

EL TIPO SUBJETIVO EN EL DELITO IMPRUDENTE

Roxana Gabriela PIÑA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aporte del finalismo*. III. *Críticas al finalismo y evolución que ellas provocaron*. IV. *Delimitación del deber de cuidado de acuerdo a pautas individuales u objetivas*. V. *El tipo subjetivo*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Suele sostenerse que la teoría del delito esbozada por el finalismo es, esencialmente, una teoría del delito doloso. En tal sentido Corcoy Bidasolo¹ ha sostenido que “la teoría del injusto es una teoría del injusto doloso. El tipo imprudente es residual, sin estructura dogmática propia, construido a partir de modificaciones puntuales del tipo doloso”. El mismo Hans Welzel, desde la misma formulación del finalismo, tuvo dificultades para la descripción del contenido del ilícito del delito imprudente. En tal sentido ha defendido su teoría de la siguiente forma:

Que en un trabajo de treinta años de elaboración de un sistema no se acierte enseguida con todas las consecuencias jurídicas, es un riesgo que tiene que correr desgraciadamente el que acomete la tarea de deducir un nuevo sistema de un nuevo conocimiento de las cosas. A un crítico que hiciese por esta razón un reproche al autor, los antiguos griegos le habrían recordado el mito de que sólo Atenea salió acorazada y perfecta de la cabeza de Zeus.²

¹ Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente, criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 34.

² Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. de la 4a. ed. alemana (1961) de José Cerezo Mir, Barcelona,

La vaguedad de la determinación de la conducta prohibida en el delito imprudente que llevó a muchos autores a hablar de un tipo abierto, ha provocado que los tribunales hayan determinado la infracción de un deber de cuidado en franca violación del principio de legalidad o violentando los criterios de responsabilidad subjetiva en que se funda el derecho penal.

Existen posturas que mediante una férrea crítica han pretendido aniquilar al finalismo sobre la base de su inidoneidad para explicar el ilícito imprudente y han creado o pretendido crear un sistema diverso. Obviamente respeto profundamente esas posiciones no sólo por la calidad intelectual de quienes se enrolan en ellas sino además porque de la diversidad y de la crítica puede advertirse la luz del conocimiento. Contrariamente, disiento con aquéllos que dicen ser partidarios del finalismo pero sin embargo advierten tantas excepciones para explicar el delito imprudente que esconden su propia negación.

Lejos de negarle al finalismo la posibilidad de explicar el delito imprudente considero que años de evolución y la superación de preconceptos que se fueron delimitando con el correr del tiempo en razón de las críticas y respuestas que se han dado entre los partidarios de una y otra postura, posibilitan el análisis de aquél dentro de la estructura del delito propuesta por el finalismo.

Este trabajo pretende un encuentro con el delito imprudente pero no fuera del finalismo sino dentro de él.

II. APORTE AL FINALISMO

Uno de los hallazgos más importantes de la doctrina de la acción final, en cuanto a la concepción del injusto, reside en haber dejado de lado la construcción del injusto imprudente fundado exclusivamente en la causación naturalística del resultado típico por parte del autor, para comenzar a fundamentarlo sobre la base de una característica desvalorada jurídicamente de la acción realizada.³

Ariel, 1964, p. 16, citado por Sancinetti Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 261.

³ Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 169.

Abandonada la inicial concepción de la imprudencia como forma de culpabilidad, de acuerdo con el criterio mayoritario la tipicidad del delito culposo pasó a depender de la verificación de la producción de un resultado que pueda imputarse objetivamente con la infracción del deber de cuidado. En el delito imprudente no se desaprueba la mera causalidad sino la contrariedad a la norma de una conducta y, por ello, sólo puede ser explicado desde un punto de vista normativo.⁴

Uno de los dogmas básicos del finalismo afirma que las normas no pueden pretender prohibir resultados, sino únicamente acciones finales a ellos tendentes, y a causa precisamente de su carácter lesivo para bienes jurídicos. Se sigue diciendo que resulta absurdo dirigir normas a procesos causales. La norma puede prohibir comportamientos en atención a que su finalidad se dirige inmediatamente a lesionar bienes jurídicos (delito doloso), o bien por el peligro intolerable de lesión que amenaza producirse cuando se realiza un determinado grupo de factores de riesgo, es decir cuando se obra descuidadamente (delito imprudente). La prohibición de la norma en el delito imprudente de ningún modo es equiparable a una prohibición de causar el resultado, sino que solo desaprueba la actuación contraria a cuidado, con respecto a la cual se deriva aquél con un alto grado de probabilidad.⁵

Para la doctrina mayoritaria, en la imprudencia el momento de deber se entiende constituido por la infracción del deber de cuidado. La esencia de la imprudencia es, por tanto, la infracción de dicho deber.⁶

Sobre lo expuesto hasta aquí existe unanimidad en el seno de la doctrina finalista. Sin embargo, esa coincidencia se quiebra cuando se trata de determinar si el cuidado requerido ha de medirse por criterios objetivos o subjetivos. No obstante, en algunos casos, la divergencia se suaviza en cierta forma dado que los partidarios del *baremo objetivo*, para los cuales la objetiva previsibilidad del resultado producido determina la contrariedad a cuidado, también examinan la eventual infracción del deber subjetivo de cuidado sólo que al llegar a la culpabilidad.

⁴ Choclán Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, p. 28.

⁵ Serrano González de Murillo, *op. cit.*, nota 3, p. 170.

⁶ Sobre esta evolución véase Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, 4a. ed., Madrid, 1997, pp. 243 y ss.

Para algunos autores como Hirsch⁷ esta distinción supone únicamente una diferencia de matiz porque pertenezca la infracción del deber de cuidado subjetivo al injusto o a la culpabilidad, la falta de previsibilidad subjetiva excluye de todos modos la penalidad. Discrepo con tal afirmación desde que existen importantes consecuencias prácticas tales como las vinculadas con la posibilidad o no de un error de tipo en los delitos imprudentes, etcétera y las consecuencias prácticas que a su vez se derivan de tal circunstancia (posibilidad o no de legítima defensa, consecuencias en la responsabilidad civil de un suceso según sea o no antijurídico, etcétera).

III. CRÍTICAS AL FINALISMO Y EVOLUCIÓN QUE ELLAS PROVOCARON

Desde los primeros días de la doctrina finalista Welzel tuvo dificultades para la descripción del contenido del ilícito del delito imprudente. La acción final del delito imprudente no fue señalada en su momento como una finalidad realmente perseguida, sino como una finalidad posible o potencial.

La crítica que se formulaba al finalismo en el ámbito del delito imprudente reside en que la estructura final de la acción explica satisfactoriamente el ilícito del delito doloso pero no el del delito imprudente, donde la finalidad es irrelevante. Esto tenía que conducir naturalmente al compromiso de realizar serios esfuerzos por llevar a la práctica, en términos de Binding “la caza del dolo en la culpa” o según Armin Kaufmann “la búsqueda de la finalidad en la culpa”.⁸

Así se sostuvo que, en el delito imprudente, el desvalor de la acción, no reside, como en el delito doloso, en el desvalor de la intención sino en la infracción del deber objetivo de cuidado. Frente a ello Jakobs le critica a esta teoría que ello significa renunciar, en los delitos imprudentes, al concepto final de acción desde el momento en que el contenido del desvalor de la acción en los delitos dolosos y en los imprudentes no tiene nada en común.

⁷ Hirsch, Hans Joachim, “Der Streit um Handlungs und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW (II)”, *ZStW* 94 (1982), p. 267.

⁸ Sancinetti, Marcelo, *op. cit.*, nota 2, p. 261.

El punto de vista de la finalidad potencial fue desarrollado en sentido crítico por el discípulo de Welzel, Werner Niese, quien desde una postura ontológica niega que la posible finalidad sea realmente finalidad.⁹

Niese¹⁰ había descrito al dolo como “finalidad jurídicamente relevante” basándose la desaprobación en el contenido de querer de la acción que abarca la producción del resultado típico y las restantes circunstancias fácticas. En tanto que entendía este autor que los tipos imprudentes abarcan una causación del resultado jurídicamente desaprobado a través de una acción no desaprobada en su finalidad, esto es una finalidad jurídico-penalmente irrelevante.¹¹ De esta forma el injusto del delito imprudente no reside en la simple causación del resultado, sino en el desvalor de acción que, aquí, no reside en una finalidad jurídica penalmente relevante en sí misma, como en el dolo, sino en la infracción del deber objetivo de cuidado. Justamente, en esa lesión del cuidado objetivo se identifica el desvalor de acción del delito imprudente.

Welzel movido por las críticas de su discípulo terminó abandonando el criterio de la finalidad potencial¹² reconociendo que en el tipo de los delitos imprudentes falta la supradeterminación final real del acto externo, radicando el desvalor de acción en la falta de aquella dirección final exigida por el derecho. Se considera que en los delitos imprudentes hay una actividad finalista real: *conducir un auto, limpiar un arma, realizar una operación de corazón*, etcétera; aunque esta finalidad perseguida por el autor es irrelevante para el derecho penal, importando ahora sólo el medio utilizado o la forma de su utilización (velocidad excesiva, no prever si el arma está cargada, no examinar antes de la operación al paciente), en definitiva, la ejecución de la acción.¹³

Esta evolución del finalismo conduce a la idea de que el derecho impone a quien pretende participar en la vida social un deber objetivo en orden a una determinada prestación finalista (por ejemplo, el deber de observar el cuidado necesario que el tráfico exige). Así concluye sosteniendo Welzel que solamente son típicamente antijurídicas, en el sentido

⁹ Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 29.

¹⁰ Niese, W., *Finallität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951, p. 43, citado por Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *op. cit.*, nota 1, p. 78.

¹¹ Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 30.

¹² Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2.

¹³ Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 30.

de los tipos delictivos culposos, las acciones que a consecuencia de la no observancia de este deber objetivo de cuidado, son productoras de lesiones de los bienes jurídicos.¹⁴ De esa forma Welzel perfila una delimitación del tipo de injusto del delito culposo y de la culpabilidad. La imprudencia, en general, como concepto complejo, está integrada por la infracción del cuidado objetivo como elemento del injusto y por la reprochabilidad como elemento de la culpabilidad. Por ello, el sujeto incapaz de culpabilidad puede actuar con infracción de dicho deber objetivo de cuidado y con ello se realiza el desvalor de acción de los tipos culposos, aunque tal infracción no pueda reprocharse a título de culpabilidad. La realización de una conducta antijurídica puede ser indicio de peligrosidad que justifique la imposición de una medida de seguridad.¹⁵

Welzel continúa con el concepto de cuidado objetivo que había iniciado Engisch: el cuidado objetivo como delimitador del injusto imprudente, es aquel que hubiera empleado el hombre prudente, impregnado con un importante componente de previsibilidad y evitabilidad objetivas, a juicio de un observador imparcial que contase con los conocimientos del autor. Sobre la previsibilidad objetiva del resultado producido sería decisivo el criterio de un observador objetivo que juzgara en el instante decisivo *ex ante*, situado en la posición del autor, equipado con el saber experimental de su tiempo sobre los procesos causales (base nomológica del juicio) y con el conocimiento de los factores reales que hubiera captado un hombre prudente, además de los que conocía el autor (base ontológica del juicio).¹⁶

Welzel fue uno de los precursores de esta teoría, mientras que hoy día podemos señalar a Jescheck¹⁷ como el defensor más conocido o representativo de esta concepción:

Solamente cuando se ha constatado el aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo de injusto) puede seguirse preguntando si el mandato general de cuidado y previsión también hubiese podido ser cumplido por el autor

¹⁴ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶ Serrano González de Murillo, *op. cit.*, nota 3, pp. 172-174.

¹⁷ Jescheck, H. H., *Tratado de derecho penal*, trad. y adiciones de derecho español de Mir Puig-Muñoz Conde, Barcelona, 1981, t. II, p. 779.

individual según su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia de vida y su posición social (tipo de culpabilidad).¹⁸

Este enfoque del delito imprudente se encuentra en íntima conexión con el problema de cuál haya de ser el tratamiento de los *poderes individuales del autor* en la imprudencia. La distinción entre aquellas doctrinas que determinan el deber de cuidado ubicado en el injusto, sin atender a los poderes individuales y las que lo consideran allí provoca consecuencias prácticas de importancia tal como lo vengo adelantando desde el inicio de este trabajo.

IV. DELIMITACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO DE ACUERDO A PAUTAS INDIVIDUALES U OBJETIVAS

Uno de los problemas que se le plantea a la dogmática actual es dilucidar si el contenido del deber de cuidado se conforma en base a un parámetro individual u objetivo. En efecto, una de las cuestiones esenciales de la teoría del delito culposo, todavía sumida en una viva polémica, es la relativa a la adscripción del llamado deber *subjetivo de cuidado* al tipo de injusto del delito imprudente o al ámbito de la culpabilidad.

La delimitación del problema requiere distinguir, los conocimientos especiales del autor de las capacidades especiales individuales de orden técnico.

La tesis de la imprudencia objetiva se encuentra ciertamente mitigada al aceptar incluir en el juicio objetivo los conocimientos especiales del autor en la situación concreta de forma tal que la división entre esta postura y aquella que acepta en la tipicidad un juicio subjetivo quedaría circunscripta a la valoración de las mencionadas capacidades o aptitudes especiales.

Así, la decisión sobre la peligrosidad de la conducta suele obtenerse a través del pensamiento de la adecuación [un comportamiento es peligroso cuando es generalmente adecuado para la causación del resultado típico y es adecuado cuando aumenta de manera no insignificante las posibilidades de su producción]. De acuerdo con la opinión dominante el juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las cir-

¹⁸ *Ibidem*, p. 778.

cunstancias conocidas o reconocibles por un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor en base a sus conocimientos excepcionales o al azar.¹⁹ Contrariamente Jakobs²⁰ considera que a quien conoce sin ostentar una posición de garantía, no le compete utilizar sus conocimientos. La inclusión de las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor en el juicio de adecuación supone en cierto modo adelantar al tipo objetivo el elemento cognoscitivo del dolo. Ello ha permitido a la teoría hablar de distorsión de la concepción tradicional del dolo en cuanto se extraería del tipo subjetivo el aspecto cognoscitivo que habría sido ya resuelto en el tipo objetivo a través del juicio de la adecuación, aunque se considera que ello no produce una tensión intrasistemática insoportable. Por ello, modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de subjetividad en la valoración objetiva del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa.²¹

El cirujano que en atención a su cualificación excepcional conoce que la aplicación de la técnica médica indicada en situaciones ordinarias es equivocada en el caso concreto por las especialidades del mismo, no debe observar la técnica que hubiere empelado cualquier cirujano que desconozca su ineficacia en el caso particular, pues ya el juicio de adecuación requiere incorporar los conocimientos especiales del autor en el juicio pronóstico objetivo. El cirujano puede tener ya un conocimiento especial en la situación concreta al que ha llegado, precisamente por su especial aptitud. En otras ocasiones el conocimiento especial no depende de la capacidad. Así por ejemplo el taxista que circula habitualmente por la zona conoce que una señal de *stop* ha sido derribada por el viento, de modo que no puede ser conocida para otros conductores ocasionales.

Tales circunstancias me obligan a efectuar una distinción que ya efectuara en un trabajo anterior. La afirmación de que la capacidad y el cono-

¹⁹ Martínez Escamilla, M. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, citada por Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 44 (nota 59).

²⁰ Jakobs, Günther, "Tätervorstellung und objective Zurechnung—Repräsentation del autor e imputación objetiva)" en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 271 y ss., y *Derecho penal*, pp. 7-49 y ss., citado por Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4.

²¹ Cancio Meliá M., "La teoría de la adecuación social en Welzel", ADPCP, 1993, fascículo II, p. 721, citado por Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 44.

cimiento afectan al deber objetivo y subjetivo de cuidado exige dos aclaraciones previas:

1. Qué entendemos por capacidad y conocimiento.
2. Cómo se incluyen en el tipo objetivo y subjetivo.

La doctrina en general (Mir Puig,²² Jakobs,²³ Schünemann²⁴) entiende por:

Conocimientos especiales: la experiencia del sujeto en la actividad de que se trate, el aprendizaje que haya realizado sobre ella y el especial conocimiento de la situación que tenga el autor.

Capacidad o aptitud: se comprende, generalmente, la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha actividad.

Según el diccionario de la real academia española:

Conocimientos: una de las facultades sensoriales del hombre en la medida en que están activas.

Capacidad: Aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo.

Aptitud: Suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo. Capacidad y disposición para el buen desempeño o ejercicio de un negocio, industria, arte, etcétera.

A pesar de ello algunos autores tales como Corcoy Bidasolo²⁵ renuncian a la diferenciación y resuelven el problema tratando conjuntamente tanto el conocimiento especial como las aptitudes del autor bajo el concepto global de capacidad. La razón fundamental que se esgrime para unificar en un único concepto los conocimientos especiales y la aptitud radica en que cuando los conocimientos especiales son actuales determi-

²² Mir Puig, S., *Derecho penal, parte general*, 2a. ed., Barcelona, 1985, p. 234.

²³ Jakobs, G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín, 1972, p. 71, citado por Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *op. cit.*, nota 1, p. 132.

²⁴ Schünemann, B., *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Fest-Schaffstein, Göttingen, 1975, p. 166; Jakobs, G., *ibidem*, p. 65.

²⁵ Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *op. cit.*, nota 1, p. 132.

nan desde ese momento la propia capacidad del sujeto en el momento de realizar la conducta. No pueden separarse los conocimientos técnicos del vehículo, las técnicas de conducción y el estado de la carretera de la capacidad para conducir que tiene el agente.

En otras palabras, tanto los conocimientos técnicos como los de la experiencia afectan a la capacidad del sujeto y permiten, al que los posee, realizar una determinada actividad que otro sujeto, sin estos conocimientos, no podría ejecutar sin infringir la norma de cuidado.

La doctrina advierte la interrelación de conocimientos y aptitud cuando trata la “culpa por asunción” según la cual se infringe el deber objetivo de cuidado cuando alguien sin los necesarios conocimientos, realiza un comportamiento que el experto podría practicar sin dificultad. A *contrario sensu* esto significa que el experto que llevase a término esa conducta no infringiría el deber objetivo de cuidado, lo que supone admitir que, en su caso particular, el deber objetivo de cuidado tiene otro contenido.

La doctrina dominante ubica en la culpabilidad la valoración del poder subjetivo del autor de ajustar su conducta a la norma de cuidado, de forma tal que si un individuo tiene una capacidad inferior a la media, la tipicidad queda intacta en tanto que se advierte una disminución de la culpabilidad, o en casos excepcionales, su exclusión.

Contrariamente entre los partidarios de analizar las capacidades individuales en la tipicidad pueden mencionarse a Stratenwerth,²⁶ Jakobs²⁷ y Samson.²⁸ Dichos autores proponen que la evitabilidad, analizada en el tipo objetivo, se determine en función de las facultades individuales del autor de lo contrario el delito imprudente se transformaría en un delito que castiga la desobediencia (no cumplir con la obediencia a la norma). Así se consideran los conocimientos y las capacidades o aptitudes (facultades individuales) para determinar la capacidad de evitación —indivi-

²⁶ Stratenwerth, *Strafrecht*, 1097; del mismo, “Zur Individualisierung des Sorgfaltstabes beim Fahrlässigkeitdelikt”, *Festschrift für H. H. Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. I, 1985, pp. 285 y ss, citado por Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 46 (nota 66).

²⁷ Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Muriello, Madrid, 1997, pp. 7-49, del mismo, *op. cit.*, nota 23, p. 46, (nota 67).

²⁸ Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, anexo al & 16, núms. 13 y ss., citado por Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 46, (nota 68).

dual— (tipo objetivo) de la acción típica contraria a la norma en el injusto y no, como las posiciones ya analizadas, en la atribuibilidad o culpabilidad.

Ahora bien, normalmente, tal proceder influirá de forma inevitable en el requisito de la previsibilidad individual como presupuesto del tipo subjetivo del delito imprudente. Así, tales conocimientos y capacidades individuales constituyen también una cuestión que incide sobre el tipo subjetivo del delito imprudente, de ellos dependerá la cognoscibilidad del riesgo.

Los partidarios de la doctrina contraria confunden en su crítica la evitabilidad- previsibilidad con la capacidad de motivarse conforme a derecho. En ambas formas delictivas (dolo e imprudencia) en la culpabilidad se requiere estructuralmente la capacidad de culpabilidad, el conocimiento virtual de la prohibición y la exigibilidad. Un manto de luz a esa confusión aportan Jakobs²⁹ y Bacigalupo³⁰ quienes sostienen que es necesario distinguir para no confundir entre *dirección o dirigibilidad de la acción* y *dirección o dirigibilidad de la intención* así como cabe diferenciar entre error de tipo y error de prohibición.

Stratenwerth³¹ considera incomprensible que un cirujano con especiales capacidades esté obligado únicamente a utilizar en una operación riesgosa aquellas técnicas que constituyen el estándar mínimo de todos los que quieren ejercer la cirugía. De esta forma se advierte que los conocimientos especiales se encuentran ya en forma implícita en el juicio sobre la adecuación y lo mismo ocurre con respecto a las capacidades.

En la misma inteligencia Jakobs³² exige para afirmar la tipicidad del delito culposo la evitabilidad individual de la realización del tipo. Lo decisivo es el autor con sus aptitudes individuales. Si no obstante se prescinde de la reproducción subjetiva del juicio objetivo se pierde en el tipo subjetivo la relación con las consecuencias y los delitos de lesión se transforman en delitos de peligro subjetivo-abstracto. En tal sentido, la previsibilidad determinada de forma absolutamente objetiva no desempeña ninguna función extra a las que cumple ya el riesgo permitido, es tan superflua como lo sería un “dolo objetivo”.

²⁹ Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 27, pp. 6-25.

³⁰ Bacigalupo, *op. cit.*, nota 6, pp. 168 y ss.

³¹ Stratenwerth, *Strafrecht, op. cit.*, nota 26, p. 48, (nota 78).

³² Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 27, pp. 9-13.

En la doctrina española el criterio de atender a las capacidades individuales del autor en la tipicidad encuentra adhesiones como la de Zugaldía Espinar, Corcoy Bidasolo y, en una posición intermedia Mir Puig.

Choclán Montalvo³³ en la obra citada resume la opinión de Zugaldía³⁴ de la siguiente forma:

a) La concepción objetiva de la contrariedad al deber no permite dar criterios utilizables para la construcción de la imagen del hombre medio cuidadoso que, de esta forma, se convertirá en una abstracción de alto grado de difícil utilización en el caso concreto.

b) La previsibilidad individual debe crear un contrapeso frente a la responsabilidad por el resultado y debe impulsar a la práctica a la formulación de concisas reglas de cuidado.

c) Llama la atención que, por un lado los partidarios de la teoría general de la contrariedad al deber en muchos casos traten de orientar el límite máximo de cuidado exigido a las especiales capacidades del autor y no se reduce para el que tiene capacidades inferiores al término medio.

d) No se fundamenta por qué la medida obligatoria del injusto típico ha de venir determinada precisamente por la lesión objetiva del cuidado.

e) En general sólo pueden determinarse los límites del riesgo permitido, pero la cuestión, por el contrario, del comportamiento necesario para excluir el riesgo no permitido depende de las capacidades individuales y de la incapacidad individual debería incidir sobre el desvalor de la acción, sobre el injusto típico, sobre la conducta prohibida, en definitiva. Debe precisarse, no obstante que el que es incapaz de mantener el riesgo de una actividad en los límites de lo permitido, en principio, tendrá prohibido llevar a cabo tal actividad (culpa por asunción).

Frente a ello Corcoy Bidasolo³⁵ unifica en el término “capacidad” tanto a los *conocimientos especiales* como a la *aptitud* siempre que ambos sean actuales, es decir que concurren en el momento del hecho. La razón fundamental que se esgrime para unificar en un único concepto los conocimientos especiales y la aptitud radica en que cuando los conocimientos especiales son actuales determinan desde ese momento la propia capaci-

³³ Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 49 (nota 83).

³⁴ Zugaldía Espinar, “La Infracción del deber individual de cuidado...”, *op. cit.*, pp. 329 y ss.

³⁵ Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *op. cit.*, nota 1, pp. 132 y 133, y 145 y 146.

dad del sujeto en el momento de realizar la conducta y se intercondicionan; *no pueden separarse los conocimientos técnicos del vehículo, las técnicas de conducción y el estado de la carretera de la capacidad para conducir que tiene el agente.*

Así, la medida del cuidado objetivo que se exige al autor se determinará “ex ante” y para ello se tendrá en cuenta la capacidad del sujeto comprendiendo tanto los *conocimientos* como las *aptitudes*, siempre que éste pueda emplearla voluntariamente en el momento de realizar la conducta junto a las circunstancias externas concurrentes conocidas o cognoscibles por el autor.

La bipartición del cuidado en objetivo y subjetivo viene determinada por la necesidad metodológica de distinguir entre tipo objetivo y tipo subjetivo, pero sin olvidar que es innegable la íntima interrelación entre uno y otro, que implica que aún cuando se examinen por separado se condicionan totalmente entre sí. De alguna forma el cuidado subjetivo delimita al cuidado objetivo. En la determinación del cuidado objetivo sólo se tendrán en cuenta aquellas capacidades (conocimientos especiales o aptitudes) y circunstancias concurrentes conocidas o cognoscibles por el autor. Para esta autora la cognoscibilidad del deber objetivo de cuidado es precisamente el contenido del cuidado subjetivo y ambos se miden individualmente atendiendo al autor, individuo singular.

Por su parte Mir Puig³⁶ diferencia entre *facultades sobresalientes* y *capacidad inferior*. Respecto de las primeras efectúa una nueva diferencia según que el autor, que conoce sus aptitudes excepcionales, deje de utilizarlas conscientemente o no. En el primer caso considera que el autor infringe la norma de cuidado que exige comportarse del modo más diligente posible al autor. De ahí concluye que en caso de facultades personales sobresalientes, lo decisivo es si el sujeto tuvo la posibilidad de emplearlas voluntariamente, y si así fue y no las utilizó su conducta sería contraria a la norma de cuidado y, en su caso, antijurídica. Por el contrario en el caso del poder excepcional no disponible a voluntad, la norma de cuidado no puede motivar a utilizarlo. Pero a diferencia de las capacidades superiores que inciden en la antijuridicidad, para Mir Puig el problema de las capacidades inferiores debe resolverse en sede de culpabilidad. Así considera que una capacidad inferior del sujeto no imaginable en una persona mentalmente normal (reflejos demasiado lentos, capaci-

³⁶ Mir Puig, S. *Derecho penal, parte general*, 4a. ed., Barcelona, 1996, pp. 278 y 279.

dad intelectual inferior, enfermedad mental, etcétera) no pueden excluir o disminuir la antijuridicidad, sino solo la exclusión o atenuación de la imputación personal de la objetiva norma de cuidado.

Tanto los conocimientos especiales del autor como su capacidad individual son circunstancias que influyen, de alguna forma, en la determinación de la infracción de la norma objetiva de cuidado. De esta forma queda demostrada que resulta imprescindible, de acuerdo a la postura que vengo defendiendo, el análisis de tales circunstancias (conocimientos/aptitudes) a nivel de la tipicidad.

Veamos ahora un ejemplo que da Choclán Montalvo para agotar el tema de los conocimientos y aptitudes personales:

Un estudiante de biología que trabaja como camarero eventual durante sus vacaciones, reconoce en la exótica ensalada que tiene que servir trozos de una planta venenosa, debiéndose tal descubrimiento tan sólo al hecho de que poco tiempo antes había escrito un trabajo de seminario precisamente sobre dicha planta venenosa. Resulta evidente que para el sujeto esa cognoscible el riesgo de muerte que al servir la ensalada produce para los comensales, y esa cognoscibilidad era fruto de su saber especial, pudiendo en consecuencia evitar el resultado lesivo. Otro camarero sin los conocimientos en biología no podía evitar el resultado porque el riesgo no era cognoscible para él. Otro camarero con los mismos conocimientos especiales que el primero pero muy despistado respecto de los ingredientes del plato que sirve ¿?

Aquí se presenta un segundo problema ¿al sujeto del ejemplo le compete, de acuerdo con el rol social, la aplicación de esos conocimientos especiales en la situación concreta? Al respecto cabe decir que el camarero no tiene el deber de controlar el riesgo —los camareros no son responsables del control de salubridad de los ingredientes de los alimentos que sirven— y por ello no puede imputarse al sujeto no haberlo controlado. En el delito imprudente la no aplicación del saber especial o aptitud especial a consecuencia de una falta de atención sólo permite la imputación del resultado lesivo cuando compete el deber de aplicarlo.³⁷ En cuanto a los poderes inferiores, el riesgo no cognoscible por el sujeto actuante, aunque sí por el hombre medio no puede generar responsabilidad

³⁷ Caso del cirujano paciente alérgico.

a título de imprudencia. Si presupuesto de la tipicidad del delito culposo es que el riesgo jurídicamente desaprobado o la infracción al cuidado exigido resulte cognoscible por el autor, la imposibilidad individual de conocer tal riesgo determina la atipicidad y no la exclusión o disminución de la culpabilidad. No sólo los poderes superiores sino también los inferiores inciden ya sobre el injusto del delito imprudente en la medida en que nos movamos en el plano de la cognoscibilidad del riesgo. Desde ya cuando se habla de capacidades inferiores entra a jugar lo que se conoce con el nombre de imprudencia por asunción.

La posición aquí defendida en cuanto a que la capacidad individual del sujeto incide fundamentalmente sobre la previsibilidad y la evitabilidad del resultado lesivo también ha sido esbozada de cierta forma por Bacigalupo. En tal sentido ha expresado que el error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor, observando el cuidado exigido, hubiera podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas, afirma que la determinación del cuidado exigido debe hacerse en función de la capacidad individual en las circunstancias concretas de la acción, pues el texto legal dice que a tales fines deberá atenderse a las circunstancias del hecho y las personales del autor. Es decir concebida la imprudencia como error resulta claro que los conocimientos y capacidades individuales del autor deben ya ser tenidos en cuenta en el tipo de injusto del delito culposo.

V. EL TIPO SUBJETIVO

Ahora sí, una vez que se dejó planteada la necesidad de que los conocimientos y capacidades individuales sean analizadas en la tipicidad como cuestión aparte de la capacidad de culpabilidad, analizaré ahora si existe o no tipo subjetivo en el delito imprudente. Tradicionalmente se le negó al tipo del delito imprudente la clásica división entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

La principal dificultad que la imprudencia opone a la postulada estructura final de la acción reside en que en ella la finalidad del obrar no abarca el resultado típicamente reflejado por la ley. Por ello, parte de la doctrina ha sostenido que la distinción entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo es superflua en el delito imprudente y que, en todo caso, de afirmarse un tipo subjetivo tiene necesariamente una significación dog-

mática diversa que la que tiene en el delito doloso desde que no puede existir coincidencia entre el saber y lo ocurrido.

Los esfuerzos de los finalistas se encaminaron a demostrar que también la acción imprudente constituía una acción finalmente dirigida aún cuando lo era a una meta distinta del resultado.

En defensa de aquélla fueron varios autores los que intentaron, de distintas formas, superar la crítica proponiendo diversas soluciones: Welzel, Niese, Zielinski, Kaufmann, Jakobs, Hirsch. A continuación desarrollaré el pensamiento de dos de los exponentes que más han desarrollado el elemento subjetivo del tipo imprudente.

1. *Karl Heinz Gössel*

El tipo subjetivo estaría dado por la evitabilidad individual de la lesión del bien jurídico protegido. La lesión del bien jurídico típica estaría compuesta por elementos objetivos (la infracción del cuidado, como evitabilidad objetiva, mediante la no aplicación de los medios necesarios para evitar la lesión) pero además resulta necesario considerar la evitabilidad individual. La lesión puede evitarse con la aplicación de determinados medios únicamente en el caso de que fuera reconocida o reconocible como tal y la posibilidad de evitarla.

Se le critica que confunde las funciones de injusto y culpabilidad. Crítica que responde sosteniendo que ya en los delitos dolosos la evitabilidad individual de una concreta lesión de un bien jurídico se atribuye al tipo subjetivo y es reconocida como elemento de la infracción de la norma y que, del mismo modo, en la imprudencia, la previsión individual del resultado integra en el tipo subjetivo como imprudencia consciente, y la previsibilidad individual como imprudencia inconsciente.

Se insiste con la crítica. No cabe hablar de tipo subjetivo en los delitos imprudentes, puesto que tan sólo en la imprudencia consciente se halla un nexo psicológico entre el sujeto y los elementos objetivos del tipo, el cual falta en cambio en la imprudencia inconsciente. En todo caso, ese nexo psicológico debería hallar asiento más bien en la culpabilidad, junto a los demás presupuestos fácticos del juicio de reproche.

Cerezo Mir discrepa con la idea gösseliana de que la previsibilidad subjetiva de la concurrencia del tipo objetivo represente la condición necesaria para la evitabilidad general de la lesión del bien jurídico. Igual-

mente la acción infringirá el cuidado objetivo, aunque el sujeto no hubiese podido prever la concurrencia de los elementos objetivos del tipo. Ocurre que Cerezo Mir identifica tipo objetivo y producción del resultado.

Considera Gössel que la norma se dirige en general a todos los sujetos de la comunidad jurídica y que por tanto el elemento objetivo de la evitabilidad constituido por la observancia del cuidado debido sólo puede determinarse según un criterio general, sin tener en cuenta las capacidades individuales, con lo cual parece aceptar el baremo objetivo del cuidado debido, afirmando no obstante, a continuación, que sin previsibilidad individual del resultado no hay evitabilidad, no hay tipo subjetivo imprudente y por lo tanto no hay tipicidad.

La confusión de Gössel surge de la misma fuente que su crítico Cerezo Mir, entender que el resultado lesivo coincide con el desvalor de resultado postulado por la doctrina final como meta de la acción final, cuando en el injusto imprudente lo único que en realidad se requiere es que el *sujeto conozca las circunstancias típicas riesgosas que comportan la desaprobación de tal actuar peligroso, sin necesidad de que prevea además el resultado lesivo*. La previsibilidad individual del resultado no constituye requisito sine qua non de la evitabilidad, ya que el sujeto puede motivarse a omitir la acción peligrosa prohibida con sólo conocer los factores de riesgo (tipo objetivo) que su actuar realizaría. No incumbe al sujeto, determinar el carácter más o menos peligroso de su actividad, a él le basta para cumplir el tipo con que éste conozca las circunstancias del riesgo, ya que la existencia de la norma no depende de que el sujeto compruebe en cada caso si su infracción va a acarear un perjuicio para el bien jurídico.

El concepto de tipo subjetivo del que se sirve Gössel, en cuanto no hace referencia a la finalidad de la acción sino que se reduce a limitar el ámbito de la tipicidad en función del poder del sujeto de prever la concurrencia del tipo objetivo (producción del resultado), no proporciona un modelo válido de tipo subjetivo. Su principal acierto reside en haber aludido a la necesidad de un tipo subjetivo en sentido estricto incluido en la estructura del delito imprudente, y entendido como representación por el autor de circunstancias objetivas.

2. *El concepto de tipo subjetivo propuesto por Eberhard Struensee*³⁸

Ha tratado de fundamentar un tipo subjetivo en la imprudencia, de acuerdo con la teoría de la acción final que sea análogo al tipo subjetivo de los delitos dolosos.

De esa forma concibe al tipo subjetivo del delito imprudente como el *conocimiento por parte del sujeto actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable*. Por ello, la finalidad jurídicamente desaprobada forma parte también del injusto del delito imprudente que muestra una estructura homogénea con el injusto doloso.

Frente a la posición de Niese,³⁹ Struensee considera que esa finalidad jurídica penalmente relevante también se da en el delito imprudente. Toma como punto de partida el desvalor-hecho del delito imprudente.

Struensee considera que si se quiere mantener la exigencia de un desvalor de acción unitariamente estructurado deberá prepararse otro hecho desvalorado con el que se relacione la finalidad de la acción descuidada. El resultado legalmente descrito se encuentra respecto a la fundamentación del injusto, a mayor distancia que en el delito doloso, puesto que entre él (resultado típico) y el disvalor de acción se encuentra el otro desvalor de hecho buscado. Este hecho buscado consiste en una determinada constelación de circunstancias objetivas que resultan negativamente valoradas porque el ordenamiento jurídico conecta a ellas la prognosis de una posible lesión del bien jurídico (causación del resultado típico) prohibiendo, por tanto, la producción final de tal constelación.

En la configuración de la imprudencia de Struensee el tipo subjetivo consiste en conocer las condiciones de las que deriva un riesgo no permitido, lo que equivale a una conciencia del riesgo mismo. Sin ánimo de criticar la posición del autor en análisis, que comparto, en cuanto a la terminología empleada me gusta más hablar de “conocimiento del riesgo”, en lugar de “conciencia del riesgo”.

³⁸ Struensee, Eberhard, *El tipo subjetivo del delito imprudente*, ADPCP, 1987, pp. 423 y ss.

³⁹ En la imprudencia el injusto del delito no reside en una finalidad jurídico-penalmente relevante en sí misma como en el dolo sino en la infracción del deber objetivo de cuidado.

En la concepción de Struensee, los casos de imprudencia inconsciente no reciben una explicación adecuada, pues, en principio, no siendo el sujeto conciente de las condiciones que conducirían al resultado lesivo, su conducta sería atípica por ausencia del tipo subjetivo.

Sentado ello Choclán Montalvo sostuvo que la imprudencia constituye un supuesto de *error de tipo evitable* y, desde este punto de vista, supone la ausencia de conocimiento de los elementos del tipo objetivo de la imprudencia. La cognoscibilidad del riesgo supone que una atención del sujeto a las circunstancias concomitantes, un examen cuidadoso de la situación o del contexto en que actúa, le hubieran llevado a conocer los factores del riesgo. O dicho de otro modo, si la imprudencia es error de tipo, la cognoscibilidad del peligro equivale a la vencibilidad del error. De esa forma siendo aplicables los criterios elaborados por la dogmática y la jurisprudencia para decidir acerca de la evitabilidad o no del error dicho juicio deberá efectuarse sobre la base de las circunstancias del hecho y personales del autor, extremo que vuelve a remitirnos en la consideración de las capacidades individuales del autor en la tipicidad. La invencibilidad del error determina la imposibilidad de realización típica imprudente

3. La crítica de Herzberg

Este autor ha sometido a crítica la posición sustentada por Struensee entendiendo que la construcción dogmática del tipo subjetivo ha de reservarse para el delito doloso. Reprocha Herzberg al criterio del error sobre el tipo que fundamentar en él la absolución resultaría insatisfactorio incluso para el propio inculpado, de quien se negaría la imprudencia por el simple hecho de que se equivocó, por no haber tenido suficiente conocimiento sobre el riesgo, en vez de asegurársele más bien que no lo pudo tener (error invencible), o que no tuvo por qué tenerlo, al no haber incumplido ninguna norma de cuidado (atipicidad por ausencia de tipo objetivo). La observancia del cuidado necesario no puede constituir nunca un desvalor de acción y si como consecuencia de un accionar de esas características se produce la lesión de un bien jurídico podrá existir una desgracia pero no un injusto.⁴⁰

⁴⁰ Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 33.

Este reproche de Herzberg no satisface desde que tal crítica también sería aplicable del delito doloso, donde, sin embargo, casi nadie discute la admisibilidad de tal solución. En el sistema de Herzberg dolo e imprudencia se distinguirían en el tipo objetivo, en el diverso grado de peligro que el sujeto está creando para el bien jurídico, objetivamente considerado, con independencia de cómo este haya valorado tal riesgo, bastando para la concurrencia de dolo con que se haya conocido un peligro configurado especialmente. Inconcientemente el propio Herzberg introduce un aspecto subjetivo al enunciar el elemento clave de la distinción, el cual, una vez despojado de consideraciones de pronóstico, alude, igualmente, al conocimiento del autor sobre el proceso causal puesto en marcha por él. En definitiva, la escala objetiva de grados de riesgo ideada por Herzberg, en realidad ha de transformarse en otra, estructurada en torno al distinto grado de conocimiento del sujeto sobre los factores de peligro típicos, el cual permitirá distinguir al dolo de la imprudencia, y en ésta señalar cuándo concurre un error sobre el tipo.

VI. CONCLUSIONES

- Superada la concepción del delito como mera causación naturalística del resultado, se considera que la norma entendida como norma de determinación, sólo puede ser vulnerada por la acción pues sólo las acciones humanas la materia de la prohibición.
- La norma así concebida no puede prohibir la mera causación sino sólo una determinada conducta contraria al cuidado debido.⁴¹
- No basta para afirmar la tipicidad del delito imprudente con la comprobación de un disvalor de resultado sino que resulta necesario comprobar un desvalor de acción que en el caso del delito culposos se manifiesta en la infracción del deber de cuidado exigible.⁴²
- En la determinación de esa infracción no pueden dejar de tenerse en cuenta las circunstancias personales e individuales.
- Tales datos individuales se analizarán en la tipicidad
- Debe distinguirse entre aptitudes y capacidades por un lado y conocimientos por el otro.

⁴¹ Roxin, Claus, *Derecho penal*, p. 997, marg. 4 [32].

⁴² Choclán Montalvo, J. Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 32.

- En el delito imprudente la finalidad del agente no abarca el resultado típicamente reflejado en la ley.
- En la tipicidad del delito imprudente distinguimos también tipo objetivo y tipo subjetivo.
- Tipo objetivo: conjunto de circunstancias [entre las que se incluyen las aptitudes y capacidades] cuya realización final resulta negativamente valorada, no tolerada y prohibida, porque el ordenamiento jurídico vincula a ellas una prognosis intolerablemente elevada de producción del resultado típico porque vincula a ellas un pronóstico de riesgo intolerablemente elevado.
- Tipo subjetivo: conocimiento y voluntad de realización de una parte típicamente relevante (conducir a excesiva velocidad, por ejemplo) de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico surge un peligro intolerable —se incluyen aquí los conocimientos especiales con el sentido explicado *ut supra*—.
- Tal estructura del delito imprudente parecería incompatible con la culpa inconsciente; cada vez me convence más la idea de que es ese el camino correcto. Ello no significa que casos en los que se haya obrado sin conocimiento y voluntad de las condiciones típicamente relevantes para la producción del resultado necesariamente deban ser impunes pero sí se le coloca un límite de punibilidad importante a los supuestos en los que esa ausencia de conocimiento escapa al derecho penal (responsabilidad objetiva) de aquellos casos en los que no obstante esa ignorancia constituyen, de alguna forma, casos de imprudencia penal. Para explicar estos supuestos me parece acertado, en gran parte, el criterio del error tratado por Struensee aunque el desarrollo del tema, por lo novedoso y complejo, debe ser materia de un próximo trabajo.