

SOBRE LO INJUSTO DEL DELITO IMPRUDENTE* **

HANS JOACHIM HIRSCH

Sumario

1. Evolución y estado de la cuestión.—2. Sobre los principales modelos de solución.—3. Problemas particulares.—4. Resultado global.

Erns-Joachim Lampe, a quien en antigua amistad está dedicada esta contribución con mis mejores felicitaciones por su setenta cumpleaños, se ha ocupado en dos trabajos publicados en la ZStW de problemas del delito imprudente. Se trata del importante artículo publicado en 1959 sobre «Autoría en el tipo imprudente»¹ y la significativa disertación acerca del «Hecho e injusto de los delitos imprudentes»² del año 1989. El fuerte interés científico del jubilado en este ámbito, expresado en los trabajos mencionados, me lleva a volver en este Libro Homenaje sobre el círculo de cuestiones tratadas por él.

* Original alemán: HIRSCH, Hans Joachim: «Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts», en Dölling (Hrsg.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Erns-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker&Humblot, 2003, págs. 515-536.

** Traducción de Eduardo Demetrio Crespo, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo).

¹ ZStW, 71 (1959), p. 579.

² ZStW, 101 (1989), p. 3.

1. Evolución y estado de la cuestión

Sobre la estructura de lo injusto imprudente no existe hasta el presente una completa claridad. La concepción causal de lo injusto partía de que los delitos doloso e imprudente se diferenciaban en primer lugar en la esfera de la culpabilidad: el tipo de lo injusto debía cumplimentarse a través de la causación del resultado (en algunos tipos dolosos completado a través de un especial elemento subjetivo de lo injusto específicamente típico, como por ejemplo la intención de apoderamiento en el hurto)³. La crítica ejercida por el finalismo desde principio de los años treinta del pasado siglo se fijaba en primer término en el delito doloso. Con la doctrina final de la acción hacía recordar que al comportamiento humano pertenece una voluntad de dirección, por ejemplo, a la acción de matar la voluntad dirigida a la muerte. De ello resultaba que en el delito doloso el dolo debía ser tomado en cuenta ya en lo injusto típico como voluntad del comportamiento. Se planteó entonces la cuestión de cómo podía explicarse el delito imprudente, dado que en él justamente falta una voluntad dirigida a la producción del resultado. A partir de la concepción precedente del causalismo de que la parte objetiva de lo injusto del delito doloso e imprudente eran idénticas, los finalistas pensaron primero que en éste último, a diferencia del delito doloso, no se trataba de verdadera «finalidad», sino de finalidad potencial⁴. Por ésta habría que entender la posible «finalidad» que hubiese podido evitar el resultado. Esto cambió cuando Niese, el maestro del jubilado, desarrolló desde entonces la dirección predominante del finalismo y de la doctrina de lo injusto personal, en el sentido de que también la imprudencia conecta con una verdadera acción final, y por tanto, no sólo en el plano subjetivo, sino ya en el plano objetivo, resulta una diferencia entre el delito doloso y el imprudente⁵. Lo injusto del delito imprudente debe consistir en una acción final real objetivamente valorable como contraria al cuidado debido, y con ella debe conectarse el resultado derivado de la misma⁶. Puede reseñarse que una so-

³ Cfr: v. LISZT/SCHMIDT: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Bd. I, 26.^a ed. 1931, pp. 161 y ss; MEZGER: *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2.^a ed, 1933, pp. 108 y ss. Cuando se hablaba de la voluntad se hacía referencia únicamente a la existencia de un impulso de la voluntad, pero no al contenido de la voluntad; cfr. v. LISZT/SCHMIDT: *Op.cit.*, p. 155, Mezger, *op.cit.*, p. 109.

⁴ Cfr: en especial, WELZEL: *Strafrecht*, 2.^a ed, 1949, pp. 22-23, 85; sobre la concordanza del tipo objetivo de los delitos doloso e imprudente, pp. 85-86.

⁵ NIESE: *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, pp. 53-54, 58 y ss, 64.

⁶ WELZEL: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3.^a ed, 1957, pp. 8-9; el mismo, *Fahrlässigkeit und Verkehrdelikte*, 1961, pp. 11 y ss; el mismo, *Strafrecht*, 11.^a ed, 1969, pp. 128 y ss.

lución de este tipo ya aparece en el libro de Engisch sobre «Dolo e imprudencia»⁷, bien que no fuera dogmáticamente sopesada. Con relación a la naturaleza jurídica del resultado en el delito imprudente no quedaba claro entonces si éste pertenece a lo injusto del delito, o si sólo representa una condición objetiva de punibilidad⁸. En los años 70 entró en escena la teoría de la imputación objetiva. Sus partidarios se pronuncian de nuevo a favor de la identidad de lo injusto típico objetivo del delito doloso e imprudente⁹. Para la causación del resultado en ambos tipos delictivos deben concurrir ulteriores criterios objetivos positivos o negativos, como la invocación de un riesgo no permitido, la exclusión de la imputación en casos de no creación de un peligro, así como en determinados casos de puesta en peligro ajena con consentimiento, o la delimitación a partir de la cobertura por la esfera de protección de la norma, entre otros.

Esta evolución estuvo y está actualmente acompañada de múltiples debates que afectan a problemas particulares, como la naturaleza jurídica del resultado, la relación entre infracción del cuidado debido y previsibilidad, los límites de la infracción objetiva del cuidado debido, la clasificación de la evitabilidad individual (la llamada imprudencia subjetiva), la clasificación de la imprudencia consciente, la relación con la infracción del deber, la puesta en peligro propia consciente, etc.

Entretanto ha aparecido una literatura inabarcable sobre prácticamente todos los aspectos de la imprudencia. Dado que aquí sólo se quieren abordar los problemas principales, se debe renunciar lamentablemente a ofrecer detalladamente todas las posiciones doctrinales, así como a profundizar en todas las cuestiones particulares¹⁰.

⁷ ENGISCH: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1939, pp. 277-278.

⁸ Véase WELZEL: *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (cit. nota 6), pp. 19 y ss; el mismo, *Strafrecht* (cit. nota 6), pp. 135-136.

⁹ Cfr: sobre la hoy extendida teoría de la imputación objetiva, que se remonta a HONIG: *FG Frank*, Bd. I, 1930, pp. 174 y ss, en especial ROXIN: *FS Honig*, 1970, pp. 133 y ss; el mismo, *Strafrecht. Allg. Teil*, Bd. I, 3.^a ed, 1997, § 11 marg. 39 y ss; JAKOBS: *Strafrecht Allg. Teil*, 2.^a ed, 1991, 7/35 y ss; LENCKNER: en: *Schönke/Schröder, StGB*, 26.^a ed, 2001, Vor § 13 marg. 91 y ss; con ulteriores advertencias sobre la identidad del tipo objetivo de los delitos doloso e imprudente expresamente ROXIN: *Allg. Teil*, Bd. I, § 11 marg. 44, § 24 marg. 10 y ss, y YAMANAKA, *ZStW* 102 (1990), pp. 928, 944; también M. FELLEBERG: *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung*, 2000, pp. 96, 98.

¹⁰ Referencias completas sobre el nuevo estado de la cuestión en DUTTGE: *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001.

2. Sobre los principales modelos de solución

1. La incorrección de la concepción de lo injusto causal no precisa hoy mayor fundamentación. Que la causación de un resultado no puede constituir por sí sola un injusto es realmente algo evidente, y echando la vista atrás sorprende que una concepción así se pudiera mantener tanto tiempo. Si se examina el delito imprudente se ve con claridad que sólo cuando concurre una infracción del cuidado debido, se puede hablar de injusto. En el pasado existen una pluralidad de factores causales para el resultado que no tienen nada que ver con lo injusto del hecho actual. Además en la vida social hay no pocos casos en los que alguien, que ha actuado en todo de conformidad a las exigencias de cuidado del ordenamiento jurídico, se convierte en factor causal del resultado. Un conocido ejemplo es el del conductor que conduce de acuerdo a las reglas del tráfico. De ello no se sigue que ante un comportamiento conforme al cuidado debido que al mismo tiempo amenaza de modo actual un bien jurídico quede suprimido un derecho de defensa¹¹. Aunque en defecto de una agresión ilegítima no se da el presupuesto de la legítima defensa, puede no obstante concurrir —con sus correspondientes ponderaciones— un estado de necesidad defensivo justificante¹². La infracción del cuidado debido en que consiste este tipo de comportamiento representa la exigencia primaria de lo injusto del delito imprudente¹³.

La concepción de la imprudencia como finalidad potencial constituye un camino erróneo. Fue sólo una construcción equivocada del comienzo del finalismo, que, como se ha mostrado, partía de la idea de que el tipo objetivo del delito doloso y del imprudente se agota en la causación del resultado. En ella se considera de modo incorrecto a los delitos imprudentes como delitos relativos a un mandato, es decir, delitos en los que el autor omite crear una finalidad de evitación y con ello impedir la aparición del resultado. Los delitos imprudentes son normalmente, como los dolosos, aquellos que vulneran una prohibición: el ordenamiento jurídico prohíbe en ellos un hacer, y sólo en los delitos imprudentes de omisión impropia se trata de un hacer ordenado. La teoría del deber de diligencia, sostenida acerca

¹¹ En otro sentido LAMPE: *ZStW* 101 (1989), pp. 3, 18 con anotación 61.

¹² Con más detalle HIRSCH: *FS Dreher*, 1977, pp. 211, 222 y ss; el mismo, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11.^a ed, 1994, § 34 marg. 73 con ulteriores referencias.

¹³ Con más detalle ya WELZEL: *Strafrecht* (cit. Nota 6), pp. 128 y ss.

del delito imprudente, que parte de un mandato general, fue superada hace ya un siglo¹⁴.

En cualquier caso la actual teoría de la imputación objetiva se mueve en la tradición de las concepciones que parten de la identidad de la parte objetiva de lo injusto del delito doloso e imprudente¹⁵. Con razón ha advertido precisamente esta teoría que el tipo de lo injusto del delito doloso de resultado tampoco se agota en la causación del resultado¹⁶. Sin embargo, se contenta en ambos tipos de delitos con injertar a la causalidad ulteriores requisitos catalogados. La teoría de la imputación objetiva resuelve el problema como una suerte de evolución respecto a la teoría de la relevancia. Sin embargo una objeción fundamental a la misma, como teoría general de la imputación, es que equipara el tipo de lo injusto objetivo del delito doloso e imprudente, y sólo establece una diferencia entre ambos en el campo subjetivo, siendo así que se diferencian ya elementalmente desde el punto de vista del momento de comienzo objetivo del hecho. Lo injusto del delito doloso comienza justo con el comienzo de la tentativa. Lo injusto del delito imprudente, por el contrario, puede comenzar considerablemente antes. Un arquitecto que construye una casa de modo imprudente tal que, al cabo de unos años, debido a un incendio, y como consecuencia de la imprevisión de salidas de emergencia, mueren personas, ha cometido por su forma de construir un injusto imprudente. En el supuesto de que actuara conscientemente confiando en que en algún momento se produjera una catástrofe semejante, con ello no tiene lugar, sin embargo, un comienzo de la tentativa de un

¹⁴ Con más detalle sobre ello ENGISCH (cit. Nota 7), pp. 307 y ss. Restos de ella surgen, sin embargo, en la más reciente discusión continuamente. Así escribe WEIGEND, *FS Gössel*, 2002, pp. 129, 136: «La norma de comportamiento, cuya lesión trae consigo la punibilidad imprudente significa resumidamente: '¡Cuando existe un motivo cognoscible para la suposición de que puedes vulnerar con tu comportamiento bienes jurídicos ajenos, ten cuidado y haz (u omite) lo necesario para evitar dicha vulneración!'». Además el concepto «contrariedad al cuidado debido» puede fácilmente confundirse en esa dirección, pese a que hoy está básicamente claro que en los casos de imprudencia se trata de forma absolutamente mayoritaria sencillamente de transgresiones de prohibiciones, frente a las acciones omisivas. Al ordenamiento jurídico sólo se interesa que la acción realizada que ha traído como consecuencia el resultado no habría tenido que ser emprendida, pero no cómo el autor hubiera podido dirigirse de modo más cuidadoso. El concepto ha tomado no obstante carta de naturaleza y es fiable en la medida en que no se pierda de vista lo que con él se quiere decir.

¹⁵ Cfr: las advertencias en nota 9.

¹⁶ La doctrina de lo injusto personal y el finalismo que a ella subyace habían buscado delimitar el tipo de lo injusto del hecho doloso —prescindiendo de los casos periféricos de la adecuación social— únicamente a la esfera del dolo. Sobre la posibilidad —y necesidad— de integrar elementos restrictivos de carácter objetivo en esta doctrina véase HIRSCH: *FS Lenckner*, 1998, pp. 119, 132 y ss, 141-142.

tipo doloso, dado que no se da una conexión inmediata con la muerte. El trascurso objetivo, contemplado *ex ante*, está todavía poco concretado y confiado a la casualidad, de modo que permanece en el ámbito de la imprudencia. Por consiguiente, la identidad del tipo de lo injusto objetivo del delito doloso e imprudente está descartada¹⁷.

2. a) La opinión predominante entre los partidarios de la doctrina de lo injusto personal, por el contrario, conectando con los últimos trabajos de Welzel, parte de la diferenciación entre los delitos doloso e imprudente también en lo objetivo, y toma la norma de prohibición como punto de partida. Esta tiene por objeto una acción, cuyo alcance se delimita mediante la voluntad de acción. En este contexto debe subrayarse de nuevo que no se puede prohibir la mera causación de resultados, sino que sólo las acciones guiadas por la voluntad pueden ser objeto de una prohibición. En el caso del delito imprudente se trata de una acción (voluntaria) valorable como contraria al cuidado debido, justamente la acción de riesgo con relación al resultado que cae dentro de la prohibición. Como consecuencia, a diferencia de lo que sucede en el delito doloso, el resultado no pertenece en el delito imprudente a la acción¹⁸. Más bien, en el seno del delito de resultado imprudente, hay que diferenciar, ya desde el punto de vista objetivo, entre las circunstancias objetivas de la acción contraria al deber de cuidado, de un lado, por ejemplo el adelantamiento objetivo en la correspondiente curva sin visibilidad, y el resultado que se produce como consecuencia, de otro lado¹⁹.

Se ha objetado que en este tipo de acción el contenido de la finalidad no juega jurídicamente ningún papel, por lo que en el delito imprudente se demuestra que el concepto «final» de acción no da más de sí²⁰. Pero una afirmación de ese carácter descansa en un análisis demasiado superficial del delito imprudente. La voluntad de la acción, esto es, la «finalidad», tiene aquí incluso una gran importancia práctica, porque sólo a través de la misma es posible, en suma, de-

¹⁷ Con más detalle sobre ello HIRSCH (cit nota 16), pp. 119, 138 y ss. Sobre la diferenciación en cuanto al momento del comienzo también se alerta en BGHSt. 42, pp. 235-237. Cuando en sentido contrario se aduce que lo injusto imprudente sólo puede comenzar en aquel momento que resulta válido para el comienzo del delito doloso de resultado (así M. FELLEBERG, cit. nota 9, pp. 96, 98), se pasa por alto que en los delitos imprudentes se trata ya de acciones *de riesgo* prohibidas.

¹⁸ Con más detalle sobre ello HIRSCH: ZStW 94 (1982), pp. 239, 240 y ss, 251 y ss; el mismo, GS Meurer, 2002, pp. 3, 7 y ss, 16 y ss, con ulteriores referencias.

¹⁹ Sobre la diferenciación ya en el tipo objetivo véase también HIRSCH (cit. nota 18), pp. 16 y ss.

²⁰ Así JESCHECK: ZStW 93 (1981), pp. 3, 16-17; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht Allg. Teil*, 5.^a ed, 1996, pp. 221-222 con ulteriores referencias.

terminar la acción respecto a la cual debe examinarse la infracción del cuidado debido. Precisamente debe siempre aclararse qué comportamiento voluntario del autor debería no haber tenido lugar, y el contenido de la voluntad influye el grado del desvalor de acción. Cuando por ejemplo alguien, de modo imprudente, genera un resultado de muerte, se infiere un peso diferente del desvalor de acción dependiendo de cómo se haya producido la acción (voluntaria) contraria al cuidado debido. Puede suceder que alguien conscientemente y queriendo hacerlo conduzca en sentido contrario por una autovía, o que use voluntariamente dicho carril pero sin darse cuenta de que se trata del carril contrario, o —una situación diversa— que alguien, conscientemente y queriendo hacerlo, proporcione a un niño una pistola cargada para hacer intentos de disparo o que, en la creencia de que estaba descargada, se la deje un momento para que la sostenga. El elemento de la voluntad entra en escena igualmente de forma clara cuando la conducta imprudente constituye al mismo tiempo un delito doloso de peligrosidad abstracta, por ejemplo una trasgresión de las reglas del tráfico. En el delito imprudente se da igualmente un injusto de acción consistente en una acción voluntaria contraria a la prohibición²¹. De ello resulta que al autor se le imputa una acción voluntaria que se valora como contraria al cuidado debido con relación al resultado acaecido.

b) El problema que suscita el postulado que parte de la prohibición es la posición del resultado. ¿Queda para éste todavía espacio en lo injusto del delito, o es sólo una condición objetiva de punibilidad? El problema ha contribuido a reforzar la concepción anteriormente mencionada según la cual la teoría «final» de la acción falla en la imprudencia. No obstante no debería perderse de vista que los autores que se ocupan de la posición del resultado no son aquellos que abordan las cuestiones desde la doctrina «final» de la acción²².

La concepción de que el resultado sólo sería un tipo de condición objetiva de punibilidad alcanza su momento álgido con la dirección fundada por Armin Kaufmann, según la cual el resultado no forma

²¹ WELZEL: *Strafrecht* (cit. nota 6), pp. 130-131; CEREZO MIR, *ZStW* 84 (1972), pp. 1033, 1043-1044; HIRSCH: *ZStW* 93 (1981), pp. 831, 857 y ss; WEIDEMANN: *GA* 1984, pp. 408, 409 y ss. El «momento de predisposición» propio, exigido en la reciente monografía de DUTTGE (cit. nota 10), no afecta a esto. Sobre este momento, con más detalle, III. 2.

²² Véase p.e. ENGISCH (cit. nota 7), p. 342; FRISCH: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1998, pp. 50 y ss, 507 y ss; MAURACH/ZIPF: *Strafrecht. Allg. Teil*, tomo I, 8.^a ed, 1992, pp. 213 y ss; MYLONOPOULOS: *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht*, 1981; WOLTER: *FS 140 Jahre GA*, 1993, pp. 269, 294 y ss.

parte de lo injusto típico ni siquiera en el delito doloso. Lo injusto del delito se agota en general, de acuerdo con ello, en la actuación, por tanto, en el delito doloso, en la tentativa acabada²³. Frente a ello hay que aducir, sin embargo, que la acción completa sólo encuentra su terminación con la realización de lo pretendido. Se ha caracterizado por ello también a la acción como rendimiento, justamente en el sentido, de que el ser humano, en la medida en que conduce el acontecimiento causal de acuerdo a su voluntad, realiza lo querido por él. Este rendimiento, sin embargo, se malogra cuando quien actúa no alcanza lo querido. El afectado no ha conseguido conformar el suceso causal en la medida necesaria para la verificación de su voluntad de realización; no ha podido sobredeterminarlo de acuerdo con su voluntad. La acción pretendida es entonces sólo una intentada²⁴.

La limitación de la acción a la tentativa acabada, esto es, a la mera actuación, no puede fundamentarse con el argumento de que el actor, llegado ese momento, abandona el curso del acontecimiento y debe confiarlo en cierta medida al destino. Dado que el transcurso causal de lo querido, que el autor pone en marcha desde la tentativa acabada a la aparición del resultado, forma parte del desenvolvimiento programado del suceso conducido por él, no puede hablarse de casualidad.

Finalmente sería errónea la afirmación de que lo injusto de la acción del delito doloso estaría completamente satisfecho ya con la tentativa acabada, tal y como la concibe la teoría subjetiva de la tentativa²⁵. Se partiría entonces, como se pone de relieve en la tentativa inidónea no peligrosa, únicamente de la opinión del autor acerca de la realización del hecho. La teoría subjetiva de la tentativa desemboca en el derecho penal del ánimo y se coloca por tanto en contradic-

²³ ARMIN KAUFMANN: *ZStW* 80 (1968), pp. 34, 50-51; el mismo, *FS Welzel*, 1974, pp. 393, 403, 411; ZIELINSKI: *Handlungs-und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 118, 148, 231; STRUENSEE: *GS Armin Kaufmann*, 1989, pp. 523, 534 y ss; el mismo, *ZStW* 102 (1990), pp. 21, 49; también SANCINETTI: *Subjektive Unrechtsbegründung*, 1995. A diferencia de esta concepción subjetivo-monista de lo injusto, otros autores prefieren atribuir lo injusto de resultado del hecho doloso a lo injusto típico, pero separándolo en cualquier caso de lo injusto de la acción (concepción dualista de lo injusto en el hecho doloso), y así en particular GALLAS: *FS Bockelmann*, 1979, pp. 155, 159. Ulteriores referencias en LENCKNER, en: *Schönke/Schröder* (cit. nota 9), Vor § 13 marg. 56.

²⁴ Con más detalle sobre estas cuestiones HIRSCH (cit. nota 18), pp. 3, 10 y ss. Allí también acerca de la equiparación, fuente de muchos malentendidos, de lo injusto de la acción con el concepto ético de lo injusto del acto, pp. 8-9.

²⁵ Así, sin embargo, la dirección subjetivo-monista citada en la nota 23.

ción con el principio jurídico-penal básico del Derecho Penal del hecho²⁶.

En el delito doloso el resultado típico pertenece a la acción porque queda comprendido por la voluntad que conduce el hecho²⁷.

El problema de la posición del resultado afecta por tanto únicamente al delito imprudente, porque en él la voluntad no está dirigida a la producción del resultado típico. Pero aquí debe observarse que es preciso diferenciar entre lo injusto delictivo mediato e inmediato. Mientras que en lo injusto inmediato (primario), se trata de lo injusto de la comisión de la acción voluntaria contraria a la norma (e infractora de la prohibición), en lo que se refiere a los efectos no queridos, en los que sin embargo se plasma el riesgo de la acción, hay que contar con lo injusto mediato. De éste nos ocupamos en el delito doloso en la medición de la pena, y en los casos de delitos cualificados por el resultado también ya en la esfera del tipo. En los delitos imprudentes de resultado, el resultado exigido en la determinación de la pena forma parte siempre ya de lo injusto típico. En el delito imprudente, junto a lo injusto referido a la prohibición de la acción contraria al cuidado debido -una acción de riesgo-, el resultado está vinculado a lo injusto de la acción a través de exigencias de imputación, que se califica como la relación con la infracción del deber. Lo injusto de los hechos imprudentes es, por tanto, a diferencia de los hechos dolosos puros, un injusto típico *dualista*. En esto no radica contradicción alguna, sino que la diferenciación es consecuencia de la diferente estructura típica²⁸.

3. Se observa falta de claridad además con respecto a las relaciones existentes entre la contrariedad al cuidado debido y la previsibilidad en el tipo imprudente. En la jurisprudencia, así como en algunos manuales, ambos puntos de vista se separan con frecuencia completamente, de modo que para el examen de la existencia del tipo de lo injusto se constata primero una abstracta «contrariedad al cuidado debido», y sólo después se pregunta por la concurrencia de una previsibilidad concreta²⁹. De este modo se pasa por alto que la

²⁶ Con más detalle HIRSCH: *FS Roxin*, 2001, pp. 711, 721 y ss; el mismo, *FS Lüderssen*, 2002, pp. 253, 256-257.

²⁷ Sobre esto en particular HIRSCH: *ZStW* 94 (1982), pp. 239, 240 y ss, con ulteriores referencias

²⁸ Con más detalle sobre ello, las explicaciones sobre el delito imprudente en HIRSCH (cit. nota 18), pp. 16 y ss. También LAMPE: *ZStW* 101 (1989), pp. 3, 50 parte del dualismo toda vez que constata que la «realización de la infracción del deber» debe separarse de la infracción al deber del comportamiento.

²⁹ Véase JESCHECK/WEIGEND (cit. nota 20), pp. 577, 586-587, con ulteriores referencias.

previsibilidad sirve originariamente para proporcionar la concreta contrariedad al cuidado debido de una acción en relación con el objeto material protegido por el tipo. Ni existen reglas jurídicas de comportamiento predeterminadas para todos los ámbitos de la vida social, ni tampoco su violación significa necesariamente que en cada caso se de una contrariedad al cuidado debido desde el punto de vista del bien dañado³⁰. En cualquier caso la previsibilidad objetiva (otra cosa es la previsibilidad individual, que será tratada posteriormente) es por consiguiente un elemento constitutivo de la contrariedad al cuidado debido, pero no un criterio situado *junto a* esta en lo injusto típico³¹.

Si se examina con más detenimiento el criterio de la previsibilidad objetiva, se ve que éste no pretende otra cosa que demostrar el *concreto carácter arriesgado* de la acción (esto es, la probabilidad determinada *ex ante* de que de la acción podía derivar un resultado como el acaecido)³². La propiedad de riesgo no es suficiente por sí misma, sino que para la contrariedad al cuidado debido se precisa, a la vista de los múltiples riesgos que inevitablemente se producen en la vida social, contemplar también las reglas de comportamiento jurídico y las demás de naturaleza social³³.

4. En esencia cabe subrayar respecto al tipo de lo injusto del delito imprudente que éste consiste en una acción (voluntaria) contraria al cuidado debido y en un resultado debido a la misma. Por consiguiente se diferencia ya en el plano objetivo del tipo de lo injusto

³⁰ Sobre esto último con más detalle LENCKNER: *FS Englisch*, 1969, pp. 490, 498 y ss; ROXIN: *Allg. Teil I* (cit. nota 9), § 24 margs. 14 y ss; IDA: *FS Hirsch*, 1999, pp. 225, 229 y ss, 238.

³¹ WELZEL: *Strafrecht* (cit. nota 6), pp. 132 y ss.

³² Cuando el autor se refirió en *ZStW* 93 (1983), pp. 831, 860, a que la previsibilidad es una propiedad de la acción del delito imprudente, quería decir que debe tratarse de una acción voluntaria que desde el punto de vista de su contenido es una acción de riesgo (con relación a un resultado como el acaecido) (sobre ello con más detalle a continuación en III 1 b). Con razón STRUENSEE: *JZ* 1987, pp. 53, 57, ha criticado sin embargo que la relación entre voluntad de la acción y riesgo no encuentra allí todavía una respuesta satisfactoria.

³³ Con más detalle IDA (cit. nota 30), pp. 232, 236 y ss. Las reglas jurídicas y las demás reglas sociales de comportamiento se vuelven significativas en un doble sentido: su cumplimiento delimita la contrariedad al cuidado debido pese a la previsibilidad objetiva, y su vulneración constituye un indicio, aunque no necesariamente, de la existencia de la previsibilidad objetiva y con ello de la contrariedad al cuidado debido. En las parcelas de la vida no reguladas MIKUS: *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, 2002, se remite en general a un «espacio de juego para la valoración del autor imprudente» (pp. 17-18, 171 y ss), lo que, sin embargo, permitiría hacer más imprecisa la delimitación de lo justo y lo injusto en tal generalidad. Ulteriores propuestas para ganar en certeza pueden verse en SCHÜNEMANN: *GS Meurer*, 2002, pp. 37, 59 y ss.

del delito doloso. Mientras que en éste último el resultado pertenece también a lo injusto de la acción porque forma parte de lo querido, en el delito imprudente queda fuera del mismo. El resultado es un efecto (injusto mediato) del injusto de la acción constitutivo del objeto de la prohibición (que es lo injusto inmediato o primario)³⁴. A diferencia de los delitos dolosos se trata aquí, con relación al resultado, de una verdadera *cuestión de imputación*: la relativa a la imputación de un resultado que surge como consecuencia de un injusto de acción. Desde el punto de vista de la relación condicional entre la acción y el resultado en el delito imprudente, la teoría de la imputación objetiva encuentra, por tanto, un ámbito de aplicación legítimo. En particular, la diferenciación ya objetiva de lo injusto del hecho doloso e imprudente se refleja, entre otras cosas, en que lo injusto de la acción del delito imprudente puede producirse temporalmente antes de lo que viene dado por los presupuestos del comienzo de la tentativa en lo injusto de la acción del delito doloso³⁵.

3. Problemas particulares

1. a) La ordenación del dolo en el tipo subjetivo de lo injusto por la moderna dogmática ha hecho surgir la pregunta de si de ello no se extraía la consecuencia de que la *previsibilidad individual* también pertenece al tipo de lo injusto. Algunos autores quieren asumir esto, mientras que la doctrina mayoritaria le confiere un lugar sólo en la culpabilidad³⁶. Partiendo del concepto personal de lo injusto del delito doloso puede derivarse de hecho la reflexión dogmática de que cabe establecer el paralelismo entre el conocimiento individual exigido por el dolo y la previsibilidad individual (reconocibilidad) del resultado en la imprudencia, como incluso también los finalistas pensaban al principio. Por otro lado no debe perderse de vista el punto de partida teórico de la doctrina de lo injusto personal: éste afirma por sí sólo únicamente que la *acción* prohibida no puede ser reducida solamente a un curso causal aleatorio —esto es, desencadenado por un impulso discrecional de la voluntad—, como ha sostenido el causalismo, sino que debe ser examinado el contenido de la voluntad

³⁴ Así también en fin LAMPE: ZStW 101 (1989), pp. 3, 21 y ss.

³⁵ Vid. supra las consideraciones anteriores, así como nota 17.

³⁶ STRATENWERTH: Strafrecht Allg. Teil, 1.^a ed. 1971, margs. 1164 y ss; 4.^a ed, 2000, § 15 margs. 12 y ss; JAKOBS: *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 48 y ss, 55 y ss; el mismo (nota 9), 9/8 y ss; GÖSSEL: *FS Bengl*, 1984, pp. 23, 35-36; WEIGEND (nota 14), pp. 142-143 con ulteriores referencias. Con más detalle CASTALDO, *GA* 1993, pp. 495 y ss.

de la acción para la determinación de la acción prohibida³⁷. Mientras que en el delito doloso esta concreta voluntad individual de la acción y el dolo dirigido a la realización de los elementos objetivos del tipo son idénticos, en la acción imprudente se trata de la observación de la concreta voluntad de la acción asimismo individual, que es valorada como una acción contraria al cuidado debido.

La pregunta sólo puede consistir, por tanto, en si de la norma imprudente resulta además que la medida del cuidado debe ya individualizarse en la esfera de lo injusto. Se ha aducido para ello que tendría que regir «aquello que en lo injusto del delito omisivo está fuera de duda: que el autor tiene que ser capaz justamente de comportarse en el modo exigido jurídicamente»³⁸. En esta propuesta sorprende el paralelismo con los delitos omisivos y que se hable respectivamente del cuidado «debido» y del comportamiento «debido». En el delito de comisión imprudente, como los correspondientes autores en si aceptan, no se vulnera un mandato sino una prohibición. El actuante siempre está en posición de no cometer la acción de riesgo (objetivo) prohibida. Por eso mismo la comparación con el delito omisivo no puede ir más allá, porque en éste basta en la esfera de lo injusto con que el afectado esté desde el punto de vista psíquico real en la situación para la ejecución de la acción ordenada³⁹.

A favor de la teoría subjetiva se aduce sobre todo que el autor incapaz de prever el resultado no puede motivarse en orden a la evitación del mismo. La norma debe reclamar un comportamiento, que pueda determinarse a partir del motivo de su evitación⁴⁰. Cabe advertir, sin embargo, que tras este planteamiento aparece, en la distribución interna de lo injusto y la culpabilidad, la hoy mayoritariamente rechazada teoría imperativa radical⁴¹. Es sabido que sus partidarios habían sostenido el punto de vista según el cual las normas se dirigen a los sujetos idóneos para su persecución —aquellos que pueden ser motivados por la norma-, de lo que resultaba la imposibilidad de separar lo injusto de la culpabilidad. Esta concepción ha sido superada, sin embargo, hace mucho tiempo y sólo tiene ahora interés histórico.

Que debe ser suficiente con un regreso a los requisitos objetivos del cuidado para la contrariedad a la norma de la acción se muestra

³⁷ Sobre el punto de partida teórico y las consecuencias que de él se derivan con más detalle Hirsch (cit. nota 18), pp. 4 y ss.

³⁸ STRATENWERTH (cit. nota 36), 4.^a ed, § 15 marg. 13.

³⁹ Esto ya ha sido advertido por SCHÜNEMANN: *JA*, 1975, pp. 511, 514.

⁴⁰ JAKOBS: *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt* (cit. nota 36), p. 66.

⁴¹ Ya criticado por SCHÜNEMANN (cit. nota 39), pp. 511, 513-514, 516; el mismo, *FS Schaffstein*, 1975, pp. 159, 163 y ss.

también en lo siguiente: las normas objetivas de cuidado son necesarias como estándares de comportamiento recíproco. Estas marcan las exigencias mínimas hacia las cuales cada cual debe orientar su comportamiento. A lo injusto del comportamiento, porque se trata de injusto, le es inherente una medida objetiva. Las normas de comportamiento deben ser concebidas de modo que los miembros de la comunidad jurídica puedan orientarse mutuamente entre sí. En otro caso el principio de confianza —especialmente significativo en el ámbito de la conducción— podría no ser respetado. Si se pudiera aplicar la previsibilidad subjetiva del resultado desde la perspectiva de la teoría de la norma, tampoco podría explicarse cómo deben funcionar las normas jurídico-civiles de la imprudencia, porque el Derecho Civil se pronuncia expresamente sólo sobre «el cuidado exigido en el tráfico» (§ 276 BGB), por lo que no podría de otro modo en absoluto cumplir su función. Además surgen fricciones para la teoría subjetiva con la legítima defensa⁴². El concepto de lo injusto sirve justamente para regular y valorar el comportamiento de los miembros de la comunidad jurídica entre sí. Tan pronto como se le priva de esta función social, se renuncia a una parte central de su contenido esencial⁴³.

Frente a ello se ha aducido que el ilícito civil extracontractual permanece inerte y que se trata sólo de exigencias añadidas de lo injusto *amenazado con pena*⁴⁴. Una solución individualizadora en el Derecho Penal puede promoverse bajo la perspectiva de que «la caracterización de un comportamiento como injusto penal no es el resultado de una ponderación entre intereses de las personas privadas implicadas», «sino estigmatización como comportamiento erróneo insoportable». «No se puede hablar de una violación de las reglas mínimas necesarias para la vida en común en aquel que ha hecho todo lo posible para él (aunque objetivamente no sea suficiente) para la previsión de peligros que amenazan el bien jurídico». La circunstancia de que «en los casos críticos sea negado aquí lo injusto penal», no significa necesariamente que el lesionado «se vaya de vacío en cuanto a sus pretensiones de indemnización»: este puede re-

⁴² Estas cuestiones no poseen sólo naturaleza teórica.

⁴³ Con más detalle sobre ello HIRSCH: *ZStW* 94 (1982), pp. 239, 270 y ss. Sobre si, y en ese caso en qué medida, los mayores conocimientos individuales y capacidad especiales elevan la medida del cuidado objetivo, distinta de la cuestión acerca de los requisitos mínimos, en particular pp. 273 y ss (diferenciando entre conocimientos especiales y los respectivos ámbitos de actividad (p. ej. con relación al ámbito profesional de una operación médica de un lado, y las meras posibilidades del talento individual de otro).

⁴⁴ WEIGEND (cit. nota 14), pp. 142-143.

clamar una compensación civil en el caso de que quien causa el perjuicio sea absuelto en el proceso penal por faltar la realización de lo injusto jurídico-penal imprudente.

Sin embargo, este intento de delimitar por esta vía lo injusto imprudente amenazado con pena no cambia nada en el resultado jurídico-penal global, dado que la opinión dominante también rechaza en los casos mencionados la punibilidad ya que ésta exige, junto a lo injusto, culpabilidad individual⁴⁵. Lo que es posible desde el punto de vista individual es característico de la esfera de la culpabilidad. La consecuencia de esta concepción sería, por tanto, que incluso en delitos dolosos en los que falta la culpabilidad ya habría que negar lo injusto, pues se trataría de supuestos de imposibilidad individual de la consecución de la norma «objetiva», por lo que no estaría justificado estigmatizar al autor por un comportamiento socialmente inaceptable. Por lo que se refiere a la observación de que lo injusto amenazado con pena no es el resultado de una ponderación entre los intereses del autor y de la víctima, se trata de algo demasiado simplificador con relación a los bienes jurídicos individuales. Aún cuando el Derecho Penal sólo prevé una protección selectiva —por ejemplo con relación a la en general protección integral jurídico-civil del derecho de la personalidad— la cuestión de la intensidad de la protección de potenciales víctimas juega un papel importante, por su propia naturaleza, para la legislación penal. Correspondientemente, la fijación y delimitación de lo injusto amenazado con pena resulta a través de elementos de lo injusto fundamentalmente de naturaleza objetiva, pero no mediante una nivelación de lo injusto y la culpabilidad sobre la base de etiquetar elementos de la culpabilidad como si lo fueran de lo injusto.

b) Con relación a la parte subjetiva de lo injusto imprudente se encuentra además la concepción de que en la «finalidad» del comportamiento se requiere la representación del «síndrome de riesgo»⁴⁶. Sólo se daría entonces el «desvalor de acto», y en conexión con ello se habla de la «contrariedad subjetiva al cuidado debido». Se trata de un modelo de solución de la ya anteriormente criticada dirección subjetivista dentro del finalismo, incompatible con el principio jurídico-penal básico del Derecho Penal del hecho. En el delito im-

⁴⁵ La idea de WEIGEND (cit. nota 14), pp. 143-144, según la cual para lo injusto deben bastar las capacidades especiales, encuentra sus límites en los requisitos objetivos del cuidado debido (nota 43), ya que desde el punto de vista penal carece de relevancia aquello que no la tiene de acuerdo a la responsabilidad civil extracontractual general («nach dem allgemeinen Deliktsrecht des Zivilrechts»).

⁴⁶ STRUENSEE: JZ, 1987, pp. 53, 57 y ss, y 541 y ss.

prudente se trata, como sucede ordinariamente, de la parte de la voluntad de una acción prohibida total o parcialmente *realizada*, esto es de la «finalidad» de la acción real objetivamente contraria al cuidado debido que se valora como arriesgada⁴⁷. Si la acción contraria al cuidado debido consiste en el adelantamiento en una curva cerrada, se trata de la necesaria «finalidad» del conductor con relación al hecho de conducir emprendido en la correspondiente situación. Más allá de esto no es necesario que se de una expresa conciencia del riesgo y/o un conocimiento de circunstancias concurrentes fuera de la parte objetiva de la acción contraria a la norma. El hecho de que lo injusto de la acción consista en la comisión de la acción que contradice el mandato normativo, aquí por tanto en la concreta acción que se valora como contraria al cuidado debido, demuestra que el desvalor de acción no requiere ese elemento subjetivo añadido. En particular esto se ve confirmado a través de los delitos dolosos de peligrosidad abstracta, cuyo tipo subjetivo de lo injusto exige únicamente el dolo relativo a la realización de los elementos objetivos de la acción tipificada, sin que en este grupo de delitos se eche de menos en lo injusto de la acción una parte subjetiva del hecho satisfactoria⁴⁸. En los delitos imprudentes de resultado se elevan las exigencias sólo en la medida en que en ellos —debido a la acción de concreto riesgo que conforma el contenido de la norma— los elementos objetivos de una acción de este tipo (que se valora como concretamente contraria al cuidado debido) constituyen el objeto de la voluntad de la acción⁴⁹.

Los casos de conocimientos especiales no representan ningún problema en este sentido. Con razón se ha aludido a ellos como confirmación de la relevancia de los momentos subjetivos en lo injusto

⁴⁷ Con más detalle sobre ello vid. los autores citados en la nota 21. La crítica de HERZBERG: *JZ* 1987, pp. 536 y ss, acerca del abandono de la parte objetiva a través del concepto de desvalor de acción subjetivista (de la intención) de STRUENSEE, está justificada; pero va demasiado lejos toda vez que no otorga suficiente relevancia a la voluntad objetiva y subjetiva de la acción.

⁴⁸ La crítica actual a los delitos de peligrosidad abstracta (tradicionalmente denominados de modo incorrecto como delitos de peligro abstracto) afecta a algo distinto: la fuerte prolongación del Derecho Administrativo sancionador («*Ordnungswidrigkeitenrecht*») en el Derecho Penal así como la cuestión de si aquellos casos en los que no hay realmente un peligro concreto (se trata pues de mera desobediencia a la norma) deben quedar en modo alguno dentro del Derecho Penal, cfr. ZIESCHANG: *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pp. 380 y ss, con ulteriores referencias.

⁴⁹ La acción de riesgo del delito de resultado imprudente se diferencia de la acción de un delito de aptitud o peligrosidad concreta en que en el primero la voluntad de la acción sólo se proyecta sobre los elementos objetivos de la acción ponderada en concreto como arriesgada, mientras que en el segundo la concreta aptitud (el riesgo concreto) constituye por sí mismo un elemento del tipo abarcado por el dolo.

de la acción del delito imprudente⁵⁰. La acción contraria al cuidado debido se determina en el caso normal de acuerdo a la acción (voluntaria) que desde la perspectiva *ex ante* de una persona media objetiva del ámbito del tráfico afectado resulta arriesgada con relación a un resultado como el acaecido —precisamente porque se percibe como previsible la concreta posibilidad de que un resultado de esa naturaleza tenga lugar⁵¹— de modo que limitadamente se toman en consideración aspectos normativos⁵². Frente a esto, en el caso de conocimientos especiales la cuestión de la previsibilidad encuentra respuesta a partir de este plus de conocimiento, ya que concurre una base de información más elevada en la situación de hecho, de modo que en cualquier caso tenemos en concreto una acción arriesgada que, una vez observados los aspectos normativos, resulta contraria al cuidado debido. La voluntad de la acción se refiere aquí, como siempre, al riesgo de los elementos de la acción manifestados (p.e cuando el conocimiento especial de un conductor afecta a la pérdida de equilibrio del ciclista, se referirá a los elementos de riesgo objetivo correspondientes a un proceso de adelantamiento que no respeta la necesaria distancia de seguridad). El plus de conocimiento sólo conduce, comparándolo con el supuesto en que el resultado típico se refiere a una acción contraria al cuidado debido aún sin conocimientos especiales, a que se lleva a cabo una acción de riesgo, cuyo contenido de lo injusto es más elevado, que tanto en lo referente al contenido de la voluntad de la acción, como de su parte objetiva, sólo se diferencia del caso básico cuantitativamente.

c) Resta la cuestión de *cómo hay que situar la previsibilidad individual en el concepto de culpabilidad*. En la culpabilidad por el hecho se trata de la posibilidad del conocimiento de lo injusto y de la posibilidad de motivarse de acuerdo al mismo. Por consiguiente, no queda espacio para una rúbrica autónoma sobre la «previsibilidad individual del resultado». Pero ¿puede decirse que este punto de vista queda comprendido conceptualmente de modo acertado como «lesión subjetiva del cuidado»? ¿Qué se quiere decir realmente con esto? La respuesta reza así: el autor sólo puede ser tratado como sujeto responsable si para él era cognoscible la contrariedad objetiva al cuidado debido de su actuación. Esta es, como ya hemos visto, equivalente a la contrariedad a la norma del delito imprudente. Mientras que la contrariedad objetiva al cuidado debido queda constituida a

⁵⁰ Véase STRUENSEE: *JZ* 1987, pp. 53, 59.

⁵¹ Sobre el papel de la previsibilidad objetiva para la determinación del concreto riesgo de la acción imprudente *vid. supra*. II 3 con nota 32.

⁵² Véase sobre ello IDA (cit. nota 30), p. 232.

partir de la previsibilidad objetiva de la posibilidad de la correspondiente aparición del resultado, con la previsibilidad individual se hace referencia por tanto a la posibilidad del autor de reconocer la contrariedad objetiva al cuidado debido de su actuación. Se trata consiguientemente de que para el autor tiene que haber sido cognoscible la concreta existencia de la prohibición y con ello de lo injusto de su actuación⁵³. Mientras que en el delito doloso se precisa la conciencia de lo injusto para la completa culpabilidad, en el delito imprudente basta con la contrariedad objetiva al cuidado debido, esto es, que el autor *hubiese podido conocer* lo injusto. Que en el delito imprudente ello redunde en una contrariedad al cuidado debido concretizada, mientras que en el delito doloso se refleje en el conocimiento de la norma tipificada, se explica debido a que los delitos imprudentes son cláusulas generales y por tanto la contrariedad objetiva al cuidado debido —como valoración en cualquier caso generalizadora— debe ser respectivamente demostrada y determinada.

La correspondiente clasificación sistemática en el concepto de culpabilidad conduce al mismo tiempo a una rectificación terminológica. A diferencia de lo que se había asumido tradicionalmente⁵⁴, no cabe diferenciar entre un concepto objetivo de imprudencia del Derecho Civil y un concepto jurídico-penal de imprudencia que añadidamente requiere un «cuidado subjetivo». Más bien el concepto está delimitado unitariamente para todo el ordenamiento jurídico a la contrariedad objetiva al cuidado debido. El llamado «cuidado subjetivo» se refiere, a diferencia del Derecho Civil, al necesario requisito jurídico-penal general de la culpabilidad de que el autor haya tenido la posibilidad de conocimiento de lo injusto.

2. En una monografía aparecida recientemente se resalta el papel del «momento de la iniciativa»: este sería algo específico de la imprudencia punible en general⁵⁵. De hecho el respectivo mandato normativo en el delito imprudente presupone una «iniciativa» objetivamente reconocible a omitir la acción correspondiente. Pero no supone ningún avance determinar la norma de comportamiento específicamente imprudente de tal modo que ésta se contradiga «con la actuación pese a las advertencias suficientes»⁵⁶. Ello se debe a que

⁵³ Así ya WELZEL: *Strafrecht* (cit. nota 6), p. 175.

⁵⁴ Sobre la concepción tradicional, sobrepasada desde el punto de vista del contenido, todavía LAMPE: *ZStW* 71 (1959), pp. 579, 586 y ss.

⁵⁵ DUTTGE (cit. nota 10), pp. 386, 388, 495, *passim*. Constituye el «núcleo de la imprudencia» (p. 495). La posibilidad de la graduación entre imprudencia grave e imprudencia simple debe sin embargo subsistir (p. 388).

⁵⁶ Así, sin embargo, DUTTGE (cit. nota 10), p. 495.

«advertencia suficiente» son aquellas circunstancias de las cuales resulta en la concreta situación el carácter arriesgado de la acción, esto es, los hechos a los cuales una persona media objetiva vincula *ex ante* su ponderación acerca de la previsibilidad del resultado. También se resaltaría ya que en la vida social moderna tienen que ser tomados en consideración aspectos normativos añadidos de modo que la norma respectiva se determine bajo el punto de vista de la «contrariedad al cuidado debido».

3. La clasificación de la *imprudencia consciente* constituye un ulterior problema parcial. Más exactamente: ¿de qué forma parte dogmáticamente este plus de conocimiento?

Es conocido que uno de los problemas dogmáticos más complicados es la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente⁵⁷. Si según el actual estadio de conocimientos el dolo, y con ello también el dolo eventual, es ya un problema del tipo de lo injusto, también lo es por tanto la imprudencia consciente, que debe delimitarse respecto a aquel como un grado menor. La solución debe buscarse por ello en el contenido de la acción que conforma el objeto del mandato normativo, es decir la acción valorable como contraria al cuidado debido. Esta posee un contenido con capacidad ascensional, tal y como conocemos en los delitos dolosos. Así como en estos últimos es posible distinguir objetiva y subjetivamente entre acciones abstracta y concretamente peligrosas (acciones de riesgo), acciones de peligro concreto y acciones de lesión⁵⁸, en las acciones valorables como contrarias al cuidado debido cabe distinguir entre acciones voluntarias en las cuales el autor no tiene conciencia del riesgo, y aquellas en las cuales es consciente del riesgo concreto. Esto es igualmente claro cuando se piensa en delitos de peligrosidad abstracta —esto es, delitos en los cuales se tipifica una acción peligrosa (acción de riesgo)-, p.e la vulneración de un precepto del derecho de circulación. Estos delitos son sólo abstracciones de delitos de peligrosidad concreta, esto es, acciones en las cuales el concreto riesgo de aparición del resultado queda comprendido en la voluntad desde una perspectiva *ex ante*⁵⁹. De todo ello resulta que la imprudencia consciente tiene que ver con aquel grupo de acciones contra-

⁵⁷ Acerca de la necesidad de diferenciar entre dolo eventual e imprudencia consciente y de no adjudicar esta última al dolo, véase con más detalle F. C. SCHROEDER, en *LK* (cit. nota 12), § 16 marg. 85 y 117.

⁵⁸ Sobre la graduación entre acciones de peligrosidad abstracta y concreta, así como de peligro concreto, véase en particular HIRSCH, *FS Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 545, 557 y ss. En otro sentido KÖHLER: *Die bewußte Fahrlässigkeit*, 1982, pp. 334 y ss.

⁵⁹ Con más detalle sobre ello HIRSCH (cit. nota 58); además, el mismo, *Strafrechtliche Probleme*, 1999, pp. 623 y ss (= el mismo, *FS Buchala*, 1994, pp. 151 y ss).

rias al cuidado debido, en las cuales el autor no sólo conoce las circunstancias objetivas en las que consiste el comportamiento arriesgado, sino que además es consciente del riesgo.

La imprudencia consciente puede clasificarse lógicamente en el sistema del delito imprudente.

4. El resultado del delito de resultado imprudente debe ser consecuencia de la acción contraria al cuidado debido. Existe hoy unanimidad en que no basta para ello con que el autor lo ocasione⁶⁰. No se trata de ningún modo de una mera cuestión de causalidad, dado que la contrariedad al cuidado debido es una categoría normativa y por tanto, como también subraya Lampe⁶¹, hay que hablar de una relación condicional.

Esta relación condicional calificada como «relación con la infracción del deber», deja entrever una problemática que resulta de la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Surgen continuamente casos en los cuales la causalidad para el acaecimiento del resultado, así como la contrariedad al cuidado debido pueden ser demostrados, pero existen dudas sobre si el resultado se debe a la contrariedad al cuidado debido de la acción. Mientras que la opinión dominante absuelve en estos casos bajo la invocación del principio *in dubio*⁶², una parte de la doctrina quiere proceder, como es sabido, con base precisamente en la teoría del incremento del riesgo⁶³, del siguiente modo: cuando resulta que la aparición del resultado no se debe a la contrariedad al cuidado debido, pese a su existencia, habría que absolver; pero en los casos dudosos es posible enjuiciar si el causante del resultado ha incrementado con su acción, frente al riesgo permitido, la posibilidad de la producción del resultado. Dado que la trasgresión del «riesgo permitido» es equivalente a la contrariedad al cuidado debido esto significa que, según esta concepción, no se llega a la conclusión de que el resultado es la consecuencia de la contrariedad al cuidado debido, sino que debe ser su-

⁶⁰ Cfr. JESCHECK/WEIGEND (cit. nota 20), pp. 577 y ss, y las referencias bibliográficas y de jurisprudencia allí contenidas.

⁶¹ LAMPE: ZStW 71 (1959), pp. 579, 598 y ss, explica allí en particular la diferencia entre las cuestiones de la causalidad y la relación condicional.

⁶² BGHSt. 11, pp. 1, 3-4; 21, pp. 59, 61; 24, pp. 31, 34; BGH GA 1988, p. 184; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en: Schönke/Schröder (cit. nota 9), § 15, margs. 173 y ss, con ulteriores referencias.

⁶³ Cfr. ROXIN: ZStW 74 (1962), pp. 411, 430 y ss; el mismo, *Allg. Teil* (cit. nota 9), § 11 margs. 72 y ss, el fundador de esta concepción; BURGSTALLER: *Das fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, pp. 139 y ss; JESCHECK/WEIGEND (cit. nota 20), pp. 585-586; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 24.^a ed. 2001, §15 marg. 44, respectivamente con ulteriores referencias.

ficiente *aditivamente* que concurra una acción valorable como contraria al cuidado debido que eleva esencialmente el riesgo respecto al «permitido», y que el autor ha ocasionado⁶⁴. No debe ser por tanto decisivo que la contrariedad al cuidado debido se haya manifestado en el resultado, y con esta renuncia quiebra la pieza que vincula en cuanto al contenido la parte de la acción y la del resultado del delito imprudente. Prácticamente se proyecta aquí una *presunción* por parte de la teoría del incremento del riesgo, en el sentido de que el resultado ocasionado se debe a la contrariedad al cuidado debido de la acción. Esto se confirma igualmente por la solución sostenida por sus partidarios para el caso en que se *comprueba* que el resultado hubiese tenido lugar igualmente con un comportamiento conforme al cuidado debido. Aquí quiere negar la tipicidad pese a que el «riesgo permitido», determinado desde la perspectiva *ex ante*, ha sido en cualquier caso traspasado, esto es, pese a concurrir una contrariedad al cuidado debido. Con razón se le ha opuesto el argumento de que representa una manipulación del principio *in dubio pro reo*⁶⁵.

5. El delito imprudente plantea cuestiones también con relación a las *causas de justificación*.

a) La antigua concepción, que no se había percatado de la pertenencia de la contrariedad al cuidado debido al tipo de lo injusto, calificaba con preferencia al «*riesgo permitido*» como causa de justificación⁶⁶. Entre tanto se ha descubierto que en estos casos se trata principalmente ya de la cuestión referente al tipo acerca de la contrariedad al cuidado debido (p.e el «riesgo permitido» en el tráfico marca las fronteras del modo de conducir normal ajustado al cuidado debido). Sólo un pequeño círculo de casos afecta la esfera de las causas de justificación; se trata de los supuestos de colisión, en los que entre las condiciones determinadas en el caso particular se encuentra una autorización excepcional para una acción de riesgo tí-

⁶⁴ Así también LAMPE: *ZStW*, 101 (1989), pp. 3, 27.

⁶⁵ Cfr. ARTHUR KAUFMANN: *FS Jescheck*, 1985, pp. 273 y ss; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN: en *Schönke/Schröder* (cit. nota 9), § 15 margs. 173 y ss; HIRSCH: en *LK* (cit. nota 12), § 229 marg. 7; OTTO: *GS Schlüchter*, 2002, pp. 77, 96-97; respectivamente con ulteriores referencias. Según LAMPE: *ZStW* 101 (1989), pp. 3, 50, el hecho debe ser típicamente antijurídico si al autor, según el sentido y el fin de la norma vulnerada, le era exigible otro comportamiento, incluso a la vista de la posibilidad de que no hubiera podido evitar una lesión del bien jurídico. Pero aquí se presentan las objeciones manifestadas frente a la teoría del incremento del riesgo de Roxin, y a su vez el impreciso criterio de la exigibilidad arroja problemas ulteriores.

⁶⁶ Véase la exposición de la evolución de la figura jurídica en MAURACH: *Strafrecht Allg. Teil*, 2.^a ed, 1958, pp. 433-444.

pica (p.e la salvaguarda de intereses legítimos de acuerdo al § 193 del código penal alemán en el ámbito de los delitos de injurias)⁶⁷.

b) La *legítima defensa* parece no jugar a primera vista ningún papel en los delitos imprudentes puesto que exige la voluntad de defensa y a esta se encuentran vinculados generalmente los delitos dolosos. Pero esto no quiere decir que los delitos imprudentes queden fuera de toda consideración. Si p.e la concreta acción de defensa afectada fue necesaria ante el riesgo de consecuencias indeseadas, una comisión imprudente de este tipo queda justificada mediante legítima defensa⁶⁸.

c) Se discute mucho la relación entre imprudencia y *consentimiento*. En los delitos imprudentes surge la pregunta de cómo tratar los casos en los cuales alguien se muestra de acuerdo con la acción de riesgo de otro, y a través de esta resulta dañado. Ejemplos de ello son sobre todo los supuestos en los que la víctima, pese a saber que el conductor está embriagado, viaja con él. ¿Ha cometido el conductor un delito de lesiones, que resulta justificado debido al consentimiento del acompañante? Existe en fin unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia en torno a que —en todo caso siempre que el hecho no traspase la frontera de la contrariedad a las costumbres— no hay injusto. La opinión dominante acude a la justificación a través del consentimiento⁶⁹; y otro sector niega ya la tipicidad⁷⁰. Respecto a la concepción basada en la justificación existe el problema de que realmente no cabe hablar de un consentimiento en cuanto al resultado. La víctima tenía confianza en que éste, p.e el resultado de lesión, no llegaría a tener lugar. El consentimiento se refiere pues únicamente a la acción de riesgo. La preocupación de la solución de la tipicidad en desplazar el problema diciendo que falta la tipicidad por defecto de la «imputación objetiva» del resultado

⁶⁷ HIRSCH, en: *LK* (cit. nota 12), Vor § 32 marg. 31 con ulteriores referencias.

⁶⁸ Opinión absolutamente mayoritaria, cfr. las referencias en HIRSCH, en *LK* (cit. nnota 12), 1992, Vor § 32 marg. 49. A diferencia de lo que sostiene OTTO (cit. nota 65), p. 95, el reconocimiento de la contrariedad al cuidado debido como requisito del tipo no significa que haya que contemplar ya en ella la cuestión de la justificación. Más bien se trata de diferenciar aquí entre la contradicción a la norma (de cuidado) individual y la concreta antijuridicidad que resulta de la negación de la justificación en el segundo nivel del delito.

⁶⁹ Cfr. la panorámica de la más alta jurisprudencia en HIRSCH, en: *LK* (cit. nota 12), 1992, Vor § 32 marg. 106, y el mismo, en: *LK* (cit. nota 12), 2001, § 228 marg. 13, § 229 marg. 8, así como las referencias bibliográficas allí contenidas. Sobre la problemática del consentimiento en una acción de riesgo que termina en muerte, véase HIRSCH, en *LK* (cit. nota 12), 1992, Vor § 32 marg. 95-96.

⁷⁰ ROXIN: *FS Gallas*, 1973, pp. 241-242; el mismo, *Allg. Teil I* (cit. nota 9), § 11 marg. 100 con ulteriores referencias.

cuando la consciente puesta en peligro ajena se equipara a la consciente auto-puesta en peligro⁷¹, no va más allá. Y ello porque la puesta en peligro ajena y la propia son tan poco equiparables entre sí como la lesión ajena y la propia⁷². La solución deriva más bien de que las causas de justificación siempre se refieren a una acción contraria a la norma. Consiguientemente, en el consentimiento justificante en un hecho imprudente no se llega a lo injusto mediato del resultado, sino sólo a la acción contraria al cuidado debido. Si esta está cubierta por el consentimiento eficaz, queda suprimida la antijuridicidad del hecho imprudente, porque la acción contraria al cuidado debido resultante está justificada frente a quien consiente. Este grupo de casos deja constancia por tanto de lo importante que es en el delito imprudente diferenciar entre lo injusto inmediato de la acción contraria a la norma y lo injusto mediato del resultado no querido que aquel presupone.

d) Hay autores según los cuales la presunción errónea del presupuesto de una causa de justificación (el llamado error de tipo permisivo), p.e una legítima defensa putativa, debe afectar a lo injusto; de modo que se elimina lo injusto doloso y sólo cabe tomar en consideración lo injusto imprudente, en la medida en que el error sea vencible y la imprudencia esté penalizada⁷³. La clasificación de estos casos de error en el ámbito de lo injusto es, sin embargo, claramente insostenible. Si en la legítima defensa putativa inevitable o la tentativa en legítima defensa putativa faltara ya totalmente lo injusto, la legítima defensa putativa tendría el mismo efecto que la existencia de la legítima defensa: sería una causa de exclusión de lo injusto. Esto demuestra que aquella concepción desplaza unilateralmente a favor del autor los presupuestos objetivos determinados en los elementos de la legítima defensa para la solución jurídica del conflicto. Pero no sólo se certifica equivocadamente en semejantes casos la falta de injusto y —si se es consecuente— se cercena la legítima defensa válida, sino que resultan igualmente consecuencias discutibles para la teoría de la participación y la dogmática de la imprudencia. Por lo que se refiere a esto último hay que observar justamente que las causas de justificación también pueden referirse a hechos imprudentes. Por tanto, en cuanto al error, debe regir lo correspondiente a los hechos dolosos. Según la dominante teoría restringida de la cul-

⁷¹ En esta dirección ROXIN: *Allg. Teil I* (cit. nota 9), § 11 marg. 107.

⁷² Con más detalle sobre la lesión ajena y propia RÖNNAU: *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, pp. 41, 116, anotaciones 377, 192 y ss.

⁷³ STRATENWERTH (cit. nota 36), 4.^a ed, § 7 marg. 13-14, § 9 marg. 158; ROXIN: *Allg. Teil I* (cit. nota 9), § 10 margs. 23-24; LENCKNER: en: *Schönke/Schröder* (cit. nota 9), Vor § 13 marg. 19 y 60 con ulteriores referencias.

pabilidad⁷⁴ se decide si hay que castigar como hecho imprudente si el error de tipo permisivo es evitable. Pero, dado que el examen de la justificación en el delito imprudente tiene como presupuesto que haya habido en realidad imprudencia, se pone de relieve que se trataría de dos «imprudencias» completamente diferentes. Una afecta a la contrariedad al cuidado debido con relación a la causación del resultado. La otra a la evitabilidad del error de tipo permisivo. Si no se quiere confundir la diferencia entre injusto y culpabilidad, se trata en la segunda de una cuestión de la culpabilidad: la relativa a la evitabilidad de un error de prohibición basado en un error sobre la situación⁷⁵. No es relevante para la temática de este artículo si resulta oportuno tratar el error de tipo permisivo, no según las reglas generales del error de prohibición, sino siempre de acuerdo a la evitabilidad (esto es, también en los casos dolosos) como hecho imprudente (cuando sea punible), de modo que se puede remitir a las exposiciones anteriores pertinentes⁷⁶.

e) Anteriormente salió ya la pregunta de si y en cualquier caso cómo debe ser limitado lo injusto imprudente amenazado con pena *de lege ferenda*. En la doctrina puede encontrarse la concepción de que la imprudencia inconsciente resulta un cuerpo extraño en el Derecho Penal⁷⁷, y otra opinión tiende a la restricción a la imprudencia temeraria⁷⁸. Parece evidente que la extensión del concepto de imprudencia trae consigo ampliaciones del Derecho Penal. Esto tiene que ver con el hecho de que la imprudencia sea una cláusula general, respecto a la cual debe ser precisada en el caso particular la contrariedad al cuidado debido. También allí donde las acciones contrarias al cuidado debido ya cumplimentan delitos de peligrosidad abstracta tipificados, quedan casos en los cuales la imprudencia es demasiado leve para poder afirmar lo injusto de un delito.

⁷⁴ BGHSt 3, p. 105; 194; 271; 14. p. 52; 22, p. 223; BGH, NJW 1982, pp. 2831-2832; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en: Schönke/Schröder (cit. nota 9), § 16 margs. 16 y ss; JESCHECK/WEIGEND (cit. nota 20), pp. 430, 464 y ss, con ulteriores referencias.

⁷⁵ La opinión mayoritaria está a favor por ello de la clasificación del error de tipo permisivo primeramente en la esfera de la culpabilidad, sea con base en la teoría restringida de la culpabilidad (BGH, NJW 1982, pp. 2831, 2832); en la teoría de la culpabilidad orientada a las consecuencias jurídicas, o en la teoría estricta de la culpabilidad. Cfr. las referencias en JESCHECK/WEIGEND (cit. nota 20), pp. 430, 463 y ss.

⁷⁶ Véase HIRSCH: *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960; el mismo, ZStW 94 (1982), pp. 239, 257 y ss.

⁷⁷ Cfr. ARTHUR KAUFMANN: *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 156 y ss, con ulteriores referencias.

⁷⁸ Así p. ej. SCHLÜCHTER: *FS Kaiser*, 1998, pp. 359 y ss. El hecho de que el legislador alemán de forma creciente, y apartándose de lo establecido en el § 18 StGB, para el que basta cualquier tipo de imprudencia, exija imprudencia temeraria con relación a las consecuencias graves, puede explicarse debido al esfuerzo de combatir extensiones de este grupo de delitos.

Sin embargo, la idea de eliminar del Derecho Penal totalmente la imprudencia inconsciente va abiertamente demasiado lejos. Ya se ha advertido de modo diverso de que la imprudencia inconsciente no tiene por qué ser necesariamente más leve que la consciente. La inconsciencia puede basarse en una especial falta de escrúpulos o en una especial indiferencia⁷⁹. También debe observarse que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos las infracciones administrativas no se conciben de forma separada del Derecho Penal, sino que se agregan a él como contravenciones. Por ello una restricción a la imprudencia consciente no las haría exigibles seriamente desde el comienzo, de modo que los preceptos oportunos continuaran siendo funcionales.

De cualquier forma no cabe una restricción a la imprudencia temeraria. Prescindiendo de que es completamente razonable la punibilidad de la imprudencia media —piénsese en muertes imprudentes o lesiones en el tráfico⁸⁰— quedarían en consecuencia lagunas que ni el Derecho de reparación ni el Derecho administrativo podrían cubrir⁸¹.

Sólo puede procederse de modo que la labor legislativa genere la posibilidad de graduar los casos leves como contravenciones, o infracciones administrativas, y sobre todo mediante la introducción de una regulación jurídico-material según la cual no quepa una sanción penal (en las infracciones administrativas, la correspondiente regulación jurídico-administrativa) si el hecho es tan insignificante por razones objetivas o subjetivas que no procede el castigo.

4. Resultado global

Los delitos dolosos e imprudentes se diferencian entre sí ya en la esfera del tipo de lo injusto, y no sólo en lo subjetivo, sino también en lo objetivo. Lo injusto típico del delito de comisión imprudente consiste en una acción (voluntaria) valorable en concreto como arries-

⁷⁹ Cfr. F.C. SCHRÖDER, en *LK* (cit. nota 12), § 16 marg. 121.

⁸⁰ También en la imprudencia con amplias consecuencias, p. ej. en los respectivos casos de catástrofes de metro, avión, o carretera, concurre con frecuencia sólo una imprudencia media, sin que sea admisible sin embargo para la opinión pública la impunidad. Además no cabe perder de vista las consecuencias que tendría desde el punto de vista preventivo que los homicidios y lesiones por debajo de la imprudencia temeraria sólo debieran contar con que los seguros compensen los daños. La justicia devendría en una situación en la que se vería obligada a interpretar extensivamente el de cualquier modo ya impreciso concepto de imprudencia temeraria, para llegar a resultados socialmente sostenibles.

⁸¹ Así sucede con frecuencia en casos del § 163 StGB.

gada y en un resultado debido a la misma. La contrariedad al cuidado debido se determina de acuerdo a una medida objetiva desde la perspectiva *ex ante*. Mientras que en el delito de resultado doloso lo injusto consiste regularmente en la acción de realización del resultado contradiciendo la prohibición y representa por tanto un injusto inmediato, el delito imprudente se compone de injusto inmediato y mediato. Este último no es injusto de la acción, sino un efecto imputable de este. Tras el usual elemento jurídico-penal de la previsibilidad individual en la imprudencia se esconde el punto de vista de que la contrariedad objetiva al cuidado debido ha sido cognoscible para el autor, esto es el requisito general de la culpabilidad de la posibilidad individual de conocimiento de la antijuridicidad. Con relación a las causas de justificación rige lo mismo que en los delitos dolosos. *De lege ferenda* los casos en los cuales la imprudencia de los respectivos delitos sea tan insignificante que sea objetivamente desproporcionado el castigo penal, deberían ser excluidos ya jurídico-materialmente de la punibilidad.