un concepto mixto es aquel en el que “a la *vis divina* se agrega un acto imprudente o culpable (culpa o dolo) por parte de un hombre”. En tal sentido, se responsabilizaba a aquel que “ayudó” al caso a lesionar el derecho. Por tanto, aunque se entienda que el hecho era imprevisible, si no se hubiere ocasionado el daño sin la intervención de un individuo, entonces tal comportamiento era censurable. De ahí que si el comportamiento ilícito del sujeto es lo que “ayudó” al caso fortuito a producir el menoscabo, entonces el sujeto es responsable. Luego, este argumento se transformó en una regla: “el que incurre en cosa ilícita responde también del caso fortuito”.

Lo interesante es que Carrara entiende que el caso fortuito, desde un punto de vista relativo, puede ser imputado al agente. De tal forma, no es que se impute el evento fortuito al sujeto, en la forma que el sujeto sería responsable por la ocurrencia del hecho pues eso carece de sentido; sino que se le imputa una acción propia, como hecho voluntario suyo, que el caso fortuito vuelve relativamente lesiva para un bien jurídico.<sup>448</sup> Por ejemplo, A juega con un arma cargada, pero de improviso se escucha un fuerte trueno que asusta a A, por lo cual deja caer el arma que se dispara e hiere a B. En esta situación y en términos de Carrara, “la causa directa” de la lesión de B está en la ocurrencia del trueno, pues éste ocasionó la caída del arma. De modo que la conducta imprudente de A, consistente en jugar con un arma cargada, sólo sería causa mediata de tal lesión. Sin embargo, el reproche contra A está disponible dada la manera inadecuada de ejecutar el comportamiento, es decir, contra las máximas de cuidado, a pesar de que interviene en el proceso causal una *vis divina*.

Entonces, Carrara afirma que es posible imputar excepcionalmente un caso fortuito, cuando se verifican dos requisitos elementales: “1) que el evento casual haya tenido por causa precedente de su acción dañosa un hecho humano imprudente; 2) que el autor de este hecho imprudente pudiese prever aquella acción del caso”.<sup>449</sup> Por lo tanto, como al sujeto se le imputa el resultado lesivo como causa mediata, dada la imprudencia, entonces también se le está imputando la causa inmediata, esto es, el caso fortuito. Lo relevante es notar que la imputación del caso fortuito no se realiza por la regla del *versari* sino por las reglas generales de la imprudencia, para las cuales no es relevante la licitud o ilicitud de la acción original.<sup>450</sup> Pero lo que es aún más interesante es que los planteamientos de Carrara son similares a los obtenidos por una teoría de la imputación basada en la teoría de las normas. Porque lo que siempre se imputa es el evento lesivo de acuerdo a determinados criterios que evalúan capacidades. En nuestro ejemplo, se imputa a A la herida de B debido al actuar imprudente del primero. Es irrelevante, por tanto, que haya intervenido en el proceso causal algún hecho catalogado cotidianamente como caso fortuito, puesto que la justificación de esa imputación extraordinaria está en aquel comportamiento que infringe exigencias de cuidado y que, en definitiva, excluye la posibilidad de que el sujeto evite intencionalmente el resultado lesivo. Lo que hace Carrara, en definitiva, es diferenciar el objeto de la imputación y la razón que justifica esa imputación, lo

---

<sup>448</sup> *Ibid*, p. 14. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ Mourullo, *op. cit.* en n. 428, p. 278

<sup>449</sup> CARRARA, *op. cit.* en n. 444, p. 16

<sup>450</sup> *Ibid*, p. 17

cual queda en evidencia en los dos requisitos citados: el primero afirma la relación de causalidad entre la acción del sujeto y el resultado típico, a pesar de que interviene un evento fortuito; y el segundo exige que se constaten los elementos de la imprudencia.<sup>451</sup>

Lo que hace Carrara entonces es desmitificar los eventos que usualmente se entienden como casos fortuitos. Por un lado, es falsa la regla del *versari*, que sustenta la responsabilidad penal solamente en que el sujeto se encontrase en cosa ilícita porque desconoce los criterios subjetivos básicos de la imputación penal; pero también, por otro lado, es incorrecta la tesis consistente en que debe negarse toda posible imputabilidad del caso fortuito.<sup>452</sup> Lo relevante no está en si acontece un hecho imposible de resistir sino si es posible reconocer dolo o imprudencia. Si el hecho era posible de ser previsto y la prudencia exigía tomar precauciones para evitar desencadenar accidentes y ellas no se ejecutaron, entonces hay imprudencia. De tal forma, “no se imputa el caso [fortuito], sino que se imputa el hecho humano imprudente que condujo al caso a aquella forma relativa especial que resultó nociva para los derechos humanos”.<sup>453</sup> En la imprudencia, precisamente, no se examina “la causa directa” del resultado típico – cuestión propia de “la faz objetiva del tipo” – sino si el sujeto incumplió el cuidado debido, que lo hubiese puesto en situación de evitar la infracción de la norma. Que, dada la no asunción de las medidas de precaución, tal infracción sólo llegó a acontecer por intervención de una situación irresistible es uno de los riesgos de moverse en un mundo con múltiples variables en acción al mismo tiempo.

b) Queda claro, con la clasificación de Carrara, que el caso fortuito sólo es jurídico penalmente relevante cuando interfiere con la conducta humana. Eso quiere decir que la conducta humana debe aparecer como *conditio sine qua non* del resultado lesivo imprevisible.<sup>454</sup> De tal manera, se combina la conducta humana con una interferencia de fuerzas inevitables (no necesariamente

---

<sup>451</sup> Eso sí, la nomenclatura que utiliza Carrara es ciertamente discutible porque reconocer que el caso fortuito opera como *causa directa* implica desconocer que existen otros eventos que intervienen causalmente con posterioridad, por ejemplo, que A se asuste, que el arma se golpee contra el suelo o que el arma se dispare. En tal sentido, parece preferible indicar simplemente que el caso fortuito interviene causalmente en la producción del resultado lesivo, sin restringir su aplicación como una causa directa. Pues que sea directa es del todo irrelevante, lo único que interesa es que sea una de las condiciones que explique el resultado.

<sup>452</sup> CARRARA, *op. cit.* en n. 444, p. 19

<sup>453</sup> *Ibid.*

<sup>454</sup> RODRÍGUEZ Mourullo, *op. cit.* en n. 428, p. 278

naturales) produciendo el resultado imprevisible.<sup>455</sup> Lo importante es que, a pesar de tal relación causal, lo central del caso fortuito está en la imposibilidad de prever el resultado, lo que implica la carencia de capacidad del sujeto para evitarlo.<sup>456</sup>

En tal sentido, una de las consecuencias del caso fortuito es la imposibilidad de reconocer dolo o imprudencia. Ello implica que, bajo una concepción causalista, el caso fortuito sea una causal de exclusión de culpabilidad, y bajo una concepción “moderna”, una causal de exclusión de tipicidad subjetiva. Esta comprensión del caso fortuito es correcta, pues efectivamente no hay dolo ni imprudencia, pero no es suficiente para comprender todo el contenido del caso fortuito. La idea medular del caso fortuito está en lo accidental que resulta la causación del mal. Ya que no todo resultado causado sin dolo o imprudencia constituye un caso fortuito, sino únicamente “aquel resultado que aparece objetivamente como *mero accidente* en el proceso causal”. De ahí que el planteamiento de Etcheberry – el caso fortuito carece de contenido positivo, basta afirmar que no hay dolo ni culpa – no sea enteramente acertado, pues si bien es cierto que, desde una perspectiva pragmática, es suficiente comprobar que no hay dolo ni imprudencia para que la imputación fracase, de ello no se deriva consecuencia alguna para el contenido del caso fortuito: requerimos apreciar un accidente.

---

<sup>455</sup> *Ibid.*

<sup>456</sup> Sin embargo, una postura que entienda al caso fortuito como negación del proceso de imputación se enfrenta con diversas críticas. Así, Rodríguez Mourullo (*op. cit.* en n. 428, p. 279 ss.) repasa dos teorías discrepantes y la eventual respuesta basada en la misma legislación. Por un lado, una teoría finalista podría asumir que en situaciones en que interviene un caso fortuito no se verifica conducta alguna, puesto que “en el caso fortuito, toda vez que la noción se asienta precisamente sobre un desconocimiento causal, le falta al sujeto el dominio final de la acción respecto al resultado imprevisible” (p. 279). Por otro lado, una postura puede plantear que el caso fortuito tiene relevancia exclusivamente causal en el sentido que el hecho inevitable interrumpe el curso causal haciendo imposible la referencia a la acción del sujeto. Es decir, como existe un evento irresistible que también es condición necesaria del resultado y que es posterior a la acción humana, entonces no se puede “regresar” y responsabilizar al sujeto. De tal modo, el caso fortuito operaría como una prohibición de regreso, desde un punto de vista estrictamente causal. Como respuesta, parece sensato acudir a la misma regulación legal, la cual entrega criterios sumamente promisorios. Porque, asumiendo que el art. 10 n° 8 regula el caso fortuito, la norma exige expresamente, en primer lugar, la existencia de un acto, esto es, de una conducta humana. Pero además, en segundo lugar, requiere que tal conducta produzca, como mero accidente, un resultado. Tales exigencias excluyen, de inmediato, las dos formas del caso fortuito descritas en el párrafo anterior. Por un lado, se reconoce una conducta humana, lo que se opone a la ausencia de acción de la teoría finalista. Y por otro lado, se afirma la relación de causalidad entre la acción del sujeto y el mal ocasionado por mero accidente. “El código estima que en el caso fortuito existe una acción y que esta acción es causa del resultado imprevisible” (p. 280).

Pero, ¿qué es un accidente? Un accidente se observa cuando una conducta *normalmente* no produce el resultado respectivo, de modo que sólo podemos hablar de accidente de acuerdo a determinadas reglas objetivas.<sup>457</sup> Tal aserción lleva a Rodríguez Mourullo a plantear que la imprevisibilidad del caso fortuito no puede estar construida de una forma exclusivamente individual sino en referencia a un concepto promedio objetivo. El caso fortuito, dada su conexión intrínseca con la causación accidental de un resultado, tiene que basarse en una imprevisibilidad objetiva. Esto es sensato pero, en nuestra opinión, el estándar debe incorporar los conocimientos y habilidades personales del sujeto ya que, de lo contrario, el hombre abstracto estará descontextualizado.

Para Rodríguez Mourullo, una adecuada comprensión del caso fortuito abarca no sólo la exclusión de dolo e imprudencia sino también la causación accidental del mal en base a un concepto de imprevisibilidad objetiva. Ello lo lleva a afirmar una fórmula objetiva-subjetiva que tendría reconocimiento legal.<sup>458</sup> En esto último, sin embargo, se equivoca. Porque es correcto que ambos puntos de vista son necesarios para entender el concepto de caso fortuito, pero el aparente elemento objetivo, que pretende reconocer, se mantiene siempre dentro del ámbito subjetivo de imputación. No es que haya problemas de causalidad – a menos que se sostenga una teoría de causalidad adecuada – sino que una de las condiciones resulta completamente imprevisible. Y aunque se asuma una postura objetiva extrema de la imprevisibilidad, no se puede negar que aún nos encontramos en el contexto de la imputación. Por eso, la denominación de la fórmula no debiera ser objetiva-subjetiva sino positiva-negativa: el caso fortuito se define tanto afirmando la imprevisibilidad del resultado como observando los criterios subjetivos que no concurren.

Y en todo caso, la causación accidental – imprevisible – del resultado como elemento esencial del caso fortuito adquiere incluso mayor importancia en nuestra regulación legal en comparación con la española. Pues la regulación española previa al Código de 1995 establecía una norma casi idéntica a nuestro art. 10 n° 8. La norma española rezaba “Está exento de responsabilidad criminal el que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo”. Como se ve, la norma española planteaba que el mal debía causarse *sin culpa ni intención de causarlo*, haciendo

---

<sup>457</sup> RODRÍGUEZ Mourullo, *op. cit.* en n. 428, p. 285

<sup>458</sup> *Ibid*, p. 286

explicito el elemento negativo de la fórmula. Tal frase fue eliminada en nuestro art. 10 n° 8, enfatizando simplemente que el mal fue causado por mero accidente. Esta diferencia, entonces, no puede pasar desapercibida para el intérprete quien debe acentuar, por tanto, la importancia del accidente en la conceptualización del caso fortuito.

### 2.3 Una propuesta de interpretación: el riesgo permitido

a) Entonces, el problema del art. 10 n° 8 es que configuraría una norma superflua pues el código, en todo caso, requeriría dolo o imprudencia como elementos imprescindibles en la afirmación de responsabilidad penal. Si el caso fortuito se configura negativamente como ausencia de dolo e imprudencia, entonces la irrelevancia del art. 10 n° 8 quedaría demostrada en que se alcanzaría el mismo resultado – esto es, fracaso de la imputación y, por tanto, exclusión de responsabilidad – tanto con la norma como sin ella. Dado este resultado, sería conveniente revisar alguna alternativa interpretativa que no infringiera la máxima de interpretación útil, que es precisamente lo que *pareciera* ocurrir aquí.

Una primera solución puede estar en la misma formulación del problema: el caso fortuito no es simplemente la ausencia de dolo e imprudencia. Como ya indicamos en la sección precedente, una adecuada comprensión de la noción del caso fortuito tiene que analizarlo desde un punto de vista negativo y positivo. Interesa también que la conducta del sujeto haya causado accidentalmente el resultado lesivo, es decir, que el curso causal respectivo pueda ser descrito como peculiar o de extraordinaria ocurrencia, lo cual implica la imprevisibilidad de tal resultado para el agente.

Esa doble caracterización se desprende, decíamos, de la misma norma legal. Sin embargo, si bien el artículo permite conceptualizar adecuadamente el caso fortuito plantea un importante problema: según la doctrina mayoritaria, el art. 10 n° 8 sólo se refiere a situaciones que tengan por origen un *acto lícito*. Resulta evidente que, en los términos expuestos, para la noción de caso fortuito es irrelevante si el comportamiento inicial fue lícito o no. Sin embargo, la descripción de

la norma parece clara, de manera que todos los supuestos de caso fortuito en que la conducta del agente no es lícita quedarían fuera de la eximente.<sup>459</sup>

Ahora, dado que el art. 10 n° 8 no abarcaría los casos en que la conducta inicial es ilícita, la doctrina tradicional llegó a concluir que debía afirmarse la responsabilidad penal por el resultado causado por mero accidente cuando el autor estuviere en *cosa ilícita*. De ahí que se hiciese necesario discutir la eventual aplicación del *versari* en la regulación penal nacional. Entonces, se decía que si A hurtaba un carruaje y en la huida atropellaba a un peatón B que cruzaba intempestivamente la calzada, el art. 10 n° 8 afirmaba la responsabilidad penal de A en la muerte de B, a pesar de comportarse cuidadosamente en la conducción del vehículo. Como esa conclusión resultaba aberrante por infracción del principio de culpabilidad, la dogmática se sintió obligada a proponer interpretaciones que resultaran coherentes con las máximas penales clásicamente aceptadas.<sup>460</sup>

Sin embargo lo loable que resulta defender el principio de culpabilidad y rechazar una responsabilidad penal objetiva, tal empresa se basa en una visión totalitaria del art. 10 n° 8. Porque por un lado se plantea que si falta la licitud de la conducta inicial entonces no es aplicable la eximente en estudio; y luego que si es inaplicable la eximente, el sujeto ha de responder objetivamente por el resultado típico acaecido. Pero solamente la primera afirmación resulta correcta pues “del simple hecho que no esté prevista de modo expreso una eximente o que una de las previstas resulte inaplicable, todavía no se deduce la fundamentación de una responsabilidad criminal, cuando por fuera del repertorio de las causas de exención hay legalmente sentados unos principios que permiten, mejor todavía, obligan excluir esa responsabilidad”.<sup>461</sup> De ahí que si la conducta inicial es ilícita no puede ser aplicable la eximente del art. 10 n° 8, ya que el sujeto debe responder por tal conducta ilícita. No obstante, respecto al resultado lesivo causado accidentalmente, no se puede afirmar responsabilidad pues no existe ni dolo ni imprudencia.

---

<sup>459</sup> *Ibid*, p. 293

<sup>460</sup> Para un examen de la doctrina nacional ante la contradicción entre el *versari* y el principio de culpabilidad, véase *infra* III.2.41

<sup>461</sup> RODRÍGUEZ Mourullo, *op. cit.* en n. 428, p. 296



Por lo tanto, una interpretación no-totalitaria del art. 10 n° 8 entiende que el legislador estableció requisitos específicos para la aplicación de la eximente, pero de ello no deriva la necesidad de afirmación de responsabilidad penal ante comportamientos que no cumplen esos requisitos. Si no se configuran los elementos básicos que permiten entender a una conducta como delito, entonces simplemente no hay delito posible que configurar. De tal forma, el art. 10 n° 8 cuenta como la regulación incompleta de las situaciones de caso fortuito, pero que no prejuzga sobre la eventual aplicación del resto de ellas basado en los principios de la responsabilidad penal. Esta interpretación resulta más adecuada porque permite evadir los problemas de responsabilidad objetiva y aplicación del *versari*.

Sin embargo, aún esta interpretación del caso fortuito hace superfluo el art. 10 n° 8. Pues si bien es cierto que se regula expresamente el caso fortuito que tiene como origen un comportamiento lícito desde una perspectiva negativa y positiva, la verdadera restricción está en la verificación de dolo o imprudencia. En tal sentido, el resultado sigue siendo el mismo con la norma o sin ella, pues tanto el caso fortuito regulado como el no regulado comparten la característica de que el sujeto está completamente imposibilitado en evitar el resultado lesivo, de modo que no es posible imputar – ni ordinaria ni extraordinariamente – ese resultado. Esto no quiere decir que una interpretación como la planteada aquí no colabore en una construcción coherente del caso fortuito en el código penal, sino que eso es independiente de lo irrelevante que parece ser la norma en examen. De ahí que siga siendo conveniente explorar alguna otra interpretación que aporte a la construcción de la teoría del delito y evite un resultado redundante.

b) En lo que sigue, entenderemos que el art. 10 n° 8 reconoce la institución del riesgo permitido en los términos en que ha sido postulada *supra* (II.2.3). Como se verá, esto no implica que la comprensión de la norma en examen como la consagración del caso fortuito, tal como lo hace la doctrina clásica y no tan clásica chilena, esté equivocada sino que está desactualizada. Acudir al riesgo permitido permite hacer coherente la reglamentación del delito imprudente del código penal con una teoría de la imputación basada en la teoría de las normas. Sin embargo, en primer lugar, se hace imperioso recapitular brevemente sobre el concepto del riesgo permitido.

Al momento de ejecutar una acción, es imposible conocer con absoluta certeza las repercusiones que tendrá y los resultados que ocasionará. Sin embargo, dado lo que ocurre normalmente, el agente realiza acciones que, en el pasado, han alcanzado ciertos resultados que

constituyen su objetivo. Y la mayoría de las veces el agente satisface su pretensión puesto que lo que hace provoca exactamente lo que quiere. Pero tal conexión sólo es contingente y, en algunas ocasiones, se verá superado por la realidad y sus objetivos serán defraudados. Esto se debe a la radical imposibilidad de tomar en cuenta todos los eventos que pueden tener relevancia causal y que afectan la materialización del propósito inicial. Por tanto, el agente sólo puede hacer lo posible, por medio del ejercicio de sus capacidades, en conseguir el resultado deseado. De ahí que si alguien no consigue un determinado objetivo, siempre sea interesante conocer las razones por las cuales ese objetivo no fue conseguido. Sólo si esas razones son posibles de relacionar con la conducta del sujeto, se le puede responsabilizar por ello. Si no hay posibilidad de conexión alguna, entonces la cuestión no pasó por sus manos sino por *mala suerte*. Lo interesante es notar que el análisis de la acción se realiza siempre desde dos dimensiones: una tiene que ver con si una acción provocó causalmente un resultado y otra con si alguien puede asumir responsabilidad por ese resultado dado que ejecutó la acción.

Entonces, debido a que es imposible prever de antemano el desarrollo causal de una acción, el derecho penal no puede exigir la evitación de resultados típicos a todo evento. Lo único que puede exigir al sujeto es que ponga sus capacidades al servicio de la evitación de ese resultado. Por eso es que el proceso de imputación examina las capacidades del autor para determinar la antijuricidad de su comportamiento. Ahora bien, como en la imputación ordinaria se constata la capacidad para evitar el resultado que infringe la norma, la conducta del sujeto expresa una contradicción directa con el derecho. En tal sentido, la eventual causación del resultado lesivo es tomada en cuenta para determinar la consumación del delito respectivo en el ámbito del tipo objetivo, pero no para la imputación.

En el ámbito de la imputación extraordinaria, en cambio, ya no se revisa la capacidad para evitar el hecho delictivo pues esa capacidad no se manifiesta. Esta forma de imputación supone que el sujeto carece de la capacidad para evitar la causación del resultado típico. Lo que interesa es la capacidad para evitar la situación en que la comisión del delito le es inevitable. Y aquí es donde la imposibilidad radical de certeza de conocimiento causal futuro tiene máxima importancia. Porque desde el punto de vista del sujeto, con la ejecución de una acción existen posibilidades de concreción de numerosos, sino infinitos, resultados. Que algunos de ellos se produzcan con mayor regularidad no quiere decir que necesariamente ocurra. En tal sentido, lo

único que el derecho penal puede exigirle al sujeto es que adecue su comportamiento en pos de evitar resultados lesivos. Esto es, que actúe conforme a cuidado.

La determinación de lo imprudente de un comportamiento se realiza de acuerdo a las exigencias de cuidado pertinentes. Sin embargo la posibilidad de que la acción del sujeto devenga en un resultado lesivo, aún cuando se cumplan tales exigencias, siempre está presente. Porque la configuración de las medidas de precaución tiene que ser razonable, esto es, reconociendo que el beneficio social de una actividad trae ineludiblemente consigo la posibilidad de accidente. Pero mientras el sujeto actúe cuidadosamente – no imprudentemente – esa posibilidad de accidente es un costo que asume el sistema y no el sujeto. Es decir, la responsabilidad penal queda fuera de lugar porque no es posible reconocer un déficit de fidelidad al derecho en la conducta del sujeto, de modo que no hay razones para una imputación exitosa. El sistema en general es quien asume el costo del accidente; somos todos quienes entendemos que el sujeto no puede responder simplemente por poner una condición que causalmente determina la producción de un resultado desfavorable.

En tal sentido, el *riesgo permitido* opera como una permisión del ordenamiento a la falta de aseguramiento de la capacidad de acción dentro de cierta medida, bajo el presupuesto que las exigencias de cuidado fijan un estándar cuyo cumplimiento libera de responsabilidad al sujeto. Es evidente que siempre se pueden tomar medidas de precaución más estrictas que podrían haber evitado el resultado típico, pero su asunción será supererogatoria. Así, la creación de un riesgo permitido implica que el sujeto ha actuado conforme a cuidado y que el resultado lesivo ocasionado no le es imputable.

De tal forma, el art. 10 n° 8 reconoce el criterio del riesgo permitido al eximir de responsabilidad a aquellos que se conducen de una forma lícita, esto es, con la debida diligencia, pero que aún así causan un mal por mero accidente. Lo fundamental es insistir en que tal causal es una de exclusión de la tipicidad subjetiva porque evidencia la imposibilidad de la imputación. La tipicidad objetiva no se ve alterada pues no surgen preguntas sobre la conexión entre acción, resultado y cómo se subsumen bajo una norma. El elemento medular de la regla está, por tanto, no en la causación de mal sino precisamente en que se causa un mal actuando lícitamente. El riesgo de concreción de ese mal está tolerado porque escapa al “ámbito de protección” de las exigencias de cuidado adecuadas al contexto.

c) No obstante, antes del análisis estricto del art. 10 n° 8 bajo esta nueva mirada, es necesario rectificar la visión tradicional de esta norma y que ha provocado problemas en su interpretación. De esa forma, la doctrina tradicional ha entendido que el art. 10 n° 8 plantea tres requisitos: ejecutar un acto lícito, actuar con debida diligencia y causar un mal por mero accidente. Ello parece tener sentido pues se infiere de una lectura (superficial) de la norma. De ahí surgen numerosos problemas, que nos dimos el tiempo de analizar, relativos al primer requisito de actuar lícito pues su contravención podría dar lugar a responsabilidad objetiva. El argumento se estructura así: dado que el código penal exime de responsabilidad penal a los comportamientos que cumplen con los tres mencionados requisitos, entonces si presenciemos un acto ilícito no se cumple con el primer requisito y, por tanto, el código penal no exime de responsabilidad. La afirmación de responsabilidad sería una aceptación del *versari in re illicita*, esto es, de quien anda en cosa ilícita debe aceptar responsabilidad por sus consecuencias aún cuando éstas no le fueran imputables. Lo importante es notar que el origen de la problemática está en considerar una divergencia entre acto original lícito, reconocido como eximente de responsabilidad, y acto original ilícito, que carece de tal reconocimiento.

Lo que sostenemos aquí es que tal visión del art. 10 n° 8 es equivocada porque no lee adecuadamente la norma. En nuestra opinión, la observación dogmática tradicional consistente en apreciar tres requisitos desconoce que el supuesto segundo requisito opera simplemente como una cláusula explicativa del primero. Es decir, forman parte de uno y el mismo elemento. En tal sentido, no es adecuado hablar, por un lado, de “ejecutar un acto lícito” y, por otro, de “actuar con la debida diligencia”, sino conjuntamente de “ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia”.

Esta conclusión se observa al analizar la conexión gramatical existente entre “ejecutar un acto lícito” y “con la debida diligencia”: esta segunda cláusula dice algo sobre la manera en que se ejecuta ese acto. Es decir, modifica o altera el verbo. Y la estructura gramatical que se caracteriza por complementar al verbo es el *adverbio*.<sup>462</sup> Así, la estructura adverbial “con la debida diligencia” queda suficientemente clara al notar que su objeto de referencia no puede ser simplemente “acto lícito” pues la diligencia está relacionada con la forma en que se realiza un

---

<sup>462</sup> DAVIDSON, Donald: “Adverbs of action”. *En su: Essays on actions and events*, 2ª edición, Oxford University Press, 2002, p. 293

determinado comportamiento, no con el comportamiento *per se*. Esto es, la atribución de diligencia o imprudencia está referida a la conducta, pero en una perspectiva dinámica, o sea como ejecución de una conducta.

Pero tampoco “con la debida diligencia” se conecta (directamente) con el sujeto que ejecutó el acto lícito (“el que”). Puesto que si bien podemos entender que la disposición plantea que hay algo que el sujeto realizó de una forma diligente; “con la debida diligencia” no se refiere a ese sujeto sino a algo hecho por el sujeto, es decir, a la acción.<sup>463</sup> De tal modo, la relación entre la cláusula adverbial y el sujeto está mediatizada por el verbo: el autor ejecuta un acto lícito y esa ejecución del acto lícito se hace con la debida diligencia.

Entonces, cuando el art. 10 n° 8 señala “el que con ocasión de ejecutar un acto lícito, *con la debida diligencia*, causa un mal por mero accidente” no está estableciendo tres requisitos sino simplemente dos: la ejecución del acto lícito, con la debida diligencia, y la causación de un mal por mero accidente. La referencia a “*con la debida diligencia*” opera como una modificación adverbial que añade información adicional sobre el verbo respectivo: ejecutar un acto lícito. En tal medida, la norma está entregando información sobre lo que significa la ejecución de un acto lícito, a saber, la ejecución de un acto con la debida diligencia. De tal forma, *a contrario sensu*, un acto que es realizado sin la debida diligencia es un acto ilícito que no cumple con el requisito respectivo. Por tanto, “con la debida diligencia” opera simplemente como una cláusula interna del mismo requisito que viene a explicar con mayor precisión el significado de la acción.

Esta interpretación permite superar los problemas referidos al *versari in re illicita*. Porque la conexión con este concepto estaba dada por considerar al acto lícito como acto lícito original, esto es, ajeno a la conducta que estamos analizando. En el mencionado caso de un sujeto que roba un carruaje y que, luego, atropella fortuitamente a un peatón, el problema estaba en que el sujeto estaba en una *situación o contexto de ilicitud* pues había cometido un delito previo. No obstante, bajo esta nueva interpretación, la noción de acto (lícito) está referida al específico acto que se realiza y que es objeto de análisis de responsabilidad penal. En el mismo caso, para la determinación de responsabilidad por la muerte del peatón, es irrelevante que previamente el sujeto haya cometido un delito y se encuentre en *situación ilícita*. Evidentemente deberá

---

<sup>463</sup> *Ibid*, p. 294

responder por el robo del carruaje, pero de ello no se deriva ninguna consecuencia al momento de investigar la muerte del peatón. Si el sujeto se comportó lícitamente, con la debida diligencia, entonces no será responsable pues la muerte del peatón constituye un riesgo permitido que escapa a las medidas de precaución que se le exigía desempeñar, y que efectivamente desempeñó.

Ahora bien, la pregunta inmediatamente posterior tiene que referirse a por qué razón el legislador necesitaría añadir información al concepto de acto lícito en el sentido que lo es aquel que se realiza con la debida diligencia. Porque aquello puede parecer evidente: si se cumplen las exigencias de cuidado no hay ninguna ilicitud. Sin embargo, la respuesta está en lo que estaría regulando el art. 10 nº 8. Al entender que tal norma recoge al concepto de riesgo permitido, no puede excluirse la relación intrínseca entre tal noción y la imputación a título de imprudencia. El riesgo permitido se fija en atención a los niveles de cuidado que determinan las medidas de precaución exigidas para un determinado contexto. De tal forma, el legislador reconoce esta conexión y la hace explícita en la misma norma. No hay responsabilidad por la causación de un determinado mal si se actúa lícitamente, esto es, dice la norma, cuando se actúa con la debida diligencia.

Sin embargo, la cláusula adverbial no sólo pone de manifiesto la relación entre la imprudencia y el riesgo permitido, sino que también entrega herramientas para la interpretación judicial. Así, ante casos de aparente licitud de la conducta, respecto de los cuales el juez pudiese dudar en la configuración del hecho delictivo, la disposición está explicitando que la exención de responsabilidad no está disponible a menos que el sujeto ejecutase el comportamiento con la debida diligencia. Por ejemplo, si un sujeto cumple con todas las medidas de precaución estrictas de la Ley de Tránsito (velocidad máxima, uso de cinturón de seguridad, preferencia de paso, etc) pero no está atento a las condiciones del tráfico y causa un accidente fatal, no puede reclamar que su conducta fue lícita desde el punto de vista de aquellas reglas y que queda exento de responsabilidad, pues igualmente actuó con imprudencia. En tal sentido, la disposición parece adquirir especial relevancia ante situaciones de aplicación conjunta de múltiples exigencias de cuidado: allí el legislador está haciendo evidente que el cumplimiento de una de las exigencias de cuidado no es suficiente para actuar diligentemente.

De otro lado, una crítica a la interpretación aquí defendida podría estar dirigida a que el reconocimiento de la estructura adverbial es equivocado por ser insuficiente. Es verdadero que un acto realizado con la debida diligencia es un acto lícito, pero un acto realizado sin dolo también es un acto lícito, de tal manera que la explicación realizada por la cláusula adverbial es falsa. La respuesta parte por reconocer que es correcto que un acto realizado sin dolo es un acto lícito y que ello no es considerado en el art. 10 n° 8, sin embargo la función de este tipo de estructura adverbial está en explicar el núcleo, mas no en explicar *totalmente* el núcleo. De lo contrario, incorporar adverbios sería sumamente difícil. Por ejemplo, en la frase “Mi perro caminó rápidamente”, el adverbio simplemente plantea que mi perro ejecutó la acción con rapidez. No obstante, a pesar de que también pueda ser cierto que mi perro caminó “ayer”, ello no desvirtúa la oración original. En tal sentido, que sea cierto que una acción sin dolo también sea una acción lícita no quita mérito alguno a que también lo sea una acción con la debida diligencia. La determinación de lo que resulta relevante incluir en la cláusula adverbial depende de la intención comunicativa del hablante, en nuestro caso, del legislador. Como aquí hay una relación estrecha entre el concepto de riesgo permitido y el cumplimiento de las exigencias de cuidado, entonces parece sensato que la norma se refiera a la imprudencia y no al dolo.

d) Ahora bien, la tesis consistente en que el art. 10 n° 8 recoge el concepto de riesgo permitido no es inédita, sino que se basa en uno de los párrafos del libro *El delito culposo* de Juan Bustos. Allí, de manera muy sintética, se plantea que “la eximente de caso fortuito (...) hay que relacionarla con el riesgo permitido. Esto es, si se ejecuta un acto lícito con la debida diligencia y se causa un mal por mero accidente, es evidente que se está en presencia de un riesgo permitido, pero en cualquier otro caso habrá que examinar si se dan los elementos del delito culposo”.<sup>464</sup> Lo interesante del planteamiento de Bustos es que asume que el art. 10 n° 8 exige solamente dos requisitos, en donde la referencia a la diligencia debida complementa la noción de acto lícito, en términos muy similares a nuestra hipótesis previa de la aposición explicativa. Esto queda en evidencia cuando se pregunta qué quiere decir acto lícito, respondiendo que “acto lícito solo se puede referir al acto mismo llevado a cabo y al cuidado propio de ese acto”<sup>465</sup>, por lo tanto niega la visión tradicional de la *situación de ilicitud* derivada de una conducta ilícita previa y se concentra específicamente en el comportamiento respectivo.

---

<sup>464</sup> BUSTOS, *op. cit.* en n. 81, p. 67. Véase, asimismo, *supra* I.3.a, donde se analiza el riesgo permitido en Bustos.

<sup>465</sup> *Ibid.*

La interrogante se deriva del planteamiento de Bustos: ¿en qué sentido se adecua el riesgo permitido a lo señalado por el art. 10 n° 8? Bajo nuestra interpretación de la norma, solamente observamos dos requisitos: la ejecución de un acto ilícito, con la debida diligencia, y la causación de un mal por mero accidente. Esto porque la referencia de la disposición a la debida diligencia es una clarificación interna del requisito de ejecución de un acto lícito, no un elemento adicional.

Tomando en cuenta que el riesgo permitido se refiere a una autorización del ordenamiento en la limitación de la capacidad de acción de acuerdo a exigencias de cuidado razonables, es que opera como el límite más allá del cual no puede existir responsabilidad penal. Porque aún comportándose conforme a cuidado subsiste la posibilidad de causar resultados lesivos, pero en esa situación se observa la incapacidad del sujeto de evitar la situación de inevitabilidad de la infracción de acuerdo a las exigencias de cuidado respectivas. Esto es, el resultado lesivo se ocasiona a pesar de que se actuó en la forma que exigía el ordenamiento y por lo tanto, el riesgo de acaecimiento de ese resultado está permitido. De tal forma, cuando el art. 10 n° 8 señala como primer requisito a la ejecución de un acto lícito se está refiriendo precisamente a aquel comportamiento realizado conforme a lo exigido por el ordenamiento, lo cual queda explicado adecuadamente por la aposición: con la debida diligencia. El riesgo permitido implica que el sujeto se ha comportado cuidadosamente, esto es, que el sujeto no podía evitar la situación de que la infracción de la norma fuera inevitable. La asunción de exigencias de cuidado más estrictas, que hubiesen impedido el resultado, son supererogatorias y quedan fuera del análisis: el riesgo permitido no las puede abarcar. Más precisamente, el ámbito de aplicación del riesgo permitido está allí donde no puede afirmarse la conducta imprudente del sujeto, ya sea porque se comprueba la asunción de las medidas de precaución correspondientes, ya sea por la imposibilidad de afirmar la conexión de contrariedad a deber entre la infracción de la exigencia de cuidado y el acaecimiento del resultado.

En tal sentido, el segundo requisito es autoevidente. El riesgo permitido interviene sólo cuando se ha provocado un resultado lesivo, es decir, un hecho que satisface una determinada descripción típica. De tal forma, es un resultado lesivo porque afecta (objetivamente) un bien jurídico. La muerte de un sujeto abarcada por el riesgo permitido sigue siendo un resultado lesivo que se conecta causalmente a la acción de un sujeto. El punto es que el riesgo de que tal



resultado se concretara es tolerado por el ordenamiento, quien autoriza la disminución de la capacidad de acción del autor que le impide evitarlo, y por tanto no puede prosperar la responsabilidad penal. Si no existiera una relación causal entre la acción de un agente con el mal, entonces carecería de relevancia típica y de importancia para la aplicación del riesgo permitido. Este concepto sólo viene en consideración cuando existe una suposición fundada de que alguien puede tener responsabilidad por un hecho delictivo, y esa suposición fundada se observa en la relación causal.

Ahora bien, la norma no solamente habla de la causación de un mal sino de la causación de un mal *por mero accidente*. Esta última referencia viene a exponer que el acaecimiento del resultado lesivo es una cuestión de poca ocurrencia, esto es, usualmente con la ejecución del respectivo comportamiento cumpliendo con los estándares de cuidado no se causa ese mal. De tal forma, el legislador entiende que la aplicabilidad del riesgo permitido se relaciona con situaciones que no son de cotidiana ocurrencia. Por tanto, al emprender una acción conforme a las medidas de precaución se prevendrá usualmente la infracción de norma, pues el sujeto quedará capacitado para decidir evitar su infracción. Sólo en casos excepcionales, el sujeto que cumple con las exigencias de cuidado dará lugar a un proceso causal que desencadene un resultado típico. Nótese que el concepto de riesgo permitido que sostiene la teoría de la imputación objetiva se aleja completamente de esta excepcionalidad en su aplicación. Para tal teoría, el riesgo permitido participa de todas las actividades que entregan beneficio social pero que pueden conllevar probabilidad de accidente, paradigmáticamente el tráfico vehicular. Desde nuestra perspectiva, en cambio, el riesgo permitido carece de ese nivel de abstracción dependiendo siempre del caso concreto. Cuando nos referimos al concepto de riesgo permitido en un sentido abstracto, sólo lo estamos haciendo de una forma *metafórica* porque, en efecto, éste siempre es relativo a la concreta configuración de las exigencias de cuidado. Por tanto, el riesgo permitido sólo tiene aplicación allí donde se puede conectar causalmente la acción de un sujeto que no se comporta imprudentemente con un resultado lesivo, lo cual ocurrirá en raras ocasiones. Así, con la referencia al *mero accidente*, la norma da cuenta de esa excepcionalidad.

e) En un artículo completamente desligado de esta temática, se realiza una lacónica crítica a la postura aquí defendida que entiende el art. 10 n° 8 como aplicación del concepto de riesgo permitido, y a éste como una autorización a la limitación de la capacidad de acción, que trae consigo la frustración del tipo subjetivo. Así, van Weezel plantea que “es contrario a la

prohibición de analogía dar a una palabra un sentido inédito o completamente opuesto a lo que se ha sostenido sistemáticamente en el pasado, como sería, por ejemplo, *interpretar el art. 10 n° 8 como una causa de exclusión de la imputación subjetiva*”.<sup>466</sup> En efecto, aquí sostenemos que el art. 10 n° 8 es una causa de exclusión de la imputación subjetiva porque el riesgo permitido conlleva la afirmación que el sujeto resultó incapacitado para evitar la infracción de la norma, de acuerdo a las exigencias de cuidado respectivas.

Más allá de que la contradicción material entre la opinión de van Weezel y la defendida aquí sobre el sentido del art. 10 n° 8 y del riesgo permitido – que se origina en la aceptación, por su parte, y en la refutación, por la nuestra, de la teoría de la imputación objetiva – la afirmación citada es doblemente problemática. En primer lugar, porque otorga una relevancia inusitada a la tradición interpretativa de una determinada norma. O sea, que una norma haya sido interpretada de una manera por mucho tiempo puede entregar importantes indicios sobre la corrección del argumento, pero no puede determinar por sí sola que ésa sea la postura correcta. Como cualquier argumento, la interpretación clásica estará sujeta al análisis del argumento y a las eventuales críticas que puedan extraerse en su contra. Luego, si se observase una opinión que refuta a la tradición y plantea un argumento impermeable a tales críticas, entonces no se observan razones en por qué tal postura no puede ser utilizada por un juez al fallar. El conservadurismo de la afirmación parece desconocer que numerosos avances dogmáticos – no sólo en el derecho penal – se dan cuando una postura es reemplazada, a veces radicalmente, por otra superior. Y de tal forma, queda fuera de lugar, reclamar que una interpretación que “rompe” con el esquema clásico no pueda ser recogida por mandato del principio de legalidad en su concreción como prohibición de analogía. Nada tiene que ver la prohibición de extender el sentido de una norma a una situación no prevista por el legislador con la limitación de la evolución jurídica. El sistema jurídico no puede reclamar petrificación: por el contrario, el derecho se nutre de las diferentes y cambiantes interpretaciones normativas.

---

<sup>466</sup> VAN WEEZEL, Álex. “Actuar en lugar de otro”, en MAÑALICH (dir.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, p. 296. El resaltado es nuestro. Van Weezel habla de imputación subjetiva porque reconoce tanto la objetiva como la subjetiva. Como para nosotros la imputación objetiva es innecesaria, sólo utilizamos *imputación*. Para una mayor exposición sobre la teoría de la imputación objetiva, véase *supra* II.2.1

En segundo lugar, van Weezel implica que el art. 10 n° 8 ha sido entendido como una causa de exclusión de la imputación objetiva. Si está hablando del riesgo permitido – aunque es poco probable – ya hemos defendido suficiente su comprensión en el ámbito del tipo subjetivo. Sin embargo, si, como parece más probable, se está refiriendo al caso fortuito, yerra en entenderlo como causal de exclusión del tipo objetivo. Porque, como analizamos en la doctrina nacional y comparada, el caso fortuito no se caracteriza por constituir una forma de negación de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, sino por el contrario como la ocurrencia de un resultado lesivo de manera *imprevisible*. Lo fundamental del caso fortuito está en su caracterización como accidente, pues al sujeto le es imposible prever la ocurrencia de un hecho delictivo por medio de su comportamiento. El reconocimiento de la imprevisibilidad – a menos que se sostenga una teoría de causalidad adecuada – tiene que entenderse parte del tipo subjetivo, ya que implica que el sujeto carece de toda capacidad para evitar la infracción de la norma, esto es, no hay ni dolo ni imprudencia. Así, la interpretación nacional histórica del caso fortuito lo ha entendido siempre como una causal de exclusión de tipicidad subjetiva.

De tal forma, ya sea por la comprensión aquí sostenida del riesgo permitido, ya sea por la excesiva petrificación del sistema jurídico en la recepción de nuevas interpretaciones, o ya sea por una correcta comprensión del concepto del caso fortuito, la crítica de van Weezel resulta injustificada.

f) En definitiva, bajo la teoría de la imputación aquí defendida, el art. 10 n° 8 reconoce y hace operativo el concepto de riesgo permitido. Quien se comporta de acuerdo a los estándares que el mismo ordenamiento entrega para la evitación de hechos delictivos queda exonerado de responsabilidad penal, a pesar de que causalmente haya configurado ese resultado típico, pues carece de las capacidades que el proceso de imputación verifica para la imposición de la pena. Nótese que los estándares de cuidado son entregados por el mismo ordenamiento, a través del proceso de construcción revisado, los cuales suponen un margen en que el resultado lesivo igualmente tiene lugar. Esto quiere decir que, *ex post* a la comisión de un delito, es posible aseverar que el autor podría haber tomado alguna medida de precaución más estricta que lo hubiese puesto en posición de evitar el resultado, pero el punto está en que esa medida de precaución más estricta no le era normativamente exigible.

En tal sentido, lo que hace el art. 10 n° 8 es reconocer un concepto que evidencia el límite del derecho penal. Si éste basa la irrogación de la sanción no sólo en la producción de un hecho que satisface alguna descripción típica, sino también en la no evitación libre de ese hecho, entonces tiene que aceptar un riesgo permitido como categoría de exclusión de tipicidad subjetiva por autorización a la limitación de la capacidad de acción. Más allá del riesgo permitido, no hay posibilidad de observar un injusto de acción.

No obstante, del reconocimiento del riesgo permitido en el art. 10 n° 8, no se sigue una equivocación de la teoría tradicional que veía consagrado el caso fortuito. Pues un concepto de riesgo permitido se corresponde con una interpretación actualizada del caso fortuito. El elemento medular del caso fortuito está en la causación accidental (fortuita) de un mal, esto es, en que ese mal resultaba completamente imprevisible para el agente, de manera que no existe posibilidad de imputárselo pues no se evidencia ni dolo ni culpa. La imposibilidad de prever el resultado lesivo obstaculiza, naturalmente, el requisito de previsibilidad que la doctrina mayoritariamente ha venido exigiendo para la configuración de un delito imprudente.

Lo interesante es que bajo un modelo como el planteado aquí, la previsibilidad no funciona como un requisito adicional de la imprudencia, sino que queda incorporado ya en la construcción de la exigencia de cuidado. Pues si el estándar incorpora los conocimientos y habilidades del sujeto, entonces nunca se le exigirá una medida de precaución que le resultase imposible de prever. En tal sentido, deja de ser posible diferenciar la infracción de la exigencia de cuidado y la previsibilidad como requisitos independientes del delito imprudente, pasando a configurar uno y el mismo.

Entonces, el carácter de imprevisible de un determinado resultado – y que permite hablar de un caso fortuito – queda referido a las capacidades del autor para evitar quedar en situación de inevitabilidad de infracción de la norma. Afirmar que un sujeto se ha comportado imprudentemente supone que el resultado le era previsible, es decir, que de infringir la exigencia de cuidado respectiva no le sería posible evitar el hecho delictivo de manera que estaba capacitado para ello. Por el contrario, si le era imprevisible entonces no puede afirmarse que contara con la capacidad necesaria para, en definitiva, evitar el resultado típico. De tal manera, fracasa la imputación extraordinaria pues la mera conexión causal entre acción y resultado no justifica la responsabilidad penal.

Que la imprevisibilidad del resultado, originando un caso fortuito, implique que el autor no contaba con la capacidad necesaria para el éxito de la imputación, se puede relacionar con la noción de riesgo permitido. Porque la limitación de la capacidad de acción, que trae como consecuencia el establecimiento de las exigencias de cuidado, conlleva la ausencia de responsabilidad por los resultados lesivos que escapan a esas exigencias. Pero mientras la idea de caso fortuito pone el acento en la posibilidad o no de previsión del agente, cual es solamente un aspecto de la imprudencia; la idea de riesgo permitido enfatiza todo su espectro. La posibilidad de que el curso causal degenera en un resultado típico está permitida cuando el sujeto se comporta lícitamente, esto es, cuando actúa con la diligencia debida.

Pero además el enfoque, entre uno y otro concepto, cambia. Pues el caso fortuito asume una perspectiva individual, ya que aunque pueda asumirse una postura objetiva de previsibilidad basada en un sujeto abstracto, la preocupación constante es si X – ya sea el sujeto concreto ya sea un hombre modelo – podía prever el resultado. Por el contrario, el riesgo permitido asume una perspectiva sistémica porque es el ordenamiento quien fija los estándares de cuidado de acuerdo al contexto de actuación del sujeto y quien, por tanto, permite el riesgo de que aún siendo fiel a esa exigencia, el sujeto sea causa de un hecho que satisfaga una descripción típica. En definitiva, la opción por el riesgo permitido es preferible pues se relaciona con la totalidad de la teoría de la imputación.

Lo interesante es que una postura que entiende al riesgo permitido consagrado en el art. 10 n° 8 como una actualización del tradicional caso fortuito va de la mano con una posición que atribuye máxima importancia a una adecuada interpretación de las normas del decimonónico código penal por sobre una necesidad de reforma legislativa. Como pretende mostrar esta investigación, una construcción teórica coherente puede dotar de un sentido moderno a antiquísimas reglas, tendiendo puentes entre los avances dogmáticos y la regulación legal que tendrá aplicación práctica. La moraleja debe estar en que la reforma de un código, en especial el código penal, no puede justificarse tan sólo por la antigüedad de sus normas sino que una decisión de tal importancia tiene que considerar el contenido y la posibilidad de interpretaciones coherentes con doctrinas modernas sin necesidad de desvirtuar el sentido de la ley.

g) No obstante, en el final de este capítulo, aún queda por responder a la razón que motivó nuestras dudas sobre la lectura del art. 10 n° 8 como regulación del caso fortuito. Decíamos que tal norma resultaba superflua pues por medio de los elementos de la faz subjetiva del tipo (dolo e imprudencia) se llegaba al mismo resultado, de manera que una interpretación tal del artículo en examen infringía la máxima de la interpretación útil. El problema estaría en que entender que el art. 10 n° 8 recoge el concepto de riesgo permitido mantiene la misma crítica: simplemente observando que no hay imprudencia, se llega a una misma solución.

La respuesta estaría en una aclaración de la máxima de interpretación útil: el legislador no siempre configura normas que provoquen consecuencias perceptibles en la responsabilidad del autor y, por tanto, en la eventual irrogación de un mal. Muchas veces el legislador realiza clasificaciones o definiciones con el objeto de construir un sistema teórico que, si bien no tiene repercusión directa en la afirmación (o no) de responsabilidad por un hecho, permite contextualizar los conceptos que sí tienen repercusión directa. Que el art. 3° diferencie entre crimen, simple delito y falta, de acuerdo a la gravedad de la pena carece, en principio, de una consecuencia práctica evidente, pero tiene repercusión, por ejemplo, en que una tentativa de falta no pueda ser sancionada (art. 9). Lo mismo ocurre con el art. 10 n° 8: que aparentemente los problemas de imputación se resuelvan acudiendo al dolo y la imprudencia, no implica que el reconocimiento legislativo del riesgo permitido carezca de importancia en la construcción de la sistemática del delito del código penal. Enfatiza que la actuación conforme a cuidado, esto es, conforme a derecho, exime de responsabilidad aún cuando se produzca accidentalmente un mal típico. Explicita, por tanto, los mismos límites del derecho penal poniendo en evidencia la importancia de los criterios de imputación en la justificación de la pena. De ahí que la regulación del riesgo permitido no sea superflua sino expresión del compromiso del código penal en que la potestad punitiva estatal reconoce como límite al principio de culpabilidad, esto es, que no puede sino analizar la capacidad del sujeto para concluir su déficit de fidelidad a derecho.

#### 2.4 El art. 71 y el fantasma de la responsabilidad objetiva

Antes de terminar con esta investigación, se hace necesario revisar el art. 71, el cual trae consigo nuevos desafíos para la interpretación del art. 10 n° 8, pues indica

**Art. 71.** Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8° del artículo 10 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el artículo 490.

Ahora bien, las dificultades interpretativas varían dependiendo de la lectura del art. 10 n° 8: si asumimos una postura tradicional, en el sentido de reconocer tres requisitos – acto lícito original, debida diligencia y causación de un mal por mero accidente – entonces nos enfrentaremos a la eventual aplicación del *versari*, ya que la causación accidental de un mal derivado de un acto ilícito originario implicaría eventualmente la no concurrencia de uno de los requisitos y, por mandato del art. 71, la verificación de un delito imprudente. Y esta solución parece entrar en conflicto con el principio de culpabilidad. Por el contrario, una postura que solamente identifica dos requisitos no presenta tales problemas de justificación. En tal sentido, se revisará cómo ambas posiciones se enfrentan al art. 71 y pretenden solucionar la eventual contradicción con el principio de culpabilidad.

#### 2.4.1 El art. 71 y el *versari in re illicita*

Como mencionamos, una posición que reconozca tres requisitos en el art. 10 n° 8, entendiendo que la referencia a *acto lícito* es a *acto lícito original*, diferente al comportamiento a imputar, se ve conectada con el principio del *versari*. Pues el art. 71 plantea que ante la ausencia de alguno de los requisitos del art. 10 n° 8 se imponga la sanción a título de imprudencia. De tal forma, evaluemos las posibles situaciones.

En primer lugar, si falta la causación de un mal (por mero accidente), el hecho carecerá de toda relevancia jurídico penal pues no hay posibilidad de subsunción bajo una descripción típica. En tal caso, la conducta no es antinormativa lo cual implica la imposibilidad de delito alguno debido a la imposibilidad de tentativa de delito imprudente.<sup>467</sup>

Luego, si se causa un mal faltando la debida diligencia entonces la regla del art. 71 opera correctamente pues estaremos en ámbito de la imprudencia. Aquí es irrelevante si el acto

---

<sup>467</sup> Véase *supra* II.1.2.3. A pesar de que la tentativa dolosa sí conlleva responsabilidad penal y que se identifica con un esquema en que falta la antinormatividad pero existe infracción culpable de deber, tal posibilidad queda conceptualmente excluida por la calificación de la *causación de un mal* como *por mero accidente*. Esto excluye la posibilidad de hablar, en lo que al art. 10 n° 8 respecta, de una imputación a título de dolo. En el mismo sentido, ETCHEBERRY, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 329.

original era lícito o ilícito, pues al actuar con infracción de exigencias de cuidado prosperará la imputación extraordinaria.

El problema aparece cuando falta el requisito de licitud del acto original y se actúa con la debida diligencia, causándose un mal por mero accidente. Pues en ese caso la eventual sanción a título de imprudencia, exigida por el art. 71, se basaría únicamente en la situación ilícita en la que se encontraría el sujeto y no en una conducta contraria a cuidado. Ésa sería una aplicación indiscutida del *versari in re illicita*: quien anda en lo ilícito, debe asumir todas las consecuencias aunque sean imprevisibles.

Ahora bien, el principio de culpabilidad, en su versión más simple, exige verificar que el autor tenía las capacidades necesarias para evitar (y motivarse a evitar) la infracción de la norma. En otras palabras, este principio plantea que la observancia de determinadas reglas de imputación (dolo e imprudencia) permite caracterizar al comportamiento de un sujeto como infracción de la norma y contradicción del ordenamiento. En tal sentido, el *versari* se opone directamente con el principio de culpabilidad, puesto que se impondría pena sin necesidad de corroborar dolo o imprudencia en el sujeto. La infracción del principio de culpabilidad del art. 71 sería aún más grave pues no solamente se exige de analizar los criterios de imputación, sino que se tiene certeza de que ellos no concurren, imponiéndose igualmente la pena.

Ante esta contradicción entre el art. 71 y el principio de culpabilidad, se puede tomar dos posiciones. La primera es aceptarla como una situación excepcional en que el legislador entrega explícitamente una regla que conlleva responsabilidad objetiva; y la segunda es rechazarla y construir una interpretación respetuosa del principio de culpabilidad.

a) El art. 71 como presunción de culpa

En un artículo de 1976, Torío hacía frente a la aparente contradicción por la aplicación del art. 71:<sup>468</sup> por un lado ya estaba asentada unánimemente la exigencia de dolo o culpa, pero por otro lado, no era posible absolver cuando el resultado típico era consecuencia de un comportamiento

---

<sup>468</sup> Recordemos que la regulación española de la época era casi idéntica a la chilena. En tal sentido, su art. 64 era nuestro art. 71 y su art. 565 era nuestro art. 490. Para facilitar las cosas, se seguirá utilizando la numeración del código chileno.



ilícito precedente.<sup>469</sup> Para este autor, realizar una interpretación que desconociera la exigencia de licitud originaria para la exención de responsabilidad resultaba inaceptable porque implicaba una contradicción literal de la norma. En tal sentido, cuando fortuitamente se causa un resultado típico en un contexto de ilicitud sería procedente “la condena por delito culposo ‘*como si*’ estuviesen presentes los elementos propios de la culpa”.<sup>470</sup> Es decir, existiría claridad en que no se observaba falta de cuidado que permitiese afirmar la imputación extraordinaria, pero se opera como si esa infracción existiera.

Este planteamiento de Torío se asienta en una tesis general de la imputación, a saber, que con cada forma de culpabilidad aparecerían formas irregulares de imputación que trascienden el principio de culpabilidad. Con el dolo, ubica a la preterintencionalidad; y con la culpa, ubica al incompleto caso fortuito impropio reconocido en el art. 71.<sup>471</sup> Lo interesante del planteamiento de la responsabilidad *como si* fuera imprudencia es que se reconocería una culpa presunta o indirecta,<sup>472</sup> que no se basaría en la posibilidad del agente de evitar el resultado típico, sino simplemente en su vinculación con una acción ilícita precedente. Esta afirmación estaría basada en el *versari in re illicita*, el cual tendría una larga tradición histórica como una herramienta lógica que permitía presumir elementos subjetivos en el autor.<sup>473</sup>

Por contrapartida, para Torío, una interpretación del art. 71 que negara el *versari* solamente estaría atribuyendo relevancia al requisito de la diligencia, de manera que si el sujeto actúa sin esa diligencia tendría que aplicársele una pena por el delito imprudente. Sin embargo, la intervención del art. 71 sería del todo superflua pues toda conducta que infringe exigencias de cuidado y que ocasiona un resultado lesivo queda (eventualmente) sometida a responsabilidad

---

<sup>469</sup> TORÍO López, Ángel. “‘Versari in re illicita’ y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XXIX, fascículo I, 1976, p. 19

<sup>470</sup> *Ibid.*, p. 23

<sup>471</sup> *Ibid.*

<sup>472</sup> *Ibid.*

<sup>473</sup> Por ejemplo, “Carpzovio determina la responsabilidad por el hecho doloso no a partir del concepto mismo de dolo, sino de conformidad con la doctrina del *versari*, en el sentido de quien efectúa algo ilícito es responsable de lo que sigue más allá de la intención y la voluntad, si el resultado podía ser previsto fácilmente, aunque con la restricción de que no sobrevenga *per accidens*, sino *per se*, pues la situación sería insopportable sin esta teoría y numerosos homicidios permanecerían impunes” TORIO, *Versari*, *op. cit.* en n. 469, p. 28

por el delito imprudente. Tal postura, por tanto, atentaría contra el principio de interpretación útil.<sup>474</sup>

La comprensión del art. 71 como la aceptación de una culpa presunta evadiría esta dificultad pues le otorgaría una inusitada relevancia al art. 10 n° 8. Pues esta norma no se comportaría como una eximente, esto es, como un elemento que excluye a otro necesario para configurar un delito. Por el contrario, cumpliría una función fundamentadora de la pena, “es decir, extiende la pena criminal a comportamientos que, por falta de la correspondiente forma de culpabilidad, no resultarían punibles”.<sup>475</sup> En otras palabras, como no se verifica ni dolo ni imprudencia entonces no podría afirmarse responsabilidad penal por medio de las categorías usuales, de manera que la norma tiene que fundamentar una nueva especie de responsabilidad basada, ya no en el análisis de una determinada acción ejecutada por un sujeto, sino en el análisis de un contexto de actuación que incluye no solamente a un acto sino a una serie de ellos conectados causalmente. De tal forma, el reproche de esta pseudo-responsabilidad penal estaría enfocado en el disvalor del acto ilícito originario que fue condición causal del resultado final

Bajo la tesis de Torío está el supuesto de que el legislador puede decidir legítimamente qué elementos exigir para la configuración de la responsabilidad penal, de modo que también puede incorporar ciertas excepciones a los elementos ordinarios, con el propósito de satisfacer ciertos objetivos. En tal sentido, el argumento versa sobre la relación entre la ejecución de una conducta peligrosa y el resultado ocasionado, enfatizando la imposibilidad de atender a todas las consecuencias que se siguen de una conducta. De tal forma, “no sólo el resultado doloso, culposo, o preterintencional, sino las consecuencias típicas objetivamente calculables, del acto culpable precedente son imputables también en el sentido del art. 64 [71] del código”<sup>476</sup>

No obstante, el argumento de Torío es problemático por varias razones. La más evidente – y revisada en la sección siguiente – es que una interpretación del art. 71 que niegue el *versari* no vulnera la máxima de la interpretación útil: incorpora una excepción al art. 11 n° 1. Una segunda razón apunta a la posibilidad legislativa de disposición del principio de culpabilidad. A lo menos en la regulación chilena, se ha entendido que este principio está recogido parcialmente en el art.

---

<sup>474</sup> *Ibid*, p. 32

<sup>475</sup> *Ibid*, p. 33

<sup>476</sup> *Ibid*, p. 42

19 n° 3 inciso sexto de la Constitución.<sup>477</sup> De tal disposición constitucional se ha entendido que se deriva la imposibilidad conceptual del *versari* como una presunción de derecho de la responsabilidad penal, que es precisamente el argumento sostenido por Torío. En tal sentido, le quedaría vedado constitucionalmente al legislador la incorporación de excepciones al sistema del delito que consistan en presunciones de derecho.

Una tercera razón estaría dirigida al argumento de la conducta peligrosa, pues es correcto que la imprudencia sanciona precisamente el ponerse a sí mismo en una situación en la que no será posible evitar una infracción de la norma, y en tal sentido esa conducta es objetivamente peligrosa. Sin embargo, una imputación que atiende a las capacidades del agente tiene que atender a las posibilidades que tiene el sujeto de intervenir en ámbito peligroso para evitar una vulneración al ordenamiento. Es decir, lo que interesa es cómo el sujeto puede modelar su conducta para evitar resultados lesivos. Y esto debería resultar obvio si se asume que ante toda acción – sea lícita o ilícita – es imposible determinar con certeza las consecuencias que se siguen. De tal manera, si una conducta *lícita* que genera fortuitamente un mal no conlleva responsabilidad, no se vislumbra justificación para diferenciar ante una conducta *ilícita* que genera fortuitamente un mal. En ambas, el sujeto está incapacitado para modelar su comportamiento de acuerdo a la norma. En ambas, por tanto, no hay responsabilidad penal.

b) La preeminencia del principio de culpabilidad

La otra alternativa para resolver la aparente contradicción que presenta el art. 71 entre el *versari* y el principio de culpabilidad consiste en la total exclusión del primero y la preeminencia del segundo. En tal sentido, se enfatiza que la responsabilidad penal requiere un proceso de imputación enfocado en las capacidades del sujeto y que, por tanto, cuando esas capacidades no se observan, la responsabilidad penal es inalcanzable. Ahora bien, cuando pueda configurarse un caso fortuito porque el resultado típico se conecta causal pero fortuitamente a la conducta del sujeto, no podemos restringir su ámbito de aplicación a la regulación del art. 10 n° 8, el cual tiene que entenderse como una regulación parcial del concepto.<sup>478</sup> De lo contrario, el *versari* encontraría una *puerta de entrada* corroyendo el principio de culpabilidad.

---

<sup>477</sup> Tal es la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuya sentencia inicial fue citada *supra*, nota 409.

<sup>478</sup> Véase *supra* III.2.2 en lo que se refiere a la tesis de Rodríguez Mourullo.

El respeto irrestricto al principio de culpabilidad es la postura que ha seguido mayoritariamente la dogmática chilena. No es posible negar, eso sí, que algunos autores hayan adoptado el *versari*, lo cual no puede resultar sorprendente dado lo remoto de sus aportes.<sup>479</sup> Sin embargo, más allá de estas opiniones excepcionales, la doctrina nacional ha estado comprometida con un respeto del principio de culpabilidad.<sup>480</sup> No obstante, para ello, ha debido formular argumentos que se oponen a la doctrina del *versari*, el cual se derivaría de una lectura superficial y errónea de la disposición.

El primer argumento es el más común y consiste en enfatizar que el art. 71 simplemente dispone que, de no cumplirse los requisitos del art. 10 n° 8, “*se observará*” lo señalado en el art. 490.<sup>481</sup> En tal sentido, el art. 71 no obliga la imposición de pena por el art. 490 sino que solamente obliga a tenerlo en cuenta, exigiéndose los requisitos que allí se establecen: que se trate de un delito contra las personas y que sea ejecutado con imprudencia temeraria. Si no concurren estos requisitos, como sucede con la causación fortuita de un mal en contexto de ilicitud, entonces, observándose el art. 490, se debe concluir su no aplicación.

Existe alguna discusión en si podría aplicarse el art. 491 o 492 ante la referencia explícita del art. 71 al art. 490. La doctrina mayoritaria ha respondido afirmativamente ya sea porque la referencia del art. 71 al art. 490 debiera interpretarse ampliamente como referencia al sistema de la imprudencia, ya sea por aplicación del respectivo tipo penal.<sup>482</sup>

En segundo lugar, se indica que la interpretación del art. 71 que afirma imprudencia en la producción accidental de un resultado lesivo con ocasión de un acto ilícito originario, haría inaplicable el art. 492 inciso 1°. Pues este último configura la falta de cuidado exigiendo mera imprudencia o negligencia e *infracción de los reglamentos*. Tal infracción constituiría un hecho ilícito a la luz del art. 10 n° 8, de modo que el mal causado tendría que sancionarse, mediante el

---

<sup>479</sup> En tal sentido, sumamente estrictos con tal principio fueron en principio Del Río y Labatut (COUSO y HERNÁNDEZ, *op. cit.* en n. 160, p. 622), para quienes la ausencia de la licitud del acto original conllevaba la sanción del resultado fortuito a título de dolo, en una evidente contradicción con el art. 71. Después, sin embargo, variarían su postura y afirmarían la sanción del resultado fortuito simplemente a título de culpa.

<sup>480</sup> Véase, por todos, COUSO y HERNÁNDEZ, *op. cit.* en n. 160, p. 622

<sup>481</sup> Véase GARRIDO Montt, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 116; NOVOA Monreal, *op. cit.* en n. 2, p. 515; Etcheberry, *DPPG, op. cit.* en n. 1, p. 329; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.* en n. 18, p. 251

<sup>482</sup> COUSO y HERNÁNDEZ, *op. cit.* en n. 160, p. 623

art. 71, por el art. 490.<sup>483</sup> En tal sentido, el art. 492 inciso 1° nunca tendría aplicación lo cual resulta absurdo. No obstante lo transparente del argumento ante la lectura literal del art. 71, ya mencionamos que la doctrina mayoritaria interpreta la referencia al art. 490 de manera amplia, por lo cual este argumento no puede resultar concluyente.

El tercer argumento es el más simple y decisivo: el art. 71 tiene por función sustraer al art. 10 n° 8 del régimen de las eximentes incompletas.<sup>484</sup> El art. 11 n° 1 señala que:

**Art. 11.** Son circunstancias atenuantes: 1° Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

De tal forma, ante la causación imprudente de un mal en contexto de ilicitud, por aplicación del art. 11 n° 1 se constituiría una atenuante y no un delito imprudente independiente, lo cual resulta inaceptable. En otras palabras, ante la construcción general de las eximentes incompletas, se hizo necesario incluir una disposición que explicitara una excepción allí donde no podía constituirse una atenuante sino un delito autónomo. Ésta sería la función poco glamorosa del art. 71: plantear una excepción al régimen de atenuantes.

En virtud de estos tres argumentos, se configura una interpretación del art. 71 respetuosa del principio de culpabilidad y que destierra toda posibilidad de *versari*. La mera ilicitud inicial de la conducta no bastaría, por tanto, para justificar la imprudencia.

#### 2.4.2 Nuestra postura y la imposibilidad del *versari*

La posición aquí defendida rechaza la observancia de tres requisitos del art. 10 n° 8 por medio de la evidencia de una estructura adverbial (“con la debida diligencia”) que complementa la referencia a acto lícito. En tal sentido, el acto lícito no es el acto originario que crea un contexto de licitud o ilicitud sino simplemente la conducta ejecutada por el autor. Sólo se analiza, por tanto, la acción que se ejecutó y que provocó un resultado típico. En tal sentido, el problema del *versari* ni siquiera aparece porque éste está ligado con la responsabilidad por las consecuencias

---

<sup>483</sup> GARRIDO Montt, *DPPG*, *op. cit.* en n. 1, p. 116

<sup>484</sup> *Ibid.* En el mismo sentido, COUSO y HERNÁNDEZ, *op. cit.* en n. 160, p. 621

que se siguen de un acto ilícito original.<sup>485</sup> De tal manera la comprensión del art. 71 es mucho más simple.

Aquí se aprovechan los argumentos recién expuestos. Así, el art. 71 cumple con la función de evitar la aplicación del régimen de eximentes incompletas, es decir, cumple con una función declarativa. Si el sujeto no actúa lícitamente, con la debida diligencia, entonces no se aplica el art. 11 n° 1 sino el art. 490. En este punto, también estaríamos de acuerdo con una interpretación amplia de la referencia de art. 71 al art. 490, de manera que se entienda más bien referido al sistema de la imprudencia que a esa norma en particular. Asimismo, el art. 71 no obligaría a la sanción por imprudencia pues solamente se “observará” su aplicación, lo cual implica atender a las exigencias de la misma disposición, a saber, que realmente se verifique imprudencia y que sea un delito contra las personas.

En definitiva, debiera resultar claro que nuestra interpretación del art. 10 n° 8 se presenta como conceptualmente coherente con la sistemática planteada y, más importante, respetuosa con la descripción legal. Además permite solucionar varios de los difíciles problemas de justificación, principalmente los relacionados a la infracción del principio de culpabilidad. La sujeción a este principio resulta de vital importancia para una teoría de la imputación basada en la teoría de las normas por lo que una aplicación del *versari in re illicita* resulta simplemente inaceptable.

---

<sup>485</sup> La única dificultad literal que tendría la aplicación de una tesis como la nuestra sería la referencia a *todos los requisitos* del art. 71 pues aquí sólo existen dos: el acto lícito (con la debida diligencia) y la causación accidental de un mal. Ya mencionamos *supra* (III.2.41) que éste último requisito está conceptualmente vedado, por lo cual podría alegarse que existiendo solamente un requisito que puede faltar no se cumple con la exigencia del plural del art. 71. No obstante, consideramos que la referencia plural del art. 71 queda satisfecha con la verificación de los dos requisitos, y que la imposibilidad de que uno de ellos falte es posterior y no tiene efecto alguno para la norma.

## Conclusiones

Finalmente, se plantearán sucintamente las conclusiones de esta investigación, enfocadas en su segunda y tercera parte pues es allí donde se encuentran las principales tesis.

a) El análisis del injusto se diferencia desde una perspectiva objetiva (tipo objetivo) y una perspectiva subjetiva (tipo subjetivo). Ambas categorías se distinguen en base al proceso lógico que debe realizar el juzgador ante la ocurrencia de un hecho de apariencia delictiva. El tipo subjetivo se corresponde con un *proceso de imputación*, puesto que debe determinarse si el autor contaba con las capacidades necesarias para concluir su falta de fidelidad al ordenamiento, en tanto el hecho delictivo es entendido como hecho suyo. Lo que interesa, a este respecto, es si el sujeto actuó infringiendo el deber que lo vinculaba con la norma penal pertinente. En cambio, el tipo objetivo exige un proceso diferente, ya no de imputación del resultado al sujeto, sino un *proceso de subsunción*, en el cual debe comprobarse que el hecho acaecido satisface la descripción típica que entrega la norma de sanción. Lo relevante aquí, entonces, ya no es vincular el delito al autor como una infracción de deber sino que demostrar lo antinormativo del resultado dada la conexión entre lo efectivamente sucedido y la descripción normativa. O sea, que lo sucedido es una materialización del tipo penal.

b) Para imputarle un hecho antinormativo a un determinado sujeto tenemos que recurrir a las *reglas de imputación*. La regla de imputación varía en virtud de la capacidad que se pretende reconocer en el sujeto: cuando atiende a la capacidad de evitación del resultado lesivo hablamos de *dolo*, pero cuando refiere a la capacidad de evitación de una situación de inevitabilidad en la comisión de ese resultado lesivo hablamos de *imprudencia*. La imprudencia, por tanto, tiene que entenderse en el contexto de una imputación extraordinaria porque verifica una capacidad subsidiaria de motivación conforme a la norma pues no examina la voluntad de evitar el resultado típico sino la voluntad de evitar quedar en una situación en la cual ya no se puede tomar esa decisión. En tal sentido, el éxito de la imputación a título de dolo y a título de imprudencia tienen que ser necesariamente diferente: la primera apunta a una infracción de la norma de comportamiento especificada en un concreto deber de acción; y la segunda a una infracción de un deber de cuidado que imposibilitó la formación de la capacidad futura de seguimiento.

c) Debe trazarse una diferencia estructural entre el deber de acción y el deber de cuidado, lo que se deriva del carácter condicional del segundo respecto a la ocurrencia del pertinente hecho antinormativo, característica completamente ausente en el deber de acción. En otras palabras, mientras que es perfectamente posible afirmar el injusto subjetivo doloso de un delito, o sea, la infracción del deber de acción, sin necesidad de referirse al hecho efectivamente acontecido; la imprudencia, o sea, la infracción de deber de cuidado, carece de relevancia como criterio de imputación extraordinaria a menos que se tenga a la vista el resultado típico. Esta tesis lleva a concluir que el concepto de deber de cuidado no se deja entender como un *deber*, puesto que su relevancia jurídico penal es dependiente tanto del hecho delictivo como de su relación con una capacidad (meramente) subsidiaria por la exclusión del dolo.

Por tanto, una adecuada comprensión de la exigencia de cuidado debe entenderla como un imperativo hipotético puesto que lo medular no está en el seguimiento de la norma *per se*, sino que en el aseguramiento de la capacidad de evitar la infracción de la norma. Así, quien se comporta de acuerdo a la exigencia de cuidado está exteriorizando su voluntad de seguimiento de la norma y, en definitiva, no responder de consecuencias penales que se pudieran derivar de la causación de un accidente. De ahí que la protección de los bienes jurídicos sea una finalidad indirecta en el cumplimiento del cuidado debido, ya que lo primordial está en que el mismo sujeto sea capaz de decisión posterior. En tal sentido, resulta adecuado entender a la exigencia de cuidado como una *incumbencia*, esto es, una exigencia en interés propio.

d) El *riesgo permitido* tiene que ser entendido como la permisión del ordenamiento a la limitación de la capacidad de acción basado en el presupuesto que no es posible prevenir todo riesgo. Como no es posible evitar todo riesgo, entonces las exigencias de cuidado se estructuran como incumbencias razonables que siempre implican un riesgo residual de resultado lesivo pero carente de responsabilidad. Lo relevante está, por tanto, en que el riesgo permitido se define sólo en virtud del sistema de imputación a título de imprudencia, estando completamente fuera de lugar su alegato en el ámbito de los delitos dolosos. De tal modo, el riesgo permitido explicita el límite de responsabilidad penal: si aún cumpliendo las exigencias de cuidado se genera un menoscabo para el bien jurídico, entonces no hay buenas razones para atribuirle el resultado a alguien, lo que conlleva el fracaso del proceso de imputación y la exclusión del injusto subjetivo.



Por su parte, el *principio de confianza* tiene el mismo contenido que el riesgo permitido pero enfocado en la actuación de otros. Nótese, entonces, que el principio de confianza también es secundario frente a la imprudencia: son las exigencias de cuidado las que configuran la posibilidad de confianza, de modo que el principio de confianza opera allí donde esas exigencias encuentran su límite. Toleramos un margen de error sobre la actuación de los otros, lo que cuenta como una cierta incapacidad de acción, porque no es posible exigir control absoluto sobre la posibilidad de riesgo de los demás.

e) El art. 10 n° 8 reconoce el concepto del riesgo permitido al eximir de responsabilidad a aquellos que se conducen de una forma lícita, esto es, con la debida diligencia, pero que aún así causan un mal por mero accidente. El elemento medular de la norma está, por tanto, no en la causación de mal sino precisamente en que se causa un mal actuando lícitamente. El riesgo de concreción de ese mal está tolerado porque es residual al cumplimiento de las exigencias de cuidado adecuadas al contexto.

Cuando el art. 10 n° 8 señala “el que con ocasión de ejecutar un acto lícito, *con la debida diligencia*, causa un mal por mero accidente” no está estableciendo tres requisitos sino simplemente dos: la ejecución del acto lícito, con la debida diligencia, y la causación de un mal por mero accidente. La referencia a “*con la debida diligencia*” opera como una cláusula adverbial que añade información adicional sobre el verbo. En tal medida, la norma está entregando información sobre lo que significa ejecutar un acto lícito, a saber, es realizar un acto con la debida diligencia. De tal forma, *a contrario sensu*, un acto que es realizado sin la debida diligencia es un acto ilícito que no cumple con el requisito respectivo.

En tal sentido, lo que hace el art. 10 n° 8 es reconocer un concepto que evidencia el límite del derecho penal. Si éste basa la irrogación de la sanción no sólo en la producción de un hecho que satisface alguna descripción típica, sino también en la no evitación libre de ese hecho, entonces tiene que aceptar un riesgo permitido como categoría de exclusión de tipicidad subjetiva por autorización a la limitación de la capacidad de acción. Más allá del riesgo permitido, no hay posibilidad de observar un injusto de acción.

f) El art. 71 simplemente cumple con la poco glamorosa función de evitar la aplicación del régimen de eximentes incompletas. En tal sentido, cumple una función declarativa. Si el sujeto

#### FALTA DE CUIDADO Y RIESGO PERMITIDO:

---

actúa ilícitamente, esto es, contrario a cuidado, entonces no se aplica el art. 11 n° 1 sino el art. 490. Asimismo, el art. 71 no obligaría a la sanción por imprudencia pues solamente se “observará” su aplicación, lo cual implica atender a las exigencias de la misma disposición, a saber, que realmente se verifique imprudencia y que sea un delito contra las personas. Con esta interpretación, el art. 71 queda impermeabilizado ante las críticas de eventual responsabilidad objetiva derivadas del principio *versari in re illicita*.

## Bibliografía

- BINDING, Karl. *La culpabilidad en derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, 2009
- BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal*. 2ª edición. Santiago, Lexis Nexis, 2007, Tomo II
- BURKHARDT, Björn. “Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. En: WOLTER y FREUND (eds.): *Sistema integral de Derecho Penal*. Barcelona, Marcial Pons, 2004
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, Trotta, 1997
- BUSTOS, Juan. *El delito culposo*. Santiago, Editorial Jurídica, 1995
- BYRD, Sharon. “Wrongdoing and attribution”, *The Wayne Law Review*, vol. 33, 1987
- CARRARA, Francesco. *Sobre el caso fortuito*, Material docente, Seminario de Derecho penal y medicina legal, Universidad de Chile, 1965
- CONTESSE, Javier. “Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto”. En: MAÑALICH (dir.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013
- COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dir.): *Código penal comentado. Libro primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Legal Publishing, 2011
- CURY, Enrique. *Derecho Penal, parte general*. 7ª edición. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica, 2007
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1998, Tomo I
- \_\_\_\_\_ *El derecho penal en la jurisprudencia (sentencias 1875-1966)*. Santiago, Editorial Jurídica, 2002 (reimpresión)
- GARRIDO Montt, Mario. “El riesgo permitido como criterio valorativo”, Anales de Facultad de Derecho N° 1 (2004)
- \_\_\_\_\_ *Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica. 2005, Tomo II

- HART, H.L.A.. “Negligence, mens rea and criminal responsibility”. En su: *Punishment and responsibility*. 2ª edición. Oxford, Oxford University Press, 2008
- HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-14, 2002
- HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, Revista Penal n° 4 (1999)
- HIRSCH, Hans Joachim. “Sobre lo injusto del delito imprudente”, Revista de derecho penal y criminología, 2ª época, n° 16, 2005
- HRUSCHKA, Joachim. “Actio libera in causa y autoría mediata”. En su: *Imputación y Derecho Penal*. Montevideo/ Buenos Aires, B de F, 2009
- \_\_\_\_\_ “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”. En su: *Imputación y Derecho Penal*. Montevideo/ Buenos Aires, B de F, 2009
- \_\_\_\_\_ “Prohibición de regreso y concepto de inducción”. En su: *Imputación y Derecho Penal*. Montevideo/ Buenos Aires, B de F, 2009
- \_\_\_\_\_ “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”. En su: *Imputación y Derecho Penal*. Montevideo/ Buenos Aires, B de F, 2009
- JAKOBS, Günther. “El delito imprudente”. En su: *Estudios de derecho penal*. Madrid, UAM y Civitas, 1997
- \_\_\_\_\_ “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”. En su: *Estudios de derecho penal*. Madrid, UAM y Civitas, 1997
- \_\_\_\_\_ *Derecho Penal, parte general*. 2ª edición. Madrid, Marcial Pons, 1997
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Edición Barbosa, Puerto Rico, 2007
- KINDHÄUSER, Urs. “Imprudencia y riesgo permitido”. En su: *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, 1996
- \_\_\_\_\_ “El denominado riesgo no permitido”. En su: *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres Estudios*. Lima, Grijley, 2007
- \_\_\_\_\_ “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, InDret 4/2008
- \_\_\_\_\_ “Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en derecho penal”. En su: *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, Ara Editores, 2008, p. 32 ss

- \_\_\_\_\_ “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal”, InDret 1/2009
- \_\_\_\_\_ “¿Qué es la imprudencia?”. En: MAÑALICH (dir.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013
- LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*. 9ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1990, Tomo I
- MALDONADO, Francisco. “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados ‘delitos de peligro’ en el moderno derecho penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia* n° 7, 2006
- MAÑALICH, Juan Pablo. “Condiciones generales de la punibilidad”, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, n° 2, 2005
- \_\_\_\_\_ “El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico”, Revista Jurídica UPR vol. 74, 2005
- \_\_\_\_\_ “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, Revista de Estudios de la Justicia, n° 12, 2010
- \_\_\_\_\_ “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuricidad en el derecho penal chileno”, Revista de Derecho Vol. XXIV (2011)
- \_\_\_\_\_ “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuricidad en el derecho penal chileno” Revista de Derecho Vol. XXIV (2011)
- \_\_\_\_\_ “El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno”, Revista de Estudios de la Justicia n° 15, 2011
- \_\_\_\_\_ “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, Política Criminal vol. 7, n° 14, 2012
- \_\_\_\_\_ “Normas permisivas y deberes de tolerancia”. En: *La antijuricidad en el derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2013
- MARTÍNEZ Lazcano, Marco. “La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica”, Política Criminal vol. 6, n° 12, 2011
- MOORE, Michael. “Prima facie culpability”, Boston University Law Review vol. 76, 1996

- NOVOA Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno, parte general*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2005, Tomo I
- POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.): *Texto y comentario del código penal*, Editorial Jurídica, 2002
- POLITOFF, Sergio. *Derecho penal*, Editorial jurídica ConoSur, 1997
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, Maria Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2003
- RODRÍGUEZ Mourullo, Gonzalo. “Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XVI, fascículo II, 1963
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*. Tomo I. Madrid, Civitas, 1997
- SILVA Sánchez, Jesús María. “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”. En: MAÑALICH (dir.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013
- TORÍO López, Ángel. “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XXVII (1974)
- \_\_\_\_\_ “ ‘Versari in re illicita’ y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XXIX, fascículo I, 1976
- VAN WEEZEL, Álex. “Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes”, Revista Chilena de Derecho, vol. 26, N° 2, 1999
- \_\_\_\_\_ “Actuar en lugar de otro”. En: MAÑALICH (dir.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013
- VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y acción*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970
- \_\_\_\_\_ “Inferencia práctica”, Praxis Filosófica 26 (2008)
- ZUGALDÍA, José Miguel. “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XXXVII, fascículo II, 1984
- \_\_\_\_\_ *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Akal, 1988