

## PARAMETROS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LA INFRACCION AL DEBER DE CUIDADO EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

*Alex van Weezel de la Cruz*

Facultad de Derecho  
Universidad de los Andes

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y APORIAS DE LA TESIS GENERALIZADORA

Una de las cuestiones más debatidas en relación con los delitos imprudentes consiste en la determinación de si –a nivel de tipo de injusto– la concurrencia de la vulneración del cuidado debido debe analizarse según criterios únicamente generalizadores (Welzel<sup>1</sup>, Jescheck, Maurach, Schünemann, Córdoba Roda, Cerezo Mir y otros), o si, por el contrario, es preciso introducir también elementos individualizadores derivados de las características personales del autor, en cuanto modifican la especificación del caso (Stratenwerth, Samson, Jakobs, Mir Puig, Zugaldía<sup>2</sup> y otros)<sup>3</sup>:

1. Una acción es contraria al deber –sostiene la tesis denominada objetiva– cuando vulnera el cuidado que en general es necesario para el desarrollo de una actividad social determinada; en consecuencia, una persona que no pueda observarlo debe abstenerse de su realización. El cirujano excepcional cumple con el deber de cuidado si ante una complicación se comporta como lo haría un cirujano medio.

<sup>1</sup> Vid. por todos, WELZEL, *Derecho Penal Alemán*; Ed. Jurídica de Chile; Santiago, 1987; en la traducción de la 12ª edición alemana realizada por Juan Bustos y Sergio Yáñez, p. 187 y ss.

<sup>2</sup> Vid., por todos, ZUGALDÍA, “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1984), p. 321 y ss. También reviste mucho interés la posición de JAKOBS, desde la perspectiva funcionalista-normativa, quien vincula su planteamiento con las funciones del Derecho Penal, “que no garantiza la expectativa de que todos los hombres estén capacitados por igual, sino sólo la expectativa de motivación fiel al Derecho”: así, en su *Derecho Penal, Parte General*, Marcial PONS, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, traducido de la 2ª edición alemana (1991) por Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo. Vid. especialmente pp. 378 a 389.

Si bien este trabajo no se ha escrito desde el ángulo funcionalista –su orientación es básicamente finalista– las conclusiones a las que llega pueden también tener sentido desde aquella perspectiva. En efecto, más allá de que la imprudencia contenga una infracción del deber de cuidado o, por el contrario, consista en una forma de evitabilidad individual, se trata de poner de manifiesto que la noción de imprudencia –cualquiera que sea– no resiste el enjuiciamiento del caso concreto desde una perspectiva exclusivamente generalizadora. Aunque en apariencia por diferentes razones, el resultado es similar, lo que no deja de suponer –en cierta medida– una confirmación de la tesis central.

<sup>3</sup> Sin exagerar, se ha preferido utilizar una nomenclatura que no induzca a errores innecesarios. Por esta razón, en lugar de oponer la tesis “objetiva” a una tesis “subjetiva”, se habla de perspectivas generalizadoras o individualizadoras, pues también las capacidades o conocimientos personales del autor pertenecen, en rigor, a la constitución “objetiva” del caso.

2. Otro sector de la doctrina considera que la contravención del deber de cuidado debe enjuiciarse según el conocimiento y las capacidades del autor. Un conductor experto que, dada su pericia, ha previsto y valorado adecuadamente los riesgos que comporta el obstáculo, no puede disculparse si choca con él, alegando que un conductor normal no hubiera hecho correctamente la valoración.

Numerosas razones han inclinado a la doctrina en favor de la llamada tesis del “cuidado objetivo”. Entre otras: las ventajas prácticas de considerar separadamente la infracción objetiva y subjetiva, a nivel de injusto y de culpabilidad, respectivamente; la disolución de la norma de comportamiento general que provoca la tesis denominada “subjetiva”; el quebranto en la protección de los bienes jurídicos que implica el hecho de aceptar que cada uno –pudiendo realizar cualquier actividad social– cumpla con el deber de cuidado observando el nivel que le sea subjetivamente posible; las contradicciones en que incurre la tesis subjetiva al momento de excluir las hipótesis de riesgo permitido o caracterizar, desde su punto de vista, la “culpa por asunción”; el riesgo que comporta para la seguridad el hecho de que el ordenamiento jurídico contenga exigencias particularizadas, más aún en base a impresiones sobre la capacidad individual que pueden no tener un correlato en la realidad, o bien no acompañar al sujeto en ciertas situaciones en las que, sin embargo, conserva la aptitud para desarrollar un trabajo normal.

Algunas distinciones pueden contribuir a esclarecer los términos del asunto:

I. En la ejecución de la acción riesgosa, prudente o imprudente, es posible reconocer tres momentos sucesivos:

1. La previsión del peligro (aunque basta su previsibilidad objetiva),
2. La valoración del riesgo, y
3. La actuación consecuente.

II. En cuanto a las potencias del agente, es posible distinguir:

1. Sus conocimientos, y
2. Sus capacidades o habilidades.

En este esquema, los contenidos de I.1 están prevalentemente –si bien no exclusivamente– relacionados con los de II.1, y los de I.2 y I.3, más vinculados a II.2. En buena medida, la tesis de este trabajo sostiene que no es posible caracterizar correctamente el contenido de ilícito de una acción imprudente sin referencia a todos estos elementos.

En general, por las razones apuntadas se entiende que rige el deber objetivo de cuidado. Es decir, se está sólo a los conocimientos y capacidades generales o medios, tanto si en concreto se puede más, como si en concreto se puede menos. En este último caso, el sujeto debería abstenerse de realizar la acción.

Sin embargo, con frecuencia se introduce una limitación a la tesis objetiva que parece impuesta por la naturaleza de las cosas y que, sin embargo, no deja de presentar inconvenientes al sistema. Porque hay ciertas situaciones en que la culpa se configura *precisamente* por el desprecio de los conocimientos especia-

les que posee el autor. El taxista sabe que de un colegio salen a determinada hora estudiantes corriendo hacia la calle; el camionero sabe que su camión tiene un defecto de material raro y difícilmente reconocible; el conductor sabe que en ese cruce el disco "Pare" se encuentra caído. Si el taxista no extrema la precaución al pasar por aquel sitio, o el camionero no mantiene la velocidad del camión en la pendiente, o el conductor omite detenerse, y como consecuencia de estos comportamientos se causan resultados lesivos, será necesario afirmar la existencia de culpa sobre la base de un criterio subjetivo de previsibilidad. En consecuencia, el cuidado debido en su especificación de "deber de prestar atención" o de "examinar previamente la situación", importa una consideración subjetiva. Tratándose, pues, de la *previsión* del riesgo, se han de tomar en cuenta los especiales *conocimientos* del autor.

Pero la doctrina es mucho más reticente en cuanto a la valoración del riesgo, porque esto es algo que depende más de las capacidades que de los conocimientos del autor. Es posible —y de hecho ocurre habitualmente— tener todos los datos de un problema y, sin embargo, no encontrar la solución adecuada. Valorar la situación exige talento, y quien valora con especial acierto goza de una especial capacidad, circunstancia de la que el Derecho no podría hacerse cargo a nivel de injusto. Razones análogas se aplican, con general aceptación, respecto de la actuación consecuente y las capacidades del sujeto.

Esta distinción, y el sistema que de ella resulta, son frecuentemente mencionados como correctos. La tesis de Cerezo Mir representa un ejemplo paradigmático<sup>4</sup>. Sostiene que los conocimientos especiales del individuo "son tenidos en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva que sirve de base (...) para determinar el cuidado objetivamente debido". El juicio de previsibilidad objetiva se lleva a cabo, por tanto, situándose el juez en el lugar del sujeto en el momento de comenzar la acción, teniendo en cuenta las circunstancias cognoscibles por un hombre medio, más las conocidas por el autor, la experiencia común sobre los cursos causales y el saber experimental excepcional del autor.

Esto significa que el deber de cuidado debe ser apreciado "en concreto", es decir, que debe apreciarse en la singularidad de las propias circunstancias del autor.

La cuestión que ineludiblemente se plantea es la de si esta apreciación "en concreto" del deber de cuidado no termina por subjetivizarlo. Tanto más si se considera que en el juicio de previsibilidad objetiva se incluyen no sólo los conocimientos provenientes de la experiencia común, sino el propio saber nomológico del autor —su saber experimental excepcional— además de las circunstancias del caso conocidas por él mismo, esto es, el llamado saber ontológico.

Pero sin duda lo más grave es que esta subjetivización de la previsibilidad "objetiva" sólo opera en un sentido; es decir, sólo tiene relevancia práctica en la medida en que perjudica al sujeto. La previsibilidad "objetiva" toma en cuenta los conocimientos especiales del individuo, pero se desentiende de su especial ignorancia. Por otra parte, si a nivel de las capacidades el criterio objetivo se ha

<sup>4</sup> CEREZO MIR, "El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1983), p. 471 y ss. También incluye NAQUIRA los especiales conocimientos del autor en el juicio de previsibilidad objetiva, y descarta expresamente la consideración, a nivel de injusto, de sus especiales capacidades o habilidades: *vid. Derecho Penal, Teoría del delito*, I, McGraw-Hill, Santiago, 1998, p. 181 y 182.

mantenido sin fisuras –aun a altos costos–, no ha ocurrido otro tanto en el ámbito de los *conocimientos especiales*<sup>5</sup>.

Cabe entonces preguntarse si es posible subjetivizar el deber de prever los riesgos –estrechamente vinculado a los conocimientos del autor– conservando en la objetividad el deber de valorarlos y la actuación consecuente, pertenecientes al ámbito de sus capacidades<sup>6</sup>. Se renueva así la discusión acerca de cuál es el límite máximo del deber normativo. Porque no cabe olvidar que el tipo es la materia de la prohibición y que en ese entendido la norma de cuidado no puede obligar a nadie a un comportamiento para el que carece de facultades, por mucho que ese modo de comportarse sea exigido a los hombres más dotados.

Esta aparente inconsistencia conduce a que la tesis del cuidado objetivo no sólo deba enfrentar las lagunas de punibilidad que se producen respecto de las personas que, por poseer unas facultades excepcionales, pueden observar un cuidado mayor que el objetivamente debido; también deberá hacerse cargo del exceso de punibilidad que implica establecer un parámetro fundado en el hombre medio.

Algunos autores proporcionan una solución para las lagunas de punibilidad<sup>7</sup>. Señalan que si el cirujano no usa su capacidad excepcional o la técnica que él conoce, a pesar de haber previsto la posibilidad de que el paciente muriera y de evitar ese resultado mediante el uso de sus facultades excepcionales, se estará en presencia de un homicidio en comisión por omisión dolosa (si el sujeto contaba con la posibilidad de la producción del resultado mortal) o imprudente (si confiaba en que, a pesar de todo, el resultado de muerte no se produjera). Tal argumentación no parece ser, sin embargo, satisfactoria. La doctrina generalizadora señala, en efecto, que el cirujano con cualidades excepcionales (de las que puede disponer) que no las utiliza en el ejercicio de su profesión –y como consecuencia de ello el paciente muere–, no infringe la prohibición de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos, sino el mandato de defender ciertos bienes de la lesión. El cirujano no realiza un delito de comisión, sino uno de omisión. Y en la segunda redacción del supuesto, de omisión imprudente. La solución final a que se llega es correcta. Pero si se sigue coherentemente el parámetro de la tesis dominante para establecer la infracción del cuidado debido, se da la paradoja de que el sujeto incurriría en una omisión “típica”, que de acuerdo a la

<sup>5</sup> La salvedad hecha por CEREZO MIR puede ser muy plausible desde el punto de vista de la justicia, pero no encuentra un lugar cómodo al interior de la tesis objetiva. Casi a renglón seguido de su planteamiento inicial, afirma que “cuando la omisión sea inconsciente, la conducta será impune” e indica que esto ocurre cuando, por ejemplo, “el cirujano no ha previsto, aunque podría haberlo hecho dada su capacidad excepcional, la complicación mortal o la posibilidad de evitarla mediante la técnica que sólo él conoce”. Esta restricción al ámbito de la punibilidad no parece del todo coherente con el planteamiento inicial. El deber de cuidado se enjuicia o no en forma objetiva, pero no cabe echar mano sorpresivamente de un criterio subjetivo en relación con la conciencia o inconciencia del riesgo. Cf. *ibíd.* supra, nota 4.

<sup>6</sup> Esta dificultad es la que, a nuestro juicio, no logra resolver el planteamiento de BUSTOS (*Vid. El delito culposo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 38-42), cuando señala que lo decisivo es determinar un ámbito situacional preciso, que pasa por la especificidad del sujeto actuante. Esta argumentación sólo le lleva a solucionar los problemas que presenta la previsibilidad objetiva, pero no a enjuiciar individualizadamente la infracción al deber de cuidado respecto de las habilidades o capacidades especiales del autor. Con todo, su punto de vista supone ya un notorio avance con respecto al estado de la cuestión en la doctrina nacional.

<sup>7</sup> Cf. CEREZO MIR, o. c., p. 475.

segunda redacción del supuesto no sería dolosa, pero tampoco imprudente, atendido el carácter generalizador del parámetro que utiliza esa tesis para enjuiciar la infracción del cuidado debido.

Lo que ocurre, entonces, es muy extraño. Para configurar el “delito de omisión imprudente” se hace depender la realización típica –como en todas las omisiones– de los poderes individuales del sujeto. Y para configurar el “delito imprudente de acción” se utiliza en la tesis objetiva el criterio del hombre medio. De manera que esta teoría enfrenta el problema de afirmar que los criterios del cuidado son distintos en una y otra clase de imprudencia. Es decir, que el concepto de imprudencia es uno para la omisión, y otro para la comisión. Esto es, al menos, muy difícil de explicar.

En cuanto al exceso de punibilidad, la tesis objetiva ha de responder que cuando el sujeto no se encuentra capacitado para observar el cuidado objetivamente requerido, debe abstenerse de realizar la actividad. Pero el verdadero problema se plantea en los casos en que el sujeto ni siquiera tiene la instrucción o capacidad necesarias para percatarse de aquellos riesgos de los que sí se percataría una persona más dotada. Si se operara en estos casos con la solución de la tesis objetiva, se acabaría prohibiendo la ejecución de la acción riesgosa a un autor incapacitado para percibir esos riesgos.

Piénsese por ejemplo en un médico general de zona apartada que ha permanecido años en ese lugar: ¿cuál debe ser su conducta frente a un paciente que, según su diagnóstico, precisa de intervención quirúrgica? Con los requerimientos de actualización vigentes hoy en la cirugía, si ese médico supiera que la tesis objetiva es la tesis dominante, debería negarse a operar, porque posiblemente el “cirujano medio” sería para él un parámetro inalcanzable<sup>8</sup>.

Más allá, incluso, del ejemplo: lo más serio es que la tesis objetiva crea una peligrosa “zona de inseguridad”, precisamente en las dos actividades con mayor incidencia en la responsabilidad penal por imprudencia: el ejercicio de la medicina y la conducción de vehículos motorizados, actividades que por otra parte sólo se aprenden por medio de una práctica inicialmente siempre defectuosa<sup>9</sup>. Para llegar a ser lo suficientemente hábil es indispensable practicar sin serlo todavía. Pero, ¿cuándo se estima suficientemente adquirida la experiencia en estos casos como para que sea válido el parámetro generalizador? Pareciera ser muy claro que, al menos en este terreno, la tesis objetiva no logra determinar bien el ámbito de lo prohibido.

<sup>8</sup> Si se quiere que la expresión “medio” tenga un significado aprovechable: si, en cambio, se crearan casi tantos “ámbitos de relación” como sujetos, la tesis dejaría de ser generalizadora. Por otra parte, la posibilidad de que excluir la “tipicidad” de la conducta en base al criterio del riesgo permitido es extremadamente discutible, también si se plantea a partir del modelo de la evitabilidad individual: *vid.* al respecto la excelente monografía de PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*; Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia; Madrid, 1995; pp. 257–272.

<sup>9</sup> La exigencia, hoy prácticamente generalizada en Chile, de que quienes optan a una licencia de conducir hayan realizado previamente un curso formal de conducción, confirma lo señalado en el texto. El seguimiento y aprobación del curso permite preconstituir la prueba –que, obviamente, nunca será plena– de que el sujeto ha alcanzado cierto nivel de conocimiento y habilidad que permite encuadrar su conducta en los límites del parámetro generalizador. Como consecuencia, y ya que tal exigencia no puede considerarse universal ni aplicable a toda realización de actividades riesgosas, en muchas de ellas no queda más que reconocer la validez restringida de aquella suposición.

En términos generales, el cirujano del ejemplo tiene dos alternativas: a) Obedecer ciegamente al mandato y autoexcluirse. Con esto se convierte a los delitos culposos en delitos de mera desobediencia y, de paso, se pone en juego la legitimidad de la sanción penal en estos casos; o bien, b) si se produce un desenlace fatal, abrigar la esperanza de que su limitación personal –menor instrucción o inteligencia– pueda estimarse como causa de inimputabilidad o de inexigibilidad. Por desgracia –o por fortuna– esto no será habitualmente posible para el juez<sup>10</sup>.

La necesaria inclusión de los conocimientos individuales en el ámbito de la previsibilidad objetiva conduce, en síntesis, a la sospecha de que la tesis del cuidado objetivo merece al menos alguna revisión en cuanto al modo de captar la singularidad del caso y, sobre todo, la situación de quienes, por circunstancias ajenas a su voluntad, deben situarse bajo la media que le sirve de parámetro.

## II. PROFUNDIZACION EN LAS APORIAS Y ALTERNATIVAS DE SOLUCION

Quiérase o no, la determinación de la culpa tiene siempre que ver con el sujeto. Así lo demuestra el hecho de que sea imposible reducir la previsibilidad del resultado a una cuestión completamente objetiva: en la solución de ciertos casos límites es necesario echar mano de los saberes especiales del autor.

Esto hace pensar que la incorporación de consideraciones relativas a la idoneidad cognoscitiva o valorativa del sujeto –en el sentido de “valoración del riesgo” y no de la relación de armonía o contraste con el ordenamiento jurídico– no constituye sólo una desmesurada consecuencia de la marcha triunfal que han desplegado hasta ahora las teorías del ilícito personal. Parece, en cambio, que la misma naturaleza de la culpa reclama un análisis más profundo de las implicancias subjetivas.

La crítica más severa al planteamiento que se sugiere en este trabajo parece ser la que realiza Maurach<sup>11</sup>: “El gran peligro de una evolución semejante radicaría en que, finalmente, el ilícito ya no podría ser establecido a partir de la lesión de una conducta básicamente igual para todos los destinatarios de la norma, con lo cual quedaría allanada la distinción entre el deber y el poder. Ello impediría que las exigencias generales de conducta pudieran determinarse precisamente como líneas delimitadoras entre el derecho y el ilícito”.

En esta argumentación parece haber, sin embargo, al menos una petición de principio. Precisamente porque se considera la lesión del deber individual de cuidado como algo perteneciente a la culpabilidad, se concluye que su incorpo-

<sup>10</sup> A título más bien informativo, se puede señalar que la jurisprudencia publicada da cuenta de una tendencia objetivista o generalizadora en la apreciación de la infracción del deber de cuidado, conforme a la que una especial pericia surte efecto agravante, mientras que una especial ignorancia o falta de habilidad sólo difícilmente puede ser tenida por atenuante. *Vid.*, por ejemplo, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: tomo LX, 1963, 2ª parte, Sección Cuarta, p. 374 y ss.; tomo LVI, 1969, 2ª parte, Sección Cuarta, p. 203 y ss.; tomo LXXIX, 1982, 2ª parte, Sección Cuarta, p. 215 y ss., sólo en la sentencia de primera instancia: la sentencia correspondiente a la apelación es absolutoria, pero por motivos causales que no vienen al caso; especialmente interesante: tomo LXXXII, 1985, 2ª parte, Sección Cuarta, p. 110 y ss.; y, también con particular interés: tomo LXXXVIII, 1991, 2ª parte, Sección Cuarta, p. 88 y ss.

<sup>11</sup> MAURACH, *Derecho Penal, Parte General*, I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, 7ª edición actualizada por Heinz Zipf y traducida al español por Jorge Bofill, p. 272.

ración en el tipo allana la distinción entre el deber y el poder. De la misma manera podría decirse que la tesis del cuidado objetivo fracciona indebidamente el análisis del problema: elige ciertos elementos constitutivos de la culpa y los sitúa en el tipo, mientras relega el resto al ámbito de la culpabilidad.

La argumentación de la crítica devendría en insostenible si se pone de manifiesto que la aplicación del parámetro objetivo no logra delimitar adecuadamente el derecho del ilícito. Es decir, si se demuestra que, en un buen número de casos, esta conversión de ciertos elementos subjetivos de la culpa en criterios de graduación del juicio de reproche da lugar a excesos y defectos en la punibilidad de las conductas imprudentes. En el apartado anterior se ha hecho ya un esbozo de esta demostración, que ahora conviene tratar con más detalle.

1. Defectos o lagunas de punibilidad. Hay ciertos casos en que la vulneración del deber de cuidado no puede concebirse sin referencia a los especiales conocimientos del autor, ya sea respecto de las circunstancias fácticas (como en el caso del disco "Pare" que se encuentra caído, hecho que es conocido por el conductor), o bien, del modo en que se desenvuelven los cursos causales (como en el caso del cirujano experimentado que prevé las posibles consecuencias de una maniobra en determinado tipo de pacientes). En estos casos la acción, en principio indiferente para el Derecho Penal, se vuelve descuidada precisamente por la presencia de esos especiales conocimientos. El problema de una mayor o menor reprochabilidad se presenta, en cambio, sólo en la medida en que es posible afirmar el carácter descuidado de la acción y los demás elementos que configuran el tipo culposo. Naturalmente, una correcta aplicación del *non bis in idem* llevará a valorar en un solo momento esos saberes especiales, de manera que no será posible considerarlos nuevamente a la hora de formular el juicio de reproche.

2. Se producen situaciones de exceso de punibilidad cuando el sujeto es incapaz de percatarse de una parte de los riesgos que engendra su actuación, o de valorarlos correctamente, por un defecto de previsibilidad o de habilidad que radica en sus propias facultades (médico inexperto, chofer principiante). Se trata de casos en que no puede hablarse de inexigibilidad ni de inimputabilidad: la situación es normal; el sujeto es cuerdo y mayor de edad. Tampoco parece posible, en principio, asilar el acto entre los casos de ausencia de acción. Y ya antes se han visto las dificultades que entraña el concepto de culpa por asunción –propio de la tesis objetiva– cuando se trata de este tipo de situaciones.

Para la tesis generalizadora, la culpa se define en relación a un hombre medio, que constituye el parámetro. Suponiendo que fuera posible establecer claramente las características de ese hombre medio, cabe preguntarse en qué causa de exclusión de la responsabilidad penal se podrían subsumir los casos de personas que no coinciden exactamente con las características del hombre medio que el juez tiene a la vista. Y la tesis objetiva debe responder, sencilla y coherentemente, que en ninguna.

Pero esta situación es diversa de la que se refiere a las lagunas de punibilidad. Porque si hasta ahora el problema se presentaba sólo en la esfera de los especiales conocimientos, es decir, en la efectiva posesión o no posesión de unos saberes especiales, desde este momento guarda primordial relación con las capacidades, cuya valoración objetiva se impone con más fuerza, tanto en el plano teórico como práctico: incluso un médico excepcional puede encontrarse, ciertos días, en situación de realizar sólo un trabajo normal, y no por eso los resultados

que se produzcan le serán atribuibles a título de culpa si, utilizando su excepcional pericia, hubiera conseguido evitarlos. La tesis denominada subjetiva –al menos tal como se suele plantear– no tiene una respuesta clara para esta cuestión<sup>12</sup>.

El juez, en consecuencia, ¿se encuentra ante una situación de inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma, según los números 9 y 12 del artículo 10 del Código Penal? ¿O más bien debe buscarse la respuesta en los casos de ausencia de acción? La posibilidad de encontrar la salida a través de las causas de inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma no tiene cabida en nuestro sistema, donde dichas causas, taxativamente señaladas en la ley, son la fuerza irresistible, el miedo insuperable y la obediencia debida de órdenes antijurídicas; ninguna de las cuales puede aplicarse a estos casos.

¿Cómo salir del dilema? ¿Cómo dar cabida a un concepto enterizo de imprudencia sin allanar la distinción entre deber y poder, entre tipicidad y culpabilidad?

Una posición muy antigua sostiene que tras todo hecho imprudente –tras toda acción típica imprudente– subyace una “omisión” de las medidas que impone la norma de cuidado (*fahren lassen*)<sup>13</sup>. Por otra parte, la teoría de la omisión

<sup>12</sup> Lo cual no significa que en tales casos se excluya automáticamente la imprudencia. Al contrario, muchas veces será preciso afirmarla, como ocurrirá, por ejemplo, en las intervenciones quirúrgicas electivas y complejas, donde cabe interrumpir la operación si se torna demasiado comprometedor o, incluso, requerir la asistencia de otros especialistas. Únicamente se pretende afirmar que en tales casos es posible estar frente a excesos de punibilidad, si se utiliza, a nivel de injusto, un parámetro exclusivamente generalizador. Como se verá, sólo un análisis exhaustivo de la imprudencia –sin fraccionamientos– proporciona una puerta de salida a los casos que la tesis objetiva se ve en la necesidad de castigar, aun en contra de lo que sería justo. Tal posibilidad se abre, como se indica más adelante, cuando el sujeto no cuenta con la “posibilidad real” de actuar, o bien –aunque desde una perspectiva funcional-normativa– cuando la circunstancia que acarrea el daño no “incumbe” al autor (ni a sus especiales facultades) según los criterios normativos de la evitabilidad individual: cf. JAKOBS, o.c., p. 388. Como se puede apreciar, una solución única o global, generalizadora, sería incapaz de adecuarse a todos los diferentes grupos de situaciones problemáticas.

<sup>13</sup> Vid. NUÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, Ed. Servicio de Publicaciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1975, p. 15, y BUSTOS, *Culpa y finalidad*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1967, p. 12. En parte, el origen de esta afirmación responde también a una reflexión etimológica. La doctrina alemana obtiene la palabra “culpa” del vocablo *fahren lassen*: dejar fuera de cuidado, actuar sin atención. Así, *Fahrlässigkeit* puede traducirse como “imprudencia”, que por lo tanto significa no hacer lo que se debía, esto es, no cumplir con el deber de precaución cuya observancia habría evitado el resultado.

Desde el punto de vista del derecho positivo, son significativas las expresiones que en algunos casos utiliza el Código Penal para designar la imprudencia: negligencia o ignorancia [inexcusables] (arts. 224 N° 1 y 225 *in initio*); abandono o negligencia [inexcusables] (art. 234); negligencia [culpable] (art. 491); [mera imprudencia o] negligencia (art. 492 inc. 1°). Por otra parte, son numerosas las normas en las que se utiliza directamente la expresión imprudencia (v.gr. arts. 329, 490 y 492). Mientras BUSTOS –ibíd. supra, nota 6, p. 49– considera todas las expresiones utilizadas por el legislador como equivalentes (en el mismo sentido GARRIDO MONTT, en *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 174; y CURY, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2ª edición de 1992, tomo I, p. 339), aunque reconoce acentos diferentes en función del ámbito de relación al que se refiere la norma –así, la expresión negligencia tendría un contenido ligado a la infracción de un deber específico que compete al autor–, otros autores establecen diferencias. En este último sentido ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Carlos Gibbs Editor, Santiago, 1964, tomo I, pp. 292-294; y NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1966, tomo I, p. 544. Más allá de esta discusión, sin embargo, resulta claro que –con excepción de CURY– todos los autores



se ha fundado con certeza en el hecho de que la omisión no es simple pasividad<sup>14</sup>. La omisión consiste en la no realización de un hecho jurídicamente debido y, por eso mismo, jurídicamente esperado. Y la materia de lo jurídicamente debido se encuentra en el tipo, mientras que las condiciones generales en que se hace esa exigencia pertenecen a la culpabilidad. De manera que si en los delitos de comisión la tipicidad incluye la presencia de una verdadera acción, en los omisivos incluye la presencia de una verdadera omisión y, por lo mismo, de una "capacidad de omisión o de intento" por parte del omitente. Si un matrimonio lleva a sus niños a la playa y uno de ellos comienza a ahogarse, los padres —no obstante que están en posición de garante y el derecho exige la interposición de una acción determinada— no "omiten" salvarlo si ninguno de ellos sabe nadar<sup>15</sup>.

En los casos de falta de capacidad del sujeto, o de falta de coincidencia entre el hombre medio y el agente donde este queda por debajo de aquel y donde no cabe echar mano de la inimputabilidad ni de los casos de inexigibilidad, la solución podría estar en la ausencia de la omisión que subyace a la conducta imprudente. Sin embargo, en este lugar es donde puede comenzar a difuminarse —si se opta por el camino equivocado— la distinción entre el deber y el poder, a la que se refiere Maurach. Pero la materia de lo jurídicamente debido se encuentra en el tipo, mientras que las condiciones en que tal exigencia jurídica puede dirigirse al sujeto pertenecen, en principio, a la culpabilidad<sup>16</sup>. De ahí que la solución correcta pueda encontrarse, entonces, al considerar las situaciones examinadas como verdaderos casos de *ausencia de la omisión que subyace a la conducta imprudente*<sup>17</sup>. De esta forma se sustrae el problema de la culpabilidad,

citados consideran que la voz negligencia implica la dejación o abandono de un deber determinado, que impone la obligación de desplegar un comportamiento coherente con la importancia o peligrosidad que en general se reconoce a la actividad realizada. En tales casos se da pie a la superposición de dos normas: la que manda o autoriza cierta actividad (riesgosa), y la que obliga a realizar otras acciones determinadas (o determinables) para mantener los riesgos que ella comporta dentro de ciertos límites.

<sup>14</sup> Un amplio desarrollo de esta cuestión en SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986. Vid. especialmente el Capítulo 4º de la Primera Parte.

<sup>15</sup> Nos parece necesario, sin embargo, advertir desde ahora que la teoría del delito omisivo sólo sirve en forma restringida a la problemática de la imprudencia, como se verá en el apartado siguiente de este trabajo.

<sup>16</sup> Vid. SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, p. 26 y ss; Ed. Rialp, Madrid, 1963, quien recoge la crítica de Armin KAUFMANN al planteamiento de WELZEL con respecto a la determinación de "lo que es necesario para la evitación del daño". Este último sostenía que es determinante "el juicio objetivo de un observador razonable o discreto en el momento de la omisión, *ex ante*". En cuanto rechaza un enjuiciamiento *ex post*, esta afirmación es correcta; pero es inexacta en cuanto exige para la tipicidad de la omisión el juicio objetivo de un observador razonable. Lo decisivo es la base de conocimiento del autor, si se quiere ser consecuente con la postura subjetiva mantenida tratándose de los delitos de comisión. Esta coherencia se impone con especial fuerza lógica al analizar la tentativa: si la tipicidad de la acción de tentativa se decide exclusivamente en base al plan del autor, así también en los delitos omisivos, la tentativa debe determinarse en base a la "capacidad de intento" (de acción) del omitente: esto es, según lo que conocía de la situación típica y lo que supo o pudo saber acerca de los medios.

<sup>17</sup> La relación entre ambas categorías no ha pasado oculta a la jurisprudencia que, si bien en una sentencia poco representativa de la tendencia general, se ha hecho cargo de ella a propósito de un caso de negligencia médica (art. 491 del Código Penal). Vid. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, 1991, 2ª parte, Sección Cuarta, p. 90 y ss.: "Para dar por

donde no encuentra un lugar adecuado, para situarlo en el ámbito del ilícito. Si no hay verdadera omisión de las medidas de cuidado, no hay verdadera acción imprudente. La distinción entre el deber y el poder queda a salvo, resguardándose por otra parte la especificidad propia del análisis subjetivo de la culpa.

### III. QUE PUEDE DECIR LA NATURALEZA DE LA IMPRUDENCIA ACERCA DEL PARAMETRO PARA ENJUICIAR LA INFRACCION AL DEBER DE CUIDADO

Se ha dicho que en los casos de falta de capacidad del agente o, mejor, de falta de coincidencia entre el hombre medio y el agente donde este queda por debajo de aquel y no cabe echar mano de una causa de inexigibilidad, la solución podría estar en la ausencia de la omisión que subyace a la conducta imprudente.

Quizá esta vía de solución se aprecie mejor si se vuelve por un instante a las lagunas de punibilidad que produce la tesis objetiva y al modo en que esa posición pretende solucionarlas. Cabe recordar que en estos casos ocurre que la culpa parece configurarse precisamente por el desprecio de ciertos saberes especiales que posee el autor. Para sancionar de todas formas, algunos renuncian a la objetividad y, mediante el eufemismo de la "concreción", aceptan los saberes especiales para considerar infringido el deber (aunque no para excluir la infracción). Pero la posición dominante mantiene en la objetividad lo que ya no se refiere a simples conocimientos, sino que tiene que ver con especiales capacidades o habilidades del autor.

En consecuencia, un cirujano que conoce una técnica operatoria que ofrece muchas más garantías de éxito que la normal, pero no la aplica, se comportaría conforme al estándar profesional en esas circunstancias. Si el paciente muere, no habría imprudencia, pues no existiría infracción del deber objetivo de cuidado.

Pero esto es inaceptable, también para los objetivistas. Porque la práctica totalidad de la doctrina considera que al menos hay aquí una conducta que realiza el tipo de la omisión punible. El cirujano no realiza un delito de comisión, sino uno de omisión. Sin embargo, como se ha visto, la teoría dominante enfrenta el problema de tener que afirmar dos conceptos de imprudencia: uno para la omisión, y otro, para la comisión, lo que no parece satisfactorio.

Conviene retornar ahora al hilo del asunto. Se ha dicho que en los excesos de punibilidad a que da origen la teoría objetiva, el verdadero problema está en los sujetos que no son capaces –por menor instrucción, inteligencia, habilidades, etc.– de percibir en todo o en parte los riesgos que generan con su actuación, y que en estos casos no cabe el recurso a una causa de inexigibilidad o inimputabilidad. Sin embargo, quizá podría pensarse en una ausencia de la omisión que subyace a la acción imprudente. Esta explicación resulta más plausible si se aprecia que también funciona a la inversa, esto es, que permitiría también fundar la sanción en las lagunas de punibilidad que produce la aplicación de esa misma

establecida la existencia de un cuasidelito atribuido a un médico por actos ejecutados en el ejercicio de su profesión es menester que incurra en una omisión culpable por falta de previsión o conocimiento de su desempeño profesional...". El caso es interesante, pues el hecho enjuiciado consistió en la aplicación supuestamente indebida del forceps durante un parto; se trataba, por lo tanto, de una conducta fundamentalmente activa.

tesis: como se ha explicado, el médico eminente que no aplica sus especiales saberes o habilidades incurre en una omisión típica. Esto, que es correcto y que la tesis objetiva acepta, no encuentra al interior de esta misma tesis una explicación razonable. Esta explicación sólo se halla una vez que se aceptan las características individuales del caso como parte de la acción u omisión imprudente y, por lo mismo, como elementos del injusto.

Si se observa bien, se aprecia con claridad que tanto el defecto como el exceso de punibilidad se solucionan por la misma vía: el recurso a la omisión, para afirmar su existencia en los defectos y negarla en los excesos de punibilidad. De donde se deduce que quizá ambos problemas provienen también de la misma causa: un fraccionamiento indebido de la noción de imprudencia, que consiste en tomar algunos de sus elementos y dejarlos en el injusto, mientras otros se relegan a la culpabilidad. La tesis de este trabajo precisamente consiste en afirmar que los saberes o capacidades individuales pertenecen al concepto de culpa o imprudencia y que, por lo tanto, deben permanecer en su sitio, unidos a los demás elementos que conforman ese concepto, es decir, en el propio injusto. Pareciera, entonces, que es la doctrina dominante la que no distingue bien lo ilícito de lo culpable cuando recorta el contenido del concepto de ilícito, reducción que se hace especialmente evidente en el ámbito de la imprudencia. Reconstruyendo el ilícito, en cambio, los problemas tienden a desaparecer.

Parece oportuno ofrecer una pequeña síntesis de lo dicho hasta ahora. La tesis dominante pretende distinguir el deber del poder señalando que los saberes y capacidades individuales pertenecen al análisis de la culpabilidad, y afirmando que en el ámbito del ilícito sólo cabe el establecimiento de una norma de comportamiento general. La tesis denominada "subjetiva" disolvería esta norma de comportamiento general al establecer exigencias diferenciadas para distintos grupos de sujetos. Pensamos haber puesto al menos en duda que la vía escogida por la tesis dominante para lograr su objetivo, esto es, el fraccionamiento del concepto de imprudencia, sea adecuada, pues el ilícito no queda bien delimitado: presenta excesos y defectos de punibilidad, e incluso, peligrosas zonas de incertidumbre (médico o conductor inexperto). Pero esta demostración de ineficacia reclama, de quien la propone, al menos alguna vía o posibilidad de solución, a la que por otra parte no pueda atribuírsele —ahora en propiedad— el defecto de allanar la distinción entre deber y poder, disolviendo la norma de validez general. Esto supone reconstruir el ilícito de la imprudencia de tal forma que la apreciación de lo subjetivo encuentre —dentro del mismo ilícito, intrínsecamente— unos límites razonables. Esta vía, se sugiere, podría hallarse a través de los conceptos de acción y de omisión, que de suyo pertenecen al ámbito del ilícito y no al de la culpabilidad. Los casos que la teoría dominante no soluciona en forma satisfactoria —por su empeño en deformar el concepto de culpa— podrían resolverse acudiendo a la presencia de una verdadera omisión (en los defectos), o bien, a la constatación de la ausencia de la omisión que subyace al tipo imprudente activo (en los excesos). De esta forma, por una parte se mantiene intacto e indiviso el concepto de imprudencia y, por otra, se respeta cuidadosamente el límite entre el ilícito —el ámbito de lo mandado o prohibido— y la culpabilidad, que se refiere a las condiciones en que pueden hacerse efectivos los mandatos y prohibiciones. Si el problema es un problema de acciones u omisiones prohibidas o mandadas, nos mantenemos en el ámbito del ilícito.

Para apreciar mejor el modo en que la tesis expuesta ofrece una limitación intrínseca a la apreciación de lo subjetivo, conviene volver una vez más a los

casos de exceso de punibilidad que se dan cuando el agente se sitúa por debajo de la media que tiene a la vista el juez y que le sirve de parámetro. La solución que se basa en la ausencia de la omisión que subyace a la actividad imprudente no funciona en todas las hipótesis de imprudencia. Como señala Hall<sup>18</sup>, hay que tener cuidado con esta conversión de acciones en omisiones, porque en el ámbito de la imprudencia estas dos formas de comportamiento son casi siempre intercambiables: conducir a exceso de velocidad/omisión de llevar la velocidad adecuada. En realidad, la solución funciona bien sólo en los casos en que el cuidado debido se concreta como un “deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas”, y no, por ejemplo, cuando se concreta en el “deber de omitir acciones peligrosas, quienquiera que las realice”<sup>19</sup>. Sólo en aquellos casos se dan los presupuestos para que concurra una acción con una omisión penalmente relevante. El sujeto inició la acción riesgosa —que el Derecho autoriza, considera indiferente o, incluso, prescribe—, y el ordenamiento jurídico le manda realizar otra acción determinada (o determinable) para mantener los riesgos dentro de ciertos límites. Es decir, por una parte hay una posición de garante, que se funda en la realización de la acción riesgosa; y, por otro lado, la acción mandada por el ordenamiento jurídico es una acción determinada: el chofer debe mantener cierta distancia del auto que va delante, el anestésista debe indagar la historia del paciente antes de administrar la anestesia.

Lo peculiar de estos casos es en los que el deber de cuidado se concreta en el deber de actuar prudentemente en situaciones riesgosas, y que hace que en ellos funcione la solución que hemos dado para los excesos de punibilidad, es que en tales situaciones se produce un *entrecruzamiento* del deber de cuidado cuya infracción hace nacer la imprudencia, con el deber que emana de la posición de garante, que a su vez fundamenta y hace nacer la omisión<sup>20</sup>. Ambos, deber de cuidado y posición de garante, tienen un mismo fundamento: la realización de una conducta riesgosa para los bienes jurídicos. La operatoria de este entrecruzamiento es compleja, y no es del caso analizarla en este lugar<sup>21</sup> porque,

<sup>18</sup> HALL, *Fahrlässigkeit im Vorsatz. Eine anthropologisch-strafrechtsdogmatische Studie*; Hamburg, 1959; p. 21.

<sup>19</sup> Con lo que se está a salvo en parte de una de las críticas a la tesis individualizadora, en el sentido de que quebrantarla la protección de los bienes jurídicos: hay acciones que para nadie están permitidas, aunque el criterio para enjuiciar el quebrantamiento del deber sea un criterio individualizador.

<sup>20</sup> Estas peculiaridades son las que, a nuestro juicio, no tiene en cuenta SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO —cf. *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia; Madrid, 1991; *vid.* especialmente pp. 177 y 178— cuando descarta de plano todo paralelo entre los comportamientos imprudentes y las figuras omisivas. Es correcta la afirmación de que el tipo imprudente en general no establece un mandato de observar el deber de cuidado sino la prohibición de actuar en forma descuidada, pero no se debe pasar por alto que, quizá en la mayor parte de los casos, quien realiza una acción riesgosa lo hace porque el Derecho la autoriza siempre que, además, el autor realice lo necesario para mantener esos riesgos dentro de ciertos límites. Cuando aquello que el autor debe *además* realizar consiste en una acción determinada o determinable y se dan los presupuestos de la posición de garante, no existe inconveniente alguno para establecer la relación.

<sup>21</sup> Aunque se debe reconocer que su estudio es clave para dar mayor solidez a la tesis que sostenemos, porque habría que demostrar que en estos casos —cuando la imprudencia consiste en parte en la omisión de ciertas medidas de precaución— no existe un verdadero concurso aparente de leyes. Si así fuera, en tales situaciones debiera primar la norma que sanciona la comisión, porque el deber de actuar sólo surgiría una vez que se inicia la acción riesgosa, de manera que el tipo de acción “consumiría” al tipo de la omisión. Sin embargo, es importante notar que el único problema

más allá de este análisis, lo que interesa es destacar este significativo parentesco entre imprudencia y omisión, que da más fuerza a la argumentación desarrollada anteriormente e impide considerar el recurso a la omisión como una idea extravagante<sup>22</sup>.

En los casos que nos ocupan –chofer inexperto, médico principiante– el sujeto “puede” realizar la acción riesgosa, pero el ordenamiento jurídico le ordena realizar además acciones de resguardo. Si no las realiza, viene a cuento la posibilidad de una omisión, que no entra en concurso con la conducta activa, sino que forma realmente parte del injusto imprudente total<sup>23</sup>. Pero la omisión jurídicamente relevante sólo se configura cuando el sujeto tiene la posibilidad real de actuar. Esta posibilidad presupone a su vez la posibilidad real para el sujeto de captar el peligro para el bien jurídico que engendra su actuación, y de captar que podría evitar la lesión de ese bien jurídico interponiendo una o varias acciones determinadas. Si no existe tal posibilidad real, no hay omisión penalmente relevante<sup>24</sup>, y el injusto imprudente en estos casos no puede constituirse en forma completa, pues “consta” de acción y omisión<sup>25</sup>.

Conviene hacer notar que la “posibilidad real” no es sólo la que se considera tal desde una perspectiva físico-objetiva, sino también individual<sup>26</sup>. Ampliamente se reconoce que ella debe enjuiciarse *ex ante*, es decir, desde la perspectiva de un observador externo con los conocimientos especiales que posee el autor. La concreción de este juicio viene dada, naturalmente, por los criterios que acotan el deber de cuidado en las actuaciones de suyo riesgosas.

concurral que puede venir a cuento es el del concurso aparente; en ningún caso podría hablarse de un concurso de delitos, real o ideal: por mucho que pueda plantearse la adscripción del hecho a dos figuras típicas, el ilícito sigue siendo uno solo. Un estudio clarificador de esta cuestión en SILVA SÁNCHEZ, o.c., p. 208 a 215.

<sup>22</sup> En la discusión de este trabajo a propósito de un seminario de profesores, surgió la observación de que el recurso a la omisión sería sólo una forma de soslayar el problema. Si se trata de establecer la aplicación correcta de una norma (la norma de cuidado), no es razonable limitarse a hacer una remisión a otra norma, la que establece el deber emanado de la posición de garante y fundamenta la omisión punible. Lo que en realidad ocurre es que: a) esa remisión es inevitable, porque en ciertos delitos imprudentes el injusto realmente aparece coconstituido por una omisión, y b) no hay acuerdo en la doctrina acerca del parámetro aplicable en el enjuiciamiento de la infracción del cuidado, pero en cambio sí lo hay con respecto al enjuiciamiento de la llamada “posibilidad real” en la omisión; y resulta patente que, una vez establecida suficientemente la relación, es legítimo utilizar como base en una materia las luces ya alcanzadas en la otra.

<sup>23</sup> Nos excusamos de profundizar ahora en esta afirmación (cf. supra, nota 21), señalando simplemente que no hay más razones para sostener la existencia de un concurso aparente de leyes, que las que existen para negarlo; en concreto, no se ve por qué razón la figura activa ha de consumir a la omisiva, si ambas son indispensables para constituir el ilícito imprudente.

<sup>24</sup> Se podría pensar que, una vez aceptada la omisión subyacente al tipo activo, cabría solucionar fácilmente los excesos de punibilidad acudiendo al art. 10 N° 12, segunda parte, del Código Penal: esta causa genérica de inexigibilidad podría invocarse en subsidio de la ausencia de omisión. Pero esto equivaldría a mantener el fraccionamiento de la imprudencia y reconocer que, en realidad, en estos casos de exceso lo que hay es un problema de inexigibilidad, lo cual es erróneo. Por lo demás, la insuperabilidad de la causa tendría que apreciarse en forma generalizadora.

<sup>25</sup> El injusto imprudente tal como lo concebimos hoy y lo consagra nuestra ley; naturalmente si se convirtiera a los delitos culposos en delitos de mera acción o de mera desobediencia, la situación sería diferente.

<sup>26</sup> Son determinantes las capacidades corporales e intelectuales, los conocimientos técnicos, etc., del sujeto. No así, en cambio, su configuración psíquica o los factores de su motivabilidad, que pertenecen al ámbito de la culpabilidad. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, o.c., pp. 28 y 29.

La tesis expuesta puede contribuir a resolver dos cuestiones que han sido muchas veces relacionadas en forma errónea, es decir, de tal forma que la solución correcta de una inevitablemente llevaba a resultados insatisfactorios respecto de la otra: o se salvaba la distinción entre tipicidad y culpabilidad –castigando según un parámetro generalizador–, o se consideraba el aspecto individual de la imprudencia, pero allanando con ese fin la distinción entre deber y poder. El problema a nuestro juicio radicaba en un “recortamiento” indebido del ilícito con la natural consecuencia, ya descrita, del fraccionamiento arbitrario de la noción de imprudencia. Las complejas relaciones entre el deber de cuidado en la imprudencia y el deber de actuación a que da lugar la posición de garante en la omisión –relaciones no suficientemente estudiadas entre nosotros– pueden dar luces para resolver tanto los excesos como los defectos de punibilidad a que da origen la doctrina dominante, salvaguardando al mismo tiempo la naturaleza de la culpa y la frontera entre la norma general de comportamiento y la reprochabilidad individual.