

PROBLEMÁTICA EN LA CONFIGURACION DEL TIPO PENAL CULPOSO

Denis Adán Aguilar Cabrera¹

Fecha de publicación: 01/11/2015

SUMARIO: **I.** INTRODUCCION. **II.** LA CULPABILIDAD DE LA ACCION. 2.1. De la capacidad de ser culpable (imputabilidad). 2.2. Imputabilidad. **III.** EL SUBSTRATO DE LA CULPABILIDAD: ¿REALIDAD O COMUNICACION SOBRE LA REALIDAD? **IV.** CULPABILIDAD, PREVENCION Y LAS VARIANTES MODERNAS DE LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN. **V.** LA ACTIO LIBERA IN CAUSA. **VI.** IMPUTACIÓN INDIVIDUAL, RESPONSABILIDAD, CULPABILIDAD. 6.1. El planeamiento de la cuestión. 6.2. La prevención de integración como fundamento de la imputación individual. 6.3. Responsabilidad y poder actuar de otro modo. **VII.** LA CULPABILIDAD EN EL SIGLO XXI. **VIII.** LA INFRACCION DEL DEBER EN LA CULPABILIDAD. 8.1. La infracción del deber de cuidado: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. A. La infracción de la norma de cuidado. B. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como elemento común del tipo objetivo del delito doloso y culposo. **IX.** CONCLUSIONES. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.

RESUMEN: El presente artículo aborda, sobre la discusión que existe en la configuración del tipo penal culposo donde la culpa se caracteriza por la cognoscibilidad del riesgo, ello implica, el desarrollo de algunos ítems que desarrolla el derecho penal

¹ Es Abogado por la Universidad San Pedro (Perú) estudios de Maestría en Derecho Penal y Ciencia Criminológica en USP, Procurador de la Municipalidad Distrital de Samanco, Socio Fundador en ACI – CONSULTORES, Consultor - Asesor en R & C Consultores, Ex Docente Investigador en Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, ex Docente de la USP. Autor del libro: Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo: Sobre la discusión en torno al Derecho penal del enemigo y Derecho penal funcional.

moderno, a efectos de determinar la imputación objetiva en los delitos culposos.

Palabras Clave: tipo penal, culpa, imputación.

ABSTRACT: This article discusses, on the argument that exists in the configuration of culpable offense where guilt is characterized by cognoscibilidad risk involved, the development of some items that develops modern criminal law, in order to determine Causation in intentional crimes.

Keywords: criminal, guilt, imputation.

I. INTRODUCCION

Cuando a finales del siglo XX, se efectuó un cuestionamiento respecto al estado de la teoría de la culpabilidad penal y como punto de partida es la teoría dominante desde hace unos treinta años, que según la postura de JESCHECK, el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, sin que ello impida la fundamentación de reproche de culpabilidad en la libertad de decisión del ser humano como persona individual. En este sentido, para tratar como libre al autor que mantiene intacta su capacidad de gobernarse basta con que otra persona situada en su lugar hubiera podido actuar de otro modo en las mismas circunstancias. El objeto del juicio de culpabilidad es el hecho considerado en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que en él se actualiza, y lo decisivo en este juicio es la culpabilidad por el hecho concreto, aunque también deba otorgarse relevancia a la culpabilidad por la conducción de la vida cuando se analiza, por ejemplo, la evitabilidad del error de prohibición.

La culpabilidad ya no se concibe en el sentido del concepto psicológico de culpabilidad, es decir, como relación subjetiva del autor con el resultado antijurídico, sino de acuerdo con el concepto normativo de culpabilidad, esto es, como reprochabilidad. Por este motivo, la denominada teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas entiende que el error sobre el tipo de permisión no debe afectar al dolo².

Por otra parte, la culpabilidad presupone la libertad de comportarse de otro modo, es evidente que esta libertad sólo se está fingiendo cuando se deduce que otras personas en el lugar del autor habrían podido actuar de forma distinta. Ni siquiera en el caso del error de prohibición puede la culpabilidad por el hecho de estar vinculada a la acción antijurídica deba ceder su lugar a la culpabilidad por la conducción de la vida, pues bien, en los momentos previos al hecho, el autor no se ha comportado antijurídicamente y, por tanto, tampoco ha actuado de un modo penalmente reprochable. Además, el concepto normativo de culpabilidad entendida

² SCHÜNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: Estado de la cuestión*. Trad. de David Felipi Sarorit y Ramón Ragués I Valles. En, Roxin, Claus, Jakobs, Günther, Schünemann Bernd, Frisch Wolfgang & Kohler Michael (Ed.). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid (España): Civitas, 2000, p. 209, pp. 91-128. Ob., p. 94.

como juicio de reprochabilidad sólo se refiere a la evitabilidad como tal y, por ello, no es compatible con la idea de que, retornando al concepto psicológico de culpabilidad, existe una *culpabilidad dolosa* específica distinta al injusto de acción del dolo.

El enriquecimiento teórico de la categoría de la culpabilidad desde una óptica preventiva (ROXIN), así como la reconducción de esta figura a la prevención general (JAKOBS) ha dado lugar a planteamientos muy novedosos, como los relativos a las causas de exclusión de la culpabilidad. Además, estas nuevas perspectivas se han traducido en resultados prácticos; por su parte, la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas lleva a una solución distinta en el supuesto del *intraneus* que, en los delitos especiales, actúa en error sobre el tipo permisivo inducido por un *extraneus* que conoce todas las circunstancias. Según esta teoría, y a diferencia de la teoría opuesta de los elementos negativos del tipo, en este supuesto sólo existe una inducción a un hecho antijurídico doloso³.

II. LA CULPABILIDAD DE LA ACCION

Para la punibilidad, si bien la antijuridicidad de la acción es necesaria, sin embargo no es suficiente, una acción antijurídica para ser punible, debe haberse producido también culpablemente. Por medio del juicio de valor según el cual una acción es *antijurídica*, se caracteriza, en efecto, solamente la fase externa (el comportamiento corporal) como contradictoria con el orden jurídico. Por el contrario, el juicio de que alguien ha actuado *culpablemente* expresa un juicio valorativo sobre la fase interna de la acción: en la subjetividad del autor no se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por esa deficiencia, le es *reprochable* su acción. Tal reproche no va implícito en el solo hecho de que el autor haya producido objetivamente algo ilícito, porque podría haberlo hecho exento de toda culpa. Lo que importa es el estado anímico del sujeto en el tiempo de la acción. Las bases del concepto de culpabilidad son los imperativos del orden jurídico, según los cuales las normas valorativas contenidas en éste deben ser conductoras para las resoluciones humanas. La culpabilidad jurídica es independiente de que la acción sea culpable o meritoria en sentido religioso o ético; y en particular

³ SCHÜNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: Estado de la cuestión*. Trad. de David Felipi Sarorit y Ramón Ragués I Valles. En, Roxin, Claus, Jakobs, Günther, Schünemann Bernd, Frisch Wolfgang & Kohler Michael (Ed.). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid (España): Civitas, 2000, p. 209, pp. 91-128. Ob., p. 96-97.

no es excluida por el hecho de que el actor se sienta, desde el punto de vista de la conciencia, obligado a realizar su acción⁴.

2.1. De la capacidad de ser culpable (imputabilidad)

Para reprochar a un hombre sus actos y, en consecuencia, castigarlo, es indispensable que aquellos sean la expresión de su propia personalidad, por la cual él responde, como dueño de su obrar; que su obrar sea la expresión de una espontaneidad existente en él (autodeterminación) Si un sujeto, en su obrar, se determina por su carácter y por motivos concurrentes, con necesidad tal, que la acción se produce por sí misma y de modo para él inevitable, no se comprende dónde podría insertarse reproche alguno contra él por causa de su obrar. Desde el punto de vista del Determinismo estricto (doctrina de la falta de libertad en la voluntad humana) es inconcebible un Derecho Penal que vincule la pena a la inculpación de un hombre.

Desde tal punto de vista existen sí hombres peligrosos y medidas preventivas contra ellos; pero no culpa ni retribución. Pero si prescindiendo el Determinismo de esa dificultad, considera posible, obstante, una responsabilidad penal por acciones determinadas, deberá contestar por qué el hacer no querido del hombre no se somete también a pena, y por qué se hacen diferencias entre los hombres acerca de la responsabilidad.

El Derecho Penal sólo puede construirse sobre la base del Autodeterminismo, ello es, la doctrina según la cual el hombre es libre en el sentido de que en él, el obrar no se explica plenamente por el carácter y los motivos, sino que, además, junto a éstos, interviene un tercer término consistente en el poder de resistencia existente en el hombre, que lo capacita para paralizar los motivos de impulsión con contramotivos, ello es, a elegir y decidirse. Ahora bien, si el poder de resistencia es precisamente el factor que condiciona en general el concepto de culpabilidad, es evidente que aquellos hombres que carecen de poder de resistencia, están exentos de culpa en su obrar, y no pueden ser castigados. La imputabilidad es la faz criminal de la libertad del querer: es aquella disposición espiritual en la cual está presente el poder de resistencia como poder de ser obediente al Derecho. Es la condición previa, siempre que una acción concreta sea examinada para establecer si ha sido cometida culpablemente. Las acciones de los inimputables escapan por adelantado a ese examen. La inimputabilidad no es lo mismo que la incapacidad de obrar; hay *acciones*

⁴ VON BELING, Ernst. *Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito – tipo*. Buenos Aires, (Argentina): El Foro. 2002. Ob., p. 61.

de inimputables. En el caso de incapacidad de obrar, falta la acción y, en consecuencia, no se presenta la cuestión de la inimputabilidad⁵.

2.2. Imputabilidad

La imputabilidad es el presupuesto necesario para que alguien pueda ser declarado penalmente responsable por un delito; quien no es capaz jurídicamente no puede ser culpable, por esa razón el derecho coloca en el primer plano de la imputación, la capacidad psíquica y biológica del agente, y por ello también la ley declara inimputables a aquellos que sufren alguna disfunción psíquica que los inhabiliten para comprender el alcance de sus acciones. A la idea del libre albedrío se ha opuesto, desde una óptica causal explicativa, el determinismo que pone de relieve que la conducta humana está limitada por la disposición y el medio circundante, lo cual implica que poco espacio queda para la libertad de actuación, es decir, no existe motivación autónoma en las acciones de los hombres, y tal cosa neutralizaría toda valoración ética de su conducta.

La construcción dogmática del delito, la imputabilidad es el requisito previo al examen de la culpabilidad lo cual implica que, antes de valorar la conducta del sujeto desde el punto de vista subjetivo, es ineludible preguntarse por su madurez o su salud mental; si no goza del necesario desarrollo intelectual o se trata de un enfermo mental, no puede imputársele el hecho a título de culpa. La voluntad culpable, y por lo tanto la responsabilidad, sólo puede establecerse si el individuo es capaz de valorar su propio acto según los cánones socio-culturales medios. No obstante, la inimputabilidad, existe cuando el autor del delito, en razón de determinadas causas biológicas, no puede comprender la criminalidad de su acto o dirigir sus acciones. Cabe señalar, que hay anormales capaces de cometer delitos feroces, manifestando, por eso mismo, caracteres de alta peligrosidad, y débiles mentales autores de hechos graves, no pudiendo decirse en ninguno de los dos casos que se trata de inimputables, son por el contrario, individuos con inclinaciones criminales comprobables a través de sus historias penales de indudable peligrosidad⁶.

⁵ VON BELING, Ernst. *Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito – tipo*. Buenos Aires, (Argentina): El Foro. 2002. Ob., p. 65.

⁶ Ibidem, VON BELING, Ernst. Ob., p. 71.

III. EL SUBSTRATO DE LA CULPABILIDAD: ¿REALIDAD O COMUNICACION SOBRE LA REALIDAD?

La cuestión filosófica básica sobre el substrato ontológico de la culpabilidad penal, es decir, sobre la base empírica del reproche penal, recibe por parte de JESCHECK la clásica respuesta de la libertad individual de actuar de otro modo y lo mismo sucede en el trabajo de Hans-Joachim HIRSCH. Esta base no parece abandonarse del todo con la reconducción de la culpabilidad a la prevención general llevada a cabo por JAKOBS. En efecto, si la prevención general se concibe como prevención general intimidatoria, entonces existen buenas razones para afirmar que la protección de bienes jurídicos perseguida con el Derecho penal sólo es eficaz a partir de la motivación del destinatario de la norma y, por tanto, fracasa cuando el destinatario no cuenta con la posibilidad de actuar de otra manera. Por ello, la prevención general presupone la culpabilidad y la sustitución de esta última por la prevención general es circular; sin embargo, con esta afirmación se malinterpreta del todo el objetivo de JAKOBS pues lo que interesa no es el individuo entendido como un sujeto aislado, sino la sociedad concebida como un sistema social *autopoietico* para el que los hombres sólo adquieren relevancia, en tanto, que *personas*, son portadores de roles⁷. Jakobs, refiere que la conducta debe estar orientarse al quebrantamiento de la norma o, por el contrario, como algo inocuo; en consecuencia, debe determinarse objetivamente, ello implica, garantizar la vigencia de la norma. Pues bien, el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia del individuo.

Esta sustitución de la *realidad* por la *comunicación sobre la realidad* como substrato ontológico del sistema jurídico-penal constituye también la idea central del intento de KINDHAUSER en definir la culpabilidad material como un déficit de lealtad comunicativa. Este autor concibe el Derecho como un producto de la autonomía comunicativa de los ciudadanos en una democracia y su infracción como la lesión de la autonomía de los restantes conciudadanos. De acuerdo con esta idea, el *reproche de culpabilidad material* se convierte para KINDHAUSER en *una reprobación de la falta de lealtad con la autonomía comunicativa de los interlocutores de la interacción*⁸.

⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal Funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid (España): Thomson Civitas. 2000. Ob., p. 35

⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: Estado de la cuestión*. Trad. de David Felipi Sarorit y Ramón Ragués I Valles. En, Roxin, Claus, Jakobs, Günther, Schünemann Bernd,

Con la crítica a la sustitución del suceso real como objeto del Derecho penal por la comunicación sobre aquél no quiero rechazar de plano la idea de que la sociedad se construye en buena medida sobre la comunicación, pues esta idea puede tener cierta utilidad en la clásica discusión sobre las estructuras ontológicas de la culpabilidad penal.

Sin embargo, lo que interesa al Derecho penal es la protección de estos bienes jurídicos y ésta se lleva a cabo, primero, con la norma prohibitiva y, después, con el castigo de una eventual lesión de un bien jurídico. Por este motivo, la utilización del Derecho penal depende en general de la capacidad del destinatario para cumplir la norma, lo que equivale a su capacidad de evitar la conducta lesiva para el bien jurídico⁹.

IV. CULPABILIDAD, PREVENCIÓN Y LAS VARIANTES MODERNAS DE LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN

Según JAKOBS, el concepto de delito ha de ser entendido como comunicación, es decir, como expresión de sentido del sujeto, en tanto que persona formalmente racional. Con ello, se retorna a la sustitución de la realidad por la comunicación acerca de la realidad. La postura de LESCH contra la incorporación a la responsabilidad penal de consideraciones teleológico-rationales propias de la teoría del fin de la pena, se ponen en evidencia de forma ejemplar las diferencias entre el funcionalismo de la escuela de JAKOBS y la vinculación, según ROXIN, entre política criminal y sistema penal: delito y pena son trasladados por JAKOBS y sus discípulos al nivel simbólico de la meta-comunicación y la imputación no se vincula a presupuestos empíricos, sino al concepto normativo de persona, por lo que estamos ante una nueva teoría absoluta de la pena en la que el antiguo concepto de retribución ha sido simplemente sustituido por el discurso de la reafirmación comunicativa de la norma.

V. LA ACTIO LIBERA IN CAUSA

La idea de culpabilidad es tomada absolutamente en serio cuando se parte de sus consecuencias prácticas. Prueba de ello es, el reciente debate sobre la elasticidad del principio de culpabilidad por el hecho en la figura

Frisch Wolfgang & Kohler Michael (Ed.). Sobre el estado de la teoría del delito. Madrid (España): Civitas, 2000, p. 209, pp. 91-128. Ob., p. 101.

⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: Estado de la cuestión*. Trad. de David Felipi Sarorit y Ramón Ragués I Valles. En, Roxin, Claus, Jakobs, Günther, Schünemann Bernd, Frisch Wolfgang & Kohler Michael (Ed.). Sobre el estado de la teoría del delito. Madrid (España): Civitas, 2000, p. 209, pp. 91-128. Ob., p. 113-114

de la *actio libera in causa*. La valoración de la *actio libera in causa* es verdaderamente la piedra de toque de la seriedad en la puesta en práctica de la idea de culpabilidad, como puede demostrarse con una comparación con el *common law* en el supuesto aplicativo más importante: la embriaguez. En el Derecho anglosajón, a grandes rasgos, la embriaguez ocasionada por el propio sujeto sólo se admite como causa de exclusión de la pena cuando, como consecuencia de la ebriedad, falta el dolo específico exigido por el tipo. De este modo, todo estado de embriaguez que eliminara la capacidad de comprensión y de inhibición excluiría la culpabilidad y, con ella, la punibilidad, aun cuando el sujeto hubiese bebido precisamente para cobrar valor con el objeto de vulnerar el bien jurídico y hubiese tenido, por tanto, la intención de lesionarlo¹⁰.

VI. IMPUTACIÓN INDIVIDUAL, RESPONSABILIDAD, CULPABILIDAD

Las discusiones más antiguas sobre el principio de culpabilidad, implica un cambio esencial en el planteamiento de la cuestión. Ciertamente, ya no se trata de derivar la doctrina de la culpabilidad de principios supremos o de estructuras lógico-objetivas, esto es, de hipótesis de carácter principalmente pre-jurídico o meta-jurídico. Se trata, más bien, del *concepto material de culpabilidad*, en el sentido de la búsqueda del principio teleológico fundamental que aglutina al conjunto de elemento que nuestro concreto Derecho positivo acoge en la posición sistemática de la *culpabilidad*. Si se intenta encuadrar este concepto en el esquema de ordenación que propuse en su día, en el que la *idea de culpabilidad*, entendida en sentido general y previo al Derecho positivo, se opone a los conceptos de aplicación del Derecho de la *culpabilidad como fundamento de la pena* y la *culpabilidad en la medición de la pena* se muestra que dicho concepto ocupa una posición de nivel medio. Esto es, por debajo de la idea de culpabilidad, en el ámbito de los conceptos de culpabilidad propios de la aplicación del Derecho, pero, en este marco, a su vez, por encima de los elementos que conforman el contenido de dichos conceptos¹¹.

Ello ha sido constatado hace poco por ROXIN con las palabras de que también en la culpabilidad como concepto de aplicación del Derecho se cuestiona en medida intensificada qué conforma la sustancia material de este concepto, qué se oculta tras la *reprochabilidad* y tras la *medida de la*

¹⁰ Ibidem, SCHÜNEMANN, Bernd. Ob., p. 121

¹¹ ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. En, SCHÜNEMANN, Bernd (Ed.). *El Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid, (España): Tecnos. 1991., pp. 134- 146. Ob., p.135.

culpabilidad; a lo que, se puede añadir con pesar que la distinción estructural entre la *culpabilidad* en el ámbito de la fundamentación de la pena y en el de la medición de la pena no siempre se reconoce en su significado fundamental.

Una segunda observación se refiere a la diferencia terminológica entre culpabilidad e imputación. Ya anteriormente se han pronunciado de modo enérgico contra la idoneidad del término *culpabilidad* para una aplicación conceptual-sistemática científicamente reflexionada. El hablar de culpabilidad, constituye la fuente fundamental de los cientos de malentendidos que lastran la discusión sobre este tema de modo tan persistente. Por ello, algunos no pueden estar de acuerdo con ROXIN cuando apunta que, precisamente si se quiere avanzar un paso en la comprensión de la materia, resulta útil para el conocimiento no abandonar sin necesidad una terminología con la que nos hallamos familiarizados. Precisamente si se desea alcanzar un progreso material en la comprensión de las relaciones a las que aquí se alude, se debe renunciar por completo al término impreciso y confuso de *culpabilidad*.

Naturalmente que, en un determinado modelo de razonamiento, cabe atribuirle al mismo un significado concreto y delimitado de modo preciso. Sin embargo, en todo caso no se conseguiría mover al lector o al oyente a abandonar su prejuicio, esto es, su comprensión pre-jurídica, e incluso pre-conceptual, de la *culpabilidad*. Esto lo muestra claramente la historia de la dogmática. Ciertamente, ROXIN pretende asignar a la culpabilidad tan sólo un lugar en el seno de la categoría sistemática de la *responsabilidad*, que introduce con fuerza y a la que concibe como la verdaderamente central en el sistema. Sobre ello conviene hacer inmediatamente algunas observaciones. Desde luego, esta propuesta, que se remonta al uso del lenguaje de VON LISZT y Hellmuth MAYER, constituye terminológicamente una importante ganancia en racionalidad. La *culpabilidad como fundamento de la pena* inferimos acerca de los elementos que nos autorizan a imputar un evento socialmente dañoso no sólo a una persona humana en general, sino a ese concreto autor, esto es, individual. Se trata, en fin, de la *imputación individual* y, con ello, de la *posibilidad de imputar individualmente* el hecho injusto. Este concepto es equívoco simplemente en la medida en que puede sugerir la errónea interpretación de que esta imputación individual debería asentarse sobre elementos individuales, esto es, de que se exige necesariamente una individualización de los elementos que fundamentan la imputación. Algo que constituiría un pleno desconocimiento de la función que le puede corresponder a la imputación de un hecho injusto al individuo en el proceso

de realización del Derecho, en las reales condiciones de la Administración de justicia por el Estado¹².

6.1. El planeamiento de la cuestión

En la concepción de ROXIN de la culpabilidad como fundamento de la pena, esto es, de la imputación individual. Se trata de la relación de *culpabilidad* y *responsabilidad* como categorías sistemáticas jurídico-penales. Como es sabido, desde *Política criminal y sistema del Derecho penal* ROXIN profesa que la categoría del delito tradicionalmente denominada *culpabilidad* se configura político-criminalmente a partir de la doctrina de los fines de la pena, sirviéndose del concepto de *responsabilidad* para expresar esta relación. Sin embargo, ello no ha podido ser entendido en el sentido de que la categoría de la responsabilidad, así concebida, sustituya al destronado concepto de culpabilidad. Por el contrario, e incluso de forma creciente con la evolución de este punto de vista, se mantiene la existencia, en el marco de la responsabilidad, de una *culpabilidad* entendida en términos tradicionales que significa que *el autor ha actuado de modo contrario a Derecho, a pesar de que habría podido comportarse de modo conforme al mismo*. En este sentido, se señala últimamente de modo conceptual que *la culpabilidad ni se toca ni se define de otro modo, sino que se mantiene en toda su dimensión como presupuesto de la punibilidad*. Ambos aspectos, la orientación a los fines de la pena y el poder actuar de otro modo, se hallan, pues, recíprocamente limitados en el sentido de que la *culpabilidad*, si bien es condición necesaria de la punibilidad, no es suficiente, fundamentándose aquélla sólo en virtud de la concurrencia complementaria de la *responsabilidad*.

En efecto, la complicación de una concepción que quizá haya de defenderse de este modo contra las críticas provenientes del campo de los partidarios de las fórmulas tradicionales sobre la culpabilidad en Derecho penal, pero que en realidad está lo suficientemente asentada como para que tales críticas no le afecten en medida alguna. Sin embargo, la imputación individual de un comportamiento como presupuesto de la imposición de una pena a ese concreto autor únicamente se puede derivar y delimitar a partir de una interpretación preventiva de los elementos que fundamentan la imputación; la cuestión de si el autor habría podido actuar de otro modo,

¹² Ibidem, ACHENBACH, Hans. Ob., p. 137.

inaccesible a una determinación empírica, no desempeña aquí papel alguno¹³.

6.2. La prevención de integración como fundamento de la imputación individual

La pena, como aplicación agravada del poder del Estado, en las condiciones reales de conocimiento y eficacia de la Administración de justicia penal, no puede hallar su legitimación en un sentido ideal, sea éste el restablecimiento de la justicia vulnerada, o la reconciliación del autor consigo mismo o con la sociedad, sino únicamente en su necesidad *preventiva*, esto es, en su función social. El que se crea obligado a rechazar esto por estimarlo manifestación de un execrable *utilitarismo* desconoce que una institución estatal como la de la Administración de justicia penal, tan costosa y cara y que, a la vez, incide de forma tan profunda en la vida social, precisa necesariamente de una legitimación por su necesidad y utilidad social.

Conforme a esto, ROXIN pretende analizar en el ámbito de la responsabilidad únicamente *si una sanción es obligada por razones político-criminales* (esto es, preventivo-generales o preventivo-especiales). A este respecto, parece posible en la actualidad alcanzar un consenso acerca de que la prevención general negativa en el sentido de mera intimidación de terceros mediante el ejemplo establecido sobre el autor, constituye un fin de la pena absolutamente ilegítimo. Por tanto, si se aludiera únicamente a ésta, se instauraría ciertamente una profunda contraposición entre culpabilidad y prevención. Se necesitaría no sólo el principio de la culpabilidad como medida (pena según la medida de la culpabilidad) para limitar el máximo de la pena, sino asimismo el principio de la culpabilidad como fundamento (no hay pena sin culpabilidad), a modo de escudo protector frente al ejercicio desproporcionado del poder del Estado con ocasión de una infracción del Derecho. Este extremo lo ponen de manifiesto con la requerida claridad las referencias que en los últimos tiempos se hacen de modo reiterado a los intentos de eludir dificultades de prueba inherentes al supuesto de hecho mediante una sanción independiente de la culpabilidad, esto es, que tendría lugar aun en caso de falta de evitabilidad o previsibilidad. Sin embargo, me parece que esta objeción, por mucho que se revista de un carácter teórico-didáctico,

¹³ ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. En, SCHÜNEMANN, Bernd (Ed.). *El Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid, (España): Tecnos. 1991., pp. 134- 146. Ob., p. 138.

tiene significado únicamente para la prevención general intimidatoria, cuya naturaleza ilegítima se confirma precisamente así.

En esta medida es seguramente correcto hablar de una *tendencia al terror estatal* inherente a la prevención general. Con todo, la más reciente discusión ha mostrado que una concepción de la prevención general como mera intimidación no agota el contenido particular y necesario de esta figura conceptual, sino que aquí impera, más bien, la confusión de dos principios conceptuales sumamente heterogéneos, lo que constituye un impedimento para una aprehensión diferenciada de los fenómenos. Por ello, si hoy cabe constatar un renacimiento de la prevención general, por lo común se trata de la prevención general positiva, en el sentido de confirmación del Derecho mediante la sanción pública de la infracción de las normas elementales de conducta. ROXIN ha propuesto expresar esta contraposición, distinguiendo entre la *prevención intimidatoria* y la *prevención de integración*.

La función primaria de la conminación penal, así como de la persecución e imposición de la pena. Integra la necesidad individual o colectiva de retribución y venganza en un procedimiento regulado jurídicamente y hace patente la vigencia de la norma de conducta infringida mediante una sanción visible, con el fin de garantizar así la orientación normativa de los ciudadanos a estas reglas elementales y por encima de las mismas. Se trata, por tanto, de *ejercitar en la fidelidad al Derecho*, es decir, de una relación entre infracción de la norma y sanción entendida en términos de psicología social.

La prevención especial o individual, en el sentido de corrección del autor o de aseguramiento de la colectividad frente a él, no constituye una función primaria de la pena en el Derecho penal de adultos. En efecto, si castigáramos realmente por motivo de la (re)socialización, pronto deberíamos abandonar tal empresa debido a la manifiesta falta de idoneidad de los instrumentos. Por otro lado, no requiere mayores pruebas la afirmación de que las regulaciones legales concretas sobre imputación individual, no pueden ser explicadas con la idea del aseguramiento e incluso resultan a menudo contrarias a la misma. Con todo, ruego que no se me malinterprete en este punto: nada más lejos de mi intención que abogar por una teoría de la pena orientada al pasado, que tienda a la retribución y a la intimidación como únicos fines de la pena. No soy en absoluto de la opinión de que la prevención individual no pueda constituir una función legítima de la pena. Por el contrario, la corrección del autor, en el sentido de ayuda (prestada por una sociedad consciente de su corresponsabilidad por los factores criminógenos) a llevar a cabo una vida de orientación social, constituye una función esencial, que permite que el Estado social

pueda asumir un fenómeno que, como el punitivo, tiene bases atávicas. Sin embargo, en lo que hace a la fundamentación de la pena, ello no es más que una función secundaria. En efecto, sólo en el marco de la pena necesaria por otras razones, concretamente por razón de la confirmación del Derecho, tiene un lugar fijo, aunque de segundo orden, la prevención individual¹⁴.

6.3. Responsabilidad y poder actuar de otro modo

Queda abierta la cuestión de qué significado puede tener junto a ella una *culpabilidad* entendida en el sentido del poder actuar de otro modo y del poder evitar. Como ya se ha expuesto, ROXIN ha subrayado últimamente de modo muy expresivo esta coexistencia de *responsabilidad* y *culpabilidad*. Sin embargo, el análisis detallado muestra enseguida que aquí no se trata de una circunstancia susceptible de ser determinada por vía forense, sino de la culpabilidad en el sentido de un poder actuar de otro modo teórico, que debe afirmarse con los más estrictos requisitos, no obtenido empíricamente, sino establecido normativamente; en suma, de un *poder actuar de otro modo en el sentido de las expectativas normativas que cabe dirigir a un hombre sano*.

Al respecto, debe ponerse de relieve, en primer lugar, que la perseverancia de ROXIN en la categoría de la culpabilidad como presupuesto necesario de la pena, no implica una adhesión a la hipótesis de la existencia fundamental del libre albedrío humano. Existe acuerdo en que la imputación de un hecho antisocial y constitutivo de un tipo de delito en el marco del proceso penal del Estado no puede hacerse depender de una hipótesis indemostrable tanto en general como en el caso concreto. Sin embargo, me parece todavía más importante la afirmación de que la *culpabilidad*, en el sentido de *poder actuar de otro modo*, tampoco es otra cosa que una fijación normativa. Aquí se encuentra ROXIN cerca del concepto *pragmático* de culpabilidad de SCHREIBER, el cual ha definido la culpabilidad como uso defectuoso de un poder que en la práctica nos atribuimos unos a otros recíprocamente. Se hable aquí de un concepto general o social de culpabilidad, o no, en todo caso parece inevitable reconocer que, en la imputación individual a efectos de imposición de una pena, no es que se determine individualmente un poder (actuar de otro modo o evitar), sino que éste se imputa a partir de expectativas de comportamiento que la sociedad estima legítimas.

¹⁴ ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. En, SCHÜNEMANN, Bernd (Ed.). *El Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid, (España): Tecnos. 1991., pp. 134- 146. Ob., p. 143-144.

Desde luego, es posible que la categoría de la *responsabilidad*, interpretada en términos preventivos, pueda resultar aceptable en idéntica medida para deterministas e indeterministas, agnósticos y creyentes. Con todo, en la medida en que la *culpabilidad* se llena de contenidos permanentemente cambiantes y en conclusión acaba siendo declarada irrelevante, en la práctica puede decirse que ha sido abandonada¹⁵.

VII. LA CULPABILIDAD EN EL SIGLO XXI

A lo largo de todo el siglo XX se continúa observando esta lucha entre el derecho penal liberal y el derecho penal autoritario. Se reprodujeron, tales como *reincidentes, habituales enemigos del pueblo, enemigos de la nación, parásitos, enemigos del proletariado, subversivos, drogadictos, etc.*

Muchos son los autores que defienden el concepto de culpabilidad más próximo al tradicional, fundado en la idea de hombre libre y responsable, como un dato de realidad proveniente de los planos ético y moral'. Dentro de esta corriente pueden distinguirse varias versiones, pues en tanto que algunos se inclinan por una apertura hacia la culpabilidad de autor limitada, otros construyen la culpabilidad en forma tradicional o de acto, algunos la fundamentan en una omisión del control de impulsos primarios y otros se mantienen en los cánones clásicos de la elección libre. En tanto, que algunos piensan en la libertad de elección como un sentimiento subjetivo de libertad, otros creen que esta libertad es un hecho, aunque se insiste en que para el derecho penal se trata de una *libertad relativa*, afirmación que viene de antiguo y que se sigue repitiendo. La cuestión de la libertad *relativa* es la que ahora algunos vinculan con la tesis de la falta de respuestas o de control de los estímulos instintivos en el delincuente, que de este modo gozaría de una libertad *relativa* mayor que la del ciudadano *común*¹⁶. La práctica punitiva no puede apelar a la culpabilidad de acto del derecho penal liberal, porque las consecuencias de la punición conforme a ella son diametralmente opuestas a las de la peligrosidad y la culpabilidad de autor, que son las que explicaban su proceder; sigue procediendo de la misma manera, pero no encuentra el discurso que reemplace a los desprestigiados por su excesiva sinceridad¹⁷.

La culpabilidad en el siglo XXI es un interrogante que, desde esta etapa, sólo podemos ver como una alternativa unida al destino del poder y de la sociedad. Si la sociedad del siglo XXI consigue consolidar vínculos

¹⁵ Ibidem, ACHENBACH, Hans. Ob., 146.

¹⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas, (Venezuela): Monte de Avila. 1993. Ob., 96.

¹⁷ Ibidem, ZAFFARONI, Raúl Eugenio. 108.

de co-existencia en base a procedimientos racionales y efectivos de solución de conflictos, reducirá su necesidad de ocultar su incapacidad resolutoria mediante la *penalización* que implica la confiscación de los conflictos y manipulará menos a su población mediante la fabricación de una *guerra* en que los únicos enemigos son los que previamente fabrica mediante la misma prisonización. A la construcción de esta sociedad brindaría un aporte fundamental un discurso jurídico-penal reductor del poder penal, orientado hacia la utopía abolicionista. En el marco de este discurso, una culpabilidad de autor complementada en la forma de culpabilidad por la vulnerabilidad ejercería un papel reductor muy importante.

VIII. LA INFRACCION DEL DEBER EN LA CULPABILIDAD

Tradicionalmente el dolo y la culpa fueron concebidos como formas de culpabilidad (teoría psicológica de la culpabilidad) y carecían de mayor incidencia en el plano de la tipicidad debido a que la culpabilidad era entendida como mera conexión psicológica del hecho objetivo con la cabeza del autor. Esta concepción no podía explicar la culpa inconsciente, pues ésta supone la ausencia de toda vinculación psicológica con el resultado producido y, por otra parte, no lograba explicar satisfactoriamente la culpa consciente, en cuanto ésta no radica en la previsión del peligro, sino en el actuar contra la norma de cuidado. Una mejor cabida en el nivel de la culpabilidad tuvo la imprudencia con la teoría normativa de la culpabilidad, que concebía a ésta como juicio de reproche por la infracción de una norma, a partir de ahí la culpabilidad podía brindar un espacio adecuado a un elemento eminentemente normativo como la imprudencia. La doctrina se orientó hacia la subjetivización o individualización del deber de cuidado y de su presupuesto, la previsibilidad, configurando así una previsibilidad subjetiva al alcance del concreto individuo y la idea de infracción del deber subjetivo de cuidado, esto es, del deber que el sujeto concreto es capaz de comprender y cumplir. Sin embargo, quedaba aún pendiente de resolver el por qué la imprudencia debía incluirse en la culpabilidad y no en el injusto, que también era comprendido como contrariedad a la norma¹⁸.

La doctrina es unánime en reconocer que fue ENGISCH A partir de su escrito de habilitación *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* de 1930 (Investigaciones sobre el dolo y la imprudencia en el

¹⁸ MAZUELOS COELLO, Julio F. *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual* [en línea]. En, Portal Anuario de Derecho Penal. 2003. Passin.

Derecho Penal), quien propuso por primera vez la necesidad de ubicar la imprudencia en el injusto y, más allá de la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado, exigió la presencia del deber objetivo de cuidado en el injusto del delito imprudente; posteriormente ha sido Welzel quien desarrolló tal concepción en su sistema finalista del delito. Se concibe como principal función del Derecho penal la prohibición de comportamientos orientados a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, esto es, la evitación de la realización de conductas dirigidas (finalmente) hacia la producción de un resultado no deseado por el ordenamiento jurídico ni la sociedad. Sin embargo, se evidencia la concurrencia de comportamientos que si bien no se orientan a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sí representan un alto riesgo para los mismos; luego, junto a la actuación orientada por el sujeto a la afectación del bien jurídico concebida como delito doloso, la actuación no dirigida a su lesión es comprendida dentro de los alcances del delito culposo; por ello la incriminación culposa aparece como una extensión de la forma básica (dolosa) de protección de los bienes jurídicos y muestra un carácter excepcional. Está marcada subjetivización del delito imprudente ha tenido incidencia en la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente, sobre ello volveremos más adelante, aquí queremos resaltar su acento en la construcción de la estructura típica del delito imprudente a partir de las bases sentadas por el finalismo.

En su desarrollo más avanzado, la teoría final de la acción concibió la distinción sistemática entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a partir de la idea de que la base del injusto doloso y culposo era la acción final, por lo que en el delito culposo se puso el acento en la acción final que el sujeto quería realizar y en la falta del cuidado exigido para lograr dicho fin que no es ilícito en sí mismo, sino en cuanto a una defectuosa realización de la conducta para alcanzarlo. Entonces, el desvalor de acción en el delito culposo radicaba en la falta de la dirección final exigida por el Derecho. Se parte de la idea de que el Derecho impone al ciudadano, en toda participación en la vida social, un deber objetivo en orden a una determinada prestación finalista. De modo que para el delito imprudente se recurre a criterios valorativos y en poca medida a la teoría final de la acción en sí. Con todo ello, el juicio acerca de la realización de una conducta imprudente era concebido en el ámbito de la tipicidad y ya no en la culpabilidad. Sin embargo, continuaron las observaciones críticas de la doctrina sobre la pretendida acción final en el delito imprudente que resultaba penalmente irrelevante, ya que la finalidad se dirige a un fin que no es el resultado típico. Este anclaje teórico de la doctrina final de la acción se mantuvo durante toda la obra de WELZEL debido a su fijación

en los conceptos ontológicos y pre-normativos. Posteriormente la doctrina puso en el delito culposo un mayor acento en los criterios valorativos y dejó de lado la teoría de la acción final, las ponderaciones normativas y sociales superaron al final a los principios ontológicos¹⁹.

La doctrina mayoritaria abandona la teoría final de la acción como teoría de la acción, pero conserva una de sus principales consecuencias sistemáticas: la ubicación del dolo y la culpa en el tipo subjetivo. A lo largo de la evolución de la dogmática del delito imprudente, se ha evidenciado su progresiva normativización, alcanzando hoy en día su máxima expresión en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva en la que muchos aspectos de la estructura del delito imprudente han servido de base para el desarrollo de sus postulados. Así, se ha llegado a la equiparación o sustitución, en algunos casos, de la norma de cuidado por la idea de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no permitido, típicamente relevante o socialmente inadecuado. En efecto, actualmente se sostiene que tanto para el delito doloso como para el culposo se requiere de una acción que realice un peligro jurídicamente desaprobado para la imputación objetiva del resultado lesivo. El presente trabajo se desarrolla a partir de una revisión del tratamiento del delito imprudente en nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia. Se toma como punto de partida el proceso creciente de normativización de la tipicidad, el mismo que obedece a la extendida aceptación de la teoría de la imputación objetiva, a la importancia que en los tipos doloso e imprudente han cobrado una serie de criterios objetivos y a los aportes de la concepción sentada por Jakobs sobre la distinción entre imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado.

A partir de una visión funcional o teleológico valorativa de la teoría del delito. Uno de los principales temas que surge a manera de introducción a la problemática del delito imprudente es la adopción de la incriminación cerrada de la imprudencia (criminal culposa) arraigada en nuestro Derecho penal y constituye uno de los principales logros alcanzados por el legislador, eliminándose la posibilidad de una aplicación extensiva de los tipos dolosos. El sistema de incriminación cerrada o específica de la imprudencia es de larga data en la legislación penal peruana, así el Código penal de 1924 en su art. 82, primer párrafo, preveía dicho modelo

¹⁹ MAZUELOS COELLO, Julio F. *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual* [en línea]. En, Portal Anuario de Derecho Penal. 2003. Passin.

denominado también sistema de *numerus clausus* de los delitos imprudentes²⁰.

Actualmente el Código penal, refiere que el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la Ley. El sistema de *numerus clausus* es preferible al sistema *numerus apertus*, en cuanto observa, de una parte, con mayor precisión el principio de taxatividad al extender el mandato de determinación al tipo subjetivo y no sólo a la realización objetiva, y, de otra, recoge expresamente el carácter excepcional de la incriminación culposa, vinculado al menor desvalor de los hechos imprudentes.

En definitiva, es el legislador quien determina qué tipos específicamente son susceptibles de realización culposa. No obstante, lo que ha de entenderse por actuar culposo no lo define la ley, al respecto la doctrina ha considerado reiteradamente que el tipo imprudente constituye un tipo abierto que requiere de la consecuente concreción por parte del juez a partir de la adopción del criterio general del deber de cuidado en el caso concreto, ya que los deberes de cuidado no serán los mismos según las profesiones, actividades sociales y situaciones concretas.

La consideración del delito imprudente como tipo abierto ha de ser matizada, ya que tanto en el delito doloso como en el culposo el autor debe de deducir la prohibición del comportamiento causante en concreto a partir de la prohibición de causar. Hay pues tantas modalidades de actuar imprudente como de actuar doloso, por lo que la referencia en el delito imprudente a la contrariedad al cuidado no aporta nada a la precisión de lo prohibido más allá de la cognoscibilidad de un riesgo ya no permitido.

Algunos de los problemas de los delitos imprudentes tienen que ver, precisamente, con su tipificación expresa. El Código penal no ha mantenido coherentemente la adopción del sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia, toda vez que diversos preceptos de la parte especial contienen una cláusula general de tipificación imprudente de los delitos dolosos recogidos en preceptos anteriores, por lo que se hace imprescindible la interpretación de los correspondientes tipos penales a efectos de determinar la posibilidad de su comisión culposa; así son los casos de los artículos 278, 282 y 295 CP.

En efecto, en los arts. 273, 278 y 282 CP, por ejemplo, se hace alusión a delitos de peligro común, lo cual presenta ciertos reparos en la medida en que tendría que verificarse un doble peligro, por una parte la infracción del deber de cuidado requiere que la acción haya supuesto un peligro para el

²⁰ MAZUELOS COELLO, Julio F. *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual* [en línea]. En, Portal Anuario de Derecho Penal. 2003. Passin.

bien jurídico y, de otra parte, el resultado consiste precisamente en que un determinado objeto de la acción fue puesto en peligro por la inobservancia del cuidado; luego, no es posible diferenciar cuándo se trata de una puesta en peligro concreto y cuándo de un peligro abstracto, ya que sería suficiente la sola peligrosidad de la acción, ello sucede, por ejemplo, en el caso de la creación de un peligro para las personas o bienes mediante incendio o explosión (art. 273 en relación con el art. 278). En estos casos, es evidente que la realización típica imprudente sólo será posible en aquellos supuestos en que el tipo no presuponga el conocimiento actual del tipo objetivo.

Relacionado con esto último, se advierte que, en algunos casos, el Código Penal vincula, a través de una cláusula general, la tipificación imprudente a un tipo penal doloso que contiene elementos subjetivos del injusto, como es el caso del art. 295 con relación al art. 289 y del art. 282 respecto del art. 280, en los que se emplea el término *a sabiendas*. Sin embargo, ello no debe conducir a la exclusión de la modalidad culposa en estos casos, ya que la expresión *a sabiendas* reafirma el aspecto cognoscitivo del dolo pero no condiciona la posibilidad de la realización culposa, pues desde una distinción tradicional entre dolo y culpa, se trataría de supuestos de culpa consciente²¹.

8.1. La infracción del deber de cuidado: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

A. La infracción de la norma de cuidado

Acreditada la insuficiencia de la causalidad y la sola previsibilidad para la configuración del tipo culposo, fue necesaria la introducción de criterios valorativos normativos que restrinjan la responsabilidad penal. Se tomó como baremo la idea del cuidado exigido en el tráfico, de tal forma que la adecuación de la acción al tipo objetivo imprudente quedaba afirmada con la comprobación del incumplimiento con la medida objetiva de cuidado exigido. Así, Welzel, caracterizó el hecho imprudente negativamente como la no coincidencia de la acción punible con la conducta que hubiera llevado a cabo una persona prudente y cuidadosa en la posición del autor; de tal forma que en los casos en que el sujeto hubiera observado el cuidado necesario en el tráfico, no concurrirá el desvalor de acción. Actualmente, la doctrina mayoritaria afirma que la imprudencia

²¹ MAZUELOS COELLO, Julio F. *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual* [en línea]. En, Portal Anuario de Derecho Penal. 2003. Passin.

consiste en la infracción de un deber objetivo – general de cuidado, se trata de un deber dirigido a todos los ciudadanos en la situación concreta y que sea posible de llevar a cabo con relación al baremo del hombre medio cuidadoso, en el caso de una actuación profesional el baremo será el cuidado que debe imprimir a sus actos el buen profesional, cuyo presupuesto es la previsibilidad objetiva: dicho sujeto ideal ha de ser colocado en la situación del autor real añadiéndosele los conocimientos de ese autor concreto.

El deber de cuidado exigido en el tráfico alcanza su desarrollo doctrinal con las aportaciones de JESCHECK a la distinción entre un deber de cuidado interno y un deber de cuidado externo inicialmente elaborada por ENGISCH. El deber de cuidado interno se configura a partir del mandato general de cuidado de advertir el peligro, toda persona ha de advertir el peligro para el bien jurídico que encierra la ejecución de su conducta y valorarlo correctamente, esto es, el deber de conocer el peligro y sus efectos en el marco de la esfera del tráfico a que la persona pertenece, debiendo tomarse en cuenta el especial conocimiento causal del autor. En otras palabras, este elemento del deber de cuidado hace alusión a la previsibilidad individual del riesgo, se le reprocha al sujeto no haberse percatado del riesgo, pudiendo haberlo hecho, y no haber adecuado su conducta a dicho peligro para la evitación del resultado²².

El deber de cuidado externo consiste en actuar de acuerdo al peligro conocido, esto es, adecuar la conducta a la situación peligrosa advertida con el fin de evitar la producción del resultado típico. Ello significa la abstención de la realización de la acción peligrosa en los casos en que no está permitido la creación de un riesgo o, en todo caso, la sujeción de la conducta dentro de los alcances permitidos. Esta concepción mayoritaria en la doctrina viene siendo revisada desde la moderna teoría de la imputación objetiva, en el sentido que no expresa nada diferente al hecho de que la acción no debe superar el riesgo permitido y que el riesgo debe ser cognoscible por el autor para podersele imputar el resultado²³. En otras palabras, toda la problemática de la distinción del deber de cuidado entre un aspecto interno y un aspecto externo pierde relevancia a partir de la teoría de la imputación objetiva, ya que el primer elemento para la imputación objetiva de un resultado es la constatación de si la acción ha creado o aumentado un riesgo jurídicamente desaprobado (deber de cuidado externo) Y a partir de la configuración del aspecto subjetivo de la

²² JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal Funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid (España): Thomson Civitas. 2000. 87 p. Ob., 64

²³ JAKOBS, Günther. Ob., p. 66.

tipicidad sobre la base de la cognoscibilidad, la obligación de advertir el peligro (deber de cuidado interno) es inherente a la culpa, identificada como cognoscibilidad del riesgo. Lo que identifica a la culpa de acuerdo a la moderna teoría, es que el sujeto no advierte la presencia del peligro pudiendo hacerlo.

B. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como elemento común del tipo objetivo del delito doloso y culposo

De acuerdo a la extensión evidenciada actualmente de la teoría de la imputación objetiva, en la estructura del delito imprudente se ha de verificar que el comportamiento imprudente constituya un peligro jurídicamente desaprobado y que el resultado sea la realización de dicho peligro, pues sólo así podrá afirmarse la imputación objetiva del resultado. Como se verá, la difusión doctrinal de la moderna teoría de la imputación objetiva ha calado considerablemente sobre la teoría finalista de la acción y su concepción del delito imprudente, a tal punto que se sostiene que debajo de la idea de infracción del deber de cuidado se hayan diversos elementos de la imputación que caracterizan con mayor precisión la imprudencia que dicha cláusula general. Desde esta perspectiva, afirma Jakobs que el deber de cuidado es aquel emergente de la norma que prohíbe la conducta y que no toda previsibilidad del resultado tiene relevancia jurídico penal a título de imprudencia, por lo que *sólo es relevante la previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable*²⁴.

Como hemos sostenido anteriormente, la moderna teoría penal no concibe el elemento objetivo del delito doloso de manera diferente al delito culposo, se exige en ambos que el sujeto lleve a cabo una acción que realice un riesgo jurídicamente desaprobado. Luego, la idea de la infracción de un deber de cuidado no es exclusiva del delito culposo; en el delito doloso también cabe apreciar la infracción de un deber de cuidado si este es entendido como creación de un riesgo ya no permitido. Esto es, en el sentido de que toda persona por el hecho de vivir en sociedad ha de obrar conforme al cuidado exigido en cada caso en concreto de acuerdo a la actividad que desarrolle. Sin perjuicio de ello, se ha tener en cuenta que los conceptos de riesgo permitido y deber de cuidado responden a dos criterios diferentes de comprender el fenómeno. Como acertadamente sostiene Choclán, el riesgo permitido, desde la óptica de la imputación objetiva,

²⁴ MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio. *Persona versus individuo. Sobre la función del Derecho penal del enemigo*. En, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 7. Lima (Perú): Grijley. Instituto Peruano de Ciencias Penales. 2006. pp. 661 - 664. Ob., p. 663.

dice relación con lo efectivamente realizado por el sujeto en cuanto constituye la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, mientras que el deber de cuidado se refiere a la acción esperada, a aquellos cuidados que el sujeto debió emplear en la realización de la conducta; en el primer caso lo que interesa es lo que se hace, en el segundo lo que se dejó de hacer.

Ahora bien, en una acción mantenida dentro del riesgo permitido queda excluida la imputación objetiva del resultado y, consecuentemente, tampoco se puede hablar de que haya habido una infracción de deber de cuidado. Es decir, los deberes de cuidado han de estar armonizados con los riesgos permitidos, sobre la base del riesgo permitido es que se construyen los deberes de cuidado para cada situación concreta, no puede existir una disparidad entre ambos, por lo que difícilmente podrá establecerse una diferenciación. Desde este orden de ideas cabe uniformizar el tipo objetivo de los delitos dolosos y los delitos culposos a partir de la teoría de la imputación objetiva en cuanto que en ambos se requiere la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Por otra parte, en la determinación de la creación de un riesgo jurídicamente no permitido se ha de tomar en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina han ido valorando para la verificación de la infracción del deber de cuidado. Así, por ejemplo, se ha de tomar en cuenta las reglas de cuidado establecidas en regulaciones primarias penales y extrapenales que implican una prevaloración de las condiciones óptimas de la conducta para la evitación del resultado lesivo. Es el caso del tráfico vehicular, en el que los riesgos están regulados jurídicamente (condiciones ideales concebidas de modo general), luego su contravención indicará la creación del riesgo que se quiere evitar; sin embargo, estas reglas concebidas para situaciones de normalidad pueden ceder ante la regla más general que obliga a adaptar el cuidado a las circunstancias especiales concomitantes en cada caso, así, por ejemplo, los límites generales de velocidad se ven derogados en la práctica en casos en que por lluvia o nieve la vía se torna deslizante, el conductor está sujeto a otra norma que le obliga a disminuir la velocidad. Distinto es el caso de las reglas del arte o reglas técnicas, normas no jurídicas, que sólo ejercen una función indiciaria debido a que son productos de una previsión de posibles peligros apoyada en la experiencia y en el razonamiento; se trata de un sistema de regulación no formal y por ello no vinculante que representa un indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo.

Por último, se ha de advertir que la imprudencia no dice relación con la voluntad individual de la persona, sino que debido a que se trata de una valoración objetiva normativa, se trata de la voluntad general plasmada en normas, se ha de advertir que el dolo y la culpa no son conceptos

ontológicos o psicológicos, sino conceptos normativos que están determinados por las normas penales. Por lo que la norma de cuidado que contiene el correspondiente tipo penal no está configurada a partir de lo que el sujeto aisladamente pueda pensar o concebir sobre una situación concreta, sino sobre lo que la sociedad en su conjunto entiende que es la pauta de orientación del comportamiento en dicha situación. Así, la idea del riesgo permitido al ser un concepto social amplio comprende con mayor precisión los ámbitos de actuación de los sujetos en cuanto la creación o aumento de un riesgo permitido ha de contar con la valoración social correspondiente. Una conducta adecuada al riesgo permitido no puede ser considerada una conducta descuidada, ya que el riesgo permitido excluye la tipicidad de la conducta al eliminar el desvalor de acción²⁵.

IX. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico excluye la existencia de un poder de evitación del autor mediante ciertos criterios tipificantes, allí donde la correspondiente expectativa de comportamiento aparece como ilegítima. Así se confirma desde el lado de la *culpabilidad*, como un *poder actuar de otro modo*, por ello, no existe contradicción alguna entre culpabilidad y prevención, esto es, aquí, entre imputación individual y confirmación del Derecho. No se precisa la culpabilidad para la limitación de necesidades ilegítimas de prevención, porque la justicia de la reacción a las infracciones del Derecho y la legitimidad de las expectativas de comportamiento amparadas por sanciones jurídicas penales constituyen un límite inmanente a la prevención general rectamente entendida en el sentido de orientación normativa.

La noción de culpabilidad, como concreción de la idea de Derecho, remite al principio rector de Injusticia, siendo éste, por su parte, la condición esencial para la aceptación social de la concreta reacción estatal, básica para la confirmación del Derecho. Es indiscutible que este modelo, con la integración del criterio de la legitimidad en un contexto de eficacia social-psicosocial, vincula dos principios opuestos en su punto de partida. La compatibilidad de culpabilidad y prevención de modo contrario a la realidad, es una consecuencia del planteamiento de la cuestión en la discusión sobre los fines de la pena, en la que no se trata en ningún caso de relaciones de eficacia meramente fáctica, sino precisamente de la legitimidad de la pena.

²⁵ MAZUELOS COELLO, Julio F. *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual* [en línea]. En, Portal Anuario de Derecho Penal. 2003, passim.

La imputabilidad individual y la prevención de integración se encuentran en una relación de mutación recíproca. Así pues, podemos renunciar tranquilamente al concepto de culpabilidad (como fundamento de la pena) la función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo han conducido, ante todo, a tres conclusiones. En primer lugar, que el abandono del Derecho penal retributivo no implica de por sí, en absoluto, el abandono de la noción de culpabilidad, que puede continuar manteniéndose contra la crítica del determinismo. En segundo lugar, que debe mantenerse la culpabilidad como principio de limitación junto a la prevención como principio de fundamentación de la pena, lo que hace necesaria una ampliación de la sistemática tradicional del Derecho penal con la categoría de la responsabilidad. Y, en tercer lugar, que la abolición del Derecho penal de retribución de la culpabilidad no debe detenerse ante la medición de la pena, de modo que en lugar de una pena por la culpabilidad, concebida en el sentido de la teoría del espacio de juego, ha de aparecer una pena preventiva, orientada a la medida de la amenaza del delito para la sociedad y, por tanto, garantizadora del principio de igualdad, en la que la culpabilidad sólo mantiene su significado como principio de limitación de la pena.

La tradicional distinción, anclada en una corriente psicologicista de la tipicidad, entre dolo eventual y culpa consciente y entre culpa consciente e inconsciente, pierde espacio cada vez más en la doctrina moderna a partir de la normativización de los conceptos de dolo y culpa. En virtud de la cognoscibilidad sólo habrá hablarse de culpa inconsciente, pierde sentido la distinción volitiva entre dolo y culpa (voluntario vs. involuntario), se asume un criterio cognitivo (conocimiento vs. desconocimiento).

La infracción del deber de cuidado, como deber de cuidado externo y deber de cuidado interno, no expresa nada diferente al hecho de que la acción debe superar el riesgo permitido y que el riesgo debe ser cognoscible (previsibilidad individual no objetiva) por el autor para podersele imputar el resultado. La creación o incremento de un riesgo jurídico penalmente relevante determina la uniformidad del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos, por lo que la distinción entre ambos delitos ha de darse en el tipo subjetivo, para lo cual resulta determinante la cognoscibilidad de la realización del tipo.

La culpa se caracteriza por la cognoscibilidad del riesgo: el sujeto no advierte la presencia del peligro pudiendo hacerlo. Concebida la imprudencia como forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse, tiene cabida tanto los conocimientos especiales como las capacidades individuales del autor en la cognoscibilidad (individual) del riesgo, esto es, en un momento anterior a

la culpabilidad. Ante capacidades inferiores no podrá hablarse de evitabilidad individual, salvo que se trate de supuestos de culpa por asunción o emprendimiento.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. En, SCHÜNEMANN, Bernd (Ed.). *El Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid, (España): Tecnos. 1991., pp. 134- 146. ISBN: 84-309-1978-3
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal Funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid (España): Thomson Civitas. 2000. ISBN: 84-470-0784-7
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal Funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid (España): Thomson Civitas. 2000. 87 p. ISBN: 84-470-0784-7
- MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio. *Persona versus individuo. Sobre la función del Derecho penal del enemigo*. En, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 7. Lima (Perú): Grijley. Instituto Peruano de Ciencias Penales. 2006., pp. 661 - 664. ISSN: 1811-1750.
- MAZUELOS COELLO, Julio F. *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual* [en línea]. En, *Portal Anuario de Derecho Penal*. 2003. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_09.pdf
- MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2da ed. Barcelona, (España): Boch. 1992.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: Estado de la cuestión*. Trad. de David Felipi Sarorit y Ramón Ragués I Valles. En, Roxin, Claus, Jakobs, Günther, Schünemann Bernd, Frisch Wolfgang & Kohler Michael (Ed.). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid (España): Civitas, 2000, p. 209, pp. 91-128. ISBN: 84-470-1534-3.
- VON BELING, Ernst. *Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito – tipo*. Buenos Aires, (Argentina): El Foro. 2002. I.S.B.N.: 950-826-046-7.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*.
Caracas, (Venezuela): Monte de Avila. 1993. ISBN: 980-01-0711-8.