

El mero conocimiento y la búsqueda del tipo subjetivo en el delito imprudente

Por Maximiliano Nicolás [1]

“...de donde proviene también el peligro de que el hombre se sienta herido al contacto de la verdad reconocida, más extensamente: del error comprendido. Esto es lo que expresa Byron en versos inmortales. Conocimiento es dolor: los que saben más deben llorar más profundamente sobre la verdad fatal. El árbol de la Ciencia no es el de la Vida”[2].

I. Introducción [arriba]

Conceptualmente, el delito imprudente ha sido “la piedra en el zapato” para la teoría del delito. Al mismo tiempo, frente a una categoría de por sí conflictiva, sabido es que los procesos de industrialización han incrementado las dificultades a partir del advenimiento de gran cantidad de nuevos riesgos. No obstante ello, en la actualidad difícilmente estaríamos dispuestos como sociedad a renunciar a los beneficios que nos reportan determinadas actividades riesgosas. Así, toleramos mayores riesgos para los bienes jurídicos en pos de lo que creemos aporta una mejor calidad de vida. Incluso el incremento del riesgo en actividades deportivas nos merece mayor consideración. Primero elegimos saltar al vacío desde gran altura sostenidos por una cuerda elástica y luego nos ponemos a analizar cómo manejar el riesgo que conlleva, optando en el mejor de los casos por reglamentar la actividad en la medida de lo posible.

El delito imprudente y la omisión han sido desarrollados y redesarrollados más que cualquier otro aspecto de la teoría del delito. Sin duda ello tiene que ver con que históricamente, la teoría del delito fue concebida para explicar el delito doloso de resultado material. Teniendo en cuenta que en la sociedad preindustrial la culpa no era un problema de consideración, su desarrollo fue posterior al del dolo, con lo cual resulta problemático aplicar las herramientas tradicionales de la dogmática penal.

Aquello que fue conocido como “la caza del dolo en la imprudencia” obedece a una corriente de pensamiento que pretendió lograr simetría entre el delito doloso y el imprudente, mediante la misma estructuración -esto es, agregándole al tipo penal de este último un tipo subjetivo-. En este breve análisis que propongo, intentaremos dilucidar si se trata de la legítima necesidad de contar con una teoría unitaria del delito, de un prejuicio metodológico, o de una simple patología como la de aquel que no puede conciliar el sueño hasta verificar que todo está en su lugar.

II. No tan distintos [arriba] [3]

Quienes auspician la idea de conformar el tipo penal del delito imprudente con un tipo objetivo y otro subjetivo, apuestan a la simetría como forma de alcanzar un sistema compacto, sin fisuras posibles. En principio, hay que decir que como tipo de delito, la imprudencia tiene una estructura distinta a la del delito doloso -lo mismo ocurre con la omisión, pese a que no será tratada en este trabajo-.

La punibilidad de la culpa en derecho penal es excepcional. Todo delito culposo puede reconocer una forma dolosa pero no a la inversa. Sin embargo, ello no autoriza a considerar a la culpa como un tipo residual del delito doloso[4]. Es claro entonces, que dolo y culpa se excluyen recíprocamente, no sólo son distintos, sino que se contraponen.

Como particularidad fundamental de la culpa aparece una norma de cuidado, resultando el hecho culposo su infracción, el incumplimiento del mandato normativo[5].

A diferencia del dolo, en la culpa el sujeto realiza el tipo sin buscarlo, sin quererlo, no hay voluntad de realización del resultado típico. Tal ausencia de correspondencia entre lo querido y lo causado determinó que la adecuación típica de los delitos imprudentes debiera realizarse considerando exclusivamente presupuestos objetivos[6]. El sujeto acelera y comanda su automóvil por encima de la velocidad permitida porque quiere llegar lo antes posible a determinado sitio, no porque quiera atropellar a un peatón. Eventualmente, podrá prever que circulando a 100 km por hora por arterias secundarias de cualquier barrio porteño existe la posibilidad de atropellar a alguien, pero lo descartará confiando por ej. en su pericia y en que por el horario en que circula no hay gente en las calles -es decir, confiando en que su acción va a ser lo suficientemente cuidadosa y causalmente inocua como para no realizar el resultado disvalioso-. Se tratará de un supuesto de culpa consciente.

En la culpa inconsciente el tipo también se alcanza sin voluntad de realización, pero aquí el sujeto ni siquiera se representa ni prevé la producción del resultado típico motivado por su acción.

Tales características, a su vez, redundan en un distinto grado de reproche, pues en aquellos casos en que el delito prevé una modalidad dolosa y otra culposa, la imprudencia siempre tiene una pena menor. La culpa es considerada como menos lesiva que la modalidad dolosa, producto de una distinta valoración social. La violación de la norma no es intencional, sino distraída, en violación al cuidado debido.

En razón de estas distinciones, hay quienes sostienen que los supuestos de culpa inconsciente no deben ser tratados en el ámbito penal sino, en todo caso, recibir sanciones administrativas. Lo que está fuera de la capacidad de representación, también debería estar fuera del derecho penal.

Al margen de que renunciar a la culpa sin representación implica derivar al derecho administrativo sancionador gran parte de los hechos culposos, existe otro problema adicional.

Si bien pareciera que la culpa consciente es más grave, en tanto el sujeto prevé el resultado y lo descarta con liviandad -sin mayor reflexión-, realizando la acción planeada en la confianza de que aquello que se representó, pero descartó, no va a suceder, el otro sujeto es tan desaprensivo que ni siquiera se representa el resultado.

De este modo, mientras que en la culpa consciente hay al menos una reflexión -errónea a la luz del resultado producido, pero reflexión al fin-, en la culpa inconsciente el sujeto es tan descuidado que ni siquiera advierte el posible

desenlace disvalioso de su acción. Tal nivel de irreflexión podría conducir a argumentar que es más grave la culpa inconsciente que la consciente[7].

En función de esto último, hay quienes advierten que la culpa también tiene un momento omisivo. La omisión no es omisión genérica, siempre es omisión de hacer algo, y la culpa también es omisión de hacer algo: de observar la conducta impuesta por la norma de cuidado debido. En contra, se indica que la norma implícita en el delito imprudente de acción no obliga a actuar de forma cuidadosa, sino que prohíbe actuar descuidadamente, por lo que el desvalor de la acción no consiste en la omisión por el sujeto de la dirección final más perfecta exigida por el ordenamiento, sino en la realización de una acción descuidada -contraria al cuidado objetivamente debido-[8].

Como límite superior de la culpa se ubica el dolo eventual, mientras que la frontera inferior es el caso fortuito. El límite entre el hecho imprudente y el caso fortuito puede distinguirse a partir de la evitabilidad y la previsibilidad, aunque dado que previsible podría ser casi todo, por encima de la previsibilidad objetiva, adquiere relevancia el concepto normativo del cuidado debido. Consecuentemente, la culpa se fundamenta en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado -desvalor de acción-.

El límite superior es todavía más endeble. En la culpa consciente al igual que el dolo eventual, el sujeto se representa el resultado sobreviniente. En la culpa consciente lo descarta y ejecuta la conducta confiando en que no se produzca ese resultado. En el dolo eventual, en tanto, actúa con el ánimo del egoísta indiferente -la delimitación entre ambos es bastante difícil-.

En último término, vale resaltar sucintamente dos posibles enfoques de la culpa: 1) Culpa como defecto de la inteligencia 2) Culpa como defecto de la voluntad. La primera plantearía la necesidad de desterrar la culpa del derecho penal, ya que de admitirse un defecto cognitivo del sujeto, es decir una deficiencia psíquica que le impediría conocer, ello no podría en modo alguno justificar la punición. En cambio, tratándose de una mera voluntad defectuosa o voluntad negativa que desvía la atención del sujeto hacia otro rumbo -cualquier finalidad lícita de que se trate-, sería reprochable la acción descuidada que conduce a la realización del tipo penal.

III. ¿Importa la acción o el resultado? Esa ya no es la cuestión [\[arriba\]](#)

En su última formulación, WELZEL reconoció haber partido del prejuicio de que en la imprudencia lo que importa es el resultado. Al reformular su teoría, advirtió que la esencia de la culpa es la clase y modo de ejecución de la acción[9]. La forma en que se realiza la acción con desvalor de acto y específicamente en contravención al cuidado -ese elemento normativo que se plantea como filtro, como límite-, pasó a ser el centro. Un modo de realización en el cual, por omisión de una mejor decisión finalista, se ha ejecutado una acción que si hubiera tenido un mejor proceso de dirección final, no hubiera quebrantado el cuidado debido. En tal contexto, plantea que este elemento del cuidado es un elemento constitutivo del tipo objetivo de la culpa.

Con relación a la acción humana, se tornó así necesario analizar la voluntad que para alcanzar un fin que podríamos denominar “inocuo” desde el derecho penal -en el ejemplo utilizado anteriormente, llegar lo antes posible- selecciona medios que sí son relevantes. Aquí es donde interviene el ordenamiento jurídico en procura de que

se observe el cuidado necesario para evitar que se produzca como consecuencia -no querida- la lesión de un bien jurídico[10]. Por ende, el contenido decisivo de lo injusto en los delitos culposos consiste:

“...sobre todo, en el desvalor de la acción, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico) tiene sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal”[11].

GIL GIL critica el intento de WELZEL de compatibilizar el concepto finalista de acción con el delito imprudente, intentando dotar de relevancia también en éste a la finalidad mediante la referencia de la finalidad en la elección y empleo de los medios, refiriendo que no soluciona el problema de una parte de la imprudencia inconsciente -esto es, aquellas conductas en las que el sujeto ni siquiera ha elegido conscientemente los medios o la forma de realización que son contrarios al cuidado debido-[12].

A su vez, advierte que una parte de la doctrina finalista más subjetivista pretende solucionar este último problema adelantando la infracción de cuidado a un momento anterior, en el que el sujeto sería consciente de la conducta realizada. No obstante, destaca que esta solución plantea después numerosos problemas a la hora de determinar el fin o ámbito de protección de la norma con miras a la imputación del resultado producido, y en definitiva otorga impunidad para estas infracciones del cuidado objetivamente debido. Así, aunque se quiera castigar al sujeto (por ejemplo, a quien pasa un semáforo en rojo por no haberlo visto en razón de estar mirando para otro lado), se lo hará en virtud de otra norma diferente previa (mirar para otro lado justo antes de llegar a un cruce), “...lo que constituye una inaceptable derogación de las normas de cuidado para los sujetos que actúan en forma inconsciente”[13].

De la lectura que se hace de este ejemplo, quien pasa un semáforo sin estar habilitado, no habría infringido la norma que prohíbe avanzar cuando el semáforo está en rojo, sino sólo la que prohíbe mirar para otro lado al acercarse a un cruce. Luego, no estaría prohibido saltarse un semáforo para quien al acercarse al mismo no miró para otro lado. Vemos entonces cómo desde esta perspectiva:

“...la finalidad configuradora de la acción del sujeto será relevante en primer lugar para definir la acción realizada y de esta manera identificar la norma de cuidado aplicable a esa actividad realizada (...), también será relevante para lo injusto para descartar el dolo, o para afirmar la posible concurrencia simultánea de una acción justificante (que la finalidad constituya un elemento subjetivo de una causa de justificación que excluya la ilicitud del delito imprudente cometido) pero no puede aumentar el desvalor de la acción del delito imprudente que se configura de manera objetiva: mediante la contradicción a la norma de cuidado. La conciencia de la imprudencia derivada del conocimiento de los caracteres de la propia acción que la convierten en contraria a la norma de cuidado solamente puede aumentar la reprochabilidad”[14].

En la referencia al cuidado debido, no importa el cuidado concreto observado por el sujeto, lo que importa es el cuidado exigido, impuesto o requerido por la norma, el cual de haberse mantenido, hubiera permitido prever las consecuencias indeseadas[15].

Si el primer elemento constitutivo del delito imprudente es el deber de cuidado, el segundo es la inobservancia de ese deber. La dicotomía parece artificial, pues en definitiva de lo que se trata es de comparar la acción realizada con la que debiera haberse realizado.

Constatada la inobservancia del deber de cuidado, luego deberá resolverse en la culpabilidad si esa conducta típica es además reprochable al sujeto. Allí va a tener lugar la medida individual. Justamente, el debate en torno a las capacidades individuales gira en torno a cuál es su correcta ubicación sistemática. Ello será analizado en el siguiente apartado.

PIÑA propone distinguir para una correcta delimitación del deber de cuidado los conocimientos especiales del autor, de las capacidades especiales individuales de orden técnico. Sumado a ello, aclara:

“...la decisión sobre la peligrosidad de la conducta suele obtenerse a través del pensamiento de la adecuación (un comportamiento es peligroso cuando es generalmente adecuado para la causación del resultado típico y es adecuado cuando aumenta de manera no insignificante las posibilidades de su producción). De acuerdo con la opinión dominante, el juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles por un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor en base a sus conocimientos excepcionales o al azar. Contrariamente, Jakobs considera que a quien conoce sin ostentar una posición de garantía, no le compete utilizar sus conocimientos. La inclusión de las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor en el juicio de adecuación supone, en cierto modo, adelantar al tipo objetivo el elemento cognoscitivo del dolo”[16].

Tras repasar las diferencias terminológicas de cada uno de los supuestos, la autora advierte que por ej. CORCOY BIDASOLO, entre otros autores, trata conjuntamente el conocimiento especial y las aptitudes del autor, bajo el concepto global de capacidad.

Al ubicarse en la culpabilidad la valoración del poder subjetivo del autor de ajustar su conducta a la norma de cuidado, si un individuo tiene una capacidad inferior a la media la tipicidad de todos modos queda intacta en tanto que se advierte una disminución de la culpabilidad o, en casos excepcionales, su exclusión[17]. Pero seguidamente se aclara que los partidarios de analizar las capacidades individuales (vgr. STRATENWERTH Y JAKOBS) proponen que la evitabilidad se determine en el tipo objetivo de acuerdo con las facultades individuales del autor, pues de lo contrario el delito imprudente se transformaría en un delito que castiga la mera desobediencia normativa. Consecuentemente, estos autores consideran los conocimientos y las capacidades o aptitudes (facultades individuales) para determinar la capacidad de evitación -individual- (tipo objetivo) de la acción típica contraria a la norma en el injusto y no, como las posiciones ya analizadas, en la atribuibilidad o culpabilidad[18]. A modo de ejemplo, se considera incomprensible que un cirujano con especiales capacidades esté obligado únicamente a utilizar las técnicas que corresponden al estándar mínimo.

En el ejemplo del camarero estudiante de biología, se señala que no tiene el deber de controlar el riesgo, y por ello no podría imputársele el no haberlo controlado[19].

Claro que cuando se habla de capacidades inferiores entra a jugar la imprudencia por asunción[20].

Comparto la idea de que la capacidad individual del sujeto incide fundamentalmente sobre la previsibilidad y la evitabilidad del resultado lesivo. Así, el error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor, observando el cuidado exigido, hubiera podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas. La determinación del cuidado exigido debe hacerse en función de la capacidad individual en las circunstancias concretas de la acción. Concebida la imprudencia como error, resulta claro que los conocimientos y capacidades individuales del autor deben ser tenidos en cuenta en el tipo de injusto del delito culposo.

El otro elemento del tipo objetivo del delito imprudente es la realización del resultado. En la medida en que éste sea la realización consecencial de la acción descuidada, el resultado forma parte del tipo pese a no ser lo esencial.

Actualmente, podría considerarse superada la vieja discusión entre desvalor de acto y de resultado. No se pueden desconectar como si fueran componentes completamente distintos.

Desde la teoría de las normas, si mantenemos la idea de que la norma procura motivar valores de acción, no se limita a producir resultados causalmente ciegos. La norma apela a los individuos para procurar que adecuen sus conductas al mandato normativo. Toda norma penal implica un mensaje prescriptivo.

La realización del resultado a veces depende del azar. Al desvalor de acto no le agrega ni le quita nada que sobrevenga el resultado. Lógicamente, cuando el resultado integra el tipo penal, la única forma de atribución al tipo objetivo es que el resultado se produzca. Lo que es claro es que ese resultado, por ej. la muerte de una persona, es consecuencia causal de una conducta y lo disvalioso es la conducta. El desvalor es desvalor de acto.

De lo anterior se infiere que una norma sólo puede dirigirse a fomentar conductas, valores de conducta, valores de acción. No puede dirigirse a evitar resultados -eso es sólo en lo mediato-. Para evitar resultados se apunta al fomento de determinados valores de conducta, porque si esos valores de conducta se dan, concretamente, si se da en el delito imprudente una realización cuidadosa de la acción final planeada y penalmente irrelevante, no va a sobrevenir como consecuencia de esa acción un resultado penalmente relevante.

IV. Simetría de Moebius [\[arriba\]](#) [21]

A esta altura, ya podemos advertir que en realidad no es posible hablar de simetría, no hay dos caras iguales. Como en la banda de möbius, partimos de un lugar con la expectativa de dar la vuelta y volver a ese mismo punto, y lo lograremos, pero arribando desde otro lado. Sólo si buscamos completar un círculo perfecto el resultado podrá decepcionarnos.

Acabamos de ver que uno de los puntos neurálgicos del debate se da en torno al correcto lugar sistemático de las aptitudes y capacidades individuales y de los conocimientos especiales. Para algunos, debe considerárselos ya en el tipo, dentro del concepto de cuidado y así directamente erradicar desde el tipo aquellas

conductas que no conciden con la imprudencia en razón de la capacidad y conocimiento individual del sujeto.

Otros, en cambio, prefieren disociarlo, quedarse con la medida de cuidado objetivo como elemento constitutivo del tipo penal y recoger y valorar las capacidades personales del sujeto recién en el ámbito de la culpabilidad. Aún así, pese a esta discrepancia, hay acuerdo en que la medida del error del profesional experimentado no puede ser la misma que la del practicante. La pericia o destreza de uno no es la pericia o destreza del otro, los conocimientos tampoco. En la valoración ex ante, hay que contar con lo que cada sujeto podía o no podía prever.

Una tercera postura es sugerida por PIÑA en sus conclusiones al incluir en el tipo objetivo únicamente aquellas circunstancias que tienen que ver con las aptitudes y capacidades, y añadiendo un tipo subjetivo compuesto por el conocimiento y voluntad de realizar una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable. En éste último, se incluirían los conocimientos especiales del autor[22].

WELZEL no logró superar la asimetría del delito imprudente respecto del tipo doloso. Como es sabido, en la construcción del sistema del hecho punible, la teoría finalista de la acción trasladó el dolo y la culpa que eran formas de la culpabilidad, hasta el tipo. De este modo, en el delito doloso cabe distinguir un tipo objetivo que es la realización de la conducta prohibida y a su vez un tipo subjetivo que es la voluntad consciente de realizar ese tipo objetivo. Fue imposible de lograr lo mismo en la imprudencia, por lo que el autor alemán construyó un tipo imprudente, enfocado sobre todo en el caso de la imprudencia inconsciente, ya que tratándose de culpa consciente podía hablarse cuanto menos de una previsión efectiva de un resultado que ligeramente se descarta, pero no había rastros de ello en la hipótesis de culpa inconsciente.

Fue así que WELZEL construyó un tipo imprudente que era asimétrico en relación al tipo doloso porque mientras éste último contaba con tipo objetivo y subjetivo, el tipo culposo tenía sólo tipo objetivo. Le faltaba, sobre todo en la imprudencia inconsciente, el tipo subjetivo. La tercera de las posturas esbozada reconoce que tal estructura del delito imprudente resultaría incompatible con la culpa inconsciente, y lejos de desistir en su postura sube la apuesta al indicar:

“Ello no significa que casos en los que se haya obrado sin conocimiento y voluntad de las condiciones típicamente relevantes para la producción del resultado, necesariamente deban ser impunes, pero sí se les coloca un límite de punibilidad importante a los supuestos en los que esa ausencia de conocimiento escapa al Derecho Penal (responsabilidad objetiva), de aquellos casos en los que no obstante esa ignorancia constituyen, de alguna forma, casos de imprudencia penal”[23].

V. Últimas cuestiones a tratar. (In) Conclusiones [\[arriba\]](#)

En realidad, si admitimos que la imprudencia es una estructura completamente distinta a la realización del dolo, no se advierte cuál sería la razón formal sistemática para que los tipos tengan que ser simétricos, y que el tipo imprudente tenga que tener también un tipo subjetivo igual que el tipo doloso. Si son estructuras típicas distintas pueden tener una conformación distinta. Pese a ello, lo que los últimos

defensores del finalismo trabajaron es justamente la búsqueda de un tipo subjetivo en el delito imprudente.

STRUENSEE Y ZIELINSKI, entre otros, desarrollaron construcciones que procuran completar el tipo imprudente también con un tipo subjetivo para que tenga dos patas, buscando que sean simétricos[24].

Si tomáramos como desarrollo ulterior del finalismo que el tipo subjetivo del delito imprudente está dado por la previsibilidad individual, el tipo objetivo quedaría compuesto por la inobservancia del deber de cuidado debido y la realización del resultado, y el tipo subjetivo por la previsibilidad individual del sujeto -una previsibilidad individual que le hubiera permitido no realizar la acción descuidada y evitar la realización del resultado-. Para ello tendríamos que considerar la previsión efectiva en la culpa consciente o la previsibilidad objetiva en la culpa inconsciente.

Tal construcción resulta artificial porque, sobre todo, cuando hablamos de previsibilidad, estamos hablando de un juicio que hace un tercero sobre las posibilidades de previsión de algo. Es decir, no estamos refiriéndolo a ninguna conexión de carácter psicológico entre el sujeto y la realización del tipo[25].

Si se quisiera sustentar un concepto solvente del tipo subjetivo, tendría que poder encontrarse algo que esté descrito en el tipo y que el agente pueda realizarlo simultáneamente a la realización del tipo objetivo -siempre guiados por la vieja idea de respetar la simetría-. En el tipo doloso de homicidio, cuando el sujeto realiza el tipo objetivo y causa la muerte, en simultáneo está realizando el tipo subjetivo porque con voluntad consciente quiere matar.

Para construir un tipo subjetivo en el delito imprudente habría que encontrar algo que aparezca descrito en el tipo y que luego pueda radicar en la cabeza del agente que actúa, para poder afirmar que al obrar descuidadamente, está además del tipo objetivo, realizando el tipo subjetivo.

Todos los razonamientos que pasan por la línea de la previsibilidad o de la cognoscibilidad se caracterizan por un juicio pronóstico que hace un tercero sobre la capacidad de representación que tiene o que pudiese tener un sujeto. Pero lo real y concreto es que eso no aparece descrito expresamente en el tipo imprudente. El tipo se conforma con la acción descuidada y, fundamentalmente, no se plantea ningún correlato psicológico en la mente del sujeto cuando actúa -justamente porque el sujeto lo que tiene en la culpa inconsciente es imprevisión-. Bajo esta hipótesis, ¿dónde agota el sujeto el tipo? En no prever. No hace ningún juicio sobre cognoscibilidad objetiva o previsibilidad[26].

Incluso en los supuestos de culpa consciente no puede entenderse el tipo subjetivo como conocimiento y voluntad de realización de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado, simplemente porque en el ejemplo dado al comienzo, conducir a excesiva velocidad no integra el tipo penal de manera específica y sólo resultará valorado por el ordenamiento jurídico como un peligro intolerable en el tipo objetivo, por el quebrantamiento del cuidado debido.

ZIELINSKI brinda otro argumento que parece todavía más forzado. Construye un tipo subjetivo cuya característica singular está dada por aquello que falta en la acción descuidada. Eso que falta es lo que el autor llama el “componente sin haber”[27].

Quiere decir que falta un componente de cuidado y que ese “componente sin haber” construiría el tipo subjetivo del delito imprudente.

Se puede replicar exactamente el mismo cuestionamiento que acabamos de formular. Ese “componente sin haber” que constituye una acción realizada sin el cuidado objetivo surge de una valoración que puede realizar un tercero, pero no surge en modo alguno de algo que esté en el tipo ni que sucede en la cabeza del sujeto. En tal sentido, resulta más conveniente el argumento de que el tipo subjetivo sólo se verifica en el tipo imprudente en las hipótesis de culpa consciente y consiste en una previsión efectiva de la probabilidad del resultado que fue descartada o desechada a la ligera por el sujeto en la inverosímil confianza o seguridad de que el resultado no se produciría. En la culpa consciente trabajo con aquello que pasó en la cabeza del sujeto, lo que previó ex ante y luego de prever descartó como posibilidad de resultado típico y obró confiando, es decir en una insegura certeza, una inverosímil certeza, de que el resultado no sobrevendría. Ahí puedo efectivamente construir un tipo subjetivo, pero si intento traspassarlo a la culpa inconsciente de aquel sujeto que ni siquiera se representó el resultado, no encuentro un mecanismo que me permita la misma configuración de un tipo subjetivo.

Más cercano en el tiempo, STRUENSEE ha hablado del síndrome de riesgo[28]. Sostiene que en el tipo imprudente el sujeto tiene que tener conocimiento de que la realización que emprende es un síndrome de un riesgo. El conocimiento en la culpa consciente o inconsciente llega hasta ahí. Es más claro siempre en la consciente que en la inconsciente pero tiene que llegar hasta ahí. Es decir, no hay conocimiento, hay sólo cognoscibilidad no actualizada de que puede sobrevenir el resultado. Pero si hay conocimiento del síndrome de riesgo, éste nos acercaría más bien a un dolo de peligro.

STRUENSEE construirá este tipo subjetivo en base a un conocimiento efectivo y ya no potencial. Retrogradando el conocimiento a un momento anterior al emprendimiento de la acción, será allí cuando el sujeto deberá haber conocido efectivamente el síndrome, es decir, el signo indicativo de la planeación de una conducta riesgosa. Ese conocimiento que va seguido de un asentimiento, de un querer, porque el sujeto emprende la realización de la conducta, no se diferencia entonces de un dolo de peligro y de aquel sujeto que obra con voluntad consciente de emprender una acción peligrosa.

La construcción de un tipo subjetivo en la imprudencia no ha recibido una masiva aceptación, sobre todo teniendo en cuenta que se ha desarrollado por distintos caminos -nada tiene que ver el componente del síndrome de riesgo con el componente sin haber- y ninguno logra explicar satisfactoriamente la imprudencia en general. En el caso de STRUENSEE, no ha podido demostrar que en todos los casos de culpa inconsciente haya habido ese conocimiento del síndrome, que significa de algún modo la representación anticipada de un peligro, antes de emprender la acción. Esto surge como la cara subjetiva del deber de cuidado.

Si decimos que hay una obligación de cuidado y que esa obligación de cuidado genera un deber, estamos abriendo el flanco para un ámbito subjetivo del deber. Y si hay un deber subjetivo, entonces vamos a construirle un tipo subjetivo. Sin embargo, pareciera que ese tema del deber hay que sopesarlo en el ámbito del reproche de culpabilidad[29].

Ciertamente a todos nos genera incomodidad la responsabilidad objetiva por el resultado y nos abrazamos al principio de culpabilidad, anhelando un elemento

subjetivo. Ahora bien, ello no necesariamente tiene que darse en el tipo y puede perfectamente sopesarse ese conocimiento que el sujeto pudo haber tenido ex ante del peligro emprendido dentro de la categoría de la culpabilidad. Asimismo, valoremos la posibilidad del error que puede darse incluso a través de la experiencia. RIGHI lo explica:

“Es verdad que cuando no existe la posibilidad de abarcar cognoscitivamente la situación de peligro o la posibilidad del resultado, la conducta es atípica, ya que el desconocimiento de factores de riesgo que proviene de un error inevitable excluye la imputación por imprudencia (...) Sin embargo, cuando el resultado está más allá de la capacidad de previsión lo que se elimina es la imputación objetiva. La previsibilidad no puede ser reconocida como un elemento subjetivo de la imputación, pues el umbral mínimo de la tipicidad imprudente es que el autor haya podido prever el resultado. En consecuencia, la admisión de que cualquier delito imprudente puede ser cometido mediando culpa sin representación, debe ir acompañada de la admisión de que la subsunción al tipo culposo no requiere la consideración de elementos subjetivos”[30].

Separaremos además, la culpa consciente donde el sujeto en el fondo por asunción realiza la conducta en la confianza de que no va a suceder el resultado y el dolo eventual donde el sujeto no tiene confianza de que no va a suceder pero actúa indiferentemente ante el mandato de la norma. En las dos hipótesis, culpa consciente y dolo eventual, hay una previsión efectiva del resultado -ya eso es difícil de deslindar, conocimiento y cognoscibilidad más aún-.

La búsqueda de la simetría no debería haber perdido de vista que más allá de la opción que se adopte, lo hay que pensar es cuál es la opción sistemáticamente más congruente. Forzar el razonamiento para la construcción de un tipo imprudente simétrico al tipo doloso y entonces construir también un tipo subjetivo en el tipo imprudente, a la luz de las consideraciones vertidas aparece menos sustentable que admitir que el tipo imprudente es una estructura bien distinta del tipo doloso y, por ende, que no guarda la tan ansiada simetría. Entonces, el componente de subjetividad en el caso del tipo imprudente no puede anticiparse a la primera valoración en el juicio de atribución típica sino que debe relegarse a una valoración subsecuente en el ámbito de la culpabilidad.

De admitirse la tesis de STRUENSEE reconociendo que en el tipo imprudente hay un conocimiento del síndrome de riesgo al momento de planeación de la ejecución típica, estaríamos muy cerca del dolo eventual. Podría intentar salvarse esta postura negándolo porque pese a tal conocimiento habría confianza de que no se produzca el desenlace no querido -con lo cual no habría indiferencia ante el derecho-. ¿Pero cómo haríamos para completar el sistema en el caso de la omisión? El delito omisivo que también forma parte del sistema del hecho punible tiene componentes normativos que nunca vamos a encontrar en el delito doloso.

Más allá de la opción por la que se opte, no parece estrictamente necesario construir un modelo que cierre por todos lados y que, por lo demás, conlleve el sacrificio o la flexibilización de algunos conceptos que no lo admiten.

El tipo imprudente a diferencia del tipo doloso tiene entre otras características peculiares que diferencian la estructura -su condición de tipo abierto- y por más que honremos al principio de legalidad[31] y que ansiemos una descripción típicamente cerrada como en los delitos dolosos, en el tipo culpable por la variedad de conductas de la vida es imposible cerrar el tipo con elementos adicionales distintos al deber

de cuidado. El deber de cuidado objetivo ha ganado su lugar natural en el seno del tipo.

A modo de argumento adicional o complementario, la mejor demostración de que esto es así está dada en la técnica empleada por las legislaciones para la tipificación de los delitos imprudentes que se limitan a describir un resultado que se realiza por imprudencia y no agregan nada más.

En el caso de la imprudencia consciente, sí podríamos construir un tipo subjetivo sobre la base de la efectiva previsión del riesgo ligeramente desechada o desatendida por el sujeto en mérito a su excesiva confianza de que no se va a producir el resultado. Pero en cambio en la imprudencia inconsciente, no vamos a lograr encontrar culpa que amerite asentar sistemáticamente un tipo subjetivo. Y me parece que no tiene por qué ser la imprudencia una construcción simétrica a la del tipo doloso. Obviamente, la imprudencia inconsciente ha sido el gran escollo para la elaboración del tipo del delito imprudente, lo que nos demuestra que el derecho penal basado en una teoría del ilícito personal para el delito doloso de comisión, no encuadra en aquel porque son realidades fenomenológicas distintas.

En cuanto a la norma de cuidado, en la medida en que admitamos con ese nombre o con otro que nuestra sociedad actual es una sociedad de riesgos y que el avance y el progreso tecnológico va a ir incrementándolos, veremos como cada vez resultará más difícil adoptar una definición jurídica de la culpa y no podremos renunciar a las cláusulas de contenido general. El delito imprudente nos plantea un problema de imputación aún no resuelto o resuelto a medias.

En definitiva, el progreso esperable en materia de consolidación de una teoría de la imputación objetiva -no muy atractiva, desde luego, para un finalista clásico-, pareciera que puede generar mayores avances en la mejor delimitación del concepto del tipo imprudente hacia su consolidación en la esfera penal, o bien hacia su paulatina erradicación y migración al derecho administrativo sancionador[32].

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Abogado, Especialista en Derecho Penal y docente (UBA). Funcionario de la Defensoría General de la Nación.

[2] NIETZSCHE, Friedrich, Humano demasiado humano, Editorial Biblioteca EDAF, Madrid, 1984, pág. 107.

[3] Subtítulo extraído de la canción perteneciente a la banda de rock Sumo que aparece en el disco "After chabón" del año 1987.

[4] Distinguiéndose dicho argumento de la crítica formulada por CORCOY BIDASOLO que recoge PIÑA en PIÑA, Roxana G., "El tipo subjetivo en el delito imprudente", en Revista de Derecho Penal. Delitos culposos I, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002 1, págs. 55 y sgtes.

[5] Con la llegada del finalismo, la consideración del resultado en el ámbito del tipo culposo exigió no sólo que la acción provoque la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino también que la producción del resultado haya sido justamente la concreción de la lesión del cuidado. Ello determinó que fueran excluidos del tipo de los delitos culposos los resultados que quedan fuera de la

previsibilidad objetiva de un hombre razonable. En los delitos de peligro, se tomó como momento decisivo para el juicio de adecuación el de la ejecución de la acción, considerándose a partir de allí la posibilidad de lesión del bien jurídico por la influencia del suceso (RIGHI, Esteban, La imputación subjetiva, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2002, págs. 65/66). En la búsqueda de desarrollos posteriores, se ha señalado: "...debemos desistir de buscar una relevancia de la finalidad en el delito imprudente y centrarnos en la segunda parte de la fundamentación que queda destacada (...): lo injusto imprudente no puede venir constituido solamente por la lesión de un bien jurídico (ni tampoco por la peligrosidad de la conducta...), sino por la inobservancia del cuidado debido" (GIL GIL, Alicia, El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág. 28).

[6] RIGHI, ob. cit., pág. 65.

[7] Esta opinión ha sido reconocida por JEROUSCHEK, Günter y ARND KOCH, Jena, "Sobre la punición de la imprudencia inconsciente. La discusión en la República Federal y en la República Democrática Alemanas", en Revista de Derecho Penal. Delitos culposos II, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002. Allí se indica: "Bajo el punto de vista de merecimiento de pena se demuestra, desde una perspectiva individualista, que la imprudencia inconsciente no es per se más insignificante que la imprudencia consciente. Por el contrario, la imprudencia inconsciente puede ser, como siempre se afirma, claramente más gravosa" (pág. 160). "Por otro lado, como lo expresaron von Liszt/Schmidt, 'el autor precavido que examina de forma temerosa las consecuencias futuras sería condenado de forma más severa que el paseante despreocupado'. En particular, no se puede equiparar jurídicamente la imprudencia inconsciente al acto humano erróneo y prácticamente inevitable" (pág. 161). "De forma preferencial aparece la creciente interpretación representada por la joven doctrina que propone excluir de forma genérica los sencillos grados de imprudencia del Derecho Penal" (pág. 162).

[8] GIL GIL, ob. cit., págs. 26/27.

[9] Al respecto cf. WELZEL, Hans, El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista (segunda reimpresión de la 1° ed. en castellano, Ariel, Barcelona, 1964), Editorial B de F, Montevideo, 2004. En particular, léase el prólogo del autor a la edición española (1964).

[10] WELZEL, ob. cit., pág. 111.

[11] Ídem anterior, pág. 112.

[12] GIL GIL, ob. cit., pág. 30.

[13] Ídem anterior, págs. 30/31.

[14] Ibidem, pág. 32.

[15] En este punto, PIÑA señala: "Welzel continúa con el concepto de cuidado objetivo que había iniciado Engisch: el cuidado objetivo como delimitador del injusto imprudente es aquel que hubiera empleado el hombre prudente, impregnado con un importante componente de previsibilidad y evitabilidad objetivas, a juicio de un observador imparcial que contase con los conocimientos del autor. Sobre la previsibilidad objetiva del resultado producido sería decisivo el criterio de un observador objetivo que juzgara en el instante decisivo ex ante, situado en la posición del autor, equipado con el saber experimental de su tiempo sobre los procesos causales (...) y con el conocimiento de los factores reales que hubiera captado un hombre prudente, además de los que conocía el autor...". PIÑA, op. cit., págs. 60/61.

[16] Ídem anterior, pág. 62.

[17] Ibidem, pág. 64.

[18] Ibidem, pág. 65.

[19] "En el delito imprudente, la no aplicación del saber especial o aptitud especial a consecuencia de una falta de atención sólo permite la imputación del

resultado lesivo cuando compete el deber de aplicarlo. En cuanto a los poderes inferiores, el riesgo no cognoscible por el sujeto actuante -aunque sí por el hombre medio- no puede generar responsabilidad a título de imprudencia. Si presupuesto de la tipicidad del delito culposo es que el riesgo jurídicamente desaprobado o la infracción al cuidado exigido resulte cognoscible por el autor, la imposibilidad individual de conocer tal riesgo determina la atipicidad y no la exclusión o disminución de la culpabilidad”. Ibidem, pág. 69.

[20] “La doctrina advierte la interrelación de conocimientos y aptitud cuando trata la ‘culpa por asunción’, según la cual se infringe el deber objetivo de cuidado cuando alguien sin los necesarios conocimientos realiza un comportamiento que el experto podría practicar sin dificultad”. PIÑA, op. cit., pág. 64.

[21] Es el nombre de unos de los discos de la banda de rock Catupecu Machu editado en el año 2009, que a su vez se refiere a la banda o cinta de Möbius, superficie con una sola cara y un solo borde que tiene la propiedad matemática de ser un objeto no orientable.

[22] PIÑA, op. cit., pág. 76.

[23] Ídem anterior.

[24] Al respecto, cf. STRUENSEE, Eberhard, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN0210-3001, Tomo 40, Fasc./Mes 2, Madrid, 1987, págs. 423/450, y ZIELINSKI, Diethart, Dolo e imprudencia. Comentario a los ss 15 y 16 del Código Penal Alemán, traducción de la obra originalmente publicada en 1990, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

[25] Como incursión del positivismo en la teoría de la culpabilidad, la exigencia de imputación subjetiva quedó asociada a la constatación de una relación subjetiva entre autor y resultado, es decir a la existencia de un nexo psicológico entre el hecho y su autor, lo que debía ser común a ambas modalidades dolosa y culposa. Desde tal óptica sólo era posible sancionar la culpa consciente, pues en la inconsciente no es posible demostrar la existencia de relación anímica alguna entre el hecho y su autor, pues éste obra sin haberse representado la posible realización del resultado. Ante los cuestionamientos sufridos por la teoría psicológica de la culpabilidad, finalmente debió admitirse que en los delitos culposos es suficiente para la imputación un estado psíquico caracterizado por la posibilidad de prever y la falta de previsión. RIGHI, ob. cit., págs. 62/64.

[26] En rigor lo que sucede es que “...en la medida en que la previsibilidad sea considerada como un dato objetivo, no puede ser presentada como el tipo subjetivo del delito imprudente”. Ídem anterior, pág. 71.

[27] ZIELINSKI, Diethart, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 152 y sgtes.

[28] STRUENSEE, op. cit., pág. 436.

[29] A modo de crítica, se señala que en la concepción de Struensee los casos de imprudencia inconsciente no reciben una explicación adecuada dado que, en principio, no siendo el sujeto consciente de las condiciones que conducirían al resultado lesivo, su conducta resultará atípica por ausencia del tipo subjetivo (RIGHI, ob. cit., págs. 73/74).

[30] Ídem anterior, pág. 69.

[31] Al respecto, se señala: “La vaguedad de la determinación de la conducta prohibida en el delito imprudente, que llevó a muchos autores a hablar de un tipo abierto, ha provocado que los tribunales hayan determinado la infracción de un deber de cuidado en franca violación del principio de legalidad o violentando los criterios de responsabilidad subjetiva en que se funda el Derecho Penal”. PIÑA, op. cit., pág. 56.

[32] Hoy podrá parecer descabellada esta última hipótesis. Ahora bien, no hay que perder de vista que a principios del siglo XIX, “El consenso consistía en que una

pena sólo podría imponerse en la actuación culpable del autor. Porque la culpabilidad fue interpretada correspondientemente como culpabilidad voluntaria, se originó el problema de la justificación de pena en la causación del resultado involuntario”. Tan extraño resultaba en aquel momento pensar en aplicar pena sin dolo que al aparecer como nueva posibilidad se decía: “El legislador positivo puede todo. Así también puede convertir a un autor sin dolo en un delincuente” (JEROUSCHEK y ARND KOCH, op. cit., págs. 144 y 147 -cita de RoBhirt-).