

# SOBRE EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO IMPRUDENTE

por Gonzalo D. Fernández

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de la República

Montevideo

## 1.- La antigua teoría de las formas de culpabilidad

Como es harto sabido, la teoría penal clásica encuadró a la culpa como una forma o especie de la culpabilidad. En efecto, dolo y culpa representaban, dentro del sistema del ilícito, las dos manifestaciones de las *Schuldarten*.<sup>1</sup>

Ello se mantuvo inamovible durante la vigencia de la concepción causal del ilícito, inclusive dentro del llamado *sistema neoclásico*, pues la culpa se comprendía como una modalidad de la imputación de culpabilidad (juicio de reproche) y no como una variedad estructural del tipo.<sup>2</sup> Es elocuente en tal sentido la postura de MEZGER –probablemente, el representante más destacado dentro de la orientación del causalismo valorativo–, quien al lado del reproche mantuvo dentro del estrato de la culpabilidad a la imprudencia (también al dolo); a la cual apreciaba como una forma, escalón o grado de la misma (v.gr.: *Schuldformen, Schuldstufen, Schuldgrade*).<sup>3</sup>

Por tal razón, para esta orientación dogmática –que todavía hoy algunos autores mantienen–, carece por completo de sentido proceder a una diferenciación entre tipo objetivo y tipo subjetivo en cualquier especie delictiva, pues el dolo y la imprudencia pertenecen por entero al ámbito de la culpabilidad y no integran el tipo de injusto. Vale decir, poseen otra ubicación sistemática, ajena a la tipicidad.

En particular, con relación a la imprudencia perdería mayormente sentido –desde esta concepción del delito, naturalmente– atender a la distinción entre deber objetivo de cuidado y deber subjetivo de cuidado, resultante de la diversificación y distinción entre cuidado *externo* e *interno* planteada en su

---

<sup>1</sup> Así BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 337; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 158 y ss.; von HIPPEL, *Lehrbuch*, ps. 130 y ss.; MAYER, *Der Allgemeine Teil*, ps. 251 y 257; MAYER, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten*, ps. 137 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Die Behandlung der Schuldarten*, ps. 62 y 70.

<sup>2</sup> SCHMIDT, *Grundriss*, ps. 92 y 97; BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht AT*, ps. 418 y 471.

<sup>3</sup> MEZGER, *Strafrecht AT*, p. 160; MEZGER, *Modernas orientaciones*, p. 77.

momento por ENGISCH<sup>4</sup>, por cuanto ello no dice relación con la estructura del tipo. Antes bien, la constatación de una infracción del cuidado subjetivo sería de resorte del juicio de culpabilidad, donde debe irse a la determinación objetivo-subjetiva del cuidado exigible al autor.<sup>5</sup>

Casi no es necesario agregar que esta ubicación sistemática de la imprudencia como una forma de la culpabilidad, originariamente formulada en el seno de la dogmática alemana, fue también defendida con ahinco por la doctrina causalista argentina<sup>6</sup> y española<sup>7</sup>.

En esa línea teórica, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON –por ejemplo– incardinan a la imprudencia como una de las formas *puras* de la culpabilidad<sup>8</sup>, pero al mismo tiempo afirman que no hay nada en la estructura de la culpa que responda a un deber general de cuidado. Antes bien, enfatizan que “*el deber hacer es individual y existe o no según las capacidades y potencialidades del individuo concreto*”, por manera que el modelo normativo del cuidado y la verificación de una eventual lesión o infracción a ese deber es una valoración que correspondería, inequívocamente, al ámbito de la reprochabilidad.<sup>9</sup>

## **2.- La imprudencia como modalidad estructural del tipo**

El advenimiento del finalismo modificó profundamente la arquitectura del sistema del ilícito; extremo que también supongo conocido. En cuanto ahora nos interesa, como consecuencia del carácter final de la conducta que debe quedar reflejado también en la tipicidad, el dolo (el cual se predica *acromático* o *avalorado*) y la culpa se trasladaron al ámbito del tipo, como componentes o elementos de éste. Por ende, la imprudencia pasó a ser –en adelante– una modalidad estructural del tipo: tan luego, aquella variedad conocida como *tipo imprudente*.<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> ENGISCH, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, ps. 269-270.

<sup>5</sup> SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, p. 428; OEHLER, *Die erlaubte Gefährsetzung und die Fahrlässigkeit*, FS-Eberhard Schmidt, ps. 246-248.

<sup>6</sup> SOLER, Derecho Penal Argentino, tomo II, ps. 87 y 122; NUÑEZ, Tratado, tomo II, ps. 45 y ss.; FONTÁN BALESTRA, Tratado, tomo II, ps. 247 y 275; CREUS, Derecho Penal, ps. 199 y 208.

<sup>7</sup> CUELLO CALÓN, Derecho Penal, tomo I, ps. 415 y 440; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, tomo V, ps. 272; QUINTANO RIPOLLÉS, Derecho penal de la culpa, p. 11; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, ps. 437 y 450; ANTÓN ONECA, Derecho Penal, ps. 221 y 244; SAINZ CANTERO, Lecciones, tomo III, ps. 54 y 63.

<sup>8</sup> COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, Derecho Penal, p. 551.

<sup>9</sup> COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, Derecho Penal, ps. 580-581.

<sup>10</sup> WELZEL, Derecho Penal Alemán, p. 182; WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal, p. 112; ARMIN KAUFMANN, *El delito culposo*, en Estudios de Derecho Penal, p. 20.

Creo oportuno añadir, de otra parte, que ese nuevo sistema del hecho punible se ha impuesto más allá de su originaria impronta finalista y continúa siendo, hoy todavía, la doctrina dominante.<sup>11</sup>

No obstante, si bien su reposicionamiento sistemático llevó a reconvertir al dolo y a la culpa en modalidades estructurales del tipo (v.gr.: tipo doloso y tipo imprudente), la arquitectura de ambos es -para la doctrina mayoritaria-asimétrica o, si se prefiere, de carácter heterogéneo.

En efecto, por un lado el tipo imprudente se caracteriza como un *tipo abierto*, renuente por lo tanto al mandato de determinación y necesitado de complementación por el intérprete, quien debe llenar las exigencias (normativas) del cuidado necesario en el tráfico mediante criterios o baremos no referidos de modo expreso en el tipo y constatar así, en cada caso concreto, la eventual inobservancia de la regla de cuidado (el deber objetivo de cuidado). Dicha complementación dogmática, que aporta la *completezza* a la descripción legal de la conducta prohibida, constituye un paso indispensable en el proceso valorativo indispensable para poder subsumir un determinado comportamiento al tipo de injusto imprudente.<sup>12</sup>

No obstante, en comparación con el tipo doloso, la principal asimetría del injusto imprudente queda pautada en su nítida divergencia estructural. Mientras frente a un hecho punible doloso es dogmáticamente viable escindir o diferenciar entre tipo objetivo y tipo subjetivo, el injusto culpable -en cambio- no permitiría realizar semejante distinción, de acuerdo a cuanto sostiene la doctrina dominante.

Dicho de otro modo: el injusto imprudente - que tantos dolores de cabeza le provocó a la sistemática welzeliana, ya *ab initio* y a partir de su postulación de la concurrencia de una "*finalidad potencial*"<sup>13</sup>, exhibe una diáfana incongruencia entre la realización del tipo objetivo y la acción final del autor, pues el disvalor de acción viene dado no por el resultado final representado y querido por el agente -ese resultado se mantiene como un evento penalmente irrelevante-, sino por un defecto en la selección de los medios de realización escogidos para llevar a cabo la conducta final lícita, y/o por la deficitaria previsión de las consecuencias concomitantes del comportamiento penalmente indiferente emprendido por el sujeto en forma descuidada.<sup>14</sup> En síntesis, el actuar

---

<sup>11</sup> HIRSCH, *Sobre lo injusto del delito imprudente*, en Obras Completas, tomo V, p. 174.

<sup>12</sup> WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, ps. 187 y 192; WELZEL, *El nuevo sistema*, ps. 113 y 117; WELZEL, *La imprudencia y los delitos de la circulación*, en *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, ps. 75 y 101; ARMIN KAUFMANN, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal*, en *Estudios*, ps. 157-158.

<sup>13</sup> NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, ps. 42-43.

<sup>14</sup> ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, p. 178; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia*, p. 109.

imprudente realiza el tipo objetivo, pese a la irrelevancia penal de la acción final del autor.

Ni que decirlo, además, la contrariedad a cuidado de la conducta sólo cobra importancia –en los delitos de resultado- cuando éste sobreviene, porque desde el punto de vista jurídico-penal, no pueden admitirse acciones imprudentes *in se*, sin la respectiva y subsecuente lesión del bien jurídico protegido, conforme lo subrayaba la visión crítica de Arthur Kaufmann<sup>15</sup>, quien prefería apreciar al dolo y a la imprudencia dentro del *tipo de culpabilidad o materia de la culpabilidad (Schuldtatbestand, Schuldmaterie)*.<sup>16</sup>

Desde luego, en términos generales la pertenencia del resultado al tipo objetivo imprudente parece una conclusión poco discutible, más allá de que el finalismo se empeñara con vehemencia en subrayar al disvalor de acción como el núcleo esencial del delito culposo.

Sin embargo, a medida que la legislación comparada ha ido acuñando delitos imprudentes de mero peligro –el ejemplo paradigmático lo sería la conducción riesgosa de un vehículo, aún sin que sobrevenga de ella un resultado lesivo para terceros-, queda en claro que la imprudencia puede perfectamente calificar al acto y servir de fundamento a una conducta descuidada, que sobrepasa el límite del riesgo socialmente tolerable. Por ende, el peso de la objeción de ARTHUR KAUFMANN es más aparente que real. Dolo e imprudencia funcionan como estructuras en relación y ambas requieren como soporte mínimo una acción, así como –eventualmente- la secuela causal de un resultado material, provocado por la conducta respectiva.

En suma: como bien lo sintetiza RIGHI, en la adecuación típica de los delitos imprudentes, esa falta de correspondencia entre lo querido y lo causado (sin voluntad final) llevó a considerar que el juicio de atribución al tipo debía realizarse atendiendo exclusivamente a presupuestos objetivos.<sup>17</sup>

Planteado entonces como una conducta finalmente lícita (de finalidad penalmente indiferente), cuyo disvalor estriba en la transgresión del deber objetivo de cuidado, el injusto imprudente pasó a apreciarse mayoritariamente como un tipo puramente objetivo, carente de un homólogo tipo subjetivo, a diferencia de cuanto ocurre en el caso del injusto doloso.

---

<sup>15</sup> ARTHUR KAUFMANN, *Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre*, en FS- Mayer, ps. 94 y 108; ARTHUR KAUFMANN, *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, ps. 107-111.

<sup>16</sup> ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, p. 182.

<sup>17</sup> RIGHI, *La imputación subjetiva*, p. 65; RIGHI, *Derecho Penal*, p. 228.

Desde una perspectiva estrictamente hermenéutica, para la cual el tipo es el *genus* y el *Tatbestand* sólo su forma de aparición<sup>18</sup>, ello podría significar una fisura dentro de la teoría general del tipo penal. Esa diferencia estructural apreciable en los supuestos de imprudencia punible arriesgaría poner en tela de juicio al propio concepto de tipo, como módulo general empleado por la dogmática penal.

No cabe soslayar que la vieja matriz clasificatoria que determinó la ordenación de los conceptos y forjó los cimientos del sistema del hecho punible, siempre preocupada por la observancia de la regularidad y de la regla de simetría, quedó definitivamente desafiada por la especificidad modal del tipo de injusto imprudente. Apelando a la terminología de RADBRUCH, debería sostenerse que el concepto de tipo es una *síntesis reconstructiva*<sup>19</sup>. Así apreciado el tipo, su estructura queda irremisiblemente mutilada y en el fondo deja de ser un común denominador, si se argumenta la ausencia de un tipo subjetivo para el delito imprudente.

De cualquier forma, la asimetría entre la estructura interna de tipo doloso y tipo imprudente no tiene que ser vista necesariamente como una fractura insuperable dentro de la teoría general del tipo penal. En definitiva, aquí también las cosas son como son. Algo similar ocurrió a comienzos de siglo, cuando el propio RADBRUCH demolió la idea del concepto superior de acción (*Oberbegriff*), que era a su juicio incapaz para englobar al hecho omisivo<sup>20</sup>, lo cual llevó a la ciencia penal a reemplazarlo por el concepto más abarcativo de *conducta* o, lisa y llanamente, por el de *realización del tipo*.<sup>21</sup> Entonces, esa heterogeneidad existente entre tipo doloso e imprudente no tiene por qué ser apreciada como un obstáculo insalvable, capaz de hacer trizas a la teoría del tipo penal.

La solución más sencilla pasa por adoptar una posición tripartita en la teoría del tipo, computando la existencia de tres estructuras netamente diferenciadas entre sí, como lo hace la literatura más frecuente, que diversifica entre *tipo doloso*, *tipo culposo* y *tipo omisivo*; cada uno con sus *differentiae specificaе*.

Pero no es menos cierto que la imprudencia punible viene infiltrada por un buen caudal de subjetivismo, ya desde mucho tiempo atrás. La mera referencia a la culpa *conciente* e *inconciente* denota, desde el mismísimo *nomen iuris*, que estamos ante una estructura de imputación impregnada de elementos

---

<sup>18</sup> Vid. el análisis de HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, p. 111.

<sup>19</sup> RADBRUCH, *Sobre el sistema de la ciencia del derecho*, en RADBRUCH, *El concepto de acción*, p. 95.

<sup>20</sup> RADBRUCH, *El concepto de acción*, ps. 161-164.

<sup>21</sup> BACIGALUPO, *Problemas del sistema de la teoría del delito*, **NPP**, Año 3, 1974, p. 11; SCHMIDHÄUSER, *Sobre la sistemática de la teoría del delito*, **NPP**, Año 4, 1975, p. 37.

subjetivos, lo cual no deja de complicar una configuración estrictamente objetivista de la culpa penal.

Inclusive, desde la perspectiva extrasistemática, echa de verse que los distintos *grados de participación en la dirección del suceso externo* –en palabras de HASSEMER- constituyen diferentes formas o modelos de símbolos lesivos, que determinan cuasi inexorablemente la mayor benignidad punitiva en los supuestos culposos.<sup>22</sup>

### **3.- Acerca del deber subjetivo de cuidado**

El tipo objetivo del delito imprudente importa la lesión del deber de cuidado a través de una acción (voluntaria, claro está) que posee un *concreto carácter arriesgado (konkrete Riskantheit)*.<sup>23</sup> De regla, entonces, el criterio de la previsibilidad objetiva, que hace a la esencia de la culpa penal, es el baremo que permite diagnosticar *ex ante* esa relación de riesgo y, por tal virtud, permite detectar la concreta contrariedad de la conducta al deber objetivo de cuidado. Munido del criterio de previsibilidad objetiva, el intérprete puede constatar la probabilidad objetiva de que, a consecuencia de la realización de la conducta arriesgada, podía derivarse el resultado que en última instancia ha sobrevenido. En definitiva, merced a este baremo se verifica la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que es el primer escalón de la imputación objetiva, común a los delitos dolosos e imprudentes.

Sin embargo, más allá de la previsibilidad objetiva, el aplicador del derecho está obligado a consultar también la *previsibilidad individual* del autor. Por ende, merced al paralelismo entre la construcción del dolo y de la culpa y atendiendo a la regla de simetría antes aludida, bien cabe preguntarse si, al igual de cuanto ocurre con la ordenación del dolo dentro del tipo subjetivo del injusto doloso, no cabe hacer lo propio y remitir la previsibilidad individual como el componente del tipo subjetivo en el injusto imprudente.

En puridad, la gran cuestión en materia de imprudencia nos interpela a propósito del *deber subjetivo de cuidado* que resulta infringido y sobre su relevancia sistemática, dentro del esquema del hecho punible. Porque, en paralelo a la regla de cuidado objetivo, la cual podrá hallarse más o menos especificada dentro del ordenamiento jurídico (v.gr.: piénsese en la diferencia

---

<sup>22</sup> HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, ps. 218 y 222.

<sup>23</sup> HIRSCH, ob.cit., tomo V, p. 181; HIRSCH, *Der Streit um Handlungs-und Unrechtslehre*, ZStW, vol. 93, 1981, p. 860.

que media entre normas positivas del tránsito vial, reglas protocolizadas de la *lex artis ad hoc*, o simples pautas de experiencia en actividades no reglamentadas), no cabe poner en duda que la regla objetiva de cuidado genera en el destinatario un deber subjetivo de cuidado, cuya incidencia sistemática dentro de la teoría del hecho punible debe desentrañarse.

Para clarificar el concepto precedente podría recordar acaso al antiguo esquema constructivo de GOLDSCHMIDT -lo aplicó para formular el contenido de la culpabilidad penal-, quien distinguía por un lado entre una norma de derecho, entendida como norma de acción que prescribe la realización de una regla objetiva de conducta y, por otra parte, la *norma de deber*, referida a la "*conducta interior*", a la motivación, que le impondría al autor el imperativo de representarse la ocurrencia del resultado prohibido, mandatándolo a detener la acción emprendida, tan luego a raíz de esa representación de deber.<sup>24</sup>

Por supuesto, no es menester hipotizar o presuponer la existencia de una duplicidad de normas, como lo hacía GOLDSCHMIDT, para poder afirmar sin ambages que la regla objetiva de cuidado se convierte en un *deber subjetivo*, a consecuencia de su efecto obligante. Conforme lo explicara impecablemente ARMIN KAUFMANN, "*el momento teleológico interno de la norma tiende a que ella sea pensada como motivo de los hombres*"; vale decir, el hombre "*es el sujeto de la norma, el portador del deber*"<sup>25</sup>.

De tal suerte, tomando por base que el autor imprudente es un *portador de deber (Sollträger)*, está generalizadamente aceptado que su conducta vulnera un deber subjetivo de cuidado, un deber que a él le incumbe. No en balde, MEZGER alcanzó a definir la culpa afirmando que "*obra imprudentemente el que infringe un deber de cuidado que le incumbe personalmente y pudo haber previsto el resultado*"; esto es, incurre en una conducta imprudente quien actúa, por ende, en infracción a un *deber individual de cuidado*.<sup>26</sup>

En la lesión al deber individual de cuidado no importa que nos enfrentemos a un supuesto de culpa conciente (culpa con previsión), en el cual el autor ha llegado a representarse la ocurrencia del resultado -bien que confiando en su no producción-, o por el contrario, que nos situemos ante un supuesto de culpa inconciente (culpa sin previsión), donde el sujeto ni siquiera se representa el probable acaecimiento del evento. En ambas hipótesis queda en claro, de todas maneras, que el sujeto contraviene aquel deber de cuidado que grava e interdicta su modo de comportamiento.

<sup>24</sup> GOLDSCHMIDT, La concepción normativa de la culpabilidad, p. 100.

<sup>25</sup> ARMIN KAUFMANN, Lebendiges und Totes im Bindings Normentheorie, p. 105.

<sup>26</sup> MEZGER, Strafrecht AT, ps. 349 y 358.

La interrogante teórica, sin embargo, apunta a resolver si ese deber individual de cuidado, si la previsibilidad individual, amerita o no la estructuración de un tipo subjetivo del ilícito imprudente o, en caso contrario, si la infracción al deber debe tomarse en cuenta en otro momento sistemático; concretamente, apreciándola dentro de la culpabilidad, al estilo de la dogmática causalista.

La doctrina jurídico-penal sostiene, casi con virtual unanimidad, que la imprudencia es un problema del tipo, por cuanto el tipo se basa en una norma de determinación, en una instrucción de conducta impartida por el legislador<sup>27</sup>, que en la especie ordena obrar con precaución y con arreglo a cuidado.

No sólo la corriente finalista ya citada alberga a la imprudencia como modalidad estructural del tipo.<sup>28</sup> También los partidarios de la moderna teoría de la imputación objetiva, la cual se desarrolló como una alternativa dogmática contraria al finalismo, admiten sin reparos que la imprudencia debe quedar referida al tipo.<sup>29</sup> En efecto, según lo remarca con agudeza BACIGALUPO, la evolución sufrida por la teoría del delito en su conjunto no es, en realidad, sino una evolución que partió de aquella concepción que consideraba al delito doloso como prototipo de todo delito y que obligaba, por ello mismo, a encontrar el elemento doloso en la culpa. Más dicha evolución "*terminó en otra concepción que extendió, en sentido inverso, las estructuras del delito imprudente al delito doloso*".<sup>30</sup>

Pero la generalizada opinión de que la imprudencia es una *quaestio* que atiene al tipo -y no a la reprochabilidad- debe sopesarse con cierta parsimonia. Ello no implica la ausencia de posiciones en contrario. Y, de todas maneras, tampoco median coincidencias en cuanto al contenido del tipo subjetivo en el delito imprudente, entre los propios partidarios de esta orientación.

Sí está claro, a nuestro modo de ver, que la reivindicación de un tipo subjetivo para la imprudencia se fundamenta -de forma expresa o tácita- en esa necesidad conceptual de congruencia, en el reclamo de homogeneidad estructural entre tipo doloso y tipo culposo, que antes fuera mencionada, lo cual aparentaría ser una regla de armonía dentro de la teoría general del tipo.

#### **4.- El contenido del tipo subjetivo en el delito imprudente**

<sup>27</sup> ENGISCH, Untersuchungen, p. 344.

<sup>28</sup> Vid. KÜPPER, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, p. 100.

<sup>29</sup> Por todos, ROXIN, Derecho Penal, tomo I, p. 998; JAKOBS, Derecho Penal, p. 205; FRISCH, Comportamiento típico e imputación del resultado, p. 48.

<sup>30</sup> BACIGALUPO, Derecho Penal, p. 342.

## **A) El precedente de la culpa como defecto intelectual**

Parece oportuno recordar que la antigua teoría penal, que todavía alojaba a la imprudencia como una forma de la culpabilidad, entre las *Schuldarten*, tropezó con la existencia de la culpa inconciente y ello la determinó, drásticamente, al abandono de una comprensión voluntarista del hecho imprudente, obligándola a radicar la culpa, mayoritariamente, como un defecto intelectual, por cuanto parece incontestable que frente a la imprudencia inconciente (sin representación) no existe rastro alguno de voluntariedad, trazable en relación al evento ocurrido.

Por tanto, ya ALMENDIGEN explicó a la culpa –en 1803- como un *defecto de comprensión*<sup>31</sup>, en tanto EXNER, a comienzos del siglo pasado, optó por definirla como un *sentimiento (Gefühlschuld)*, caracterizado por la *falta de interés* ante el peligro que acecha al bien jurídico.<sup>32</sup>

Luego, partiendo de esa idea de la que la actitud indiferente del autor hacia las reglas de la vida social es el factor que impide reconocer el carácter riesgoso de la conducta causante del resultado, se abrió camino dentro de la dogmática clásica la figura del error y la doctrina se inclinó a apreciar la culpa como una *carencia de conocimiento* de los elementos constitutivos del tipo.<sup>33</sup>

Esta perspectiva ha sido no obstante cuestionada para los supuestos de culpa conciente, donde aún hoy se continúa argumentando que ella reposa sobre una auténtica culpabilidad de voluntad y no sólo sobre deficiencias cognoscitivas.<sup>34</sup>

## **B) La negación del tipo subjetivo**

En la doctrina contemporánea hay quienes postulan que el tipo del injusto imprudente está determinado únicamente por elementos de carácter objetivo –es decir, que no posee un tipo subjetivo paralelo-, en tanto todo lo

---

<sup>31</sup> ALMENDIGEN, Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen, p. 70.

<sup>32</sup> EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit, p. 208.

<sup>33</sup> En esa línea, LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, p. 273; von HIPPEL, Lehrbuch, p. 143; FRANK, Das Strafgesetzbuch, p. 186; ENGISCH, Untersuchungen, p. 277.

<sup>34</sup> KÖHLER, Die bewusste Fahrlässigkeit, p. 373; KÖHLER, Strafrecht AT, p. 177.

concerniente a la actitud subjetiva del agente del ilícito debe valorarse en sede de culpabilidad.

A vía de ejemplo, JESCHECK argumenta que el tipo imprudente comprende tres extremos categoriales: la posibilidad de advertir el peligro de la realización del tipo; una actuación que no observa el cuidado objetivamente requerido y (en el caso de los delitos de resultado) la producción del resultado típico. En cambio, lo que él llama la "*censurable actitud interna del autor frente al derecho*" constituiría el objeto del reproche, en el ámbito de la culpabilidad.<sup>35</sup>

STRATENWERTH, a su turno, alega que la evitabilidad del resultado según las capacidades individuales del autor debe ser analizada, en el caso del delito imprudente, recién dentro del marco de la culpabilidad (y no ya a nivel del tipo), que es el estrato donde se verifica la valoración de las exigencias subjetivas de lesión al deber de cuidado, reclamadas para el reproche de la imprudencia.<sup>36</sup>

Para esta extendida corriente de pensamiento la reprochabilidad del hecho imprudente depende, precisamente, de que el autor hubiera podido tener la previsión del resultado, de acuerdo con sus capacidades y conocimientos personales, lo cual significa por tanto la previsibilidad subjetiva del resultado.<sup>37</sup>

De tal modo, la imprudencia sólo quedaría conformada por un tipo objetivo, sin perjuicio de que, constatada que fuere la imposibilidad de previsión individual del autor en el caso concreto (la ausencia de previsibilidad subjetiva), se estaría ante un supuesto de comportamiento inculpable, no susceptible y excluido de reproche penal.

En forma muy similar a la tesis negadora cabe encuadrar aquella postura que identifica al tipo subjetivo apenas como un *requisito negativo*, consistente en la simple ausencia de dolo.<sup>38</sup>

## **C) Las posturas afirmativas acerca del tipo subjetivo**

### **C.1.- El desarrollo dispar dentro del finalismo**

---

<sup>35</sup> JESCHECK, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, p. 21; JESCHECK-WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p. 639.

<sup>36</sup> STRATENWERTH, Derecho Penal, p. 430.

<sup>37</sup> Vid. HELLMUTH MAYER, Strafrecht AT, ps. 270-271; KÜHL, Strafrecht AT, p. 590; WESSELS-BEULKE, Strafrecht AT, p. 246; BINAVINCE, Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, p. 227, entre otros.

<sup>38</sup> LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho Penal, tomo I, p. 497.

Dentro del finalismo ha sido STRUENSEE quien ha postulado la existencia de un tipo subjetivo en el delito imprudente, argumentando a esos efectos que *“la finalidad jurídicamente desaprobada (concepto personal de injusto) constituye también el injusto del delito imprudente. Con ello muestran el injusto doloso y el injusto imprudente una estructura homogénea. Objeto de referencia de la finalidad es un hecho-disvalor situado en la esfera previa a la producción del resultado típico (síndrome de riesgo)”*.<sup>39</sup>

Así, para STRUENSEE el tipo subjetivo del delito imprudente es *“la relación entre la finalidad y una parte, normativamente elegida, de un círculo mínimo de condiciones del resultado; más precisamente, la atribución de circunstancias objetivas ... del resultado, como producto de factores intermedios concientes”*.<sup>40</sup>

En suma: como a toda causación objetiva de un resultado típico le precede un síndrome de riesgo, la cognoscibilidad de dicho síndrome de riesgo, que es previo a la producción del resultado, configura en su opinión el tipo subjetivo del delito imprudente.<sup>41</sup> Vale decir, el tipo subjetivo en el delito imprudente –a su juicio– *“determina el contenido mínimo exigible del conocimiento actual del autor, consistente en un ámbito mínimo de los factores causales productores del resultado”*<sup>42</sup> y ese ámbito mínimo estaría dado por el prealudido síndrome de riesgo.

La propuesta de STRUENSEE ha encontrado cierto eco doctrinal, de suerte que para los partidarios de esa idea los delitos imprudentes pasan a convertirse en una suerte de delitos dolosos de peligro.<sup>43</sup>

ZIELINSKI, por su parte, se decanta por señalar que en la imprudencia conciente coincide su momento intelectual con el dolo de la puesta en peligro, pues la materia de la prohibición y el objeto del ilícito respectivo es siempre una acción final de puesta en peligro, o sea, el hecho de *“crear concientemente la posibilidad de una lesión del objeto del bien jurídico”*.<sup>44</sup> En cambio, en la imprudencia inconciente, el fundamento de la punibilidad se apoya en el hecho de que el autor, en ocasión de ejecutar una acción peligrosa, no ha tomado precauciones

---

<sup>39</sup> STRUENSEE, Avances del pensamiento penal y procesal penal, p. 202.

<sup>40</sup> STRUENSEE, Avances, p. 203.

<sup>41</sup> STRUENSEE, Avances, p. 236.

<sup>42</sup> STRUENSEE, Avances, p. 216.

<sup>43</sup> SCHÖNE, Imprudencia, tipo y ley penal, p. 11; CUELLO CONTRERAS, Culpabilidad e imprudencia, p. 186; CUELLO CONTRERAS, El derecho penal español, ps. 486-487; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Teoría del delito imprudente, p. 218; SANCINETTI, Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal, p. 142.

<sup>44</sup> ZIELINSKI, Disvalor de acción, ps. 183-184.

adicionales y ese “*componente-sin-haber*” (*ohne-zu-Komponent*) es lo que explica y sirve de punto de referencia a la punibilidad.<sup>45</sup>

Empero, de todas maneras y en cuanto ahora nos interesa, ZIELINSKI no trata el tema dentro del ámbito de la tipicidad, sino que lo aprecia dentro de la culpabilidad, según la orientación finalista dominante, estimando que la *imprudencia subjetiva* o *individual*, entendida como previsibilidad personal del resultado, significa la reconocibilidad de la norma de cuidado: el autor tiene conciencia potencial del ilícito, “*recién cuando también pudo extraer la conclusión del carácter de no permitido, del riesgo ligado a su proyecto de acción*”.<sup>46</sup>

A modo de resumen, por consiguiente, es bastante notorio que los últimos desarrollos finalistas se enderezan a una explicación intelectualista de la imprudencia, pero radicada en el estrato de la culpabilidad, con la sola excepción de STRUENSEE, quien pretende derivar el tipo subjetivo del conocimiento del síndrome de riesgo, claramente motivado por razones de congruencia sistemática entre dolo e imprudencia y, sobremanera, para guardar explícita fidelidad a la estructura final de la acción.

## **C.2.- El desarrollo desde la teoría de la imputación objetiva**

### **a) Imprudencia y transgresión del riesgo permitido**

La explicación más fructífera, sin embargo, la ha brindado la teoría de la imputación objetiva, valorando que la imprudencia importa la transgresión del riesgo permitido.

Ello es terminante en ROXIN, quien predica –para los supuestos de imprudencia conciente– que lo adecuado es reconocer un tipo subjetivo, el cual “*consiste en la representación de todas las circunstancias del hecho como un peligro no permitido y en la confianza en la ausencia de realización del tipo ... En cambio, en la imprudencia inconciente falta el tipo subjetivo, porque precisamente el sujeto no ha incluido en su representación los elementos y presupuestos del tipo objetivo*”.<sup>47</sup> Inclusive, en el Libro-Homenaje a Armin Kaufmann, afirma de modo terminante ROXIN que es suficiente para la imprudencia que el autor –aunque no haya conocido los factores determinantes del riesgo– haya debido conocerlos.

<sup>45</sup> ZIELINSKI, Disvalor de acción, p. 201.

<sup>46</sup> ZIELINSKI, Dolo e imprudencia, p. 140.

<sup>47</sup> ROXIN, Derecho Penal, tomo I, p. 1022.

Por ende, cuanto más factores de riesgo aquél aprecia realmente, más se aproxima su conducta a la imprudencia conciente.<sup>48</sup>

## **b) Imprudencia y evitabilidad**

En la doctrina actualmente dominante ha ido ganando terreno el concepto de *evitabilidad*, como eje axial de la imprudencia.

JAKOBS señala, con toda precisión, que en la imprudencia no se corresponde la representación subjetiva con la realidad, pues se trata en verdad de un supuesto de error, en el cual el autor no advierte la realización del tipo que va a tener lugar. A su criterio, una acción imprudente no constituye injusto sólo porque sea cognoscible la realización del tipo, sino por el deber individual de evitación que pesa sobre el autor. El fundamento de la punibilidad de la conducta está dado porque “una realización del tipo cognoscible es evitable. No hay deber alguno de obtener conocimiento, sino sólo deber de evitar acciones típicas cognoscibles en el supuesto de que sean antijurídicas”. De tal manera y en definitiva, la imprudencia es “aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse”.<sup>49</sup>

También FRISCH argumenta que la imprudencia es la lesión evitable de la norma de conducta: la imprudencia (individual o subjetiva) se verifica, por ende, cuando puede esperarse del autor –supuesta la capacidad y voluntad de obedecer la norma- que omita su comportamiento que pone en peligro al bien jurídico.<sup>50</sup>

KINDHÄUSER, por su parte, ve en la imprudencia una incapacidad para evitar la realización del tipo, de la cual el autor es responsable, pues se podía haber evitado y se podía esperar del autor que la hubiera evitado.<sup>51</sup> Entendida como *evitabilidad individual*, la imputación al tipo subjetivo se pregunta si el autor, de acuerdo a sus capacidades y conocimientos individuales, pudo valorar el específico riesgo típico.<sup>52</sup>

Queda de manifiesto, de todas maneras, que el presupuesto *sine qua non* del cual depende la evitabilidad es la posibilidad de conocer el advenimiento

<sup>48</sup> ROXIN, *Finalität und objektive Zurechnung*, GS-Armin Kaufmann, p. 250.

<sup>49</sup> JAKOBS, *Derecho Penal*, ps. 381-382; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen, Erfolgsdelikt*, p. 42.

<sup>50</sup> FRISCH, *Delito y sistema del delito*, en WOLTER-FREUND (Eds.), *El sistema integral del derecho penal*, ps. 239, 260 y 264; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 670.

<sup>51</sup> KINDHÄUSER, *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, ps. 106 y 111.

<sup>52</sup> KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, p. 182.

del riesgo o suceso típico. Sólo la *cognoscibilidad* subjetivo-individual permite aducir que la evitabilidad supone hacer efectivo el deber de cuidado. Como lo recalca WOLTER, en el injusto del delito imprudente se enjuicia el *poder conocer subjetivo*, por cuanto la peligrosidad del comportamiento debe ser subjetivamente previsible para el autor.<sup>53</sup>

De modo análogo GROPP defiende como fundamento último de la imprudencia a la previsibilidad individual y a la evitabilidad de la realización de un peligro antisocial<sup>54</sup> y FREUND, a su turno, advierte que la imprudencia constituye una lesión al deber de cuidado, pese a la previsibilidad y evitabilidad de la realización del tipo, que son las condiciones mínimas de todo hecho punible.<sup>55</sup>

## 5.- Balance final

De la somera visión panorámica que termina de exponerse resulta claro, a nuestro entender, que la teoría de la imputación objetiva se ha ido devorando –por así decirlo– a la antigua concepción de la imprudencia, encuadrándola enérgicamente en la actualidad bajo criterios normativos de atribución al tipo.

De ello se extraen varias consecuencias. La primera de ellas, muy evidente, es que se trata siempre en la imprudencia de un supuesto de previsibilidad y evitabilidad de un *riesgo no permitido*. Esto es, lo que el autor debe prever y evitar es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y, *ad ulteriori*, la realización o concreción de ese riesgo no permitido en el resultado típico.

En segundo término, la reconstrucción dogmática del tipo imprudente conduce a superar el viejo distingo entre culpa conciente y culpa inconciente, pues la primera se disuelve casi por entero dentro del dolo eventual. Esto ya ocurre así en el derecho positivo uruguayo, que no le da cabida a la imprudencia conciente, por lo cual –como lo explica BACIGALUPO– cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, cuando haya conocido el peligro no permitido generado por su conducta, se ingresará al dolo eventual.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> WOLTER, *Imputación objetiva y personal a título de injusto*, en SCHÜNEMANN (Ed.), *El sistema moderno del derecho penal*, p. 113. Idem: WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 42.

<sup>54</sup> GROPP, *Strafrecht AT*, p. 468.

<sup>55</sup> FREUND, *Strafrecht AT*, p. 157.

<sup>56</sup> BACIGALUPO, *Derecho Penal*, p. 344; También BUSTOS RAMIREZ, *Manual*, p. 290.

En tercer lugar, echa de verse que el tipo subjetivo del delito imprudente, aún cuando se lo extienda a ambas modalidades de culpa (conciente e inconciente), lo cual no todos aceptan, tiene poco y nada de *subjetivismo*, entendido éste como contenido psíquico del autor. Así, el tipo subjetivo deja de construirse como un contenido psicológico y pasa a convertirse en un criterio de imputación. Más bien se trata de un modelo de imputación subjetiva, de una forma de atribución de la conducta al tipo, construido mediante criterios normativos de imputación, como lo son la previsibilidad, cognoscibilidad y evitabilidad, que surgen por cierto como un baremo valorativo aplicado por un tercero.

En la culpa inconciente, a lo sumo, tendrá que echarse mano al error (v.gr. formación de un falso juicio), como fuente psíquica de ese obrar imprudente. Y en la culpa con previsión deberá apelarse al desprecio por la existencia de ese riesgo conocido, que no activa sin embargo el mandato de la norma de determinación para evitar la realización de la conducta.

Conforme lo ha expresado una reciente monografía de PEREZ DEL VALLE, la función del tipo subjetivo es *“la dotación de un contenido concreto a la idea de personalización en la infracción de la norma”*, lo cual implica *“contemplar hasta qué punto la infracción de la norma era evitable por el sujeto al que se trata de imputar el comportamiento”*. No obstante, *“la traducción de cualquier concepto del delito culposo a términos psicológicos resulta prácticamente imposible”*.<sup>57</sup>

Por lo tanto, debemos conformarnos con la idea de que la personalización de la infracción a la norma no es una imputación interna, sino apenas un juicio de atribución, un juicio adscriptivo de adjudicación de responsabilidad.

Y la atribución se fundamenta en la valoración de que el sujeto, titular de un deber subjetivo de cuidado, ha incurrido en una conducta de desprecio hacia aquella norma objetiva de cuidado que lo obliga, sin llegar siquiera a representarse el evento cognoscible, o bien previéndolo, pero sin conferirle importancia ni adoptar precauciones adicionales, a tal grado, que ha terminado por incurrir en la realización de una conducta típica evitable, que pudo haberse evitado con otra actitud personal.

---

<sup>57</sup> PEREZ DEL VALLE, La imprudencia en el derecho penal, ps. 191-192.