

CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: EL CUIDADO OBJETIVAMENTE DEBIDO COMO BASE DEL DELITO IMPRUDENTE

Sandro F. ABRALDES

SUMARIO: I. *El finalismo y la acción finalista*. II. *El cuidado debido: concepto, esencia y ubicación sistemática*. III. *La finalidad de la conducta: primer elemento para la determinación del cuidado objetivamente debido*.

I. EL FINALISMO Y LA ACCIÓN FINALISTA

Las consecuencias sistemáticas que, al seno de la teoría del delito, llevó el concepto de la acción finalista terminaron por imponerse pese al rechazo generalizado de que han sido objeto sus premisas metodológicas.¹

Este fenómeno, particularmente advertido en América Latina, ha sido catalogado, por muy autorizada doctrina, de estrechez conceptual, al pasar por alto la esencia innovadora del fundamento realista de la construcción, que asume en cuanto punto de partida —desde la teoría del conocimiento— la aplicación de estructuras lógico-reales a la elaboración jurídico-penal.²

¹ Cerezo Mir, José, “El finalismo, hoy”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLVI-1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 9; en igual sentido, Gracia Martín, Luis, “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06 y 07, 2004, p. 07:1-07:22, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>, y Hirsch, Hans Joachim, “La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo” en la *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, trad. de Mariano Melendo Pardos y María Angeles Rueda, en *Derecho penal. Obras completas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. II, p. 92.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?*, *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F, 2005, p. 131.

Así, se ha sostenido que el finalismo se trata de una doctrina que excede el plano sistemático y en ella puede hallarse una filosofía general sobre el hombre, la sociedad y el Estado³. Sus consecuencias derivan de un conocimiento más general y profundo, y la creencia habitual en torno a la posibilidad de asumir con coherencia su sistemática, sin aceptar que en la base el concepto final de acción se trataría de una mera apariencia y, con ello, la lógica interna respondería, en pureza, a la concepción de la acción que se haya puesto en la raíz del sistema.⁴

El finalismo se enmarcó en un fuerte movimiento de renovación del pensamiento jurídico posterior a la Segunda Guerra Mundial, caracterizado en sus inicios por la necesidad de ofrecer argumentos limitativos de la potestad del legislador.⁵

³ Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 1.

⁴ Gracia Martín, Luis, “Recensión al libro Curso de derecho penal. Parte general I, Madrid, Editorial Universitas, 1996, de Diego Manuel Luzón Peña”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a. época, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, enero de 2000, pp. 378, 379 y ss.

⁵ Zaffaroni, Raúl, *op. cit.*, nota 2, pp. 132 y ss., donde se describe sintética pero acabadamente el contexto temporal y teórico en que ello tuvo lugar.

La obra de Welzel da acabada cuenta de su preocupación por un tema que aún conserva gran actualidad en el derecho penal: el principio de legalidad. Anunció en su día que el auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas; Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 4a. ed. castellana, trad. de la 11a. edición alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 27. Años después Schünemann, citado por Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2a. ed. alemana, trad. de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid, Civitas, 1997, p. 170; explica que el punto más débil del principio *nulla poena sine lege* radica en el mandato de precisión de la ley. Cabe afirmar, con Süß, que el mandato de determinación se trata de la expresión singular más importante del principio de legalidad; Süß, Frank, “El trato actual del mandato de determinación”, *La insostenible situación del derecho penal*, trad. de David Felipe Saborit, Granada, Comares, 2000, p. 223.

Hirsch expone que la metodología normativista permitía que los objetos de regulación jurídica fueran “intolerablemente manipulables”, e impedía una sistemática de derecho penal acorde a exigencias científicas. Hirsch, Hans Joachim, Acerca de la crítica al finalismo, conferencia brindada en México en agosto de 2004 en la Segunda Jornada Internacional de Derecho Penal: Problemas capitales del moderno derecho penal: “Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la Política Criminal y en la Dogmática Penal del siglo XXI”, traducción al castellano de Eduardo Demetrio Crespo y Daniel R. Pastor, en prensa.

Welzel planteó que el respeto de determinadas estructuras fenoménicas de la materia del derecho por el legislador —la congruencia de la regulación jurídica con las estructuras lógico-objetivas—⁶ constituye la posibilidad de realización de la función y fines del derecho en general y del derecho penal en particular.⁷ En este sentido, enfatizaba en que el reconocimiento del hombre como persona responsable configura el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que derecho.⁸ Para que una norma pueda imponerse en tanto que derecho —y no como mero acto de poder—, es preciso que mantenga intactos los componentes esenciales que hacen adquirir al hombre la condición de persona responsable: la estructura final de la acción humana y la capacidad de autodeterminación conforme al sentido y al valor.⁹ En síntesis, la dirección de las normas a la finalidad, esto es a la voluntad de realización, es una condición de la posibilidad de que el derecho penal pueda cumplir su tarea y, con ello la estructura lógico-objetiva de la acción —representada por la finalidad— es un dato óntico que predetermina de un modo lógico la estructura y el posible objeto de toda prohibición y de todo mandato.¹⁰ Luego, con ello, queda fijado un límite de la libre actividad creadora del legislador.¹¹

Podría decirse que hoy día ya no se repara en la importancia de este límite que Welzel construyó, apto para limitar el poder del Estado.¹² Pro-

⁶ Estas estructuras que se encuentran en el campo del ser del derecho —y no del deber ser jurídico— se hayan en todo el orden jurídico, y son objetivas o reales porque una vez conocidas, existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior, y son lógicas, porque su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico; Moreno Hernández, Moisés, “Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal”, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 603.

⁷ Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 4.

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem*, p. 5, cuyo análisis recomiendo especialmente al lector.

¹⁰ *Ibidem*, p. 7.

¹¹ Moreno Hernández, Moisés, *op. cit.*, nota 6, p. 603.

¹² Incluso se ha objetado la capacidad de rendimiento de la estructura lógico-real mediante apelación a la naturaleza de la cosa, al señalar que “el propio Welzel se hizo cargo de la limitada ambición de su *iusnaturalismo* existencial (por oposición al idealis-

blemente ello se deba a que la discusión por lo sistemático haya obnubilado a sus actores. A ello habría que sumar el fecundo desarrollo del derecho constitucional y el protagonismo de los pactos internacionales sobre derechos humanos. Pese a estas barreras, se advierte la existencia de un fenómeno mundial de expansión del derecho penal,¹³ que muchas veces desatiende las posibilidades reales de este peculiar sector del orden jurídico, y estimo que ello tiene lugar, en parte, como consecuencia del olvido de los postulados centrales de Welzel y de soslayar el concepto personal de lo injusto.

El auge del ideario de la prevención sin prácticamente otro límite que el de la “seguridad”, que intenta prever absolutamente todo y echa mano al derecho penal para gestionar cuanto problema social se presenta, corrobora el regreso de la inaceptable idea de prohibir “resultados”, en vez de “acciones finales”.

Hace tiempo se anunciaba que la noción totalitaria del Estado tiene mil rostros, y que nadie estaba en condiciones de asegurar no sólo que no fuera a regresar, sino que, además, no lo fuera a hacer con mayor poder

ta), advirtiendo que mayor consuelo puede buscarse en el convento” (Zaffaroni, Raúl, *op. cit.*, nota 2, p. 133).

Una sólida respuesta a esta afirmación puede hallarse en Gracia Martín, Luis, *El finalismo...*, *op. cit.*, nota 1, pp. 2 y 3, quien, con cita de Küpper, entre otras, explica que “el derecho natural representa un orden del deber ser (mientras que), la naturaleza de las cosas constituye un orden del ser”, para finalmente agregar, con cita de Cerezo Mir, que “Welzel llevó a cabo entonces una crítica rigurosa de las concepciones iusnaturalistas”. Sólidamente categórico a la hora de rechazar el vínculo entre el derecho natural y la realidad dada como objeto de regulación es Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 5, párrafos anotados bajos los números 18 y 19.

En oportunidad de rebatir la afirmación de Aristóteles según la cual lo natural tiene que ser deducido de las cosas que se encuentran en su situación óptima, no de aquéllas que están corrompidas, señala Welzel que “toda invocación de lo natural y todo rechazo de lo antinatural presupone una decisión valorativa originaria e indeducible”. Welzel, Hans, *Verdad y límites del derecho natural*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, en *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2004, p. 121.

Moreno Hernández, Moisés, *op. cit.*, nota 6, p. 603; concuerda con que la estructura óptica del concepto de acción final de alguna manera limita a poder penal estatal.

¹³ Véase, por todos, Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, 2a. ed. revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001.

que antes.¹⁴ En mi opinión, el retorno a las bases del sistema planteado por Welzel sería de suma utilidad en pos de una limitación seria y duradera de este avance expansionista¹⁵ caracterizado por la amplitud de la potestad legislativa,¹⁶ en particular en lo referente al derecho penal del mundo poco industrializado, a cuyo respecto se ha señalado que en modo alguno “puede abjurar de los puentes con la realidad (en los que la contribución de Welzel es fundamental)” y que “debe consolidarse teóricamente sin apelar a una legitimación del poder punitivo que los datos sociales demuelen”.¹⁷

El carácter finalista de la acción se basa en que el ser humano, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta; asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la realización de esos fines.¹⁸ Actividad finalista es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el puro acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante casual de la constelación de causas

¹⁴ Donna, Edgardo A., *La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos, Teorías actuales en el derecho penal. 75o. aniversario del Código Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 272.

¹⁵ En forma previa a la crítica por la tendencia moderna a la entremezcla de la dogmática penal y la política criminal, (Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 5, párrafos anotados bajo los números 64 y 65) explica que el finalismo, al determinar con precisión los requisitos generales del delito, marca límites a la expansión y la arbitrariedad de la legislación y la jurisprudencia.

¹⁶ Según la concepción de Welzel, la vinculación del legislador a estas estructuras lógico-objetivas y su función limitativa es sólo relativa, en cuanto la conexión aparece insoslayable sólo en la medida en que se quiera establecer una regulación adecuada objetivamente, conforme con la materia de la regulación, esto es, que no sea objetivamente errónea, contradictoria e incompleta y, por esto, incapaz de alcanzar su fin (Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 5). Parto para mi afirmación, por supuesto, de la identidad entre lo declamado y lo buscado.

¹⁷ Zaffaroni, Raúl, *op. cit.*, nota 2, p. 150, quien en páginas previas señala que “el derecho penal que no respeta el mundo puede construirse como una técnica aséptica para resolver casos concretos, que permita a los jueces pasar impávidos por sobre los datos más terroríficos de la realidad. La ventana al realismo que abrieron las estructuras lógico-reales impide este autismo tecnocrático”, *ibidem*, p. 139.

¹⁸ Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, Ariel, 1964 y notas de Cerezo Mir, José, trad. de la 4a. ed. alemana, Montevideo, Buenos Aires, B de F, p. 41.

existente en cada momento.¹⁹ La espina dorsal de la acción finalista es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal, en cuanto ésta no es el mero reflejo subjetivo, en la mente del autor, del proceso causal externo, sino el factor que configura y dirige el proceso causal.²⁰

Pertencen a la acción, según el concepto finalista, las consecuencias comprendidas en la voluntad de realización del autor, que, para Welzel, es sinónimo de finalidad, que comprende el fin, las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin y aquellas previstas por él como posibles y con cuya producción contaba.²¹

Dada la limitación del saber causal de los seres humanos, el derecho no puede prohibir la simple causación de resultados, sino sólo la realización de acciones dirigidas por la voluntad a la producción de la lesión de un bien jurídico o que llevan consigo el peligro de dicha lesión,²² por vía del descuido.

No es la mera relación causal, sino la relación intencionalmente fundamentada entre el resultado y el sujeto, la que puede ser el fundamento del plano del ser objeto de posibles valoraciones jurídico-penales.²³

El finalismo no implica una renuncia al aspecto objetivo de lo injusto. Simplemente indica que el contenido de voluntad de la acción exige ser considerado, desde el punto de vista de la estructura del delito, en el nivel de lo injusto, sin llegar al nivel de la culpabilidad.²⁴

En sus últimos trabajos, Welzel señaló que la denominación “acción final” se prestó a interpretaciones demasiado estrechas y literales, y dejó planteada, desde el punto de vista terminológico, la mayor propiedad de

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1988, t. II, p. 33.

²¹ *Ibidem*, p. 34.

²² Cerezo Mir, José, “Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2a. época, Madrid, UNED, 2003, p. 51.

²³ Hirsch, Hans Joaquim, *op. cit.*, nota 1, p. 90.

²⁴ Hirsch, Hans Joaquim, *op. cit.*, nota 5, párrafo anotado bajo el número 13.

Cerezo Mir enseña que la tarea dogmática consiste en la inserción correcta de los elementos fácticos que integran el objeto de la valoración en los diversos caracteres del delito. Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, p. 166. Aunque este autor comparte que el contenido de voluntad de realización tiene que ser necesariamente objeto de la valoración jurídica, es decir, que no puede dejar de ser valorado, pero no que deba serlo precisamente en el juicio de la antijuridicidad.

la designación “acción cibernética” —según la terminología de Platón y de Wiener—, en referencia a la acción como suceso dirigido y orientado por la voluntad.²⁵

Situar, en la base del sistema, a la acción final produce una multiplicidad de consecuencias. De todas ellas, tomaré para este trabajo las referentes al deber de cuidado y su determinación.

II. EL CUIDADO DEBIDO: CONCEPTO, ESENCIA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

El primer elemento del tipo imprudente lo constituye la realización de una acción que infringe el cuidado debido. El derecho exige para realizar las diversas acciones en la vida social una determinada diligencia o cuidado.²⁶ Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social.²⁷ El ordenamiento jurídico interviene para ordenar que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia no querida la lesión de un bien jurídico se observe el cuidado necesario en el tráfico, para evitar dichas consecuencias.²⁸ Lo decisivo aquí no es la diligencia observada de hecho en el desarrollo de una actividad de la vida social, sino el cuidado que sea necesario para evitar las lesiones de los bienes jurídicos.²⁹ Ese cuidado se establece de un modo objetivo, independientemente de la capacidad de cada sujeto.³⁰ La persona que no pueda observar

²⁵ Welzel, Hans, “La teoría de la acción finalista y el delito culposo”, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, trad. de Enrique Bacigalupo, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2004, p. 113; pese a ello, prefirió mantener inalterada la antigua designación —finalidad—, por tratarse de un uso lingüístico consolidado.

Hirsch (Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 1, p. 120) alude a que el término “finalidad” tomó en cierta medida el carácter de palabra “irritante”, para concluir en que “habría que separarse de este inexacto y emocionalmente lastrado concepto y reflexionar sobre aquello del o que se trata: la voluntad de acción”.

Zaffaroni, Rúl, *op. cit.*, nota 2, p. 135; relata también el cambio de denominación —alude a la “acción biocibernéticamente anticipada— y sus pormenores.

²⁶ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, p. 160.

²⁷ *Idem.*

²⁸ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 18, p. 111.

²⁹ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, p. 167.

³⁰ Rechazo, por tanto, la existencia de un deber subjetivo de cuidado como núcleo de la tipicidad imprudente, acorde con lo cual se considera que la contrariedad al deber

el cuidado debe abstenerse de realizar la actividad correspondiente,³¹ puesto que las normas subyacentes a los delitos imprudentes de acción no son normas que obliguen a la observancia de un determinado cuidado, sino que en realidad prohíben la realización de conductas que no se ajustan al cuidado necesario, es decir que la norma subyacente al delito imprudente de acción no obliga a actuar con cuidado sino que prohíbe actuar descuidadamente, razón por la cual el respeto a ella puede lograrse o

debe orientarse al conocimiento y capacidades del autor y la norma de cuidado debe llegar hasta el efectivo poder personal del autor, por lo que una acción será contraria al deber cuando el individuo hubiera podido prever la peligrosidad de la conducta con relación a sus conocimientos y capacidades. Tuve ya oportunidad de expresarme fundadamente al respecto, al explicar que de entre la multiplicidad de argumentos volcados en su favor, tres de ellos lucen decisivos: el que atribuye a la doctrina subjetiva un desdibujamiento del límite entre lo injusto y la culpabilidad; el concerniente a la imposibilidad de aplicación de medidas de seguridad; por último, el relativo a la función de garantía del tipo penal (“Lineamientos dogmáticos generales sobre la tipicidad imprudente en la moderna doctrina penal española”, *Revista de Derecho Penal, El delito culposo-II*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 171 y 172).

Enseña Welzel que el cuidado objetivo es una modalidad de la realización de la acción, y da a ésta su carácter de “apropiado” o “correcto”, que no debe ser confundido con el cuidado “subjetivo”, “interior”, o mejor, con la “precaución atenta”, actitud puramente espiritual que implica un estado de alerta de las fuerzas espirituales del agente, sin que sea extraño observar la discordancia entre ambos conceptos: una persona puede obrar con todas sus fuerzas espirituales en tensión, y llevar a cabo, sin embargo, una acción inapropiada, incorrecta en sus modalidades, mientras que por el contrario, alguien puede efectuar “por instinto” la acción correcta, porque como consecuencia de una larga práctica, la reacción correcta se haya convertido en una disposición automática para la acción (Welzel, Hans, “La imprudencia y los delitos de la circulación (De la teoría de los delitos de imprudencia)”, trad. de Josefina Núñez y Jorge E. de la Rúa, *Cuadernos de los Institutos*, España, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Dirección General de Publicaciones, núm. 84, 1965, nota 27, pp. 132-133). En el mismo trabajo, más adelante, expresa con respecto a la idea del cuidado subjetivamente debido que “esta noción poco clara que mezcla la ilegitimidad y la culpa constituye el obstáculo más poderoso para el análisis de la estructura de los delitos de imprudencia”, *ibidem*, p. 148.

Una exposición esclarecedora sobre el punto puede encontrarse en Hirsch, Joachim, *op. cit.*, nota 1, pp. 162 y ss.

³¹ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, p. 161.

Explica Kaufmann que existen acciones cuya realización está prohibida para algunos, en tanto para otros la prohibición recaerá tan sólo sobre una ejecución descuidada; para el ciego, el bruto, el sordomudo, el incapaz de conducir, estarán prohibidas muchas cosas que para los demás no lo estarán. Kaufmann, Armin, “El delito culposo”, *Nuevo pensamiento penal*, trad. Moisés Moreno Hernández, Buenos Aires, Depalma, año 5, 1976, p. 475.

bien realizando la conducta de manera que observe el cuidado debido o bien, si no se es capaz de observar el cuidado, omitiéndola, algo que todos pueden hacer.³²

El cuidado exigido en el tráfico, en cuanto tal, está relacionado con la expresión de la realización final de la acción. En mérito a la necesidad de protección de bienes jurídicos, la ejecución de acciones finales requiere, desde el punto de vista social, cierto grado de diligencia en la elección y determinada aplicación de los medios puestos al servicio de la consecución del fin. La razón de ser de este parámetro, de acuerdo con la mentada necesidad de tutela, es la de, al tiempo de que el autor intenta alcanzar el fin por él establecido, evitar la provocación de un efecto concomitante (resultado) socialmente indeseado, no incluido en su voluntad de realización.

El cuidado objetivamente debido es una acción finalista. Aquí la acción finalista se inserta en el plano axiológico, al tratarse de lo “debido”. El comportamiento que sirve de criterio (modelo) para la apreciación de la acción efectiva del autor es también una acción final o la omisión de una acción tal.³³ Esto no se podría comprender sobre la base de una noción de la acción según la cual ella sería una provocación voluntaria de una modificación, sino únicamente sobre la base del concepto según el cual la acción es una intervención dirigida de la voluntad para influenciar el acontecimiento exterior.³⁴

Si la observación del cuidado necesario es las relaciones con los demás constituye la acción modelo/baremo, surge la necesidad de una “agente” modelo/baremo, ideal, que la lleve a cabo.³⁵ Nace así la figura del “agente cuidadoso”, el hombre inteligente y sensato del círculo del autor del que hablaba Welzel.

³² Gil Gil, Alicia, “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva”, *Revista de Derecho Penal. Delitos Culposos-I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, p. 41.

³³ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 30, p. 129, donde cita como ejemplos: “el prevenido debía mantener su derecha”, “debía reducir su velocidad, poner sus faros en regla, etcétera”.

³⁴ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 25, p. 111.

³⁵ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 30, p. 133. Donde agrega que el cuidado objetivo normal es, en consecuencia, el comportamiento (es decir, la acción final o la abstención de ella) que adoptaría, en las circunstancias particulares consideradas, “una persona dotada de discernimiento y de sangre fría, colocada en la misma situación del agente”.

Al menos como dato histórico, no puede dejar de mencionarse que en una primera etapa la imprudencia³⁶ fue considerada como una forma de culpabilidad, entendida —dada la influencia de la llamada teoría psicológica— a modo de relación del autor con su hecho dañoso. En otras palabras, se la contemplaba como una forma de culpabilidad menos grave al lado del dolo.³⁷

Actualmente, existe consenso en torno a que la imprudencia es un problema referente al tipo penal. Un comportamiento imprudente bien puede estar justificado o exculpado en la situación concreta, pero tuvo que haber sido catalogado de tal, en forma previa, en el ámbito del tipo.

Distintos procesos de evolución contribuyeron a lograr este radical cambio sistemático. Pero, sin lugar a dudas, uno de los momentos centrales en la cuestión tratada es el que se atribuye a la labor de Engisch. En efecto, la inserción de la inobservancia del cuidado debido en el tipo del delito imprudente cuenta con precedentes aun anteriores al finalismo. Las opiniones vertidas tanto en la doctrina alemana como en la española concuerdan en que fue el citado autor quien destacó la condición de ele-

³⁶ Sobre la conveniencia de utilizar el término “imprudencia” y su adjetivo “imprudente”, en lugar de “culpa” y “culposo”, véase mi artículo *Breve noticia sobre la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal español*, L.L. 2000-A-911.

³⁷ No obstante lo expuesto, en la doctrina penal española existen todavía algunos autores partidarios de incluir a la imprudencia como modalidad más leve en la categoría de la culpabilidad. Así, por ejemplo, Cobo del Rosal y Vives Anton, para quienes incurre en ella aquel que realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente, sino a causa de haber infringido el deber de cuidado que personalmente le era exigible; según lo entienden, la forma imprudente abarca supuestos en los que el autor no ha querido ejecutar el hecho típico que, sin embargo, ha llevado a cabo pese a que debía y podía evitar su realización. Aclaran los citados autores que la relación del autor con su hecho es de carácter normativo, y no psicológico, por cuanto esta última concepción no puede explicar la culpa inconsciente o sin representación, pues la relación anímica falta en absoluto; la esencia de la culpa, pues, radica en la infracción del deber de cuidado personalmente exigible al autor y la imputación del resultado antijurídico no querido. Mas debe aclararse que para estos doctrinarios, la infracción de deber de cuidado debe ser entendida en referencia al que podía y debía prestar personalmente el autor; así, pues, tal estamento pertenece al ámbito de la culpabilidad, constituyendo el momento esencial sobre el que se articula el reproche. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, pp. 551, 570 y 581. También incluyen a la imprudencia en la culpabilidad Rodríguez Devesa y Serrano Gomez, quienes consideran que la culpa es una forma de culpabilidad porque, con independencia de lo que el sujeto sabía y quería realmente, pudo haber obrado de otra manera a como lo hizo; Rodríguez Devesa, José María, y Serrano Gomez, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, 18a. ed., Madrid, Dykinson, 1995, p. 481.

mento del tipo del incumplimiento del cuidado debido sobre la base de consideraciones de la teoría de las normas; el argumento, en apretada síntesis, se ciñe a que si los tipos se basan en una norma de determinación, en una instrucción del legislador, luego esa norma no puede prohibir la mera causación, sino sólo una determinada conducta contraria al cuidado debido.³⁸

Seguidamente, fue la teoría de la acción final la encargada de desplazar a la tipicidad el elemento de la infracción del cuidado debido, dejando en el marco de la culpabilidad la cuestión referente a si el autor conoció o pudo conocer la contrariedad al deber.³⁹

El distinto resultado práctico al que se puede arribar según se incluya al deber de cuidado en la culpabilidad o en la tipicidad ha sido gráficamente resumido en el siguiente caso: si un joven cita a su novia en un lugar determinado, en el que ésta casualmente es alcanzada por un meteorito que la mata, según la antigua teoría se debía apreciar la producción de una muerte típica y antijurídica, impune por ausencia de culpabilidad; con arreglo a la concepción que ve en la imprudencia un asunto de tipicidad, se tratará de una conducta inobjetable del causante de la muerte que ni siquiera realiza el tipo imprudente del homicidio.⁴⁰

Si el debate en torno a la ubicación del deber objetivo de cuidado se centra con exclusividad en conveniencias sistemáticas, se volverá a presentar el problema de una controversia cuyos carriles de discusión serán circulares.⁴¹ Es que no puede entrarse de lleno a la cuestión de la ubica-

³⁸ Engisch, Kart, *Untersuchen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Investigaciones sobre el dolo y la imprudencia en el derecho penal), Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. 344, citado por Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20 pp. 160 y 161, y por Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 5, p. 997.

³⁹ Acorde con la sistemática finalista, desarrollé la culpabilidad en el delito imprudente en un reciente trabajo: “La culpabilidad en el delito imprudente”, *Revista de Derecho Penal. Delitos culposos-I*, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, p. 115.

⁴⁰ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 5, p. 997. Lo ilustrativo del ejemplo es también señalado por Bacigalupo, Enrique, *Principios de derecho penal – parte general*, 4a. ed., Madrid, Akal, 1997, p. 246.

⁴¹ Ya decía Welzel que no debe perderse de vista que el elemento penalmente esencial, esto es, el elemento ilícito decisivo de la imprudencia, no reside en el resultado provocado, sino en la acción incorrecta, y es insuficiente darle a los elementos olvidados en el plano de la acción un destino en el plano de la culpabilidad: éste no es su lugar y, procediéndose así, tendrían una intervención demasiado tardía. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 30, pp. 128 y 129.

ción sistemática correcta (y por ello más conveniente) sin indagar sobre la base misma del sistema.

Se dijo párrafos atrás que ninguna norma reguladora de conductas humanas puede tener por objeto otra cosa que no sea una acción finalista. A partir de ello, la voluntad de realización tiene que ser objeto necesariamente ya del juicio desvalorativo de la antinormatividad, de lo injusto y de la antijuridicidad. Entonces, el eje de ese contenido de voluntad no puede ir al juicio de reproche al autor, porque forma parte precisamente del objeto de reproche. Es por ello que se ha afirmado que la estructura lógico objetiva de la acción impone necesariamente un concepto personal de lo injusto⁴² y que el dolo tenga que ser un elemento del tipo de lo injusto de los delitos dolosos, mientras que la contrariedad de la voluntad de realización al deber objetivo de cuidado es, asimismo, una cuestión del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes.⁴³

No todos los autores finalistas están de acuerdo con esta afirmación. Su más conspicuo representante de habla hispana, el profesor Cerezo Mir, estima que la estructura finalista de la acción es compatible con una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro de un bien jurídico.⁴⁴ Según esta posición, lo único que puede deducirse del punto de vista valorativo según el cual, de la multitud de datos ónticos, las estructuras lógico-objetivas sólo se destacan como esenciales de la concepción del hombre en cuanto persona, es que el contenido de la voluntad de realización tiene que ser necesariamente objeto de la valoración jurídica, esto es, no puede dejar de valorarse, mas en modo alguno debe serlo precisamente en el juicio de la antijuridicidad. Para Cerezo Mir sería imaginable un código penal en el que las figuras delictivas estén redactadas de tal forma que no sea necesario apreciar elementos subjetivos de lo injusto, en el que no se castigase la tentativa

⁴² Explica Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 1, p. 102, que si se afirma que el concepto personal de lo injusto tiene que construirse de forma independiente del concepto de la acción, se pasa por alto la cuestión, que en un proceder sistemático tiene que ser analizada en primer lugar, de los elementos estructurales generales del objeto al que se dirigen prohibiciones y mandatos; es que los elementos estructurales del actuar dan la información sobre qué exigencias generales se tienen en cuenta en la tipificación de lo injusto y, precisamente por ello, la dogmática no debe pasar por alto la clarificación de la estructura del actuar.

⁴³ Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 8.

⁴⁴ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 1, p. 11.

de delito, es decir la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a producir un resultado delictivo; codificación de la que se derivaría una concepción puramente objetiva, despersonalizada, de lo injusto.⁴⁵

Considero que el elemento objetivo de la imprudencia, constituido por la infracción de la regla de cuidado mediante una acción finalista, es un elemento constitutivo de lo injusto. Es que la estructura lógico-objetiva de la acción impone de modo necesario un concepto personal de lo injusto y, con ello, que la contrariedad de la voluntad de realización al deber objetivo de cuidado tenga que ser asimismo una cuestión del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes.⁴⁶ De lo contrario, un regulación que no respete la estructura lógico objetiva de la acción sería completamente errónea, contradictoria e incapaz de cumplir su fin.⁴⁷ Precisamente aquí se sitúa el punto crucial de la construcción de Welzel: si la acción es concebida como ejercicio de actividad finalista y se parte de un concepto de delito que distingue entre antijuridicidad y culpabilidad, de modo que ella es el objeto de la antijuridicidad, el dogmático carece de libertad para seccionarla. En este sistema normativo la distribución del material ontológico no es libre —si el propio sistema normativo debe tener algún sentido—, siempre, claro está, que se tenga en miras evitar una regulación errónea, contradictoria e incapaz de realizar su cometido. Por otra parte, si el cuidado debido está ínsito en la noción misma de imprudencia, y si para su determinación se requiere del contenido de la acción final —precisamente para saber si en el caso de un disparo de arma de fuego que impacta en un tercero se trata de una tentativa de homicidio, de lesiones graves, de lesiones imprudentes o de puro accidente desgraciado—, su inclusión en el tipo de lo injusto es consecuencia fatal de la adopción del concepto finalista de acción.⁴⁸

La finalidad, en cuanto elemento estructural de la acción humana, es entonces relevante para la ubicación sistemática del deber objetivo de cuidado, que obliga a su inclusión en el ámbito de la tipicidad penal.

Una opinión interesante es aquella formulada desde la teoría de la imputación objetiva, según la cual se indica que el concepto general de in-

⁴⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁶ Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 07-8.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 07-9.

⁴⁸ Procede volver a citar en este punto a Welzel, quien asevera que “el problema del hecho delictuoso en los delitos de imprudencia está estrechamente ligado al problema de la acción; el uno deriva directamente del otro”. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 30, p. 129.

fracción del deber de cuidado ha sido disuelto en una serie de criterios de atribución.⁴⁹

El desacierto de esta afirmación en cuestión se halla en la idea de fundamentar lo injusto exclusivamente en la creación o aumento de un riesgo. La norma no prohíbe la creación o aumento de un riesgo, sino la realización de conductas que infrinjan el cuidado debido. Entonces, las reglas específicas de cuidado conforman las prohibiciones de actuar sin cuidado y cuando la situación no está reglada, debe acudirse —como decía Welzel—, al criterio de la previsión razonable de peligros y el situarse sensatamente frente a ello.

La teoría de la imputación objetiva parte de un principio falso, de una errónea concepción de la antijuridicidad,⁵⁰ por eso necesita de ulteriores correctivos,⁵¹ que son precisamente los criterios de imputación a partir de los cuales se pretende su sustitución por el cuidado debido.

Y sería tautológico sostener que la norma prohíbe la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, ya que la desautorización jurídica debería ser consecuencia —justamente— de la afirmación primigenia. Por lo demás, con una norma enunciada en tal sentido (prohibición de crear riesgos) se amplía sustancialmente el ámbito de lo prohibido.

En las modernas sociedades industrializadas es imposible prohibir toda acción que implique un peligro de lesión de bienes jurídicos.⁵² El fi-

⁴⁹ Así lo estima Bagacilupo, Enrique, *op. cit.*, nota 40, p. 246; al cobijar las objeciones formuladas en tal dirección por Roxin, Jakobs y Zielinski en la dogmática alemana; vuelve a insistir en ello en *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 343.

Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 5, p. 1000; afirma que “el elemento de la infracción del deber del cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y por tanto prescindible”.

⁵⁰ Alicia Gil (*op. cit.*, nota 37, p. 40) rechaza por ello, en líneas generales, los criterios de imputación objetiva.

En cambio, Cerezo Mir considera que las estructuras lógico-objetivas, detectadas por Welzel, y las consecuencias que él dedujere de ellas son perfectamente compatibles con los criterios de imputación objetiva desarrollados en la moderna ciencia del derecho penal a partir de la contribución de Roxin al Libro homenaje a Richard Honig. Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 22, p. 57.

⁵¹ Gil Gil, Alicia, *op. cit.*, nota 32, p. 53

⁵² Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, p. 168, quien agrega que este criterio no es el que inspira al derecho positivo, que permite el desarrollo de innumerables actividades pe-

nalismo parte de la norma como prohibición de llevar a cabo acciones descuidadas. Ya decía Welzel, para explicar la insuficiencia del razonamiento de causalidad adecuada —aspecto que muestra si una acción dada contiene o no riesgos para determinados bienes protegidos— que una acción peligrosa no es necesariamente no cuidadosa, pues si así fuera, sería necesario evitar toda acción en la esfera social.⁵³

El deber de cuidado se encuentra implícito en el concepto de imprudencia, modalidad típica de realización punible expresamente consagrada en los códigos penales. En cambio, los criterios de imputación son herramientas construidas por la dogmática tendentes a vincular a una persona con una acción y ésta, a su vez, con un resultado; pero en modo alguno tales criterios de imputación son suministrados por el concepto mismo de imprudencia ni por el propio ordenamiento penal, a diferencia de lo que ocurre con el deber de cuidado.

Lo que acaba de aseverarse entronca sistemáticamente con el fundamento de punición del delito imprudente, doctrinalmente reconocido en el desprecio demostrado por el autor respecto de bienes jurídicos ajenos, tanto por no haber pensado en la lesión causada como por la falsa suposición de que la acción no causaría lesión alguna.⁵⁴ Lo injusto encuentra su contenido en aquellas acciones u omisiones impregnadas de un nivel de desaprensión o desidia, consciente o inconsciente, constitutivas de una lesión o puesta en peligro de bienes o intereses estimados socialmente importantes. La irreverencia por los bienes jurídicos ajenos tiene su génesis no ya en la decisión consciente de vulneración sino en el instante en el que el agente evidencia tan poca deferencia por ellos que ni siquiera se esfuerza por pensar en los peligros acarreados por su conducta para otros, o cuando a pesar de haber reconocido la existencia del peligro se sigue adelante con el comportamiento, descuidadamente.

Se advierte, pues, que la esencia de la prohibición está en el descuido y no el peligro. La cuestión básica del delito imprudente es la dirección descuidada de la acción.⁵⁵

ligosas, tales como el tráfico motorizado, las explotaciones de minas, canteras, centrales nucleares, etcétera.

⁵³ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 30, p. 135.

⁵⁴ Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible*, 2a. ed., trad. de Gladis Romero, Madrid, EDERSA, 1982, p. 320.

⁵⁵ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 25, p. 111, quien también opinaba que “si el núcleo de la ilicitud de los delitos de imprudencia no reside en la provocación de un resultado sino

Esa errónea concepción ha también llevado a la afirmación del que la tipicidad objetiva es idéntica para el delito doloso y para el delito imprudente.⁵⁶ Alcanzaría con leer, por ejemplo, los artículos 79 y 84 del Código Penal para darse cuenta de que ello no es así. Es que la diferencia fundamental entre los tipos objetivos del delito doloso e imprudente radica en su diferente estructura material:⁵⁷ en el delito doloso se trata de desvalorar una finalidad que tiende a un resultado socialmente desvalorado, mientras que el momento esencial a valorar en el hecho imprudente reside en la forma y modo de ejecución de la acción. Luego, el tipo objetivo del delito doloso sólo puede concurrir si se da a la vez el tipo subjetivo, pues el significado objetivo externo de un comportamiento no se puede aprehender si se prescinde de la dirección de la voluntad de realización y este aspecto subjetivo no consiste en un elemento interno fáctico de carácter adicional.⁵⁸

Es que la afirmación sobre la creación o aumento de un riesgo no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo; por el contrario, debe recurrir a momentos subjetivos⁵⁹ y, con ello, el contenido de la vo-

en una acción incorrecta, lo que importará esencialmente es el cumplimiento concreto de esa acción, la dirección dada a los medios de la acción por el comando sistemático de la voluntad”, *ibidem*, p. 127.

⁵⁶ Una minuciosa y solvente crítica a esta afirmación puede consultarse en Gil Gil, Alicia, *op. cit.*, nota 32, pp. 35-37.

⁵⁷ Rueda, María Angeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del resultado en el Delito Doloso de Acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Bogotá, Temis-Bosch, 2002, p. 446.

Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 5, párrafo anotado por el núm. 50; explica que la diferencia entre lo injusto doloso e imprudente es también objetiva, y reside en que el delito de resultado imprudente se trata de una acción de riesgo prohibida, que tiene como consecuencia la aparición del resultado como efecto, mientras que el delito doloso de resultado.

⁵⁸ Rueda, María Angéles, *op. cit.*, nota 57, p. 446.

⁵⁹ Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 7:14, quien afirma que una abstracción de la voluntad de realización tiene que dejar como posible objeto de valoración del tipo objetivo únicamente al mero proceso causal.

Struensee se pregunta si la unidad de la estructura de lo ilícito no debería ser buscada precisamente en la dirección contraria a través de la teoría de los elementos subjetivos del ilícito y de la relevancia de la finalidad de la acción. Struensee, Eberhard, “Acercas de la legitimación de la «imputación objetiva» como categoría complementaria del

luntad del autor vuelve repercutir en la configuración del tipo objetivo de que se trate, merced a la relación de síntesis entre lo objetivo y lo subjetivo.⁶⁰

También el contenido de la voluntad es jurídicamente relevante en la imprudencia. Se trata en definitiva del contenido de la voluntad relativo a la contrariedad al cuidado debido, es decir, en referencia al objeto del mandato normativo vulnerado en el delito imprudente, que conforma la acción.⁶¹

III. LA FINALIDAD DE LA CONDUCTA: PRIMER ELEMENTO PARA LA DETERMINACIÓN DEL CUIDADO OBJETIVAMENTE DEBIDO

1. *La importancia de considerar la estructura de la acción finalista en su totalidad para arribar a un correcto enjuiciamiento del hecho*

Sabido es que el abordaje del análisis dogmático de una acción humana es estructurado a través de un procedimiento analítico de valoraciones sucesivas: primero se constata la existencia misma de una conducta hu-

tipo objetivo”, *El derecho penal hoy. Homenaje al prof. David Baigún*, trad. Fabricio Guarglia, Editores del Puerto, p. 255.

⁶⁰ Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 7:13. Como bien preguntaba Welzel, el sujeto que ha controlado voluntariamente el disparo que ha ocasionado la lesión de otro, ¿qué tipo objetivo ha realizado?, ¿homicidio en grado de tentativa, lesiones dolosas consumadas, lesiones imprudentes, o se trata de un puro accidente desgraciado?

También Welzel afirmó ya en su día que “una teoría de la acción a cuyos ojos lo único determinante es, para la noción de acción, el hecho de que un acto voluntario (es decir “un comportamiento cualquiera (i)”) haya provocado un resultado determinado, desconoce no sólo que toda acción representa una unidad de elementos objetivos y subjetivos, es decir, un comando de un hecho exterior por la voluntad, sino que también excluye de la noción de la acción los elementos precisamente más importantes en la apreciación de la ilegitimidad. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 30, pp. 127 y 128).

Struensee señala, con referencia a las críticas del fundamento teórico de la teoría final de la acción, que la posición dominante hasta ahora —aquella que en su mayoría acepta el resultado de la teoría personal de lo ilícito—, no ha desarrollado ni intentado hacerlo un concepto contrario, que adecuadamente fundamentado resulte apto para explicar porqué las categorías del tipo y la antijuridicidad no pueden evitar la *psiquis* del autor. Struensee, Eberhard, *op. cit.*, nota 59, pp. 253 y 254.

⁶¹ Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 5, p. 30.

mana (acción), para luego abrir paso a la determinación de si ese comportamiento es relevante para el derecho penal (tipicidad), afirmación ésta que conducirá a verificar si dicho proceder penalmente trascendente se halla en contradicción formal y material con todo el ordenamiento jurídico (antijuridicidad), para finalmente establecer si es —y en qué medida— reprochable su ejercicio al autor (culpabilidad).

Ahora bien, no obstante este estudio sistemático proporcionado por la teoría del delito (cuya naturaleza no es otra que una teoría jurídica de imputación de acciones y resultados, para un mejor y ajustado análisis jurídico penal de la actuación humana en la vida social), no debe nunca desdeñarse que toda acción del hombre, dada su naturaleza ontológica, no se nos presenta como una suma de datos fragmentados o parcializados; antes bien, aparece siempre como un todo unitario e indisoluble.⁶² El delito es una acción a la que se añaden, como atributos o predicados, sus diferentes elementos, esto es, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.⁶³ Esta puntualización deviene útil por cuanto en la investigación estratificada mencionada, cada uno de los distintos estadios de la teoría del delito aprehenden cada uno de ellos una parte de la acción, cual es la que interesa a su función específica. Como bien se ha sostenido, lo que cada una de estas categorías formaliza es el apresto de la acción de un modo estipulado para su recepción y valoración por el elemento posterior.⁶⁴ Es así que lo llevado a cabo por la tipicidad es la preparación del objeto ulteriormente valorado por la antijuridicidad, etapa que a su turno se encarga de acondicionar el objeto proveniente de la tipicidad para traspasarlo a la culpabilidad en debido estado para que ésta pueda valorarlo.⁶⁵

2. Pues bien, dentro de este examen progresivo, en el cual cada estamento “anterior” se encarga de alinear el objeto de observación del nivel “siguiente”, sería inconsecuente negar que aquél no podrá elaborar la preparación adecuada si no toma de antemano en consideración aquello que la ulterior categoría tendrá que hacer con el objeto entregado;⁶⁶ este será el único modo de trasladar a cada campo de examen un objeto que

⁶² Gracia Martín, Luis, *Proyecto docente y de investigación en derecho penal*, Zaragoza, 1990, p. 249.

⁶³ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 21, p. 28.

⁶⁴ Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 63, p. 249.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Ibidem*, p. 250.

le sea propio. Este es el fundamento por el cual la justipreciación parcial de la conducta humana a través de cada estrato analítico precisa, para llegar a una solución satisfactoria, la consideración de todo el curso extenso de la acción y no sólo la del segmento de acción que le correspondería funcionalmente;⁶⁷ se concluye, pues, que si la acción del hombre es ejercicio de una actividad finalista, el enjuiciamiento jurídico-penal fincado sobre una base estratificada jamás debe perder de vista la estructura íntegra de la acción final.⁶⁸

Lo que se acaba de exponer en torno a la absoluta imperiosidad de apreciar el curso total de la acción (y no sólo el aspecto considerado en un momento de la evaluación, es decir el específicamente atingente al compartimento en el que se sitúe eventualmente la observación, en tanto se quiera arribar a soluciones satisfactorias) es de aplicación a las diversas formas de aparición del hecho punible. Sin duda, supongamos el caso de un homicidio doloso cometido en estado de legítima defensa: en los casos de justificación, también el tipo doloso se compone únicamente de un fragmento de la trayectoria externa de una acción, es decir que en este caso el tipo de homicidio doloso acota una fracción de la dirección más extensa de la acción de defensa. Pero esta necesidad de atender al sentido total de la acción se patentiza aún más en el caso de acciones finales imprudentemente ejecutadas, es decir, en violación al deber objetivo de cuidado que asiste al autor en el caso concreto. Tal como se verá seguidamente, en el delito imprudente se trata esencialmente de una acción final extensa de la que sólo un segmento adquiere relevancia para el derecho penal,⁶⁹ fracción para cuya trascendencia normativa-penal deberá indagarse primariamente en el contenido de la voluntad del agente.

2. *La acción imprudente: acción final*

La estructura de la acción final es un dato brindado por la realidad. Dicha constitución de la conducta humana se presenta inmanente a la hora de hablar tanto de un delito doloso como de uno imprudente.

Dado su carácter de instrumento regulador de conductas humanas, al tiempo de ser un mecanismo de control social, el derecho es un ordena-

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Ibidem*, p. 251.

miento cuyo destinatario es el hombre. Las normas de conducta, mandatos o prohibiciones, tienen como objeto únicamente a acciones, vale decir, actos finales; en otras palabras, sólo el accionar realizado mediante acciones finales puede ser exigido o vedado por el derecho.⁷⁰ Es por ello que éste no puede vedar u ordenar procesos causales, sino tan sólo acciones.⁷¹ La norma prohíbe o manda, según el caso, a través del tipo penal la realización de un comportamiento determinado. Sería inconsecuente concebir a la norma como una prohibición o un mandato de resultados en vez de acciones. Por tanto, el tipo imprudente, en analogía al doloso, individualiza conductas humanas.⁷²

⁷⁰ Kaufmann, Armin, “Sobre el estado de la doctrina del injusto personal”, *Doctrina penal*, trad. de Leopoldo H. Schiffrin, Buenos Aires, Depalma, año 4, 1985, p. 162. Como bien indica el citado autor, todo influjo sobre la conducta de otras personas, sea mediante pedido, amenaza, llamamiento, o cualquier otro medio, se dirige a la específica capacidad humana de actuar finalmente, espera la ejecución u omisión de acciones finales; de igual modo, el orden jurídico.

⁷¹ Lúcidamente al respecto ya se había pronunciado Kaufmann en uno de sus trabajos anteriores. En la dirección indicada, sostuvo que, en tanto sólo es posible mandar hacer o prohibir acciones, y no procesos causales, el derecho no se encuentra ante una elección que pueda decidirse mediante una valoración, con lo que el ordenamiento tiene que hacer suya la específica capacidad humana de orientarse mediante fines y de actuar mediante ellos; agrega que no se manda ser causal sino obrar voluntariamente, actuar finalmente. Si el legislador quiere proteger la vida humana aún antes del nacimiento, tendrá que prohibir, entre otras, a las mujeres provocarse abortos, ya que una prohibición de nacimientos prematuros o la pérdida espontánea del feto sería tan carente de sentido como prohibir la caída de la nieve sobre un desmoronamiento. Finaliza su gráfica exposición con un elemental postulado: la estructura ontológica de la acción humana determina la estructura posible del objeto del mandato; Kaufmann, Armin, “Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el derecho penal”, *Nuevo Pensamiento Penal*, año I, núm. 2, trad. de Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1972, pp. 214 y 215. En igual sentido se expresan Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, para quienes un mandato que impusiera al hombre el deber de evitar perjuicios fortuitos, no dominables, de bienes jurídicos, estaría errando su objeto; Maurach, Reinhart *et al.*, *Derecho penal – parte general. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, 7a. ed., trad. de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. II, § 42, 18, pp. 120 y 121.

⁷² Lo cual no significa que lo injusto penal quede constituido por el mero desvalor de acción. El desvalor de resultado juega un rol comprotagónico junto al de acción. En tanto la norma es un instrumento de protección de bienes jurídicos, el ámbito de lo injusto excede el ámbito de lo prohibido. Véase, al respecto, Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, pp. 157 y 187. Explica este autor que si bien la norma en los delitos imprudentes no puede prohibir la causación de resultados sino sólo la ejecución de conductas que impli-

La acción humana, desde la óptica de la teoría de la acción final seguida en este trabajo, consiste en el ejercicio de una actividad finalista, es decir, en una actividad dirigida conscientemente en función del fin. En tanto la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigirlo, consiguientemente, al logro de un objetivo conforme a un

quen un peligro de lesión de bienes jurídicos, de ello no tiene por qué deducirse la identificación entre descripción de la materia de prohibición o mandato con tipo de lo injusto. Las normas prohibitivas, agrega, tienen su fundamento en la valoración positiva de ciertos bienes por parte del Derecho, que los eleva a la categoría de bienes jurídicos y en la valoración negativa de las acciones dirigidas a su lesión peligrosas desde el punto de vista *ex ante*. La concepción del tipo como mera materia de prohibición se revela demasiado angosta: lo injusto rebasa, por tanto, el ámbito de lo prohibido; por ello, según este autor, es preciso incluir en el tipo todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, aunque no pertenezcan a la materia de prohibición. *Ibidem*, pp. 158 y 186; el mismo autor, “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal española”, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 128. Tal como lo indica Guallart y Viala, lo sostenido por Cerezo Mir implica tomar partido por una concepción del tipo de lo injusto basada tanto en la esencia material de la prohibición como en los elementos teleológicos y valorativos que le sirven de base, siendo esta la vía para aprehender el especial contenido de lo injusto penal, al que no podrá llegar a explicar un concepto formal sobre la pura prohibición; Guallart y Viala, Alfonso, “La significación del resultado en los delitos culposos, en el derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. XXXII, fascículo III, p. 641. En esta dirección, es preciso exponer que ya Welzel había procurado incluir al resultado en el injusto; sostenía que lo injusto del delito imprudente queda constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido y si bien el resultado causado pertenece al tipo de lo injusto, cumple sólo una función de selección dentro de las conductas antijurídicas desde el punto de vista de la penalidad. Explica Cerezo Mir que, según Welzel, la restricción de la punición puede obedecer a razones de pragmatismo y sobre todo al sentimiento irracional *de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien*; Hans Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, p. 21, citado por Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, p. 186. Con relación al punto, aclara Serrano González de Murillo que en la posición welzeniana al resultado ha de conllevarle función distinta, debido a que no basta con uno cualquiera para punir por imprudencia; si la lesión al bien jurídico debe realizarse como consecuencia de la infracción del deber de cuidado, el resultado ha de vincularse forzosamente al tipo del delito imprudente, pero no con la función de elemento constitutivo —dada su no pertenencia a la materia de prohibición— sino sólo restrictivo, lo cual equivale a decir que la producción del resultado condicionaría de entre la multiplicidad de acciones descuidadas cometidas a diario, aquellas que son típicas; Serrano González de Murillo, José Luis, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 223. También para Guallart y Viala, Alfonso, citado en esta misma cita, p. 640) el resultado constituye el contenido material de las infracciones imprudentes y, por ello,

plan, el eje central de la acción final es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal.⁷³

La voluntad configura un elemento esencial de la acción; por su parte, tal voluntariedad es inimaginable sin estar dirigida a la consecución de un fin, razón en cuyo mérito corresponde afirmar la finalidad de la conducta individualizada por un tipo de lo injusto imprudente.⁷⁴

Como lógica consecuencia de lo expuesto, una conducta estipulada en lo injusto de un delito imprudente goza de igual dosis de finalidad que la establecida para lo ilícito de un delito doloso.⁷⁵ En el delito imprudente se constata la existencia de una acción finalista real.⁷⁶

Esta aclaración inicial tendiente a constatar la finalidad en la acción imprudentemente ejecutada, necesaria por cuanto en doctrina se ha discutido su carácter final, se presenta como un eslabón ineludible para poder demostrar que el propósito perseguido por el autor constituye la primera herramienta imprescindible para la determinación del cuidado objetivamente debido.

Tal como lo ha afirmado destacada doctrina, el desorden doctrinario generado en torno a la esencia final de la acción tipificada en su faz imprudente tiene su génesis en la confusión de lo que se prohíbe con la forma en que se lo prohíbe.⁷⁷ En efecto, a la hora de tipificar esta categoría de conductas el legislador no tuvo en cuenta la finalidad perseguida por el agente, sino que puso la mira en la forma en que se ha querido obtener esa finalidad: se viola un deber de cuidado a cuya consecuencia se lesiona o pone en peligro un bien jurídico.⁷⁸ Tenemos, entonces, que la indi-

no puede negársele su carácter de elemento o circunstancia de basamento de los injusto, en tanto no debe olvidarse que en la mayor parte de los casos lo que determina la conversión de la lesión del cuidado en injusto típico penal es precisamente la aparición de la ofensa a concretos bienes jurídicos.

⁷³ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 18, pp. 41 y 42; Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, pp. 32 y 33.

⁷⁴ Zaffaroni, Raúl, *Tratado de derecho penal – parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 1981, t. III, p. 384.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 383 y 384; Bustos Ramírez, Juan, *Culpa y finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1967, pp. 47 y ss.

⁷⁶ Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 1, p. 114.

⁷⁷ Zaffaroni, Raúl, *op. cit.*, nota 74, p. 384.

⁷⁸ *Idem*.

vidualización típica de la conducta imprudente no es realizada desde la finalidad buscada, sino desde la ejecución final de tal acción.

Debe quedar perfectamente claro: el abordaje en uno y otro tipo de lo injusto es realizado desde perspectivas diferentes; en lo ilícito doloso, la óptica analítica se centra en el fin en cuanto tal, mientras en el ámbito de la imprudencia lo relevante se asienta en la ejecución final concreta.⁷⁹

Más semejante particularidad no implica desconocer el contenido final de todo comportamiento humano.⁸⁰ Ya en su día, esto fue anticipado desde el finalismo al resaltar que el delito imprudente también se basa en la acción humana como obra, es decir como concepto operativo: la voluntad que, partiendo del fin, selecciona los medios de la acción necesarios para la consecución de éste, tiene que atender tanto en la elección como en la utilización de aquéllos las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar.⁸¹

En síntesis: el componente final forma parte de toda acción humana, y las acciones tipificadas mediante estructuras dolosas o imprudentes, activas u omisivas, son siempre finales⁸². Entonces, sin la finalidad concreta del autor no puede llevarse a cabo la comprobación de ninguna tipicidad.⁸³

3. *El fin de la acción y la determinación del cuidado debido*

La estructura de la acción es siempre igual, con independencia de situarnos frente a un delito imprudente o uno doloso.⁸⁴ En esta dirección,

⁷⁹ Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 75, p. 47.

⁸⁰ La cuestión queda perfectamente elucidada por un ejemplo construido, al efecto, por Zaffaroni, Raúl, *op. cit.*, nota 74, p. 384). Señala este autor que el tipo es una figura, una imagen dada a muy grandes trazos, creada por el legislador al solo efecto de permitir la individualización de algunas conductas y que cuando se toman algunos caracteres para individualizar un objeto cualquiera, como por ejemplo podrían ser algunas características personales para individualizar a ciertas personas; así, cuando se describen los hombres de raza amarilla por la forma de sus ojos, esto no significa que los hombres de raza amarilla no tengan nariz. Igual acontece con el tipo culposo, que individualiza conductas porque en la forma de obtención de su finalidad violan un deber de cuidado, pero no porque no tengan finalidad.

⁸¹ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 18, p. 111; el mismo autor, *Das Deutsche Strafrecht*, 7a. ed., p. 113, citado por Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 75, p. 66.

⁸² Eugenio Raúl Zaffaroni *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, pp. 397 y ss.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 75, p. 47.

quedó establecido que la acción imprudente tiene una estructura final real y realizada⁸⁵ y que para su correcta apreciación desde el derecho penal el intérprete deberá tener siempre en cuenta su derrotero total.

Se explicó, además, que la individualización de la materia de prohibición responde al modo de dirigir la causalidad hacia el fin perseguido, y no en razón del fin en sí, circunstancia aquélla determinante de una conducta final a la postre violadora del deber de cuidado.⁸⁶

Se trata, seguidamente, de constatar la relevancia o irrelevancia del fin para la tipicidad imprudente. Como se verá en las próximas líneas, la evaluación acerca de la inobservancia del cuidado objetivamente debido resulta impracticable si se pretende prescindir de la finalidad cuya consecución quería lograr el autor mediante la acción ejecutada, con lo que queda adelantada mi opinión.

Antes de continuar con la línea argumental trazada, es aconsejable reseñar una distinción desde antiguo señalada en doctrina.⁸⁷

Por un lado, contamos con la trascendencia del fin desde el ángulo de la tipicidad; por otro, la finalidad de la conducta reviste importancia para el restante estudio analítico de la teoría del delito, es decir para los estadios de la antijuridicidad y la culpabilidad, categorías dogmáticas en cuyo seno aquélla reviste relevancia a la hora de verificar la existencia de causas de justificación y de inculpabilidad,⁸⁸ tal como puede apreciarse en el caso del médico que se dirige presurosamente a atender a un paciente enfermo de gravedad y conduciendo a exceso de velocidad provoca una colisión y provoca unas lesiones, o bien da muerte, a un peatón.

A su vez, ya en el plano que hace al objeto de este trabajo, en cuanto a la consideración típica del fin buscado por el agente en la realización de su conducta, es oportuna una nueva diferenciación: conceptualmente corresponde disociar el fin como criterio para evaluar la corrección en la selección y ejecución de los medios elegidos, del fin en sí mismo.⁸⁹

En torno a la primera cuestión, esto es la trascendencia de la finalidad con motivo de su proyección sobre el escogimiento y empleo de los medios utilizados, el fin del autor detenta un papel central; ello así, puesto

⁸⁵ *Idem*; Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 1, p. 114.

⁸⁶ Zaffaroni, Raúl, *op. cit.*, nota 74, p. 390.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 390 y 391.

que la selección de los medios y el modo de perpetración son dispuestos por el agente en función del fin por él pesquisado.⁹⁰ Sin la finalidad no se daría suceso alguno dominado por la voluntad, y sin el contenido de la voluntad no podría determinarse en absoluto qué debe ser objeto de análisis de la contrariedad al cuidado debido.⁹¹ Constituye, entonces, una herramienta de insustituible eficacia, y por tanto penalmente relevante, en aras de una primera aproximación en la determinación del deber de prudencia y diligencia que asiste en el seno de la vida en comunidad.

Esto se explica del siguiente modo. Dada la existencia, precisamente, de una acción final es que el ordenamiento jurídico prescribe una diligencia mínima. Nos veríamos frente a una nueva inconsecuencia si hablásemos de una exigencia de prudencia con respecto a un simple proceso causal; la causalidad naturalmente concebida se nos presenta inconciliable con esta idea por cuanto el razonamiento sólo es comprensible frente al actuar humano.⁹²

La finalidad, pues, cobra vital relevancia al momento de determinar el cuidado objetivamente debido. En esta dirección, surge nítido que al momento de establecer el cuidado necesario para la ejecución de una conducta habrá de compararse la realización, la conducción concreta de la acción final con un comportamiento ideal rector, representativo de un marco de referencia, dirigido a evitar consecuencias socialmente indeseadas.⁹³

⁹⁰ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, p. 36.

⁹¹ Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 1, p. 115.

⁹² Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 75, p. 48. Tal como elocuentemente plantea este dogmático, mal se podría hablar de cuidado o exigir un cuidado a la lluvia para que caiga sobre las plantas y no sobre las piedras, o a los terremotos para que ocurran en el desierto y no en los centros poblados.

⁹³ *Idem.* En su oportunidad ya Welzel demostró el ocaso de la teoría causal en el ámbito de la imprudencia con sostén, entre otros argumentos, en la explicación anotada. Expuso que la doctrina de la acción causal fracasaba, ante todo, en relación con la conducta exigida —que ha de ser comparada con la acción final llevada a cabo realmente— y por consiguiente, en relación con aquella conducta que responde al cuidado necesario en el tráfico. Agrega, por lo demás, que la determinación de cuál era la conducta exigida (apropiada o conforme al cuidado) en la situación concreta es una tarea judicial, lo mismo que la constatación de la conducta que ha llevado a cabo realmente el autor. Y concluye su clara explicación con un interrogante: pero, ¿cómo puede realizar el juez la determinación de cuál era la conducta exigida, si debe entender sólo por “acción” un proceso causal desencadenado por un acto voluntario y no un acontecer dirigido por la voluntad? Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 18, p. 57.

Y para este cometido juega un papel protagónico y preponderante el contenido de voluntad de realización del sujeto. Recurrimos para la ilustración de lo afirmado al ejemplo utilizado por Kaufmann.⁹⁴ Si un camión se ha deslizado sin frenos cuesta abajo y ha atropellado a un niño, es imposible un enjuiciamiento de la falta de cuidado en tanto no se sepa lo que el chofer ha querido: si él sólo equivocadamente ha soltado los frenos; o si lo ha hecho conscientemente en la creencia de que el camión está firme; o bien si quiso, renunciando al freno por motor, que rodara cuesta abajo. Agrega al ejemplo el destacado autor, con criterio correcto, que según el caso, el enjuiciamiento será muy distinto y puede, evidentemente, llegarse a consecuencias dispares.⁹⁵

⁹⁴ Kaufmann, Armin, *op. cit.*, nota 31, p. 474.

⁹⁵ *Idem.* La necesidad de acudir a la finalidad del autor para constatar una infracción del cuidado debido es, a nuestro juicio, incontrovertible y necesaria para una correcta aprehensión de la totalidad del hecho. Como lúcidamente expone el dogmático citado, si un automovilista, que patina sobre la nieve, alcanza sin querer al vehículo que le precede, nadie formularía la pregunta sobre la rectitud del fenómeno de rebasar, es más, del rebasar no se hablaría ya. Lo que jurídicamente interesa, agrega, es el manejar que procede intencionalmente y su contravención al cuidado, por velocidad excesiva, por ejemplo. Esta temática es nuevamente abordada por este autor en su artículo con motivo del libro homenaje al 70º cumpleaños de Hans Welzel, oportunidad en la que expone otro esclarecedor ejemplo: cuando el conductor de un camión, sin querer pasar a otro vehículo, se desvía hacia la otra mano del camino, ya sea por frenos defectuosos, helada, o por otras razones, se puede llegar a la misma situación peligrosa que se daría en virtud de una maniobra destinada a pasar a otro vehículo. Sin embargo, nadie pregunta a este respecto sobre el cuidado atinente al proceso (objetivo) de pasar al otro auto —esto lo entiende todo el mundo como un sinsentido, expresa—, sino que se indagará sobre la violación del deber de cuidado del acto final previo. Por ejemplo, finaliza, si la acción (final) de frenar, que dio lugar al desvío hacia la mano contraria, era adecuada al deber de cuidado, o por el contrario, prohibida; Kaufmann, Armin, *op. cit.*, nota 70, p. 176.

El punto en cuestión es, asimismo, tratado por Zaffaroni (*op. cit.*, nota 75, p. 391), quien plantea dos interesantes casos. El primero de ellos trata de un sujeto que hiere a otro tras disparar un arma en la creencia de que estaba descargada. Descartado el dolo, señala el autor, nada podemos decir de la culpa si prescindimos de la acción; así, deduce, será culposa si era una acción final de probar el mecanismo hecha por un armero, pero no lo será si era una acción final de representar realizada por un actor, a quien otro le cargó el arma maliciosamente. El otro supuesto es el de un peatón que muere aplastado por un vehículo en una acera. Explica el citado autor que si la muerte es resultado de una acción final de conducir el vehículo, la violación del deber de cuidado surgirá a la luz de los reglamentos de tránsito y de la prudencia que en él debe observar. En cambio, añade, si la muerte es el resultado de una acción final de reconocer el vehículo, realizada por un presunto comprador, que no sabe conducir y que inadvertidamente accionó el “contacto”, la

Surge, pues, palmariamente que la estructura de lo injusto del tipo imprudente no halla explicación sin referencia a la finalidad buscada por el agente. El dato esencial que nos brinda la finalidad radica en que ninguna postura podremos prohijar respecto del cuidado objetivamente debido si no hacemos previa alusión al objetivo perseguido por el sujeto en el desarrollo de su acción final. En otras palabras, sin efectuar una remisión a lo querido por el sujeto nada podrá decirse acerca de si obró o no infringiendo el cuidado debido.⁹⁶

violación surgirá de normas de cuidado generales que rigen las pautas sociales, es decir, del general deber de abstenerse de accionar un mecanismo desconocido y que se sabe peligroso. Más allá de no compartir el criterio de solución utilizado para este último caso —contraposición de la conducta ejecutada con las normas de cuidado vigentes en las pautas sociales (tema que será objeto de análisis más adelante)—, lo cierto es que asiste razón a este dogmático en torno a que según la finalidad resultan diferentes los deberes de cuidado.

También Bustos Ramírez (*op. cit.*, nota 75, pp. 64 y 65) argumenta en favor de la posición aquí sostenida, al tiempo que aporta un atrayente supuesto: un criado suelta, por tratar de ser lo más acucioso en la limpieza, el freno de mano del auto de su patrón que se encuentra sobre una pendiente; causa del deslizamiento del auto sufre graves lesiones el hijo pequeño del dueño de la casa. Diferente sería el caso, expresa, si el mismo criado durante la limpieza, en la creencia que es capaz de manejar al auto suelta el freno de mano y atropella al niño al perder el control del vehículo. Finaliza la exposición del ejemplo señalando que un juicio exacto e inequívoco sobre la probable trasgresión del cuidado requerido sólo es posible una vez que se ha precisado qué acción final ha emprendido el criado: una acción de limpieza o una acción de conducir.

⁹⁶ En igual sentido Núñez Barbero, para quien el hecho imprudente está también supradeterminado finalmente y la finalidad no deja de ser jurídicamente relevante en cuanto es absolutamente necesaria para la apreciación de la acción descuidada, infractora de una norma de cuidado y constitutiva, por tanto, del tipo de lo injusto; Núñez Barbero, Ruperto, “La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1974, t. XXVII, fascículo I, pp. 107 y 111-3; igual, Córdoba Roda, para quien una acción con relevancia para el derecho penal se da también cuando la finalidad apunta a determinados medios de ejecución —como sería el caso del sujeto que si bien no quiere producir la muerte del peatón, sí quiere conducir velozmente—, fin que a su turno es trascendente, asimismo, por ser indispensable para la apreciación de una acción descuidada; Córdoba Roda, Juan, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, p. 83.

Ya Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 18, pp. 65 y 66; puso, en su momento, claramente de manifiesto la necesidad de examinar el contenido de la voluntad del autor para poder determinar el sentido social de su acción explicando, en oportunidad de criticar la posición de Maihofer, que cuando una persona es herida levemente por el arma de fuego que otra porta en la mano, la teoría de la imputación objetiva lo único que dice al respecto es que la lesión de aquél puede ser reconducida casualmente a la conducta de éste; mas si la

Una vez establecido el fin que el sujeto quería alcanzar, deberá procederse a comparar la acción ensayada al efecto con la ejecución final cuidadosa de la acción exigida por el derecho. De allí en más, la divergencia que arroje la comparación indicada entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico, abrirá o no paso a la afirmación acerca de la infracción del cuidado objetivamente debido, con lo que tendrá lugar la constatación del primer elemento del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes.⁹⁷ Expre-

acción realizada constituye una tentativa de asesinato o de homicidio, lesiones dolosas, disparo en lugar habitado, lesiones culposas, o un puro accidente desgraciado, no podrá ser determinado en modo alguno sin recurrir a la voluntad configuradora de la acción; véase Cerezo Mir, Jpsé, *op. cit.*, nota 20, p. 42.

⁹⁷ Nos apartamos así de las distintas concepciones que relegan al disvalor de resultado a mero elemento restrictivo-delimitador o bien que lo consideran como una condición objetiva de punición.

Una de las discusiones centrales que mayor polémica ha generado en el ámbito del delito imprudente atañe a la actuación desempeñado por el resultado dentro del tipo de lo injusto. Como bien lo señala en esta dirección Mir Puig, el debate se centra en torno a la cuestión de si es coherente con la esencia de la imprudencia como infracción de la norma de cuidado, como acción descuidada, condicionar su castigo a la causación de un resultado, muchas veces dependiente del azar; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7a. ed., Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2004, 11, 50, p. 296. O como bien se cuestiona Guallart y Viala (*op. cit.*, nota 72, p. 618), parafraseando a Hellmuth Mayer, ¿estaremos castigando no al descuidado como tal, sino tan solo al que en su descuido tuvo mala suerte? Esto equivale a cuestionarse si lo injusto no queda ya configurado o incluso agotado por el desvalor de la acción, ya que tan imprudente es la acción de quien pasa a gran velocidad con semáforo en rojo un cruce concurrido si causa un resultado como si tiene la suerte de no causarlo, y más imprudente es esta conducta no seguida de resultado en una hora pico de máximo tráfico que por la noche, cuando no hay apenas circulación de vehículos, aunque se siga algún resultado lesivo; Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, notas 97, 10, 49, p. 296.

En primer término, debemos señalar que se ha intentado integrar el resultado al injusto penal. En este sentido, se sostiene que con la inobservancia del cuidado objetivamente debido queda plenamente infringida la norma de los delitos de acción imprudentes, en tanto ésta se reduce a prohibir la realización de acciones que no respondan al cuidado objetivamente debido; mas las normas son sólo instrumentos de protección de bienes jurídicos y únicamente cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado queda constituido lo injusto de los delitos imprudentes. De otro modo no encontraría explicación la exigencia en torno a que el resultado sea precisamente consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, posición en la que bastaría un mero nexo causal entre la consecuencia resultante y la acción antijurídica. Se concluye, pues, que la exigencia de que la producción del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido no solo justifica la inclusión del resultado en el

sado de otro modo: el primer paso para verificar la tipicidad imprudente de una conducta es situar una conexión entre la ejecución concreta (o dirección concreta) de la acción final con una conducta modelo rectora, cuyo planteamiento está orientado a evitar consecuencias de acción inde-

tipo de lo injusto, sino que configura una evidencia de constitución del injusto mediante la suma de ambos desvalores; Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 20, p. 186.

Por otro lado, se ha intentado abordar el tema mediante argumentos de estricta política criminal. En esta dirección, se reconoce que si bien la causación del resultado no aumenta la gravedad de la infracción de la norma de cuidado —lo que no significa que la gravedad de la imprudencia no dependa del bien jurídico a que se refiere, en tanto el Legislador no podría castigar igual un descuido de idéntica entidad frente a la vida de otro que ante una cosa de insignificante valor; así, la gravedad de la imprudencia depende del bien jurídico en cuestión, pero no de su efectiva lesión— la exigencia de efectiva lesión, según sea requerida, se justifica como garantía de seguridad, entendida como límite de garantía, como prueba necesaria para dirigir un proceso contra una persona y entrar a decidir acerca de la importancia de un hecho; de tal forma, la exigencia del resultado sólo limita la responsabilidad, excluyendo la de hechos tal vez igualmente imprudentes pero que no causan un resultado lesivo; Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 97, 10, 51, p. 297; añade el catedrático que las conductas imprudentes, en tanto no produzcan un resultado lesivo, carecen de la más inequívoca tendencia lesiva de las acciones dolosas, irreconocibles más que por señales exteriores insuficientes que no permiten apreciar circunstancias tal vez decisivas, como la experiencia del sujeto, sus facultades personales, su conocimiento de la situación, supuestos en los que tal vez se basa acertadamente la opinión del sujeto respecto al control bajo el cual se halla su conducta. Aunque Mir Puig no lo diga expresamente, parecería enrolarse entre quienes piensan que el resultado no forma parte del injusto, sino que únicamente condiciona la punición. Por lo demás, su posición ha sido objeto de reparo so pretexto de que la función selectiva del resultado no podría restringir el círculo de conductas prohibidas, sino sólo el de las conductas punibles en tanto se trata de un dato sólo comprobable *ex post*. Tal como lo apunta Serrano González de Murillo (*op. cit.*, nota 72, p. 243), si la prohibición es un mandato de evitar una conducta, no se puede ordenar la evitación de comportamientos causadores de un resultado, por cuanto resulta imposible averiguar si la conducta esta prohibida hasta después de haberla realizado. Para poder prohibir los procederlesivos, el único modo practicable consiste en prohibir todas las acciones que *ex ante* aparecen como potencialmente nocivas, puesto que entre todas ellas no existe ninguna diferencia *ex ante*. Asistiría razón, por ello, al autor mencionado en último término, pues la totalidad del injusto, en caso de que el resultado forme parte de él, sólo podría advertirse demasiado tarde, precisamente cuando la acción hubiera desplegado ya su efecto dañoso: la prohibición se convertiría en inasequible para su destinatario.

No han faltado autores que, a la par de la entidad probatoria del resultado, pongan de manifiesto su trascendencia desde la óptica de la repercusión social por él suscitada; Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid, Universi-

seables socialmente;⁹⁸ cuando esta ejecución de la acción coincide con esta conducta modelo, estaremos frente a una acción adecuada al cuidado y, con ello, al derecho, maguer se haya ocasionado un resultado socialmente indeseable, en tanto que cuando se desvíe del paradigma rector de acción corresponderá afirmar su disconformidad con el cuidado y, por tanto, —salvo causales de justificación—, será antijurídica.⁹⁹

Por último, en lo que atañe al segundo ítem de la diferenciación, esto es la relevancia del fin en sí mismo, es consecuentemente irrelevante por propia definición.¹⁰⁰ Desde que en la tipicidad imprudente el fin perseguido por el autor dista del resultado determinado por su acción desatenta del cuidado requerido, lógico es considerar que en su condición de tal, concebido en su naturaleza, carece ciertamente de importancia para el derecho penal. Con arreglo a lo expuesto en párrafos precedentes, la voluntad final de realización del agente y el resultado quedan relacionados

tas, 1996, p. 512. Con arreglo a esta línea de pensamiento, la exigencia de consumación, en su caso, con producción del resultado en los delitos imprudentes, obedece por una parte, a que si no se produce el resultado generalmente no hay tanta alarma social ante una conducta no dolosa sino sólo imprudente y, por ello, no es suficientemente grave como para considerarla penalmente antijurídica, y por otra, a la idea de que si la actuación imprudente finalmente no produce completo el hecho típico ello es una prueba genérica de la escasa peligrosidad de la conducta o del control bajo el cual se hallaba el peligro, quedando así desvirtuado el inicial indicio de desvalor de la acción.

Finalmente, existe una corriente de opinión que da crédito a la concepción según la cual el resultado en el delito imprudente constituye una condición objetiva de penalidad, por cuanto el autor no necesita haber tenido ninguna conciencia de su realización. Esta posición parecería que es la adoptada por Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 40, p. 250; para quien el tema del resultado en esa categoría de ilícitos ofrece no pocas dificultades en el marco de la teoría de los imperativos y en el de la teoría de lo ilícito personal. La afirmación en torno a que el resultado es una condición objetiva para la sanción es reconocida originariamente en la posición construida por Kaufmann, desde la teoría de las normas. Desde el fundamento de esta teoría, en virtud de la cual la norma de valoración no puede tener otro objeto que la norma de determinación, vale decir, que sólo valora acciones finales y en atención a su contenido final, las dificultades para ubicar el resultado se presentan ya en el ámbito de lo injusto. Vale recordar que, para este autor, la producción del resultado no es una condición necesaria de la infracción de la norma, es decir, de la tipicidad o antijuridicidad. Como la finalidad en la imprudencia no se refiere al resultado típico producido, su integración se revela imposible, razón por la cual constituye una condición objetiva de punición; Kaufmann, Armin, *op. cit.*, nota 70, p. 177.

⁹⁸ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 5, p. 156.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ Zaffaroni, Raúl, *op. cit.*, nota 74, p. 391.

por la forma de celebración de la actividad final, y no por haberlo contemplado el agente como un fin deseado (matar al amante de su esposa), el medio utilizado (matar para heredar al muerto) o cuando menos como un mero efecto concomitante con cuya posibilidad de producción se contó y consintió.

Y lo expresado se desprende por sí solo en mérito al distinto criterio que, a la hora de proteger determinados bienes jurídicos mediante la tipificación de conductas, tuvo en cuenta el legislador: decidió, por distintas razones de oportunidad, mérito y conveniencia, considerar relevantes penalmente tanto aquellas conductas cuyo autor se proponga deliberadamente el ataque a un bien penalmente tutelado, como a estas otras en las que lo destacable en la órbita penal son la selección de medios y el modo de ejecución de la acción finalmente concebida. En palabras del propio Welzel: los tipos de los delitos dolosos y culposos comprenden la acción final (dirigida) desde distintos puntos de vista: mientras los primeros la abarcan en la medida en que su voluntad de acción está dirigida a la realización de resultados (objetivos) intolerables socialmente, los mencionados en segundo término se ocupan (no tanto de los objetivos, sino más bien) de la clase de ejecución de la acción con relación a consecuencias ajenas a la voluntad de realización del agente, por cuanto el actor o bien confía en su no producción o ni siquiera piensa en ella, y comprenden aquellas ejecuciones de acción (procesos de dirección) que lesionaron el cuidado requerido (para evitar tales consecuencias) en el ámbito de relación.¹⁰¹

En verdad, no se trata de que el fin sea penalmente irrelevante: en cierta medida, la expresión no es del todo correcta. Se dejó sentado, líneas atrás, que para la valoración jurídica de un hecho no es posible prescindir de la totalidad de la trayectoria in extenso de la acción. Si se acepta la idea en torno a la cual las posibilidades de acción en la vida social tienen que estar forzosamente vinculadas a la consecución de determinados fines sociales, el fin concretamente buscado en todos los casos será siempre jurídicamente trascendente, lo que implica afirmar que será incuestionablemente objeto de una valoración. Lo que sucede es que esa valoración será, según el caso, positiva o negativa, y el valor o desvalor de dicho fin perseguido con el desarrollo de la acción debe ser el punto

¹⁰¹ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 5, pp. 155 y 156.

de partida para el enjuiciamiento de los diversos fragmentos del itinerario extenso de acción.¹⁰² Estas partes fraccionadas pueden ser imputadas tanto al dolo como a la imprudencia del autor de la acción total.¹⁰³

4. Norma y cuidado debido

Se dejó sentado en el punto anterior que la acción imprudente se caracteriza por un defecto en la dirección final de la acción, consistente en la no correspondencia al curso finalista de la conducta exigido en el tráfico con el fin de evitar las lesiones de los bienes jurídicos.¹⁰⁴ Es decir, quedan comprendidas en el ámbito de la imprudencia aquellas acciones finales que, respecto a las consecuencias accesorias no queridas, típicas,

¹⁰² Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 62, p. 225.

¹⁰³ *Idem.* Es por ello que asiste razón a la crítica efectuada por Zaffaroni a Bustos Ramírez. Señala el autor nombrado en último término que la ejecución de la acción, su realización final, es siempre jurídicamente relevante, en tanto que lo no relevante jurídicamente sólo podría ser eventualmente el fin último; Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 75, p. 43. A estas expresiones objeta Zaffaroni (*op. cit.*, nota 74, p. 392) que lo que sucede en la tipicidad imprudente respecto al denominado “fin último”, acontece, asimismo, en la mayoría de los casos de tipicidad dolosa, como por ejemplo, así como no nos interesa el fin de alcanzar a la novia del conductor de un vehículo, sino la forma de realización de su conducta final de conducir, tampoco nos interesa típicamente el fin de hacerse de un regalo para la novia del autor del hurto. Es que indiscutiblemente, al igual que en los delitos imprudentes, en la realización de un delito doloso el autor también puede perseguir el alcance de un fin ulterior o último fuera del ámbito abarcado por el tipo; así, el dolo aparecerá como un segmento de la voluntad de realización total dirigida a un resultado que no forma parte del tipo, y no cabrán dudas de que para el enjuiciamiento correcto de la realización del tipo deberá tenerse en cuenta el valor o desvalor social del fin último de la acción; Gracia Martín, Luis, *op. cit.*, nota 62, pp. 225 y 256.

¹⁰⁴ Cerezo Mir, José, “El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1959, t. XII, fascículo II, p. 568. Rechazo, por tanto, la concepción de Jakobs y Bacigalupo según la cual la imprudencia es básicamente un supuesto de error de tipo vencible; Jakobs, Gunter, *Derecho penal-parte general*, trad. de la 2a. ed. alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, Ediciones Jurídicas, 1995, p. 381; Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 41, p. 246. Y ello en mérito a que no siempre se dará un supuesto de error cada vez que concurra una acción imprudente; esto puede verse más claramente en los casos de imprudencia con representación: si un sujeto conduce su automóvil a alta velocidad y prevé que puede lesionar a un niño que cruza la calzada, mas confía en la no producción del resultado en mérito a su pericia como conductor para evitarlo, no obstante lo cual la lesión es ocasionada; en este caso no es apreciable ninguna clase de error.

no se ha observado en su desarrollo el cuidado exigido en el tráfico para evitarlas.¹⁰⁵

Esta estructura final de la acción imprudente ha de ser tenida en cuenta necesariamente por las normas del derecho penal. Como se indicó páginas atrás, las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos, no se dirigen a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones finales futuras.¹⁰⁶

Pues bien, del contenido concreto de la norma en lo injusto del delito de acción imprudente es que puede inferirse el concepto de cuidado debido.

La norma subyacente bajo el tipo imprudente de que se trate se refiere a la forma de selección y aplicación de los medios, con indiferencia de los fines buscados por el autor. Así, pues, la norma exige en el arbitrio y utilización del procedimiento escogido la aplicación de una medida mínima de dirección final, denominada cuidado necesario en el tráfico, en aras de evitar efectos concomitantes no queridos o socialmente no deseados.¹⁰⁷ A su vez, dicha norma también prohíbe la ejecución de la acción si el autor no puede realizarla conforme al cuidado exigido.¹⁰⁸

Ahora bien, no debe olvidarse que se gira, generalmente, en torno de un enjuiciamiento de acciones, referencia que remite esencialmente a la esfera de las prohibiciones.¹⁰⁹ Y la correcta delimitación del ámbito normativo (prohibiciones o mandatos) en el que debe encasillarse el estudio de la cuestión tratada tendrá fundamental incidencia a la hora de proceder a la determinación del cuidado objetivamente debido.

En efecto, usualmente se formula positivamente el cuidado exigido por el ordenamiento, vale decir, como obligación exigida, y la falta de cuidado es frecuentemente enunciada como cuidado omitido. Y la presentación del tema en estos términos es equivocada. Por ejemplo: si se coloca una botella de veneno sobre una mesa al alcance de alguien, el cuidado impone pintar sobre ella una calavera; al doblar en una esquina, el cuidado objetivo necesario en el tráfico exige disminuir la velocidad.¹¹⁰ Sin embargo, no es natural que se exija proveer la botella con una etique-

105 Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 104, p. 568.

106 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 18, p. 47.

107 *Ibidem*, pp. 47 y 48.

108 *Idem*.

109 Kaufmann, Armin, *op. cit.*, nota 31, p. 475.

110 *Idem*.

ta de que contiene veneno y entonces ponerla al alcance, mucho menos doblar con el auto en la esquina como es normalmente exigido; más bien, está prohibido realizar una acción en determinada forma: colocar sin precauciones una botella de veneno y doblar sin velocidad disminuida.¹¹¹ La actividad prudente suplementaria no está mandada, sino que se prohíbe realizar una acción si no es bajo determinadas condiciones: dejar a la mano el frasco de veneno sin tomar precauciones o girar sin velocidad disminuida.¹¹²

Es indiscutible que en los delitos imprudentes existe un momento omisivo, no obstante el cual declarar a la omisión como referencia decisiva y esencia de aquéllos significaría, lisa y llanamente, transformar el delito imprudente en un delito de omisión (impropio).¹¹³ En principio, se estará ante una acción siempre que se dé una utilización de factores causales en dirección a un fin (criterio de la causalidad), mientras que en la omisión falta la finalidad (voluntad de realización) y la causalidad.¹¹⁴

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.* Quien volvió sobre el tema en el trabajo citado modificando levemente el ejemplo del automóvil, logrando con ello mayor claridad: el cambio de orientación del vehículo –sostiene– puede perder su carácter violador del cuidado por medio de un aviso oportuno; mas no sucede que de modo normal se ordene cambiar la dirección que se lleva. Kaufmann, Armin, *op. cit.*, nota 70, p. 177). De acuerdo con esta exposición puede encontrarse a Roxin, quien parafraseando a Jakobs explica que en el ámbito de la comisión no se prescribe el manejo cuidadoso de cerillas, sino que se prohíbe el manejo descuidado, por cuanto no existe un deber de manejar; Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 5, § 24, 12, p. 1000.

¹¹³ Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 75, p. 45.

¹¹⁴ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, Tecnos, 2001, t. III, pp. 256 y 257; donde agrega que el problema no es tanto de distinción entre la acción y la omisión, sino de la relevancia jurídico penal de la acción o la omisión, esto es, determinar si la acción o la omisión están comprendidas en los correspondientes tipos delictivos.

Lacruz destaca que la referencia a la casualidad sin más resulta inexacta, en cuanto no sólo cuenta el aspecto científico, sino el sentido sociocultural y el sistema de valores. Explica que el ser humano no sólo se interrelaciona con el medio circundante a través del manejo de cursos mecánicos, sino también mediante el aprovechamiento de determinadas estructuras y consideraciones socioculturales que no tienen porque coincidir con regla científica general alguna; en varios pasajes de su trabajo recurriré al ejemplo del delito de injuria. Lacruz López, Juan Manuel, “La causalidad como elemento concretizador de la conducta humana”, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 809-829.

No existe una imprudencia en sí, sólo hay una acción u omisión imprudente.¹¹⁵

Es, entonces, la acción imprudente de los delitos comisivos de esta forma de aparición del hecho punible la que debe erigirse en foco de interés para el penalista.¹¹⁶ Y esta conclusión se presenta aún más evidente si tenemos en cuenta que el desvalor de la acción en el delito imprudente de perpetración no reside en una omisión sino en la acción en sí o mejor dicho, en la defectuosa ejecución final de la acción: en el modo de utilización del medio escogido o bien en selección misma.¹¹⁷

Tenemos, pues, que el dato de la realidad penalmente relevante es una acción portadora de una determinada modalidad; esta acción modal es la prohibida; insistimos, por tanto, en que la norma de determinación está constituida, en estos casos, por una prohibición.

También la norma prohibitiva puede exigir el omitir de la acción; y lo importante aquí es que omitir puede todo el mundo.

Estimo, con Hirsch, que en el análisis del delito imprudente, se ha mostrado que el finalismo es ciertamente fructífero.¹¹⁸

¹¹⁵ Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, nota 75, p. 51.

¹¹⁶ Por ello, asiste razón a Bustos Ramírez en cuanto explica que al hablarse de mandatos en relación a los delitos de perpetración imprudente se desconoce esta realidad, y se acepta en consecuencia una culpa en sí.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹¹⁸ Hirsch, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 5, p. 16.