

LOS DELITOS CULPOSOS

I.- Evolución histórico-dogmática de la culpa

I.1. Culpa y concepción psicológica de la culpabilidad

Las teorías causalistas, tanto naturalista como valorativa, no distinguían a nivel de injusto entre hechos punibles dolosos y culposos: ambos tenían la misma estructura y elementos. Lo importante era el proceso puramente causal o causal valorativo. La antijuricidad consistía en la contradicción entre la causalidad descrita en un tipo penal y el ordenamiento jurídico.

La distinción se hacía recién al nivel de la culpabilidad, entendida como “voluntad consciente de una infracción a la ley penal” (vinculación estrecha con la concepción de prevención general negativa de la pena)

La culpabilidad, entendida como un proceso psicológico de carácter volitivo que vincula al sujeto con el hecho, sólo podía fundarse en un “querer defectuoso”, pero no en defectos cognitivos. Sólo podía imputarse un hecho previsto *ex ante* por el sujeto. La consecuencia sistemática de esta concepción conducía necesariamente al destierro de la denominada “culpa inconsciente o mediata” de la teoría general del delito, llegándose a consecuencias político-criminales indeseables para la doctrina mayoritaria.

Para Stübel (1795) sólo las acciones dolosas son acciones culpables: la imprudencia consciente consiste, para este autor, en un dolo de peligro con

consecuencias no perseguidas intencionadamente (es el primero en elaborar una teoría del dolo de peligro)

Otros autores no renunciaron al castigo penal de la imprudencia inconsciente, considerándola como una forma autónoma de cometer un delito, pues no constituye una acción culpable ni existe la “culpabilidad por error”, sino sólo un *cuasidelito* (Almendingen, 1804). Considera la culpa inconsciente como un defecto de la capacidad de entendimiento: por razones de seguridad jurídica y de prevención especial debe aplicarse una medida de seguridad de carácter educativo.

Klein (1798) intentó explicar la diferencia volitiva de la culpa respecto al dolo. La imprudencia consistiría en un dolo negativo, esto es, no cumplir lo debido por preferir dirigir la voluntad hacia otros asuntos. Mientras el dolo es considerado “mala voluntad positiva” (voluntad dirigida a no evitar la acción punible), la culpa es “mala voluntad negativa” (falta de voluntad en formar o emplear la capacidad o la atención necesarias para evitar la conducta infractora de la ley (el dolo consiste en querer de más y la culpa en querer de menos). Al autor imprudente se le reprocha el haberle *faltado la voluntad* correspondiente para evitarla, pero entonces ¿cuál es el fundamento de la culpabilidad si no hay voluntad? En realidad se está asumiendo la existencia de un *deber de evitar el resultado*: la culpabilidad deja de ser una cuestión ontológica y se avizora su dimensión normativa.

Feuerbach continuó por el camino de Klein de tratar de encontrar un momento volitivo en la imprudencia, pues sólo así el delito imprudente era

compatible con el fundamento de su sistema: la coacción psicológica. Encontró el momento de la “mala voluntad” en el elemento de la *obligatio ad diligentiam*. Hay pues, en este autor, una norma de cuidado que consiste en la obligación de hacer (u omitir) todo aquello que, aun contra la voluntad del autor, puede dar lugar a un resultado antijurídico. Hay pues: a) por un lado, un aspecto objetivo-normativo (una ley penal que amenaza con pena su infracción no dolosa) y, por otro, una acción externa; y b) un aspecto subjetivo, un querer ilícito.

Esto es, aunque el autor no persigue voluntariamente la causación de un resultado, el querer consiste en infringir el deber de cuidado o en haber omitido algo que se encuentre conectado con el origen de la lesión jurídica, *siendo el sujeto consciente de esta conexión o debiendo haberlo sido conforme al cuidado debido*.

Binding y Exner critican que la teoría de la “coacción psicológica” convierte al delito imprudente en un delito de omisión: lo decisivo es la omisión (voluntaria) de la obligación de diligencia

Además, este deber de diligencia convierte al delito imprudente en un *crimen culpae*, es decir, un delito general de imprudencia, sin referencia a tipos penales particulares (*crimina culposae*). Para que exista un delito imprudente es suficiente el descuido que cause un resultado lesivo, aunque éste carezca de relación con las razones consideradas para tipificar la conducta lesiva como imprudente

1.2 Teoría normativa de la culpabilidad y culpa

A principios del s. XIX, la culpabilidad en el delito doloso como imprudente, deja de concebir su fundamento en una relación psicológica del sujeto con el hecho típico y pasa a ser entendida como un **juicio normativo de reproche**. Se introduce en esta categoría una doble medida objetivo-subjetiva del deber de cuidado (Exner). Primero se tenía en cuenta el cuidado (objetivo) exigido en general en el tráfico jurídico (riesgo permitido y "previsibilidad objetiva" del resultado típico) y, luego, se consideraba si ese deber (subjetivo) de cuidado era exigible al autor en concreto (si de acuerdo a sus capacidades personales podía haber previsto y evitado el resultado típico). Es decir, el deber subjetivo de cuidado restringía el alcance de la responsabilidad penal por la infracción del deber objetivo de cuidado.

Con esta teoría pierde relevancia la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente: lo relevante es la infracción de la norma de cuidado y la intensidad de dicha infracción, pero no si el autor era o no consciente o se daba cuenta de que podía causar un resultado lesivo. La doctrina mayoritaria no le concede relevancia a la representación ni siquiera para calificar una imprudencia como grave o leve. Para otros autores, que ponen tienen una visión más subjetiva de la culpabilidad, llegan a plantear que en la culpa inconsciente el reproche se basa en la conducción de vida o en el carácter del autor (teorías del sentimiento: indiferencia o falta de preocupación por bienes jurídicos ajenos (Exner) o frente a la evitación de la lesión del derecho (Engisch): conducen a un derecho penal de autor.

En consecuencia, con la concepción normativa de la culpabilidad el reproche en la imprudencia ya no se basa en lo que el sujeto pudo conocer y evitar sino en lo que debió conocer y evitar.

Engisch contribuyó a la determinación del elemento del **cuidado necesario en el tráfico** en el ámbito del tipo, basado en la teoría de la adecuación. Construye una teoría normativa del tipo en el marco de una concepción normativa de la culpabilidad superando las objeciones planteadas a la concepción meramente causal del injusto.

A partir de aquí el deber de cuidado no es un deber autónomo que defina sin más lo que es típico (tesis del *crimen culpae*) sino que es un elemento (normativo) que sirve para determinar si un comportamiento es subsumible en un tipo de resultado. Para este autor, la culpa –que junto con el dolo siguen perteneciendo a la culpabilidad, tiene una estructura doble y paralela: el aspecto normativo (infracción del deber de cuidado y conducta adecuada para producir el resultado) está en el injusto y el aspecto individual (evitabilidad o capacidad de evitación) está en la culpabilidad.

El deber objetivo de cuidado es un desarrollo de la teoría de la “causalidad adecuada” (“previsibilidad objetiva del resultado”), y la conducta adecuada surge del caso concreto (excluye la *obligatio ad diligentiam* genérico).

La teoría de la causalidad adecuada es un complemento normativo de la teoría de la equivalencia de las condiciones (v.Buri) para limitar la pura responsabilidad por la causalidad, criterio naturalístico.

Ella requiere la comprobación de una relación adecuada entre conducta y resultado de acuerdo con la experiencia; así, no pertenecen al tipo aquellas condiciones que no son apropiadas, de acuerdo con la experiencia general, para producir un resultado determinado. De allí que se introduzca en el injusto el concepto de “previsibilidad objetiva”, juicio que entraña la determinación de los cursos causales previsibles conforme a la experiencia general al momento de realización de la conducta infractora del deber.

“Previsibilidad objetiva” del resultado y “juicio de adecuación” de la conducta con el resultado limitan la responsabilidad penal por la pura causación (ontológica) de un resultado lesivo con criterios objetivos, como la probabilidad o la experiencia general.

De allí la necesidad de un pronóstico posterior objetivo, conforme a un observador imparcial colocado en la situación anterior al hecho (juicio ex ante) para separar la causación penalmente relevante de la irrelevante.

Comienza, pues, a divisarse la necesidad de diferenciar causalidad (plano ontológico-descriptivo) con la noción de imputación (plano normativo-valorativo). Por influencia de la teoría de las normas de Binding, no tiene sentido prohibir la causación de resultados, sino las conductas que infringen un deber de cuidado.

La teoría de la adecuación consigue, desde esta perspectiva, restringir la responsabilidad penal ya en el ámbito del injusto, constituyéndose en un juicio sobre los riesgos y peligros que se deben planificar en la vida social.

Cobra importancia la medida del juicio de peligro: ¿debe ser objetivo o deben tenerse en cuenta los conocimientos especiales del autor?

La doctrina mayoritaria adopta una posición mixta (subjetivo-objetiva) por ser la política-criminalmente más satisfactoria: individualiza parcialmente el juicio de adecuación para evitar considerar sólo adecuadas (típicas) las acciones de acuerdo con la experiencia general. En consecuencia, el deber objetivo de cuidado se determina de la siguiente forma: “debe colocarse mentalmente un “espectador objetivo” u “observador imparcial” en la situación del autor, sin sus carencias cognitivas de reglas experiencias generales y dotado, además, de todos los conocimientos especiales del autor concreto”. Esto es, en el caso que el sujeto posea especiales y superiores conocimientos que le permitan prever la realización del tipo, que en principio el hombre o profesional medio cuidadoso no hubiera podido prever – v.gr. un médico y su equipo han desarrollado una técnica de detección de anomalías en un determinado tipo de operaciones, que todavía no es conocida por los especialistas de esa rama- y por no utilizar esos conocimientos no prevé la producción del resultado (v.gr. causación de la muerte), existe infracción del deber objetivo de cuidado porque **hay previsibilidad objetiva** y pese a ello no se ha previsto la realización del tipo. Pues la fórmula de la previsibilidad objetiva consiste en lo que al momento de actuar hubiera podido prever el hombre –o profesional- inteligente y cuidadoso (sujeto ideal) colocado en la situación del autor real y añadiéndole los **conocimientos especiales** de ese autor concreto.

Plantea la objeción de un sector de la doctrina que, si bien establece un umbral mínimo de responsabilidad penal, la consideración de los conocimientos especiales la amplía excesivamente en su umbral máximo.

La teoría de la adecuación (“previsibilidad objetiva”) planteaba todos los problemas asociados a una teoría del tipo con “lastres naturalísticos”. Intentó delimitar los riesgos típicos de los atípicos pero se equivocó en los criterios utilizados, de carácter empírico y avalorativos (probabilidad, experiencia general, etc.), haciéndose evidente la necesidad de establecer criterios de carácter normativo. Este proceso se desarrolla claramente a partir de WELZEL y, después, con ROXIN, lo que veremos a continuación.

1.3- La culpa y la teoría final de la acción (WELZEL)

La previsibilidad objetiva no podía servir de único fundamento. La idea de la adecuación era identificar los riesgos que el autor debía conocer (elemento intelectual del deber de cuidado) y que la norma de cuidado exigía evitar; pero en una sociedad moderna, donde hay ámbitos con riesgos especiales, la teoría ya no sirve. Para afirmar la existencia de un injusto imprudente no basta con la creación de un riesgo y peligro, pues ello podría determinar la paralización de la sociedad post-moderna, sino sólo de los riesgos jurídicamente desaprobados: de allí que cobre enorme importancia el concepto de “riesgo permitido” elaborado por WELZEL.

Su concepción normativa del delito imprudente y del delito omisivo siempre fueron considerados cuerpos extraños en su “teoría final de la acción”, de

carácter psicologista-ontológico, asentada en la existencia de “estructuras lógico-objetivas” que vinculan al legislador. En efecto, si la culpabilidad es un juicio referido a la “libre autodeterminación de la voluntad”, esta estructura tenía que considerarse en las categorías previas del delito. La pena supone un desvalor ético-social por esa libre autodeterminación; de allí que ya la tipicidad recoge la desvaloración jurídica por la finalidad de su autor expresada en una conducta. Para WELZEL, el derecho penal no puede prohibir acciones sin finalidad, ya que no se trataría de acciones humanas (la norma no puede prohibir causaciones sino acciones finales). El problema se producía con la culpa, pues en ella la finalidad perseguida por el autor es irrelevante penalmente.

Primer planteamiento de WELZEL (*Studien zum System des Strafrechts*): postuló que el aspecto objetivo de la acción es el mismo en el delito doloso que en el culposo, pues supone adecuación social, riesgo permitido o el cuidado necesario en el tráfico, elementos entendidos en un sentido normativo. La diferencia se daría en el aspecto subjetivo de la acción.

El dolo es “dominio final del hecho”, mientras que la culpa es “causación evitable”. En la imprudencia no se desvalora la finalidad, sino las consecuencias de su acción, esto es, el resultado y que éste haya sido evitable. En la culpa, la finalidad es potencial: es la falta de una mejor dirección final para evitar el resultado.

Insatisfecho y muy criticado por su posición acerca del tipo subjetivo del tipo imprudente (un delito imprudente final sería una *contradictio in adjecto*),

WELZEL se orienta hacia criterios más normativos. Como se dijo, no toda causación de un resultado es un hecho típico, sino sólo aquel fruto de una lesión al orden social (el filtro son los criterios de adecuación social, riesgo permitido y cuidado debido, entendidos de modo normativo y flexible).

WELZEL coincide con MEZGER en que la imprudencia no es más que una forma “raqútica” de finalidad humana, una pura causación. La diferencia esencial con los causalistas es que dicha causación debe ser “finalmente evitable”: el desvalor de acción consiste en la no evitación imprudente del resultado. NIESE lo critica porque la finalidad potencial es una ficción: la finalidad existe o no existe (en cuanto categoría del ser). Para este autor, lo que se desvalora no es el resultado típico sino la **ausencia** de utilización de los medios adecuados. Abarca las acciones que no presentan la medida mínima de dirección final que se exige para desenvolverse en las relaciones sociales (problema de **evitabilidad**). Demostró, en consecuencia, que en el ámbito de los delitos imprudentes el concepto de acción no está determinado de modo ontológico sino normativo: en la omisión del cuidado obligado en el tráfico (infracción del deber objetivo de cuidado). Ello significó, no obstante, la instauración del concepto de *obligatio ad diligentiam* de FEUERBACH en el concepto personal del injusto, haciendo que el delito imprudente fuera equivalente a un delito de comisión por **omisión**.

WELZEL, siguiendo esta vez las ideas de NIESE, cambia su postura aunque sin renunciar a su concepto final de acción. Señala que el objeto de la finalidad, en vez del resultado típico, consiste –en la culpa– en los medios elegidos y empleados para obtener un fin penalmente irrelevante. Supone una

divergencia entre la acción final realmente emprendida y la que debería haber sido realizada en virtud de lo prescrito por la norma de cuidado (conducta contraria al deber de cuidado). La realización final es siempre relevante (en este caso en el modo de realización de la conducta); sólo podría ser irrelevante el fin último perseguido.

Esta evolución determinó las siguientes consecuencias y críticas:

- a) Ya no hay una sola estructura de injusto para los delitos dolosos e imprudentes: el concepto de injusto doloso es un concepto psicologicista relacionado con la finalidad del autor y el concepto de injusto imprudente es un concepto normativo.
- b) La finalidad ya no sirve como un criterio de imputación (selección de la causalidad penalmente relevante) válido para todos los tipos de resultado. El derecho penal no siempre desvalora la finalidad del sujeto cuando impone penas: lo decisivo es que el autor, al perseguir una determinada finalidad indiferente para el Derecho, haya infringido su deber de cuidado (modalidad de imputación estrictamente normativa).
- c) Por tanto, la evitabilidad del resultado no depende de lo que el individuo pueda o no pueda, sino de lo que el Derecho considera que debe o no debe hacer. Las posibilidades subjetivas (deber subjetivo de cuidado) de cumplir con lo prescrito por el Derecho quedan así desplazadas del injusto y afincadas en la culpabilidad en lo que respecta al delito imprudente. El deber subjetivo de cuidado sólo es tenido en cuenta en la culpabilidad, como reproche al autor concreto de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

Sin embargo, y como hemos señalado ya, la doctrina mayoritaria no ha seguido este planteamiento, sino que ubica en el tipo del delito imprudente un deber objetivo de cuidado con el añadido de los conocimientos especiales del autor, lo que para algunos lo constituye en un deber objetivo-subjetivo de cuidado y, para otros, significa únicamente un deber objetivo individual de cuidado, como veremos más adelante.

A continuación analizaremos la tipicidad del delito imprudente sobre la base de los planteamientos de la doctrina mayoritaria, sin perjuicio de hacer las precisiones o acotaciones que efectúan otros sectores doctrinales.

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA TIPICIDAD DEL DELITO IMPRUDENTE

Referencias positivas: art. 1º inciso 1º, art. 2, art. 10 N° 13 y Título X en relación con el Título VIII del Libro II del Código Penal.

I.- Tipicidad objetiva del delito imprudente.

Está constituida por la conducta descrita en el tipo legal y por la infracción de un deber **objetivo** de cuidado en la realización de la misma. El deber objetivo de cuidado se identifica con la conducta que una persona razonable y cuidadosa hubiera empleado en la misma situación del autor.

Este elemento, en el caso concreto, se determina de acuerdo a:

- Un momento **“intelectual”**, esto es, la previsibilidad objetiva : el resultado debe ser previsible *ex ante* para una imagen ideal colocada en la misma situación y posición del autor; esto es, la acción debe ser aquella que conforme a la “experiencia general” encierre una tendencia lesiva, o sea, resulte adecuada para producir el resultado. Quedan así excluidos todos los cursos causales inadecuados (aplicación criterio causalidad adecuada).

- Un momento **“normativo”**, esto es, el riesgo permitido: “sólo infringe el deber de cuidado aquel peligro que supera la medida “normal en el tráfico” o “adecuada socialmente”. La conducta que es apta para producir resultados típicos, pero que se realiza dentro del ámbito del riesgo permitido será **atípica**. Esta medida se determina objetivamente: la acción u omisión final que correspondería a una persona razonable y cuidadosa (criterio valorativo determinado normativamente) en la posición del autor en la situación concreta; no caben, pues, consideraciones subjetivas.

La doctrina mayoritaria ha insistido en la idea de que este baremo no es un estándar configurado estadísticamente conforme a un método inductivo-sociológico o empírico: el “hombre medio” no es más que una metáfora sobre la valoración objetiva de la conducta concreta. Con este criterio se pretende determinar si un comportamiento es aceptable en un ciudadano dispuesto a respetar la norma de cuidado o supone ya un comportamiento descuidado.

Este criterio se amoldó luego al parámetro correspondiente al sector del tráfico en que el autor se desenvuelve (conductores de camiones, cirujanos

cardiólogos, ingenieros de obras públicas, etc.). Aquí cobra relevancia el concepto sociológico de rol social, como conjunto de expectativas normativas de conducta que van asociados al mismo. Los contactos sociales en un sistema social anónimo, altamente estandarizado y tecnificado, ya no se basan en la confianza que la otra parte nos preste como sujeto natural, sino como portador de un rol (aquel conjunto de expectativas normativas que se vinculan en una sociedad dada a la conducta del detentador de ciertas posiciones). El rol simplifica, facilita y favorece los contactos sociales porque indica las cargas y responsabilidades de cada rol; indica lo que se puede esperar, da información.

En la práctica, existen ciertas reglas de policía o extrapenales de prevención de riesgos o las reglas de la técnica genéricamente aceptadas para un sector profesional (*lex artis*) que definen las cargas y responsabilidades de tales roles (reglamentación de seguridad vial o del trabajo, regulación relacionada con la explotación de energía eléctrica, de la minería, etc.). Ellas operan como límites de la imprudencia jurídico penalmente relevante, aunque la doctrina dominante ha señalado que ellas no determinan el cuidado necesario en el tráfico, sino que sólo constituyen un indicio del mismo (esto aparecería claro en el art. 492 CP, que exige imprudencia simple **con** infracción de reglamentos). En este sentido, MUÑOZ CONDE señala que la inobservancia de estas reglas es un indicio pero nunca una prueba irrefutable de que se actuó con infracción del cuidado debido en el ámbito de relación (plantea como ejemplo el de quien invade el lado izquierdo de la calzada cuando no viene nadie en sentido contrario para evitar atropellar a un perro: a pesar de la infracción formal, hay un acto prudente).

¿Existe un deber subjetivo de cuidado en la de la tipicidad en los delitos imprudentes?

Un sector de la doctrina exige que, junto al deber objetivo de cuidado se consideren las capacidades, conocimientos y experiencias individuales del autor (doble medida objetiva-subjetiva en el ámbito del tipo). Así, BURKHARDT, GÖSSEL, KINDHÄUSER, BACIGALUPO, CORCOY BIDASOLO, etc.). Para ello se apoyó en la nueva dirección doctrinal iniciada por JAKOBS y STRATENWERTH, como veremos más adelante.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria se ha opuesto vehemente a las posiciones subjetivistas (en rigor se trata de posiciones individualistas) del deber de cuidado y señalan que las **capacidades** del autor son un problema perteneciente al juicio de culpabilidad. Por la vía de separar capacidad de conocimiento, no obstante, sí toman en cuenta los **conocimientos especiales** del autor concreto en el injusto imprudente.

Las críticas de la doctrina dominante a la posición que considera las capacidades individuales del autor en el injusto pueden resumirse, entre muchas otras, en los siguientes puntos: ella propende a una confusión entre injusto y culpabilidad; a la desaparición de líneas generales y objetivas de conducta, lo que afecta la función de garantía del tipo y de prevención general del derecho penal (no es posible formular normas que sean adecuadas como pautas de orientación ni criterios objetivos referidos al deber de cuidado); sobrecarga para los ciudadanos capacitados por

encima de la media, con el efecto pernicioso de desmotivar la adquisición de capacidades para eludir mayores responsabilidades, etc.

Se contraobjeta que problemas análogos se producen con la “subjetivización” de la “previsibilidad objetiva” que tiene en cuenta los “conocimientos especiales” del autor. Surge la interrogante: ¿por qué la consideración de los conocimientos especiales del autor en el ámbito del tipo no implica los mismos problemas que las capacidades? Especialmente cuando no existe una delimitación clara entre conocimientos y capacidades aprendidas o, por lo menos, una distinción que justifique su diverso tratamiento jurídico. Así, en la labor del cirujano es muy difícil distinguir cuál es la parte que tiene que ver con sus conocimientos especiales y cuál con las habilidades que ha desarrollado. Ambas cuestiones son, sin embargo, decisivas para controlar los peligros de su actividad.

Por otro lado, se considera que el criterio dominante del deber objetivo de cuidado en el ámbito del tipo es excesivamente estandarizado y desindividualizado: no se trataría, entonces, de abandonar un baremo objetivo en el tipo, sino sólo la del “hombre medio” inexistente y de difícil determinación, pues se trata del comportamiento de alguien en particular (medida individual de cuidado). Además, el planteamiento objetivista tiene una consecuencia práctica no siempre conveniente desde una perspectiva político-criminal: los capacitados por encima de la media se ven privilegiados con la estandarización en detrimento de la protección de los bienes jurídicos y los capacitados por debajo de la media están determinados a infringir la norma de cuidado aunque su comportamiento se considere finalmente no

culpable por no ser reprochable dicha infracción: existiría, pues una sobreexigencia del ordenamiento jurídico.

Para las posiciones más individualistas, por tanto, deben considerarse ciertas características personales del autor: las capacidades del autor formarían parte de la situación objetiva de riesgo. De hecho, el conocimiento de la peligrosidad que comporta una actividad depende en muchas ocasiones de la valoración de las propias capacidades. La distinción entre injusto y culpabilidad se logra en base a consideraciones nomológicas – fundamentalmente conseguidas por JAKOBS-, esto es, diferenciando entre **capacidad de acción** –que supone la capacidad de planificar las acciones eligiendo medios para ciertos fines- y la **capacidad de culpabilidad**, entendida como capacidad de orientar esas acciones de acuerdo con los valores del ordenamiento jurídico. Conforme a esta distinción, los bebés carecen de capacidad de acción, pero a partir de cierta edad los niños gozan de capacidad de acción pero no se les reconoce la capacidad de culpabilidad mínima que tienen los adultos responsables. Aunque un menor de edad pueda realizar sus deseos (capacidad de acción) no puede orientar sus acciones de acuerdo a normas al igual que lo puede llegar a hacer posteriormente o, al menos, no se le reconoce normativamente esa capacidad. Por ello, se presupone siempre en el juicio de antijuricidad una correcta motivación interna del autor y, por ende, deben considerarse en el injusto las capacidades personales del autor.

En consecuencia, el criterio de valoración consistiría en enjuiciar si la decisión del autor previa al hecho típico es una decisión que cabe esperar en un

ciudadano que se **presupone** motivado para respetar la norma de cuidado. Si una determinada conducta no hubiera sido realizada por una persona dispuesta a respetar la norma de cuidado, se infringe dicha norma. Así, si una persona carece de los conocimientos específicos sobre una materia que habría hecho que una persona respetuosa con la norma de cuidado no hubiera emprendido una determinada actividad especializada, se infringe la norma de cuidado (v.gr. un adolescente que no sabe conducir pero que toma el auto de su padre e invita a salir a sus amigos); o el caso de quien poseyendo en general capacidades especiales no las tiene de modo contingente y, no obstante, obra (v.gr. el lanzador de cuchillos de un número circense nota que ese día sus capacidades se encuentran algo disminuidas aunque no se lo toma en serio). Por el contrario, si una persona respetuosa con la norma de cuidado no hubiera apreciado tampoco la peligrosidad de una determinada actividad o no hubiera podido controlar una situación de peligro, no existirá una infracción del deber de cuidado.

Si se distingue entre las **capacidades instrumentales o habilidades para controlar de acuerdo con el cuidado necesario en el tráfico ciertos riesgos** (lo que supone la existencia de una persona motivada para respetar la norma de cuidado) y la **capacidad para motivarse de acuerdo con lo dispuesto por la norma**, no existe confusión entre injusto y culpabilidad. En la culpabilidad se examina, pues, la mayor o menor exigibilidad al autor de una motivación para haber desarrollado el cuidado y la atención necesarias en la situación concreta (exigibilidad al autor del comportamiento cuidadoso).

Un joven de 14 años, una persona embriagada o drogada, un epiléptico, un oligofrénico o un psicópata pueden infringir la norma de cuidado con independencia de su capacidad para motivarse en el respeto de los bienes jurídicos ajenos. Así, un epiléptico que a pesar que es avisado por su médico que no puede conducir y sufre un ataque de epilepsia conduciendo su automóvil y atropella a un peatón, realiza un injusto imprudente. Luego habrá que analizar (en la culpabilidad) si su capacidad para respetar la norma de cuidado en el momento de ponerse a conducir estaba o no afectada por la enfermedad.

Otros ejemplos:

- a) una madre, al recibir la noticia del grave accidente de su hijo se dirige corriendo al hospital, olvidándose, por la excitación, de desconectar la plancha;
- b) Z, novia de X, estudiante, comunica a éste, mientras conduce su automóvil, que está embarazada. El estudiante se bloquea mentalmente con la noticia y provoca un accidente.
- c)

EN SUMA: La tipicidad objetiva de los delitos imprudentes está constituida, conforme a la doctrina dominante, por la realización de la conducta típica con infracción de un deber objetivo de cuidado, en el que se comprende un elemento intelectual y otro normativo.

Existe discusión acerca de la existencia, en el tipo, de un deber subjetivo de cuidado que considere las capacidades, conocimientos y experiencias

individuales del autor para determinar la medida del deber de cuidado. Pareciera, no obstante, que tanto los que defienden un baremo objetivo como los que defienden el denominado “deber subjetivo de cuidado” suscriben una concepción objetiva de este deber. La diferencia reside en que la doctrina mayoritaria defiende un baremo objetivo-estandarizado (o abstracto) y los otros defienden un baremo objetivo no-estandarizado o individual, por el que deben considerarse las especiales capacidades del autor. Ningún autor defiende una norma de cuidado subjetivada en la que su infracción dependa de la disposición de una persona a ser cuidadosa con bienes jurídicos ajenos.

En consecuencia, lo decisivo del parámetro del “espectador objetivo” es que se valora la actuación de una persona desde la perspectiva de un ciudadano motivado para ser cuidadoso. Y el cuidado que en una situación concreta exige la norma de cuidado para no producir el resultado puede depender de la capacidad (instrumental) del autor. Una vez determinada la existencia del injusto penal, se debe analizar en la culpabilidad la mayor o menor exigibilidad del autor de una motivación para haber mantenido el cuidado y la atención necesarias en la situación concreta (exigibilidad al autor del comportamiento cuidadoso). En fin, para imputar el hecho a título de imprudencia se debe partir como modelo **objetivo** en el injusto de una correcta motivación del autor desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Los bloqueos o perturbaciones del mecanismo de motivación son cuestiones a tratar una vez imputado el hecho valorado como injusto a una persona.

Para un sector de la doctrina, basta con la tipicidad objetiva del delito culposo (Jakobs, Ragués). Para el sector mayoritario, se requiere la concurrencia de una tipicidad subjetiva en el delito imprudente, constituida por la diferente actitud interna del sujeto al emprender y realizar la conducta peligrosa, la que serviría para graduar el injusto del delito imprudente en grave, menos grave, leve, etc.

II.- La tipicidad subjetiva del delito imprudente

En la parte subjetiva del delito imprudente, en cuanto a sus elementos psicológicos, mayoritariamente se considera que, en primer lugar, exige un requisito negativo: la ausencia de dolo respecto de ese hecho típico, pues si hay dolo ya no tiene sentido examinar si la conducta se ha realizado con infracción a la norma de cuidado. Sin embargo, es perfectamente posible que un mismo hecho sea doloso respecto de un tipo e imprudente respecto de otro tipo distinto (concurso ideal de delito doloso e imprudente).

Por otro lado, siempre se ha distinguido la culpa consciente e inconsciente. En la **imprudencia consciente**, el sujeto tiene conciencia (prevé, se representa) la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico – pues si fuera consciente de la seguridad de producción del hecho habría dolo directo o de consecuencias necesarias- pero, a diferencia del dolo eventual, no acepta su eventual producción por confiar con un mínimo fundamento – aunque equivocado y no diligente- en que se podrá evitar. En la **imprudencia inconsciente**, el sujeto no tiene conciencia (representación, previsión) de la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho

típico, bien porque no se da cuenta en absoluto de la peligrosidad de la conducta en relación con un hecho típico, o bien, porque, aun siendo consciente de la posibilidad y peligro de que concurran algunos elementos del tipo, por un error vencible de tipo, desconoce la presencia o concurrencia de algún otro elemento típico.

Esta clasificación no tiene, en general, repercusión práctica, porque la infracción imprudente puede darse tanto si la imprudencia es consciente o inconsciente – salvo que algún tipo penal concreto exija la realización consciente de la imprudencia. Un sector de la doctrina considera que la imprudencia inconsciente es más disvaliosa o más grave que la primera, en la medida que el sujeto ni siquiera se percató de la peligrosidad de su acción, reflejando un grado de despreocupación y ligereza más grave que quien cree estar dominando el peligro que está creando conscientemente. Sin embargo, en la determinación de la gravedad de la imprudencia cuenta especialmente la gravedad de la infracción de la norma o deber de cuidado, en base al grado de peligro en relación con la entidad del respectivo bien jurídico, y al grado de control o descontrol del peligro. Y ello puede dar lugar a que, según las circunstancias, la imprudencia consciente sea normativamente más grave, igual o menos grave que la imprudencia inconsciente. Así, el CP chileno distingue entre imprudencia **temeraria** o grave o inexcusable (art. 490 CP para los delitos contra las personas; art. 224 N° 1, 225, 234 CP) y la imprudencia **simple con infracción de reglamentos** (art. 492 CP para los delitos contra las personas; también, el art. 329 CP). También se prevé la negligencia **profesional** (art. 491, inciso 1° CP), que abarcaría más claramente los casos de imprudencia por omisión y en que se causa un mal a

las personas; y la imprudencia simple que causa daño a las personas por posesión de **animales feroces** (art. 491 inciso 2º CP).

La inexistencia de un aspecto subjetivo-psicológico en la culpa inconsciente ha llevado a un sector de la doctrina a negar la existencia de tipicidad subjetiva en el delito imprudente (JAKOBS, FEIJOO). Otros, estiman que para afirmar el desvalor subjetivo psicológico en la acción imprudente basta la comprobación del elemento negativo de ausencia de dolo y el elemento potencial de la previsibilidad objetiva (LUZON).

Por otro lado, siempre ha habido preocupación por parte de la doctrina en la correcta delimitación psicológica entre dolo eventual y culpa consciente, por las relevantes consecuencias que conlleva la distinción entre dolo y culpa a efectos de la penalidad. La débil distinción que a nivel psicológico plantean las teorías de la representación o del consentimiento, han generado dudas sobre su idoneidad para resolver las diferencias valorativas y normativas existentes entre el dolo y la culpa. En efecto, como señala SCHEWE, existe un universo conceptual lleno de representaciones ideales y racionalistas, alejadas de la experiencia, sobre el actuar y el pensar del ser humano, con fórmulas que obstaculizan en lugar de facilitar una adecuada comprensión y valoración de las conductas delictivas, y con jueces, que, confrontados con tales instrumentos conceptuales, tienen que echar mano de ficciones o presunciones para poder ajustar los datos reales a los marcos conceptuales dogmáticos. Otros autores, como ALBRECHT, propenden a la

normativización de estos elementos subjetivos, pues se trataría de constructos puramente dogmáticos y, por consiguiente, deben ser concretados a través de construcciones indiciarias objetivas pues tales elementos no serían susceptibles de verificación empírica.

III.- El papel del resultado en los delitos imprudentes de resultado y los criterios de imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente.

Por imperativo del principio de intervención mínima del derecho penal, las acciones y omisiones imprudentes sólo suelen castigarse en la medida que junto al desvalor de acción concurre un desvalor de resultado (lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Esto es, la doctrina dominante no se conforma con el puro desvalor de acción de la conducta –como afirmaba WELZEL- sino que debe darse un resultado (aun cuando sea un “componente del azar”), el que normalmente consistirá en la lesión del bien jurídico y otras veces, las menos, en su puesta en peligro. El propio WELZEL no olvidó que el derecho positivo exige que la infracción del deber de cuidado tenga como consecuencia un resultado lesivo. Como en el delito imprudente, el resultado lesivo no se encuentra abarcado por la voluntad del autor, no puede formar parte de la acción dirigida finalmente. Por ello, WELZEL y sus partidarios menos radicales afirman que el resultado es un elemento adicional que tiene una

función limitadora, restrictiva de la punibilidad, pero en absoluto constitutiva de la relevancia jurídico penal de la imprudencia.

Aunque el resultado es considerado elemento del tipo en los delitos imprudentes de resultado (por mandato del legislador), sólo sirve para seleccionar conductas típicas, esto es, para elegir cuál es la conducta imprudente que puede ser combatida mediante la *ultima ratio* de la intervención penal. La aparición del resultado no aumenta el desvalor de injusto ni su ausencia lo disminuye. En WELZEL, por tanto, es el desvalor de la conducta lo esencial en el delito imprudente, aunque sin prescindir del resultado como elemento integrante del injusto.

WELZEL identificó dos problemas distintos en los tipos puros de resultado: la creación de un riesgo no permitido y la imputación del resultado. En efecto, para poder atribuir el resultado producido al comportamiento no siempre es suficiente comprobar la falta de cuidado objetivo (previsibilidad objetiva+ superación del riesgo permitido): surgen los criterios (normativos) de **imputación objetiva** que son complementarios de la causalidad adecuada. En efecto, como vimos anteriormente, ya ENGISCH utilizó la teoría de la adecuación para restringir la falta de límites de la teoría causalista de la equivalencia de las condiciones, exigiendo no sólo la previsibilidad general del resultado por infracción del deber objetivo de cuidado sino también su “adecuación en relación con el modo especial del curso causal. Así, puso el ejemplo de la causación de una lesión peligrosa para la vida (heridas con cuchillo), en que luego se produce la muerte del lesionado por cursos causales extraordinarios (error inevitable en la aplicación de anestesia durante la

asistencia médica en el hospital o por incendio del mismo). ENGISCH negó la imputación del resultado muerte a la conducta lesiva de la salud de la víctima (y, por lo tanto, el nexo de antijuricidad) porque, en este caso, la muerte no puede ser vista como concretización de la conducta peligrosa para la vida realizada por el autor.

Para WELZEL, el resultado no es una mera condición objetiva de punibilidad, sino que es preciso imputar el resultado a la conducta. Para ello intentó fijar criterios de imputación del resultado y determinar así la específica relación de riesgo entre conducta y resultado. El resultado no es condición objetiva de punibilidad, ya que no basta cualquier resultado que se cause mediante una conducta infractora del deber para imponer una pena por imprudencia: “la producción del resultado tiene que ser precisamente la concretización de la infracción del cuidado”.

Para ello se valió de dos criterios:

- el de la “**realización del riesgo en el resultado**” (“previsibilidad objetiva” *ex ante* y *ex post*): no basta con la creación de un riesgo (de muerte o lesiones) objetivamente previsible (*ex ante*), sino que debía demostrarse –a partir de un juicio *ex post facto* – que el riesgo creado por el sujeto se realizó en el resultado (conexión de antijuricidad). La “realización del riesgo” se convierte en un elemento imprescindible de los delitos de resultado consumado.
- el de las “**conductas alternativas adecuadas a derecho**”: si el deber de cuidado se ve determinado mediante la comparación con la medida de la

conducta de un razonable y prudente participante del tráfico, parece lógico que no se le pueda imputar un resultado a una persona si ese comportamiento hipotético correcto tampoco hubiera evitado el resultado (método de comparación de la conducta violadora del deber de diligencia con la hipotética conducta alternativa adecuada a derecho).

La cuestión es decidir ¿qué relevancia posee para la imputación objetiva del resultado el que con seguridad, probabilidad o posiblemente, ese mismo resultado se hubiese producido con el comportamiento conforme a derecho”.

Para buscar una solución a este problema, nos valdremos del ejemplo del ciclista o del camionero. El conductor de un camión adelanta a un ciclista sin guardar la distancia de seguridad prevista en el precepto correspondiente (realiza el adelantamiento a una distancia de 75 cm. en lugar de los 100 a 150 cm. preceptuados). Durante el adelantamiento el ciclista, en estado de embriaguez (con una concentración de alcohol en la sangre de 1,96 grms/mil), debido a una reacción en cortocircuito, gira la bicicleta hacia la izquierda y cae bajo las ruedas del remolque del camión (no del tractor o cabeza), falleciendo como consecuencia del accidente. Se prueba que aunque se hubiera mantenido la correcta distancia de seguridad, el resultado mortal se habría realizado igualmente, casi con completa seguridad, debido al estado de embriaguez del ciclista.

Para ROXIN existen tres circunstancias que deben verificarse para resolver estos casos:

- si el imputado se comportó de la forma correcta;
- si existe una indudable relación de causalidad entre acción y resultado (el autor causa en sentido fáctico el resultado);
- si el resultado también se habría producido si el sujeto hubiera actuado correctamente.

ROXIN amplió, a partir de la década del 70, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva como fórmula de resolución general de los delitos dolosos e imprudentes de resultado, a través de vincularla con el criterio de la “creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico”. Para la doctrina alemana dominante, el resultado sólo puede ser imputado objetivamente cuando en él “se ha realizado el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor”. En este sentido resulta altamente relevante la circunstancia que estos resultados se producen en el marco de actividades con riesgos especiales permitidos (industria, tráfico viario, medicina) que gozan de reglas generales de conducta, bien por medio de reglas jurídicas o de la *lex artis*

De lo que se trata de enjuiciar aquí es **la evitabilidad del resultado** (teoría de la evitabilidad). Esta teoría defiende que un resultado no se puede imputar cuando la lesión es inevitable mediante una **conducta alternativa adecuada a derecho**. Se plantean importantes críticas, pues este criterio puede llevar a la impunidad (no se castiga al que causa la muerte ni el que causa un riesgo antijurídico concurrente en reserva o en reemplazo) y es de difícil comprobación práctica.

Pareciera que lo que importa en realidad no es determinar si es la realización del riesgo creado por el autor el que causa el resultado sino si éste es consecuencia precisa del riesgo no permitido (de la infracción del deber). Con el criterio del la “conducta alternativa adecuada a derecho” sólo se quiso evitar la idea *versarista* de que todo el que se comporta mal ha de responder de toda consecuencia lesiva creada o favorecida por el autor (*versarii in re illicita*). La comparación de la conducta creadora del riesgo típico con una conducta que en esa misma situación fuera correcta podría servir únicamente como método auxiliar en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos creados o favorecidos por el mismo autor mediante la infracción de peligro abstracto. Se requiere determinar correctamente el riesgo no permitido para delimitarlo de los riesgos permitidos que favorecen la realización de resultados dañosos.

EN SUMA: la teoría de la adecuación no es suficiente para afirmar la imputación objetiva del resultado a la conducta prohibida. Existe una serie de constelaciones de casos en las que el curso causal entre la acción y el resultado es absolutamente previsible objetivamente, porque no se encuentra fuera de toda probabilidad, pero en las que sería político-criminalmente desatinado hacer penalmente responsable al actuante por el resultado.

Si la víctima de un disparo causado dolosamente se infecta en el hospital con una bacteria resistente a los medicamentos administrados y muere por esta razón, podríamos afirmar hoy en día que tal situación no se encuentra fuera de la experiencia general de un modo absoluto y de ahí que no podría ser

caracterizado como inadecuado (desde un punto de vista social, no empírico). Sin embargo, político-criminalmente no tiene sentido imputar el riesgo de una infección en el hospital a aquel que ha colocado la causa para que la víctima tenga que permanecer en el hospital, porque se trata de cursos causales muy distantes de la conducta del autor. Por ello, la teoría de la adecuación no puede resolver la eliminación de cursos causales adecuados, pero que se desarrollan muy fuera del ámbito de influencia del autor, esto es, de un modo lejano.

Otro ejemplo es el caso de los daños causados por un shock, como cuando muere un familiar cercano de la víctima de un accidente a raíz de un colapso nervioso que sufre al enterarse de la lesión grave de su pariente; o el caso de los daños sobrevenidos posteriormente, como cuando muere quien padecía SIDA, pero recién años después de haber sido infectado por el virus de inmunodeficiencia (VIH). Estos casos muestran muy bien por qué la adecuación de un curso causal es una condición necesaria pero no suficiente para la imputación penal. En efecto, los resultados producidos en los ejemplos planteados tienen lugar muy fuera del ámbito de influencia de quien ha provocado primero el daño; político-criminalmente no tiene sentido penar más severamente a quien ha provocado primero el daño por haberse provocado además daños sobrevenidos posteriormente, porque tal resultado no puede ser considerado su obra.

La prohibición de provocar imprudentemente accidentes en el tránsito de vehículos no es una medida apropiada para impedir infecciones concomitantes durante la estancia en el hospital, pues siempre existe un

riesgo de infección en los hospitales, que subsiste como riesgo general para la vida. Lo mismo es aplicable a los daños causados por un shock y a los daños sobrevenidos posteriormente: la muerte de familiares cercanos puede desencadenar un shock lesivo para la salud de un modo totalmente independiente de la circunstancia de que se haya debido a un accidente o a una causa natural. Como la muerte de una persona se producirá con seguridad, el riesgo de daños causados por un shock no es incrementado en el saldo total por la existencia de delitos dolosos o culposos. Y con respecto a la consecuencia sobrevenida posteriormente de la enfermedad del SIDA, el autor responsable por la infección no puede de ningún modo ejercer influencia sobre ella, de modo tal que su consideración en el programa de la medida de la pena no ofrece ninguna utilidad de prevención general. Por ello, la imputación del resultado al autor de la conducta prohibida carece de sentido en ambos casos.

No cabe, pues, argumentar que sin la conducción imprudente del vehículo la víctima tampoco hubiera tenido que permanecer en el hospital con cierto riesgo de infectarse. Lo decisivo no es la causalidad o esta cuestión de carácter empírico, sino la cuestión normativa, que consiste en determinar si la prohibición de la causación de accidentes de tránsito por infracción del deber objetivo de cuidado debe proteger o no contra los mencionados riesgos (ámbito o fin de protección de la norma).

Para SCHÜNEMANN, la imputación objetiva del resultado debe tener una utilidad preventivo general y lo formula del siguiente modo: se debe poder reprochar al autor que la norma de conducta que él ha infringido era

apropiada para impedir el resultado producido concretamente desde una perspectiva previa al hecho (*ex ante*), y que también sigue siendo apropiada bajo una perspectiva posterior al hecho (*ex post*). La perspectiva anterior y posterior pueden ser idénticas, pero también pueden diferir una de otra, cuando otros hechos relevantes, que no eran reconocibles *ex ante*, son conocidos posteriormente. En el primer caso (identidad de las consecuencias *ex ante* y *ex post*) se podría hablar de imputación objetiva en sentido amplio, en el último caso (cuando aparecen hechos adicionales bajo la consideración *ex post*) de la imputación objetiva en sentido estricto. De este modo, y desde la perspectiva de la teoría de las normas, en la imputación objetiva se trata de que la norma de prohibición a constituir *ex ante* y la norma de sanción a constituir *ex post* no son idénticas, pero deben referirse una a la otra, de modo tal que la prohibición formulada *ex ante* represente también desde la perspectiva *ex post* aún una medida apropiada de impedir el resultado. Se trata, entonces, de una valoración jurídica, en la cual debe ser realizada especialmente una ponderación entre el interés en la libertad de actuar y el interés en la protección de los bienes jurídicos. Por ello, el juicio de imputación no se agota en una comprobación descriptiva de relaciones ontológicas.

La teoría de la imputación objetiva también es aplicable a los delitos dolosos de resultado, pero a diferencia de los imprudentes, los criterios de imputación son o deben ser más exigentes. En el delito doloso, el riesgo permitido debe ser determinado de un modo considerablemente más restringido que en los casos en que el autor actúa con el propósito de lesionar, porque allí el autor domina la provocación del riesgo por sí solo y no permite que la víctima

pueda autoprotgerse (lo que sí ocurre en el delito culposo). En el ámbito de los delitos culposos, cuando un cazador realiza un disparo a gran distancia del objetivo, confiando en que no afectará a una persona que se encuentra cerca, respecto de la cual sería posible, pero extremadamente improbable, que dé en ella, podrá hacerse aplicación del riesgo permitido. No así en el caso de quien efectúa el mismo disparo contra la víctima con el propósito de matarla (ello demuestra, además, que el dolo no basta para afirmar la tipicidad objetiva de los delitos dolosos de resultado), pues el autor no demuestra ningún fundamento digno de consideración para su actuar y porque la provocación dolosa del riesgo aún más pequeño debe ser impedida (criterio especialmente relevante para el dolo eventual), mientras que la víctima no pueda protegerse a sí misma contra ello.

3.1. Criterios de imputación objetiva:

1.- El primer grupo de casos se rige por el criterio de **autopuesta en peligro de la víctima** (participación de la víctima en la causación del resultado y de la consiguiente exclusión de la imputación objetiva), en que se reconoce *ex ante* (el autor ya conoce o le es reconocible *ex ante* que su acción facilita o impulsa una autopuesta en peligro de la víctima) o *ex post facto* (cuando ya ha realizado la acción) que la víctima se pone en peligro libremente de un modo responsable y con absoluto conocimiento de la situación.

Así, cuando una persona infectada del VIH contagia a otro al tener contacto sexual, sin poseer dolo del delito de lesiones, responde al menos por lesiones corporales culposas si le ha ocultado a su pareja su propia enfermedad y el riesgo elevado de contagio. No será imputable tal resultado si la víctima

aceptó el contacto sexual con cabal conocimiento de la situación (el consentimiento no puede operar aquí como causal de atipicidad de la conducta porque no se trata –la salud o la integridad física- de un bien disponible).

Si con ocasión de un incendio provocado dolosamente por el autor, un sujeto se lanza a las llamas para rescatar algún bien valioso, sólo podrían imputarse las lesiones producidas si el autor se percató de la presencia del sujeto en las inmediaciones del lugar, porque entonces la prohibición del incendio perseguiría también el objetivo de evitar la tendencia generalizada de las personas de exponerse a riesgos considerables para salvar sus bienes y no tomarlos en serio. Esta situación pareciera estar prevista en las diferentes hipótesis típicas que contempla el art. 474 CP. Sin embargo, la notable exasperación de pena prevista para los supuestos de los incisos 1º y 2º (que resulta exorbitante para los casos de comisión imprudente de los delitos contra la vida o la salud, supuesto que hubiera sido al menos previsible la autopuesta en peligro de la víctima al momento de realizar la acción), y la imputación de resultados producidos “a cualquier distancia del lugar del siniestro” (inciso 3º), excluyen cualquier criterio razonable de imputación objetiva, reflejan más bien el ánimo *versarista* del legislador, en que el autor del incendio responde por los daños producidos de modo objetivo, esto es, con infracción a la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal (art. 19 N° 3 CPR).

2.- El fin de protección de la norma y realización del peligro inherente a la acción: de acuerdo con este criterio, el resultado concretamente causado

debe coincidir con el fin de protección o evitación de la norma (se trata de un criterio de interpretación teleológica del tipo).

El resultado producido debe ser la concreción del peligro inherente a la acción inicial – y aquí ya tiene que haber una cierta probabilidad del resultado-, o sea, del riesgo típico que de suyo implica tal acción y que, por eso mismo, es el que la norma pretende evita que se realicen. A esa concreción del peligro en el resultado se le denomina también *relación de riesgo o conexión de antijuricidad* (ROXIN). Este constituye un subcriterio del más amplio del fin de protección de la norma. Si el resultado en la forma concreta en que se ha producido no es la realización del peligro típico y, por ello, relevantes de la acción, no es uno de los concretos resultados que la norma pretendía evitar y, por eso, tal resultado no se le puede imputar jurídicamente a la acción como obra de su peligrosidad, sino que nuevamente su producción será obra del azar (por aparición de otros factores concurrentes peligrosos). Así se excluye la imputación objetiva en los casos de cursos causales anómalos o irregulares derivados de hechos dolosos o imprudentes (disparo, doloso o imprudente, que yerra pero que, de rebote, acierta; sujeto herido por disparo doloso que muere en el accidente de la ambulancia, etc.), o en los casos de error sobre el curso causal por desviación o por causalidad adelantada (puñalada en el tórax con ánimo homicida pero en que la muerte se produce porque el autor, sin saberlo, utilizó un arma envenenada, o en que la víctima muere por infarto ante la conmoción de verse agredida. En todos estos casos habrá homicidio doloso frustrado o un hecho impune (no hay tentativa o frustración punible en el delito imprudente).

En cambio, a veces, sí que se realiza otro de los peligros inherentes – normalmente calculables- en la acción y que también quiere evitar la norma, aunque no sea el peligro principal y en el que ha pensado el autor, en cuyo caso el resultado es imputable a la acción dolosa (apuñalado muere de tétanos por estar el cuchillo muy oxidado, o si la persona a quien se tira desde un puente al río para que se ahogue muere, sin embargo, al estrellarse contra una piedra). También cabe la imputación objetiva del resultado en casos de *dolos generalis*: A cree haber matado a B, y cuando oculta el cuerpo tirándolo al río es cuando realmente lo mata. El resultado final de muerte no es imputable a la primera acción dolosa por no realizar el riesgo inherente a esa acción inicial; lo que se realiza es el peligro de la segunda acción no dolosa pero que sí podrá ser imprudente, al tirar al río a una persona viva: se tratará, entonces, de un concurso real de homicidio frustrado y homicidio imprudente.

3.- **Criterio del incremento del riesgo** (ROXIN), el que pretende resolver los casos de cursos causales hipotéticos, en que la hipotética conducta alternativa correcta con seguridad o gran probabilidad también habría causado el resultado (caso del ciclista ebrio que es adelantado imprudentemente por un camión y es atropellado; caso de la novocaína, en que la cocaína inyectada indebidamente como anestesia en una operación causa la muerte por shock alérgico al paciente, pero con gran probabilidad la novocaína, anestésico correcto, también habría producido ese resultado por una anomalía congénita indetectable del paciente). Este criterio propone comparar el grado de peligro que suponía la acción

incorrecta con el riesgo permitido que hubiera supuesto la hipotética acción correcta; si hay un incremento del riesgo (permitido) habrá imputación objetiva del resultado, pero no lo habrá si no hay aumento respecto del riesgo permitido. En todo caso, será preciso que haya seguridad o al menos una gran probabilidad de que el resultado también se habría producido con la conducta correcta para poder afirmar, con certeza o en virtud del *in dubio pro reo* que el resultado no es precisamente la realización del peligro inherente a la acción incorrecta, sin que baste una cierta posibilidad de que también lo hubiera causado la conducta correcta.

4.- **Criterio de disminución del riesgo** respecto de una acción peligrosa causada dolosa o imprudentemente por un tercero, pero en que también se produce un resultado dañoso pero menor (se excluye la imputación objetiva si quien observa que A arroja desde la terraza un macetero al peatón B desvía el golpe y produce lesiones menores o menos intensas a la víctima; pero si al interceptar un riesgo mayor (para la vida), la acción crea un nuevo riesgo o distinto (invalidez de la víctima), el resultado es objetivamente imputable pero puede estar justificado por un estado de necesidad.