



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN LOS
DELITOS CULPOSOS DE RESULTADO**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Desarrollado en contexto de Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11160021

“La determinación del deber de cuidado en los delitos culposos de resultado”

SEBASTIÁN TOMÁS AGUILERA VASCONCELLOS

PROFESOR GUÍA: LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH

Santiago de Chile.

Octubre, 2019

En memoria,

De los asesinados por el Estado de Chile,
por haber exigido una vida más digna.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Profesor Lautaro Contreras Chaimovich por su permanente apoyo, paciencia y orientación a lo largo de esta tesis. Sus conocimientos sobre el tema y guía fueron fundamentales para el desarrollo de este trabajo.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	iv
ÍNDICE	v
RESUMEN.....	i
INTRODUCCIÓN.....	1
1. LOS DELITOS CULPOSOS	10
1.1 El delito culposo o imprudente (de resultado)	10
1.1.1. Concepto de culpa o imprudencia y posición sistemática.....	12
1.1.2. Diferencias y similitudes entre el delito doloso y culposo de resultado. .	20
1.1.3 Estructura del delito culposo de resultado.....	25
1.2 Tratamiento del delito culposo de resultado en el Código Penal chileno	28
1.2.1 Futuro de los delitos culposos (Anteproyectos Código Penal)	33
2. EL DEBER DE CUIDADO	37
2.1 El deber de cuidado como elemento del tipo imprudente	37
2.1.1 Nomenclatura.	38
2.1.2 Elementos del deber de cuidado.....	43
2.2 Incorporación de los conocimientos y capacidades especiales del autor	51
2.2.1 Posición generalizadora.....	52
2.2.2 Posición individualizadora	54

2.3	Indeterminación del contenido del deber de cuidado.....	57
2.4	El riesgo permitido	61
3.	CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO	66
3.1	Normas Extra-Penales	69
3.1.1	Concepto	71
3.1.2	Alcances	74
3.2	Actos administrativos.....	85
3.2.1	Concepto	86
3.2.2	Alcances	87
3.3	Normas Extra-Jurídicas	93
3.3.1	Concepto	94
3.3.2	Lex artis.....	96
3.3.3	Normas Técnicas	99
3.3.4	Alcances	101
3.3.5	Recapitulación.....	103
3.4	Principio de Confianza	105
3.4.1	Concepto	106
3.4.2	Ámbitos de aplicación.....	108
3.4.3	Límites del principio de confianza	112

3.5	Criterios supletorios para la determinación del deber de cuidado	117
3.5.1	Figura-baremo diferenciadora	118
3.5.2	Ponderación Utilidad-Riesgo	120
4.	CONCLUSIONES	122
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	126

RESUMEN

La presente memoria se desarrolló en el contexto del proyecto Fondecyt de iniciación N° 11160021, titulado “La determinación del deber de cuidado en los delitos culposos de resultado” a cargo del profesor Dr. Lautaro Contreras Chaimovich.

El trabajo tiene por objeto el estudio de los delitos culposos establecidos en los artículos 490 a 492 del Código Penal, en relación con los delitos de homicidio y lesiones comprendidos en los artículos 391 y 397 y siguientes del mismo Código, haciendo un análisis general de la estructura y los elementos del delito culposo, y un análisis particular acerca de los distintos criterios normativos que sirven para la determinación del deber objetivo de cuidado.

Para ello, se estudiará a grandes rasgos las características y estructura de los tipos culposos y su regulación en nuestro Código Penal, para luego analizar con mayor detalle el deber objetivo de cuidado, que constituye conforme a la posición mayoritaria el elemento central del injusto a título de culpa. Tomando una postura conforme a la cuál la infracción del deber de cuidado no es más que la creación o el aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado, pasamos a revisar los principales criterios normativos desarrollados por la doctrina penal y la jurisprudencia que sirven para dotar de contenido al deber de cuidado exigido en la situación concreta. Estos criterios son: las normas extrapenales, las normas extrajurídicas, los actos administrativos, el principio de confianza, el baremo objetivo diferenciador y la ponderación utilidad versus riesgo.

INTRODUCCIÓN

I. Casos de partida

A fines de marzo de 2018, la Junta Nacional de Seguridad del Transporte de Estados Unidos inició una investigación por un inusual accidente de tránsito: un vehículo Tesla Modelo X que conducía en *piloto automático*, es decir, controlado por un software de Inteligencia Artificial (I.A.) sin intervención de piloto humano, se estrelló contra un muro de contención en una autopista de California, causando un incendio que afectó a otros dos vehículos y la muerte de su único pasajero¹. Una semana antes, en la ciudad de Arizona, EE. UU., un vehículo deportivo acondicionado para utilizar un software de *conducción autónoma* de Uber (en otras palabras, conducido íntegramente por I.A.) atropelló a un transeúnte que cruzaba la vía cerca de un paso habilitado, causándole la muerte en el lugar².

En ambos casos, es natural que nazca la inquietud respecto de si una lesión a un bien jurídico tan relevante para nuestra sociedad como la vida humana, merece un reproche jurídico penal a alguno de los agentes que interviene en el hecho: el programador del software, los fabricantes del vehículo o el usuario³. Descartando al usuario, que es en la práctica un pasajero y la mayoría de los casos la víctima y la Inteligencia Artificial por carecer de personalidad⁴,

¹ Según un reporte preliminar de la investigación, el vehículo habría aumentado la velocidad momentos antes de impactar y realizado un viraje intempestivo que provocó el accidente. La noticia en línea: https://elpais.com/tecnologia/2018/03/31/actualidad/1522488697_843295.html [Consultado el 13.07.2018]

² Existe una grabación del hecho, en que se muestra cómo el automóvil no se detiene ni disminuye la velocidad y pasa por encima del transeúnte. Noticia en línea: <https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/uber-driverless-fatality.html> [Consultado el 13.07.2018]

³ Respecto al uso de Inteligencia Artificial en la comisión de delitos, ver PAGALLO, Ugo; QUATTROCOLO, Serena, “The impact of AI on criminal law, and its two fold procedures”, en: BARFIELD, Woodrow; PAGALLO, Ugo (Eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham: Edward Elgar, 2018, pp. 400 y ss., quienes distinguen tres supuestos de hechos: 1º) cuando el sistema de I.A. ha sido diseñado para un propósito criminal, y por tanto el usuario de éste siempre responderá como autor por el tipo doloso; 2º) cuando el usuario usa ilegalmente un sistema de I.A. legal para cometer un delito, siendo ésta una mera herramienta en que el usuario responde del mismo modo que en el primer caso y; 3º) cuando se cometen delitos imprudentes a través de un sistema de I.A., donde debemos preguntarnos por la responsabilidad de los programadores, los fabricantes o el usuario.

⁴ Sin embargo, existe literatura reciente respecto del tratamiento de la responsabilidad criminal de entes autómatas, que sugieren una “especie” de reproche jurídico a la Inteligencia Artificial como ente autónomo, en HALLEVY, Gabriel, *When robots kill. Artificial intelligence under Criminal law*, Boston: Northeastern University Press, 2013. En sede civil, ver: EBERS, Martin, “La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?”, *InDret*, 3 (2016), pp. 16-17.

cabe preguntarse si corresponde imputar responsabilidad jurídico penal a los gerentes de las empresas y/o encargados del diseño del software inteligente, por poner a la venta en el mercado un producto que, en definitiva, provocó un resultado típico⁵.

El problema no es sencillo de abordar y nos permite realizar una aproximación a los *delitos culposos de resultado* y al problema del contenido del deber de cuidado desde una novedosa fuente de peligro: las máquinas autómatas. Y es que nuestra época, que la ciencia social ha entendido como una *sociedad de riesgos*⁶, ha significado un cambio importante en el potencial y la cantidad de peligros a los que estamos expuestos diariamente en comparación a épocas anteriores y que tiene como consecuencia una *complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad*⁷. Ya lo adelantaba la dogmática penal en el siglo XX⁸, que la universalización del empleo de recursos técnico-científicos (electricidad, electrónica, tráfico motorizado, transporte aéreo o la energía atómica, por citar algunos ejemplos) ha aumentado en extremo los riesgos a los que nos enfrentamos día a día, y con mayor razón en pleno siglo XXI, con nuevos peligros y riesgos sacados de novelas de ciencia ficción.

En este sentido, el desarrollo y auge de los *delitos culposos de resultado* han sido esenciales como respuesta de la praxis jurídico penal a este fenómeno⁹, pues permiten poner un

⁵ Respecto del estudio de la responsabilidad penal por el producto, en Chile: CONTRERAS, Lautaro, “La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y reiterada”, *Política criminal*, Vol. 10, N° 19 (2015), pp. 266-296.

⁶ Concepto acuñado a mediados de 1980 en la sociología por BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Madrid: Paidós, 2006. Con amplia acogida en la ciencia penal como fenómeno actual: GARRIDO MONTT, Mario, *Manual de Derecho Penal, Parte General, Tomo II* (3ª ed.), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 160 y ss.; BUSTOS, Juan, *El delito culposo*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 12 y ss., entre otros.

⁷ HERNÁNDEZ, Héctor, “Perspectivas del Derecho penal económico en Chile”, *Persona y Sociedad*, Vol. XIX (2005), p. 106.

⁸ Ver por ejemplo GARRIDO MONTT, óp. cit. n.6, p. 162; o CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General* (10ª ed.). Santiago: Ediciones UC, 2010, p. 332. El mismo CURY, Enrique, “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos (cuasidelitos)”, en: LONDOÑO, Fernando; MALDONADO, Francisco, *Clásicos de la literatura penal en Chile. La revista de ciencias penales en el siglo XX: 1935-1995*, Valencia: Tirant lo blanch, 2018, p. 1647, destaca la importancia del delito culposo hoy en día: “para formarse una idea basta con pensar, por ejemplo, en el número de personas a las que alguien mata voluntariamente durante el curso de una semana en una gran ciudad, y el número de los que, en ese mismo período, mueren como consecuencia de accidentes callejeros. ¡Sin lugar a dudas son muchísimos más éstos que aquellos!”.

⁹ En este sentido, ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Madrid: Civitas, 1997, p. 996; CURY, DPPG, óp. cit. n. 8, p. 332; BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 13; LUZÓN PEÑA, Diego, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General* (3ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, §18 nm. 34; GARRIDO MONTT, óp. cit. n.6, p. 162; CORCOY, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona: PPU,

límite normativo a los riesgos que entendemos permitidos en sociedad, estableciendo como contorno de lo aceptable el *cumplimiento de un deber de cuidado*¹⁰. El contenido de este *deber de cuidado o diligencia*, se construye sobre la base de distintos *criterios normativos* y que son la clave para poder responder la cuestión de si el creador del riesgo (los fabricantes Uber o Tesla en los casos descritos más arriba) merece o no, un reproche jurídico penal ante la lesión de un bien jurídico protegido¹¹.

En Chile, es incuestionable la vigencia que tienen los delitos culposos o imprudentes de resultado en el territorio nacional, con más de 14 mil investigaciones iniciadas y 10 mil causas judicializadas por este tipo de ilícitos al año¹². Ejemplos icónicos son los casos Alto Río¹³, Tsunami¹⁴ o ADN¹⁵, en los que se ha acusado por cuasidelitos a individuos que, alejados del desarrollo material de los hechos dañosos¹⁶, han *infringido deberes de cuidado exigidos* por el ordenamiento jurídico, dando luces respecto de los criterios utilizados por nuestros tribunales para la determinación de dicho deber o norma de conducta.

II. Objeto de la investigación

1989. Con una mirada más pesimista respecto de la repuesta en Chile: HERNANDEZ, *Perspectivas*, óp. cit. n. 7, p. 119.

¹⁰ REYES, Ítalo, “Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código Penal chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLVII (2016), p. 250.

¹¹ LUZÓN PEÑA, óp. cit. n. 9, §18, nm. 34.

¹² MINISTERIO PÚBLICO, Boletín Anual, diciembre 2018.

¹³ En el que se condenó por cuasidelito de homicidio a tres altos ejecutivos de la empresa constructora y al ingeniero calculista a cargo del edificio residencial Alto Río de la ciudad Concepción, que colapsó tras el terremoto 8.8 grados Richter ocurrido el 27 de febrero de 2010, y provocó la muerte de 8 personas. El tribunal consideró que hubo un actuar negligente al levantar la construcción con fallas de diseño y sin apego a la normativa vigente al día de la tragedia. TJOP de Concepción, RIT N° 251-2012, con recurso de nulidad rechazado por la CS en Reforma - Rol N°185-2014.

¹⁴ En el que se condenó por cuasidelito de homicidio a un funcionario de la ONEMI y se alcanzó una salida alternativa respecto de otros altos funcionarios de Gobierno, por la muerte de 74 personas tras el maremoto que afectó a la isla Juan Fernández el 27 de febrero de 2010. En la única condena, el tribunal consideró la negligencia de los funcionarios por la fallida alerta de tsunamis. 7° JGS, RIT N° 4157-2010.

¹⁵ En el que se absolvió por cuasidelito de homicidio a cinco ejecutivos de un laboratorio por comercializar un suplemento alimenticio cuya mala composición provocó la muerte de 6 niños y lesiones graves a otros 59, desestimando la acusación del Ministerio Público. TJOP de San Bernardo, RIT N° 38-2011, con recurso de nulidad rechazado por la CS en Reforma - Rol N° 6381-2012.

¹⁶ Tradicionalmente esta especie de ilícitos ha sido estudiada a propósito de hipótesis de hechos en que el sujeto tiene una relación *directa y material* con el resultado típico, como el conductor del vehículo en los accidentes de tránsito o el profesional de la salud en la mala praxis médica, pues son los supuestos normativos de los artículos 491 y 492 del Código Penal. Como señala HERNÁNDEZ, *Perspectivas*, óp. cit. n. 7, p. 119, tanto el legislador como los tribunales de justicia nacionales han sido poco activos en el desarrollo del derecho penal ante nuevas fuentes de peligro.

La investigación tiene como objeto los tipos penales contenidos en los artículos 490 a 492 del Código Penal, especialmente los delitos culposos de resultado (homicidio y lesiones), que requieren como elemento del tipo la realización de *imprudencia* o *negligencia*, lo que la dogmática penal comparada y nacional ha entendido como la falta del cuidado jurídicamente esperado en el comportamiento del sujeto, que consiste, en definitiva, en una *infracción de una norma o deber de cuidado*¹⁷. Al respecto, se analizarán los *criterios normativos* que le permiten a los operadores jurídicos poder dotar de contenido y fijar los contornos de este deber, como son: las normas extra-penales; los actos administrativos; las normas extra-jurídicas o usos normativos; el principio de confianza; la figura-baremo diferenciadora o la ponderación utilidad-riesgo, entre otros.

III. Finalidad de la investigación

Como cuestión preliminar, es importante advertir que esta investigación de pregrado no pretende abarcar ni profundizar respecto de los innumerables problemas que surgen a partir del estudio de los tipos imprudentes o culposos¹⁸ de los arts. 490 a 492 del Código Penal. Dentro de las principales discusiones que ha abordado la dogmática penal a su respecto, encontramos el tratamiento de sus elementos dentro de la teoría del delito¹⁹, los problemas relativos a la intervención delictiva²⁰, la naturaleza de la imputación penal y sus diferencias o similitudes respecto de la imputación por la conducta dolosa²¹, el elemento de la previsibilidad del resultado lesivo o la representación que se hace el sujeto respecto del resultado²², la necesidad del concepto de infracción de deber de cuidado²³, su estrecha relación con la teoría de la imputación

¹⁷ En ese sentido, GARRIDO MONTT, óp. cit. n. 6, p. 165; CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 339; BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6 y; HERNÁNDEZ, Héctor, “Artículo 2º”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor, *Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1º a 105)*, Santiago: Legal Publishing, 2011, p. 110.

¹⁸ Respecto de su denominación, ver LUZÓN PEÑA, óp. cit. 9, §18 nm. 1-3.

¹⁹ LUZÓN PEÑA, óp. cit. 9, §18 nm. 1-3.

²⁰ HORVITZ, María Inés, “Autoría y participación en el delito imprudente”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10 (2007), pp. 143-155.

²¹ MAÑALICH, Juan Pablo, “La imprudencia como estructura de imputación”, *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLII, N° 3 (2015), pp. 13-36; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona: Atelier, 2012; y CONTRERAS, Lautaro, “Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones”, *Política criminal*, Vol. 13, N° 25 (2018), pp. 390 y ss.

²² BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit., n. 6, p. 57 y ss.

²³ Dentro de los principales detractores de la noción de deber de cuidado encontramos a Roxin, óp. cit. n. 9, p. 1000, quien plantea que el elemento “infracción a un deber de cuidado” produce la imprecisión de suponer que el

objetiva, o los problemas que supone para el principio de legalidad²⁴, entre muchos otros, algunos de los cuales abordaremos para tomar una postura respecto al tema.

Para esta investigación, resulta relevante lo discutido respecto del elemento básico o esencial en la construcción de los delitos culposos de resultado, donde para algunos basta la previsibilidad de la conducta, mientras que otros incorporan la noción de infracción del deber de cuidado, y no faltan quienes señalan que este concepto no es apropiado, debiendo ser reemplazado por la creación de un peligro no permitido en el marco de la teoría de la imputación objetiva²⁵. Sin embargo, la amplia mayoría, especialmente en el tratamiento nacional del delito culposo, entiende como elemento esencial del delito imprudente la *infracción de un deber o norma de cuidado*, junto con la previsibilidad o representación del resultado lesivo²⁶.

Pese al reconocimiento que existe de que la infracción al deber de cuidado es el elemento determinante para la existencia del reproche penal a título de delito imprudente, el tratamiento legal de los delitos culposos de resultado en Chile, en particular, los cuasidelitos contenidos en los artículos 490 a 492 del Código Penal, no entrega parámetros o contornos definidos respecto de cuál es el *contenido del deber de cuidado* que la *imprudencia* o *negligencia* infringe. Por ello, se suele señalar que los delitos culposos están contenidos en *tipos penales abiertos*, que requieren ser integrados por el juez con el resto del ordenamiento jurídico mediante un proceso de interpretación exhaustivo²⁷, y de ahí la discusión respecto de si estos delitos importan o no una infracción al principio constitucional de legalidad. La doctrina²⁸, a fin de facilitar la determinación del deber de cuidado, distingue entre un deber de cuidado interno (o el elemento objetivo-normativo *intelectual* del delito culposo) y un deber de cuidado externo (o elemento objetivo-normativo *conductual* del delito), siendo el primero la determinación de cuáles riesgos

delito imprudente consistiría en un delito de omisión, cuando el reproche penal es más bien por la creación del riesgo no permitido, como se abordará infra II.5.

²⁴ Descartando en general una infracción al principio de legalidad, Bustos, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, pp. 21-23, y recientemente nuestro Tribunal Constitucional, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad del artículo 492 inciso 1º del Código Penal (Rol 2716-14).

²⁵ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1000.

²⁶ GARRIDO MONTT, óp. cit. n. 6, p. 165; CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 339; BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6; HERNÁNDEZ, *Artículo 2º*, óp. cit. n. 17.

²⁷ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 21 y CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 334, quienes defienden la apertura de la imprudencia como elemento normativo, en tanto le permite a la judicatura juzgar según criterios inmanentes y no puramente analógicos.

²⁸ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 46 y ss.

*debieron ser previsibles*²⁹ para el sujeto y el segundo, la determinación concreta de *cuáles medidas debió haber implementado*³⁰ el sujeto frente al conocimiento de esos *posibles riesgos*, esto es, o abstenerse de realizar la conducta peligrosa o ejecutarla respetando el límite de los peligros socialmente permitidos.

A partir de esto, la dogmática penal ha elaborado una serie de **directrices, criterios o pautas normativas** que nos permiten delimitar los contornos, del deber de cuidado, cuya infracción permite al ordenamiento jurídico imputar responsabilidad penal a título de imprudencia. Estos criterios normativos, si bien han sido estudiados por una parte de la doctrina penal chilena, no han sido abordados desde una perspectiva integral, mediante un análisis pormenorizado y cualitativo, como se pretende en esta investigación.

Dentro de los criterios, encontramos en un primer orden de cosas a los **reglamentos o normas jurídicas extrapenales**, que entregan pautas de contenido general obligatorio sobre los riesgos permitidos en el marco de una determinada actividad peligrosa, como la ley de tránsito para el tráfico motorizado o la legislación laboral, por citar algunos ejemplos. En ese sentido, la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido importará, generalmente, la creación de un peligro no permitido y reprochable jurídico-penalmente³¹. Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico contempla una serie de **actos administrativos** que permiten dilucidar pautas de comportamiento exigidas respecto de determinadas actividades riesgosas, como en materia sanitaria.

Como es natural, es imposible que el legislador o el poder administrativo como ente regulador pueda abordar de un modo generalmente obligatorio y en detalle la conducta que debe desplegar el sujeto en todo orden de cosas, y por tanto no es posible deducir de la exclusiva lectura de dichas normas o actos los riesgos tolerados en cada caso³². De ahí que tomen especial relevancia las llamadas **reglas extrajurídicas**, que comprenden en general todas las normas, usos o prácticas de naturaleza privada, que regulan el desarrollo de actividades profesionales o

²⁹ *Ibíd.*, p. 43.

³⁰ *Ibíd.*, p. 46.

³¹ ROXIN, *óp. cit.* n. 9, p. 1001.

³² CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, *óp. cit.* n. 21, p. 395.

técnicas y donde la costumbre o los conocimientos empíricos juegan un rol fundamental³³. Aquí encontramos las reglas del arte de las distintas profesiones liberales (medicina, ingeniería, etc.) y reglas técnicas de desarrollo de productos o de trabajos especialmente riesgosos, como la construcción.

Luego, más allá de las pautas de conducta contenidas directamente en reglas formales (privadas o estatales), encontramos criterios normativos de aplicación general que sirven de principios y guías para delimitar o excluir la creación de un riesgo no permitido. Así, el **principio de confianza** es una de las principales herramientas desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia comparadas³⁴, y que a grandes rasgos significa que quien se comporta debidamente en un ámbito de riesgo, puede confiar en que los otros también lo hagan, siempre y cuando, no existan indicios o advertencias que hagan suponer lo contrario³⁵. Sin perjuicio de que el principio tiene especial desarrollo a propósito del tráfico motorizado o la actividad médica³⁶, debe ser estudiado como una pauta de aplicación general.

Finalmente, encontramos medios auxiliares para la determinación del deber de cuidado, como son la **figura-baremo o modelo diferenciada**, que se hace la pregunta respecto de *cómo se habría comportado* en la situación concreta una persona cuidadosa o diligente. Así también, como mecanismo supletorio encontramos la **ponderación utilidad-riesgo** de la conducta, que se traduce en definitiva en analizar la utilidad social de la actividad riesgosa, en el que las conductas socialmente inútiles y desaprobadas podrán llevar a una punición por imprudencia, mientras que en aquellas que gocen de reconocimiento social se podrán tolerar pequeños riesgos³⁷.

La finalidad de esta investigación es poder abordar de manera pormenorizada y sistematizada los distintos criterios aquí esbozados y que no cuentan con un profuso desarrollo en la dogmática penal nacional. Asimismo, se analizará sucintamente el uso y/o desarrollo que

³³ Ídem.

³⁴ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 67.

³⁵ COX, Francisco; PIÑA, Juan Ignacio, “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús; MIRÓ, Fernando, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid: La ley, 2013, pp. 185 y ss.

³⁶ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1004.

³⁷ *Ibíd.*, p. 1009.

nuestros tribunales de justicia han dado de estas directrices, con el desafío de que esta investigación sea un aporte para los operadores de justicia atendida la relevancia y vigencia de los delitos culposos de resultado en el país.

En definitiva, la finalidad de esta investigación es entregar un análisis de los distintos criterios normativos que la dogmática penal y la jurisprudencia nacional y comparada han desarrollado para determinar el deber de cuidado, elemento esencial para la imputación de responsabilidad penal en los delitos culposos o imprudentes de resultado. Además, aunque no es el propósito de esta investigación, creemos que los distintos criterios aquí tratados son también útiles para la determinación del deber de cuidado a la hora de determinar la responsabilidad civil por culpa de quien genera un daño a otro³⁸.

IV. Metodología de la investigación

La presente investigación será de tipo teórica, descriptiva y documental. Se realizará un breve análisis de los tipos penales aplicables en Chile, y la principal doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera relativa al delito culposo o imprudente, especialmente los criterios esbozados por la dogmática penal alemana y española, que han desarrollado de manera más extensa el tratamiento de este tipo de ilícitos. El método es analítico y cualitativo, analítico de cada uno de los criterios propuestos y cualitativo pues se hará una breve revisión de la forma en que la jurisprudencia nacional ha abordado cada uno de los criterios. Para la investigación se utilizarán bases jurisprudenciales y doctrina nacional y comparada; y legislación y regulación jurídica y extrajurídica chilena.

V. Estructura general de la investigación

En primer lugar, se hará una introducción a los **delitos culposos o imprudentes**, entregando un lineamiento general de sus características y los principales elementos estudiados por la dogmática penal (1.1). A continuación, se delimitará el objeto de estudio del tipo

³⁸ Pues la construcción del elemento culpa en materia de responsabilidad extracontractual es construido de modo similar al que se propone como punto de partida en este trabajo. Cfr. BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 94-95, quien señala que “una acción es ilícita (y por tanto culpable) si infringe un deber de cuidado, que se establecerá hipotéticamente sobre la base de una estimación de la conducta que habría tenido en esas circunstancias una persona razonable y diligente”

imprudente a los **delitos culposos de resultado** contemplados en los artículos 490 a 492 del Código Penal, en relación con los correspondientes delitos contra las personas (esto es, cuasidelitos de lesiones y homicidio) (1.2).

En una segunda parte, se explicará con profundidad el **deber de cuidado como elemento objetivo-normativo** de los delitos culposos y se abundará en su importancia como elemento determinante para imputar responsabilidad penal en esta especie de delitos, pues constituye el núcleo esencial de la conducta culposa y su desvalor de acción (2.1). Se estudiará la **previsibilidad** del resultado desde como elemento ya del tipo del delito culposo, desarrollando brevemente la discusión respecto a la introducción de los *conocimientos y capacidades especiales del sujeto* como parte necesaria del juicio normativo (2.2). A continuación, se mostrará la necesidad de **dotar de contenido a este deber de cuidado**, principalmente por la indeterminación de los tipos penales contenidos en nuestro Código, que han sido entendidos como **tipos penales abiertos** (2.3), y cerraremos el capítulo conceptualizando al **riesgo permitido** como herramienta que sirve especialmente para dotar de contenido lo exigido en cada caso (2.4).

En la tercera parte, se desarrollarán uno a uno los distintos **criterios normativos para la determinación del deber de cuidado en el tipo culposo**, los que han sido introducidos con mayor profundidad por la dogmática alemana y española, y de manera más incipiente en Chile y Latinoamérica. Se pretende definir y estudiar la aplicación y extensión como criterios de determinación del deber normativo de: las **normas extra-penales** (3.1); los **actos administrativos** (3.2); las **normas extra-jurídicas** (3.3); el **principio de confianza** (3.4); y otros criterios generales y supletorios como la *figura-baremo diferenciadora* y la *ponderación de utilidad-riesgo* de la conducta (3.5)

A modo de cierre, se expondrán los desafíos de la dogmática y la judicatura nacional por desarrollar y consolidar los criterios aquí estudiados, para así permitir una mejor aplicación de esta especie de delitos por parte de los operadores de justicia, para concluir con una exposición de los resultados fundamentales de esta investigación.

1. LOS DELITOS CULPOSOS

1.1 El delito culposo o imprudente (de resultado)

Una primera cuestión que es bueno abordar antes de entrar a discutir la estructura y elementos del delito culposo es la nomenclatura que vamos a utilizar para referirnos a éste. Por un lado, el legislador se refiere a los “cuasidelitos” (artículos 2º, 10 nº 13 y en el título X del libro segundo del Código Penal), remitiéndose en diversas disposiciones a conceptos tales como “culpa”, “imprudencia”, “negligencia culpable”, “descuido culpable” o “mera imprudencia o negligencia”, mientras que la doctrina chilena habla de “el delito atribuible a culpa”³⁹, “delitos culposos”⁴⁰ o “delitos imprudentes”⁴¹. En el mismo sentido la doctrina española, con una evolución legislativa y dogmática similar a la nuestra⁴².

Respecto a la terminología apropiada, Luzón Peña⁴³ aborda de modo sucinto y con bastante claridad la evolución de la denominación de este tipo de delitos en la doctrina penal española. Así, nos señala que el término “culpa”, de origen romano, es utilizado de manera equivalente al de “imprudencia”, tanto en la doctrina como en el Código Penal español. Sin perjuicio de ello, el autor termina por preferir referirse a “imprudencia”, en tanto la “culpa” tiene en lenguaje común polivalencias derivadas de su origen romano y a sus usos técnicos tanto en el campo jurídico como de la psicología. Así, conforme al diccionario de la Real Academia Española, podemos entender la culpa como: la omisión de la diligencia exigible a alguien (en sentido jurídico), como el sentimiento de responsabilidad por un daño causado (como componente psicológico), como responsabilidad por algo de lo que se es causa moral (“tener la

³⁹ GARRIDO MONTT, *óp. cit.* n. 6.

⁴⁰ En Chile la mayoría de los autores, *e.g.*: BUSTOS, *Delito culposo, óp cit.* n. 6.; CURY, *DPPG*, *óp. cit.* n.8; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho penal chileno. Parte General*, Valencia: Tirant lo blanch, 2019; CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, *óp. cit.* n. 21.

⁴¹ MAÑALICH, *óp. cit.* n. 21; REYES, *óp. cit.* n. 10.

⁴² Con la gran salvedad de que el legislador español optó hasta 1995 por un sistema de *numerus apertus*, a diferencia de Chile que ha mantenido un sistema de *numerus clausus*, como bien señala VERA, Alejandra, “Judicialización de la medicina: rol de la imprudencia en las decisiones judiciales sobre mala praxis médica”, *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 69 (2017), p. 207.

⁴³ LUZÓN PEÑA, *óp. cit.* n. 9, §18 nm. 1-3.

culpa de lo sucedido”) o incluso como un pecado o transgresión a la ley divina (en sentido teológico). En cambio, el término “imprudencia” parece ser perfectamente claro y unívoco tanto para juristas como para cualquier otro ciudadano: es la falta de prudencia, cuidado o diligencia en el ejercicio de una determinada actividad⁴⁴.

Además, como advierten algunos autores nacionales, es preferible el concepto de imprudencia o delito imprudente porque “*evita la confusión con la “culpabilidad” como último elemento del delito y que es subjetivo también, porque supone un juicio al sujeto por la conducta típica y antijurídica ejecutada.*”⁴⁵

Sin perjuicio de la aclaración anterior, y descartando referirnos al “cuasidelito” por obsoleto⁴⁶, creo que los conceptos de “culpa”-“delito culposo” se corresponden de mejor manera con el desarrollo de nuestra técnica legislativa y ordenamiento jurídico. Así, encontramos un concepto de culpa con gran desarrollo tanto en la dogmática penal chilena como en la literatura de derecho privado⁴⁷, donde el concepto introducido por Andrés Bello en el artículo 44 del Código Civil es transversal y común a otras ramas del ordenamiento jurídico, como han puesto de manifiesto algunos penalistas⁴⁸. Además, es el término que sigue utilizando nuestro legislador en el Código Penal, a diferencia de lo que ocurre en España, y mientras así sea me parece apropiado mantener la misma nomenclatura. Por ello, a lo largo del presente trabajo me referiré preferentemente al concepto de culpa y delitos culposos, sin perjuicio de hacer permanentemente referencias a doctrina penal española y traducciones españolas de literatura

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ VARGAS, Tatiana, *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, Santiago: Legal Publishing, 2011, p. 101.

⁴⁶ NÁQUIRA, Jaime, *Derecho penal chileno, Parte general*, Santiago: Thomson Reuters, 2015, cap. 3, §7, I.

⁴⁷ Sin perjuicio de las diferencias propias de los ámbitos de responsabilidad civil y penal, en materia civil se ha desarrollado un concepto normativo de la culpa bastante similar al penal, como señala AEDO, Cristián, “El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial”, *Revista chilena de derecho*, Vol. 41 n° 2 (2014), p. 706: “en la dogmática moderna, es mayoritaria la idea de que la culpa debe ser definida como la infracción del deber de cuidado”, citando a autores como Enrique Barros, Arturo Alessandri y Hernán Corral, que se refieren en los mismos términos que la doctrina penal mayoritaria a la *infracción del deber de cuidado*.

⁴⁸ Ver NOVOA, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno, Parte General*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 501.

alemana, en que se denomina preferentemente al tipo culposo como imprudente (por los motivos ya señalados en la doctrina española).

Despejado lo anterior, en este apartado revisaremos brevemente la naturaleza jurídica del delito culposo, los aspectos que lo diferencian del tipo doloso, su posición sistemática en la teoría del delito y su estructura o los elementos que la integran, todos aspectos relevantes que deben ser abordados conjunta y sistemáticamente, pues son necesarios para poder tomar una posición respecto del deber de cuidado⁴⁹.

Pues bien advierte Fernández, y que viene siendo una costumbre de los códigos heredados del viejo continente, nuestra ley penal “*no ofrece definición ni dato alguno sobre lo que hay que entender por imprudencia o imputación a título de imprudencia, ni siquiera hace referencia a algunos [de] sus signos distintivos o a su estructura*”, por lo que determinar su contenido y requisitos ha sido tarea de la jurisprudencia y la ciencia penal⁵⁰. Además, el problema de la descripción adecuada de la conducta prohibida en el delito culposo, esto es, qué significa actuar culposa o imprudentemente, es una cuestión que se plantea de modo mucho más urgente⁵¹ en los delitos culposos de resultado.

Antes de entrar en detalle, no está demás insistir en que respecto de todos estos temas existe profusa discusión y literatura, por lo que me limitaré a entregar una síntesis de las posiciones mayoritarias para adoptar un punto de partida respecto del objeto de este trabajo.

1.1.1. Concepto de culpa o imprudencia y posición sistemática

La doctrina penal tradicional concebía a la culpa como una forma, especie o grado de culpabilidad, esto es, como un estadio intermedio entre el dolo y el caso fortuito⁵². Este concepto de culpa se enmarca en la llamada *concepción psicológica de la culpabilidad*⁵³, en que la

⁴⁹ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 213.

⁵⁰ FERNÁNDEZ, José, “El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIII (2002), p. 103.

⁵¹ En ese sentido STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, Parte general. El hecho punible*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005, p. 419, que diferencia la cuestión respecto de los delitos culposos de mera actividad.

⁵² LUZÓN PEÑA, óp. cit. §18 nm. 12.

⁵³ En detalle sobre la evolución del concepto de imprudencia, ver: CORCOY, óp. cit. n. 9, pp. 44 y ss.; FEIJÓO, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*. Barcelona: Bosch, 2001, pp. 35-43.

culpabilidad es entendida como un nexo psicológico entre el sujeto y el hecho o como un suceso psíquico (conocimiento o desconocimiento; voluntad o ausencia de voluntad), en que la culpa o imprudencia era entendida como una forma “disminuida” de culpabilidad⁵⁴. Sin entrar en mayores detalles respecto a sus variantes, esta conceptualización de la culpa tiene como principal defecto la dificultad de explicar o incorporar a la *culpa inconsciente* (que revisaremos más adelante), en que falta derechamente un nexo anímico del autor con la conducta y con el resultado⁵⁵. Además, se cae en el absurdo de considerar determinadas hipótesis como supuestos típicos y antijurídicos, que quedan impunes sólo por ausencia de culpabilidad, cuando en realidad, se trata de casos en que no hay delito culposo por ausencia del tipo. Así, en el ejemplo que cita Roxin⁵⁶, si un joven queda con su novia para encontrarse en un determinado lugar y ésta muere esperándolo producto de la caída de un meteorito, conforme a la teoría subjetiva de la culpabilidad nos encontraríamos ante un autor por homicidio típico y antijurídico, que no se castiga por falta de culpa.

A estas teorías psicológicas se sumaron otras menos importantes e igualmente superadas, como las que consideran a la culpa como una debilidad o vicio del carácter del autor⁵⁷, o la que entiende a la imprudencia como error, aunque como bien señala Corcoy⁵⁸, el problema de esta teoría es la simple equiparación de los conceptos (esto es, señalar que error sin más equivale a imprudencia) y no la existencia de un error en el tipo imprudente⁵⁹.

Ante la dificultad de las teorías subjetivas de la culpabilidad para comprender correctamente un concepto de culpa, surge a principios del siglo XX una *concepción normativa*, en que el delito en general (culposo y doloso) pasa a entenderse como un “juicio normativo de

⁵⁴ WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General* (46ª ed. Alemana), Breña: Instituto Pacífico, 2018, p. 273.

⁵⁵ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 213.

⁵⁶ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 997.

⁵⁷ LUZÓN PEÑA, óp. cit. n. 9,18-4

⁵⁸ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 213.

⁵⁹ En la doctrina mayoritaria se acepta la existencia de un error en la culpa, ver: GIL, Alicia, *El delito imprudente*, Barcelona: Atelier, 2007, pp. 123 y ss., aunque asumiendo una postura minoritaria conforme a su posición finalista del delito, en: GIL, Alicia, “Acción, norma, injusto y delito imprudente”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 74 (2008), pp. 87-111. Según la posición mayoritaria, la imprudencia es siempre un error, pero vinculado a una falta de cuidado jurídico penalmente relevante (FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, pp. 261-263).

reproche”, reemplazando definitivamente a las teorías anteriores⁶⁰. En ese sentido, la imprudencia deja de ser una mera “forma de culpabilidad”, constituyendo un prototipo especial del comportamiento punible, conforme con la posición que se convierte en dominante en el último siglo⁶¹. A este respecto, hay consenso en la ciencia penal en los vitales aportes de Engisch⁶² para la concepción moderna del delito culposo, quien, sobre la base de la teoría de las normas de Binding⁶³ fue el primero en considerar a la “inobservancia del cuidado debido” como un problema central del tipo imprudente⁶⁴, no por haber creado la noción de deber de cuidado, sino que por entenderla parte del injusto. Asimismo, se consideran relevantes los aportes de Welzel, quien al traspasar la ubicación sistemática del dolo y la culpa desde la culpabilidad al tipo, implicó una inmensa repercusión sobre el entendimiento actual de la imprudencia⁶⁵. Finalmente, han sido importantísimos los aportes de los autores de la teoría de la imputación objetiva, pues si bien prefieren remitirse al instituto del riesgo permitido para determinar la existencia del injusto en ambas categorías de delitos (culposo y doloso)⁶⁶, ello en realidad no modifica la exigencia del deber de cuidado en el tipo culposo, pues se estima que quien cumple el deber de cuidado -o la norma de conducta⁶⁷- se sitúa dentro del riesgo jurídicamente

⁶⁰ FEIJÓO, *Resultado lesivo e imprudencia*, óp. cit. n. 53, pp. 43 y ss.

⁶¹ WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, p. 462.

⁶² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte General. Vol. II* (3ª ed.), Madrid: Dykinson, 2003, p. 353; SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991; FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, pp. 51 y ss. En ese sentido, WELZEL, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 137, quien entiende que la “antijuricidad objetiva del delito culposo no se agota en la mera lesión del bien jurídico, si no que requiere la lesión de la diligencia objetiva como elemento del tipo de injusto.”

⁶³ Que a grandes rasgos entiende que la norma penal debe concebirse como una norma de determinación, siendo el objeto de la prohibición exclusivamente las conductas y no la simple causación de un resultado.

⁶⁴ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 997.

⁶⁵ La mayoría de los manuales de parte general destacan los aportes de Engisch y Welzel, así: CUELLO CONTRERAS, óp. cit. n. 62, p. 351; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general* (10ª ed.), Barcelona: Reppertor, 2015, p. 296. En el mismo sentido HERZBERG, Rolf, “(HERZBERG, 2008)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-01 (2008), p. 19; 22-23, quien destaca, en parte, el aporte de los finalistas sobre la construcción actual del tipo imprudente; y lo valioso de la separación del dolo respecto de la culpabilidad y su ubicación en el tipo de injusto. Desde un punto de vista más crítico de la evolución del finalismo, STRUENSEE, Eberhard, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, 2 (1987), pp. 432-450

⁶⁶ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1000.

⁶⁷ FEIJÓO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, pp. 24-25.

permitido, y a contrario sensu, quien sobrepasa los límites del riesgo permitido ha infringido el deber de cuidado⁶⁸.

Con algunas variantes entonces, en la actualidad la doctrina dominante postula que lo esencial en el delito culposo o imprudente es “*la infracción del deber de cuidado*”, analizando en el nivel del injusto “*qué comportamiento se exige objetivamente en atención a la evitación de la lesión no querida del bien jurídico protegido, en una situación de peligro determinada*”⁶⁹, defendiendo la ubicación sistemática del delito imprudente no en la culpabilidad, sino que en el tipo.⁷⁰ Sin perjuicio de varias críticas e interpretaciones del elemento central del tipo culposo, desde un punto de vista práctico, la importancia de la concepción de la culpa como infracción de un deber de cuidado es hoy indiscutible⁷¹, ya que es cercana al uso cotidiano de lo que entendemos por una conducta imprudente. Como señala Feijoo, ante hechos imprudentes (sean jurídico penalmente relevantes o no) es común la expresión de que “debimos andar con más cuidado” o “prestar más atención”, y, al contrario, es valorado socialmente el desarrollar una actividad, ya sea de alto riesgo o cotidiana, de forma “cuidadosa”.⁷²

En definitiva, si el núcleo de la imprudencia es la inobservancia del cuidado debido, no puede ser ya típica una acción ajustada al deber de cuidado⁷³, habiendo consenso en extraer gran parte de la culpa (o al menos lo fundamental de ésta) del estudio de la culpabilidad, trasasándola al tipo⁷⁴. No obstante dicho consenso, hoy la principal discusión respecto a la ubicación sistemática de la culpa dice relación con la incorporación o no de las capacidades y conocimientos especiales del autor y a reconocer o no elementos subjetivos o individualizadores

⁶⁸ ROSAS, Juan Ignacio, “La delimitación del deber de cuidado en la imputación de responsabilidad penal por imprudencia médica”, *Doctrina y jurisprudencia penal*, N° 5 (2011), p. 4.

⁶⁹ JESCHEK, Hans; WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Granada: Comares, 2003, p. 607.

⁷⁰ LUZÓN PEÑA, óp. cit. n. 9, §18 nm. 11.

⁷¹ PÉREZ DEL VALLE, óp. cit. n. 21, p. 76.

⁷² FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 25.

⁷³ MIR PUIG, óp. cit. n. 65, p. 296.

⁷⁴ LUZÓN PEÑA, óp. cit. n. 9, §18 nm. 12.

dentro del esquema del delito culposo⁷⁵, ya sea rechazándolos, estudiándolos como parte de la culpabilidad o analizándolos como parte del tipo subjetivo⁷⁶.

Así, según la doctrina mayoritaria, el delito culposo reúne en sí elementos del injusto y de la culpabilidad, determinándose conforme con un doble criterio: por un lado está la inobservancia del deber objetivamente necesario en el *tipo*, estableciendo por tanto un deber de cuidado general (objetivo-generalizador), situando recién en el ámbito de la *culpabilidad* la incorporación de los conocimientos y capacidades especiales, para verificar si el deber objetivo de cuidado era o no exigible al sujeto de acuerdo con la medida de sus posibilidades individuales⁷⁷.

Por otro lado, quienes defienden un concepto de culpa en un único nivel dentro del injusto⁷⁸, incorporan la capacidad individual del autor de llevar a cabo una *previsibilidad cuidadosa* y una *evitabilidad* del resultado dentro del tipo⁷⁹, concurriendo todos los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento culposo dentro del ámbito del injusto, construyendo así un deber de cuidado que considera las capacidades del individuo (subjetivo-individualizador)⁸⁰. Así por ejemplo, un profesional especialmente capacitado en una operación de alto riesgo está obligado por la norma de conducta a obrar conforme a sus capacidades especiales y no conformarse con observar un cuidado general de un médico cirujano promedio.

En Chile encontramos un panorama similar respecto a la evolución y posición sistemática de la culpa, ya que existe amplio acuerdo en cuanto a que “*lo constitutivo de la culpa*

⁷⁵ Sobre esta cuestión existe bastante discusión en la literatura autorizada, analizadas con bastante detalle en las monografías de habilitación de varios autores españoles: CORCOY, óp. cit. n. 9, pp. 90 y ss., FEIJÓO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, pp. 98 y ss.; GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, pp. 123 y ss.

⁷⁶ CUELLO CONTRERAS, óp. cit. n. 62, p. 365.

⁷⁷ WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n.55, p. 463; JESCHECK/ WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 606 y ss. ambos con referencias bibliográficas de la posición mayoritaria en Alemania. En el mismo sentido JORGE-BARREIRO Agustín, “Aproximación al estudio del derecho penal sanitario”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, QUERALT, Joan, CORCOY, Mirentxu; CASTIÑEIRA, María Teresa, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires: B de la F, 2017, p. 632.

⁷⁸ STRATENWERTH, óp. cit. n. 51, p. 421, con referencia a otros autores de la misma línea.

⁷⁹ WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, p. 463.

⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, §9 nm. 8 y ss.

*como nota de la conducta es la infracción de un deber de cuidado*⁸¹, siguiendo a la doctrina mayoritaria ya señalada y sin perjuicio de identificar las mismas diferencias en torno a la ubicación sistemática y al carácter objetivo/subjetivo del deber de cuidado. Como se trata de autores nacionales, cuya opinión importa especialmente para la aplicación del delito culposo configurado en nuestro Código Penal, precisaremos algunas de sus opiniones⁸²:

Atribuyéndole un carácter normativo dentro del tipo, Bustos Ramírez señala que *“el elemento básico del tipo legal culposo será lógicamente la culpa, que es la falta de cuidado objetivo exigido en el ámbito de relación”*, a la cual agrega un elemento específico normativo, puesto que lo que se exige es la precaución respecto de un determinado comportamiento típico, *“esto es, siempre habrá que recurrir a lo que las normas requieren o exigen en un determinado ámbito situacional, pues no se trata de una norma determinada, sino la consideración del conjunto del sistema normativo en relación con esa situación.”*⁸³ Por eso, si bien Bustos identifica como elemento central la infracción del deber de cuidado, rechaza definir la culpa únicamente como la contravención a dicho deber. Siguiendo una postura similar, Garrido Montt precisa que *“la substancia del hecho culposo es no emplear el cuidado debido en el cumplimiento del deber o en la realización de una acción creadora de riesgos”*, ubicando a la culpa dentro del tipo, señalando que se trata de *“un tipo penal especial que corresponde a una conducta punible de una estructura peculiar tanto en lo que dice relación con el injusto como con la culpabilidad”*⁸⁴.

Por otro lado, desde una posición inicial del finalismo, Cury define a la culpa de modo subjetivo, señalando 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*

⁸¹ HERNANDEZ, *Art. 2º*, óp. cit. n. 17, p. 108. El destacado es propio. Nos referiremos principalmente a lo señalado por la doctrina nacional, pues la jurisprudencia no es constante en destacar a la infracción de la norma de cuidado como determinante a la hora de imputar responsabilidad a título culposo. Si lo hace, por ejemplo, recogiendo lo estudiado por la doctrina alemana y española mayoritaria: Tribunal de Juicio Oral de Calama, 26 de junio de 2018, RUC 1300295789-7, considerando décimo.

⁸² Para un análisis pormenorizado de las principales posturas en nuestro país recomiendo ver el trabajo de REYES, Ítalo, *Falta de cuidado y riesgo permitido. Una clave de lectura del artículo 10 n° 8 del Código Penal*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2014, pp. 7-50.

⁸³ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 37-38. El destacado es propio.

⁸⁴ GARRIDO MONTT, óp. cit. n. 6, p. 210. El destacado es propio.

*resultados indeseables*⁸⁵, pero como bien advierte Hernández, finalmente Cury debe aceptar que la “finalidad potencial” de la acción solamente obtiene contenido a la luz del deber de cuidado⁸⁶ y Mackinnon, en términos similares, dicen que “*la culpa es imprudencia o negligencia en el actuar, de modo tal que se omita controlar el curso causal de modo adecuado por quien tiene el poder de hacerlo, produciéndose por ello resultados típicos evitables*”.⁸⁷

Desde otra posición, Mañalich, siguiendo a Hruscha y a Kindhäuser, entiende al delito culposo no como un tipo especial y autónomo al doloso, sino como un criterio alternativo de imputación penal subjetiva, pero de igual modo reconoce que para “*una imputación a título de imprudencia es en todo caso imprescindible la comprobación de la infracción de una exigencia de cuidado*”⁸⁸. En sentido similar, Reyes⁸⁹ entiende que “*en el contexto de la imprudencia, el criterio de imputación está constituido por la infracción de una exigencia de cuidado*”.

Rosas, abordando de modo resumido el estado del arte sobre el asunto⁹⁰, adopta la posición mayoritaria al entender que la “*infracción del deber de cuidado constituye el elemento esencial del injusto del delito imprudente, representativo del desvalor de la conducta típica, en cuanto el injusto imprudente equivaldría a la no observancia de la norma de cuidado que ordena controlar ciertos riesgos que pueden derivar en la lesión de bienes jurídicos*”. Asimismo Náquira, que define la culpa como la “*realización no querida de un tipo objetivo mediante la violación de un deber legal de cuidado, lo cual, ha creado para un bien jurídico un peligro (o lesión, en un delito de resultado) prohibido, previsible y (según un sector de la doctrina) evitable mediante una conducta alternativa ajustada a Derecho*”.⁹¹ En el mismo Vargas⁹², quien reconoce a la infracción de la norma de conducta objetiva como el núcleo de la conducta imprudente. También Ovalle, quien si bien defiende una imputación individual, define a la imprudencia como “*un uso defectuoso de la capacidad (personal individualmente)*

⁸⁵ CURY, DPPG, óp. cit. n. 8, p. 331.

⁸⁶ HERNÁNDEZ, Art. 2°, óp. cit. n. 17, pp. 109-110.

⁸⁷ BULMORE, Vivian; MACKINNON, John, *Curso de derecho penal, Tomo II*, Santiago: LexisNexis, 2005, p. 39.

⁸⁸ MAÑALICH, óp. cit. n. 21, p. 21. El destacado es propio.

⁸⁹ REYES, *Aproximación a la imputación a título de imprudencia*, óp. cit. n. 10, p. 249. El destacado es propio.

⁹⁰ ROSAS, óp. cit. n. 68, pp. 3 y ss. El destacado es propio.

⁹¹ NÁQUIRA, óp. cit. n. 46, §7, IV. El destacado es propio.

⁹² VARGAS, Tatiana, *Responsabilidad Penal por Imprudencia Médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido*, Santiago: DER, 2017, p. 29.

considerada de evitación que efectivamente disponía el agente, previo a la conducta que se imputa” y que “se valorará contrastándolo como una contravención del cuidado debido con arreglo a estándares objetivos”⁹³.

Incorporando elementos más subjetivos encontramos autores como Novoa, para quien “hay culpa en la voluntaria realización de un determinado movimiento (o inacción) corporal, sin asentimiento o aceptación del resultado antijurídico que de él deriva, pero con violación de un concreto deber de atención y cuidado, que obliga a abstenerse de tal movimiento en razón de ser previsible dicho resultado antijurídico”⁹⁴, y a Etcheberry, quien señala que la “culpa es la voluntad de obrar, sin atender a las consecuencias típicas previsibles del acto o confiando en poder evitarlas”, buscando “mantener el concepto de culpa dentro de la esencia psicológica”, pero agregando de todas formas una “característica normativa: en las circunstancias en que se realizó el acto debe haber existido la obligación específica de prever los posibles resultados del acto querido, y de conducirse de modo de evitarlos (...) la medida en que la ley nos exige reflexionar sobre las consecuencias de nuestros actos y conducirnos de modo adecuado para evitarlas, es lo que constituye el deber de cuidado que, según las circunstancias pesa sobre toda persona en su vida de relación”.⁹⁵

Finalmente, Matus y Ramírez, que siguen estudiando a la culpa dentro de la culpabilidad, en su manual adaptado al sistema acusatorio chileno reconocen que la posición mayoritaria define a la culpa como una actuación contraria a los deberes de cuidado, señalando que “hay culpa en la realización voluntaria de una conducta, sin asentimiento o aceptación del resultado antijurídico que de ella se deriva, pero con violación concreta de un deber de cuidado”. En ese sentido, reconocen que la violación del deber de cuidado está en el injusto, dejando para la culpabilidad la acreditación de lo que denominan la “culpa propiamente tal”, mediante “la prueba de la capacidad personal de evitar el resultado previsible, teniendo en cuenta los conocimientos especiales y las específicas particularidades de cada sujeto”. En ese sentido,

⁹³ OVALLE, Germán, “Imprudencia y cognición”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. IV (2011), pp. 31 y ss. El destacado es propio.

⁹⁴ NOVOA, óp. cit. n. 48, p. 494. El destacado es propio.

⁹⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I (3ª ed.), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 314. El destacado es propio.

admiten que “*la culpa tiene un fuerte componente normativo, pues se basa en lo que se espera de cada cual en la vida en comunidad, esto es, en la determinación del mínimo exigible de cuidado, según los conocimientos y las operaciones mentales exigibles para prever o evitar resultados lesivos*”.⁹⁶

En definitiva, la doctrina mayoritaria y el general de los autores nacionales están de acuerdo en que el elemento fundamental o núcleo esencial de la teoría del delito imprudente lo constituye la *infracción del deber de cuidado*, ubicándolo sistemáticamente dentro del injusto de acción, en particular como un elemento del tipo objetivo. Sin perjuicio de las diferencias sobre su contenido (que abordaremos con mayor detalle en el segundo capítulo), hoy es prácticamente irrenunciable referirse a la noción de cuidado al hablar del delito culposo⁹⁷.

1.1.2. Diferencias y similitudes entre el delito doloso y culposo de resultado.

Como bien señala Bustos⁹⁸, el mecanismo tradicional para la protección de bienes jurídicos en Derecho penal es la prohibición de procesos que vayan dirigidos a su lesión o puesta en peligro. Estos son los así llamados delitos dolosos y respecto de los cuales se preocupa mayoritariamente el estudio de la Parte General de la dogmática penal y en base al cual se construye tradicionalmente la teoría del delito⁹⁹. La conducta dolosa, como bien sabemos, importa el conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del hecho típico¹⁰⁰, siendo el autor cabalmente consciente de la dimensión del injusto de su conducta y que el curso causal que desencadenará su acción generará una situación de incertidumbre para los bienes jurídicos penalmente tutelados¹⁰¹.

⁹⁶ MATUS/RAMÍREZ, *óp. cit.* n. 40, p. 200-201.

⁹⁷ REYES, Ítalo, “Sobre la construcción de la exigencia de cuidado”, *Política criminal*, Vol. 10 N° 19 (2015), p. 63-64.

⁹⁸ BUSTOS, Juan, “*Lecciones de Derecho penal*”, en: *Obras Completas, Tomo I*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 937.

⁹⁹ CURY, DPPG, *óp. cit.* n. 8, p. 327, señala, citando a Binding, que a la culpa se la ha tratado como un “hijo ilegítimo” del derecho penal, siendo descuidada generalmente por la doctrina penal. Lo anterior, sin perjuicio de la importancia del delito imprudente en torno a la construcción de la teoría de la imputación objetiva. Ver: FEIJOO, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2003.

¹⁰⁰ En ese sentido: JESCHECK/WEIGEND, *óp. cit.* n. 69, p. 606.

¹⁰¹ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, *óp. cit.* n. 21, p. 390.

En ese sentido la doctrina mayoritaria, postula que “*mientras que al hecho doloso corresponde una voluntad de realización del tipo con conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, lo característico del hecho imprudente es la realización no querida del tipo legal, es decir, por una negligencia contraria al deber de cuidado requerido en las relaciones.*”¹⁰² A diferencia de la conducta dolosa, el comportamiento culposo o imprudente es realizado sin querer realizar el tipo de una ley penal, pero que sin embargo termina lesionando o poniendo en peligro¹⁰³ un bien jurídico tutelado. En ese sentido, a diferencia del delito doloso, el autor no comprende cabalmente la dimensión del injusto típicamente relevante, incurriendo en un error por no prestar suficiente atención (culpa inconsciente) o por no tomarse con la debida seriedad los peligros de su conducta, confiando en que el resultado lesivo no ocurrirá (culpa consciente)¹⁰⁴.

Sin embargo, una posición cada vez más importante en la doctrina va en contra de la posición mayoritaria que explica al tipo imprudente y su elemento central de manera completamente excluyente del tipo doloso. Ello porque desde el punto de vista objetivo, en ambas categorías típicas la lesión jurídica es la misma: en ambos casos el autor está infringiendo una *norma de comportamiento* o de *conducta* que protege un determinado bien jurídico penalmente relevante¹⁰⁵. En otras palabras, el *tipo objetivo* en ambas clases de delito es

¹⁰² WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, p. 462.

¹⁰³ Desde ya adelantamos que el objeto de este trabajo se limita a los delitos culposos de resultado, sin perjuicio de que podemos encontrar en el ordenamiento jurídico chileno tipos penales imprudentes de mera actividad, como el inciso segundo del artículo 10 de la ley 20.000. Ver: HERNÁNDEZ, *Art. 2º*, óp. cit. n. 17, p. 109.

¹⁰⁴ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 391; JESCHEK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 606. Sin entrar en mayores detalles, “actúa con imprudencia inconsciente quien en un determinado hacer u omitir no observa el cuidado exigido y, como consecuencia de ello, realiza el tipo legal sin reconocerlo. Actúa con imprudencia consciente quien considera posible la realización del tipo legal, pero, de un modo contrario a deber, confía en la no realización del tipo” (WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, p. 424). Esta clasificación no ofrece mayor interés en el derecho positivo chileno, salvo en cuanto permite establecer una mejor delimitación entre el dolo eventual y la culpa. En la culpa consciente el sujeto se representa el mal o riesgo que enfrenta al realizar la acción, pero confía en que no se concretará el peligro. Esta confianza es precisamente lo que diferencia la culpa consciente del dolo eventual, donde el sujeto ante la posibilidad del riesgo, que también se representa, adopta una posición de indiferencia: su estado psicológico es que pase lo que pase, igualmente actuará. (GARRIDO MONTT, óp. cit. n. 6, p. 226).

¹⁰⁵ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 391; En el mismo sentido MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte general*, Tomo II (7ª ed.), Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 117, al señalar que “a pesar de tener una estructura completamente distinta, el hecho punible doloso y culposo no constituyen más que diversas manifestaciones de un elemento básico común a ambas (...) ambos pueden ser considerados como infracciones normativas de diferente estructura.”

idéntico¹⁰⁶. En el mismo sentido Mañalich, que desde otro punto de vista entiende que el dolo y la imprudencia no son más que *criterios alternativos de imputación subjetiva*, por lo que “*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.*”¹⁰⁷

Ambos tipos “*tienen su fundamento en la infracción de un deber como concreción de la norma de conducta.*”¹⁰⁸ Como adelantábamos, la contrariedad al deber de cuidado no constituye un elemento exclusivo del delito culposo; *en realidad, lo que sucede es que la infracción del deber es tan palmaria en el dolo que no hace falta detenerse o insistir sobre este aspecto normativo*”¹⁰⁹, motivo por el cual ha sido preferentemente estudiado a propósito del tipo culposo. Tanto en la conducta dolosa como en la culposa se infringe la norma de comportamiento o de conducta, “*sólo que en el caso del delito culposo el autor ha desconocido o estimado erróneamente el riesgo asociado a su comportamiento, incurriendo en un error, que puede ser respecto de las circunstancias de las cuales resulta la posibilidad de una realización del tipo a consecuencia del comportamiento, como respecto a las razones por las cuales el autor cree poder evitar la realización del tipo (falta de previsión o confianza infundada en su no-realización).*”¹¹⁰

Esta posición responde a concebir el deber de cuidado como una forma de concreción de la *norma de conducta*¹¹¹, esto es, partiendo de la base que debemos distinguir dos sistemas de reglas diferenciados: por una parte con reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales un comportamiento ha de ser visto como contrario a Derecho; y por otra, mediante reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales cabe atribuir responsabilidad por este comportamiento, siendo las primeras las normas de comportamiento (o primarias) y las otras, las reglas de

¹⁰⁶ FEIJÓO, Bernardo, *Derecho penal, neurociencias y bien jurídico*, Santiago: Olejnik, 2017, p. 250.

¹⁰⁷ MAÑALICH, óp. cit. n. 21, p. 16.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ, óp. cit. n. 50, p. 106.

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ KINDHAUSER, Ürs, “¿Qué es la imprudencia?”, en: MAÑALICH, Juan Pablo, *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. 221.

¹¹¹ FEIJÓO, *Resultado lesivo*, óp. cit. 52, p. 25. En contra MAÑALICH, Juan Pablo, “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, 2 (2004), p. 406; según quien “el deber de cuidado es una categoría de las reglas de imputación y no de la norma de comportamiento”.

imputación o normas de sanción (o secundarias)¹¹². En ese sentido es pertinente citar a Kindhauser¹¹³, quien define a las normas de conducta como “*aquellas reglas de conformidad con las cuales un determinado comportamiento es juzgado como prohibido o permitido y que poseen en término de la lógica del lenguaje un carácter prescriptivo o valorativo*”, siendo fundamentalmente dirigidas a los ciudadanos. El fin de las normas de comportamiento, en materia penal, consiste en la protección de determinados bienes jurídicos; en el caso de la prohibición de matar a otro, la protección de la vida humana, o en el caso de las lesiones la integridad física de otro. Lo importante a destacar de la posición del autor, “*es que estas normas de comportamiento indican únicamente qué formas de comportamiento se encuentran prohibidas (u ordenadas), pero no indican en qué medida el destinatario de la norma queda vinculado por ésta, o sea, la forma en que debe ejercer sus capacidades individuales para actuar conforme a la norma de comportamiento*”¹¹⁴. En el caso del homicidio o las lesiones, la norma de comportamiento no va a indicar en el contexto qué es lo que el destinatario de la norma tiene que saber o ser capaz de hacer físicamente para evitar dar muerte o lesionar a otro en una determinada circunstancia, lo que es aplicable tanto para la conducta dolosa como la imprudente. Desde esta perspectiva, muchos de los supuestos problemas de indeterminación en los casos de homicidios o lesiones imprudentes no estarían determinados por que estos tipos penales son “abiertos” (como veremos en el capítulo siguiente), sino más bien por la propia naturaleza de los delitos de resultados, sea dolosos o culposos¹¹⁵.

En el mismo sentido Robles, quien señala que las normas primarias son, en sentido estricto, previas al derecho penal: “*El derecho penal únicamente interviene seleccionando ciertas conductas antinormativas, o infractoras de normas de conducta. Las identifica y les asocia una pena a través de la norma de sanción. El que el derecho penal solo reaccione allí donde previamente una conducta puede ser calificada como antinormativa implica que el delito es previamente ya algo jurídicamente relevante desde el punto de vista del orden jurídico de*

¹¹² ROBLES, Ricardo, “Normas de conducta”, *InDret* 1 (2019), p. 1.

¹¹³ KINDHAUSER, óp. cit. n. 107, p. 218; HAFFKE, Bernhard, “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed. Esp.), SCHÜNEMANN, B.; DE FIGUEIREDO DIAS, J. (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 133.

¹¹⁴ KINDHAUSER, óp. cit. n. 109, p. 222.

¹¹⁵ FEIJOO, *Derecho penal, neurociencias y bien jurídico*, óp. cit. n. 106, p. 251.

derechos y libertades.”¹¹⁶ De ahí la importancia de conocer el contenido de este orden normativo primario, objeto de esta memoria. Asimismo, Freund, quien señala que el sistema de protección de bienes jurídicos mediante *normas de conducta* precede al Derecho penal y se caracteriza exclusivamente por la idea de la persecución de fines susceptible de ser legitimada: la norma jurídica de conducta debe ser un medio apropiado, necesario y adecuado, a la vista de los intereses en conflicto, para la consecución del fin perseguido (esto es, para la protección de bienes jurídicos como la integridad física, la vida, la libertad)¹¹⁷. Así, en ninguna circunstancia “una conducta permitida puede ser considerada punible, pues sólo cuando concurre como punto de partida ideal la infracción de una norma de conducta cabe plantearse una cuestión específicamente penal. A diferencia de la norma de sanción, la norma de conducta”¹¹⁸ pretende una protección posible y legitimable de bienes jurídicos mediante la regulación de conductas y es el resultado de una ponderación entre varios intereses en conflicto. A través de esta ponderación debe establecerse una preeminencia entre los intereses en juego plasmada en una prohibición o un mandato.

En el mismo sentido los autores que postulan que en realidad, la infracción al deber de cuidado del tipo culposo es sólo una expresión distinta para el presupuesto ya formulado por la imputación objetiva, de que la conducta del autor genere un *riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico típicamente protegido*.¹¹⁹ Por eso, la infracción del deber de cuidado no es, en realidad una particularidad del delito imprudente, sino que integra el tipo objetivo, el cual tiene que darse exactamente del mismo modo en los delitos dolosos y en los imprudentes.¹²⁰ Esta opinión debe compatibilizarse con el esquema propuesto por la doctrina mayoritaria, como señala Contreras, quien postula que tanto la infracción del deber de cuidado como la previsibilidad que exige el tipo culposo, “*no es otra cosa sino la infracción de una norma de conducta, y por tanto, lo mismo que la generación de un peligro jurídicamente*

¹¹⁶ ROBLES, óp. cit. n. 111, p. 7-8.

¹¹⁷ FREUND, Georg, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal”, en: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg, *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 95.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 97.

¹¹⁹ FRISTER, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 250.

¹²⁰ *Ídem.*

desaprobado”¹²¹. En el mismo sentido Frisch, quien señala que “*el criterio característico del injusto de acción de los delitos imprudentes es en definitiva la creación de un peligro ya no tolerado con respecto al bien jurídico, o -con más precisión- una acción a cuya ejecución, sobre la base de un juicio ex ante, está vinculado un peligro determinado (ya no tolerado)*”¹²², reconfigurando el elemento central de la infracción de un deber de cuidado como la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

En definitiva, en lo que respecta al estudio de este trabajo, el deber de cuidado podemos entenderlo como una concreción de la norma de conducta, la que no es exclusiva del delito imprudente, pues constituye un elemento común del tipo objetivo en ambos delitos. De ahí que en realidad no sea tan relevante para el estudio de este trabajo las principales discusiones dogmáticas respecto de los elementos característicos del tipo subjetivo del delito culposo o los mecanismos de imputación de responsabilidad. Esto ya que como adelantamos, nuestro propósito es aportar con la configuración de criterios normativos que permitan dotar de contenido a la norma de conducta, elemento central del tipo objetivo, que cobra especial importancia en los delitos culposos de resultado, pues son vitales para la protección de los bienes jurídicos más fundamentales en nuestra sociedad: la vida y la integridad física de las personas.

1.1.3 Estructura del delito culposo de resultado

Como ya es posible advertir, el tipo culposo no sólo está constituido por la infracción del deber de cuidado, sin perjuicio de ser éste el elemento central que funda la imputación a título culposo¹²³. La doctrina mayoritaria señala que los delitos culposos van a exigir además la producción de un resultado típico y la imputabilidad objetiva de dicho resultado a la infracción del comportamiento contrario a deber¹²⁴. Algunos autores agregan además como un elemento distinto de la infracción a deber, la “reconocibilidad”, “cognoscibilidad” o previsibilidad del peligro de la realización del tipo¹²⁵.

¹²¹ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 391.

¹²² FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 48.

¹²³ LUZÓN PEÑA, óp. cit. n. 9, §18 nm. 16.

¹²⁴ WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. p. 54, p. 465.

¹²⁵ JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 608.

En ese sentido por ejemplo nuestros tribunales de justicia, han entendido que la estructura del tipo culposo “debe construirse constando de tres elementos: a) la tipicidad, cuyo tipo objetivo se compone de la omisión de la diligencia debida, habiendo una relación de causalidad entre la omisión y el resultado lesivo, y su tipo subjetivo compuesto por dos elementos positivos, que son el haber querido realizar la conducta descuidada y la previsibilidad objetiva de los elementos del tipo penal, y uno negativo, el no haber querido el autor cometer el hecho resultante; b) la responsabilidad o reprochabilidad, esto es, la previsibilidad o evitabilidad subjetiva del tipo penal; y c) la omisión de la diligencia debida objetiva como fundamento de la imprudencia.”¹²⁶ Así, “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 prevee o bien, previendo, confía imprudentemente en poder evitarlo”¹²⁷. En el mismo sentido, los tribunales exigen previsibilidad como elemento del deber de cuidado, señalando que no “se ha producido una infracción al deber de cuidado, pues se requiere para que exista culpa que el riesgo sea susceptible de previsión por parte de quien ejecuta la conducta”¹²⁸.

En ambos fallos (citados a modo de ejemplo) se reconocen como elementos de la estructura típica culposa a la infracción del deber de cuidado, que comprende un doble nivel. Un primero entendido como el “deber de cuidado interno”, “elemento objetivo-normativo intelectual” o la previsibilidad del resultado lesivo, y un segundo entendido como el “deber de cuidado externo” o “elemento objetivo-normativo conductual” en el que el sujeto adapta su conducta a los riesgos previamente reconocidos¹²⁹. En el siguiente capítulo abordaremos con mayor detalle esta conceptualización del deber de cuidado. En el sentido que la estudiaremos, exigir la previsibilidad como elemento adicional puede ser considerado como superfluo, toda vez que el autor que ha quebrantado la exigencia de cuidado a la que estaba obligado conforme a las circunstancias de su actuación, al mismo tiempo ya se entiende que pudo prever las consecuencias típicas de su conducta¹³⁰. En el mismo sentido que, entendiendo la infracción del deber de cuidado como aumento o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, dicha

¹²⁶ Corte Suprema, 15 de septiembre de 2008, Rol N° 7070-2007, considerando octavo.

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ Corte Suprema, 2 de abril de 2013, Rol N° 5642-2012, considerando cuarto.

¹²⁹ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, pp. 43 y ss.

¹³⁰ REYES, óp. cit. n. 95, p. 71.

conducta supone ya que exista una posibilidad cierta (o sea previsible) de la producción del resultado lesivo¹³¹.

Por otra parte, al igual que en los delitos dolosos de resultado, en los delitos culposos de resultado la acción cumple el tipo no sólo si infringe el deber de cuidado que el autor debió prever en su contexto (o crea un peligro para intereses jurídicamente protegidos más allá de lo permitido), sino que también es requisito que dicha infracción a la norma de conducta produzca un resultado lesivo¹³². Por eso en esta especie particular de delitos culposos no es relevante considerar aquella discusión que plantea que el resultado será una condición objetiva de punibilidad¹³³, pues los cuasidelitos de homicidio y lesiones comprendidos en los artículos 490 a 492 del Código Penal pueden ser configurados como delitos de resultado material y de lesión al mismo tiempo¹³⁴. Además, como señala Hernández¹³⁵, las consecuencias de esta discusión son poco fértiles en la práctica, considerando que no es posible la comisión de delitos culposos en estados imperfectos del *iter criminis* (frustrado o tentado) y que nadie discute que el resultado debió haber sido, al menos, previsible.

Sobre este punto la doctrina mayoritaria defiende la importancia del resultado, en tanto ambas especies de injusto (de acción y de resultado) están estrechamente vinculados el uno con el otro, “pues por una parte existen los deberes de cuidado -normas de conducta- que tienen por finalidad evitar determinadas lesiones o peligros y, por otra, el peligro que se cierne sobre el objeto protegido de la acción determina la clase y medida de la actividad exigible”¹³⁶, asimismo, “la infracción del deber de cuidado debe haber repercutido precisamente sobre el resultado acaecido y este último haber sido previsible en el momento de la acción; finalmente, por medio

¹³¹ FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado - Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, Barcelona: Atelier, 2015, p. 60; también ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1000.

¹³² STRATENWERTH, óp. cit. n. 78, p. 424.

¹³³ CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 346.

¹³⁴ Como bien precisa BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 76-78, los cuasidelitos de homicidio y lesiones son delitos de resultado material y al mismo tiempo de lesión, siendo este tema relevante cuando sólo se produce un resultado de lesión al bien jurídico.

¹³⁵ HERNÁNDEZ, *Art. 2º*, óp. cit. n. 17, p. 118.

¹³⁶ JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 628.

del resultado no sólo se determina si se castiga al autor, sino también a causa de qué y en qué medida debe hacerse”¹³⁷.

Finalmente, se dice que la causación del resultado y la infracción del deber de cuidado no son suficientes por sí solas en el tipo de injusto de un delito culposo de resultado; sino que debemos agregar al igual que en los delitos dolosos de resultado, la imputación objetiva del resultado en cuestión: esto es, que el resultado lesivo debe ser consecuencia directa y concreta de la infracción del deber objetivo individual de cuidado¹³⁸.

Dicho de otra forma, se requiere una relación entre el resultado jurídico y el comportamiento típico culposo, eso es, que la “contrariedad al deber” del comportamiento del autor, es decir, aquel peligro jurídicamente desaprobado que ha sido creado mediante la infracción del deber de cuidado del autor, se haya “realizado” en el concreto resultado. Por eso, si el resultado en realidad era inevitable para el autor, no va a existir un nexo entre la conducta imprudente y resultado desaprobado, es decir, cuando el resultado no se hubiera evitado con una probabilidad rayana en la certeza de haberse cumplido con el cuidado debido.¹³⁹

En ese sentido, en realidad la exigencia de la “evitabilidad” del resultado como elemento del tipo culposo¹⁴⁰, no es distinto a los criterios de la imputación objetiva¹⁴¹ ampliamente desarrollados por la doctrina y plenamente aplicables a los delitos culposos.

1.2 Tratamiento del delito culposo de resultado en el Código Penal chileno

Si bien la doctrina nacional recientemente ha tenido bastante interés en el estudio de los problemas que origina la imputación a título culposo, especialmente desde un punto de vista teórico y con especial trascendencia sobre la teoría del delito, no encontramos tanto interés en

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ En esos términos, HORVITZ, *óp. cit.* n. 20, p. 143, y desde la postura mayoritaria alemana: WESSELS/BEULKE/SATZGER, *óp. cit.* n. 54, p. 471; JESCHECK/WEIGEND, *óp. cit.* n. 69, p. 628.

¹³⁹ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *óp. cit.* n. 54, p. 473.

¹⁴⁰ En Chile, *i.e.*: GARRIDO MONTT, *óp. cit.* n. 6, p. 218.

¹⁴¹ HERNÁNDEZ, *Art. 2º*, *óp. cit.* n. 17, p 119.

el desarrollo de las disposiciones especiales que comprende nuestro Código Penal¹⁴². Tampoco es objeto de este trabajo profundizar sobre el alcance específico de cada una de las disposiciones de la parte especial que sancionan expresamente a título de culpa, pero al menos revisaremos los elementos relevantes de los cuasidelitos de homicidio y lesiones comprendidos en el título décimo del libro segundo de nuestro Código Penal.

Como señalábamos en el acápite anterior, el modelo tradicional de la respuesta jurídico penal a la puesta en peligro de bienes jurídicos es a través del establecimiento de delitos dolosos. De ahí que se explique que el concepto legal del cuasidelito en Chile sea fundamentalmente negativo, en cuanto lo primero que se exige es la ausencia de dolo¹⁴³:

Art. 2º. Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete.

Seguidamente, como se colige de lo dispuesto en los artículos 4º y 10 nº 13 del Código Penal, nuestro ordenamiento nacional establece como principio la excepcionalidad del castigo a título culposo, señalando que sólo se castigarán los cuasidelitos en los casos especiales y expresamente señalados en la ley¹⁴⁴. En ese sentido nuestro país ha optado por un sistema cerrado o de “*númerus clausus*”¹⁴⁵, a diferencia de lo que ocurría con nuestro referente, el Código Penal español hasta antes de 1995, en que se establecía una figura genérica de responsabilidad por culpa¹⁴⁶. Este sistema cerrado es considerado actualmente por la mayoría de la doctrina como más acorde con el principio constitucional de legalidad y termina siendo

¹⁴² REYES, *Aproximación*, óp. cit. n. 10, p. 276.

¹⁴³ HERNÁNDEZ, *Art. 2º*, óp. cit. n. 17, p. 107. Con este punto de partida, hace sentido la comprensión de la imputación a título imprudente desarrollada por MAÑALICH, óp. cit. n. 21, pp. 17-18, quien entiende a la imprudencia como un criterio de imputación extraordinaria y subsidiaria frente al dolo.

¹⁴⁴ GARRIDO MONTT, óp. cit. n. 6, p. 222.

¹⁴⁵ VERA, óp. cit. n. 42, p. 207.

¹⁴⁶ Art. 2 CP Español (1812): “Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar”, y en término similar el antiguo art. 565 que establecía que “el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare dolo constituiría delito...”

más respetuoso con el mandato de determinación y el principio de división de poderes, al conservar el monopolio de la tipificación de los delitos en el legislador (y no en el juez).¹⁴⁷

Sin perjuicio de lo anterior, se plantea por la mayoría de los autores¹⁴⁸ que nuestro sistema no es totalmente cerrado, sino que es más bien mixto o de “*numerus clausus imperfecto*”, puesto que los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal abren la punibilidad por delito culposo a todo “crimen o simple delito contra las personas”¹⁴⁹, estableciendo delitos de relación con otras figuras típicas. Así, por ejemplo, “el comportamiento en relación al artículo 490 del Código Penal será en general el de matar o bien herir, golpear o maltratar, es decir, hay que recurrir al tipo legal de los artículos 391 o bien 397 del Código Penal.”¹⁵⁰

De todas formas, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de reducir bastante el alcance de estas disposiciones abiertas, entendiendo que de los delitos comprendidos en el Título VIII del Libro II, sólo son sancionables a título culposo el homicidio y las lesiones¹⁵¹, excluyendo otros tipos penales, ya por ser imposibles de conceptualizar, como el duelo culposo; o por exigir una forma de dolo especial, como el delito de parricidio¹⁵².

Estos artículos, objeto de estudio del presente trabajo, señalan lo siguiente:

Art. 490. El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado: 1º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen. 2º. Con reclusión o relegación menores en sus graos mínimos

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ, óp. cit. n. 50, p. 103.

¹⁴⁸ GARRIDO MONTT, óp. cit. n. 6, p. 222, FERNÁNDEZ, óp. cit. n. 50, p. 104, BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 35, CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 345.

¹⁴⁹ REYES, *Aproximación*, óp. cit. n. 10, p. 251.

¹⁵⁰ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 35.

¹⁵¹ Sólo las lesiones graves y menos graves comprendidas en los artículos 397 y 399 del Código Penal, excluyendo otras formas lesivas como la castración y la mutilación por exigir dolo directo; y las lesiones leves por constituir solo faltas.

¹⁵² MATUS/RAMÍREZ, óp. cit. n. 40, p. 202.

o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.

Art. 491. El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.

Iguales penas se aplicará al dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas.

Art. 492. Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.

Las precitadas disposiciones parecen describir distintas formas y graduaciones de culpa, haciendo alusión a tres conceptos diversos: “imprudencia”, “negligencia” y “descuido”, y utilizando al menos dos calificativos: “temeraria” y “culpable”, sin haber definido el legislador qué hemos de entender por cada uno. Sin perjuicio de las diferencias, desde ya, todos exigen el mismo núcleo de la conducta culposa: la infracción, en menor o mayor medida, de un deber o exigencia de cuidado.

Los autores nacionales y la jurisprudencia¹⁵³ han entendido que del conjunto de disposiciones se desprende que el código considera distintos “grados de intensidad” de la

¹⁵³ Por ejemplo la Corte de Apelaciones de La Serena, 31 de enero de 2018, Rol N° 687-2017, considerando sexto: “Con lo relacionado con el elemento subjetivo del tipo” mera imprudencia o negligencia”, conviene dejar en claro que el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española, define la imprudencia temeraria, exigida por el artículo 490 del Código penal, como “culpa grave e inexcusable”, que corresponde a la forma más burda para incurrir en este tipo de ilícitos, por lo que la “mera imprudencia” o “negligencia”, referidas en el artículo 492 del citado código, deben necesariamente corresponder a una conducta más leve que aquella, definida la primera por el diccionario referido “como una falta de prudencia”. Ahora bien, la “prudencia”, definida como “templanza, cautela, moderación”, en su primera acepción, y como “sensatez, buen juicio”, en la segunda, dicen más bien relación, con una forma de ser de las personas, más que una conducta, lo que conlleva a sostener que, en el caso sublite, hubo

infracción del deber de cuidado. La *imprudencia temeraria* sería el grado de mayor intensidad de culpa susceptible de sanción, y que consiste en la inobservancia de la diligencia más elemental, equiparable al concepto civil de culpa grave¹⁵⁴, que según la jurisprudencia se refiere a supuestos de actuaciones especialmente peligrosas donde “hasta la más sencilla de las almas” tendría cuidado¹⁵⁵. Así también, existe consenso en que esta expresión permite entender la posibilidad de cuantificar un nivel de cuidado debido, siendo necesario que se infrinjan *elementales* deberes de cuidado¹⁵⁶. La *negligencia culpable* por su parte sería aquella falta de cuidado que la persona media emplea en la actividad que desarrolla y que se corresponde a actividades creadoras de riesgos que exigen de quien las realiza mayor acuciosidad¹⁵⁷, y que, en armonía con el resto de su articulado, deben entenderse como una referencia a una regulación específica del ámbito de riesgo, como la actividad médica o la tenencia responsable de mascotas¹⁵⁸. Finalmente, la *mera imprudencia* o negligencia con infracción del reglamento, no sería una forma especial de la infracción de deber, sino que bastará observar el mínimo deber ya descrito en el mismo reglamento, como sucede en general con las reglas extrapenales. Sobre este último, lo importante a destacar es que lo esencial al tipo legal sigue siendo la culpa, no la infracción del reglamento, que cumple simplemente un papel delimitador¹⁵⁹.

Sin embargo, me parece que una mejor lectura de los distintos conceptos analizados se logra de la manera en que lo aborda Reyes, mediante una lectura global de la totalidad de disposiciones culposas contenidas en el Código Penal¹⁶⁰. Así, refiere a que el concepto “diligencia” y “negligencia” son en realidad homólogos, y harían referencia a una exigencia o deber de cuidado especial, referida a un sujeto que cumple un rol específico dentro de un contexto determinado, como los profesionales de la salud referidos en el artículo 491 inciso

“negligencia”, en sus acepciones “descuido” o “falta de aplicación”, según el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española”.

¹⁵⁴ GARRIDO MONTT, óp. cit. n. 6, p. 223; BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 50, y en sentido similar, aunque desde su especial posición respecto del delito culposo, CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 345, quien sostiene que importa un alto grado de irreflexión o descuido.

¹⁵⁵ MATUS/RAMÍREZ, óp. cit. n. 40, p. 203.

¹⁵⁶ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 360.

¹⁵⁷ GARRIDO MONTT, óp. cit. n. 6, p. 223.

¹⁵⁸ MATUS/RAMÍREZ, óp. cit. n. 40, p. 203.

¹⁵⁹ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 53.

¹⁶⁰ Esto ya que no sólo los tipos penales comprendidos en los delitos contra las personas admiten una configuración típica culposa, si no que encontramos una serie de otros tipos penales en el Código Penal.

primero del Código Penal¹⁶¹. Al contrario, el concepto de “imprudencia” haría referencia a los deberes de cuidado exigidos de modo general a cualquier sujeto. Respecto de la referencia a la infracción de reglamentos, correctamente hace notar que dicha infracción en realidad solamente puede servir como un indicio de la infracción del deber de cuidado¹⁶².

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, señalando que la “infracción de reglamentos” es una cuestión distinta y que funciona de forma autónoma al comportamiento negligente, por lo que “teóricamente, puede darse la imprudencia aun sin violación de un reglamento y transgredirse un reglamento sin incurrir en imprudencia”¹⁶³.

En definitiva, en todos los casos constituirá la labor del juez determinar si en el contexto del autor existió o no una infracción del deber de cuidado, ya sea de carácter general, acompañado de la infracción de un reglamento específico o en el marco del desempeño de una especial actividad de riesgo. El fundamento de la imputación y el núcleo del injusto en cada uno de los tipos es el mismo: la infracción del deber de cuidado exigido en la relación.

1.2.1 Futuro de los delitos culposos (Anteproyectos Código Penal)

El Ministerio de Justicia y de los Derechos Humanos mandató la formación de una Comisión¹⁶⁴ para la elaboración y revisión de un anteproyecto de Código Penal (en adelante, el “anteproyecto”), con el objeto de reemplazar el actual Código Penal de 1874. La Comisión, recogiendo el trabajo realizado por comisiones de años anteriores (2013/2015), entregó el 17 de octubre de 2018 un texto final, el que a la fecha ha sido objeto de observaciones y propuestas por parte de distintas universidades del país.

¹⁶¹ REYES, *Aproximación*, óp. cit. n. 10, p. 261, quien hace la prevención que para la infracción del deber de cuidado la cualificación como médico es relevante sólo en la medida del contexto, pues cuando no sea pertinente, se medirá conforme a un baremo general.

¹⁶² REYES, *Aproximación*, óp. cit. n. 10, p. 261.

¹⁶³ Tribunal Constitucional, 10 de septiembre de 2015, Rol N° 2716-14-INA, considerando séptimo y trigésimosexto.

¹⁶⁴ La Comisión fue integrada por los abogados Juan Domingo Acosta Sánchez, Antonio Bascuñán Rodríguez, Jorge Bofill Genzsch, Jaime Couso Salas, Juan Pablo Cox Leixelard, Héctor Hernández Basualto, Francisco Maldonado Fuentes, Alex van Weezel De la Cruz y Javier Wilenmann von Bernath.

En lo relativo al objeto de este trabajo, el anteproyecto introduce importantes modificaciones a la estructura actual de los cuasidelitos en nuestro Código Penal, trasladando su regulación desde la parte especial (artículos 490 a 493), al articulado sobre “El delito”, en el Título II del Libro Primero del anteproyecto (artículos 12 a 14).

En su artículo 11, el anteproyecto define al delito como *la acción u omisión ilícita y culpable descrita por la ley bajo señalamiento de pena*, y a continuación señala:

Art. 12. Dolo e imprudencia. *Una acción u omisión comprendida en el artículo precedente solo es punible a condición de que ella sea dolosa a menos que la ley prevea expresamente la punibilidad del hecho imprudente.*

Cuando la ley señala para el delito una pena mayor en caso de verificarse una determinada consecuencia especial tal pena solo se aplica si respecto de la consecuencia especial hubiere existido al menos imprudencia.

Art. 13. Graduación de la imprudencia. *La imprudencia puede ser simple o temeraria. No es punible el descuido mínimo.*

Cuando la ley disponga la punibilidad del hecho imprudente bastará la imprudencia simple, a menos que la ley exija imprudencia temeraria.

La imprudencia es temeraria cuando el sujeto hubiera podido evitar la realización del delito empleando la mínima diligencia que le era exigible de acuerdo con sus circunstancias.

Art. 14. Error sobre las circunstancias del hecho. *No actúa u omite dolosamente quien por error desconoce una circunstancia exigida por la descripción legal del hecho, así como quien erradamente supone como efectivas las circunstancias exigidas por una causa de exclusión de la ilicitud.*

Si el error hubiere sido vencible para el hechor se estará a lo que la ley prevea para la punibilidad y la penalidad del hecho imprudente.

El anteproyecto se vuelve a referir a los delitos imprudentes en la parte general en el artículo 38, a propósito de la intervención imprudente, y en la parte especial, a propósito de los delitos y simples delitos de homicidio, lesiones corporales, aborto, privación de libertad, agravio, delitos contra la intimidad, sustitución de menores, liberación de personas privadas de libertad, atentados contra el medio ambiente, incendio, delitos relativos a la energía nuclear, delitos por productos peligrosos para la salud, fraude electoral, revelación de secretos y la infracción al deber de vigilancia.

Como comentario general sobre estas modificaciones, me parece positivo el que exista consenso en utilizar el concepto de “imprudencia” y “delito imprudente” para referirse al actual delito culposo, descartando utilizar otros conceptos como la “culpa”, “negligencia” o “descuido”¹⁶⁵. Luego, el anteproyecto realiza una expresa graduación de los distintos niveles de imprudencia punibles: la simple y la temeraria, descartando la posibilidad de castigar la “imprudencia mínima”. Esta triple graduación de la imprudencia (mínima, simple y temeraria) parece ser mucho más cercana a los conceptos de culpa consagrados en el Código Civil (grave, leve y levísima), dejando afuera otros criterios como la infracción de reglamentos o el especial nivel de diligencia exigido respecto de determinados sujetos activos (actual artículo 491), pero parece confundir criterios de determinación de pena con criterios de imputación de responsabilidad, que generan problemas en su aspecto subjetivo respecto al límite de la conducta temeraria con el dolo eventual¹⁶⁶. Asimismo, a diferencia del actual texto, el anteproyecto configura un sistema cerrado de *numerus clausus*, señalando en la parte especial del Código cada uno de los delitos que admite cada una de las clases de imprudencia¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Lo que da una idea de que, actualmente, tales diferencias conceptuales serían más bien irrelevantes.

¹⁶⁶ En sentido crítico sobre esta graduación de la imprudencia, el Informe de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile con observaciones al Anteproyecto del Código Penal, de 29 de noviembre de 2018.

¹⁶⁷ Aunque sólo se contempla la imprudencia temeraria respecto del homicidio y las lesiones.

Fuera de estos cambios, en realidad no es mucho lo que avanza el proyecto en solucionar aspectos problemáticos de la configuración del delito imprudente, como la distinción entre la culpa consciente e inconsciente, aspectos relativos a la autoría y participación o la apertura del tipo penal y la necesidad de criterios normativos para su determinación, de modo tal que los temas tratados en este trabajo difícilmente quedarán obsoletos con una modificación legal como la que se propone.

2. EL DEBER DE CUIDADO

2.1 El deber de cuidado como elemento del tipo imprudente

Como ya hemos reiterado a lo largo del presente trabajo, el elemento fundamental o núcleo esencial en el delito culposo, según la doctrina mayoritaria y la opinión de nuestros tribunales de justicia, es la **infracción del deber objetivo de cuidado exigido en el ámbito de relación**.

Sin perjuicio de ello, y como también hemos advertido, esta construcción tradicional del delito culposo ha presentado inconvenientes que han sido puestos de relieve por distintos sectores de la doctrina. Así, por un lado, existen quienes consideran que este elemento no es de la esencia del delito imprudente, pues es un elemento común tanto en los delitos dolosos como culposos¹⁶⁸, enfocando el estudio de la imprudencia en el denominado “tipo subjetivo” del injusto culposo¹⁶⁹. Por otro lado, hay quienes lo descartan por ser un elemento vago y que induce al error lógico de considerar al tipo culposo como uno de omisión de un deber¹⁷⁰, ubicando en primer plano otros elementos del injusto como la “reconocibilidad” (o cognoscibilidad) de la realización del tipo¹⁷¹ o su evitabilidad¹⁷². En ese sentido, tanto en Chile¹⁷³ como en la doctrina

¹⁶⁸ CALDERÓN, Lyonel, *Ensayo acerca del Tipo Culposo o Imprudente en Derecho Penal y su Relación con la Imputación Objetiva*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, p. 63-96.

¹⁶⁹ En ese sentido PÉREZ DEL VALLE, óp. cit. n. 21, pp. 134-135, quien señala que no hay otra posibilidad si no entender la distinción entre delito doloso y objetivo como una diferenciación básica en el *tipo subjetivo*. Ello explica, porque el concepto de deber de cuidado no ha permitido dar solución a tres aspectos esenciales de la imprudencia: el fundamento de su sanción (absoluta y relativamente respecto de la imputación dolosa); la separación entre dolo e imprudencia; y la diferenciación de gravedad en la sanción penal respecto de la conducta imprudente.

¹⁷⁰ En ese sentido ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1000; JAKOBS, *DPPG*, óp. cit. n. 80, p. 384.

¹⁷¹ JAKOBS, *DPPG*, óp. cit. n. 80, p. 384 y ss.

¹⁷² MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, óp. cit. n. 105, p. 124. En contra, ver PUPPE, Ingeborg, “Negligencia and responsibility in Road Traffic”, *The European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 11, 2 (2003), p. 2.

¹⁷³ En ese sentido como ya vimos: CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 333 y ss.; ETCHEBERRY, óp. cit. n. 95, p. 314 y ss.; y en especial OVALLE, óp. cit. n. 93, p. 2 y ss., quien considera que “el injusto de la imprudencia (...) discurre sobre la idea de que la realización del tipo cognoscible es evitable, lo cual se logra mediante la obtención de conocimientos o bien, procurando omitir actuar a ciegas”, señalando luego que “para imputar como imprudente cierta conducta a un sujeto, basta que las circunstancias de su dominio sean cognoscibles”.

comparada, hay autores que renuncian a la noción de “cuidado”, puesto que para ellos lo único determinante será si el autor podía haber previsto y evitado la ocurrencia del resultado lesivo¹⁷⁴.

En este capítulo abordaremos con mayor detalle el “deber objetivo de cuidado”, estudiando su nomenclatura, estructura y las distintas posiciones respecto de la determinación de su contenido, esto es, esencialmente si es necesario considerar las capacidades y conocimientos especiales del autor. Luego nos referiremos brevemente a porqué en realidad el delito culposo no es un tipo penal abierto, pero si es necesario determinar el contenido del deber de cuidado conforme a criterios normativos. Al final del capítulo, abordaremos aquella posición que comprende a la infracción del deber de cuidado como un corolario del aumento o creación de un riesgo jurídicamente no permitido, pues será el punto de partida para la determinación de los distintos criterios normativos que estudiaremos en el tercer capítulo, que pueden ser leídos como riesgos permitidos desde la teoría de la imputación objetiva. En ese sentido, entenderemos que el delito culposo de resultado no es más que la creación de un riesgo típicamente relevante, o, la infracción de una norma de conducta, que produce un resultado lesivo¹⁷⁵.

2.1.1 Nomenclatura.

Al igual que al referirnos al esquema del delito culposo¹⁷⁶, una primera cuestión relevante es aclarar la terminología que utilizaremos para referirnos a este elemento del tipo, ya que en esta materia la doctrina penal utiliza términos y conceptos que se confunden o se relacionan entre ellos¹⁷⁷. En Chile, como ya advertimos previamente, encontramos que la mayoría de los autores se refiere como elemento del tipo al “deber de cuidado”¹⁷⁸, “cuidado

¹⁷⁴ Desde una perspectiva crítica: REYES, *Sobre la construcción del deber de cuidado*, óp. cit. n. 97, p. 64, con referencias. Con mayor detalle sobre estas concepciones críticas de la imprudencia, ver: BURKHARDT, Björn, “Conducta típica y perspectiva ex ante”, en: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg, *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 170 y ss., quien distingue tres concepciones de la imprudencia: una que renuncia al concepto del deber de cuidado, reemplazándola por la ‘cognoscibilidad de la realización del tipo’; otra concepción que entiende la imprudencia como una infracción ‘simple’ del deber de cuidado; y finalmente la postura tradicional (y que estudiaremos en el presente trabajo) que entiende la esencia de la imprudencia en una ‘doble’ falta de cuidado exigido, denominada como ‘concepto complejo de imprudencia’.

¹⁷⁵ HORVITZ, óp. cit. n. 20, p. 143.

¹⁷⁶ Ver Supra 1.1.1.

¹⁷⁷ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 101 y ss., quien distingue entre el deber objetivo de cuidado, la norma de conducta y las reglas generales de cuidado.

¹⁷⁸ Por ejemplo, HERNÁNDEZ, Art. 2º, óp. cit. n. 17, p. 108; MATUS/RAMÍREZ, óp. cit. n. 40, p. 200; NOVOA, óp. cit. n. 48, p. 494.

debido”¹⁷⁹, “cuidado exigido”¹⁸⁰ o “exigencia de cuidado”¹⁸¹, en términos similares a la terminología que sigue utilizando la doctrina tradicional para referirse a la falta del cuidado necesario para la evitación del resultado típico¹⁸².

En el mismo sentido, aunque con algunos matices, encontramos autores que refieren a que en el delito imprudente hay más bien una infracción a una “norma de cuidado”¹⁸³, a veces también denominada o confundida con la “norma de conducta”¹⁸⁴.

Sobre esto último, Feijoo¹⁸⁵ refiere que “*el elemento denominado deber de cuidado, atención o diligencia necesario en el tráfico social*” (...) “*emana de una determinada norma de conducta: la norma de cuidado*”, dando a entender que el deber de cuidado exigido al sujeto en un determinado contexto emana de una norma de conducta general, denominada en el delito culposo como “norma de cuidado”. En ese sentido señala que “*para constatar la existencia de un injusto el juzgador tiene que valorar objetivamente si una determinada persona ha infringido una norma de conducta penalmente relevante que en el delito imprudente es definida como norma de cuidado. Injusto equivale a infracción de la norma de conducta. Injusto imprudente equivale a infracción de la norma de cuidado.*” La utilidad de dicho elemento para Feijoo, es que permite establecer “*el primer límite a la responsabilidad por imprudencia: si la infracción de ese deber de cuidado fundamenta la imputación a título de imprudencia, el respeto al cuidado necesario en el tráfico opera como un primer límite de la responsabilidad penal en todos los delitos realizados de forma imprudente.*”¹⁸⁶

¹⁷⁹ Por ejemplo, GARRIDO MONTT, óp. cit. n. 6, p. 210.

¹⁸⁰ Por ejemplo, BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 42.

¹⁸¹ Por ejemplo, MAÑALICH, óp. cit. n. 21, p. 18; REYES, *Construcción del deber de cuidado*, óp. cit. n. 97, p. 59; 63; quien prefiere utilizar el concepto ‘exigencia de cuidado’ antes que la nomenclatura más frecuente de deber de cuidado, “puesto que sólo la primera es neutral respecto de la necesidad lógica (o no) de la obligación de cuidado”.

¹⁸² Por la posición mayoritaria en Alemania, ver JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 622; WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, p. 467; en España, ver: MIR PUIG, óp. cit. n. 65, p. 297. Todos con algunos matices en la denominación del concepto, al igual que ocurre en Chile.

¹⁸³ En ese sentido, CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 101 y ss.; GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, p. 222 y ss.

¹⁸⁴ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 24. Sobre la ‘norma de cuidado’, ya nos hemos referido a su alcance a propósito de las diferencias del delito doloso con el culposo (Supra 1.1.2.).

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 242.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 25.

Por su parte, Corcoy señala que es necesario distinguir entre la “norma de cuidado” y el “deber objetivo de cuidado”. A su juicio, la “norma de cuidado” se trata de una norma penal y como tal prevista en los tipos penales, señalando que *“cada uno de los tipos imprudentes responde a una norma de cuidado que abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo no permitido de lesión de un determinado bien jurídico -vida, integridad física- (...) esta norma de cuidado tiene carácter general frente a todos los sujetos y en cualquier circunstancia”*¹⁸⁷. La norma de cuidado, como elemento integrante del tipo imprudente es una *“norma de determinación que persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos, motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delitos”*¹⁸⁸. En cambio, señala que el deber objetivo de cuidado no es, en si mismo una norma penal, sino que sólo determina una de las formas posibles de realizar una conducta para que sea correcta. En ese sentido, señala que la infracción del deber objetivo de cuidado no fundamenta por si sola la lesión de la norma de cuidado¹⁸⁹. Su tesis es que la imprudencia es esencialmente la infracción de una norma de cuidado¹⁹⁰, siendo el deber objetivo de cuidado una concreción de ésta en el caso particular, considerando las diversas situaciones sociales: esto es, teniendo a la vista la situación particular y la categoría de conocimientos y capacidades del autor¹⁹¹.

La necesidad de estos autores por comprender que lo esencial es la infracción de una norma de cuidado, prevista de modo general en el tipo penal y distinguiéndola del deber objetivo de cuidado, es que de ese modo es posible comprender al delito imprudente como legítimo y no atentatorio contra el mandato de determinación legal¹⁹². Esto ya que, lo que el juez va a determinar en cada caso es el deber objetivo de cuidado (y no la norma de cuidado que ya está prevista legalmente), que es *una de las posibles modalidades* de conductas que no infringen la norma de cuidado.

¹⁸⁷ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 95.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 85.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 102-103.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 123; 52, señalando que “en la imprudencia el momento de deber, propio de toda concepción normativa, se entiende constituido -para la doctrina mayoritaria- por la infracción del deber de cuidado. La esencia de la imprudencia es, por tanto, la infracción del deber objetivo de cuidado o mejor -como trataremos de demostrar a lo largo de este trabajo- la infracción de la norma de cuidado”.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 123.

¹⁹² Veremos con mayor detalle en el apartado 2.3.

Por su parte, Kindhäuser también distingue entre el deber de cuidado y la norma de conducta¹⁹³. Para él hay que distinguir “entre la evitación, conforme a deber, de un comportamiento prohibido, y la evitación, conforme a cuidado, de la incapacidad de seguimiento, conforme a deber, de una prohibición.”¹⁹⁴ Con un ejemplo, señala que “la prohibición de matar [norma de conducta] a otro es un imperativo categórico que debe ser seguido incondicionalmente. La exigencia de cuidado, por el contrario, es un imperativo hipotético; éste solo tiene que ser seguido bajo la condición de que alguien quiera estar en posición de seguir un imperativo categórico¹⁹⁵. Este imperativo de la exigencia de cuidado sólo tiene la consecuencia de que su infracción puede fundamentar la imputación, mientras que su seguimiento conduce a una exclusión de la imputación.”¹⁹⁶ En el ejemplo que ofrece, si una persona manipula un arma de fuego sin que se escape un disparo que resulte en la lesión de otro, se torna completamente irrelevante si verificó antes o no que el arma estuviese cargada (que identifica como el deber de cuidado). En cambio, si se escapa un disparo y alguien resulta lesionado, entonces se cumple la condición (infracción de la norma de conducta que prohíbe causar lesiones o la muerte de otro) bajo la cual el deber de cuidado (manipular correctamente un arma) se torna eficaz. Además, Kindhäuser señala que la norma de comportamiento sirve inmediatamente a la protección del bien jurídico tutelado (prohibición de afectar un determinado bien jurídico, como la vida), mientras que la observancia del deber de cuidado sólo va indirectamente en interés de otros, y directamente en interés del destinatario de la norma, que deberá cumplirla si tiene interés en seguir la norma de comportamiento.¹⁹⁷

¹⁹³ KINDHAUSER, Ürs, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret*, 4 (2008), p. 24, para el autor, el reproche al autor se debe a una falta de fidelidad al derecho, que a diferencia del tipo doloso no se manifiesta en la decisión concreta de no querer seguir la norma, si no que la decisión consiente de no querer estar en posición de desempeñar el seguimiento de la norma eventualmente requerida.

¹⁹⁴ KINDHAUSER, óp. cit. n. 110, p. 225.

¹⁹⁵ Particularmente crítico contra esta concepción de la norma de conducta y el deber de cuidado como imperativo hipotético, ROBLES, óp. cit. n. 112, p. 3, quien señala que “parece evidente que los deberes no pueden surgir con el mero dolo (o intención) de no seguir la norma de causación, sino que previamente habrá de perfilarse la clase de conductas desaprobadas, esto es, aquellas en las que es posible limitar la libertad de actuación de una persona, deslindado aquellos comportamientos permitidos de aquellos que ya no lo están”, acusando a Kindhäuser de omitir o derechamente eliminar la definición de qué concretas manifestaciones vitales están comprendidas por la norma y cuáles pertenecen a la libertad de actuación de las personas.

¹⁹⁶ KINDHAUSER, óp. cit. n. 110, p. 225.

¹⁹⁷ Ídem.

Por otro lado, Corcoy hace otra distinción entre el “deber objetivo de cuidado” y las “reglas generales de cuidado”, que también denomina como “reglas técnicas”, “normas de seguridad” o “reglas de conducta”, establecidas de forma expresa en determinados ámbitos de la vida que, conforme a la experiencia, tienen mayores probabilidades de englobar conductas que lesionen bienes jurídicos protegidos¹⁹⁸ (entre estas actividades siempre se citan como ejemplos el tráfico vehicular, el tráfico marítimo y aéreo, la actividad médica, el uso de armas y explosivos, la industria de la construcción, etc.). Estas “reglas generales de cuidado” son aquellas a las que nos referiremos en el siguiente capítulo, a propósito de algunos criterios de determinación del deber de cuidado, tales como las reglas extrapenales, actos administrativos y las reglas extrajurídicas.

Sobre esto mismo se refiere Gil al señalar que se debe dar el paso a considerar la infracción de la “norma que prohíbe actuar descuidadamente” como fundamento de la tipicidad del delito culposo, reconociendo *“la existencia de normas de cuidado establecidas de forma expresa por el legislador que señalan el límite entre el riesgo permitido y el no permitido, de manera que sólo cuando la norma no está establecida expresamente para la situación concreta (bien porque se trata de una actividad no regulada o porque estemos ante una situación atípica dentro de una actividad sí regulada) es necesario descubrir la norma no expresa conforme a determinados criterios”*¹⁹⁹. Para Gil, como la mayoría de los supuestos de hecho en que se va a discutir el carácter imprudente (penalmente) de una conducta ya están regulados, debemos dar el paso a considerar derechamente la infracción de las normas generales de cuidado como la infracción del deber de cuidado.

En realidad, estas llamadas “normas generales de cuidado”, también denominadas “reglas y principios de cuidado”²⁰⁰, y que tienen su fuente en leyes y reglamentos estatales; reglas y principios desarrolladas en algunas profesiones o jurisprudencialmente; y usos sociales generados en el ámbito de determinadas actividades peligrosas²⁰¹, son en realidad verdaderas

¹⁹⁸ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 103.

¹⁹⁹ GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, p. 223.

²⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Mandato de determinación e imprudencia”, *InDret Penal*, 2 (2012), p. 2.

²⁰¹ CORCOY, óp. cit. n. 9, pp. 104-105; SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. n. 200, p. 2.

normas de conducta, entendidas como normas primarias previas al Derecho penal²⁰². Por tanto, el cumplimiento o infracción del contenido de estas normas generales de cuidado va a determinar, en una gran cantidad de casos, la condición típica de una conducta culposa, pues dotan de contenido al deber de cuidado exigido en un determinado ámbito²⁰³. Asimismo, el deber de cuidado debe ser entendido como una norma de conducta²⁰⁴, que adquiere relevancia jurídico penal en el delito culposo como elemento del tipo objetivo.

En definitiva, para referirnos al elemento central del delito culposo aludiremos al deber de cuidado, distinguiéndolo de la norma de conducta y las denominadas normas generales de cuidado. Respecto de la norma de conducta, porque si bien el deber de cuidado constituye una norma de conducta, no son equivalentes. En ese sentido, no toda norma de conducta, entendida como norma de orden primario, va a determinar necesariamente un deber de cuidado *jurídico-penalmente* relevante como parte del tipo en el delito culposo, pero si, toda infracción del deber de cuidado importa la infracción de una norma de conducta: aquella que prohíbe matar o lesionar a otra persona. El deber de cuidado es la exigencia en el caso concreto de la norma de cuidado. También distinguimos respecto de las denominadas reglas generales de cuidado, porque como abundaremos en el tercer capítulo de este trabajo, estas “normas generales de cuidado” o “principios o reglas de cuidado” son más bien fuentes y criterios normativos, que le permiten al juzgador dotar de contenido el deber objetivo de cuidado al momento de imputar responsabilidad por un delito culposo, y aunque en la mayoría de los casos su infracción se identificará con la infracción del deber de cuidado, ello no es necesariamente así²⁰⁵.

2.1.2 Elementos del deber de cuidado

Conforme a la posición mayoritaria²⁰⁶ debemos distinguir la infracción del deber de cuidado en dos niveles, uno interno y otro externo. Esto es, para configurar el tipo objetivo del

²⁰² FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, p. 129.

²⁰³ Ídem. En el mismo sentido, criticando la posición de Feijoo: GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, p. 227, quien defiende la utilidad de estas normas generales de cuidado, cuya infracción determinará desde ya de lo que es un riesgo permitido o no, y por consiguiente, determinando la tipicidad de la conducta lesiva.

²⁰⁴ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 24.

²⁰⁵ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 113.

²⁰⁶ Fundamentalmente JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 622, en el mismo sentido MIR PUIG, óp. cit. n. 65, p. 297, en Chile: BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, pp. 43 y ss.; ROSAS, óp. cit. n. 68, p. 2. Generalmente se reconoce esta clasificación a los aportes de Engisch, y su desarrollo posterior en Jescheck.

delito culposo será necesario verificar una doble falta de cuidado, mediante una conducta que infrinja tanto un deber de cuidado interno, que es el deber de advertir o prever el riesgo de lesión para un bien jurídico; y otro deber externo, que se concreta en realizar un comportamiento tendiente a evitar la lesión del bien jurídico, conforme al riesgo previamente identificado²⁰⁷. Si una persona no respeta estas exigencias de cuidado, de manera que tiene lugar la producción de un resultado típico, queda ya fundamentado el injusto del hecho culposo²⁰⁸.

Quienes critican esta clasificación, defendiendo una concepción simple de la imprudencia (un solo deber de cuidado), refieren que este *concepto complejo de imprudencia* se presenta como “*un monstruo que exige a sus seguidores la confesión de que dar una ‘definición comprensible’ solamente es posible en forma simplificada*”²⁰⁹, señalando que la posición dominante tiene una confusión errónea, pero relativamente inofensiva²¹⁰.

Según la posición tradicional entonces, podemos distinguir dos momentos del deber de cuidado como elemento objetivo del tipo:

a) Deber de cuidado interno o intelectual

El deber de cuidado interno es el de advertir el peligro, esto es, aquello que obliga a las personas a advertir la presencia del riesgo a través de un examen previo de la situación²¹¹, también denominado “deber de examen previo”. Conforme a Jescheck y Weigend, este es el primer deber que deriva del mandato general de cuidado (o de la norma de cuidado), y consiste en identificar y valorar de manera correcta los peligros que amenazan a los bienes jurídicos, debiendo observar las condiciones en las que tiene lugar, su posible evolución y eventuales modificaciones, además de reflexionar acerca de cómo se puede desenvolver y qué efectos puede producir el riesgo identificado²¹². Este análisis intelectual, según la doctrina tradicional,

²⁰⁷ CHOCLÁN, Juan Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 33.

²⁰⁸ FRISCH, Wolfgang, “Delito y sistema del delito”, en: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg, *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 223.

²⁰⁹ BURKHARDT, óp. cit. n. 174, p. 183.

²¹⁰ *Ibid.*, pp. 184-185, señala que es inofensiva, en tanto a su juicio el llamado deber de cuidado externo se traduce en una conducta peligrosa socialmente no permitida, idéntica en los delitos dolosos como culposos. En ese sentido, al tratarse de un elemento común a todos los delitos de resultado, no aporta en la construcción del delito imprudente.

²¹¹ MIR PUIG, óp. cit. n. 65, p. 298.

²¹² JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 622.

debe hacerse conforme al estándar de “una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor”²¹³, identificando objetivamente los peligros, pero considerando los especiales conocimientos causales del autor²¹⁴. Admitir la existencia de este deber, ha permitido justificar la sanción de la culpa inconsciente, pues en ella se castiga al autor por la infracción de la norma de cuidado que lo obligaba a advertir el peligro²¹⁵.

a.a) Previsibilidad como contenido del deber de cuidado

En realidad, el deber de cuidado interno no es distinto que la denominada *previsibilidad del resultado*. Tradicionalmente, la *previsibilidad* es estudiada como un elemento adicional y distinto al deber de cuidado, que vendría a limitar la imputación a título culposo. En Chile es generalmente entendido en este sentido, como ha recogido nuestra jurisprudencia al señalar 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.*”²¹⁶

La previsibilidad tradicionalmente entendida, es aquello que “bajo las circunstancias del caso y como consecuencia de la experiencia general de la vida, tendría en cuenta una persona prudente proveniente del círculo en el que se desenvuelve el autor”²¹⁷ o “aquello que hubiera podido prever una persona inteligente y cuidadosa, con el saber común de la época, colocado en la posición del autor concreto, más con los conocimientos de éste”²¹⁸.

²¹³ *Ibid.*, p. 623.

²¹⁴ Por ejemplo, será previsible el riesgo de generar una lesión importante a la integridad de una persona mediante un golpe, si se sabe de antemano que la víctima es hemofílica, o padece de alguna condición médica anómala. En ese sentido el ejemplo de BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 44, de un caso en que la víctima de homicidio culposo tenía un cráneo con paredes más delgadas que lo normal, no siendo previsible por el imputado que al tirarle un objeto que normalmente no produciría complicaciones, le produciría la muerte.

²¹⁵ MIR PUIG, óp. cit. n. 65, p. 298; BUSTOS, *DPPG*, óp. cit. n. 98, p. 954.

²¹⁶ Corte Suprema, 15 de septiembre de 2008, Rol N° 7070-2007, considerando octavo. El destacado es propio. En el mismo sentido VARGAS, Tatiana, “La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, n° 2 (2010), pp. 99-132, p. 112.

²¹⁷ WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, p. 467, quienes, sin perjuicio de considerarlos como elementos distintos, reconoce que la previsibilidad del resultado y la infracción del deber de cuidado se encuentran conectadas íntimamente entre sí, de modo que no pueden ser valoradas de forma aislada. Ver también: JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 631.

²¹⁸ LUZÓN-PEÑA, óp. cit. n. 9, §18 nm. 31.

Como adelantábamos, existe cierta confusión si la previsibilidad constituye un elemento distinto al deber de cuidado que se debe analizar con posterioridad, o si forma parte de éste dentro del tipo objetivo, como la otra cara de la moneda del deber objetivo de cuidado²¹⁹.

Algunos autores postulan que, al distinguir los dos elementos no se considera que la previsibilidad de que un determinado comportamiento implique un riesgo o peligro para un bien jurídico, sirve desde ya para determinar si dicho comportamiento es o no contrario al deber de cuidado, ya que tal como señala Hirsch, la previsibilidad “no pretende otra cosa que demostrar el concreto carácter arriesgado de la acción”²²⁰. En el mismo sentido Frisch, quien señala que para que la acción constituya un comportamiento típico, significa ya “que en la ejecución de la acción exista la posibilidad cierta o una probabilidad de producción de tales resultados (...) esto es, que aparezca conforme al conocimiento general empírico como posible o incluso probable que de resultas de ese comportamiento se genere un curso causal coronado por la producción de los resultados abarcados por los tipos”²²¹. Por su parte Corcoy, señala que la previsibilidad objetiva de lesión se debe tener en cuenta en la misma concreción del deber objetivo de cuidado, ya que “el contenido del deber objetivo de cuidado es consecuencia de la previsibilidad de una lesión para bienes jurídicos; del mismo modo que las reglas de cuidado se originan cuando esta previsibilidad adquiere carácter general en base a la experiencia por la gran probabilidad estadística de que se produzca un resultado lesivo”²²².

Feijoo también considera a la previsibilidad objetiva como parte del elemento intelectual del deber de cuidado²²³ al indicar que “solo se le puede exigir que sea cuidadoso con un riesgo a aquella persona que, al menos, tiene a su alcance la peligrosidad estadística o general de su conducta. Solo si al menos conoce ese dato se le puede exigir que sea cuidadoso con lo que

²¹⁹ HIRSCH, Hans, “Sobre lo injusto del delito imprudente”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 16 (2005), pp. 215-216; REYES, *Sobre la construcción del deber de cuidado*, óp. cit. n. 97, p. 72.

²²⁰ HIRSCH, óp. cit. n. 219, p. 216, quien señala además que “si se examina con más detenimiento el criterio de la previsibilidad objetiva, se ve que éste no pretende otra cosa que demostrar el concreto carácter arriesgado de la acción (esto es, la probabilidad determinada ex ante de que de la acción podía derivar un resultado como el acaecido).”

²²¹ FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, óp. cit. n. 131, p. 60.

²²² CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 120. Con la salvedad de que Corcoy considera un deber subjetivo de cuidado en el tipo subjetivo del delito culposo, donde incorpora la previsibilidad, cognoscibilidad y evitabilidad del resultado (pp. 226 y ss.)

²²³ FEIJOO, óp. cit. n. 53, pp. 262 y ss.

hace”, luego, “si a pesar de conocer la peligrosidad de su actuación una persona no hace nada para controlar su lesividad o decide realizar igual la actividad, esa persona estará infringiendo su deber de cuidado”. Por esta razón tradicionalmente la previsibilidad objetiva ha servido para limitar la imputación de resultados cuando el autor carecía de al menos un conocimiento de la peligrosidad general de su conducta²²⁴.

En el sentido que venimos desarrollando, el requisito adicional de la previsibilidad es en realidad superfluo, ya que “cada vez que se concluya que el autor ha quebrantado el deber de cuidado al que estaba obligado según las circunstancias de actuación, también se concluye al mismo tiempo que pudo prever las consecuencias típicas de su conducta.”²²⁵ Según Reyes, el requisito de previsibilidad “no debe ser entendido como un criterio puramente psicológico, en el sentido de que el resultado pudo ‘pasar por la mente’ del autor, ya que lo relevante radica en la imperiosa comprobación de la *capacidad de evitación*. Por tanto, no es necesario postular una exigencia adicional de previsibilidad, pues una adecuada configuración del deber de cuidado ya cumple con el propósito de examinar si hubiese podido evitarse la situación de inevitabilidad de producción del resultado lesivo. En otros términos, nunca se podrá concluir una infracción al deber de cuidado en donde el resultado resulte imprevisible al sujeto.”²²⁶ Por supuesto, lo que no se puede prever no cabe ya dentro de la esfera de deber interno del sujeto, de lo que se sigue lógicamente que no se pueda adoptar una conducta cuidadosa a su respecto. Recurrir al deber de cuidado “implica ya la posibilidad de prever ese resultado, no como elemento adicional sino como parte misma del significado de la locución *exigencia de cuidado* en tal contexto”²²⁷.

También encontramos eco de esta incorporación de la previsibilidad en el deber de cuidado en el esquema del delito culposo de Bustos, quien distingue en el deber de cuidado entre

²²⁴ *Ibíd.*, p. 264, pone como ejemplos aquellos casos en la conducta adquiere una mayor lesividad debido a las peculiaridades físicas de la víctima o a la constitución anormal de la víctima (hemofílicos, cubierta del cráneo anormalmente endeble, embarazos no evidentes, anormal propensión a la trombosis, problemas vertebrales anormales, problemas cardiovasculares, síndrome de Reuter, etc.). En estos supuestos el autor conoce el riesgo de lesiones más leves, pero con respecto a las lesiones más graves o a la muerte carece de cualquier dato que le indique la peligrosidad abstracta de su conducta. Por tanto, al carecer de un motivo objetivo concreto el autor no se comporta de forma descuidada con respecto a las lesiones más graves o a la muerte y sólo serían imputables las lesiones más leves a título de dolo.

²²⁵ REYES, *Sobre la construcción del deber de cuidado*, óp. cit. n. 97, p. 71.

²²⁶ *Ibíd.*, pp. 71-72.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 73.

un elemento objetivo-normativo intelectual (el deber interno) y un elemento objetivo-normativo conductual (o deber externo). Sobre este elemento intelectual, Bustos señala que este implica determinar qué riesgos o peligros debieron ser *previsibles* para el sujeto, de acuerdo con las circunstancias fácticas y personales²²⁸, destacando que no se trata de lo que el sujeto efectivamente previó en el momento determinado, si no lo que debió prever (de ahí que se trate de un elemento normativo y no subjetivo), conforme a las circunstancias del caso y a sus conocimientos especiales. Esto significa que no se va a exigir la misma previsibilidad de riesgos o peligros a todos por igual, ya que por ejemplo “no es la misma previsibilidad la que se exige a una persona que dispara por primera vez con una escopeta que la que se le exige a un campeón del tiro al blanco”²²⁹.

Aunque con ciertos matices, la construcción del delito culposo de Welzel²³⁰ también considera el deber de cuidado en dos niveles como los propuestos, determinando el contenido del cuidado por medio de un criterio *objetivo* o *intelectual* y otro *normativo*. En ese sentido, Welzel postula que en primer lugar se deben considerar “*todos los efectos de una acción que sean previsibles por medio de un juicio inteligente (‘objetivamente’), este criterio es la previsibilidad objetiva*”.²³¹ En ese sentido Feijoo²³², reconoce que el deber interno es lo mismo que la previsibilidad objetiva propuesta por Welzel: esto significa que el resultado tiene que ser previsible *ex ante* para una imagen ideal colocada en la misma situación y posición del autor. En ese sentido, la acción debe ser una que de acuerdo con la experiencia general encierre una tendencia lesiva. De esa forma señala, Welzel asume en el seno de su posición la “*teoría de la adecuación*”, dentro del deber objetivo de cuidado. Al igual que Welzel, Bustos señala que la previsibilidad como elemento normativo debe determinarse conforme a la *teoría de la adecuación*²³³, esto es, teniendo que determinar el juez qué riesgos o peligros aparecían como *adecuados*, o normales y cuáles al contrario eran extraordinarios o imprevisibles para la persona.

²²⁸ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 43.

²²⁹ BUSTOS, *DPPG*, óp. cit. n. 98, p. 947.

²³⁰ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Montevideo: B de F, 2004, p. 113-116. Más que elementos del deber de cuidado, Welzel trata estos criterios como elementos que sirven para la determinación del deber de cuidado.

²³¹ *Ibid.*, p. 113.

²³² FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 87.

²³³ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 45.

b) Deber de cuidado externo o conductual

El deber de cuidado externo consiste en desarrollar un comportamiento externo prudente, con la finalidad de evitar la realización del tipo culposo²³⁴, acomodando la conducta a la situación peligrosa previamente identificada²³⁵. Este deber, conforme a la doctrina tradicional, se puede manifestar de tres formas^{236 237}:

- i. **Deber de omitir acciones peligrosas**, siendo el supuesto más sencillo del deber de cuidado y que consiste en abstenerse de llevar a cabo una conducta riesgosa, por su alta posibilidad de generar un resultado lesivo a un bien jurídico. Esta manifestación del deber de cuidado tiene especial relevancia en los casos de “falta de preparación técnica”²³⁸, o donde se prohíbe la creación de riesgos, por la poca utilidad social de la conducta.
- ii. **Deber de preparación e información previa**, que consiste esencialmente en la obligación de tomar medidas externas de preparación o de información antes de emprender determinadas actividades riesgosas²³⁹, que puede tratarse de una conducta inmediata (como leer la ficha médica del paciente antes de, por ejemplo, administrarle un medicamento²⁴⁰) o de permanente capacitación y actualización de conocimientos (como mantenerse informado del estado de la *lex artis* en una determinada profesión).

²³⁴ JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 624.

²³⁵ CHOCLÁN, óp. cit. n. 207, p. 34.

²³⁶ En realidad, esta triple concreción del deber externo de cuidado solo viene a señalar aquellas conductas prudentes de mayor ocurrencia práctica, no teniendo mayor valor desde el punto de vista teórico. En ese sentido: REYES, *Sobre la construcción de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 97, p. 73.

²³⁷ ROXIN, óp. cit. n. 9, pp. 1009-1010, aborda el deber de omitir y de informarse como criterios supletorios que sirven para la determinación del deber de cuidado (o de la concreción de la creación del peligro no permitido); y no como manifestaciones diversas del deber de cuidado externo.

²³⁸ MIR PUIG, óp. cit. n. 65, p. 298.

²³⁹ JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 625.

²⁴⁰ Pudiendo advertir por ejemplo que el paciente es alérgico a algún medicamento. Como el famoso caso de la Novocaína, en que un médico administra por error a un paciente Cocaína en vez de Novocaína, causándole la muerte. Pero, de haber advertido que el paciente era intolerante a la Novocaína, no debiese haberle administrado aun actuando correctamente, tal medicamento.

- iii. **Deber de actuar prudentemente**, que será la regla general, pues en la mayoría de los casos estará permitido realizar conductas que puedan generar riesgos o peligros a bienes jurídicos, debido a la utilidad social que reportan.²⁴¹

Este deber de cuidado externo (en cualquiera de sus formas) es aquello a lo que usualmente se hace referencia con el deber objetivo de cuidado²⁴², ya que su infracción se traduce derechamente en la conducta socialmente peligrosa (o creadora de un riesgo no tolerado) que produce el resultado lesivo.²⁴³ Según Bustos, a diferencia de la previsibilidad objetiva que determina el deber interno, este deber externo está caracterizado por la “prudencia objetiva”, siendo la labor del juez determinar en cada caso, con precisión, cuáles eran las medidas de cuidado requeridas en la situación determinada, de acuerdo con las circunstancias fácticas y personales del sujeto²⁴⁴. Aquí, conforme a la posición aun mayoritaria, la clase y medida del cuidado a aplicar “surge de las exigencias -por medio de una valoración ex ante de la situación de peligro- que cabría imponer a un individuo sensato y escrupuloso que se halla en la situación concreta y el rol social de quien actúa”²⁴⁵, debiendo compararse con el comportamiento del sujeto. Si se corresponde con esas exigencias, entonces, es cuidadoso, conforme al tráfico y objetivamente correcto; si el comportamiento del autor es inferior a las exigencias del ordenamiento jurídico, entonces, es descuidado, contrario a las reglas del tráfico y objetivamente defectuoso²⁴⁶.

Este segundo aspecto normativo del deber de cuidado también es recogido por Welzel, quien señala que no toda acción “*que según un juicio inteligente cree un peligro para los bienes jurídicos infringe el cuidado debido*”²⁴⁷, debiendo recurrir a un criterio (o criterios) normativo que delimiten el deber de cuidado. Así entonces, el segundo aspecto de la conducta “prudente”, se añade y restringe al primero: sólo el peligro que excede de “lo normal en el tráfico” o de lo “socialmente adecuado” es contrario al cuidado debido. Para la determinación de esto, Welzel

²⁴¹ JESCKECK/WEIGEND, *óp. cit.* n. 69, p. 625.

²⁴² ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 397.

²⁴³ BURKHARDT, *óp. cit.* n. 174, p. 184.

²⁴⁴ BUSTOS, *Delito culposo*, *óp. cit.* n. 6, p. 46.

²⁴⁵ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *óp. cit.* n. 54, p. 467.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 470.

²⁴⁷ WELZEL, *óp. cit.* 226, p. 114.

recurre a los criterios normativos que señalaremos en el siguiente apartado: baremo de la persona media; principio de confianza y criterios generales de carácter material como la *lex artis* y normas o reglas de conducta²⁴⁸.

Sobre este punto es que la doctrina viene a formular los distintos criterios que serán abordados en el siguiente capítulo, teniendo especial consideración para su determinación a aquellos peligros que han sido previamente considerados a través de medidas para su eliminación y/o reducción en la ley (las reglas extrapenales)²⁴⁹ y en distintas regulaciones “técnicas” que surgen en el desarrollo de determinadas actividades especialmente peligrosas, pero socialmente valiosas, como la medicina o las grandes industrias modernas (normas extrajurídicas)²⁵⁰.

2.2 Incorporación de los conocimientos y capacidades especiales del autor

Uno de los aspectos más debatidos en la doctrina del delito culposo consiste en determinar si la infracción del deber de cuidado debe analizarse según criterios *generalizadores* o si, por el contrario, es preciso introducir también elementos *individualizadores*, derivados de las características personales del autor, como sus conocimientos y capacidades especiales²⁵¹. Abordaremos de manera resumida esta cuestión, pues, aunque no sea el tema central de este trabajo, su determinación sí tiene repercusiones en la forma en que el juez debe aplicar los distintos criterios normativos para dotar de contenido el deber de cuidado.

Esta interrogante nace de la constatación de que en determinados casos las capacidades de las personas pueden ser menores o mayores que lo que corresponde según las exigencias generales²⁵². Por ejemplo, es posible encontrarnos con pilotos de carrera experimentados que

²⁴⁸ *Ibid.*, pp. 114-116.

²⁴⁹ GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. 59, p. 265; BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 47 y ss.; ZAFFARONI, óp. cit. n. 242, pp. 398-399.

²⁵⁰ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, pp. 47-48.

²⁵¹ VAN WEEZEL, Alex, “Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 26, N° 2 (1999), pp. 323-336, p. 323; ROSAS, óp. cit. n. 68, p. 2.

²⁵² ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1013. Lo habitual será que las condiciones personales no sean superiores ni inferiores a la media, como advierte REYES, *Sobre la construcción de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 97, p. 83.

circulan en el día a día, que están capacitados para maniobrar de una mejor manera que el promedio de los ciudadanos²⁵³.

2.2.1 Posición generalizadora

La doctrina tradicional del delito culposo adopta una postura generalizadora (también denominada objetivo-generalizadora²⁵⁴), que señala que el deber de cuidado se debe construir conforme a lo que “una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor”²⁵⁵ hubiese realizado en una determinada situación. Así, en el análisis del contenido del deber objetivo de cuidado, se considerarán los conocimientos y habilidades *promedio* que habría tenido una persona ficticia prudente en la situación, dejando el análisis de los conocimientos y capacidades *individuales* del autor para la culpabilidad²⁵⁶.

Las principales críticas a esta posición, es que en aquellos casos que el sujeto cuenta con conocimientos o capacidades *especiales* se generan lagunas o excesos de punibilidad. Lagunas, allí donde el sujeto cuenta con una capacidad o conocimiento superior, ya que aun pudiendo obrar con mayor diligencia, la posición generalizadora se conformará con que la persona haya ejercido un cuidado promedio. Al contrario, se produce un exceso de punibilidad respecto de aquellas personas que se les exige obrar conforme a un cuidado promedio, cuando sus capacidades o conocimientos no lo permiten²⁵⁷. El mayor problema se produce respecto de las lagunas de punibilidad, puesto que las situaciones de personas con capacidades inferiores quedarían cubiertas al estudiar el hecho en sede de culpabilidad²⁵⁸. El típico caso que se pone de relieve para ilustrar el problema de los conocimientos o capacidades superiores es el del médico, que al realizar una intervención quirúrgica provoca la muerte del paciente por utilizar

²⁵³ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1013.

²⁵⁴ ROSAS, óp. cit. n. 68, p. 2.

²⁵⁵ JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 626; WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, p. 467, quien habla de un “individuo sensato y escrupuloso que se halla en la situación concreta y el rol social de quien actúa”; WELZEL, óp. cit. n. 225, p. 116, quien refiere al criterio de un “hombre inteligente y prudente en la situación del autor”; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, óp. cit. n. 105, p. 142, con ulteriores referencias.

²⁵⁶ REYES, *Sobre la construcción de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 97, p. 75. Sobre este doble análisis se refiere ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1013, como la “teoría de los dos peldaños” o de la “doble posición”, con ulteriores referencias.

²⁵⁷ En detalle REYES, *Sobre la construcción de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 97, pp. 76 y ss.

²⁵⁸ *Ibid.* p. 75.

una técnica inapropiada conforme a su especialidad, pero conforme con el saber general de la medicina. La dificultad se genera entonces, a si el deber de cuidado se debe construir en base a los conocimientos de una persona promedio, un médico promedio, un médico especialista, o ya un médico con los especiales conocimientos y/o capacidades únicas del sujeto (por ejemplo, que sea el único en el mundo con los conocimientos para realizar un trasplante de cabeza²⁵⁹).

Frente a esta dificultad, una de las soluciones de la posición generalizadora ha sido utilizar la estructura del delito de omisión impropia: el médico no es responsable a título imprudente por un delito culposo comisivo, pues cumplió con su deber de cuidado exigido. Sin embargo, en la situación particular el médico se encontraba en una posición de garante que lo obligaba a ejercer todas sus habilidades para evitar el resultado lesivo, por lo que responderá por un delito culposo omisivo²⁶⁰. Este planteamiento implica afirmar que los criterios para la determinación del cuidado son distintos en las realizaciones típicas comisivas y omisivas, lo que no parece una respuesta sistemática apropiada²⁶¹. La otra vía ha sido incorporar los conocimientos especiales del autor en la previsibilidad objetiva (que ya observamos en realidad debe constatarse en el deber de cuidado): “cuando se trata de la posibilidad de reconocimiento de los peligros, tiene que hacerse valer contra todos, su eventual conocimiento especial”²⁶²; dejando fuera las capacidades especiales del autor, haciendo una distinción entre ambos conceptos. Generalmente se entiende por conocimientos especiales “la experiencia del sujeto en la actividad de que se trate, el aprendizaje que haya realizado sobre ella y el especial conocimiento de la situación que tenga el autor. Por capacidad o aptitud en cambio, se comprende, generalmente, la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha actividad”²⁶³, sin embargo, como bien advierte cierto sector de la doctrina, metodológicamente

²⁵⁹ Aunque no se ha logrado con éxito, sólo se sabe de un equipo médico con la capacidad para hacerlo: XIAPING, Ren; CANAVERO, Sergio, “Human head transplantation. Where do we stand and a call to arms”, *Surgical Neurology International*, 7:11 (2016).

²⁶⁰ VAN WEEZEL, óp. cit. n. 251, p. 326.

²⁶¹ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 133.

²⁶² WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, p. 468.

²⁶³ CORCOY, óp. cit. n. 9, pp. 133-134.

dicha distinción no tiene mucho sentido: ambos conceptos están conectados, siendo el conocimiento siempre el fundamento de la capacidad especial de un sujeto²⁶⁴.

En general, esta es la posición que recibe mayor atención en nuestro país, pues la mayoría de los autores²⁶⁵ dice adoptar un criterio objetivo para la determinación del deber de cuidado, no obstante lo cual terminan incorporando los conocimientos especiales del autor en el caso concreto.

2.2.2 Posición individualizadora

La posición individualizadora deja de lado cualquier alusión a una persona promedio inexistente, y pone el énfasis en la persona específica que está siendo imputada jurídicamente, considerando para la determinación del deber objetivo de cuidado sus particulares capacidades y conocimientos²⁶⁶. Así, se salvan las lagunas de punibilidad, pues son cubiertas por lo que el autor en específico era capaz de hacer en la situación determinada.

Esta posición no deja de lado los criterios normativos del deber de cuidado, pues “también conforman el punto de referencia del cuidado debido. Pero la cuestión de qué conducta se requiere para excluir el riesgo no permitido depende de las capacidades individuales”²⁶⁷. En ese sentido, considerar al individuo a la hora de determinar el contenido del deber de cuidado no significa renunciar a un estándar objetivo en la fijación del cuidado exigido²⁶⁸, dejando intacta la exigencia de un cuidado objetivamente determinado²⁶⁹.

Uno de los principales argumentos que utilizan estos autores dice relación con la naturaleza de la norma de conducta: “las normas de comportamiento del derecho penal se hallan dirigidas a individuos, de modo tal que ellas sólo pueden ser seguidas individualmente,

²⁶⁴ REYES, *Sobre la determinación de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 96, pp. 78-79, quien pone como ejemplo el mismo caso del médico: para realizar una intervención quirúrgica especial, esto es, para ser capaz de hacerlo, es necesario contar con el conocimiento sobre su procedimiento y técnica correspondiente.

²⁶⁵ Sobre el estado de esta cuestión en Chile, HERNÁNDEZ, *Art. 2º*, óp. cit. n. 17, p. 113 y ss.

²⁶⁶ En este sentido se cita generalmente a STRATENWERTH, óp. cit. 51, p. 421; y especialmente a JAKOBS, *DPPG*, óp. cit. n. 80, pp. 385 y ss. En España MIR PUIG, óp. cit. n. 65, pp. 299 y ss.

²⁶⁷ STRATENWERTH, óp. cit. 51, p. 421

²⁶⁸ REYES, *Sobre la determinación de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 96, p. 84.

²⁶⁹ MAÑALICH, óp. cit. n. 21, p. 22.

considerando sus diversas capacidades”²⁷⁰, concluyendo pues que “la norma de cuidado no puede ir más allá del poder del sujeto”²⁷¹. Así por ejemplo Mañalich, quien señala que el criterio individualizador es la única forma de legitimar una imputación jurídica penal hacia el autor, ya que lo único que importa es cuál es la medida del cuidado que cabe esperar de un ciudadano fiel a derecho efectivamente dotado de las capacidades y conocimientos individuales del autor²⁷².

En contra de la individualización se critica que con ella se anticipan elementos subjetivos en el tipo objetivo, generando confusión e incoherencia en el sistema de imputación basado en un deber de cuidado objetivo²⁷³ y que atenta contra el principio de igualdad, pues existirá una mayor severidad en el trato contra las personas que tienen mayor conocimiento o capacidad.

En realidad, y como defienden otros autores, “individualizar para determinar el deber de cuidado, no significa subjetivizar”²⁷⁴, pues no se trata de recurrir a lo subjetivo, sino de la “formación de un juicio de peligro objetivo, a la medida de peculiaridades individuales más o menos extendidas”²⁷⁵. Como advierte Mir Puig, esta posición no es en realidad contradictoria con la que considera a una “persona ficticia juiciosa” en la posición del autor, pues si aplicamos rigurosamente dicho criterio, ya se debieran estar tomando en cuenta los conocimientos y capacidades especiales del autor, al analizar el contexto en que se desarrolla la acción²⁷⁶. En cuanto al trato aparentemente desigual ante la ley, la verdad es que el deber de cuidado considerado de esta forma genera un trato más justo a los ciudadanos, exigiéndole a todos conforme a sus posibilidades²⁷⁷. En ese sentido, Reyes señala que el cuidado exigido no puede pensarse como una *cantidad fija* que debe ser colmada por la conducta del sujeto, si no más bien

²⁷⁰ KINDHAUSER, óp. cit. n. 110, p. 224.

²⁷¹ JAKOBS, Günther, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, p. 69, citado en MIR PUIG, óp. cit. n. 65, p. 300.

²⁷² MAÑALICH, óp. cit. n. 21, p. 22.

²⁷³ Con referencias a estas posiciones, VAN WEEZEL, óp. cit. n. 251, p. 325; BURKHARDT, óp. cit. n. 174, pp. 158 y ss.

²⁷⁴ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 137.

²⁷⁵ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, nota al pie n°159, p. 59. Con mayor detalle sobre la supuesta anticipación de lo subjetivo en la determinación del riesgo jurídicamente desaprobado, en FRISCH, *Delito y sistema del delito*, óp. cit. n. 208, p. 245 y ss.

²⁷⁶ MIR PUIG, óp. cit. n. 65, p. 300. En ese sentido nuestra doctrina nacional (ver nota al pie n° 261).

²⁷⁷ Refuerza esta idea la cita que se hace del *Principio Peter Parker*, una de las más memorables frases de la cultura popular en historietas cómicas: “*un gran poder conlleva una gran responsabilidad*” Originalmente en *Amazing Fantasy* N° 15: “Spider-Man”, 1962, p. 13. Utilizado en sentido jurídico por REYES, *Sobre la determinación de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 96, p. 89; y en *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC.*, 576 U.S. 18 (2015).

como un *porcentaje*: “si la variable aumenta, manteniendo el mismo coeficiente, el producto también tiene que incrementarse. En otras palabras, si las capacidades y conocimientos aumentan, manteniendo el mismo estándar de cuidado, el nivel de exigencia también debe aumentar”.²⁷⁸ En ese sentido, se exige que cada persona aplique el mismo *máximo* de cuidado conforme a sus posibilidades individuales: “el que está especialmente capacitado no tiene que aportar una medida especial de esfuerzo, sino aplicar precisamente su habilidad”²⁷⁹.

Esta posición también ha tenido importante recogida en nuestra doctrina penal²⁸⁰, y es la que adoptaremos en este trabajo, pues soluciona de mejor manera la respuesta al concreto deber de cuidado que se ha de exigir a las personas. Así, si se poseen determinados conocimientos o habilidades para el desarrollo de determinadas actividades peligrosas, “no existe ninguna razón plausible -desde el punto de vista de una adecuada mantención de intereses jurídicamente protegidos-para no aplicarlos al momento de actuar”²⁸¹.

En definitiva, para realizar la valoración normativa que determina la infracción de la norma de conducta es preciso, pues, atender a las circunstancias del hecho y a las circunstancias personales del autor²⁸². Por eso, conforme a lo que hemos venido esbozando, se debe “tener en cuenta principalmente dos aspectos: a) los conocimientos, capacidades y experiencias que el autor ha ido adquiriendo a lo largo de su vida o antes del hecho y b) los datos objetivos de la situación concreta que esa persona había llegado a conocer o que tenía a su disposición.”²⁸³ Quien tenga una capacidad disminuida, infringirá ya el deber de cuidado objetivamente determinado conforme a un estándar generalizador, pues no cumple con abstenerse y/o

²⁷⁸ REYES, *Sobre la determinación de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 96, p. 87. Si lo tuviésemos que poner en una fórmula, sería $N_c \times \binom{c_n}{c_p} = D_c$; donde N_c es la norma de conducta; $\binom{c_n}{c_p}$ son los conocimientos y capacidades individuales y; D_c el concreto deber de cuidado exigible al sujeto en la situación. Dentro de esta fórmula es posible incorporar otros elementos de la situación particular, como el rol que cumple el autor, el contexto, etc.

²⁷⁹ ROMEO, Carlos, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada: Comares, 2005, p. 6; En el mismo sentido respecto de la actividad profesional de los médicos: VALLEJO, Geovana, “Th special abilities of the healthcare professional”, *Revista Colombiana de Anestesiología*, 43, 2 (2015), pp. 147-150.

²⁸⁰ Cfr. BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 40; VAN WEEZEL, óp. cit. n. 251, p. 328 y ss.; MATUS/RAMÍREZ, óp. cit. n. 40, pp. 200-201; OVALLE, óp. cit. n. 93, p. 3; MAÑALICH, óp. cit. n. 21, p. 22; REYES, *Sobre la determinación de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 96, p. 87; CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, pp. 392-393.

²⁸¹ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 393, con citas ulteriores.

²⁸² REYES, *Sobre la determinación de la exigencia de cuidado*, óp. cit. n. 96, p. 89.

²⁸³ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 245.

informarse de manera suficiente antes de emprender la conducta lesiva²⁸⁴, y quien tenga capacidades o conocimientos especiales y no las aplica, pudiendo hacerlo, infringe también el deber de cuidado.

Lo anterior no obsta a que no se vaya a tener que considerar el estándar de una persona ficticia juiciosa y prudente, puesto que este baremo conserva su utilidad como un criterio supletorio o auxiliar para la determinación del deber de cuidado, ahí donde no existan reglas de otro tipo para su configuración²⁸⁵.

2.3 Indeterminación del contenido del deber de cuidado

Una de las consecuencias de configurar el injusto del delito culposo en torno a la noción del deber objetivo de cuidado²⁸⁶, es que la ley no señala qué conducta es imprudente o contraria a deber, y por tanto exige una intensa labor judicial para la determinación de su contenido caso a caso. Así en nuestro ordenamiento, la conducta exigida no está expresamente señalada en los tipos penales culposos (artículos 490 a 492 del Código Penal), ni en los tipos penales a los que hacen referencia (artículos 390 y siguientes del mismo código), debiendo ser concretada por el tribunal en un momento posterior.

En ese sentido Cury, en un tono un poco crítico respecto de esta característica del tipo culposo, señala que “en estas condiciones, lógicamente, las facultades del juez en la determinación de si hubo o no culpa en un caso concreto se amplían considerablemente. Porque efectivamente, si la norma de cuidado tiene que deducirse, resulta ser dependiente del ‘modo de deducir’ de cada magistrado que, por supuesto, puede ser diferente en uno u otro de ellos. De tal manera, un juez puede resolver que cierta conducta cumple con las exigencias de cuidado impuestas y otro que no, sencillamente porque su apreciación de tales normas varía en los límites”.²⁸⁷

²⁸⁴ ROMEO, *óp. cit.* n. 279, p. 10, entre otros.

²⁸⁵ En ese sentido, ROXIN, *óp. cit.* n. 9, p. 1009 y ss. En sentido similar, FRISCH, *Delito y sistema del delito*, *óp. cit.* n. 208, p. 255.

²⁸⁶ CALDERÓN, *óp. cit.* n. 165, p. 78-79.

²⁸⁷ CURY, *Contribución...*, *óp. cit.* n. 8, p. 1649. En el mismo sentido BUSTOS, *DPPG*, *óp. cit.* n. 98, p. 950; al señalar que existe un campo abierto para la arbitrariedad judicial.

De ahí que la doctrina refiera generalmente que los tipos culposos son por esencia tipos “abiertos”²⁸⁸, ya que no es exigible al legislador que precise en cada caso el deber de cuidado, pues parece imposible y además poco eficiente²⁸⁹ describir cada una de las conductas que consideraremos como permitidas en cada caso, pues existe una diversidad infinita de situaciones posibles en la vida social. Así, será necesariamente tarea del juez concretar este elemento normativo, a partir del conjunto del ordenamiento jurídico. En ese sentido, la apertura del tipo culposo es entendida en el sentido de que el contenido jurídico del deber de cuidado no aparece precisado por la ley, sino que es el juez quien ha de valorar en el caso concreto, si hubo o no una infracción del deber de cuidado²⁹⁰.

Según algunos autores, esta indeterminación legal del deber de cuidado implicaría que en los tipos culposos ya no es posible para los ciudadanos reconocer previamente (o mediante un juicio *ex ante*) cuál es el comportamiento punible, vulnerando el mandato de determinación legal²⁹¹.

En contra, la mayoría de los autores señala que en realidad con esta apertura no se pone en cuestión la suficiente determinación legal, “pues los tipos imprudentes no exigen del ciudadano el conocimiento inalcanzable de innumerables ‘tipos de riesgos’ no escritos, sino sólo una evaluación del peligro que se corresponda con las valoraciones legales; pero ésta es por regla general plenamente posible para el individuo”²⁹². Así también, se dice que “la concreción de los deberes de cuidado, en continuo y permanente desarrollo, no es imaginable de otro modo que, por la vía de la praxis judicial, circunstancia ésta que además permite que el ciudadano también pueda instruirse más fácilmente por su propia experiencia que por medio del contenido de las leyes”²⁹³. Así, como no es posible una mayor determinación legal de los tipos imprudentes

²⁸⁸ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, pp. 21; 35; ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1030.

²⁸⁹ En ese sentido CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 124, quien señala que el intento de ajustarse de manera estricta al principio de legalidad (o al mandato de determinación), provocaría la caída en una técnica legislativa casuística que da lugar a lagunas legales.

²⁹⁰ ROMEO, óp. cit. n. 279, p. 2; VARGAS, *La imprudencia médica*, óp. cit. n. 216, p. 113; STRUENSEE, Eberhard, “La estructura de los delitos de omisión imprudentes”, *Revista de derecho penal y criminología*, N° 16 (2005), p. 258, señalando que esta falta de precisión del tipo es común también para los delitos de omisión culposos.

²⁹¹ Ver SILVA SÁNCHEZ, *Mandato de determinación*, óp. cit. n. 197, p. 1; con especial referencia a Duttge y otros autores de la dogmática penal alemana.

²⁹² ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1030.

²⁹³ JESCKECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 607.

(ya que no es posible exigir al legislador contemplar en leyes penales todas las formas de matar o lesionar a alguien), autores como Schöne²⁹⁴, llegan a la conclusión de que no puede existir una violación de los mandatos constitucionales cuando es imposible realizar una mayor determinación legal. Por ello el juez debe valorar si una persona en una situación concreta ha sido o no suficientemente cuidadosa con su conducta.

Con una respuesta más crítica, quienes defienden que el tipo culposo no es en realidad un tipo abierto (o al menos no más abierto que cualquier otro delito de resultado), suelen recurrir a la comparación entre el tipo culposo con los tipos penales dolosos. Feijoo, por ejemplo, se pregunta abiertamente si está menos determinado un delito imprudente que su correspondiente equivalente doloso²⁹⁵

La verdad es que, como ya hemos explicado²⁹⁶, no existen diferencias estructurales entre el delito imprudente y el doloso. Así, los problemas para defender la legitimidad del delito culposo son menores si se entiende que tienen el mismo tipo objetivo que los delitos dolosos correspondientes. Desde esta perspectiva, algunos problemas de indeterminación en los casos de homicidios o lesiones culposos no vendrían motivados por tratarse de responsabilidad por culpa, sino más por la propia naturaleza de los tipos de resultado²⁹⁷. Como bien señala Feijoo, quizás es cierto que hay una menor vinculación del autor con su hecho en el delito culposo, “pero desde una perspectiva normativa ello no significa que la averiguación de la posibilidad de la existencia de la infracción de una norma penal sea más difícil en el ámbito del delito imprudente que en el ámbito del delito doloso o culposo”²⁹⁸.

La supuesta indeterminación del delito culposo no es entonces, una peculiaridad de éstos, pues lo mismo podemos afirmar respecto de los delitos dolosos, en la medida en que “en ellos también encontramos elementos ‘no escritos’ que aluden al carácter jurídico penalmente relevante de la conducta”²⁹⁹. Calderón adicionalmente señala que, “si para el dolo se exige una

²⁹⁴ SCHÖNE, Wolfgang, *Imprudencia, tipo y ley penal*, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 10 y ss.; citado en FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 250.

²⁹⁵ FEIJOO, óp. cit. n. 106, p. 250.

²⁹⁶ Ver supra 1.1.2.

²⁹⁷ FEIJOO, óp. cit. n. 106, p. 250.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 248.

²⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. n. 200, p. 1.

determinación *x* de los comportamientos, la determinación de los comportamientos por imprudencia por lo menos no debe exceder ese límite. Por tanto, si no se exige una determinación casuística para los comportamientos dolosos, tampoco se debe exigir la tipificación del concreto deber objetivo de cuidado respecto de los tipos dolosos”³⁰⁰. En el mismo sentido Jakobs³⁰¹, quien señala que los tipos de los delitos culposos ni siquiera están menos determinados que los delitos dolosos, pues hay tantas modalidades de actuar culposo como de actuar doloso³⁰².

En definitiva, en ambas clases de delito lo común es la infracción de una norma de conducta, que si está previa y debidamente determinada, tanto en los delitos dolosos como culposos, el sujeto debe obrar observando aquella norma de cuidado que obliga a no matar ni lesionar a otro³⁰³. De ahí que sea importante distinguir, como hemos esbozado brevemente entre la norma de conducta y el concreto deber de cuidado³⁰⁴, pues no hay que olvidar que “la norma de cuidado está prevista legalmente, igual que en el tipo doloso, y que lo que resulta falta de concreción en el supuesto que se juzga es la existencia o no de infracción de dicha norma de cuidado prevista en el tipo”³⁰⁵. Así, lo que debe determinar el juez no es la norma de cuidado, sino el deber de cuidado, entendido como la conducta específica que conforme al caso en particular debió haber observado el sujeto para obrar conforme a la norma.

En Chile existe bastante consenso en la doctrina de que los tipos culposos son los más abiertos que consagra la legislación nacional, debido a la extensa gama de acciones imprudentes que pueden provocar resultados que lesionan los bienes jurídicos protegidos (vida e integridad física)³⁰⁶. Pero, al igual que como hemos venido señalando, esto no significa que se esté infringiendo el principio de legalidad o determinación legal.

³⁰⁰ CALDERÓN, *óp. cit.* n. 168, p. 82-83.

³⁰¹ Con la prevención de que el autor se refiere a esta cuestión como argumento en contra del “empaquetamiento” de lo imprudente en el concepto de lo contrario a cuidado, destacando le evitabilidad por sobre la infracción de un deber.

³⁰² JAKOBS, *DPPG*, *óp. cit.* n. 80, p. 388.

³⁰³ FEIJOO, *Resultado lesivo*, *óp. cit.* n. 53, p. 248; en el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Valdivia, 30 de abril de 2019, Rol n° 262-2019, considerando cuarto.

³⁰⁴ *Supra* 2.1.1.

³⁰⁵ CORCOY, *óp. cit.* n. 9, p. 152.

³⁰⁶ CURY, *DPPG*, *óp. cit.* n. 8, p. 334

Donde más se ha discutido lo anterior es a propósito de la remisión a reglamento del artículo 492 del Código Penal. Al respecto se señala que este no vulnera el mandato de determinación legal, sino que, al contrario, la remisión que se hace a la infracción de reglamentos cumple una función garantista, al restringir y dar un contorno del injusto³⁰⁷. El tema ha sido zanjado en reiteradas oportunidades por el Tribunal Constitucional, al analizar la constitucionalidad del inciso primero del artículo 492 del Código Penal y su conformidad con el mandato de determinación legal. Si bien el TC reconoce una especie de indeterminación (pues es imposible describir con mayor exactitud en la ley todos los comportamientos imprudentes), señala a continuación que los reglamentos cumplen una función garantista, al construir estándares de negligencia normativa en base a parámetros previos, objetivos y generales. Así, la médula sigue siendo la culpa o imprudencia y no se está imputando responsabilidad penal por la mera infracción reglamentaria³⁰⁸.

En definitiva, el tipo culposo no es en realidad un tipo penal abierto, pues la norma de conducta es idéntica a la que debe seguir un ciudadano en un delito doloso (respecto de los cuáles nadie discute su legitimidad). Y aun entendiendo que la actividad del juez en aras de configurar en cada caso la concreta infracción del deber de cuidado supone una cierta apertura del tipo por salir a buscar su contenido fuera de la norma penal, esta no puede ser entendida como una infracción del mandato de determinación legal, ya que el núcleo y el fundamento de la imputación sigue siendo la culpa.

2.4 El riesgo permitido

La posición tradicional que hemos estado estudiando, construye al delito culposo en torno a la noción del deber objetivo de cuidado, considerando al *riesgo permitido* como una herramienta para su determinación. Así, se dice que una conducta solamente va a ser contraria a cuidado si se ha superado “el límite del riesgo permitido tal y como la doctrina mayoritaria describe el límite del ciudadano objetivamente impuesto en la situación concreta”.³⁰⁹ En ese

³⁰⁷ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, pp. 53-54.

³⁰⁸ Cfr. Tribunal Constitucional, 10 de septiembre de 2015, Rol N° 2716-14-INA, considerandos trigésimo tercero y ss.; Tribunal Constitucional, 14 de julio de 2012, Rol N° 2154-11-INA, considerandos cuadragésimo quinto y ss.

³⁰⁹ JESCKECH/WEIGEND, óp. cit. n. 69, pp. 623-624, con referencias a autores defensores de la teoría de la imputación objetiva; ROSAS, óp. cit. n. 68, p. 2, con referencias.

sentido, quien se sitúa dentro del riesgo permitido cumple con el deber de cuidado y su conducta no va a ser considerada como típica; al contrario, quien sobrepasa el riesgo permitido infringirá el deber objetivo de cuidado, siendo su comportamiento, en principio, típico³¹⁰. De este modo, la posición tradicional considera al instituto del riesgo permitido como una herramienta que aporta criterios restrictivos que sirven para la determinación del deber de cuidado, siendo elementos complementarios y necesarios en la determinación judicial de la culpa³¹¹.

Sin embargo, a consecuencia de la considerable influencia que ha conseguido la teoría de la imputación objetiva en la dogmática penal los últimos 50 años³¹², buena parte de los autores que estudian el delito culposo han venido sustituyendo derechamente la referencia al *deber objetivo de cuidado* como elemento central del injusto culposo, por la de la *creación de un riesgo jurídicamente no permitido* (o riesgo desaprobado, típicamente relevante o socialmente inadecuado)³¹³. Principalmente Roxin, según quien bastarán los criterios de la imputación objetiva para la constatación de la realización imprudente de un tipo³¹⁴ y Jakobs, quien señala que existe una afinidad práctica del riesgo permitido con la imprudencia³¹⁵, llegando incluso a homologar los conceptos: “la conducta tiene que entrañar un riesgo no permitido o, siguiendo la terminología usual, una infracción del deber de cuidado”³¹⁶.

³¹⁰ GUÉREZ, Pablo, *Presupuestos de la licitud jurídico-penal del tratamiento médico curativo: el papel del consentimiento del paciente*, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, p. 145.

³¹¹ ROSAS, óp. cit. n. 68, p. 2; Comparto aquí la impresión de GUÉREZ, óp. cit. n. 310, nota al pie nº 300, quien refiere que “resulta confusa en la doctrina tanto la naturaleza como la función del riesgo permitido (...) como su relación con otras instituciones que, en parte por razones históricas, y en parte por motivos que obedecen a determinadas opciones sistemáticas, se acaban solapando con los criterios utilizados para determinar el riesgo permitido (es el caso, por ejemplo, de la determinación del denominado deber objetivo de cuidado en el delito imprudente, en la terminología al menos tradicional que vincula dicho deber a la infracción de estándares objetivos de conducta sin apenas referencia a factores subjetivos o personales)”. Puede resultar interesante la lectura de VALLEJO, Geovana, “La valoración jurídica del riesgo como criterio para la determinación de la responsabilidad penal del médico”, *Revista Colombiana de Anestesiología*, 45, 2 (2017), pp. 58-63; quien adopta esta posición, señalando que “tanto la infracción al deber objetivo de cuidado como la creación del riesgo, la elevación o el incremento del mismo son elementos que se complementan y que en todos los casos deben ser valorados por el juez”, advirtiendo en todo caso una evolución de la jurisprudencia por reemplazar la infracción del deber objetivo de cuidado por la creación de un riesgo no permitido.

³¹² FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid: COLEX, 1995, pp. 15 y ss.

³¹³ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 243.

³¹⁴ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1001.

³¹⁵ JAKOBS, *DPPG*, óp. cit. n. 80, p. 245.

³¹⁶ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997, p. 213.

En España también se ha señalado “que el deber objetivo de cuidado no agrega absolutamente nada que el riesgo permitido en su contenido no disponga” y la “previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no realice ya el riesgo permitido”³¹⁷, destacando la doctrina penal el hecho de que el riesgo permitido fija el límite a partir de cuya superación podemos hablar de imprudencia. Sobre este punto es especialmente clara la posición de Gil, quien señala que el riesgo permitido no tiene que ver con la imputación de resultados, sino con la infracción del deber de cuidado, “es decir, en mi opinión debería negar ya el tipo objetivo”³¹⁸.

En términos similares en Chile, Contreras ha señalado que la infracción al cuidado debido y la previsibilidad del resultado no son algo distinto que la infracción de una norma de conducta, o lo que es lo mismo, que la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado³¹⁹, y Vargas, quien hace el símil entre ambos conceptos, señalando que “un comportamiento tendrá relevancia cuando exceda o sobrepase los límites de lo permitido y cree un riesgo prohibido que permita su imputación. Si ella cumple con el cuidado debido se mantiene dentro del margen autorizado y si no lo sigue o lo supera crea un riesgo relevante”³²⁰.

Sobre este punto, consideramos correcta la posición que adopta Frisch, quien califica al comportamiento imprudente causante del resultado “como un comportamiento típico, como creador de un peligro desaprobado”³²¹. Frisch señala que el punto de partida, como hemos venido señalando, debe ser la lesión de una norma de conducta por parte del autor. Así, “la creación desaprobada del riesgo no es tal por su propio querer, sino sólo como partícula de una norma de interés, porque se parte de normas de conducta que prohíben al autor crear riesgos de modo desaprobado y porque se ve en la lesión de tales normas (...) la esencia del injusto imprudente”³²². Por tanto, al autor culposo se le debe imputar la *infracción de la norma de conducta o de la norma de cuidado* o, lo que es lo mismo, de la creación de un riesgo jurídico-

³¹⁷ CALDERÓN, óp. cit. n. 168, p. 86-87.

³¹⁸ GIL, Alicia, “Comentario a FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia”, Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª Época, Nº 16 (2005), pp. 374-375.

³¹⁹ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, pp. 391-392.

³²⁰ VARGAS, *La imprudencia médica*, óp. cit. n. 216, p. 113.

³²¹ GIMBERNAT, Enrique, “Comportamiento típico e imputación del resultado”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; QUERALT, Joan; CORCOY, Mirentxu; CASTIÑEIRA, María Teresa, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires: B de F, 2017, pp. 581-593.

³²² FRISCH, *Delito y sistema del delito*, óp. cit. n. 205, pp. 238-239.

penalmente desaprobado, a través de un juicio retrospectivo. En ese sentido también Gil, quien señala que el instituto del riesgo permitido no es otra cosa que la “delimitación negativa” del deber objetivo de cuidado, siendo entonces lo mismo decir que el elemento central del delito culposo es una acción que infringe el cuidado objetivamente debido, que decir que lo fundamental es una acción que supera el riesgo permitido³²³.

Así, debemos recordar que el Derecho penal está conformado por normas de carácter secundario, que deben tener en cuenta a la hora de establecer los límites de su intervención punitiva lo recogido por el orden normativo primario, donde se establece de modo anterior lo que es tolerado, permitido y socialmente adecuado en nuestra sociedad³²⁴. En ese sentido Feijoo señala que el concepto de riesgo permitido “no es un concepto inventado por los juristas, sino que es una realidad necesaria (...) un instituto básico de la teoría jurídica del delito para determinar cuál es el cuidado necesario en el tráfico” cuya determinación se corresponde con una ponderación de intereses extrapenales que no le corresponde hacer ni al juez ni a la doctrina autorizada³²⁵.

No será entonces tarea del juez realizar una ponderación de intereses que determinen el contenido y los límites de la norma de cuidado, pues esta ya ha sido realizada previamente por lo que es considerado como socialmente tolerado en el orden normativo primario. Su labor, a través del juicio de reproche penal, será la interpretación de la norma de cuidado, para determinar si en el caso concreto una conducta ha creado o no un riesgo socialmente desaprobado, que implicará lo mismo, al fin y al cabo, que determinar si se ha infringido el deber objetivo de cuidado³²⁶.

De ahí que, al menos para efectos de lo que sigue en este trabajo, al referirnos a los distintos criterios normativos, haremos referencia a los distintos límites desarrollados tanto por la teoría de la imputación objetiva como por los defensores del deber objetivo de cuidado, para

³²³ GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, p. 228.

³²⁴ FEIJOO, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2002, p. 198 y ss.

³²⁵ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 269. En el mismo sentido: CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 321.

³²⁶ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 321.

concretar aquella conducta que, en el caso concreto, era exigible al sujeto para evitar la producción de resultados lesivos contra la vida y la salud de las personas.

3. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO

Como hemos venido señalando, el deber de cuidado como elemento fundamental del injusto culposo, ya sea comprendido tradicionalmente o como la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado incompatible con la norma de cuidado, requiere para su determinación (del deber o del riesgo tolerado), ser concretado de manera retrospectiva por el juez en cada caso.

En función de esta importante labor que se le entrega al juez³²⁷, es que la doctrina y jurisprudencia han ido elaborando y construyendo distintos criterios -normativos-, que operan como pautas de conductas para las personas y sirven de guía orientativa al juez sobre qué habrá sido lo exigible en cada caso, para determinar posteriormente la existencia o no de una realización típica por culpa³²⁸. Como bien señala Corcoy, estos criterios “permiten concretar el deber objetivo de cuidado concurrente en el caso concreto, lo que a su vez permitirá averiguar si se ha infringido la norma de cuidado – realización típica”³²⁹.

Según Silva Sánchez³³⁰, que entiende a la norma de conducta en el sentido propuesto en este trabajo, la determinación del deber de cuidado va a depender siempre de factores socioculturales, que por tanto van variando en función de la *configuración* de cada sociedad: esencialmente atendiendo a su actitud frente al riesgo en determinadas actividades (que puede ser de mayor aversión, tolerancia o habituación), sus prioridades, intereses e incluso su historia³³¹. Esta configuración social constituye el *orden primario* que debe recoger el juez a la hora de imputar responsabilidad penal por culpa en el caso particular. Se reconoce entonces, que la respuesta respecto de qué constituye el deber de cuidado en cada caso es una pregunta que no podemos responder de manera autónoma por el Derecho Penal, “pues los límites del riesgo

³²⁷ CURY, *Contribución...*, óp. cit. n. 8, p. 1650.

³²⁸ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 101; con relación a lo que ella denomina “deberes o reglas generales de cuidado”.

³²⁹ *Ibid.*, p. 113.

³³⁰ SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. n. 200, p. 2.

³³¹ En ese sentido JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 48, quien destaca que lo socialmente adecuado se legitima de manera histórica, ocupando el Derecho una función simplemente auxiliar. A modo de ejemplo, es cosa de revisar nuestra reciente evolución legal en torno a las normas de tránsito, en particular, de pasar de una cultura que en gran medida toleraba la conducción en estado de ebriedad, a una mayor sensibilización social -y posteriormente normativa-, a partir de un hecho histórico particular, en que un conductor en estado de ebriedad terminó matando a una lactante (a quien debemos el nombre de la ley n° 20.770).

tolerado en cada uno de los sectores de la vida social son establecidos por regulaciones primarias extrapenales”³³² (en sentido amplio, como toda regulación escrita o no escrita externa al derecho penal). A juicio de Silva Sánchez, las “reglas y principios de cuidado” cuya infracción va a determinar un injusto culposos las podemos encontrar en tres fuentes distintas³³³: leyes y reglamentos (o reglas jurídicas); reglas y usos sociales que rigen la actuación de determinadas profesiones y actividades peligrosas (también conocidas como reglas técnicas o extrajurídicas) y finalmente la máxima *neminem laedere*, conforme a la cual debemos comportarnos en general sin dañar a otros, o de modo que evite la lesión de los intereses protegidos de los demás³³⁴.

En ese sentido, se reconoce generalmente por la doctrina y la jurisprudencia, que el fundamento jurídico de la norma de cuidado es muy diverso, pudiendo “tener su origen en leyes, reglamentos, principios jurisprudenciales o usos y costumbres del ámbito de la vida social de que se trate, que surgen por la vía del derecho consuetudinario”³³⁵. En Chile, también se reconoce por la mayoría de los autores que para la concreción del deber de cuidado resulta fundamental, “al menos como orientación inicial”³³⁶, recurrir a determinadas prescripciones estatales, así como fuentes normativas no estatales y descentralizadas y en general a reglas técnicas o incluso éticas tendientes a la reducción o control de riesgos. Estas disposiciones y principios nos entregarán la respuesta respecto a los límites de lo socialmente permitido, “por lo que su traspaso importará entonces la verificación de un comportamiento típico”³³⁷.

Del esbozo de estas distintas fuentes, podemos distinguir una serie de directrices que sirven para la determinación del deber de cuidado, provenientes tanto del estudio tradicional del delito imprudente (principalmente la figura-baremo diferenciadora), como de los aportes de la

³³² FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996, p. 103.

³³³ SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. n. 200, p. 2., el autor refiere a tres, pero para efectos sistemáticos fusionamos dos de ellas.

³³⁴ JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, p. 626.

³³⁵ CORCOY, óp. cit. n. 9, pp. 103-104.

³³⁶ HERNÁNDEZ, *Art. 2º*, óp. cit. n. 17, p. 111.

³³⁷ CALDERÓN, óp. cit. n. 168, p. 89.

teoría de la imputación objetiva, que ha permitido entender aquellos supuestos en que se supera ya el riesgo tolerado en sociedad como corolario de la infracción del deber de cuidado.

Como ya hemos adelantado, estos criterios normativos son:

1. Las reglas extrapenales o jurídicas;
2. Los actos administrativos;
3. Las reglas extrajurídicas;
4. El principio de confianza;
5. La figura-baremo diferenciadora; y
6. La ponderación utilidad riesgo.

En este capítulo, estudiaremos los conceptos, sus alcances como delimitadores del deber de cuidado y la importancia de cada uno de estos criterios; además del reconocimiento (muchas veces poco explícito y en todo caso bastante escueto) que han realizado nuestros tribunales de justicia al respecto.

3.1 Normas Extra-Penales

Los vertiginosos avances de la tecnología y las ciencias, especialmente en torno al uso de nuevas y más modernas máquinas y mecanismos automatizados en todos los ámbitos del quehacer diario (como en el transporte, la construcción, la farmacéutica o la medicina); o el uso y explotación de nuevas energías y recursos, hacen que vivamos insertos en una sociedad en que muchas actividades que son permitidas e incluso fomentadas, acarrear en su ejercicio la posibilidad de poner en peligro la vida o integridad corporal de las personas³³⁸. Lo mismo ocurre en el ámbito de la fabricación y comercialización de productos, en que se ha venido adquiriendo conciencia de que existe un elevado potencial de peligro asociados a su fabricación masiva, pues un solo error puede afectar a cientos o incluso miles de consumidores³³⁹, con mayor razón con economías globales como las de hoy.

Y aunque no existe en realidad ninguna conducta humana libre de riesgos³⁴⁰, en general existe consenso en que hoy vivimos en una sociedad caracterizada por estos³⁴¹. A simple modo de ejemplo, la mayor parte de las causas penales por cuasidelito que se tramitan en el sistema de justicia³⁴² se deben a *accidentes de tránsito* que producen resultados de muerte o lesiones, cuestión que podemos constatar empíricamente a diario al ver las noticias locales³⁴³. Asimismo, la cantidad de accidentes y resultados mortales por concepto de tráfico vehicular sigue estando al alza y es considerablemente superior a la cantidad de fallecidos por homicidios -dolosos- al año³⁴⁴.

³³⁸ NOVOA, óp. cit. n. 48, p. 510; CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 327.

³³⁹ Ver: CONTRERAS, Lautaro, “La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán” en *Política criminal*, Vol. 12, Nº 23 (2017), p. 2; donde hace referencia por ejemplo a uno de los pocos casos en Chile (“ADN”).

³⁴⁰ LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, Ciudad de México: Triana, 1998, p. 72; o por ejemplo JAKOBS, *Estudios*, óp. cit. n. 313, p. 172, quien postula que, en realidad, ya antes de la época de la “técnica” muchas cosas de uso diario eran peligrosas, como los viajes a caballo, los pozos, etc.

³⁴¹ ROMEO, óp. cit. n. 279, p. 89.

³⁴² Reconocido por todos como el ámbito -cuantitativamente- más importante para la imprudencia: JAKOBS, *Estudios*, óp. cit. n. 313, p. 173; CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 308.

³⁴³ Incluso, ya es casi tradición que la prensa lleve una cuenta de la cantidad de fallecidos por accidentes de tránsito en nuestras fiestas patrias cada año.

³⁴⁴ El año 2016 la tasa de mortalidad producto de accidentes de tránsito fue de 9.21 por cada 100.000 habitantes, versus 3.3 homicidios cada 100.000 habitantes, prácticamente el triple. Fuente: *Observatorio de Seguridad Vial de la Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito y Balance de InSight Crime sobre homicidios en Latinoamérica en 2017*.

¿Habrá que limitar entonces toda conducta que pueda importar un riesgo? ¿Si es estadísticamente cierto que al menos mil personas al año van a morir producto de un accidente de tránsito en el país, no será entonces necesario que el ordenamiento jurídico prohíba derechamente la fuente del peligro? Evidentemente la respuesta es no, una sociedad sin riesgos no es posible, por lo que una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible: “por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediabilmente tolerado”³⁴⁵. Resulta imposible una prohibición absoluta de toda acción que implique peligros de lesión a bienes jurídicos, pues llevaría de inmediato a un estado de paralización total de la actividad humana³⁴⁶. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico positivo permite y autoriza el desarrollo de innumerables actividades peligrosas, porque su utilidad social es muy superior a los riesgos que tiene asociado, como por ejemplo en el funcionamiento de automóviles, naves o trenes; la construcción de edificios; la explotación de faenas mineras; o el desarrollo de energías. Todas actividades que, como es evidente, traen consigo cursos causales susceptibles de desencadenar gravísimas consecuencias³⁴⁷.

Para el correcto y seguro desarrollo de estas actividades peligrosas entonces, son esenciales las leyes y reglamentos que forman parte del ordenamiento jurídico, y que contienen mandatos y prohibiciones destinados a proteger determinados bienes jurídicos, regulando formas o modos de llevar a cabo un comportamiento determinado³⁴⁸, de modo que, si bien no todo riesgo es anulado, el *riesgo residual* o *riesgo básico* que queda debe ser tolerado (riesgo socialmente tolerado)³⁴⁹. El día de hoy, en el contexto de la sociedad de riesgos en que vivimos, tiene mucha mayor importancia práctica esta planificación de riesgos a través de leyes y reglamentos que la apelación abstracta al deber general de evitar cualquier tipo de lesiones a bienes jurídicos. Así, si antiguamente el derecho penal se construía sobre la base de omitir peligros a otras personas, hoy se busca una estandarización mínima de las actividades detectadas como potencialmente peligrosas, de modo de evitar la mayor cantidad de riesgos³⁵⁰.

³⁴⁵ JAKOBS, *Imputación objetiva*, óp. cit. 331, p. 44.

³⁴⁶ WELZEL, *El nuevo sistema*, óp. cit. n. 230, p. 114.

³⁴⁷ FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, óp. cit. n. 131, p. 67.

³⁴⁸ BUSTOS, *DPPG*, óp. cit. n. 98, p. 949.

³⁴⁹ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, p. 108.

³⁵⁰ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 289.

Por eso la mayoría de la doctrina y los tribunales también, a la hora de determinar las exigencias del deber de cuidado, recurren en primer lugar a las normas extrapenales³⁵¹, puesto que se asume que en determinados ámbitos el legislador ya ha realizado la correspondiente ponderación de intereses e indicado el riesgo permitido, siendo menores las dificultades del proceso deductivo para determinar el deber objetivo de cuidado³⁵². Así, algunos incluso proponen que cabe enjuiciar como una conducta cuidadosa (o descuidada) aquella que ha sido determinada previamente en el conjunto de reglas sociales extrapenales, desarrolladas para la actuación en el ámbito social respectivamente afectados, dejando de atender al criterio de la persona “consciente y ponderada perteneciente al círculo de relación”³⁵³.

3.1.1 Concepto

Las normas extrapenales, también denominadas normas pre-penales o pre-jurídico-penales³⁵⁴; y generalmente abordadas en la dogmática penal tradicional como “normas especiales”³⁵⁵, “normas jurídicas”³⁵⁶ o ya en general como “actividades especialmente reglamentadas”³⁵⁷ (con la precaución de que esta última conceptualización doctrinal trata conjuntamente tanto la regulación a través de normas extrapenales como de normas extrajurídicas, valorando los alcances en la determinación del deber de cuidado de unas y otras sin mayores distinciones), son regulaciones de carácter abstracto y general, que señalan una serie de medidas preventivas destinadas a evitar resultados lesivos³⁵⁸, exigiendo “de los

³⁵¹ HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 297; GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, p. 266; ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1001; FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, p. 107 y ss.; LUZÓN PEÑA, óp. cit. n. 9, §18 nm. 23; ROMEO, óp. cit. n. 279, p. 17; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, óp. cit. n. 105, p. 146.

³⁵² HAVA, Esther, “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena”, *InDret 2* (2017), pp. 8 y ss.

³⁵³ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, óp. cit. n. 105, p. 146-147; aunque luego señala que “independiente de la fijación escrita en conjuntos de reglas jurídicas o extrajurídicas, hay que recordar que es sólo la respectiva costumbre real la que decide si una acción ha sido ejecutada descuidadamente en relación a un bien jurídico” (p. 148).

³⁵⁴ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. 122, p. 10

³⁵⁵ Así por ejemplo WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, p. 470., con referencias.

³⁵⁶ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1001; JAKOBS, *DPPG*, óp. cit. n. 80, p. 248.

³⁵⁷ Así es tratado generalmente en Chile: HERNÁNDEZ, *Art. 2º*, óp. cit. n. 17, pp. 111-112; BUSTOS, *DPPG*, óp. cit. n. 98, p. 949; el mismo, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, pp. 47 y ss.

³⁵⁸ FERNÁNDEZ, óp. cit. n. 50, p. 112.

ciudadanos conductas ajustadas a Derecho, indicándoles a través de la imposición de deberes qué acciones u omisiones son necesarias para la protección de bienes jurídicos”³⁵⁹.

Las normas extrapenales comprenden formas o modos de llevar a cabo una determinada actividad, estableciendo tanto cuidados como llamados de atención sobre los posibles riesgos relevantes desde una perspectiva jurídico-penal. En ese sentido, las normas extrapenales ya han establecido las ponderaciones de los diversos intereses en juego y “expresado las conductas últimas que se consideran permitidas o prohibidas en el ejercicio de una determinada actividad”³⁶⁰.

A juicio de Frisch, estas normas son concebidas con el propósito de reducir peligros en actividades especialmente riesgosas; y al establecerlas, el Estado limita la libertad de los ciudadanos a favor del interés de la protección o conservación de bienes jurídicos³⁶¹. Roxin, citando a la jurisprudencia alemana, señala que el contenido de estas normas extrapenales supone “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”³⁶². Asimismo, Jakobs, valorando la importancia de estas normas, señala que determinan qué conductas son permitidas (y cuáles no), indicando cuál o cuáles comportamientos importan desde ya, en condiciones normales, un riesgo no permitido³⁶³.

En cuanto a su carácter formal, vamos a entender por norma extrapenal a todas aquellas disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico que tienen alcance general y obligatorio, y que han sido emanadas de instancias estatales, ya sea *leyes*, *reglamentos* o *decretos*. No importa en realidad la fuente jurídica de la regulación (como quedará ilustrado en los ejemplos a continuación), si no sólo su carácter *vinculante*³⁶⁴ y *abstracto*, pues dejamos de lado por ahora a las normas extrajurídicas, que no son generalmente vinculantes, y a los actos

³⁵⁹ CONTRERAS, *Responsabilidad penal del fabricante*, óp. cit. n. 5, p. 269.

³⁶⁰ BUSTOS, *DPPG*, óp. cit. n. 98, p. 949.; GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, p. 265.

³⁶¹ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, pp. 106-107.

³⁶² ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1001.

³⁶³ JAKOBS, *Estudios*, óp. cit. n. 313, p. 213.

³⁶⁴ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, p. 106.

administrativos³⁶⁵, que a diferencia de las normas extrapenales sólo tienen alcances particulares en la autorización de una actividad específica y delimitada.

A modo ejemplar, en nuestro país encontramos una batería de leyes y reglamentos que regulan conductas, estableciendo parámetros para la determinación del deber de cuidado en el contexto de las más diversas actividades de riesgo, siendo por supuesto aquella con mayor trascendencia práctica la ley de tránsito (Ley N° 18.290); que establece a partir de los artículos 99 y siguientes una serie de prohibiciones y exigencias en el tráfico vehicular, cuya infracción es considerada generalmente por los tribunales como fundamento directo de la imputación a título culposo³⁶⁶. Asimismo, en relación con el transporte privado o público de pasajeros, serán relevantes distintas leyes (Ley N° 18.696 que establece normas sobre el transporte de pasajeros) y reglamentos (Decreto N° 80/2004; Decreto N° 38/1992 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones) que establecen prohibiciones y requisitos para el transporte de personas y escolares³⁶⁷.

Para la imputación por cuasidelitos de lesiones y homicidios en el contexto del desarrollo de trabajos especialmente peligrosos (como la construcción/demolición, trabajos eléctricos, con materiales radioactivos o las faenas mineras, por ejemplo), son especialmente relevantes las disposiciones relativas a las obligaciones de protección y seguridad contenidas en el artículo 184 del Código del Trabajo y el artículo 68 de la ley N° 16.744; y otras regulaciones de carácter general, como el Reglamento de Seguridad Minera (Decreto Supremo N° 132 de 2004 del Ministerio de Minería); el Reglamento sobre Prevención de Riesgos Profesionales y otros relacionados (DS N° 40/1969; DS N° 76/2006 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social); o el Reglamento de protección radiológica en instalaciones radiactivas (DS N° 3/1985 del Ministerio de Salud).

En materia de procedimientos en el área de la salud, si bien será fundamental la determinación de la *lex artis*, que analizaremos más adelante³⁶⁸, también existen disposiciones

³⁶⁵ Infra 3.2.

³⁶⁶ Críticamente, MAÑALICH, *Condiciones*, óp. cit. n. 111, pp. 405-410.

³⁶⁷ En especial respecto a jornadas de trabajo de choferes y auxiliares de servicios de transporte.

³⁶⁸ Infra 3.3.

jurídicas relevantes, como la ley N° 20.584, que establece obligaciones y deberes legales a los profesionales de la salud, especialmente en torno al *consentimiento informado*³⁶⁹; o el Código Sanitario, que autoriza y limita el actuar prudente de determinados profesionales de la salud, como las matronas.

Asimismo, existen disposiciones en torno al uso de sustancias potencialmente lesivas, contenidas en el Código Sanitario; el Reglamento de almacenamiento de sustancias peligrosas (DS N° 43/2015 del MINSAL); el Reglamento de pesticidas de uso sanitario y doméstico (Decreto N° 157/2005 del MINSAL), o el Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales (Decreto N° 594/1999, del MINSAL). En materia de alimentos el Reglamento sanitario de los alimentos (Decreto N° 977/96 del MINSAL). Respecto de productos farmacéuticos, el Reglamento del sistema nacional de control de los productos farmacéuticos de uso humano (Decreto N° 3/2010 del MINSAL); y en los también frecuentes accidentes con armas será relevante la ley N° 17.798 sobre control de armas y elementos similares y sus modificaciones legales y reglamentos complementarios; y las Resoluciones dictadas por la Dirección General de Movilización Nacional del Ministerio de Defensa, sobre fiscalización, uso y transporte de armas y explosivos³⁷⁰.

3.1.2 Alcances

Para referirnos a la importancia que tienen las reglas extrapenales en la determinación del deber de cuidado, y por consiguiente, en la determinación de si una conducta es penalmente relevante a título culposo, dividiremos la exposición en dos partes:

- a) El efecto que tiene la *infracción* de una norma de conducta extrapenal en la determinación del deber de cuidado; esto es, si la infracción de la norma extrapenal

³⁶⁹ HERNÁNDEZ, Héctor, “Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática”, en DE LA MAZA, Iñigo (Ed.), *Cuadernos de análisis jurídico*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2010, pp. 167 y ss. Sin embargo, el cumplimiento de este deber tampoco puede ser entendido como una causal de exculpación: VERA, óp. cit. n. 42, p. 244.

³⁷⁰ Ha sido reconocido como determinante del contenido del deber de cuidado, por ejemplo, en: Juzgado de Garantía de Concepción, 16 de junio de 2017, RUC N° 1610033174-1.

determina *per se* que la conducta sea típica; constituye sólo un *indicio* de su tipicidad, o es ya irrelevante; y

b) El efecto que tiene para la determinación de la responsabilidad penal a título culposo el *cumplimiento* de la conducta exigida en la norma extrapenal; esto es, si el cumplimiento de la disposición extrapenal implica que dicha conducta no puede ya ser considerada como típica; o si en determinados supuestos, aun cumpliendo con la conducta ordenada en la norma jurídica, la persona puede ser imputada a título culposo cuando produzca un resultado lesivo.

3.1.2.1. Infracción de la norma extrapenal

En general, ningún autor descarta absolutamente la relevancia práctica que tiene la infracción de normas de cuidado extrapenales para la determinación de la infracción del deber de cuidado, pues se entiende por la mayoría que, si el ordenamiento jurídico extrapenal ya desvalora ciertas modalidades de conducta, ello debe ser relevante (en alguna medida) para determinar la infracción del deber de cuidado³⁷¹. Hay quienes se inclinan por considerarla de manera limitada, únicamente como una *presunción* o *indicio* de infracción del deber de cuidado³⁷² en casos delimitados (pero que en todo caso son cada vez más los sectores de actividades regulados) y otros, a comprender que su infracción *siempre* supondrá un comportamiento típico³⁷³.

Nuestros tribunales de justicia no se han preocupado especialmente sobre este asunto, y en general se observa una tendencia a calificar una conducta como imprudente simplemente verificando que se ha infringido una norma extrapenal³⁷⁴. Así, típicamente en casos de accidentes de tránsito, los tribunales señalan que “tratándose de la conducción de un bus

³⁷¹ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 287.

³⁷² La mayoría, como veremos. En ese sentido KUDLICH, Hans, “Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung”, en: DANNECKER, Gerhard, *FS-Otto*, 2007, pp. 387-388, citado en SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. n. 200, p. 2; por todos también JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. n. 69, pp. 626, quien refiere a un “indicio probatorio”.

³⁷³ Especialmente GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, pp. 265 y ss.

³⁷⁴ En ese sentido, CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, pp. 342, quien dice que esto puede conducir a soluciones muchas veces injustas que desprestigian la labor judicial; aunque tampoco es algo exclusivo de nuestros tribunales, pues también se aprecia dicha preocupación en España, CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 108.

interurbano [o cualquier vehículo motorizado], el cuidado exigido se encuentra determinado por nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley 18.290³⁷⁵, confundiendo derechamente la norma de cuidado establecida en la norma extrapenal con el deber objetivo de cuidado exigido por el tipo culposo (ergo, verificando una se cumple la otra). Feijoo³⁷⁶ ilustra lo muy importantes que son las reglas de cuidado establecidas en la praxis judicial, por ejemplo en el uso de las regulaciones sobre adelantamientos, detenciones y estacionamientos de automóviles, cambios de dirección o preferencias de paso³⁷⁷, trabajos en el interior de zanjas, trincheras, fosas, cimentaciones, pozos, galerías o cualquier otro tipo de excavación o explotación minera³⁷⁸, protección contra contactos en las instalaciones o equipos eléctricos, protección cuando existen huecos practicados en los pisos de una obra en construcción (patios de luces, huecos de ascensores o montacargas, etc.), trabajos en andamios colgados en los que es preciso utilizar cinturones, redes, o barandillas, etc.³⁷⁹. A juicio de Feijoo, estos casos demuestran que no se puede obviar que todo conductor o empresario debe cumplir unos mínimos de cuidado establecidos normativamente a la hora de desempeñar su actividad³⁸⁰.

Como adelantábamos, la gran mayoría de la doctrina entiende que la infracción o contravención de las normas extrapenales de cuidado suponen solamente un *indicio* de la

³⁷⁵ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, 29 de julio de 2019, RUC N° 1600651938-9, considerando décimo tercero.

³⁷⁶ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, pp. 287-290.

³⁷⁷ En ese sentido gran parte de la jurisprudencia que existe por cuasidelito de homicidio y/o lesiones. A modo de ejemplo: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 16 de marzo de 2019, RUC N° 1610017438-7, considerando décimo cuarto; otros ejemplos en CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco, *Código penal. Jurisprudencia en el nuevo sistema de justicia criminal*, Santiago: Librotecnia, 2008, pp. 704 y ss.

³⁷⁸ Ha sido reconocido como determinante del contenido del deber de cuidado, por ejemplo, en: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, 26 de junio de 2018, RUC N° 1300295789-7, considerando undécimo.

³⁷⁹ Ha sido reconocido como determinante del contenido del deber de cuidado, por ejemplo, en: Corte Suprema, 22 de octubre de 2008, Rol N° 1773-2008, considerando octavo. En España, hay un completo trabajo sobre cómo la infracción de las normas de seguridad en materia de construcción delimita la conducta típica ante accidentes en estas faenas: MONGE, Antonia, *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p. 74.

³⁸⁰ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 290; respecto al cuidado exigido a los empresarios en actividades productivas de riesgo, FRISCH, *Problemas fundamentales*, óp. cit. n. 332, p. 103., quien señala que “los riesgos que van unidos a estos negocios e instalaciones, y a otros similares, generalmente se toleran únicamente cuando se cumplen ciertas condiciones dirigidas a la reducción del riesgo”; sobre lo mismo, con especial relación sobre la posición de garante de los empresarios: FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, nota al pie 861, quien señala que “en estos ámbitos los deberes de seguridad que tiene un garante son concreciones del deber de cuidado. La posición de garante es una cuestión de tipo objetivo. Los deberes que tiene una persona como consecuencia de dicha posición de garante son una cuestión relacionada con el tipo subjetivo, con la infracción del deber de cuidado. Y por esta razón tiene tanta importancia la imputación a título de imprudencia en ámbitos en los que se ostenta una posición de garantía con respecto a una fuente de peligro”.

infracción del deber objetivo de cuidado (o de la creación de un peligro no tolerado), pues su infracción no necesariamente fundamenta una imputación por cuasidelito³⁸¹, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en sede civil, en que existe una verdadera presunción de responsabilidad por la infracción de un deber de cuidado establecido legalmente³⁸². Se señala que los reglamentos sólo contienen “inducciones tentativas” y que sus soluciones son estadísticas referentes a casos tipos (o típicos) y establecen exigencias válidas únicamente para ellos³⁸³.

Por eso es frecuente en todo caso y de ahí en general el poco desarrollo de esta cuestión por parte de nuestros tribunales, que la infracción de la norma extrapenal suponga ya la infracción del deber de cuidado³⁸⁴, en los supuestos de hecho que Welzel denomina como la “gran masa de casos similares”³⁸⁵, por ejemplo, en los típicos accidentes de tránsito:

Quien, infringiendo lo dispuesto en el artículo 110 de la ley de tránsito, se incorpora con su vehículo a 50 km/h en un cruce a pesar de haber luz roja, atropellando y causándole la muerte a un peatón que cruzaba la calzada en luz verde, se comporta de manera típica, pues crea ya un riesgo jurídicamente no tolerado por la norma de tránsito.

Así, se dice que estas pautas de conducta extrapenales rigen únicamente para las situaciones *típicas* en el desarrollo de una actividad social determinada, por lo que no es posible basar fundamentalmente la determinación del deber objetivo de cuidado en el entramado de reglas sociales extrapenales³⁸⁶. El efecto indiciario de estas normas de conducta generales

³⁸¹ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1001; FEIJOO, Bernardo, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza: EDIJUS, 1999, p. 212; quien señala que las medidas de seguridad contempladas en normas extrapenales son una *ratio cognoscendi* de una conducta típica, pero en absoluto se pueden entender como una *ratio essendi*; CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 110; BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992, p. 190.

³⁸²Ver: CEREZO MIR, José, “El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos”, *Anuario de derecho y ciencias penales*, Tomo 36 (1993), p. 476; BASSI, Francisco, “Culpa infraccional. Elementos para una perspectiva crítica sobre sus efectos jurídicos en el derecho civil chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 27 (2017), pp. 37 y ss. Mientras que en sede civil la infracción reglamentaria hará presumir la culpa (admitiendo prueba en contrario), en sede penal se postula únicamente un indicio, esto es, simplemente una orientación inicial que indica al juez que la conducta puede ser típica.

³⁸³ CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 342.

³⁸⁴ NOVOA, óp. cit. n. 48, p. 523, quien señala que cuando la inobservancia del reglamento ha sido determinante para la producción del resultado no debe ponerse en duda, generalmente, que con ella se ha exteriorizado culpa.

³⁸⁵ WELZEL, óp. cit. n. 230, p. 116.

³⁸⁶ CEREZO MIR, óp. cit. n. 382, p. 481 y nota al pie n° 39;

frecuentemente se entiende excluido en los casos concretos atípicos³⁸⁷. En ese sentido, se le resta valor a estas disposiciones, señalando que por muy reglamentada que esté una actividad en la ley, no se pueden prever todos los supuestos de hecho ni el contexto de los casos concretos³⁸⁸ y por eso se debe preferir recurrir a principios generales y estándares como el de la persona juiciosa y prudente³⁸⁹. Hay quienes también rechazan la identidad entre la infracción de la norma extrapenal y el deber de cuidado, en consideración al principio de igualdad³⁹⁰, pues determinados gobiernos regionales pueden imponer distintos reglamentos, no siendo lógico que, si un sujeto realiza la misma actividad con el mismo cuidado en distintas regiones, resulte delincuente en una zona y en otra no³⁹¹.

Por otro lado, se rechaza una determinación *per se* de la imprudencia, señalando que la equiparación entre una infracción y otra, no es más que una forma solapada de aplicación del ampliamente criticado criterio del *versare in res illicita*³⁹². En el mismo sentido Mañalich, quien señala que “implicaría veladamente una atribución de responsabilidad por *versari in re illicita*, incompatible con la observancia del principio de culpabilidad”³⁹³.

También Mañalich, quien es especialmente crítico a este respecto con la jurisprudencia chilena, señala que si bien las reglas extrapenales pueden ser entendidas como normas de comportamiento, que definen formas de conducta correcta e incorrecta en una determinada actividad, “no es la realización del comportamiento prohibido por estas normas lo que condiciona la punibilidad a título de homicidio o lesiones imprudentes. Antes bien, la norma de comportamiento cuya contravención es imputada al sujeto en estos casos es la prohibición de producir la muerte de otro o lesiones corporales a otro.”³⁹⁴ De ahí que a su juicio la infracción

³⁸⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, óp. cit. n. 105, p. 147.

³⁸⁸ NOVOA, óp. cit. n. 48, p. 511.

³⁸⁹ ZAFFARONI, óp. cit. n. 242, p. 400.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 399.

³⁹¹ Argumento que hace sentido en un sistema federal como Argentina o Alemania; pero difícilmente en Chile, ya que por regla general las leyes y reglamentos son de carácter general para todo el territorio de la República. Sin embargo, existen casos de regulaciones entregadas a los gobiernos regionales, como por ejemplo la facultad regulatoria de las Intendencias respecto de la realización de eventos masivos.

³⁹² CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 109; también CONTRERAS, Lautaro, *Productos defectuosos y Derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto*, Santiago: RIL Editores, 2018, p. 32, señalando que siempre será necesario probar además la relación de contrariedad de deber con el resultado.

³⁹³ MAÑALICH, *Imprudencia*, óp. cit. n. 21, p. 24.

³⁹⁴ MAÑALICH, *Condiciones*, óp. cit. 111, p. 411.

de la norma de cuidado prevista en la norma extrapenal no sea razón suficiente para imputar el resultado de muerte o lesiones culposas. Si eventualmente el deber de cuidado concreto coincide con el estándar de cuidado señalado en una norma extrapenal, será algo meramente contingente³⁹⁵.

Junto con estos argumentos, generalmente se señalan algunas situaciones de casos que permiten concluir que la infracción de la norma extrapenal es sólo un indicio de la infracción del deber de cuidado:

- En determinados supuestos se dice que la norma extrapenal no juega ningún papel y carece de relevancia en la determinación de un deber de cuidado, no teniendo entonces la aptitud de determinar el contenido del deber objetivo de cuidado o importar un tipo penal³⁹⁶. Esto ya que, como sabemos, las regulaciones extrapenales pueden tener finalidades muy diversas, como por ejemplo algunas disposiciones de la ley de tránsito que tienen como foco la protección del medio ambiente³⁹⁷ o los reglamentos deportivos, que tienen como fin el correcto desarrollo del juego y no la protección de la vida ni integridad física de los jugadores. Por lo tanto, únicamente tendrán relevancia para la determinación del deber objetivo de cuidado cuando tengan como finalidad evitar lesiones de bienes jurídicos penalmente protegidos³⁹⁸.
- También se señala que en determinadas situaciones concretas el sujeto puede reconocer que el seguimiento de la norma no tiene sentido para evitar la creación de un riesgo. Por ejemplo, que el conductor enfrentado a un signo de alerta por trabajos en la ruta sepa que las obras terminaron hace tiempo. También puede ocurrir que, por los especiales conocimientos del sujeto, éste en algunos casos sepa que la regla esté equivocada o ha

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 412.

³⁹⁶ FEIJOO, *Homicidio y lesiones*, óp. cit. n. 375, p. 213; CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 122.

³⁹⁷ i.e.: Artículo 82 de la ley de tránsito: "Los vehículos motorizados deberán estar equipados, ajustados o carburados de modo que el motor no emita materiales o gases contaminantes en un índice superior a los permitidos."

³⁹⁸ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 122; en sentido similar ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 376; respecto a los fines de protección de la norma.

quedado obsoleta (como sucede con las normas de carácter técnico), habiendo otras medidas de cuidado óptimas³⁹⁹.

- Finalmente, se señalan aquellos casos en que las normas extrapenales son tan generales y abstractas que poco aportan a la determinación del cuidado. Así por ejemplo en Chile, lo dispuesto en el art. 148 de la ley de tránsito (“ninguna persona podrá conducir un vehículo a una velocidad mayor de la que sea razonable y prudente”) o en el art. 143 (“todo vehículo que se aproxime a un cruce deberá hacerlo a velocidad razonable y prudente”). En estos casos, la norma no aporta mayor contenido a la delimitación del deber de cuidado⁴⁰⁰.

En contra de esta posición “indiciaria” de la norma extrajurídica, encontramos principalmente a Gil y Choclán, quienes se basan en gran medida en los planteamientos de Jakobs⁴⁰¹, para señalar que siempre que tenga real aplicación la regla de conducta extrapenal, su infracción determinará ya la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y por tanto, si ha sido relevante para la producción de un resultado lesivo, servirá para castigar penalmente a título culposo a su infractor.

Así, Choclán señala que “cuando se trata de prohibiciones legales de puestas en peligro abstractas, su infracción determina ya el riesgo jurídicamente desaprobado. Así, una infracción en materia de circulación no puede considerarse riesgo permitido.”⁴⁰² Añade luego que esto sólo se verificará eficazmente en la medida en que el riesgo se presente en situaciones coincidentes con la prevista idealmente en la norma; de lo contrario, lo que ocurre es que para dicha actividad ya no hay una norma extrapenal que determine el riesgo permitido y por tanto no existe ya ninguna relación entre ambas⁴⁰³.

³⁹⁹ FEIJOO, *Homicidio y lesiones*, óp. cit. n. 375, p. 214. Sobre este último supuesto, será interesante el conflicto que pueda existir entre la norma obsoleta extrapenal y las disposiciones extrajurídicas actualizadas, como reconoce FERNÁNDEZ, óp. cit. n. 50, p. 112.

⁴⁰⁰ FEIJOO, *Homicidio y lesiones*, óp. cit. n. 375, p. 214.

⁴⁰¹ JAKOBS, *DPPG*, óp. cit. n. 80, pp. 248 y ss.

⁴⁰² CHOCLÁN, óp. cit. n. 207, pp. 93-94.

⁴⁰³ *Ibíd.* p. 94.

También decididamente contraria a lo que denomina como “teoría indiciaria”, Gil señala que no es cierto que las reglas generales de cuidado no determinan el cuidado necesario⁴⁰⁴, criticando especialmente algunos de los puntos elaborados por Frisch⁴⁰⁵. En resumen, la autora establece una relación cuantitativa entre el injusto administrativo (por la infracción de la norma extrapenal) y el injusto penal. Además, señala que es un error de la mayoría de los autores el confundir como efecto indiciario de la norma extrapenal, en aquellos supuestos en que, por la diversidad fáctica de la situación, la norma extrapenal no debe ser ya considerada. En ese sentido, correctamente entendida la aplicación de la norma extrapenal, Gil descarta que la infracción de estas disposiciones suponga únicamente un indicio, pues una conducta de este tipo ya crea un riesgo jurídicamente desaprobado. La única excepción será cuando el riesgo creado no sea lo suficientemente grave como para fundar una imputación a título penal⁴⁰⁶.

Ahora bien, debemos hacer la salvedad que nuestro Código Penal contempla un tipo penal que nos ayuda al esclarecimiento del problema, pues el artículo 492 hace la distinción entre la conducta imprudente y la “infracción de los reglamentos”, dando a entender que se trata de requisitos copulativos y por tanto diferentes, y que entonces podría haber una infracción de reglamento sin una infracción del deber de cuidado (culpa)⁴⁰⁷. En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en más de una oportunidad⁴⁰⁸.

Recapitulando entonces, parece correcto señalar que el derecho penal, en tanto ordenamiento secundario, debe recoger lo dispuesto en el orden normativo primario (las reglas extrapenales). Por lo anterior, de ser aplicable al caso lo dispuesto en la norma extrapenal (es decir, que nos encontremos en su supuesto fáctico de aplicación), su infracción por regla general nos indicará que existe una creación de un riesgo socialmente no tolerado. Por consiguiente, la infracción de la norma extrapenal supone generalmente ya la infracción del deber objetivo de cuidado, sin que por ello se derive necesariamente una sanción penal, pues además se debe verificar su relación con la producción del resultado lesivo.

⁴⁰⁴ GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. 59, p. 227.

⁴⁰⁵ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, pp. 106 y ss.

⁴⁰⁶ GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, pp. 265-276.

⁴⁰⁷ En ese sentido HERNÁNDEZ, *Art. 2º*, óp. cit. n. 17, p. 112.

⁴⁰⁸ Tribunal Constitucional, 10 de septiembre de 2015, Rol N° 2716-14-INA, considerandos trigésimo tercero y ss.

3.1.2.1. Cumplimiento de la norma extrapenal

Desde la otra vereda, también se discute el efecto que tiene el cumplimiento de las disposiciones extrapenales en la determinación del deber de cuidado. Gran parte de los autores suele atribuir la misma eficacia que lo recién revisado a propósito de la infracción de la norma extrapenal⁴⁰⁹, así desde una posición tradicional se señala que la observancia de las disposiciones extrapenales para prevenir los riesgos de una determinada actividad constituye, en *general*, un mínimo de diligencia exigible para quien la lleva a cabo. Pero considerando el carácter abstracto y general de estas normas, que no son capaces de hacerse cargo de las diversas circunstancias que se pueden dar en la práctica, se señala que su sola observancia no será suficiente para descartar la infracción del cuidado debido en la conducta del sujeto”⁴¹⁰.

Desde esta posición, se señala que el cumplimiento estricto de los cuidados señalados en la norma extrapenal, no siempre serán suficientes, pues la medida del deber de cuidado concreto depende de las circunstancias y el contexto concreto del caso y del sujeto. Así, en determinados supuestos puede ser necesario que el autor intensifique el cuidado más allá de lo previsto en la norma⁴¹¹. En estos casos, se dice que la mera “contemplación” de la norma extrapenal (pensada para situaciones ideales), en contextos *atípicos*, sin hacer todo lo que se pueda para evitar el resultado lesivo, supone una infracción del deber de cuidado⁴¹².

Del otro lado, se acepta como cuidadosa una conducta que cumple con las reglas extrapenales señaladas para el desarrollo de la actividad social respectiva y, en esa medida, es socialmente adecuada⁴¹³. A este respecto Mañalich se abre a considerar aquí la incumbencia de la institución del riesgo permitido, al señalar que el mantenimiento de la conducta riesgosa dentro del margen de riesgo jurídicamente tolerado inhibe la imputación por una eventual

⁴⁰⁹ El cumplimiento de la regulación administrativa implicará solamente un indicio de que se cumple con el deber de cuidado exigido en el ámbito de relación. Por ejemplo, FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 301; CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 110,

⁴¹⁰ NOVOA, óp. cit. n. 48, p. 511.

⁴¹¹ CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 110.

⁴¹² FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 303.

⁴¹³ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, óp. cit. n. 105, p. 146-147.

contravención de una carga de cuidado⁴¹⁴. Para ilustrarlo pone como ejemplo lo dispuesto en el artículo 134 de la ley de tránsito, que dispone que:

“todo vehículo que se aproxime a un cruce deberá hacerlo a velocidad razonable y prudente, deteniéndose si fuere necesario, y el de la izquierda cederá el paso al vehículo que se acerque al cruce por la derecha, el que tendrá derecho preferente de paso”.

Para el autor, resulta más que evidente que cumplir la norma no nos asegura en ningún caso que no se vaya a producir una colisión de vehículos evitable (así lo demuestra en todo caso la experiencia), sin embargo, el margen de riesgo residual que queda debe considerarse como permitido, y por tanto la conducta no puede considerarse como típica. Concluir lo contrario haría absurda la disposición extrapenal⁴¹⁵.

En el mismo sentido Contreras, quien señala que, por regla general, el cumplimiento de las normas extrapenales excluirá la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Por tanto, el riesgo que subsista pese a la observancia de la norma (riesgo residual) habrá de ser calificado como tolerado⁴¹⁶. Además, tenemos que recordar que las normas extrapenales configuran lo que hemos denominado previamente como el orden normativo primario, que nos indica qué comportamientos están permitidos o prohibidos, teniendo en cuenta la conservación de dichos bienes jurídicos⁴¹⁷, mientras que la norma de sanción penal comprendida en los artículos 490 a 492 del Código penal son disposiciones accesorias que comprenden un segundo orden de normas, que no puede entrar en contradicción con lo dispuesto en el orden primario, en función del principio de unidad del Derecho⁴¹⁸. En el mismo sentido Gil, quien concluye que una misma conducta no puede ser considerada como cuidadosa desde una rama del ordenamiento jurídico, pero descuidada desde el derecho penal⁴¹⁹.

⁴¹⁴ MAÑALICH, Condiciones generales, óp. cit. n. 111, p. 412; KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. P. 91-140; 127 y ss.

⁴¹⁵ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, p. 108.

⁴¹⁶ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 393.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 393.

⁴¹⁸ *Ibid.*, nota al pie n° 25.

⁴¹⁹ GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 271.

En definitiva, en aquellos ámbitos en que la conducta se debe mover conforme a lo dispuesto en una normativa especial, que expresamente señala los medios correctos e incorrectos de llevar adelante la actividad, se hace necesario concluir que el cumplimiento de dicha norma importa la falta de tipicidad del comportamiento del autor. Esto porque el resultado lesivo que se genere será parte de lo que conforma el riesgo residual que es necesario tolerar para vivir en sociedad.

3.2 Actos administrativos

Muy de la mano de las recién tratadas normas extrapenales, encontramos el caso de los *actos administrativos*, que también cumplen una importante función en la determinación del riesgo permitido, puesto que mediante autorizaciones estatales permiten llevar adelante conductas que, por sus especiales características riesgosas, pueden producir resultados lesivos⁴²⁰. Así, una conducta que según la experiencia es especialmente riesgosa, como la construcción de instalaciones radioactivas⁴²¹, pasa a ser tolerada en un caso particular en razón de un acto de la Administración, siempre y cuando la persona (natural o jurídica) que la va a desarrollar, cumpla con determinadas condiciones y criterios previamente establecidos en una norma jurídica.

Los actos de la administración tienen una estrecha relación con las normas extrapenales, puesto que el acto administrativo supone la aplicación concreta de la norma prevista en abstracto y de modo general⁴²². En ese sentido, es el mismo ordenamiento, a través de normas jurídicas, el que ordena que determinadas conductas o actividades deban contar con un visaje emanado de una autoridad estatal, que generalmente cuenta con mejores capacidades técnicas que el legislador, para determinar preventivamente si los agentes satisfacen el cuidado debido en una determinada actividad. En ese sentido, es normal que en supuestos en que la regulación jurídico-administrativa alcanza un cierto umbral de complejidad y tecnicismo, se establezca, a modo de asegurar la efectividad de la intervención estatal, la prohibición del ejercicio de ciertas actividades sin un control administrativo *preventivo* en cada caso particular⁴²³.

⁴²⁰ También existen autorizaciones administrativas que permiten desarrollar actividades que derechamente producen resultados lesivos, pero contra otros bienes jurídicos no tratados en este trabajo, como el medio ambiente.

⁴²¹ Son de público conocimiento los graves riesgos asociados al uso de materiales radioactivos (ya sea por su explotación energética o su uso en otras áreas técnicas, como la medicina), considerando lo ocurrido en la central nuclear de Chernóbil en 1986, recientemente retratada en una serie de televisión. Sobre el impacto de este evento en el desarrollo de la técnica en el Derecho Penal: SCHUNEMANN, Bernd, “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, *ADPCP*, Tomo XLVII, Fasc. III (1994), pp. 307-342.

⁴²² CORDERO, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed.), Santiago: Legal Publishing, 2015, p. 242.

⁴²³ DE LA MATA, Norberto, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona: Cadecs, 1996, p. 97.

En definitiva, los actos administrativos no son más que una herramienta formal que viene a concretar una prohibición o regulación de riesgos, prevista en una norma extrapenal, que es la única capaz de limitar el ejercicio de libertades de manera legítima.

3.2.1 Concepto

Conforme al artículo 3º de la Ley 19.880 los actos administrativos son “aquellas decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado en la cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”. Estos actos tienen una serie de características que no es del caso abordar en profundidad en este trabajo, pero que a grandes rasgos dicen relación con que los actos administrativos deben adoptar una decisión o resolución sobre un determinado asunto, por escrito, de manera unilateral (es decir, excluye los contratos con privados) y deben emanar de un órgano de la Administración del Estado⁴²⁴.

Ahora bien, esta definición proveniente del Derecho Administrativo chileno es demasiado amplia para efectos de lo que queremos conceptualizar en este apartado. Conforme a la posición dominante en Chile y a diferencia de lo que ocurre en Alemania⁴²⁵, también son considerados como actos administrativos los reglamentos, cuya importancia para la determinación del deber de cuidado ya hemos abordado a propósito de las normas extrapenales⁴²⁶. Por lo anterior, debemos hacer la precisión que, para efectos de este trabajo, excluirémos a los reglamentos, y en general delimitaremos al acto administrativo como aquel dictado en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.

En ese sentido, se acerca mucho más a nuestra conceptualización de acto administrativo lo que entiende tanto la doctrina como la legislación alemana⁴²⁷. Así, en el §35 de la Ley federal de procedimiento administrativo se señala que: “Acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 243-246.

⁴²⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XII, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 14.

⁴²⁶ *Supra* 3.1.2.

⁴²⁷ MUÑOZ MACHADO, *óp. cit.* n. 425, p. 19, con especial referencia a los aportes de Otto Mayer.

regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho público con efectos inmediatos en el exterior.” En particular, nos referiremos a un tipo especial de acto administrativo, tradicionalmente conceptualizado como un *acto favorable* (aunque también puede ser considerado de doble efecto o mixto⁴²⁸), esto es, aquellos que producen un resultado ventajoso para el destinatario, en este caso, mediante la autorización para desarrollar una actividad determinada que, conforme a derecho, no es posible realizar sin previa autorización gubernamental⁴²⁹.

Esta autorización administrativa engloba a su vez a distintas figuras contempladas en nuestro ordenamiento jurídico (como las autorizaciones propiamente tales o permisos, licencias, cuotas, etc.), y tienen como única función la comprobación, a cargo de un organismo técnico del Estado, de que se observan las condiciones y requisitos normativos definidos previamente en la norma jurídica⁴³⁰.

3.2.2 Alcances

Tradicionalmente, el estudio sobre la relación entre los actos administrativos y el Derecho penal ha sido abordada desde la perspectiva del Derecho penal del medio ambiente, donde existe una estrecha relación entre las sanciones penales y la regulación administrativa y técnica ambiental, especialmente por la permanente remisión de los tipos penales ambientales a la existencia de autorizaciones administrativas⁴³¹. A propósito del derecho penal ambiental, se han desarrollado distintas posiciones que buscan esclarecer la correcta relación entre el derecho administrativo y el derecho penal, siendo la posición mayoritaria aquella que postula una relación relativamente dependiente entre ambos⁴³², posición que parece satisfactoria, en tanto el

⁴²⁸ CORDERO, óp. cit. n. 422, p. 252, pues no sólo otorgan derechos para el desarrollo de una actividad, si no que también gravan a los terceros que deben tolerar los peligros derivados de dicha autorización y además autoriza, pero con ciertos límites, esto es, impone especiales deberes de cuidado a quien detenta dicha autorización.

⁴²⁹ MUÑOZ MACHADO, óp. cit. n. 425, p. 29.

⁴³⁰ DE LA MATA, óp. cit. n. 423, p. 97.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 89.

⁴³² HEINE, Günter, “Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, 1 (1993), pp. 292 y ss.

Derecho penal es un orden normativo secundario que debe recoger las valoraciones extrapenales del resto del ordenamiento jurídico⁴³³.

Ahora bien, sin perjuicio del profuso desarrollo de estas temáticas a propósito de la regulación de los delitos medioambientales, estas conductas de riesgo no son las únicas que se relacionan con autorizaciones administrativas en nuestro ordenamiento jurídico.

Podemos encontrar distintos y diversos ejemplos en nuestro país. Así, tenemos las autorizaciones que debe entregar el Instituto de Salud Pública (ISP) para la instalación y funcionamiento de laboratorios farmacéuticos, conforme al Reglamento del Sistema Nacional de control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano (Decreto N° 3 de 2010 del Ministerio de Salud); las autorizaciones que entregan los Servicios de Salud para la instalación y funcionamiento de establecimientos de alimentos, regulado en el Reglamento Sanitario de los Alimentos (Decreto N° 977 de 1996 del Ministerio de Salud); en materia de seguridad nuclear, las autorizaciones de construcción, explotación, importación, operación, transporte y autorización especial de trabajo en instalaciones radiactivas, a cargo de la Comisión Chilena de Energía Nuclear, conforme a la Ley N° 16.319; las autorizaciones que deben entregar las Intendencias para la realización de eventos masivos⁴³⁴, cuyo tratamiento está entregado a la potestad regulatoria de cada Gobierno Regional (en el caso de la capital, los permisos se rigen conforme a la Circular N° 28 de 2015 de la Intendencia Metropolitana⁴³⁵); o las autorizaciones de funcionamiento de establecimientos de educación parvularia⁴³⁶, que conforme a lo dispuesto

⁴³³ CONTRERAS, *Responsabilidad penal del fabricante*, óp. cit. n. 5, pp. 269-270.

⁴³⁴ Sobre la responsabilidad penal por culpa en la celebración de eventos masivos, ver: HAVA, óp. cit. n. 352, pp. 8 y ss.

⁴³⁵ La necesidad de regular este tipo de eventos surgió tras la muerte de cinco jóvenes que quedaron atrapados a la salida de un concierto de una banda punk en Santiago. En el caso, el productor del evento fue condenado por cuasidelito de homicidio y lesiones graves (Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 31 de octubre de 2018, RUC N° 1500373368-5). A pesar de que el Ministerio Público alegó la infracción del deber de cuidado por la contravención de reglamentos administrativos y falta de autorizaciones, el tribunal se limitó a señalar que la imprudencia se verificó en una “decisión de su parte apresurada, adoptada sin pensar, sin reflexionar, los efectos que con ella podía provocar, situaciones que son propias de una imprudencia temeraria, en que la persona actúa negligentemente, sin el cuidado debido en la acción que realiza”.

⁴³⁶ Regulación que también ha sufrido especiales modificaciones a raíz de los casos de muertes ocurridas en el interior de centros del SENAME y en algunos establecimientos de educación parvularia.

en el Decreto N° 128 de 2017 del Ministerio de Educación, entrega la SEREMI de Educación, por mencionar algunos casos.

Verificado el alcance general del problema, debemos precisar el principal efecto de este tipo de resoluciones administrativas en el marco del tema que nos interesa, es decir, en la determinación de la infracción del deber de cuidado. Las autorizaciones estatales por medio de actos de la administración no son otra cosa que una forma especial y concreta de *autorización de riesgos*, en sentido similar a lo ya tratado a propósito de las normas jurídicas o extrapenales. Sin la autorización de la autoridad correspondiente, la actividad se encuentra prohibida y por tanto su realización parece indicar ya la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Al contrario, mediante el acto administrativo, el Estado realiza un análisis preventivo de la conducta del sujeto, determinando preliminarmente, que ésta se ajusta al deber de cuidado.

Entonces, como primera conclusión, las conductas realizadas sin autorización y sin cumplir con los requisitos para ser autorizados por la autoridad estatal, importan ya un claro indicio de infracción del deber de cuidado⁴³⁷, pues crearán o aumentarán un peligro derechamente no tolerado. Así, por ejemplo, en el caso de un evento masivo realizado sin la autorización correspondiente (como casi ocurre con la cancelada Cumbre del Rock en Rancagua)⁴³⁸, las lesiones o muertes producidas por la falta de seguridad o desperfectos en las instalaciones podrían ser imputadas jurídico-penalmente a los organizadores o productores del evento.

Lo anterior, con la salvedad de aquellas conductas que son absolutamente *inidóneas* para poner en peligro bienes jurídicos protegidos penalmente (en particular a la vida y a la salud de las personas), pues la relevancia del acto administrativo depende de cuál sea el bien tutelado, requiriendo entonces una labor de interpretación en cada caso⁴³⁹. Así, por ejemplo, no es idónea para tutelar la vida de las personas una autorización otorgada para la pesca o la caza de

⁴³⁷ MATUS, Jean Pierre, *Derecho penal del medio ambiente*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 65.

⁴³⁸ En línea: https://www.cnnchile.com/cultura/intendencia-no-autoriza-cumbre-del-rock-rancagua_20191004/ (Consultado el 27.10.19)

⁴³⁹ FRISCH, Wolfgang, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, Heidelberg: Müller Verlag, 1993, pp. 42 y ss.; citado en DE LA MATA, óp. cit. n. 423, pp. 210.

determinadas especies, puesto que el fin de la norma que exige dicha autorización es velar por la protección de la fauna marina o terrestre.

También puede haber conductas que sin contar con la autorización correspondiente (infracción formal) cumplen con los requisitos exigidos en la norma para haber obtenido dicha autorización (cumplimiento material). Aunque discutido, la posición mayoritaria también considera que la actividad implica la creación de un riesgo desaprobado y por tanto es punible⁴⁴⁰.

Sin embargo, la relevancia de los actos administrativos resulta especialmente problemática ahí donde la conducta peligrosa sí se encuentra cubierta con una autorización estatal previa, y a pesar de obrar en estricto cumplimiento de la autorización administrativa, se producen lesiones a bienes jurídicos penalmente tutelados. Entonces surge la pregunta natural, y que preocupa especialmente a la dogmática penal⁴⁴¹: ¿debe responder penalmente por culpa quien, obrando amparado por una autorización administrativa, produce un resultado lesivo?

Conforme al principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la prohibición de contradicciones, se deriva que el Derecho penal en ningún caso, puede amenazar con una pena comportamientos que están tolerados explícitamente por el ordenamiento⁴⁴². No se puede calificar como injusto un comportamiento que se permite legalmente⁴⁴³, pues el orden normativo secundario no puede castigar aquello permitido según el orden normativo primario. Conforme hemos venido señalando y reconoce la posición mayoritaria, el Derecho Penal es un Derecho accesorio, por lo tanto, no puede ir en contra de lo que se ha permitido mediante un acto administrativo basado en el Derecho público⁴⁴⁴.

A la misma conclusión llega Contreras, al señalar que el Derecho Penal, en tanto orden normativo secundario que busca asegurar la vigencia de determinados deberes jurídicos, “solo puede sancionar aquellas conductas que transgreden mandatos o prohibiciones y que, en

⁴⁴⁰ MATUS, óp. cit. n. 437, p. 69, con referencias a otros autores.

⁴⁴¹ FUENTES, Juan Luis, “¿Delito medioambiental como delito de lesión?”, *Revista catalana de Dret ambiental*, Vol. I, 2 (2010), p. 5.

⁴⁴² HEINE, óp. cit. n. 423, p. 293.

⁴⁴³ FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, óp. cit. n. 438, pp. 30 y ss.

⁴⁴⁴ FRISCH, Wolfgang, “Derecho penal y protección del clima: Posibilidades y límites de una contribución del Derecho penal a la protección del clima conforme a convenios internacionales”, *InDret*, 4 (2015), p. 9.

consecuencia, son jurídicamente desaprobadas. Castigar conductas permitidas por el orden normativo primario, es decir, conductas que forman parte de la libertad general de actuación o de otro tipo de libertad garantizada constitucionalmente, no solo es irracional (las conductas permitidas no merecen un reproche; por el contrario, deben ser confirmadas), sino que, además, resulta ilegítimo en el contexto de la función preventivo general positiva que frecuentemente se asigna al Derecho Penal”⁴⁴⁵.

También en Chile, Bascuñán⁴⁴⁶ ha señalado que el derecho penal debe aceptar que el sistema administrativo determine los estándares de cuidado debido en la producción y control del riesgo en determinadas actividades. De este modo, la producción de un daño en virtud de un riesgo permitido por la regulación administrativa debe contar como efecto de un riesgo permitido.

En definitiva, parece haber bastante consenso en que el derecho penal no se puede desvincular en ningún caso del derecho administrativo en la definición del riesgo permitido, pues es en esta normativa donde se fijan los márgenes y los límites tolerados en el desarrollo de acciones en ámbitos de riesgo. El sujeto que actúa dentro de esos márgenes no puede tener responsabilidad administrativa y, lógicamente, tampoco penal⁴⁴⁷. De este modo, el respeto de la normativa administrativa por el sujeto que actúa tendrá efectos penales, excluyendo la tipicidad de su conducta. Lo anterior también ha sido reconocido en Chile a propósito de la responsabilidad civil asociada a las autorizaciones mediante actos administrativos⁴⁴⁸.

Ahora bien, también se discute qué pasa cuando se producen resultados lesivos amparados por un acto administrativo ilícito, ya sea porque dicho permiso haya sido obtenido mediante amenaza, engaño, información errónea, cohecho o colusión; o el posible reproche jurídico penal en contra del funcionario público que interviene en la fabricación de un acto administrativo fraudulento, que termina en una conducta con resultados lesivos⁴⁴⁹. Sin entrar en

⁴⁴⁵ CONTRERAS, *Responsabilidad penal del fabricante*, óp. cit. n. 5, p. 270.

⁴⁴⁶ BASCUÑÁN, Antonio, “Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005”, *Estudios Públicos*, 110 (2008), p. 60

⁴⁴⁷ FUENTES, óp. cit. n. 440, p. 6, con cita a FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, óp. cit. n. 443, p. 8.

⁴⁴⁸ BARROS, óp. cit. n. 38, pp. 801-802.

⁴⁴⁹ FRISCH, *Derecho Penal y protección del clima*, óp. cit. n. 443, p. 16.

mayores detalles, porque exceden el propósito de este trabajo, desde el esquema que hemos venido elaborando y que comparte la doctrina mayoritaria en Alemania: como el acto produce efectos institucionales mientras no sea anulado o revocado, y dentro de esos efectos se encuentra el de servir de norma de comportamiento para su destinatario, entonces excluye la ilicitud del comportamiento autorizado.⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ BASCUÑÁN, óp. cit. n. 445, p. 60.

3.3 Normas Extra-Jurídicas

Muy de la mano de las reglas extrapenales, encontramos un segundo gran conjunto de reglas, que señalan los modos o formas de llevar a cabo determinadas actividades que pueden importar un riesgo o peligro para bienes jurídicos como la vida y salud individual, pero que a diferencia de las normas extrapenales o administrativas, son desarrollados por organizaciones ajenas al Estado; ya sea por miembros de colectividades profesionales (como colegios profesionales o de manera no organizada, difundida gracias al cúmulo de experiencias de una determinada profesión o técnica) o por ligas o institutos de normalización⁴⁵¹. Como adelantamos a propósitos de la regulación estatal, muchos autores tratan a las reglas generales de cuidado de modo general, confundiendo las normas extrapenales con las extrajurídicas⁴⁵².

La necesidad de contar con este tipo de normas surge, al igual que con los reglamentos estatales, ante el permanente aumento en la complejidad y tecnificación de actividades desarrolladas en nuestra sociedad⁴⁵³, y especialmente, para suplir aquellos vacíos que las reglas dictadas por el legislador (o la administración) no son capaces de cubrir, pues muchas veces contienen normas que se limitan a reiterar conceptos generales, como actuar de manera prudente o sin lesionar a otros⁴⁵⁴. En ese sentido, con frecuencia las normas extrapenales omiten pronunciarse sobre determinados aspectos, ya sea por omisión voluntaria o involuntaria del legislador (o la administración), y muchas veces las normas estatales suelen quedar rápidamente obsoletas ante el vertiginoso avance de la ciencia y de la técnica⁴⁵⁵, respecto del cual el legislador es incapaz, por la complejidad de los procesos en un sistema político democrático, de llevarle el ritmo. Como ejemplos en Chile, Contreras⁴⁵⁶ cita los casos de la instalación de redes de electricidad o gas, la elaboración de alimentos procesados, los trabajos de limpieza o reparación realizados en alturas, la mantención de autobuses o aeronaves, la realización de actividades de salvamento, incluyendo también en el ámbito de la responsabilidad penal por el

⁴⁵¹ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, p. 117.

⁴⁵² CORCOY, óp. cit. n. 9, p. 104 y ss.

⁴⁵³ BUSTOS, *Delito culposo*, óp. cit. n. 6, p. 47.

⁴⁵⁴ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 394.

⁴⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. n. 200, p. 2.

⁴⁵⁶ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 395.

producto, aquellas *advertencias* escritas que acompañan muchos productos y medicamentos⁴⁵⁷ (como las advertencias de no usar determinados productos químicos cerca de los ojos, o no dejar algunas piezas peligrosas al alcance de niños o mascotas).

Asimismo, existe consenso en general de la necesidad del Derecho penal (no sólo en el ámbito del delito culposo) de recurrir a estas pautas técnicas de conducta que están fuera del ordenamiento jurídico, pero que claramente tiene una especial relevancia para la determinación del deber de cuidado y por tanto de la determinación del tipo imprudente. En ese sentido Perin, desde una perspectiva bastante crítica, señala que “para dotar de contenido al deber de cuidado se acude a los conocimientos debidos en un tiempo dado (el momento de la acción), seleccionando aquella información que constituyan un ‘patrimonio difundido a partir de cierta fecha’, esto es, leyes científicas asumidas por el sujeto-modelo del sector social o profesional que corresponda”⁴⁵⁸.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los criterios previamente estudiados, respecto de las normas extrajurídicas se discute especialmente su capacidad para determinar si el comportamiento es conforme o contrario a deber, puesto que, al no emanar de un órgano estatal competente, no poseen carácter normativo y por tanto no son vinculantes.

3.3.1 Concepto

Las normas extrajurídicas, comprenden una amplia gama de reglamentaciones de naturaleza no estatal (denominados “reglas del arte”, “prácticas”, “protocolos”, “normas”, “usos”, “directrices”, “guías”, “recomendaciones”, etc.)⁴⁵⁹, que establecen pautas para el desarrollo de determinadas actividades profesionales o técnicas, considerando para ello principalmente los conocimientos empíricos y científicos disponibles, señalando los grados de cuidado exigidos para la realización de ciertas actividades o procedimientos especialmente peligrosos⁴⁶⁰. Las normas extrajurídicas, a diferencia de las normas extrapenales y los actos

⁴⁵⁷ FRISCH, *Conducta típica*, óp. cit. n. 122, p. 118.

⁴⁵⁸ PERIN, Andrea, “Conocimientos científicos, tecnologías convergentes y Derecho penal. Reflexiones metodológicas en materia de causalidad, imprudencia, imputabilidad y peligrosidad”, en: ROMEO, Carlos, *Tecnologías convergentes: Desafíos éticos y jurídicos*, Granada: Comares, 2016, pp. 152-154.

⁴⁵⁹ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 395.

⁴⁶⁰ Ídem.

administrativos, carecen muchas veces de un carácter formal al no constar necesariamente por escrito⁴⁶¹, como todas aquellas reglas de la experiencia en determinados oficios o profesiones que son transmitidas verbalmente. En ese sentido, aquí consideramos tanto aquellas reglamentaciones extrajurídicas expresamente codificadas, como aquellas reglas de cuidado no escritas⁴⁶², y que tienen en común que constituyen una expresión de la experiencia acumulada en el ejercicio de una actividad⁴⁶³.

Las reglas extrajurídicas tienen distintas funciones que no es del caso detallar ahora, que están generalmente asociadas a la racionalización, simplificación y unificación de procesos técnicos, pero lo más relevante para efectos de este trabajo, es que persiguen la eliminación o disminución hasta un nivel socialmente tolerable de los riesgos que tienen para determinados bienes jurídicos penalmente relevantes, como la vida o la salud individual⁴⁶⁴.

Dentro de este grupo de normas no jurídicas, encontramos esencialmente dos grandes grupos de disposiciones relevantes: las *normas técnicas*, también denominadas como “normas del tráfico”⁴⁶⁵; y las “reglas del arte” (*lex artis*)⁴⁶⁶, generalmente asociadas al desarrollo de procedimientos en un determinado ámbito profesional, como por ejemplo la medicina⁴⁶⁷. Varios autores comprenden a ambas categorías de reglas dentro del mismo saco de “normas técnicas”⁴⁶⁸, pero en este trabajo preferiremos referirnos al concepto de *normas extrapenales*, pues es más amplio y comprende de mejor manera todas aquellas regulaciones o advertencias no estatales que persiguen la minimización de riesgos sin formar parte del ordenamiento

⁴⁶¹ VARGAS, *Responsabilidad penal*, óp. cit. n. 92, p. 37, señala que esto es incluso una “exigencia”, puesto que existe una necesidad de flexibilidad y adaptación de estas regulaciones que se ven entorpecidas por su escrituración. Las mismas normas dictadas por el Instituto Nacional de Normalización (INN) establecen un mecanismo de revisión periódica cada cinco años.

⁴⁶² HILGENDORF/VALERIUS, óp. cit. n. 351, p. 297.

⁴⁶³ FRISCH, *Conducta típica*, óp. cit. n. 122, p. 119.

⁴⁶⁴ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 397.

⁴⁶⁵ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1003.

⁴⁶⁶ Como una categoría de las reglas técnicas, SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. 200, p. 2.

⁴⁶⁷ Aspecto sobre el que existe bastante literatura en Chile, a propósito de la responsabilidad penal por imprudencia en el ámbito de la medicina. A modo de ejemplo: CURY, *Contribución*, óp. cit. n. 8, pp. 1647 y ss.; CAMPOS, Jaime, “La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia”, en LONDOÑO, Francisco; MALDONADO, Fernando, *Clásicos de la literatura penal en Chile. La revista de ciencias penales en el siglo XX: 1935-1995*, Valencia: Tirant lo Blanch (2018), pp. 1659-1686; VARGAS, óp. cit. n. 92, pp. 37 y ss.; VARGAS, óp. cit. n. 216, pp. 113 y ss.

⁴⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. 200, p. 2.

jurídico⁴⁶⁹. Todas estas categorías de reglas tienen en común que son el resultado de una previsión de posibles peligros basados en la *experiencia* y en el razonamiento dentro de un determinado ámbito de actividad⁴⁷⁰. Además, si bien muchos autores las tratan de modo diferenciado, se utilizan los mismos fundamentos respecto a su relevancia en la determinación del deber objetivo de cuidado.

Veremos brevemente en qué consiste cada una de ellas, para luego abordar su alcance al tema que nos importa.

3.3.2 Lex artis

Como señalamos, la complejidad de las actividades desarrolladas en ciertas profesiones el día de hoy, ha llevado a que se contemple por los propios profesionales o técnicos una determinada regulación de su actividad que complemente la regulación estatal⁴⁷¹, que se denomina *lex artis*⁴⁷². La *lex artis* ha sido definida como una serie de *reglas técnicas* aceptadas generalmente por la ciencia y la experiencia para casos similares, pero que se han de ajustar a las circunstancias del supuesto concreto al que han de aplicarse⁴⁷³. Así por ejemplo en el caso de la medicina, la *lex artis* indica cómo debe realizarse de manera correcta una determinada intervención quirúrgica, en un contexto normal o típico. También se ha señalado que las reglas del arte están constituidas por un conjunto de principios y reglas técnicas, vigentes al momento de actuar, que sirven de guía para establecer el deber de cuidado en cada caso, que “establecen exigencias medias, reglas para la conducta profesional media, según las circunstancias del caso concreto”⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 396.

⁴⁷⁰ CHOCLÁN, óp. cit. n. 207, p. 95.

⁴⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. n. 100, p. 2.

⁴⁷² BUSTOS, *DPPG*, óp. cit. n. 98, pp. 950-951.

⁴⁷³ JORGE-BARREIRO, óp. cit. n. 77, p. 622.

⁴⁷⁴ VARGAS, *La imprudencia médica*, óp. cit. 216, p. 113 y ss.

Los profesionales o en general las personas que desarrollan estas determinadas actividades están *obligadas* a conocer y aplicar estas normas en su desempeño profesional, aplicando el cuidado exigido en estas⁴⁷⁵.

La Corte Suprema se ha referido a la *lex artis* señalando que constituye un “parámetro de control de la conducta, que alude a la diligencia y cuidado mínimo que les es exigible que empleen en el ejercicio de las acciones que desarrollen en el ejercicio de su función. Se puede decir que es un código no escrito, en su mayor parte, consuetudinario y dictado por la experiencia, (...) que reviste gran flexibilidad ante situaciones de emergencia y ante nuevas problemáticas”⁴⁷⁶, citando también a Cury, quien señala que la *lex artis* “está constituida por el conjunto de principios y normas técnicas cuyo dominio es exigido a cuantos ejercen la actividad en razón de la cual se despliega la conducta creadora del peligro”⁴⁷⁷.

Uno de los principales problemas que se identifican en torno al uso de la *lex artis* para la determinación del cuidado exigido, es la dificultad para señalar con precisión el contenido de ésta, pues debido a su permanente evolución muchas veces no consta en documentos ni en guías formales establecidas por los Colegios profesionales⁴⁷⁸. Además, pueden existir casos específicos (por ejemplo, en el ámbito de la medicina) en que, por las circunstancias particulares del paciente, las herramientas disponibles o la urgencia de la situación, sea necesario orientar la conducta del profesional en directa infracción a lo que dicta la *lex artis*, para poder salvaguardar la vida de los pacientes⁴⁷⁹. De ahí que, en este respecto, la doctrina suela emplear el término “*lex artis ad-hoc*”⁴⁸⁰, que da a entender una cierta flexibilidad de estas normas, que cambian

⁴⁷⁵ BUSTOS, *DPPG*, óp. cit. n. 98, pp. 950-951.

⁴⁷⁶ Corte Suprema, 28 de enero de 2011, Rol N° 5849-09, que confirma criterio tribunal de instancia.

⁴⁷⁷ CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 337.

⁴⁷⁸ En ese sentido FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, pp. 308-309; Sin perjuicio de que existen en determinados ámbitos profesionales importantes guías dictadas por Asociaciones especializadas, por ejemplo, las guías de estándares de atención médica en la diabetes, dictadas por la *American Diabetes Association*, y así muchas respecto de distintas enfermedades.

⁴⁷⁹ En ese sentido, por ejemplo, ROMEO, óp. cit. n. 249, pp. 18 y ss.

⁴⁸⁰ Criterio desarrollado principalmente por la jurisprudencia española.

conforme a la situación⁴⁸¹ y al tiempo⁴⁸², cuestión que solo viene a reforzar todo lo antes señalado respecto de la determinación caso a caso del deber de cuidado.

En cuanto a su utilidad a la hora de determinar el deber de cuidado, la mayoría de la doctrina está conteste en que en general, al igual que ocurre con las normas extrapenales, las reglas del arte en estas actividades sirven para determinan el grado de cuidado que es necesario observar para evitar una lesión o puesta en peligro a los bienes jurídicos de la vida y la integridad física⁴⁸³. La *lex artis* determina los límites de los riesgos permitidos, por lo que la infracción de ésta supone un exceso de dichos riesgos socialmente tolerados, lo que en general va a determinar entonces una infracción del deber de cuidado⁴⁸⁴. Sin embargo, esta infracción tiene un sentido meramente indiciario, pues la doctrina insiste en que una infracción así debe ser considerada como un *error técnico*⁴⁸⁵, que no necesariamente es suficiente para determinar que una persona ha infringido su deber de cuidado en la situación en particular, puesto que la infracción puede no ser lo suficientemente grave, o como señalamos recién, puede ser la infracción de una disposición que no corresponde aplicar conforme a la *lex artis ad-hoc*⁴⁸⁶. Así, señala que el error técnico o profesional no implica un “juicio de naturaleza jurídica, sino que se trata de una comprobación simplemente del punto de vista técnico” y “no tiene otro valor que el de constituir un indicio (siempre que venga acompañado de un resultado material), que nos lleva a la comprobación subsiguiente de si se produjo la infracción del cuidado objetivamente debido”⁴⁸⁷

A contrario sensu en todo caso, si a pesar de la observancia de las reglas y principios desarrollados por las *leges artis* se produce un daño en la vida o integridad física, el resultado se encuentra dentro del riesgo permitido y por consiguiente no puede ser imputado

⁴⁸¹ VARGAS, *La imprudencia médica*, óp. cit. 216, p. 113 y ss.

⁴⁸² CURY, *Contribución*, óp. cit. n. 8, p. 1656, pone como ejemplo “los de Jenner, Pasteur o Freud, en los que la medicina experimentó enormes progresos gracias a que el médico asumió el riesgo de obrar en una forma distinta a la que prescribía la *lex artis* elaborada con arreglo al estado de la ciencia en el momento precedente a su intervención”.

⁴⁸³ MONTEALEGRE, Eduardo, “La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XIV, N° 2/3 (1987), p. 293.

⁴⁸⁴ VARGAS, *Responsabilidad penal*, óp. cit. 92, p. 113 y ss. En contra FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 308, según quién estos estándares técnicos no equivalen al riesgo permitido, pues no obedecen a una valoración colectiva sino sólo a una valoración de los que crean, utilizan o se benefician con ese riesgo.

⁴⁸⁵ ROMEO, óp. cit. n. 249, pp. 18 y ss.

⁴⁸⁶ MONTEALEGRE, óp. cit. n. 481, p. 295; VARGAS, óp. cit. n. 45, p. 4.

⁴⁸⁷ ROMEO, óp. cit. n. 249, pp. 18 y ss.

culposamente, conforme al mismo planteamiento que hemos venido enarbolando respecto de las reglas extrajurídicas y los actos administrativos⁴⁸⁸. Así, en principio quien observe la *lex artis* habrá obrado cuidadosamente, y quien la desoiga, de manera culposa⁴⁸⁹.

3.3.3 Normas Técnicas

Junto con la *lex artis*, un segundo gran grupo de normas extrajurídicas lo componen las denominadas “reglas técnicas”, “estándares técnicos”⁴⁹⁰ o “normas del tráfico”⁴⁹¹, en particular aquellos cuerpos normativos desarrollados por asociaciones privadas respecto de aspectos mayoritariamente técnicos, que son producto de un fenómeno jurídico conocido como la “normalización” del Derecho.

En el mundo, existen instituciones privadas que se encargan de fabricar y publicar documentos convencionales de aplicación voluntaria que tienen por objeto la tipificación, unificación y especificación de los sistemas, procesos, equipos y productos industriales a fin de racionalizar el mercado productivo⁴⁹². Las normas técnicas emanadas de estos procesos contienen, para determinadas actividades típicas o usuales, “reglas, criterios o características para las actividades o sus resultados y procuran la obtención de un nivel óptimo de ordenamiento en un contexto determinado.”⁴⁹³ Así, en Alemania se suele citar el rol de las normas DIN (*Deutsche Industrie-Normen*)⁴⁹⁴, homologables a lo que ocurre en nuestro país con las normas dictadas por el Instituto Nacional de Normalización (en adelante “INN”), institución de derecho privado encargada de desarrollar y administrar procesos de normalización técnica en Chile⁴⁹⁵, y que nos representa ante la Organización Internacional de Estandarización (ISO por sus siglas en inglés).

⁴⁸⁸ MONTEALEGRE, *óp. cit.* n. 481, p. 293.

⁴⁸⁹ CURY, *Contribución*, *óp. cit.* n. 8, pp. 1655-1656.

⁴⁹⁰ FEIJOO, *Resultado lesivo*, *óp. cit.* n. 53, p. 308.

⁴⁹¹ ROXIN, *óp. cit.* n. 9, p. 1003.

⁴⁹² Según el Instituto Nacional de Normalización, disponible en línea: <https://www.inn.cl/quienes-somos> [revisado el 10-10-2019].

⁴⁹³ CORDERO, *óp. cit.* n. 422, pp. 162.

⁴⁹⁴ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *óp. cit.* n. 54, p. 470; FRISCH, *Problemas fundamentales*, *óp. cit.* n. 332, p. 104.

⁴⁹⁵ CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, *óp. cit.* n. 21, p. 397.

Así, simplemente a modo de ejemplo, el INN ha dictado importantes normas que pueden servir para la determinación del deber de cuidado en actividades como la construcción, seguridad en el trabajo minero, instalaciones eléctricas, productos químicos, etc. Para ilustrar su importancia en el tema que nos importa, nuestros tribunales han reconocido el valor de las pautas contenidas en la Norma Chilena sobre el diseño sísmico de edificios (NchOf.433-96); que fue determinante para la imputación de responsabilidad penal del ingeniero a cargo del diseño estructural del Edificio Alto Río en Concepción, condenado por homicidio y lesiones culposas⁴⁹⁶ tras el terremoto de 2010.

Desde el derecho administrativo, se ha señalado que estas normas técnicas “han concentrado la regulación de los aspectos materiales y la fijación de estándares, que es en último término la determinación de lo tolerado [riesgo permitido] y lo rechazado, pues conocen la realidad material de los muy diversos y complejos sectores a los que las normas jurídicas sólo alcanzan a contemplar o eludir genéricamente”⁴⁹⁷. En materia penal por su parte, se señala que es evidente que “la principal función de las reglas técnicas consiste en formular exigencias de cuidado en el desencadenamiento y dirección de procesos técnicos”⁴⁹⁸

Uno de los principales problemas detectados respecto de las normas técnicas, es que al ser dictadas por organismos que no poseen *competencia normativa* para dictar disposiciones con carácter vinculante, no suponen en principio una valoración de lo que está socialmente permitido, es decir, no cabe inferir de su cumplimiento la generación de riesgos tolerados ni de su infracción la creación de riesgos no permitidos⁴⁹⁹.

Ahora, si bien las reglas técnicas son a priori de aplicación voluntaria, los Estados pueden otorgarles un carácter vinculante mediante su incorporación al ordenamiento jurídico, a través de normas jurídicas o actos administrativos. Así, nuestra Contraloría General de la República “ha reconocido el carácter vinculante de las normas oficiales chilenas cuando éstas

⁴⁹⁶ Tribunal de Juicio oral en lo Penal de Concepción, 10 de diciembre de 2013, RUC N° 1000227267-4, confirmada por la Corte Suprema, 4 de abril de 2014, Rol N° 185-14. Sobre un comentario de la sentencia VARELA, Luis, “Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Concepción”, *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLI (2015), pp. 357 y ss.

⁴⁹⁷ CORDERO, óp. cit. n. 422, pp. 162-163

⁴⁹⁸ SCHÜNEMANN, *Reglas de la técnica*, óp. cit. n. 370, p. 316.

⁴⁹⁹ En ese sentido FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 54, p. 308 y ss.; CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 21, p. 399; FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, p. 120.

han sido declaradas mediante decreto supremo publicado en el Diario Oficial⁵⁰⁰, el principal mecanismo para darle fuerza vinculante a estas normas dispuestas por un ente privado.

Ahora bien, se distinguen tres distintas técnicas por medio del cuál se dota de fuerza vinculante a las normas técnicas: mediante la incorporación directa de su contenido en una norma extrapenal (reproducción textual del contenido) o mediante remisiones estáticas (como sucede por ejemplo en la remisión que hace el artículo segundo del Reglamento sobre Transporte de cargas peligrosas por calles y caminos DS. N° 298/94 del MTT); a través de remisiones dinámicas (en que la disposición legal no se remite a una norma técnica en particular, sino a la regla que esté vigente a la época en que la ley deba ser aplicada, como ocurre en lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones); o a través de la dictación de un acto administrativo que *oficializa* la Norma Chilena, adquiriendo fuerza obligatoria⁵⁰¹. En estos supuestos en que existe un reconocimiento jurídico explícito, dejan de ser, a mi juicio, normas extrajurídicas propiamente tal, pasando a regirse conforme a los alcances señalados en Supra 3.1.2.

En caso negativo, se discute su relevancia en torno a la determinación del deber de cuidado en cada caso.

3.3.4 Alcances

La doctrina mayoritaria señala que la infracción de las normas extrajurídicas no es más que un indicio de la infracción del deber de cuidado que fundamenta la imputación a título culposo⁵⁰². Así Jakobs, que destacaba la contrariedad a cuidado en los casos de infracción de normas extrapenales, señala que lo prohibido por estas otras normas no es más que indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo, “pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es experiencia acendrada, pero, al contrario que la ley, no contiene valoración vinculante alguna”⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Contraloría General de la República, Dictamen N° 26.430/2013.

⁵⁰¹ En detalle CONTRERAS, *Reglas extrajurídicas*, óp. cit. n. 399-404.

⁵⁰² ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1003, con referencias; FERNÁNDEZ, óp. cit. n. 50, p. 112.

⁵⁰³ JAKOBS, *DPPG*, óp. cit. n. 80, p. 249.

En ese sentido, se le suele reconocer un valor distinto al que señalamos respecto de los reglamentos, pues dichas normas tendrían más valor en caso de conflicto ya que surgen de la autoridad⁵⁰⁴. Roxin señala que no es posible atribuir a estos preceptos la misma trascendencia que a las regulaciones establecidas estatalmente, pues la delimitación del riesgo permitido no cumple con los requisitos de objetividad ni autoridad que las normas extrapenales sí⁵⁰⁵. Les faltaría a estas disposiciones entonces, por regla general, un carácter normativo⁵⁰⁶ (a menos que hayan sido incorporadas al ordenamiento objetivo por medio de alguna de las fórmulas previamente señaladas) que legitime las restricciones a la libertad a través de pautas de conducta.

En cuanto a su aplicación como fundamento de la imputación de un delito culposo de resultado, se destacan como límites el hecho de que las normas técnicas suelen quedar rápidamente obsoletas y ser superadas por el vertiginoso desarrollo de la técnica⁵⁰⁷; que existen exigencias técnicas que “exageran los requisitos de equipamiento en determinados productos en interés económico del productor”⁵⁰⁸ y por tanto no deben ser generalmente exigidos; y también existen infracciones que no revisten una gravedad suficiente como para fundar la responsabilidad penal.

Ahora bien, también hay quienes homologan el valor jurídico de las normas extrapenales y extrajurídicas, como determinantes del deber de cuidado exigido en cada caso. En ese sentido Gil, señala que estas normas deben ser consideradas como la plasmación de una ponderación de intereses válida, pues, aunque no hayan sido dictadas por el Estado, son el juicio de los expertos y “en la medida en que el legislador asume la realización de la actividad como correcta [es decir, no la prohíbe y por tanto debemos considerarla como permitida] asume igualmente como suya la ponderación realizada por los expertos”⁵⁰⁹.

Lo que parece ser el elemento determinante para evaluar si la norma extrajurídica es válida para limitar el comportamiento de las personas vinculadas a la actividad, es si la regla

⁵⁰⁴ BUSTOS, *DPPG*, óp. cit. n. 98, pp. 950-951.

⁵⁰⁵ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1003.

⁵⁰⁶ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, p. 118.

⁵⁰⁷ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1003; SCHÜNEMANN, *Reglas de la técnica*, óp. cit. n. 370, p. 331.

⁵⁰⁸ SCHÜNEMANN, *Reglas de la técnica*, óp. cit. n. 370, p. 331.

⁵⁰⁹ GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. 59, p. 274.

extrajurídica representa o no una ponderación adecuada de intereses (y que ésta no se encuentre obsoleta), pero en la gran e inmensa mayoría de los casos existiría una cierta “presunción de adecuación de las normas extrajurídicas”⁵¹⁰. En ese sentido Contreras, entiende que las normas extrajurídicas cumplen el mismo rol que las normas extrapenales en la determinación de la infracción del deber de cuidado: su infracción significa generalmente la creación de un riesgo no tolerado y por tanto punible; mientras que su respeto importa que las personas se habrán comportado conforme con lo que el Derecho legítimamente puede exigir⁵¹¹.

3.3.5 Recapitulación

Recapitulando hasta esta parte, en aquellos casos en que existen pautas de conducta que determinen previamente (*ex ante*) qué conductas superan o no los riesgos permitidos, como en las normas extrapenales, actos administrativos y normas extrajurídicas, la labor del juez a la hora de determinar si se ha infringido o no el deber de cuidado se facilita considerablemente, puesto que, en la gran mayoría de los casos con conductas reguladas, la infracción de estas reglas generales de cuidado determinan (o son al menos un poderoso indicio probatorio) de que existe una infracción del deber de cuidado, elemento fundamental del tipo penal culposo.

Al contrario, conforme al principio de unidad del Derecho y bajo el entendimiento de que el derecho penal constituye una función secundaria ante el orden normativo primario (que determina cuáles conductas son o no toleradas en sociedad), un comportamiento que produce un resultado lesivo pero que se haya ajustado a las distintas normas que rigen la actividad emprendida, no infringe ya el deber objetivo de cuidado.

Sin embargo, aun quedan casos atípicos o derechamente no regulados, en que el juez no encontrará una respuesta directa en las disposiciones reglamentarias, debiendo recurrir a distintos principios jurídicos que operan como criterios para la delimitación del deber de cuidado. Uno de los más importantes y que ha merecido particular estudio por parte de la dogmática del delito imprudente es el denominado principio de confianza, que a diferencia de los reglamentos generales que permiten entender cuándo existe una infracción del deber de

⁵¹⁰ Con amplio desarrollo en CONTRERAS, *Reglas técnicas*, óp. cit. n. 21, pp. 413 y ss.

⁵¹¹ FRISCH, *Comportamiento punible*, óp. cit. n. 122, pp. 119 y ss.

cuidado; permite negar el incremento de un peligro desaprobado y por consiguiente la tipicidad de dicha conducta⁵¹². También, quedarán casos resueltos por otros principios generales del Derecho, como recurrir a la ponderación de intereses y a una figura modelo.

⁵¹² ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1004.

3.4 Principio de Confianza

Los contactos sociales y la convivencia diaria requieren que el ordenamiento jurídico nos entregue garantías de que las personas se comportarán dentro de un margen de acciones toleradas, es decir, que sepamos lo que se puede esperar de los otros en una situación, al menos a nivel muy general. De lo contrario, sería muy difícil poder moverse y dirigirse por la vida en un permanente estado de alerta ante las posibles acciones discrecionales que puedan realizar nuestros pares, en que “cada contacto social supondría un riesgo incalculable”⁵¹³.

En ese sentido, la *confianza* ha sido generalmente caracterizada como un elemento esencial en cualquier esfera o movimiento de relevancia social, incluido evidentemente el ordenamiento jurídico (con una trascendencia que va desde el Derecho civil y mercantil a otras ramas de del ordenamiento, particularmente el Derecho penal)⁵¹⁴. Así, se dice que la confianza es la única alternativa al caos y a la angustia paralizante, y su ausencia en sociedad implicaría un estado permanente de inmovilidad en la totalidad de las actividades que desarrollamos a diario⁵¹⁵. Es cosa de imaginarnos (y hoy no requiere mucha imaginación), cómo podríamos salir de nuestras casas a manifestarnos sin la *confianza* de que no seremos asesinados o secuestrados por un miembro de las fuerzas armadas, simplemente por su mera discrecionalidad o capricho. O, ya aterrizándolo a situaciones más comunes en el ámbito del delito culposo, cómo podríamos salir y viajar por una autopista sin la *confianza* de que el resto de los automovilistas se comportarán conforme a lo dispuesto en la Ley de Tránsito.

De ahí que, la doctrina alemana, a partir de la jurisprudencia de ese país en casos de responsabilidad penal en el tráfico vehicular⁵¹⁶, ha venido desarrollando la existencia de un principio general, conforme al cual las personas pueden *confiar* que los otros obrarán cuidadosamente, de no existir indicios que indiquen lo contrario. Este principio tiene especial relevancia en el tipo culposo, pues de aplicarse correctamente, desaparece el deber de prever los

⁵¹³ FEIJOO, Bernardo, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXI, N° 69 (2000), p. 41.

⁵¹⁴ *Ibid.*, pp. 39 y ss.

⁵¹⁵ PIÑA, Juan Ignacio, *Rol social e imputación objetiva. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2005, p. 376.

⁵¹⁶ CERZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, Tomo II, Madrid: Tecnos, 2005, p. 170; CURY, *Contribución*, óp. cit. n. 8, pp. 1656.

resultados que concurren por la infracción de cuidado de otro; tanto en el ámbito del tráfico vehicular, como en actividades en que es determinante la confianza en el otro por la división de trabajos.

Sin el principio de confianza, dice Garrido Montt, “no podría un peatón transitar tranquilamente por la vereda, pues debería estar atento para evitar ser atropellado por un vehículo que por mala maniobra se sale de la calzada, o que su cabeza sea golpeada por el macetero de un balcón que descuidadamente riega su dueño”⁵¹⁷.

3.4.1 Concepto

Como bien señala Stratenwerth, respecto de los cursos causales regidos por leyes naturales, aplica la regla de que tiene que ser evitado todo riesgo que sea previsible y que no esté permitido conforme a las reglas ya sea jurídicas como extrajurídicas. Sin embargo, respecto de la potencial conducta errónea y riesgosa de terceras personas, “la doctrina se inclina por la regla opuesta, a saber: que ella, en general, no tiene por qué ser tenida en cuenta”⁵¹⁸.

De ahí entonces, que el principio de confianza señala que quien se comporta adecuadamente o conforme con el ordenamiento, puede confiar en que los otros también lo harán, siempre que no existan razones o circunstancias especiales que hagan pensar lo contrario⁵¹⁹. En ese sentido, no se hace necesario que las personas se organicen previniendo que los demás se comportarán antirreglamentaria e irrazonablemente, salvo en aquellos casos en que se pierde la base de la confianza en la conducta correcta de los demás⁵²⁰. De ese modo, si mediante un comportamiento adecuado se producen resultados lesivos debido al comportamiento *antijurídico* de otro, no se debe soportar la responsabilidad jurídico penal por tales resultados⁵²¹.

⁵¹⁷ GARRIDO MONTT, *óp. cit.* n. 6, p. 218.

⁵¹⁸ STRATENWERTH, *óp. cit.* n. 51, pp. 436.

⁵¹⁹ ROXIN, *óp. cit.* n. 9, p. 1004; WELZEL, *Nuevo sistema*, *óp. cit.* n. 230, p. 72; CORCOY, *óp. cit.* n. 9, p. 327; FEIJÓO, *Principio de confianza*, *óp. cit.* n. 512, p. 46; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, *óp. cit.* n. 392, p. 25, entre otros.

⁵²⁰ FRISCH, *Comportamiento típico*, *óp. cit.* n. 122, p. 207.

⁵²¹ FEIJÓO, *Principio de confianza*, *óp. cit.* n. 512, p. 46.

No es posible exigir que las personas tomen medidas de precaución respecto de absolutamente todas las posibles infracciones del deber de cuidado por parte de otros, “sino que se puede esperar y organizarse contando con que los otros intervinientes respetan el cuidado requerido en el tráfico y que no lo ponen en peligro de un modo contrario al deber”⁵²².

El principio de confianza parte siempre de un presupuesto fundamental (o límite si se quiere), que es que el sujeto debe haberse comportado conforme al cuidado exigido en ese ámbito de actividad⁵²³ y tiene como límite de aplicación la existencia de ciertos indicios o circunstancias especiales que alteran el nivel de confianza en el otro.

Por ejemplo, un conductor puede confiar en que las demás personas que se movilizan por la ciudad (otros conductores y los peatones), lo harán orientando su conducta conforme al deber de cuidado (en la mayor parte de los casos, conforme a la Ley de tránsito), mientras no existan antecedentes que permitan suponer lo contrario⁵²⁴, como que haya una marcha ciudadana convocada en virtud de la cuál se espera que los peatones ocupen la calzada por la cuál transita el vehículo; o que el conductor se percate anticipadamente que hay un peatón atravesando la calzada por un paso no habilitado. En ambos casos, si el conductor del vehículo atropella a peatones, no estará amparado por el principio de confianza, pues pudo o debió poder advertir que los terceros no se comportaban adecuadamente.

Como adelantábamos, el principio de confianza desempeña un papel muy importante en la limitación y por tanto determinación del deber objetivo de cuidado⁵²⁵, pues de producirse un resultado lesivo, se entiende que no obra descuidadamente “por el hecho de no prever conductas imprudentes de esos terceros”⁵²⁶. Así, quien produce un resultado lesivo confiando en que el resto de los participantes de la actividad se iba a comportar correctamente (con ciertos límites

⁵²² WESSELS/BEULKE/SATZGER, *óp. cit.* n. 54, p. 469.

⁵²³ Aunque se ha dicho que en realidad este es un límite innecesario a la aplicación de este principio, además de contradictorio, CONTRERAS, *Productos defectuosos*, *óp. cit.* n. 392, p. 31. Opinión que compartimos. En el mismo sentido FEIJOO, *Principio de confianza*, *óp. cit.* n. 512, pp. 57-58.

⁵²⁴ CEREZO, *DPPG*, *óp. cit.* n. 515, p. 171.

⁵²⁵ HILGENDORG/VALERIUS, *óp. cit.* n. 351, p. 298; CEREZO, *DPPG*, *óp. cit.* n. 515, p. 171; JESCHECK/WEIGEND, *óp. cit.* n. 69, p. 626.

⁵²⁶ CURY, *Contribución*, *óp. cit.* n. 8, pp. 1656-1657.

que revisaremos), no infringe ya el deber de cuidado, pues no era exigible que previera los resultados producidos.

El principio de confianza es generalmente considerado como una aplicación específica del riesgo permitido en la interacción con terceros⁵²⁷. En ese sentido, Mañalich señala que quien se “mantiene dentro del margen del riesgo permitido puede confiar, en tanto no haya razón especial para asumir lo contrario, en que los demás intervinientes también observarán sus respectivas exigencias de cuidado”⁵²⁸. En el mismo sentido Jakobs, al señalar que este principio tiene el mismo contenido que el riesgo permitido, pero enfocado en la actuación de terceros. Así, dice que se debe tolerar este margen de error sobre la actuación de terceros, porque no es posible exigir control absoluto sobre la posibilidad de riesgo de los demás⁵²⁹.

3.4.2 Ámbitos de aplicación

El principio de confianza es de aplicación general, y por tanto no debe ser restringido a priori por el ámbito social de que se trate. Sin embargo, en la práctica ha desempeñado un papel especialmente relevante en determinados ámbitos sociales, en que los posibles resultados lesivos asumidos por nuestro ordenamiento no dependen únicamente de la persona que los realiza, sino que de otros participantes en ese ámbito social o en esa actividad determinada⁵³⁰.

Dentro de estos, los más relevantes y por tanto los más estudiados en la dogmática penal del delito imprudente, son por un lado aquellas donde existen constantes contactos anónimos con terceros, como en el tráfico vehicular⁵³¹; ampliándose también a aquellas actividades peligrosas desarrolladas por equipos con división de trabajo, especialmente a propósito de la actividad médica, la construcción de edificios, fabricación de productos, y el medio ambiente (o en general actividades desarrolladas en el ámbito empresarial); donde también juega un rol el denominado principio de división de trabajo⁵³². Hay otros casos, donde la conducta de una

⁵²⁷ REYES, *Falta de cuidado y riesgo permitido*, óp. cit. n. 82, pp. 185-187.

⁵²⁸ MAÑALICH, Juan Pablo, “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 3 (2013), p. 265.

⁵²⁹ JAKOBS, *Estudios*, óp. cit. n. 313, p. 219.

⁵³⁰ FEIJÓO, *Principio de confianza*, óp. cit. n. 512, p. 47.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 51.

⁵³² ROSAS, óp. cit. n. 68, p. 7; ROMEO, óp. cit. n. 279, pp. 18-19.

persona puede favorecer la comisión de un delito doloso. En estos casos, corresponde aplicar el principio de confianza mientras el sujeto no conozca ni le sea posible conocer la inclinación del autor a la comisión del delito⁵³³, como por ejemplo quien vende un arma o productos que pueden ser utilizados como veneno, si no conocía ni podía conocer la inclinación del comprador a la comisión de un delito⁵³⁴.

a) Tránsito (o en general actividades con frecuentes contactos anónimos)

El principio de confianza, debido a sus orígenes, es especialmente relevante en el tráfico vehicular⁵³⁵, que se traduce en que cada participante del tránsito puede confiar en que el resto de las personas que participan en él, como peatones, ciclistas y otros conductores (hoy también quienes conducen *scooters* eléctricos; y por qué no, también los vehículos autónomos), lo harán conforme al deber de cuidado⁵³⁶. Así, por ejemplo, en circunstancias normales, un conductor que se comporta cuidadosamente no tiene por qué contar con que no le será respetada la prioridad de paso en un cruce con semáforo en verde, y por ello, no tendría por qué conducir más lento de lo normal al aproximarse a éste. Si el otro conductor que debía respetar la luz roja no se detiene y produce un accidente, el posible resultado lesivo sólo puede ser imputado a este último.

Así, en el tráfico rodado el principio de confianza opera como una pauta que delimita los deberes de cuidado, pues no se deben tomar en consideración las posibles conductas imprudentes de los otros a la hora de determinar el deber objetivo de cuidado en el caso concreto⁵³⁷. De producirse una lesión a la vida o la integridad física del otro, se debe rechazar la responsabilidad a título culposo, por ausencia del tipo.

⁵³³ JORGE-BARRERIRO, óp. cit. n. 77, p. 625.

⁵³⁴ En realidad, esto se parece mucho a los casos abordados por la denominada prohibición de regreso.

⁵³⁵ HILGENDORG/VALERIUS, óp. cit. n. 351, p. 298

⁵³⁶ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, óp. cit. n. 392, p. 25.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 27.

b) Trabajo en equipo

En diversas actividades deben existir varias personas que intervienen conjunta o sucesivamente, colaborando para conseguir un objetivo común⁵³⁸. Así, por ejemplo, para la realización de una intervención quirúrgica se reúnen distintos profesionales del área de la salud, como el médico cirujano, el anestesista, enfermeros y el equipo auxiliar; o para la construcción de un edificio, en que colaboran profesionales de distintas áreas, como arquitectos y calculistas, junto con trabajadores. Aquí, la división de trabajo opera para permitir que cada uno de los miembros del equipo se dedique exclusivamente a la operación respecto del cual está mejor capacitado, sin tener que estar atento o cuestionar el trabajo realizado por los otros miembros del equipo⁵³⁹. En ese sentido, el principio de confianza va a posibilitar la división del trabajo mediante un reparto de las responsabilidades entre las distintas personas que interactúan⁵⁴⁰.

En el contexto de estas actividades con una distribución de la competencia individual por diferentes clases de riesgo, “cada sujeto ha de poder confiar, en principio, en que los demás intervinientes ajustarán su actuación a los estándares de cuidado que a cada uno incumben en el desempeño de su función específica”.⁵⁴¹ Así, el médico se dedicará a operar el cuerpo de un paciente, confiando en que el anestesista ha realizado su labor de acuerdo a la *lex artis*, y que los asistentes del pabellón han esterilizado los insumos médicos que va a utilizar. En ese sentido, el principio de confianza se ha consolidado como un criterio eficiente a la hora de determinar el deber de cuidado en conductas en que confluye el obrar de distintas personas⁵⁴².

El principio de confianza como ya se puede evidenciar, tiene una especial significación para la medicina, por la responsabilidad penal que pueda haber a quienes intervienen en determinados procedimientos quirúrgicos⁵⁴³. Conforme a este, cada integrante de un equipo médico puede confiar en que los restantes miembros realizarán sus respectivas actividades

⁵³⁸ ROSAS, óp. cit. n. 68, p. 7.

⁵³⁹ Ídem.

⁵⁴⁰ JAKOBS, *Estudios*, óp. cit. n. 313, p. 219.

⁵⁴¹ MAÑALICH, *Condiciones generales*, óp. cit. n. 527, p. 265.

⁵⁴² HILGENDORG/VALERIUS, óp. cit. n. 351, p. 298; ZAFFARONI, óp. cit. n. 242, pp. 402-404.

⁵⁴³ CURY, *Contribución*, óp. cit. n. 8, pp. 1656-1657; JORGE-BARRERIRO, óp. cit. n. 77, pp. 624-625.

conforme a la división de trabajo, con el cuidado exigido, a menos que concurren indicios en sentido contrario⁵⁴⁴.

Sin embargo, el principio de confianza en ámbitos de división del trabajo tiene una especial limitación, en casos en que el interviniente tenga un deber especial de supervisión sobre la conducta del resto del equipo⁵⁴⁵, como sucedió por ejemplo en el caso ADN Nutricorp, donde se comercializó un suplemento alimenticio mal elaborado que produjo la muerte de varios consumidores, en que se alegó por un par de imputados su falta de responsabilidad por concurrir el principio de confianza. Sin embargo, dicho argumento fue descartado por nuestros tribunales de justicia, pues los imputados eran las personas que estaban, precisamente, encargadas de la supervisión de la calidad del producto⁵⁴⁶.

Sobre esto mismo, es importante hacer la distinción entre la división horizontal y vertical del trabajo. La división horizontal supone una actuación conjunta de personas jerárquicamente independientes y que no poseen facultades para darse instrucciones y órdenes entre sí⁵⁴⁷. Así, por ejemplo, en la actividad médica la relación que existe entre el doctor y el anestesista; o en el ámbito de la construcción la relación que existe entre distintos jefes, como el de diseño y el de cálculo estructural. En estos casos, la división de trabajo posibilita que cada uno de los sujetos intervenga en su área de especialización, ofreciendo mejores garantías de que la labor se desarrollará de manera óptima⁵⁴⁸.

Por otro lado, la división vertical supone un vínculo de subordinación entre las personas, en que una (o varias) de ellas tienen el deber o el poder de dar instrucciones a las demás⁵⁴⁹, como el caso del médico respecto de los enfermeros o auxiliares. En este último caso, el superior jerárquico asume una serie de deberes adicionales, como el de supervigilar la conducta del otro, que disminuyen considerablemente la posibilidad de alegar una falta de responsabilidad penal

⁵⁴⁴ CONTRERAS, Lautaro, “El principio de confianza como criterio delimitador de la responsabilidad penal de los médicos”, *Acta Bioethica*, 25, 1 (2019), p. 36 y ss.; JORGE-BARRERIRO, óp. cit. n. 77, pp. 624-625.

⁵⁴⁵ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1006.

⁵⁴⁶ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, 24 de agosto de 2012, RUC N° 0800102576-8, considerando décimo cuarto (IV); criterio confirmado por Corte Suprema, 27 de diciembre de 2012, Rol N° 6831-2012, considerando vigésimo tercero.

⁵⁴⁷ FEIJOO, *Principio de confianza*, óp. cit. n. 512, pp. 54 y ss.

⁵⁴⁸ Ídem.

⁵⁴⁹ CONTRERAS, *Principio de confianza*, óp. cit. n. 541, p. 37; JORGE-BARRERIRO, óp. cit. n. 77, p. 625.

por culpa ante un resultado típico⁵⁵⁰. Aunque en realidad, el incumplimiento de estos deberes especiales supone ya una infracción al deber objetivo de cuidado, por lo que naturalmente no satisface el presupuesto básico para hacer valer el principio de confianza⁵⁵¹.

Evidentemente, el principio de confianza en actividades conjuntas operará en su máxima intensidad en el caso de la división de trabajo horizontal⁵⁵². A su vez, para la determinación de estos distintos deberes y ámbitos de responsabilidad será relevante la organización interna que se den los respectivos equipos (como los protocolos del Hospital en el caso de la medicina; o los contratos de trabajo y/o los reglamentos internos de orden, higiene y seguridad, en trabajos de construcción); y otros reglamentos estatales o extrajurídicos que puedan regular la materia⁵⁵³.

3.4.3 Límites del principio de confianza

Como señalamos, el principio de confianza como criterio útil para la determinación del deber de cuidado no tiene una aplicación ilimitada⁵⁵⁴, pues evidentemente no es posible ni razonable confiar en la conducta de los otros en todo caso⁵⁵⁵. En ese sentido, el principio de confianza puede *disminuir* las exigencias de cuidado, pero en ningún caso *eliminarlas* por completo, pues el sujeto siempre debe estar atento (y por tanto obrar siempre cuidadosamente) a la situación para observar posibles indicios de una conducta antijurídica de los otros⁵⁵⁶.

Algunos autores han planteado, que, al tratarse de un principio general, se debe mantener en todo momento la confianza en el ámbito de lo normativo: “no se *puede* seguir confiando cuando no se *debe* seguir confiando”⁵⁵⁷. Así, los límites al principio de cuidado son situaciones que se encuentran fuera del ámbito normal de la vida en sociedad, se trata de situaciones en las que el sujeto sabe o debería haber percibido la existencia de indicios que permiten suponer que la conducta del otro infringe o va a infringir su respectivo deber de cuidado.

⁵⁵⁰ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, óp. cit. n. 392, p. 51.

⁵⁵¹ CEREZO MIR, *DPPF*, óp. cit. n. 515, pp. 172.

⁵⁵² JORGE-BARRERIRO, óp. cit. n. 77, p. 625.

⁵⁵³ CONTRERAS, *Principio de confianza*, óp. cit. n. 541, p. 38.

⁵⁵⁴ FEIJOO, *Principio de confianza*, óp. cit. n. 512, p. 57 y ss.

⁵⁵⁵ JAKOBS, *Estudios*, óp. cit. n. 313, p. 219.

⁵⁵⁶ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, óp. cit. n. 392, p. 29.

⁵⁵⁷ PIÑA, óp. cit. n. 514, p. 383.

Algunos autores abordan estos límites como supuestos “deberes de cuidado secundarios”, en que existen indicios de comportamientos incorrectos en que no se puede seguir confiando⁵⁵⁸ en los otros, puesto que se exige al participante en la actividad un cuidado adicional secundario respecto al comportamiento de los otros.

En definitiva, dentro de los límites generalmente abordados por la doctrina penal, encontramos:

a) Conductas contrarias a cuidado perceptibles o situaciones evidentes de falta de aptitud para participar en la actividad de riesgo.

La doctrina está de acuerdo en que un importante límite para la aplicación del principio de confianza rige cuando existen antecedentes que hacen evidente la contrariedad a cuidado del comportamiento ajeno⁵⁵⁹ o derechamente el tercero ya inició una actividad imprudente y esto es perceptible por la persona⁵⁶⁰, como cuando se ve a la distancia una persona cruzando irresponsablemente una autopista urbana; o el capataz en una obra si se limita a observar a sus empleados desarrollar una actividad riesgosa. En ese sentido, cada vez que existan motivos objetivos, concretos y concluyentes para sospechar del comportamiento contrario a deber de otra persona, debe decaer el principio de confianza⁵⁶¹. No basta una mera intuición de que la conducta del otro será inadecuada, si no que debe ser evidenciarse como actual o inminente.

Tampoco es aplicable el principio de confianza en situaciones en que existen indicios evidentes de que los otros intervinientes no se encuentran en una situación apta para comportarse conforme al deber de cuidado⁵⁶², o que es inhábil para autodeterminarse en forma satisfactoria⁵⁶³, como cuando es notorio el estado de ebriedad de un peatón que se tambalea caminando por la vereda o cuando un cirujano puede percibir el estado de cansancio de uno de los miembros de su equipo. También cuando se trata de personas en alguna situación perceptible

⁵⁵⁸ En ese sentido VARGAS, *Responsabilidad penal*, óp. cit. n. 92, p. 48; ROSAS, óp. cit. n. 68, p. 8.

⁵⁵⁹ HILGENDORG/VALERIUS, óp. cit. n. 351, p. 298.

⁵⁶⁰ CURY, *Contribución*, óp. cit. n. 8, pp. 1656

⁵⁶¹ FEIJOO, *Principio de confianza*, óp. cit. n. 512, p. 60.

⁵⁶² STRATENWERTH, óp. cit. n. 51, pp. 436-437.

⁵⁶³ CURY, *Contribución*, óp. cit. n. 8, pp. 1656-1657.

de discapacidad, como ancianos; o cuando se trata de niños⁵⁶⁴ o personas poco experimentadas en la actividad riesgosa, como cuando se trabaja con un médico principiante respecto del cual no es posible confiar al cien por ciento (en ese caso, mientras menor sea la preparación real y la experiencia de las otras personas, menor será el alcance del principio de confianza).

b) Conductas contrarias a deber que tiene lugar con frecuencia

Tampoco es posible aceptar la vigencia del principio de confianza en casos que la infracción del deber de cuidado se cometa con tanta frecuencia, que se debe contar razonablemente con su ocurrencia⁵⁶⁵. En este caso, se trata prácticamente de una inversión del principio de confianza (a uno de desconfianza), debido a la alta probabilidad de ocurrencia basada en la experiencia de que se puede producir un resultado lesivo.

Sobre este punto existe discusión, pues varios autores son contrarios a la idea de que los meros motivos estadísticos o el saber que en esos casos los otros suelen comportarse de manera incorrecta sirvan como base para la excepción del principio de confianza⁵⁶⁶. Esto debido a que el principio de confianza es una expectativa fundada normativamente, y no empíricamente⁵⁶⁷. Sin embargo, se abre la posibilidad a este tipo de situaciones cuando estas conductas frecuentes también puedan ser cometidas por una persona juiciosa y prudente⁵⁶⁸, como, por ejemplo, cuando se trata del seguimiento de normas de muy fresca data, como cuando se modificó el límite de velocidad permitida de 60 a 50 kilómetros por hora en el área urbana de Chile. Lo mismo podría aplicarse a casos en que la regla de conducta está en permanente evolución, como la *lex artis* médica.

c) Conductas propias contrarias a deber

Como ya adelantamos, cuando el propio comportamiento es contrario al deber de cuidado no es posible invocar el principio de confianza⁵⁶⁹. Esta limitación o presupuesto de

⁵⁶⁴ JAKOBS, *Estudios*, óp. cit. n. 313, p. 220.

⁵⁶⁵ STRATENWERTH, óp. cit. n. 51, pp. 436-437.

⁵⁶⁶ FEIJOO, *Principio de confianza*, óp. cit. n. 512, p. 61, con referencias a autores.

⁵⁶⁷ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, óp. cit. n. 392, p. 30.

⁵⁶⁸ Ídem.

⁵⁶⁹ STRATENWERTH, óp. cit. n. 51, p. 436.

operatividad del principio confianza es tanto innecesaria como tautológica⁵⁷⁰, pues evidentemente quien ya infringe la norma de cuidado no puede alegar luego la ausencia de la infracción de dicho deber de conducta, por la concurrencia de la actitud imprudente de un tercero.

Los posibles problemas que puedan surgir a propósito de la concurrencia de culpas entre la infracción de deber de un sujeto y otro, no tienen que ver con la determinación del deber de cuidado del autor, si no con la imputación del resultado a título de imprudencia (causalidad), que no abordaremos aquí⁵⁷¹.

d) Infracciones condicionadas por el contexto

Finalmente puede ocurrir que existan circunstancias especiales que no permitan confiar en el comportamiento adecuado de los otros⁵⁷². Esto en realidad no es más que una reiteración del deber de previsión que emana del deber objetivo de cuidado interno, que obliga a las personas a observar detenidamente el contexto en el cual se desarrollará su acción.

Como ejemplos en el tráfico vehicular, decae el principio de confianza ante situaciones que representan una especial peligrosidad, como cuando hay mala visibilidad en la ruta por un incendio; o cuando hay una gran cantidad de personas en la vía pública protestando, que pueden descender a la calzada de un momento a otro.

Recapitulando, el principio de confianza opera como un importante criterio normativo para la delimitación del deber de cuidado. En aquellas situaciones en que uno se comporta adecuadamente, podemos esperar razonablemente que los otros participantes de la actividad hagan lo mismo, siempre y cuando no existan poderosos motivos para suponer lo contrario, ni que debido al rol o cargo que se desempeña en la situación, existan deberes de cuidado secundarios que implique supervisión o información a los terceros a cargo. De producirse en

⁵⁷⁰ FEIJOO, *Principio de confianza*, óp. cit. n. 512, p. 58.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 59.

⁵⁷² CONTRERAS, *Productos defectuosos*, óp. cit. n. 392, pp. 32-33.

estos casos un resultado lesivo, el sujeto no deberá ser considerado como responsable a título culposo.

3.5 Criterios supletorios para la determinación del deber de cuidado

Como hemos venido señalando, tanto las reglas extrapenales, actos administrativos y las normas extrajurídicas, realizan una valoración anticipada sobre cuáles son los riesgos considerados como aprobados o desaprobados, a través de pautas de conducta en determinadas actividades especialmente riesgosas. Sin embargo, aun las reglas técnicas son incapaces de abordar en detalle todas las posibles situaciones del día a día, ni abarcan todas las actividades en las cuáles se pueden generar peligros a la vida o la integridad física de las personas. A su vez, el principio de confianza, aunque conceptualmente puede servir para ser de aplicación general, en la práctica ha sido utilizado de modo limitado para determinadas actividades, como el tráfico vial y en actividades con intervención conjunta con división de trabajos, como la medicina, el medio ambiente, la construcción de edificios o la fabricación de productos.

En ese sentido, evidentemente habrá situaciones que de todas formas pueden generar resultados lesivos y ser constitutivos de un delito culposo (pues se infringe el deber objetivo de cuidado), que no quedan cubiertas ni en regulaciones especiales ni por el principio de confianza.

Así, hay un primer grupo de casos que comprende aquellas conductas que no requieren una regulación especial ni una valoración anticipada del riesgo permitido por su evidente contrariedad a cuidado. Aquí encontramos tanto aquellas conductas que son *evidentemente desaprobadas*⁵⁷³, como apuñalar o disparar a alguien; y otras conductas que ya son prohibidas y sancionadas penalmente por afectar bienes jurídicos distintos a la vida o la integridad física de las personas, pero que en el contexto de su comisión pueden generar resultados lesivos culposos, por ejemplo, en delitos contra la propiedad o delitos sexuales⁵⁷⁴.

Pero más allá de estos casos, aun cabe un espacio de conductas creadoras de riesgos respecto de las cuáles es imposible recurrir a pautas orientadoras reguladas como las anteriormente estudiadas. Estos espacios en todo caso se refieren en general a “materias marginales insignificantes”⁵⁷⁵, pues, como hemos señalado, en nuestra vida moderna altamente

⁵⁷³ FRISCH, *Comportamiento típico*, óp. cit. n. 122, p. 134.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 136.

⁵⁷⁵ *Ídem.*

compleja, la mayoría de las actividades suelen estar reglamentadas, siendo “difícil encontrar ámbitos sociales donde no se haya de antemano determinado un mínimo de medidas de precaución frente a determinados riesgos o peligros”⁵⁷⁶. Aun así, en estos pocos eventos, los tribunales aun deben recurrir a criterios normativos para la determinación de si se ha infringido o no el deber de cuidado caso a caso. Aquí entonces, podemos recurrir a criterios generales que en parte ya hemos analizado previamente a la hora de explicar el contenido y alcance del *deber de cuidado* como elemento del tipo, siendo criterios utilizados por la doctrina y jurisprudencia el recurrir a: una *figura-baremo diferenciadora*, también denominado estándar de una persona juiciosa y prudente; y a una ponderación judicial de la *utilidad-riesgo* de la actividad, ante la ausencia de una regulación que señale anticipadamente el riesgo permitido en determinados casos.

A continuación, esbozaremos los principales aportes de ambos criterios para la determinación del deber de cuidado:

3.5.1 Figura-baremo diferenciadora

Como un medio auxiliar para la determinación del deber de cuidado debemos recurrir a aquella pauta de conducta estandarizada, que ya tratamos a propósito de la incorporación o no de los conocimientos y capacidades especiales⁵⁷⁷. Esto es, en última instancia siempre podremos recurrir a lo que se ha denominado el estándar de lo que una persona juiciosa y prudente habría realizado en la misma situación del autor⁵⁷⁸. En ese sentido, buena parte de los autores entienden⁵⁷⁹ que se debe recurrir al criterio de la conducta que observaría en la situación concreta una persona inteligente y sensata, pero de la misma profesión o círculo social del autor, como criterio supletorio para aquellas actividades sociales en que no se han establecido o desarrollado reglas de conducta especiales (normas extrapenales o extrajurídicas), o bien en las situaciones poco comunes⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ BUSTOS, *DPPG*, óp. cit. n. 98, p. 951.

⁵⁷⁷ *Supra* 2.2.

⁵⁷⁸ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1009.

⁵⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, óp. cit. n. 200, p. 3.

⁵⁸⁰ CERESO MIR, p. 481; FERNANDEZ, óp. cit. n. 50, p. 112.

Aquí se realiza un juicio de adecuación entre la conducta efectivamente realizada y la que habría realizado una persona ficticia del mismo sector o profesión en la misma situación. En ese sentido, según Roxin, “si la actuación se mantiene dentro del marco establecido por la figura-baremo, no concurre una creación de peligro o al menos no se supera el riesgo permitido; por tanto, no procede la imprudencia. Si en cambio el sujeto ha creado un riesgo mayor al que habría producido la persona ficticia que sirve de comparación, entonces se realiza el tipo imprudente.”⁵⁸¹

La figura de este modelo es la expresión del resultado de la ponderación que hace el ordenamiento jurídico en aquellos casos que el estándar de cuidado no está expresamente regulado o recogido en disposiciones especiales⁵⁸². Para su construcción, primero se debe determinar la situación particular en la que actúa el sujeto, donde no existe consenso en la dogmática del delito imprudente de si el estándar de esta figura ficticia debe considerar los conocimientos y capacidades especiales del sujeto. Esto debido a que no tendría sentido comparar el estándar de un profesional médico promedio, si lo que se debe exigir en el caso concreto es el estándar médico con las capacidades especiales con las que cuenta el autor⁵⁸³. Sobre esto, nos remitimos a las conclusiones ya señaladas en el apartado sobre la incorporación de estos conocimientos y capacidades, en que creemos necesario recurrir a ellas.

Este estándar también recibe importantes críticas por su circularidad y por ser tautológico, puesto que hace referencia a un ser *prudente*, cuando la determinación de lo *prudente* es el objeto de la pregunta que el criterio pretende responder. Asimismo, se critican los problemas que existen para su determinación en el caso concreto. Autores como Roxin hacen referencia a una serie de pautas o reglas que se encuentran en determinadas profesiones u ocupaciones, pero que son elementos ya abordados a propósito de las reglas extrajurídicas⁵⁸⁴.

También se dice que la referencia a este estándar no es en general deseable, e incluso en determinados casos carecen de cualquier utilidad. Según Zaffaroni, esto se debe a que existen

⁵⁸¹ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1009.

⁵⁸² GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, p. 280.

⁵⁸³ CURY, *DPPG*, óp. cit. n. 8, p. 343.

⁵⁸⁴ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1009.

algunas motivaciones que pueden dar lugar a un delito culposo que ni el "buen padre de familia" ni el "hombre prudente y honrado" se hubiesen podido proponer sin dejar de ser buenos, prudentes y honrados. Así, "su aplicación en estos supuestos nos llevaría al *versari in re illicita* ilimitado. Este criterio es falible a dos puntas: a) Porque, como hemos dicho, es una imagen ideal que, por definición, no tolera que el *homunculus normalis* realice conductas dolosas, porque dejaría de ser *normalis*, debiéndose considerar que en todos los casos el autor ha violado un deber de cuidado, cuando puede no ser así; y b) Porque en los casos de actividad profesional y técnica tampoco es útil, ya que el *homunculus normalis* sería inconcebible como médico, ingeniero, piloto, chofer, etc."⁵⁸⁵

3.5.2 Ponderación Utilidad-Riesgo

Como ya señalamos anteriormente, toda actividad humana supone riesgos, y en particular, riesgos de resultados lesivos para la vida y la integridad físicas de las personas. Sin embargo, hay actividades que generan tal beneficio colectivo, que debemos aceptar que junto con las consecuencias beneficiosas que se persiguen hay que asumir otras perjudiciales que no se persiguen⁵⁸⁶. Estas consecuencias no perseguidas son consideradas como riesgos tolerados, establecidas en una gran cantidad de casos a través de las reglas extrapenales y extrajurídicas⁵⁸⁷ ya estudiadas, cuya producción no supone entonces, por regla general, una infracción al deber de cuidado.

Sin embargo, en aquellos casos que no son abordados por las reglas generales de cuidado o que son atípicos dentro de estas actividades, el juez debe reemplazar aquella ponderación de intereses que está previamente señalada en el ordenamiento primario, comparando la utilidad versus el riesgo que importa la actividad, para determinar de ese modo si la concreta actividad puede ser tolerada o no⁵⁸⁸. Así, se puede señalar como principio general que deben estar

⁵⁸⁵ ZAFFARONI, óp. cit. 242, p. 401.

⁵⁸⁶ FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 271.

⁵⁸⁷ GIL, *Delito imprudente*, óp. cit. n. 59, p. 264/280.

⁵⁸⁸ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1010.

prohibidas aquellas conductas que, tras la valoración del juez, generan mayores riesgos para los bienes jurídicos (vida e integridad física), que beneficios o utilidad para la sociedad⁵⁸⁹.

En ese sentido, se señala que cuanto “más grande es el valor social de la acción llevada a cabo por el autor, mayores son los peligros que pueden ser asumidos en la ejecución de la acción”⁵⁹⁰. Así, por ejemplo, no se deben tolerar aquellos riesgos derivados de conductas socialmente inútiles, como las derivadas de actividades de entretenimiento como el rodeo o las corridas de toros; en cambio, se pueden tolerar mayores riesgos en el desarrollo de actividades altamente beneficiosas para la sociedad o la humanidad, como la investigación científica o los viajes espaciales. La doctrina mayoritaria señala que “hay que evitar sobre exigir los requerimientos de cuidado, especialmente cuando la ejecución del comportamiento riesgoso sirve a la satisfacción o conservación de importantes intereses sociales”⁵⁹¹.

Esta idea tiene como punto de partida el que aquella conducta que supone un riesgo tolerado no puede ser considerada típica. De ahí que la tarea sea determinar qué peligros deben ser tolerados en razón de su utilidad social, pues la permisión del riesgo “va estrechamente vinculado a las ventajas o utilidades generales o interpersonales que reporta un determinado tipo de actividad”. Cuanto más valore la sociedad los fines o propósitos perseguidos por una determinada conducta, más riesgos estará dispuesta a aceptar⁵⁹². Además del potencial riesgo de lesión, se debe considerar la posible magnitud del daño que eventualmente amenaza la actividad, pues a mayor gravedad, mejores tienen que ser las razones para permitir esa conducta⁵⁹³.

⁵⁸⁹ FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, óp. cit. n. 131, p. 67 y ss.

⁵⁹⁰ JESCHECK/WEIGEND, óp. cit. 69, p. 625.

⁵⁹¹ WESSELS/BEULKE/SATZGER, óp. cit. n. 54, pp. 468.

⁵⁹² FEIJOO, *Resultado lesivo*, óp. cit. n. 53, p. 271.

⁵⁹³ ROXIN, óp. cit. n. 9, p. 1010.

4. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos constatado la vigencia que tienen los delitos culposos de resultado en la carga de nuestro sistema de justicia, y la incidencia práctica que tiene en la vida diaria de las personas. Esta relevancia práctica también se ha visto plasmada en un fuerte desarrollo dogmático sobre la estructura y el contenido del delito culposo, especialmente a partir del desarrollo de la técnica en ámbitos del quehacer diario (como el tránsito vehicular o la fabricación masiva de productos) y el surgimiento de actividades productivas especialmente peligrosas (como la construcción de edificios, generación de algunos tipos de energías o las explotaciones mineras, etc.) que han consolidado la llamada sociedad del riesgo. En estos cien años, la “culpa” evolucionó de ser considerada como una mera forma de culpabilidad, a configurar una forma especial de delito, con una estructura típica especial que gira en torno a la infracción del deber objetivo de cuidado. Desde una lectura del Derecho penal que entiende a éste como un derecho accesorio, haciendo la distinción entre normas primarias (o normas de cuidado), y normas secundarias (normas de sanción), podemos comprender que el tipo culposo no es distinto al tipo penal doloso, pues en ambos es un elemento fundamental la infracción de una norma de comportamiento, salvando así muchas de las objeciones de inconstitucionalidad en contra del delito culposo, por infracción al principio de determinación legal. En cuanto a su estructura, la doctrina tradicional configura al delito imprudente en torno a la infracción del deber de cuidado, a lo que generalmente se agrega la previsibilidad del resultado, la producción de un resultado lesivo y una relación causal entre la infracción de deber y el resultado producido.

En Chile, el delito culposo está configurado mediante un sistema de *numerus clausus imperfecto*, en atención a lo dispuesto en los artículos 490 a 492 del Código Penal, pues si bien el artículo segundo establece un sistema cerrado, el inciso primero del artículo 490 abre la puerta a sancionar por conducta culposa a todos los delitos en contra de las personas. Sin embargo, esta apertura no alcanza a ser tal, pues en realidad sólo dice relación con los delitos de homicidio y

lesiones⁵⁹⁴ de los artículos 391 y siguientes del mismo Código. La lectura de estas disposiciones permite entender que en Chile se configuran tres especies de culpa, las que, sin perjuicio de sus diferencias, dejan intacto el elemento central del deber objetivo de cuidado.

El deber objetivo de cuidado, conforme a la posición tradicional, es considerado como el elemento central o núcleo fundamental del delito culposo. Este deber de cuidado comprende tradicionalmente tanto un deber de cuidado interno, que es el deber de prever las consecuencias lesivas de la conducta (y que asociamos en este trabajo con la previsibilidad del resultado); y un deber de cuidado externo, que se manifiesta en la conducta cuidadosa que debe desplegar el sujeto para actuar conforme a derecho. Vimos que una de las cuestiones más discutidas en el marco del deber de cuidado dice relación con si su determinación se debe realizar considerando un criterio normativo-generalizador, esto es, el cuidado que habría adoptado una persona juiciosa y prudente ficticia en la situación del autor; o bien, se debe adoptar un criterio individualizador, que comprenda tanto las capacidades como los conocimientos especiales del autor a la hora de concretar el cuidado exigido en cada caso. Concluimos que no existen buenas razones para no considerar las capacidades y conocimientos especiales de las personas, al contrario, una interpretación en este sentido es más justa y acorde al principio de culpabilidad. Por tanto, se debe adoptar una posición individualizadora que considere lo mejor posible las particularidades del autor y el contexto en cada caso.

El desafío surge entonces, al constatar que la mayoría de la doctrina considera que el delito culposo es un tipo abierto, pues es el juez el que caso a caso debe realizar una intensa labor interpretativa para determinar el deber de cuidado exigible. Si bien algunos consideran que la apertura del delito culposo implica ya una infracción al mandato de determinación legal, existe consenso al menos en nuestro país y en gran parte de la doctrina mayoritaria, de que no es así, pues el tipo culposo comprende por si mismo los elementos necesarios para determinar la conducta que se exige a las personas. Uno de los argumentos que más se destacan, dice relación con que tanto en los delitos dolosos como en sus pares culposos se infringe la misma

⁵⁹⁴ Con exclusión de aquellas lesiones que exigen un dolo especial, como la mutilación y la castración; al igual que las lesiones leves, reguladas como una falta en nuestro ordenamiento jurídico.

norma de conducta, y lo único que se busca determinar a través del deber de cuidado es el modo o la forma de conducta a través del cuál se debe cumplir con ésta. En ese sentido, el tipo culposo no es un tipo penal menos determinado que su par doloso, sólo que en estos últimos es más evidente la contravención a cuidado.

Con el auge y posterior desarrollo de la teoría de la imputación objetiva (en especial Roxin y posteriormente Frisch), se ha dado un giro a la forma de determinar si una conducta es o no culpable, reemplazando el tradicional elemento del deber objetivo de cuidado por la creación o el aumento de un riesgo no permitido, y por consiguiente incorporando criterios distintos al simple estándar del hombre juicioso y prudente. A partir de esta constatación es que elaboramos algunos de los criterios normativos que sirven para la determinación del deber de cuidado, como son todas aquellas pautas de conducta que señalan anticipadamente cuáles riesgos son tolerados y cuáles sobrepasan el límite de lo socialmente aceptado.

Así, primero nos referimos a aquellas normas de carácter jurídico, de origen estatal (ya sea leyes, reglamentos o decretos), que regulan de modo vinculante determinadas actividades especialmente riesgosas, estableciendo los cuidados que se deben adoptar para actuar evitando lesionar determinados bienes jurídicos. En general, la infracción de estas disposiciones importa un indicio de la infracción del deber de cuidado, y a la vez, el cumplimiento de ellas indicará la creación de un riesgo residual o tolerado; que por tanto debe ser considerada como una conducta atípica. Muy asociadas a estas normas de carácter vinculante encontramos a los actos administrativos, que autorizan la realización de determinadas actividades especialmente peligrosas, que por su alta probabilidad de generar resultados lesivos deben ser autorizadas por una autoridad competente. En ese sentido, al igual que las normas extrapenales, una autorización administrativa importa ya que los riesgos desplegados por la realización de esa conducta deben ser considerados como tolerados y por tanto cualquier resultado lesivo no debiera ser imputado a título culposo. Al contrario, emprender una actividad sin la autorización correspondiente constituye un indicio de que se infringe el deber de cuidado. Finalmente, también existen normas extrajurídicas, generalmente de carácter técnico (como las normas técnicas dictadas por Instituto Nacional de Normalización o las normas ISO) o aquellas que regulan determinadas actividades profesionales como la *lex artis* médica, que al igual que las normas extrapenales disponen pautas

de conducta para la realización de determinadas actividades que importan riesgos para la vida o la integridad física de las personas.

A estas reglas sumamos el principio de confianza, criterio jurisprudencial desarrollado primero para limitar la conducta exigible en el ámbito del tráfico vehicular, y luego tratado especialmente a propósito de la realización de actividades en equipo con división del trabajo, como las cirugías médicas, la construcción de edificios o la fabricación de productos. Como el principio de confianza importa que en estas actividades los intervinientes pueden esperar que los terceros se comportarán conforme a su deber de cuidado, no es posible considerar que ellos infringen el deber de cuidado si se produce un resultado lesivo producto de la conducta imprudente del otro.

Finalmente, para aquellas conductas que no quedan comprendidas en las reglas especiales, actos administrativos o cubiertas por las situaciones del principio de confianza, es necesario recurrir a criterios o estándares generales para orientar la labor interpretativa del juez en cada caso. Aquí se debe recurrir a estándares y principios generales, como la figura-baremo diferenciadora, que busca realizar un juicio de adecuación de la conducta respecto de lo que una persona juiciosa y prudente hubiese realizado en el contexto del sujeto; y la ponderación utilidad-riesgo de la conducta.

Mediante el desarrollo y sistematización de estos criterios es posible reducir los espacios de arbitrariedad de los tribunales de justicia, pues su correcta aplicación permite señalar fundadamente cuando una conducta infringe o no el deber de cuidado en cada caso. Si bien los tribunales de justicia chilenos no han abordado de manera omnicomprensiva la totalidad de los criterios aquí esbozados, esperamos que la breve sistematización entregada en este trabajo sirva para su correcta aplicación en nuestro sistema de justicia.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AEDO, C. (2014). El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, pp. 705-728.
- BACIGALUPO, E. (1996). *Manual de derecho penal. Parte General*. Santa Fé de Bogotá: Temis.
- BARROS, E. (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BASCUÑÁN, A. (2008). Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005. *Estudios Públicos*, 110, .
- BECHARA, A. (2015). La imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión al estado de embriaguez del autor. *Justicia Iuris*, Vol. 11, N° 2, pp. 11-18.
- BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Madrid: Paidós.
- BERISTAIN, A. (1979). *Cuestiones penales y criminológicas*. Madrid: Reus.
- BERNATE, F. (2008). Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. XI, N° 21, pp. 65-80.
- BOREAN, D. (2015). *Las reglas técnicas de la construcción en el Derecho penal alemán - Un aporte al análisis constitucional de tipos abiertos y a la concreción del deber de cuidado en delitos imprudentes*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BULLEMORE, V., & MACKINNON, J. (2005). *Curso de derecho penal, Tomo II*. Santiago: LexisNexis.
- BURKHARDT, B. (2004). Conducta típica y perspectiva ex ante. En J. WOLTER, & G. FREUND, *El sistema integral del Derecho penal* (págs. 153-192). Madrid: Marcial Pons.

- BUSTOS, J. (1995). *El delito culposo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BUSTOS, J. (2007). *Lecciones de Derecho Penal, en: Obras Completas, Tomo I*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- CALDERÓN, L. (2016). *Ensayo acerca del Tipo Culposo o Imprudente en Derecho Penal y su Relación con la Imputación Objetiva*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- CAMPOS QUIROGA, J. (2018). La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia. En F. Londoño, & F. Maldonado, *Clásicos de la literatura penal en Chile. La revista de ciencias penales en el siglo XX: 1935-1995* (págs. 1659-1686). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANCIO MELIÁ, M. (2001). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: Bosch.
- CANCIO MELIÁ, M. (2011). El caso Contergan cuarenta años después. *Gaceta Jurídica*, N° 371, pp. 7 y ss.
- CEREZO MIR, J. (1983). El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 36*, pp. 471-504.
- CEREZO MIR, J. (2005). *Curso de Derecho penal español. Tomo II*. Madrid: Tecnos.
- CHOCLÁN, J. A. (1998). *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch.
- CONTRERAS, L. (2015). La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y reiterada. *Política criminal, Vol. 10, N° 19*, pp. 266-296.
- CONTRERAS, L. (2017). La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán. *Política criminal, Vol. 12, N° 23*, pp. 1-15.

- CONTRERAS, L. (2018). *Productos defectuosos y Derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto*. Santiago: RiL Editores.
- CONTRERAS, L. (2018). Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal, Vol. 13, N° 25*, pp. 387-444.
- CONTRERAS, L. (2019). El principio de confianza como criterio delimitador de la responsabilidad penal de los médicos. *Acta Bioethica, 25, 1*, pp. 35-43.
- CORCOY, M. (1989). *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: PPU.
- CORDERO, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo (2ª ed.)*. Santiago: LegalPublishing.
- COX, F., & PIÑA, J. I. (2013). Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa. En J. Silva Sánchez, & F. Miró, *La teoría del delito en la práctica penal económica* (pág. 185 y ss.). Madrid: La Ley.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2003). *El Derecho penal español. Parte General. Vol. II (3ª ed.)*. Madrid: Dykinson.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2009). Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Derecho penal y criminología, N° 3*, pp. 37-59.
- CURY, E. (2010). *Derecho Penal. Parte General (10ª ed.)*. Santiago: Ediciones UC.
- CURY, E. (2018). Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos (cuasidelitos). En F. LONDOÑO, & F. MALDONADO, *Clásicos de la literatura penal en Chile. La revista de ciencias penales en el siglo XX: 1935-1995* (págs. 1647-1658). Valencia: Tirant lo Blanch.

- DE LA MATA, N. (1996). *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*. Barcelona: Cadecs.
- DE OLIVEIRA, L. (2011). Cuestiones controvertidas en la aplicabilidad de las causas de justificación a los delitos imprudentes. *Revista de derecho, Escuela de Postgrado Universidad Federal de Bahía*, pp. 45-75.
- DE OLIVEIRA, L. (2013). *La autoría mediata en los delitos imprudentes*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- EBERS, M. (2016). La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil? *InDret*, 3.
- ETCHEBERRY, A. (1999). *Derecho Penal. Parte General, Tomo I* (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FEIJOO, B. (1999). *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*. Zaragoza: EDIJUS.
- FEIJOO, B. (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. *Derecho Penal y Criminología, Vol. XXI, N° 69*, pp. 37-76.
- FEIJOO, B. (2001). *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*. Barcelona: Bosch.
- FEIJOO, B. (2001). *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*. Barcelona: Bosch.
- FEIJOO, B. (2002). *Imputación Objetiva en Derecho penal*. Lima: Editorial Jurídica Grigiley.

- FEIJOO, B. (2006). Comentario a FRISCH, W./ROBLES PLANAS, R.: Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, N° 17, pp. 417-436.
- FEIJOO, B. (2013). Sobre la dogmática de lo cotidiano: La imprudencia punible. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 27, pp. 143-155.
- FEIJOO, B. (2017). Caso de los pelos de cabra. *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLIII, pp. 49 y ss.
- FEIJOO, B. (2017). *Derecho penal, neurociencias y bien jurídico*. Santiago: Olejnik.
- FERNÁNDEZ, J. Á. (2002). El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIII, pp. 101-121.
- FREUND, G. (2004). Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal. En J. WOLTER, & G. FREUND, *El sistema integral del Derecho penal* (págs. 91-128). Madrid: Marcial Pons.
- FRISCH, W. (1995). *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: COLEX.
- FRISCH, W. (1996). Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa - Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. En S. Mir, & D.-M. Luzón Peña, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (págs. 719-743). Barcelona: Bosch.
- FRISCH, W. (2000). La imputación objetiva: estado de la cuestión. En C. Roxin, G. Jakobs, B. Schünemann, W. Frisch, & M. Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universität Pompeu Fabra)* (págs. 19-68). Madrid: Thomson - Civitas.
- FRISCH, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. (J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano, Trads.) Madrid: Marcial pons.

- FRISCH, W. (2004). Delito y sistema del delito. En J. WOLTER, & G. FREUND, *El sistema integral del Derecho penal* (págs. pp. 193-280). Madrid: Marcial Pons.
- FRISCH, W. (2012). *Estudios sobre imputación objetiva*. Santiago: Legal Publishing.
- FRISCH, W. (2015). Derecho penal y protección del clima: Posibilidades y límites de una contribución del Derecho penal a la protección del clima conforme a convenios internacionales. *InDret*, 4.
- FRISCH, W. (2015). *La imputación objetiva del resultado - Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Barcelona: Atelier.
- FRISCH, W. (2016). Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. En R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (págs. 309-339). Madrid: Marcial Pons.
- FRISTER, H. (2011). *Derecho Penal. Parte General* (4ª ed.). (M. Sancinetti, Trad.) Buenos Aires: Hammurabi.
- FUENTES, J. L. (2010). ¿Delito medioambiental como delito de lesión??. *Revista catalana de Dret ambiental*, 1-61.
- GARCÍA, P. (2008). Problemas de imputación objetiva en estructuras empresariales. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, pp. 199-218.
- GARRIDO MONTT, M. (2003). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II* (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GIL, A. (2005). Comentario a FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, N° 16, pp. 347-377.
- GIL, A. (2007). *El delito imprudente*. Barcelona: Atelier.

- GIL, A. (2008). Acción, Norma, Injusto y Delito imprudente. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 74, 87-111.
- GIMBERNAT, E. (2017). Comportamiento típico e imputación del resultado. En J.-M. Silva Sánchez, J. Queralt, M. Corcoy, & M. T. Castiñeira, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (págs. 581-593). Buenos Aires: B de F.
- GUÉREZ, P. (2011). *Presupuestos de la licitud jurídico-penal del tratamiento médico curativo: el papel del consentimiento del paciente*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- HAFFKE, B. (1995). El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. En J. (. SILVA SÁNCHEZ, & J. (. DE FIGUEREIDO DIAS, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal* (págs. 129-138). Barcelona: Bosch.
- HALLEVY, G. (2013). *When robots kill. Artificial intelligence under Criminal law*. Boston: Northeastern University Press.
- HAVA, E. (2017). Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena. *InDret 2/2017*.
- HEINE, G. (1993). Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 46, 1*, 289-316.
- HEINZ, K. (1981). Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia. *Revista Chilena de Derecho, Vol. VIII, N° 1/6*, pp. 55-70.
- HERNÁNDEZ, H. (2005). Perspectivas del Derecho penal económico en Chile. *Persona y Sociedad, Vol. XIX, N° 1*, pp. 101-134.
- HERNÁNDEZ, H. (2006). El problema de la "causalidad general" en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal). *Política criminal, N° 1*, 1-33.

- HERNÁNDEZ, H. (2008). Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, pp. 175-198.
- HERNÁNDEZ, H. (2010). Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática. En I. DE LA MAZA, *Cuadernos de análisis jurídico* (págs. pp. 167-185). Santiago: Universidad Diego Portales.
- HERNÁNDEZ, H. (2011). Artículo 2°. En J. Couso, & H. Hernández, *Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105)* (págs. 105-123). Santiago: Legal Publishing.
- HERNÁNDEZ, H. (2012). Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16, pp. 75-98.
- HERNÁNDEZ, H. (2017). Deberes de cuidado independientes del posible comportamiento posterior de otro y autoría imprudente (accesoria). En J. M. Silva Sánchez, J. Queralt, M. Corcoy, & M. T. Castiñeira, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (págs. 607-616). Buenos Aires: B de F.
- HERZBERG, R. (2008). Reflexiones sobre la teoría final de la acción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- HERZOG, F. (1999). Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. *Revista penal*, N° 4, pp. 54-57.
- HILGENDORF, E. (2018). The dilemma of autonomous driving: Reflections on the moral and legal treatment of automatic collision avoidance systems. En E. Hilgendorf, & J. Feldle, *Digitalization and the Law* (págs. pp. 57-90). Baden-Baden: Nomos.
- HILGENDORF, E., & VALERIUS, B. (2017). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- HIRSCH, H. (2005). Sobre lo injusto del delito imprudente. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. .

- HORVITZ, M. I. (2007). Autoría y participación en el delito imprudente. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, pp. 143-155.
- JAKOBS, G. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo, Trads.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS, G. (1997). *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas.
- JAKOBS, G. (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC.
- JAKOBS, G. (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson - Civitas.
- JAKOBS, G., & STRUENSEE, E. (1998). *Problemas capitales del derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*. Buenos Aires: Hammurabi.
- JESCHECK, H., & WEIGEND, T. (2003). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (3ª ed.). (M. Olmedo, Trad.) Granada: Comares.
- JORGE-BARREIRO, A. (1990). Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. *Estudios penales y criminológicos*, N° 14, 137-176.
- JORGE-BARREIRO, A. (2017). Aproximación al estudio del derecho penal sanitario. En J.-M. Silva Sánchez, J. Queralt, M. Corcoy, & M. T. Castiñeira, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (págs. 617-642). Buenos Aires: B de F.
- KINDHÄUSER, U. (2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. *InDret*, N° 4, pp. 1-35.

- KINDHÄUSER, U. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret 1/2009*.
- KINDHÄUSER, U. (2013). ¿Qué es la imprudencia? En J. P. Mañalich, *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* (págs. 217-228). Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- KINDHÄUSER, U. (2015). Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 22, pp. 15-29.
- LUHMANN, N. (1998). *Sociología del riesgo*. Ciudad de México: Triana.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (3ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAÑALICH, J. P. (2004). Condiciones generales de la punibilidad. *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, pp. 387-481.
- MAÑALICH, J. P. (2015). La imprudencia como estructura de imputación. *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLII, N° 3, pp. 13-36.
- MAÑALICH, J. P. (s.f.). *Condiciones generales de la punibilidad*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, 3: 2013.
- MALDONADO, F. (2006). 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, pp. 23-63.
- MARAVÉ, M. (2011). *El principio de confianza en derecho penal*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

- MARTÍNEZ, M. (2011). La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por Actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico. *Política Criminal, Vol. 6, N° 12*, pp. 214-251.
- MATUS, J. P. (2004). *Derecho penal del medio ambiente*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MATUS, J. P., & RAMÍREZ, M. C. (2019). *Manual de Derecho penal chileno. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAURACH, R., GÖSSEL, K., & ZIPF, H. (1995). *Derecho penal Parte General, Tomo II*. Buenos Aires: Astrea.
- MEZGER, E. (1958). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- MIR PUIG, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 5*, pp. 1-19.
- MIR PUIG, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General (10ª ed.)*. Barcelona: Editorial Reppertor.
- MONGE, A. (2013). *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTEALEGRE, E. (1987). La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado. *Revista Chilena de Derecho, Vol. XIV, N° 2/3*, pp. 259-311.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XI*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- MUÑOZ, J., & FERNÁNDEZ, J. Á. (2010). Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. A propósito del caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter. *Política criminal, Vol. 5, N° 10*, pp. 410-454.

- MUÑOZ, M. Á. (2011). El error en el delito imprudente. *Derecho penal y Criminología*, Vol. 33, N° 93, pp. 67-81.
- NÁQUIRA, J. (2015). *Derecho penal chileno, Parte General*. Santiago: Thomson Reuters.
- NOVOA, E. (2005). *Curso de Derecho penal chileno. Parte General. Tomo I* (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- OVALLE, G. (2011). Imprudencia y cognición. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. IV, pp. 31-43.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2012). *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*. Barcelona: Atelier.
- PÉREZ, A. (2009). Imputación objetiva en los deberes de cuidado. Hacia una fundamentación del principio de confianza. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLII, N° 126*, pp. 1373-1428.
- PAGALLO, U., & QUATTROCOLO, S. (2018). The impact of AI on criminal law, and its two fold procedures. En W. Barfield, & U. Pagallo, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (págs. pp. 385–409). Cheltenham: Edward Elgar.
- PELÁEZ, J. M. (2016). Configuración del "principio de confianza" como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, pp. 15-35.
- PERIN, A. (2016). Conocimientos científicos, tecnologías convergentes y Derecho penal. Reflexiones metodológicas en materia de causalidad, imprudencia, imputabilidad y peligrosidad. En C. ROMEO, *Tecnologías convergentes: Desafíos éticos y jurídicos* (págs. 145-176). Granada: Comares.
- PERIN, A. (2016). La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

- PIÑA, J. I. (2005). *Rol social e imputación objetiva. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- PIÑA, J. I. (2015). Conocimiento y sistemas cognitivos. Algunas consideraciones sobre la imprudencia. *Revista de Ciencias Penales*, Vol. 42, N° 3, pp. 37-60.
- POLITOFF, S., MATUS, J. P., & RAMÍREZ, M. C. (2004). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PUPPE, I. (2003). Negligencia and responsibility in Road Traffic. *The European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 11, Issue 2, pp. 151 y ss.
- REYES, Í. (2014). *Falta de cuidado y riesgo permitido: Una clave de lectura del art. 10 N° 8 del Código penal*. Santiago: Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- REYES, Í. (2015). Sobre la construcción de la exigencia de cuidado. *Política criminal*, Vol. 10, N° 19, pp. 56-91.
- REYES, Í. (2015). Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 1, pp. 137-170.
- REYES, Í. (2016). Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLVII, pp. 245-278.
- ROBLES, R. (1/2019). Normas de conducta. *InDret*.
- ROBLES, R. (2006). Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijóo Sánchez a Frisch/Robles Planas, Desvalorar e Imputar (2005). *InDret* 3/2006.
- ROMEO, C. (2005). *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Comares.

- ROMERO, B. (2001). La imputación objetiva en los delitos imprudentes. *Anales de Derecho*, N° 19, pp. 259-278.
- ROSAS, J. I. (2011). La delimitación del deber de cuidado en la imputación de responsabilidad penal por imprudencia médica. *Doctrina y jurisprudencia penal*, N° 5, pp. 3 y ss.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García, & J. de Vicente, Trads.) Madrid: Civitas.
- ROXIN, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal* (2ª ed.). (F. Muñoz Conde, Trad.) Buenos Aires: Hammurabi.
- SCHÜNEMANN, B. (1994). Las reglas de la técnica en Derecho penal. *ADPCP, Tomo XLVII, Fasc. III*, pp. 307-342.
- SCHÜNEMANN, B. (2000). La culpabilidad: estado de la cuestión. En C. Roxin, G. S. Jakobs, W. Frisch, & M. Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universität Pompeu Fabra)* (págs. 91-128). Madrid: Thomson - Civitas.
- SERRANO, J. L. (1991). *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y Regulación legal)*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2012). Mandato de determinación e imprudencia. *InDret Penal*, 2 (2012).
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (1994). Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo. *Derecho y salud*, Vol. 2, N° 1, pp. 39-58.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.). Madrid: Thomson - Civitas.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2003). *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

- SOTO, F. (2010). Imputación de responsabilidad penal por cuasidelito a órganos directivos de hospitales públicos: de la importancia del establecimiento de criterios de normalidad, de los límites del principio de confianza y de los análisis comparativos. *Revista jurídica del Ministerio Público*, pp. 171-176.
- STRATENWERTH, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. (M. Cancio Meliá, & M. Sancinetti, Trads.) Madrid: Thomson-Civitas.
- STRUENSEE, E. (1987). El tipo subjetivo del delito imprudente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 40, Fasc/Mes 2*, pp. 432-450.
- STRUENSEE, E. (2005). La estructura de los delitos de omisión imprudentes. *Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª Época, N° 16*, 243-261.
- VALLEJO-JIMÉNEZ, G. (2015). The special abilities of the healthcare professional. *Revista Colombiana de Anestesiología, Vol. 43 (2)*, pp. 147-150.
- VALLEJO-JIMÉNEZ, G. (2017). La valoración jurídica del riesgo como criterio para la determinación de la responsabilidad penal del médico. *Revista Colombiana de Anestesiología, Vol. 45 (S.2)*, pp. 58-63.
- VAN WEEZEL, A. (1999). Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes. *Revista chilena de Derecho, Vol. 26, N° 2*, pp. 323-336.
- VARELA, L. (2015). Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Concepción. *Revista de Ciencias Penales, Vol. XLI*, pp. 357 y ss.
- VARGAS, T. (2010). La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 17, n° 2*, pp. 99-132.
- VARGAS, T. (2011). *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*. Santiago: Legal Publishing.

- VARGAS, T. (2017). Algunos antecedentes sobre el complejo "deber de previsión" médico. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 30, N° 1, pp. 351-375.
- VARGAS, T. (2017). *Responsabilidad Penal por Imprudencia Médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido*. Santiago: DER Ediciones.
- VERA, A. (2017). Judicialización de la medicina: rol de la imprudencia en las decisiones judiciales sobre mala praxis médica. *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 72, 207-251.
- WELZEL, H. (1993). *Derecho penal alemán* (11ª ed.). (J. Bustos, & S. Yáñez, Trads.) Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- WELZEL, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: B de F.
- WESSELS, J., BEULKE, W., & SATZGER, H. (2018). *Derecho Penal. Parte General* (46ª ed. alemana ed.). (R. Pariona, Trad.) Breña: Instituto Pacífico.
- YON, R. (2016). Reglas técnicas como elementos cualificantes del delito imprudente en el ámbito del tráfico rodado. *Revista de Derecho Themis*, pp. 41-51.
- ZAFFARONI, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo III*. Buenos Aires: Ediar.