

THOMSON REUTERS
LA LEY



REVISTA DE CIENCIAS PENALES

Sexta Época

VOL. XLII, N° 3 (2015)

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA
Director

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES® - CHILE



THOMSON REUTERS

LA IMPRUDENCIA COMO ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN

JUAN PABLO MAÑALICH R.*
Universidad de Chile

SUMARIO: I. El dolo y la imprudencia como estructuras de imputación. 1.1. El dolo y la imprudencia como presupuestos alternativos de la responsabilidad bajo el Código Penal chileno. 1.2. El dolo como criterio de imputación ordinaria. 1.3. La imprudencia como criterio de imputación extraordinaria. 1.4. Dos consecuencias. II. La función de imputación de la infracción de la exigencia de cuidado. Los límites de la imputación a título de imprudencia. III. Los límites de la imputación a título de imprudencia. 3.1. La necesidad de una relación de riesgo. 3.2. El riesgo permitido como criterio de demarcación de la exigencia de cuidado. 3.3. El principio de confianza como especificación del riesgo permitido. IV. ¿Suficiencia de un “incremento del riesgo”? V. Imprudencia “consciente” versus imprudencia “inconsciente”.

PALABRAS CLAVE: Imprudencia, riesgo permitido, dolo, exigencia de cuidado.

I. EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA COMO ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN

1.1. El dolo y la imprudencia como presupuestos alternativos de la responsabilidad bajo el Código Penal chileno

El problema del cual se ocupa el presente trabajo es el de la estructura del injusto del delito imprudente, que bajo el Código Penal chileno recibe la denominación de “cuasidelito”. En los términos del art. 2º, la configuración de un cuasidelito está determinada por una doble condición, a saber: la inexistencia de “dolo o malicia”, acompañada de la existencia de “culpa”. Ello sugiere, de entrada, que la mejor reconstrucción de la regulación legal pasa por entender la culpa, o “imprudencia” *lato sensu*,¹ como un presupuesto de la punibilidad que pertenece al mismo nivel

* Doctor en Derecho, Universidad de Bonn (2008); Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2004). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; jpmanalich@derecho.uchile.cl. Agradezco al abogado y Magíster en Derecho por la Universidad de Chile, Luis Salazar Torres, por su colaboración en la revisión final del texto.

¹ En lo que sigue, el término “imprudencia” es empleado laxamente, como designación del criterio genérico de imputación subjetiva de cuya satisfacción depende la constitución del injusto (“subjetivo”) de un delito culposo o “cuasidelito”, en el sentido del art. 2º del CP, y no como designación de aquel específico criterio de imputación subjetiva (en el sentido de los arts.

que el dolo. En tal medida, lo que distingue al dolo de la imprudencia es la circunstancia de que el dolo cuenta, bajo el derecho chileno, como un presupuesto de la punibilidad que rige “por defecto”: si la ley nada dice, la punibilidad de un hecho con significación delictiva depende de que la realización del respectivo tipo-de-delito sea imputable a título de dolo.

Esto último se sigue, precisamente, del régimen de *numerus clausus* al cual queda sometida la punibilidad de los cuasidelitos, lo cual se expresa en la (impropiamente configurada) “eximente” del art. 10 N° 13 del CP: con arreglo a esta disposición, un cuasidelito no es punible “salvo en los casos expresamente penados por la ley”. Esta técnica regulativa pone de manifiesto que la exigencia de imprudencia ha de ser entendida como una exigencia que opera subsidiariamente frente a la exigencia de dolo, en el sentido de que una imputación a título de imprudencia presupone una falta de imputabilidad (del mismo hecho) a título de dolo. Luego, para clarificar la función de imputación de la imprudencia parece indispensable, como paso previo, esclarecer la función de imputación que desempeña el dolo.

1.2. El dolo como criterio de imputación ordinaria

Bajo el estado actual de la dogmática de los presupuestos generales de constitución del hecho punible, se encuentra vastamente aceptada la tesis de que el dolo funge como un criterio de “imputación subjetiva”. La mejor interpretación de esta caracterización pasa por identificar el dolo con una *base* para la eventual responsabilidad personal por la realización no-justificada del respectivo tipo-de-delito. Y puesto que la realización no-justificada de un tipo-de-delito puede ser identificada, *ceteris paribus*, con la instanciación de una específica forma de comportamiento antinormativo, lo anterior significa que el dolo se constituye como una base para la eventual responsabilidad personal por el quebrantamiento de la norma de comportamiento respectiva.²

490 y 492 del CP), susceptible de ser diferenciado de los conceptos de negligencia, abandono e ignorancia. Véase al respecto MAÑALICH, Juan Pablo, Condiciones generales de la punibilidad, en *Revista de Derecho UAI 2* (2005), pp. 415 y s.; más recientemente HERNÁNDEZ, Héctor, “Artículo 2°”, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dir.), Código Penal Comentado. Parte General, (Santiago, 2011), p. 115. A favor de ello habla el hecho de que el concepto de culpa puede ser aptamente reservado para tematizar aquella específica forma de culpabilidad que es funcionalmente congruente con un injusto constituido a través de una imputación a título de imprudencia, tal como –también en los términos del Código Penal chileno– el concepto de malicia puede ser entendido como uno que especifica la forma de culpabilidad que es funcionalmente congruente con un injusto constituido a través de una imputación a título de dolo; véase en detalle MAÑALICH, Juan Pablo, El delito como injusto culpable, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile 24*, N° 1 (2011), pp. 87 y ss., 98 y ss., 108 y ss.

² Para el modelo de teoría de las normas aquí subyacente, véase MAÑALICH, Juan Pablo, Norma, causalidad y acción (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, 2014), pp. 17 y ss., con referencias ulteriores.

Con arreglo a una concepción estrictamente “cognitivista” del dolo,³ para una imputación a este título no cabe exigir más que una representación de la concreta posibilidad de realización del tipo, con un grado de probabilidad decisoriamente relevante. En estos términos, una imputación a título de dolo se legitima en la siguiente consideración: una persona que advierte la posibilidad concreta de que su comportamiento exhiba, con un grado de probabilidad “relevante para la decisión”, las propiedades que objetivamente lo harían subsumible bajo el respectivo tipo-de-delito es una persona que *actualmente*—esto es: al momento del hecho— está en posición de evitar intencionalmente la realización del tipo, en la medida en que sea físicamente capaz de ello. Lo cual significa: el dolo es un criterio de evitabilidad individual *actual* de la realización del tipo.⁴ En la terminología de la doctrina de la *imputatio*, desarrollada en el marco de la tradición del derecho natural racional y contemporáneamente recuperada por Hruschka, ello equivale a decir que el dolo es un criterio de imputación ordinaria.⁵

1.3. La imprudencia como criterio de imputación extraordinaria

Esta especificación de la función del dolo hace posible, en lo que aquí interesa, determinar en qué consiste la función de imputación de la imprudencia. Pues según ya se sugiriera, la imprudencia se deja precisamente entender como un criterio de imputación que funciona subsidiariamente frente a la exigencia de dolo, esto es, como un criterio de *subrogación* del dolo.⁶ De esto se siguen, por de pronto, tres

³ Véase, desde posiciones ligeramente divergentes, PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Baden-Baden, 2011), § 9/9 y ss.; KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxis-kommentar*, (Baden-Baden, 2010), § 15/14 y s. En la discusión de habla hispana, fundamental RAGUÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, 1999) pp. 155 y ss.

⁴ Véase KINDHÄUSER, Urs, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, en *ZStW* 96 (1984), pp. 1 y ss., 21 y ss.; también KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat*, (Fráncfort del Meno, 1989), pp. 91 y ss.

⁵ Véase HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, (Berlín, 1988), pp. 311 y ss.; también HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal*, Aranzadi, (Navarra, 2005), pp. 11 y ss., 51 y ss. Al respecto, véase asimismo SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, (Montevideo y Buenos Aires, 2008), pp. 13 y ss.

⁶ Véase KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat*, ob. cit., pp. 91 y ss.; fundamental al respecto KINDHÄUSER, Urs, *Elaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, en *GA* (1994), pp. 197 y ss., 204 y ss.; también KINDHÄUSER, Urs, *¿Qué es la imprudencia?*, en *VVA*, *La ciencia penal en la Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, (Santiago, 2013), pp. 217 y ss., 221 y s. Véase también TOEPEL, Friedrich, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt* (Berlín, 1992), pp. 31 y ss. En contra PUPPE, Ingeborg, ob. cit., § 7/1 y s., según quien el concepto de imprudencia estaría “implicado” en el concepto de dolo. Sobre el problema, véase PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el derecho penal*, (Barcelona, 2012), pp. 144 y s., quien rechaza la tesis de la relación de subrogación, entendiendo

consecuencias fundamentales. En primer lugar, y puesto que el dolo y la imprudencia no son más que *criterios* alternativos de imputación (“*subjetiva*”), la estructura de un delito doloso y la del correspondiente delito imprudente son idénticas desde el punto de vista del respectivo objeto de la imputación, que en uno y otro caso está constituida por la realización de algún tipo (“*objetivo*”) de delito. En segundo lugar, y precisamente porque el dolo y la imprudencia fungen como *criterios alternativos* de imputación, una imputación a título de imprudencia presupone, respecto de la persona que funge como sujeto pasivo de la eventual imputación, la exclusión de una imputación de esa misma instancia de realización del tipo a título de dolo. Y en tercer lugar, los presupuestos de una imputación a título de imprudencia han de estar estrictamente referidos a la inevitabilidad individual *actual*—esto es, la inevitabilidad susceptible de ser constatada al momento del hecho— de la realización del tipo.

La tesis de la identidad del tipo objetivo cuya realización puede ser objeto de imputación a título de dolo o de imprudencia está lejos de encontrarse libre de controversia en el debate doctrinal. Pues tal como se intentará demostrar más adelante,⁷ una errónea comprensión de la función de la así llamada “*infracción del deber de cuidado*” lleva a un sector significativo de la doctrina a asumir, por ejemplo, que el tipo (“*objetivo*”) de un homicidio imprudente sería distinto del tipo de un homicidio doloso, quedando la realización del primero supuestamente constituida por la respectiva falta de cuidado.⁸ Desde el punto de vista de la teoría de las normas, semejante concepción tiende a ser fundamentada como sigue: mientras el injusto de un homicidio doloso estaría constituido por el quebrantamiento de la norma consistente en la prohibición de matar a otro, el injusto de un homicidio imprudente lo estaría, más bien, por el quebrantamiento de una “*norma de cuidado*”, entendida ésta como una norma que exigiría la omisión de acciones peligrosas para la vida de algún otro ser humano.⁹ Bajo sus formulaciones más extremas (y consistentes), la tesis así esbozada lleva a la conclusión de que, tratándose de un “*delito imprudente de resultado*”, el efectivo condicionamiento (causal) del resultado no contaría como un elemento del tipo, sino más bien como una condición objetiva de punibilidad.¹⁰

que el dolo y la imprudencia simplemente se corresponderían con magnitudes “*cuantitativamente diferentes*” de evitabilidad individual de la realización del tipo.

⁷ Véase *infra*, 2.

⁸ En la doctrina española, paradigmáticamente CORCOY, Mirentxu, *El delito imprudente* (Barcelona, 1989), pp. 90 y ss.; coincidentemente CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General* (Santiago, 2005), pp. 326 y ss.; 333 y ss.

⁹ Esta última, en efecto, es la fórmula favorecida por ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, (Berlín, 1930), pp. 326, 332 y ss., quien sin embargo entiende que trataría de la misma norma quebrantada a través de un posible homicidio doloso.

¹⁰ En la doctrina chilena, véase CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, ob. cit., pp. 346.

Esto último sugiere dónde radica el déficit de esa misma concepción, que es primordial aunque no exclusivamente tributaria de los modelos finalistas,¹¹ a saber: en su incompatibilidad con la comprensión de la imprudencia –esto es, de la infracción del respectivo “deber de cuidado”– como un criterio de imputación (“subjética”) que subroga al dolo faltante. Pues si la imprudencia opera como un criterio de imputación, aquello de cuya eventual imputación se trata –esto es: el objeto de la imputación– precisamente ha de poder ser identificado con independencia de esa adscripción de imprudencia.¹² Pero este hallazgo vuelve necesario hacer explícito que las categorías hoy estandarizadas de “tipo objetivo” y “tipo subjetivo” no pertenecen a un mismo nivel de análisis; antes bien, y en lo concerniente a la exigencia de dolo o imprudencia, el así llamado “tipo subjetivo” especifica los criterios en virtud de los cuales a una persona puede ser imputable la realización del respectivo “tipo objetivo”.¹³ En caso contrario, por lo demás, dejaría de tener sentido hablar de algún delito doloso y un “correspondiente” delito imprudente.

Pero el dolo y la imprudencia no son, simplemente, criterios alternativos de imputación subjetiva. Antes bien, y de acuerdo con lo ya sostenido, el dolo ha de ser entendido como el criterio primario de imputación subjetiva. En tal medida, y no obstante tratarse de una cuestión controvertida en el contexto de la doctrina comparada, la imprudencia tiene que ser entendida como un criterio de imputación *subsidiario* frente al dolo.¹⁴ Esto quiere decir que una posible imputación a título de imprudencia sólo tiene sentido bajo la condición de que la realización del respectivo tipo-de-delito no resulte imputable ya a título de dolo.¹⁵ Lo cual a su vez significa: una imputación a título de imprudencia presupone que, al momento del

¹¹ Véase al respecto PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el derecho penal*, ob. cit., pp. 107 y ss.

¹² Para una defensa reciente de este punto de vista, véase PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el derecho penal*, ob. cit., pp. 115 y ss., 133 y ss., 151 y ss., aun cuando de la mano del instrumental de la así llamada “teoría de la imputación objetiva”.

¹³ Fundamental KINDHÄUSER, Urs, *La función del tipo subjetivo*, en *InDret 4* (2008), pp. 5 y ss. Nótese que ello no vale para los así llamados “elementos subjetivos específicos” del tipo verbigracia, ¿el ánimo de apropiación en el hurto?, buena parte de los cuales desempeña la función de co-especificar las condiciones de la antinormatividad del respectivo objeto de la eventual imputación. Esto muestra que la distinción misma entre un “tipo objetivo” y un “tipo subjetivo” es sistemáticamente poco afortunada, siendo preferible diferenciar el tipo-de-delito (que puede incorporar “elementos subjetivos específicos”) como una descripción cuya realización constituye el posible objeto de una imputación, por un lado, y los criterios de imputación “subjética”, constituidos por el dolo y la imprudencia, de cuya satisfacción depende la eventual imputación de la realización del tipo, por otro.

¹⁴ *Supra*, nota 6.

¹⁵ Véase ya ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, ob. cit., p. 241.

hecho, la correspondiente realización del tipo-de-delito ha sido intencionalmente *inevitable* para el potencial autor.

Pero “no se responde por imprudencia sencillamente porque no se responde por dolo”.¹⁶ En efecto, la función de imputación de la falta de cuidado ha de ser entendida en estricta referencia al déficit de evitabilidad actual de la realización del tipo-de-delito por parte del potencial autor. Esto quiere decir, por de pronto, que la exigencia de cuidado cuya infracción sea constitutiva de imprudencia ha de ser tal que, de haber sido observada por el autor, éste habría quedado en posición, al momento del hecho, de evitar intencionalmente la realización del tipo. En esta medida, la imprudencia se constituye en un criterio de evitabilidad secundaria: la realización del tipo es imputable a una persona a título de imprudencia sólo si es una determinada falta de cuidado lo que explica que la realización del tipo no haya sido intencionalmente evitable, al momento del hecho, por parte del autor. Puesto en otras palabras: la imprudencia es la “inevitabilidad evitable” de la realización del tipo.¹⁷ Lo cual significa, en la terminología de la y mencionada doctrina de la *imputatio*, que la imprudencia constituye un criterio de imputación extraordinaria.¹⁸

1.4. Dos consecuencias

Tal comprensión de la imprudencia como criterio de imputación tiene implicaciones de importancia para variados problemas, que habrán de ser analizados en lo que sigue. Por el momento, serán simplemente enunciadas dos de esas implicaciones, en las cuales no habrá de entrarse pormenorizadamente.

La primera implicación es la siguiente: puesto que no hay tal cosa como un delito genérico de imprudencia (*crimen culpae*), consistente en la simple inobservancia del cuidado esperable de una persona en un determinado contexto social, sino sólo múltiples especies de formas de comportamiento delictivo cuya realización es susceptible de ser imputada a título de imprudencia (*crimina culposa*),¹⁹ tampoco puede haber tal cosa como un cuasidelito de homicidio o de lesión corporal —o de cualquier otra especie— “con resultado múltiple”.

Por vía de ejemplo: Si A hace detonar, a sabiendas, una bomba causando la muerte de B, C y D, es claro que en tal caso A resultaría responsable como autor de

¹⁶ PÉREZ DEL VALLE, Carlos, La imprudencia en el derecho penal, ob. cit., p. 151.

¹⁷ Así KINDHÄUSER, Urs, La función del tipo subjetivo, ob. cit., pp. 23 y s.

¹⁸ Véase los trabajos citados *supra*, nota 5; así también, y en detalle, MAÑALICH, Juan Pablo, Nötigung und Verantwortung, (Baden-Baden, 2009), pp. 67 y ss.

¹⁹ ENGISCH, Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, ob. cit., p. 241.

tres delitos dolosos de homicidio, en concurso ideal.²⁰ *Mutatis mutandis* entonces, si A hace detonar, inadvertida pero descuidadamente, una bomba causando así la muerte de B, C y D, entonces A tendría que resultar responsable como autor de *tres* delitos imprudentes de homicidio, también en concurso ideal.²¹ Pues para el reconocimiento de la posible perpetración de “dos o más delitos” a través de un “un solo hecho”, en el sentido del art. 75 del Código Penal, resulta irrelevante cuál sea el criterio de imputación subjetiva que venga en consideración. Lo cual significa: si a través de la ejecución o la omisión de una y la misma acción tiene lugar la realización múltiple de un mismo tipo-de-delito (en la forma de un “concurso homogéneo”), o bien la realización de múltiples tipos-de-delito diferentes (en la forma de un “concurso heterogéneo”), entonces el concurso de hechos punibles así configurado exhibirá la estructura de un concurso ideal, con total independencia del carácter doloso o imprudente de los hechos punibles concurrentes.²²

La segunda implicación, que apenas será esbozada aquí, es la siguiente: si la imprudencia se entiende como una estructura de imputación que descansa en un criterio de evitabilidad secundaria —esto es, de evitabilidad de una falta de evitabilidad—, nada obsta a que la estructura de imputación de la imprudencia pueda ser sistemáticamente combinada con las estructuras de imputación a las cuales recurrimos, diferenciadamente, para fundamentar una imputación a título de autoría o de participación, en cada una de las diversas formas que éstas puedan asumir. Lo cual significa: no hay razón alguna por la cual una imputación fundada en una adscripción de imprudencia deba quedar anclada al régimen propio de un “concepto unitario de autor”. En estos términos, es posible sin más que la respectiva realización del tipo resulte imputable, en razón de una

²⁰ Sobre esto último, véase en detalle MAÑALICH, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15 (2011), pp. 139 y ss., 152 y ss., 154 y ss., con una refutación de la tesis favorable al reconocimiento de un concurso real en tales casos, tesis que descansa en una tergiversación del concepto de hecho con relevancia para la fundamentación de un concurso ideal.

²¹ En la jurisprudencia chilena, sin embargo, se halla bastante extendido el malentendido, que encuentra apoyo en cierta doctrina, según el cual en tales casos habría que reconocer nada más que un único “cuasidelito con resultado múltiple”; véase en este sentido, y a modo de ejemplo, la sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 23 de junio de 2009, rol N° 6113-08, especialmente en su considerando 31°. A favor del reconocimiento de un concurso ideal entre múltiples cuasidelitos de resultado en tales casos, véase sin embargo la sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 30 de septiembre de 1999, rol N° 3980-98, en su considerando 8°.

²² Para ello, el criterio de reconocimiento de una “unidad de hecho”, en el sentido del art. 75 del Código Penal, tendría que corresponderse con un test de *evitabilidad conjunta*: de haber sido posible la evitación de la realización de los dos o más tipos a través de la omisión o la ejecución de una y la misma misma acción, entonces la realización de los dos o más tipos habrá tenido lugar en una situación de unidad de hecho. Véase al respecto MAÑALICH, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno, ob. cit., pp. 152 y ss.

adscripción de imprudencia y a título de autoría, a una o más personas de cuyo comportamiento no se deje predicar la realización “de propia mano” de ese mismo tipo.²³ Ello sucedería, en efecto, tratándose de una posible autoría mediata o de una posible coautoría fundamentada por imprudencia.²⁴ Para una posible autoría mediata, lo determinante será que la realización del tipo quede asociada al comportamiento de una persona (“de delante”) en la cual se configure un déficit en algún presupuesto de su eventual responsabilidad, siempre que esa persona (“de atrás”), no habiendo observado el cuidado de ella esperable, se haya hecho específicamente responsable de la situación en la cual la primera ejecuta u omite la acción respectiva bajo el correspondiente déficit, de modo tal que la realización del tipo resulte imputable a la segunda.²⁵ Para una posible coautoría, en cambio, lo fundamental será que la realización del tipo se constituya a través de la unificación del comportamiento de varios –dos o más– intervinientes, que se encuentren (explícita o implícitamente) vinculados entre sí por un “esquema común de interpretación” en el cual sea reconocible la infracción de una exigencia de cuidado, cuya observancia hubiese asegurado su capacidad de evitar conjuntamente la realización del tipo.²⁶

Pero desde luego: también es conceptualmente viable la construcción de una intervención accesoria –esto es, de participación– fundamentada por imprudencia ya sea en la forma de una inducción o de una complicidad.²⁷ A este respecto decisivo será que en la contribución (no dolosa) del respectivo interviniente, efectivamente provea la razón que co-determine la perpetración del hecho: por parte del autor, tratándose de una inducción, o bien que posibilite o favorezca la perpetración, tratándose de una complicidad, sea reconocible la infracción de una exigencia de cuidado cuya observancia hubiese asegurado su capacidad de evitar esa misma contribución.

²³ Para el modelo teórico de reelaboración dogmática de las estructuras de la así llamada “intervención delictiva”, aquí subyacente, véase MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción*, ob. cit., pp. 76 y ss., con ulteriores referencias.

²⁴ Fundamental en la discusión más reciente, RENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Tatbegriff und fahrlässige Beteiligung*, (Tübinga, 1997), pp. 154 ss., 262 ss., 282 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, Javier, *Intervención delictiva e imprudencia*, (Granada, 2004), pp. 159 y ss., 237 y ss.; En la discusión chilena, véase VAN WEEZEL, Alex, *Límites de la imputación penal*, (Bogotá, 2011), pp. 220 y ss., 285 y ss., 293 y ss., 306 y ss.

²⁵ Para esta concepción, véase en detalle MAÑALICH, Juan Pablo, *La estructura de la autoría mediata*, en *Revista de Derecho PUCV* 34 (2010), pp. 385 y ss.; también MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción*, ob. cit., pp. 79 y ss.

²⁶ Véase MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción*, ob. cit., pp. 82 y ss.

²⁷ Véase sólo SÁNCHEZ LÁZARO, Javier, *Intervención delictiva e imprudencia*, ob. cit., pp. 447 y ss., 463 y ss.

2. LA FUNCIÓN DE IMPUTACIÓN DE LA INFRACCIÓN DE LA EXIGENCIA DE CUIDADO

La diferencia específica entre la estructura de injusto de un delito doloso y la de un delito imprudente radica en nada más –y nada menos– que el específico criterio de imputación sobre el cual descansa el respectivo juicio de evitabilidad –actual o potencial, respectivamente– de la realización del tipo. Luego, si para una imputación a título de imprudencia es en todo caso imprescindible la comprobación de la infracción de una exigencia de cuidado, lo que interesa ahora es precisar en qué consiste exactamente la función de imputación de esa “falta de cuidado”.²⁸

De acuerdo con lo ya anticipado, la imprudencia se deja entender como un criterio de imputación que compensa o subroga el déficit de capacidad actual –al momento del hecho– de omitir la acción prohibida o ejecutar la acción requerida por la norma, según corresponda. Así, que la realización del tipo del homicidio resulte subjetivamente imputable a título de imprudencia significa que el potencial autor queda privado de la posibilidad de exonerarse invocando su incapacidad de evitación actual de la producción de la muerte de otro. Para que tal imputación “adversativa” sea legítima,²⁹ es necesario que la inevitabilidad de la realización del tipo haya sido, a su vez, individualmente evitable para el potencial autor. Y el criterio para esta “evitabilidad secundaria” se encuentra, justamente, en la infracción de una exigencia de cuidado: un hecho con relevancia delictiva será subjetivamente imputable a título de imprudencia si y sólo si el potencial autor hubiese efectivamente podido asegurar su capacidad de evitar la realización del tipo-de-delito observando el cuidado esperable de un ciudadano fiel a derecho. De esto se siguen, por de pronto, cuatro consecuencias de importancia.

La primera concierne directamente al estatus de la correspondiente exigencia de cuidado. En la medida en que la imprudencia sea entendida como un *criterio* de imputación, resulta a todas luces inviable identificar la exigencia de cuidado cuya infracción pueda ser constitutiva de imprudencia, por un lado, con el deber de acción o abstención fundamentado por la norma de requerimiento o de prohibición cuyo quebrantamiento es constitutivo del respectivo objeto de la imputación, por otro. De ahí que la correspondiente exigencia de cuidado tenga que ser entendida como una exigencia puramente auxiliar, que provee el parámetro para hacer responsable al potencial autor de su eventual incapacidad de evitación actual de la realización de la correspondiente forma de comportamiento antinormativo. Y precisamente en pos de evitar la confusión normológica del deber fundamentado por la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento es delictivo y la exigencia de cuidado cuya

²⁸ Fundamental para lo que sigue KINDHÄUSER, Urs, *Elaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, ob. cit., pp. 204 y ss., 210 y ss.; KINDHÄUSER, Urs, *¿Qué es la imprudencia?*, ob. cit., pp. 222 y ss.

²⁹ Al respecto SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, ob. cit., pp. 36 y ss., 43 y ss.

infracción puede habilitar una imputación de aquella norma a título de imprudencia, tiene sentido identificar la exigencia de cuidado con una *incumbencia*.³⁰

En segundo lugar, y precisamente por tratarse de un criterio de evitabilidad individual “secundaria”, la adscripción de imprudencia es siempre relativa a las capacidades y los conocimientos de los cuales efectivamente haya dispuesto el potencial autor.³¹ Puesto en terminología más tradicional, ello significa que la *infracción* de la exigencia de cuidado tiene que ser determinada bajo la adopción de un baremo individualizador, y no generalizador.³² Pues para legitimar una imputación jurídico-penal a la persona del potencial autor, resulta enteramente irrelevante cuál hayan sido las capacidades y los conocimientos de un “buen padre de familia” o un “hombre medio-empírico”; antes bien, lo único que importa es cuál haya sido la medida de cuidado que cabía esperar de un ciudadano fiel a derecho efectivamente dotado de las capacidades y los conocimientos individuales del potencial autor.

Por supuesto, lo anterior deja intacta que, *como tal*, la exigencia o incumbencia de cuidado ha de encontrarse *objetivamente determinada*, en atención a cuál sea la expectativa de precaución puesta sobre una persona que se desenvuelve en el correspondiente contexto, lo cual ciertamente puede ser relativo al desempeño de un determinado rol. Frente a esto, es sólo la pregunta ulterior, concerniente a si cabe reconocer una *infracción* de esa misma exigencia de cuidado, que a su vez pueda fundamentar una imputación de la realización del tipo a título de imprudencia, ha de ser respondida en exclusiva atención a las capacidades y los conocimientos de los

³⁰ Véase al respecto HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, ob. cit., pp. 415 y ss.; MAÑALICH, Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung*, ob. cit., pp. 68 y ss. El recurso a la noción de *incumbencia* se justifica en pos de su estricta demarcación normológica frente al concepto (técnico) de deber. Pues por “deber” cabe entender, en términos del modelo del silogismo práctico, la concreta exigencia de comportamiento que se obtiene, como conclusión, a partir de la respectiva norma (de prohibición o de requerimiento) en tanto razón para la omisión o la ejecución de una acción (principal). Por “incumbencia”, en cambio, cabe entender una exigencia «secundaria» de comportamiento, susceptible de ser fundamentada a través de un silogismo (“secundario”) construido sobre la premisa constituida por el desiderátum de asegurar la posibilidad y la propia capacidad de quedar en condiciones de omitir o ejecutar, en conformidad a deber, la correspondiente acción principal. Acerca del modelo del silogismo práctico como esquema para la clarificación de la estructura de la imputación jurídico-penal, véase en detalle MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción*, ob. cit., pp. 20 y ss., 23 y ss. Acerca de la viabilidad y la pertinencia de la “importación” jurídico-penal del concepto de incumbencia, véase el reciente intercambio entre MONTIEL, Juan Pablo, *¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?*, en *InDret 4* (2014), *passim*, y SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *¿Incumbencias en Derecho penal? Dependencia*, en *InDret 1* (2015) desde perspectivas diferentes.

³¹ Fundamental KINDHÄUSER, Urs, *Elaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, ob. cit., pp. 204 y ss., 210 y ss.; KINDHÄUSER, Urs, *La función del tipo subjetivo*, ob. cit., pp. 19 y ss.

³² En la discusión chilena, y en la dirección aquí favorecida, véase ya VAN WEEZEL, Alex, *Límites de la imputación penal*, ob. cit., pp. 127 y ss., 142 y ss.

cuales dispusiera efectivamente el sujeto (pasivo) de la imputación.³³ Es sólo de este modo que una imputación a título de imprudencia resulta susceptible de legitimación bajo el principio de culpabilidad.

Lo recién apuntado sirve para clarificar la usual –aunque problemática– distinción entre las nociones de “cuidado externo” (o “cuidado objetivo”) y “cuidado interno” (“o cuidado subjetivo”).³⁴ En los términos aquí favorecidos, por “cuidado externo” se deja entender la concreta medida de precaución a través de cuya adopción el agente tendría que asegurar su propia capacidad de evitar la realización del tipo; por “cuidado interno”, en cambio, el ejercicio de las propias capacidades cognitivas en pos del reconocimiento, *ex ante*, de la posibilidad –o “riesgo”– de realización del tipo en cuestión.³⁵ En tal medida, se trata de la distinción entre la pregunta por la “evitabilidad conforme a cuidado”, de un lado, y la pregunta por la “previsibilidad conforme a cuidado”, por otro. Y ambas preguntas han de ser respondidas, entonces, en atención a las capacidades del potencial autor.

En tercer lugar, que la infracción de la respectiva exigencia de cuidado desempeñe una función de imputación allí donde la realización del tipo no resulta imputable a título de dolo se traduce en que la caracterización de un delito como imprudente nada diga, por de pronto, acerca de si el delito en cuestión es de naturaleza comisiva u omisiva. Pues esta última es una pregunta estrictamente referida a la estructura del tipo (“objetivo”) de delito cuya realización viene en consideración como posible objeto de la imputación, pregunta que es analíticamente independiente de cuál haya de ser el criterio que fundamente esa misma imputación.³⁶ De ahí que sea del todo incorrecto asociar la eventual adscripción de imprudencia por la falta de adopción de alguna medida de precaución, por una parte, con el supuesto carácter omisivo del respectivo “cuasidelito”, por otra.³⁷

³³ Véase en este sentido ya HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, (Oxford, 1968), pp. 136 y ss., 152 y ss.; recientemente y en detalle REYES, Ítalo, Sobre la construcción de la exigencia de cuidado, en *Política Criminal* 10, N° 19 (2015), pp. 56 y ss., 60 y ss., 73 y ss., 82 y ss.

³⁴ Fundamental ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, ob. cit., pp. 266 y ss., 271 y ss. Véase también CORCOY, Mirentxu, ob. cit., pp. 126 y ss., 131., quien asocia la distinción, empero, a la diferenciación del tipo objetivo y el tipo subjetivo del delito imprudente. lo cual es incompatible con el punto de vista aquí defendido: en tanto criterio de imputación subjetiva, la fundamentación de la imprudencia (tanto en su dimensión objetiva como subjetiva) concierne al “injusto subjetivo” del hecho.

³⁵ Así KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, ob. cit., § 15/52, 56.

³⁶ Véase en detalle MAÑALICH, Juan Pablo, Omisión del garante e intervención delictiva, en *Revista de Derecho UCN* 21, N° 2 (2014), pp. 225 y ss., 231 y ss.

³⁷ Acertadamente ya CORCOY, Mirentxu, ob. cit., pp. 68 y ss.; también HERNÁNDEZ, Héctor, Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa, en *Revista de Estudios de la Justicia* 10 (2008), pp. 175 y ss., 183 s.; véase sin embargo VAN WEEZEL,

Finalmente, y en cuarto lugar, la falta de cuidado que puede fundamentar un adscripción de imprudencia ha de entenderse estrictamente referida a la evitabilidad de la realización del tipo-de-delito de cuya eventual imputación se trata. Esto significa que la determinación de la correspondiente exigencia de cuidado es inherentemente situacional: la medida de precaución que el potencial autor habría tenido que adoptar en pos de asegurar su capacidad de evitar la realización del tipo no se deja identificar en abstracto, sino sólo en referencia a su concreta situación.

Esto último ofrece una clave para clarificar la relación en que pueden encontrarse la contravención de una norma de seguridad genéricamente vinculada para un determinado ámbito de actividad, como lo son algunas de las reglas establecidas en la Ley de Tránsito, de un lado, y la infracción de una exigencia de cuidado eventualmente constitutiva de imprudencia, de otro.³⁸ A este respecto la sola contravención de una norma de seguridad no equivale sin más a una falta de cuidado que pueda legitimar una imputación a título de imprudencia. Por la pregunta relevante aquí es si la observancia del cuidado esperable en el tráfico habría puesto al potencial autor en posición de evitar la realización del tipo. Es algo que de ningún modo estará necesariamente implicado en la sola contravención de una norma de seguridad.³⁹ Lo contrario supondría validar, veladamente una atribución de responsabilidad por *versari in re illicita*, incompatible con observancia del principio de culpabilidad.

3. LOS LÍMITES DE LA IMPUTACIÓN A TÍTULO DE IMPRUDENCIA

3.1. La necesidad de una relación de riesgo

La tesis recién enunciada deja intacta, por supuesto, la posibilidad de que contravención (imputable) de alguna norma de seguridad pueda resultar delictiva.

Álex, Límites de la imputación penal, ob. cit., pp. 146 y s., quien favorece la confusión de ambas categorías al hablar de un "entrecruzamiento entre el deber de cuidado cuya infracción hace nacer la imprudencia, y el deber que emana de la posición de garante, que a su vez fundamenta la omisión", añadiendo que "Ambos, deber de cuidado y posición de garante, tienen un mismo fundamento: la realización de una conducta riesgosa para los bienes jurídicos". La última proposición es a todas luces incorrecta; véase al respecto KINDHÄUSER, Urs, ¿Qué es la imprudencia?, ob. cit., pp. 225 y s., en referencia a la necesidad de diferenciar los deberes de acción o de abstención fundamentados por la norma de comportamiento respectiva, por un lado, y las exigencias de cuidado cuya infracción puede ser constitutiva de imprudencia, por otro.

³⁸ Latamente al respecto, y en referencia a la jurisprudencia, MAÑALICH, Juan Pablo, Condiciones generales de la punibilidad, ob. cit., pp. 407 y ss.

³⁹ En la (problemática) terminología de la teoría de la imputación objetiva, la cuestión es tematizada bajo la etiqueta del así llamado "ámbito de protección de la norma (de cuidado)"; véase sólo ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, (Madrid, 1997), § 11/68 y ss., § 24/15 y s.

(y punible) *per se*. En efecto, la propia Ley de Tránsito tipifica tales “infracciones o contravenciones”, característicamente en la forma de delitos de peligro abstracto, en sus arts. 197 y siguientes. Pero la pregunta que aquí interesa es enteramente distinta, a saber: la pregunta por la relevancia que pueden exhibir tales normas de seguridad en relación con la constitución de un eventual delito imprudente de resultado, como lo sería, verbigracia, un cuasidelito de homicidio o de lesión corporal acontecido en el marco del tráfico rodado.

Desde luego, en el quebrantamiento de semejante norma de seguridad puede reconocerse un *indicador* de una falta de cuidado que pudiera resultar constitutiva de imprudencia. Pero se tratará, en todo caso, de un indicador *derrotable*.⁴⁰ Ello se ve patentemente confirmado por el art. 492 del Código Penal: la sola “infracción de los reglamentos” no basta para que la realización del respectivo tipo-de-delito (“contra las personas”) sea imputable en la forma de un cuasidelito, sino que es necesario que ella vaya acompañada de “mera imprudencia o negligencia”. Y una manera obvia de dar cuenta de la distinción legislativa entre la modalidad de “culpa” reconocida bajo el art. 492 y aquella reconocida bajo el art. 490, bajo la denominación de “imprudencia temeraria”, consiste en advertir la función exhibida por los “reglamentos” en el primer caso: la imprudencia no necesita ser “temeraria” cuando la exigencia de cuidado en cuestión se deja identificar a partir de una o más normas de seguridad de índole “reglamentaria”.⁴¹

Aquí puede ser útil recurrir a un ejemplo sencillo. El art. 145 de la Ley de Tránsito fija los diferentes límites de velocidad máxima a los cuales ha de sujetarse la conducción de un vehículo motorizado. Tratándose de una conducción en zona urbana, y siempre que el peso bruto del vehículo no supere los 3.860 kg. —y que además no se trate de un vehículo de transporte escolar—, el límite máximo es de 60 km/h. Supóngase ahora que A conduce un vehículo que satisface la especificación anterior, al interior de una zona urbana, a una velocidad de 80 km/h., con ocasión de lo cual se ve enfrentado, súbitamente, al peatón B, quien se encuentra cruzando la misma calzada por la cual actualmente se desplaza el vehículo conducido por A; éste aplica los frenos del automóvil, mas sin alcanzar a detener su trayectoria, impactando así a B, quien resulta gravemente herido y en definitiva muerto.

La sola circunstancia de que A condujera su vehículo a una velocidad superior al límite máximo legalmente fijado no basta para fundamentar la imputación a A de la producción de la muerte de B a título de imprudencia, en la forma de un

⁴⁰ Así ROXIN, Claus, ob. cit., § 24/16; KINDHÄUSER, Urs, Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar, ob. cit., § 15/51.

⁴¹ Acertadamente HERNÁNDEZ, Héctor, Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa, en *Revista de Estudios de la Justicia* 10, ob. cit., p. 112; en el mismo sentido ya MAÑALICH, Juan Pablo, Condiciones generales de la punibilidad, ob. cit., pp. 415 y s.

cuasidelito de homicidio. Pues la pregunta capital todavía no ha sido respondida: ¿habría sido A capaz, en el momento relevante, de evitar el atropello de B en caso de haberse atenido en su conducción al límite de velocidad de 60 km/h? Y si la respuesta a esta pregunta es negativa, entonces no será la conducción a 80 km/h la que explique, como paso de imputación, la incapacidad de A de evitar la producción de la muerte de B, en cuyo caso en la superación del límite máximo de velocidad precisamente ya *no* será reconocible la infracción de una exigencia de cuidado que fundamente la imputación de un homicidio a título de culpa o imprudencia.

En la dogmática de la imprudencia, el presupuesto de imputación según el cual la infracción de la correspondiente exigencia de cuidado ha de ser lo que explique la inevitabilidad de la realización del tipo se conoce bajo la etiqueta “relación de riesgo” (o bien: “nexo de contrariedad a deber”, o “conexión de antijuridicidad”): Para determinar cuándo falla ese nexo explicativo, se recurre a la pregunta de si la realización del tipo también habría sido individualmente inevitable para el potencial autor si éste hubiese adoptado un “comportamiento alternativo conforme a derecho”, o cabría decir, más precisamente: un comportamiento alternativo *conforme a cuidado*. En el ejemplo recién propuesto, la pregunta pasa a ser si acaso A habría asegurado su capacidad de *evitar* producir la muerte de B de haber observado primero el límite máximo de velocidad de conducción. Y si la respuesta es negativa, en atención a que, aun de haber conducido observando el límite máximo de velocidad, A de todas formas habría sido incapaz de evitar el atropello letal para B, entonces habrá fallado la relación de riesgo, quedando descartada una imputación a título de imprudencia.

3.2. *El riesgo permitido como criterio de demarcación de la exigencia de cuidado*

El razonamiento que lleva a descartar una adscripción de imprudencia en los casos de falta de relación de riesgo descansa en una premisa que es imprescindible hacer explícita, a saber: que es necesario reconocer la existencia de límites objetivos a la exigencia de cuidado cuya infracción pudiera ser constitutiva de imprudencia. Para volver una vez más a nuestro ejemplo: al argumento que llevaría a desechar una eventual imputación de un homicidio a título de imprudencia, en caso de que aun bajo una conducción que no hubiese superado el límite máximo de velocidad

⁴² Véase KINDHÄUSER, Urs, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, ob. cit., pp. 219 y ss; KINDHÄUSER, Urs, *¿Qué es la imprudencia?*, ob. cit., pp. 227 y s. Para una revisión exhaustiva véase sólo CORCOY, Mirentxu, ob. cit., pp. 423 y ss. Para un panorama de las posiciones que respecto se dejan reconocer en la doctrina chilena, véase HERNÁNDEZ, Héctor, Artículo 2°, e COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dir.), *Código Penal Comentado. Parte General*, ob. cit., pp. 47 y s.

la producción de la muerte de B habría sido individualmente inevitable para A, subyace una hipótesis, a saber: la hipótesis según la cual de A no cabía esperar, en esas circunstancias, la observancia de una velocidad de conducción que se encontrase significativamente por debajo de ese mismo límite. Y esto, aun cuando sea probable que, de haberse desplazado el automóvil conducido por A a una velocidad –digamos– de 30 km/h, entonces el atropello letal para B sí hubiese sido individualmente evitable para A. Ello significa, en consecuencia, que el cuidado situacionalmente esperado de una persona que practica la fidelidad al derecho no puede llegar a una medida que garantice *a cualquier costo* la subsistencia de su propia capacidad de evitar la realización del respectivo tipo-de-delito; antes bien, la exigencia de cuidado ha de encontrarse objetivamente delimitada en atención a márgenes de riesgo socialmente tolerado. En nuestro ejemplo, ese margen de riesgo socialmente tolerado se encuentra expresado en la fijación del límite máximo de velocidad permitida en 60 km/h.

Así, es a modo de delimitación –y no de fundamentación– de la eventual exigencia de cuidado cuya infracción puede resultar constitutiva de imprudencia que adquieren relevancia inmediata las normas de seguridad vinculantes para un determinado ámbito de actividad.⁴³ En terminología dogmática, semejante criterio de delimitación objetiva de la medida de cuidado cuya falta de adopción pudiera habilitar una imputación a título de imprudencia se conoce bajo la etiqueta “riesgo permitido”.⁴⁴ quien se desenvuelve en un ámbito de actividad distintivamente riesgoso no necesita preocuparse del aseguramiento de su capacidad situacional de evitar producir menoscabos para bienes jurídicos ajenos, *en la medida* en que se atenga al margen de riesgo jurídicamente tolerado en ese mismo ámbito.⁴⁵

⁴³ Véase MAÑALICH, Juan Pablo, Condiciones generales de la punibilidad, ob. cit., pp. 410 y ss.

⁴⁴ KINDHÄUSER, Urs, *Elaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, ob. cit., pp. 215 y ss.; KINDHÄUSER, Urs, *La función del tipo subjetivo*, ob. cit., pp. 22 y s. En tal medida, es desacertada la invocación que PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el derecho penal*, ob. cit., p. 134, con n. 640, hace de la tesis de Kindhäuser, en pos de defender la relevancia del criterio del riesgo permitido para la exclusión de una imputación a título de dolo.

⁴⁵ Es precisamente en este sentido, por lo demás, que se deja entender la eximente de “caso fortuito” prevista por el art. 10 N° 8 del CP, respecto de casos se “con ocasión de la ejecución de un acto lícito, con la debida diligencia, [se] causa un mal por mero accidente”. Al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo, *Condiciones generales de la punibilidad*, ob. cit., pp. 263 y ss., en referencia específica al muy importante pronunciamiento de la Corte Suprema, de 19 de enero de 2005, rol N° 9-2003, que culminó en la absolución de un médico anestesista que practicara una transfusión de sangre de un tipo incompatible con el de la paciente en definitiva fallecida, en atención a que el anestesista había recibido la sangre para la transfusión de parte de la tecnóloga médico a quien competía la comprobación del tipo de sangre en cuestión. Para un detallado desarrollo de la tesis interpretativa en cuestión, véase REYES, Ítalo, *Falta de cuidado y riesgo permitido: una clave de lectura del art. 10 N° 8 del Código Penal*, memoria de licenciatura, Facultad de Derecho,

Es crucial advertir, ahora bien, lo que implica la caracterización del riesgo permitido como un criterio de exclusión (objetiva) de una potencial imputación (subjetiva) a título de imprudencia, a saber: que su operatividad como criterio de descarga de la imputación se encuentra estrictamente referido a la *inevitabilidad* intencional de la realización del tipo que admita ser explicada por la falta de aseguramiento, por parte del potencial autor, de su propia capacidad de evitar la realización del tipo dentro del margen de riesgo tolerado. Eso significa por de pronto que si, manteniéndose dentro del margen de riesgo permitido, el potencial autor en efecto no ve comprometida su capacidad de evitar intencionalmente la realización del tipo, entonces la eventual realización del tipo le será imputable, a título de *dolo*, en la medida en que no haya puesto su efectiva capacidad de evitación al servicio del seguimiento de la norma respectiva.⁴⁶ Por vía de ejemplo: si en una zona urbana A se desplaza conduciendo su automóvil a una velocidad de 55 km/h y, advirtiendo que el peatón B se encuentra practicando yoga en la mitad de la calzada, A no detiene el vehículo aplicando los frenos, arrollando a B por encima y causándole la muerte, A no podrá exonerarse frente al cargo de un homicidio esgrimiendo que simplemente se mantuvo dentro del margen del riesgo permitido.⁴⁷ Pues en este caso, A sí era actualmente capaz de evitar intencionalmente arrollar a B, lo cual legitimaría una imputación del correspondiente homicidio a título de *dolo*. Y desde luego, la observancia del correspondiente margen de riesgo permitido tampoco puede fundamentar una exclusión de la imputación, ahora a título de imprudencia si la inevitabilidad de la realización del tipo se deja explicar por la inobservancia de una medida de cuidado que el potencial autor tendría que haber adoptado aun manteniéndose dentro de ese mismo margen de riesgo. Así, A no podría esgrimir su incapacidad de evitar el arrollamiento del peatón B, en las mismas circunstancias como base de un descargo frente a la imputación del homicidio de B a título de imprudencia si, a pesar de haber estado conduciendo su automóvil a 55 km/h, / no advirtió la presencia de B por no haber estado mirando de frente por la calzada

Universidad de Chile, (2014), pp. 211 y ss., 222 y ss., disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/115478>.

⁴⁶ Véase KINDHÄUSER, Urs, *Elaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, ob. cit., pp. 221 y s

⁴⁷ Esto muestra, adicionalmente, por qué es importante no confundir la noción de "permisión" tal como ella co-define la noción de riesgo permitido, con la noción de una norma permisiva que pudiera, verbigracia, operar como una causa de justificación. Pues es claro que, en referencia al ejemplo considerado en el texto principal, el conductor A no cuenta con un permiso para arrollar a B fundado en su conducción respetuosa del correspondiente límite de velocidad; en tal medida aquí la "permisión" no se refiere al comportamiento de cuya potencial antinormatividad se trata sino sólo a un comportamiento que compromete la posterior evitabilidad del correspondiente comportamiento antinormativo. Así KINDHÄUSER, Urs, *Elaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, ob. cit., pp. 216 y ss.

3.3. *El principio de confianza como especificación del riesgo permitido*

Como una especificación del criterio del riesgo permitido –tal como se lo acaba de presentar– en contextos de coordinación del comportamiento de varias personas se deja entender, a su vez, el así llamado “principio de confianza”.⁴⁸ Pues este último criterio se orienta precisamente a demarcar la medida de precaución a ser adoptada por una persona que se desenvuelve en un ámbito de riesgo compartido con una o más personas, sea en el contexto del tráfico rodado, sea en el contexto de prestación de servicios médicos, sea en la operación de organizaciones empresariales, y así sucesivamente. A este respecto, la especificidad del principio de confianza radica en que la demarcación de la medida de cuidado es aquí relativa a una descarga de la tarea de comprobar que los demás involucrados en el respectivo contexto de riesgo a su vez organicen su comportamiento de modo jurídicamente correcto, lo cual ciertamente incluye la respectiva observancia del cuidado esperado de cada uno de ellos.

Que se trata aquí –tal como sucede tratándose del riesgo permitido en general– de nada más que un criterio de delimitación objetiva de la exigencia de cuidado, se ve suficientemente confirmado por la tesis, ampliamente extendida en la discusión doctrinal, según la cual la posibilidad de confiar en la organización adecuada a cuidado del comportamiento ajeno decae apenas el potencial autor advierte que esta última hipótesis se ve efectivamente falseada. Si el conductor de un automóvil que se enfrenta a un semáforo en luz verde se percata de que un peatón se dispone a atravesar la calzada haciendo caso omiso de la luz roja que él enfrenta, el conductor no podría esgrimir el principio de confianza para exonerarse de responsabilidad si en definitiva arrolla al peatón, dejándolo gravemente herido, habiendo podido detenerse a tiempo. Pues en este caso, la causación de un resultado de lesión corporal en la persona del peatón será imputable al conductor a título de dolo.

4. ¿SUFICIENCIA DE UN “INCREMENTO DEL RIESGO”?

Ahora puede ser importante despejar una posible objeción a la tesis recién sostenida, en lo tocante a la exclusión de una imputación a título de imprudencia por fallar la ya mencionada relación de riesgo. En la discusión doctrinal comparada, el contexto del problema está constituido por aquellos casos en los cuales es probatoriamente incierto si, a través de la observancia del cuidado esperable en el tráfico, el potencial autor habría podido efectivamente asegurar su capacidad de evitar la realización del tipo-de-delito. Ante tales casos, y tratándose de un posible delito de resultado, los partidarios de la así llamada “teoría del incremento del riesgo” afirman que lo correcto sería tener por suficiente, para fundamentar una

⁴⁸ Véase MAÑALICH, Juan Pablo, *Condiciones generales de la punibilidad*, ob. cit., p. 265.

imputación de la causación del resultado, que al comportamiento del potencial autor esté asociado un incremento del riesgo de que acaeciera el resultado, al cuando ello no pueda establecerse con una probabilidad rayana en la certeza.⁴⁹

Aquí hay que notar, empero, que semejante formulación del problema dice de ser satisfactoria. Esto se explica por el hecho de que los partidarios de la teoría del incremento del riesgo asumen que el problema sería uno de “imputación objetiva”,⁵⁰ y en tal medida común a la configuración del injusto de los delitos dolosos y los delitos imprudentes. Sin embargo, bajo el modelo que aquí he presentado, se trata aquí de una pregunta privativa de la fundamentación de la imputación a título de imprudencia: ¿es la infracción de la correspondiente exigencia de cuidado lo que explica la inevitabilidad de la realización del tipo, al momento del hecho, por parte del potencial autor?

Ya se ha establecido que sólo en caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa cabe imputar la realización del tipo a título de imprudencia. Y esto de ser negado si *no* se encuentra probatoriamente demostrado, más allá de toda duda razonable, que la inevitabilidad individual de la realización del tipo ha sido consecuencia de la falta de cuidado que se atribuye al potencial autor. Pues contrario supondría gravar al imputado con la carga de la incertidumbre, lo que resulta incompatible con el desiderátum del *in dubio pro reo*.⁵¹

5. IMPRUDENCIA “CONSCIENTE” VERSUS IMPRUDENCIA “INCONSCIENTE”

La concepción de la imprudencia *qua* estructura de imputación, que se ha presentado esquemáticamente hasta aquí, puede contribuir a clarificar la tradicional distinción entre la así llamadas “imprudencia consciente” (o “con representación” e “imprudencia inconsciente” (o “sin representación”). Bajo una concepción estrictamente cognitivista del dolo –y por implicación: del dolo eventual, en tanto forma básica de dolo–, es claro que lo que fundamenta el carácter *consciente* de la así llamada “imprudencia consciente” no puede consistir en la representación de las circun-

⁴⁹ Así ROXIN, Claus, ob. cit., § 11/72 ss.; en las consecuencias coincidentemente PUP Ingeborg, ob. cit., § 3/13 y ss., 18 y ss.; en la doctrina española, por ejemplo, CORCOY, Miren ob. cit., pp. 491 y ss., 521 y ss., según quien sólo en caso de que se demuestre, con una probabilidad rayana en la certeza, que el resultado de todas formas habría acaecido de haber adoptado el potencial autor una alternativa de comportamiento “conforme a derecho”, cabría desestimarse la “imputación objetiva del resultado”.

⁵⁰ Véase sólo ROXIN, Claus, ob. cit., § 11/72 y ss.; CORCOY, Mirentxu, ob. cit., pp. 4 y ss. Respecto del problema en la doctrina chilena, véase HERNÁNDEZ, Héctor, Artículo 2 COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dir.), Código Penal Comentado, Parte General, ob. cit., pp. 47 y s.

⁵¹ Véase en detalle TOEPEL, Friedrich, ob. cit., pp. 153 y ss.; también KINDHÄUSER, Elaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, ob. cit., pp. 219 y ss.

tancias del hecho que puede fundamentar el juicio de evitabilidad individual actual que caracteriza a una imputación a título de dolo. En referencia a la representación de las circunstancias que pudiera resultar mínimamente suficiente cuya adscripción pudiera sustentar una imputación a título de dolo (eventual), toda forma de imprudencia se distingue por un déficit de semejante representación en el momento al cual se retrotrae la fundamentación de la imputación, a saber: el momento en el cual ha de configurarse la falta de cuidado potencialmente constitutiva de imprudencia.

Lo anterior no significa, empero, que no tenga sentido la distinción que tradicionalmente se ha planteado a través de la contraposición de las nociones de imprudencia consciente e imprudencia inconsciente. Antes bien, el punto pasa por reconstruir la distinción en términos congruentes con la caracterización general de la imprudencia como una estructura de imputación extraordinaria, de lo cual debería seguirse una disolución del problema representado por la supuesta dificultad de conciliar una atribución de responsabilidad fundamentada por una adscripción de imprudencia inconsciente con el principio de culpabilidad. Y como habrá de demostrarse, la mejor reconstrucción de la distinción sugiere renunciar a la diferenciación terminológica de la así llamada "imprudencia consciente" y la así llamada "imprudencia inconsciente".

Para ello, cabe traer a colación dos casos estructuralmente próximos, pero diferentes en un aspecto esencial.⁵² La presentación del primero podría rezar como sigue:

El conductor A ve el letrero que indica que a continuación el camino presenta una curva peligrosa, pero no reduce la velocidad, confiando en su habilidad como conductor. Al entrar en la curva, A pierde el control del vehículo, chocando de frente con otro vehículo, a consecuencia de lo cual muere B, el acompañante de A.

Aquí cabe asumir que no sería extravagante sugerir que, de sustentarse una imputación a A de la producción de la muerte de B, en la forma de un homicidio imprudente, esa imputación tendría que fundamentarse en una adscripción de imprudencia "consciente". Lo primero que cabría clarificar aquí es, desde luego, la razón por la cual habría que negar ya una imputación a título de dolo (eventual).

Bajo una concepción estrictamente cognitivista del dolo, como la que aquí se da por sentada, la respuesta tiene que apuntar a la relatividad situacional que exhibe la constitución del dolo, lo cual se deja caracterizar en el sentido del así llamado "principio de "simultaneidad" o de "coincidencia" que gobierna la adscripción de dolo.⁵³ Puesto que el dolo ha de ser entendido como un criterio de evitabilidad intencional

⁵² Tomados de KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Baden-Baden, 2008), § 33/67 y ss.

⁵³ Véase HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, ob. cit., pp. 4 y ss., 341 y ss.; también KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat*, pp. 120 y ss.

actual de la realización de la respectiva forma de comportamiento anterior no cabe reconocer dolo sino una vez que se configura la situación en la cual el potencial autor ha de omitir la acción prohibida o ejecutar la acción requerida, quiere decir: una vez que el potencial autor se encuentra en una situación en la cual su ejecución o su omisión de la acción respectiva se correspondería con una tentativa del delito respectivo, en caso de que éste no llegase a consumarse. De ahí que quien estuviese inclinado a reconocer dolo eventual de homicidio arriesgada toma de la curva por parte del conductor A, tendría que consistir en estar dispuesto a imputar una tentativa de homicidio por esa sola consideración con total independencia de que en definitiva no hubiese llegado a ocurrir una colisión vehicular alguna, por ejemplo, por no haber estado desplazándose el vehículo por la calzada contraria. Y esto parece manifiestamente contra-intuitivo.

Luego, en la medida en que la representación del riesgo sólo abstractamente asociado a su maniobra consistente en tomar la curva sin haber previamente reducido la velocidad de conducción no alcanza a fundamentar una atribución de dolo, es enteramente plausible asumir que tal representación sí puede tener pertinencia para fundamentar una imputación a título de imprudencia. Por lo previsto, en tal medida, que en caso de llegar a verse en necesidad de eludir una colisión de su automóvil con alguno otro vehículo que pudiese desplazarse por la calzada contraria, él eventualmente no estará capacitado para ello. En tal medida, tal representación del riesgo abstractamente asociado a su maniobra legitima imputar a A la infracción de una exigencia de cuidado a través de cuya observancia A habría asegurado, *ceteris paribus*, su posterior capacidad de evitar la colisión en definitiva condicionó la muerte de B. En tal medida, la representación del riesgo abstracto es lo que legitima atribuir a A la infracción de la correspondiente exigencia de cuidado, en atención a sus propias capacidades y conocimientos, es lo que justifica reconocer en la imprudencia un criterio de subrogación, en su caso, faltante, de modo tal que, no obstante el déficit de evitabilidad actual, legitima la imputación de la realización del tipo.

Dicho de otro modo: para que una imputación a título de imprudencia se fundamente al principio de culpabilidad, la infracción de la respectiva exigencia de cuidado que resultar imputable bajo los mismos parámetros bajo los cuales sería imputable una infracción del deber fundamentado por la norma a título de dolo. El potencial autor del delito –en tal medida: imprudente– tiene que haber sido actualmente capaz, también en atención a cuál haya sido su representación de las circunstancias, de adoptar la respectiva medida de precaución que hubiera asegurado su posterior capacidad de cumplir el deber de acción o abstención fundamentado por la norma.⁵⁴ Lo cual significa que, en un caso como el del eje

⁵⁴ Véase MAÑALICH, Juan Pablo, Norma, causalidad y acción, ob. cit., pp. 25 y s.

déficit de imputación implicado en la falta de dolo se ve compensado a través del retroceso de la imputación en un (solo) paso de análisis: la incapacidad de evitación actual de la realización del tipo se ve explicada por la infracción (imputable) de una exigencia de cuidado cuya observancia habría asegurado *inmediatamente* la capacidad en definitiva faltante.

Pero si lo anterior es correcto, entonces parece venirse abajo la posibilidad de fundamentar una imputación sobre la base de una imprudencia “inconsciente”, esto es, no acompañada de representación de riesgo alguno. Pero aquí precisamente está la trampa: lo que define a una situación en la cual tradicionalmente se hablaría de una posible imprudencia inconsciente es que esa situación se encuentra *a más de un paso de imputación* de la situación en la cual la realización del tipo resulta actualmente inevitable para el potencial autor. Considérese, en efecto, este segundo caso:

El conductor A no ve el letrero que indica que a continuación el camino presenta una curva peligrosa, de modo que no reduce la velocidad de desplazamiento del vehículo. Al entrar en la curva, A pierde el control del vehículo, chocando de frente con otro vehículo, a consecuencia de lo cual muere B, el acompañante de A.

La diferencia crucial entre este caso y el anterior radica en que, en el caso ahora considerado, al conductor no cabe imputar, en atención a su representación de las circunstancias, la infracción de la exigencia de cuidado consistente en reducir la velocidad de la conducción antes de aproximarse a la curva, precisamente por su desconocimiento de esta última circunstancia. Pero esto no basta para que la operación de la imputación haya de verse concluida en este punto. Pues podemos explicar su incapacidad de adoptar esa medida de precaución a través de la infracción de una exigencia de cuidado “anterior”, a saber: la de prestar atención a las condiciones del camino y a la señalética vial. Y esta exigencia de cuidado sí se ve “conscientemente” infringida por A, en términos tales que A pueda ser hecho responsable de no haber estado capacitado de observar la primera exigencia de cuidado cuya adopción habría asegurado su capacidad de evitar, en el momento relevante, la realización del tipo.

En tal medida, la así llamada “imprudencia inconsciente” no se distingue por el hecho de que ella no suponga representación de circunstancia alguna con relevancia para la imputación por parte del autor, sino por el hecho de que ella consiste en la infracción de una exigencia de cuidado que se halla *a más de un paso de imputación* de la situación en la cual se actualiza el deber acción o abstención fundamentado por la norma de cuyo quebrantamiento se trata.⁵⁵ Y para que la infracción de tal exigencia de cuidado pueda legitimar una imputación del quebrantamiento de la norma respectiva es imprescindible que el potencial

⁵⁵ Véase ya KINDHÄUSER, Urs, Zur Rechtfertigung von Pflicht-und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, en *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2 (1994), pp. 339 y ss., 345 y s., n. 23.

autor haya contado con una representación de las circunstancias bajo la cual haya podido adoptar la medida de precaución que a su vez lo habría dejado en posición de poder asegurar, a través de la adopción de otra medida de precaución su capacidad de omitir la acción prohibida o ejecutar la acción requerida por la norma, según corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

- COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dir.), Código Penal Comentado. Parte General, (Santiago, 2011).
- CORCOY, Mirentxu, El delito imprudente, (Barcelona, 1989).
- CURY, Enrique, Derecho Penal Parte General, (Santiago, 2005).
- ENGISCH, Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, (Berlín, 1930).
- HART, H.L.A, Punishment and Responsibility, Clarendon Press, (Oxford, 1968).
- HERNÁNDEZ, Héctor, Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa, en *Revista de Estudios de la Justicia* 10 (2008).
- HRUSCHKA, Joachim, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, (Berlín, 1988).
- HRUSCHKA, Joachim, Imputación y derecho penal, Aranzadi, (Navarra, 2005).
- KINDHÄUSER, Urs, Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar, (Baden-Baden, 2010).
- KINDHÄUSER, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, (Baden-Baden, 2008).
- KINDHÄUSER, Urs, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, en *ZStW* 96 (1984).
- KINDHÄUSER, Urs, Zur Rechtfertigung von Pflicht-und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, en *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2 (1994).
- KINDHÄUSER, Urs, Gefährdung als Straftat, (Fráncfort del Meno, 1989).
- KINDHÄUSER, Urs, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, en *GA* (1994).
- KINDHÄUSER, Urs, ¿Qué es la imprudencia?, en *VVAA.*, La ciencia penal en Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, (Santiago 2013).
- MAÑALICH, Juan Pablo, Condiciones generales de la punibilidad, en *Revista de Derecho UAI* 2 (2005).
- MAÑALICH, Juan Pablo, El delito como injusto culpable, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* 24, N° 1 (2011).
- MAÑALICH, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15 (2011).
- MAÑALICH, Juan Pablo, Omisión del garante e intervención delictiva, en *Revista de Derecho UCN* 21, N° 2 (2014).

- MAÑALICH, Juan Pablo, La estructura de la autoría mediata, en *Revista de Derecho PUCV* 34 (2010).
- MONTIEL, Juan Pablo, ¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?, en *InDret* 4 (2014).
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, La imprudencia en el derecho penal, (Barcelona, 2012).
- PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Baden-Baden, 2011).
- RAGUÉS, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, (Barcelona, 1999).
- RENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, (Tubinga, 1997).
- REYES, Italo, Sobre la construcción de la exigencia de cuidado, en *Política Criminal* 10, N° 19 (2015).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, (Madrid, 1997).
- SÁNCHEZ LÁZARO, Javier, *Intervención delictiva e imprudencia*, (Granada, 2004).
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, ¿Incumbencias en Derecho penal?- Depende, en *InDret* 1 (2015).
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, (Montevideo y Buenos Aires, 2008).
- TOEPEL, Friedrich, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelik*, (Berlín, 1992).
- VAN WEEZEL, Álex, *Límites de la imputación penal*, (Bogotá, 2011).