

## El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal

*Alfonso Cadavid Quintero\**

Hace unos meses la Fiscalía General de la Nación presentó al Congreso de Colombia un proyecto de reforma a la legislación penal, que actualmente es debatido por el órgano legislativo. Las primeras informaciones relacionadas con el proyecto lo justificaban con el pretexto de la urgente necesidad de compilar en un solo texto la dispersa legislación sobre la parte especial del derecho penal del país; pero el proyecto se presentó con unas pretensiones mucho más amplias, reelaborando varias de las figuras de la parte general y no pocos tipos penales, y tipificando además muchas conductas impunes en la actualidad.

Aunque prácticamente ninguna voz se había escuchado acerca de la necesidad de promulgar un nuevo Código Penal, pues no se puede concluir la incompatibilidad del estatuto vigente con la estructura axiológica de la Constitución de 1991, era y sigue siendo razonable y necesario reunir en un solo texto la abundante legislación penal promulgada en virtud de cada una de las necesidades coyunturales, que en 17 años de vigencia del estatuto actual no solo no han sido pocas, sino que más bien se han convertido en la regla general. Tanto, como para manifestar que en Colombia las crisis coyunturales se han convertido en lo estructural.

Después de muchos meses de ostracismo, algo, aunque muy poco, se ha sabido en las últimas semanas acerca del estado de la discusión del proyecto. Y si se tiene en cuenta que Colombia es un país donde las más importantes reformas judiciales se votan, sin apenas discusión científí-

\* Profesor U. de A., UPB.

ca, mediante el mecanismo al que la costumbre ha dado lugar a denominar el "pupitrazo", no sería de extrañar que el proyecto presentado por la Fiscalía, muy pronto se convierta en el nuevo Código Penal, eso sí, con las necesarias enmiendas en los debates que permitan superar, por cuestiones de favorabilidad, los problemas penales que afronta en la actualidad un gran sector de la clase política del país.

Tampoco habrá lugar a la sorpresa si de un momento a otro el proyecto se archiva, porque alguna mente "lúcida" con capacidad de dirección sobre el voto de determinado número de congresistas concluye, con la misma facilidad que sus afanes burocráticos de distinto tenor le hubieran podido sugerir lo contrario, que no había necesidad de un nuevo Código, porque por ejemplo, los problemas de injusticia social y de corrupción de Colombia no han dependido de la estructura de la legislación penal vigente.

Con independencia de que el nuevo Código llegue a ser promulgado o no, cuestión sobre la que es muy difícil emitir una opinión si no se pertenece a las esferas en las que se puede canjear un voto por determinada contraprestación, la presentación del proyecto constituye un buen pretexto para discutir acerca de la regulación de algunas figuras penales en la legislación vigente y en el proyecto de legislación presentado a la consideración del Congreso.

La propuesta, en lo que a la parte general se refiere, ha alcanzado la regulación de la culpa o imprudencia, lo que es de agradecer, dada la desafortunada redacción del artículo 37 del Código vigente, que la caracteriza solo a partir del elemento previsible<sup>1</sup>.

Teniendo presente que en las modernas sociedades del riesgo es perceptible con claridad una huida al derecho penal, es una necesidad urgente ocuparse de la estructura de los delitos culposos, los cuales se han convertido, cada vez con mayor frecuencia, en fuente de responsabilidad penal.

Sirva todo ello de pretexto, entonces, para efectuar un breve análisis de la estructura de la culpa en el proyecto de Código Penal.

<sup>1</sup> Art. 37. *Culpa. La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.*

Pese a lo que se manifestará en la nota siguiente, esta definición demuestra la influencia que en la doctrina nacional de la época ejercía todo el pensamiento de autores como JIMÉNEZ DE ASÚA, quien al referirse a la culpa manifestaba, destacando también la idea de la previsibilidad, que aquella existe "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo", *La ley y el delito*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Hermes, 1959, págs. 371 y 372.

Aparte de lo criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa del hecho de que el legislador efectúe una serie de definiciones que deberían corresponder a la doctrina y a la jurisprudencia, esta fórmula para caracterizar la culpa es manifiestamente insatisfactoria. Así, por ejemplo, si un cirujano de manera cuidadosa practica una operación a un paciente con una herida por arma de fuego a nivel del abdomen, que en el 90% de los casos conduce a la muerte, confiando en que logrará salvar la vida del paciente tal y como lo ha hecho en casos semejantes, produciéndose sin embargo la muerte unos instantes antes de lo que era esperable, habría que imputar al médico un delito de homicidio culposo según la fórmula que se está criticando, pues confió en poder evitar un resultado previsto.

Se dijo líneas atrás que es muy insatisfactoria la caracterización de la culpa en el Código vigente, lo cual es incomprensible si se tiene en cuenta que dicho estatuto fue elaborado en momentos en que se había logrado un alto consenso doctrinal respecto a los elementos integrantes de la estructura del delito imprudente.

En efecto, ya para 1980 se aceptaba por la doctrina mayoritaria que los elementos que integraban la estructura del delito culposo eran los siguientes<sup>2</sup>: una acción infractora del deber objetivo de cuidado correspondiente al sector de tráfico jurídico al que pertenece el agente y un resultado. Y entre ambos extremos de la relación se debía constatar la existencia de un nexo causal. Además, siempre se ha entendido que debe existir un elemento adicional al nexo causal, pues no se acepta que se pueda derivar responsabilidad penal del mero hecho de que una acción imprudente cause un resultado típico. Como elemento complementario se ha propuesto tradicionalmente el nexo de determinación o de antijuridicidad.

Así las cosas, acción infractora del deber objetivo de cuidado, resultado, nexo causal y nexo de determinación, serían cuatro los elementos fundamentales del delito imprudente de resultado.

La exigencia de un elemento adicional al vínculo causal entre la acción imprudente y el resultado, se puede considerar aceptada mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia. Y también lo ha sido la teoría que entiende que ese elemento complementario es el nexo de antijuridicidad.

No obstante, en el último tiempo se ha presentado alguna discusión acerca de la naturaleza de ese elemento que obre como complemento del nexo causal, lo que ha puesto en tela de juicio el papel del nexo de determinación. Quienes todavía lo defienden suelen acompañarlo de algún elemento complementario, surgido normalmente de entre los criterios de imputación objetiva, y a tal efecto, se invoca con gran frecuencia el fin de protección de la norma.

Lo anterior permite afirmar que en la discusión reciente se encuentran posiciones como las siguientes: una que destaca la coexistencia del nexo de determinación y de la imputación objetiva del resultado, y otra que propone la sustitución del nexo de determinación como elemento complementario del nexo causal, por los criterios de imputación objetiva del resultado al autor. No es frecuente encontrar autores que manifiesten su renuencia a aceptar que el nexo de determinación pueda ser complementado, a su vez, por alguno de los criterios propuestos por la teoría de la imputación objetiva, reiterando que el de mayor acogida ha sido el fin de protección de la norma.

Ahora bien, no solo el nexo de determinación ha sufrido severos cuestionamientos en los últimos años. También la infracción del deber objetivo de cuidado ha sido cuestionada durante los últimos años, con el argumento de su inutilidad en comparación con un desarrollo ordenado de los criterios de imputación objetiva.

<sup>2</sup> En tal sentido, por ejemplo, WELZEL, *Derecho penal alemán*, 3ª ed. castellana, trad. de J. Bustos y S. Yañez, Santiago, 1987, traducción de la 11 ed. alemana de 1969, págs. 187 y ss.

En este escrito se hará una mención de las críticas más relevantes formuladas en los últimos años tanto a la infracción del deber objetivo de cuidado, como al nexo de determinación.

Los problemas relacionados con el nexo causal y con el resultado no serán materia de análisis en este texto. El primero, porque su problemática en el ámbito de los delitos imprudentes no presenta características especiales<sup>3</sup>, y el segundo, porque ya ha sido objeto de desarrollo en otro lugar<sup>4</sup>.

Así las cosas, en este texto se incluirán los siguientes aspectos: inicialmente se hará una mención de las características que debe reunir la actuación sobre la que se asienta el delito imprudente (1). Allí se analizará la infracción del deber objetivo de cuidado (1.1.) y la propuesta de sustitución de este elemento por la creación de un riesgo desaprobado como núcleo del delito imprudente, efectuada por un todavía minoritario, aunque muy calificado sector doctrinal (1.2.); se aludirá a los efectos de dicha propuesta (1.3. y 1.4.); y seguidamente se expresarán algunas ideas acerca de la problemática actual de la teoría del nexo de determinación (2); se hará referencia también a uno de los aspectos que menor atención ha despertado entre la doctrina como es el del régimen de la autoría y la participación en los delitos culposos (3), y se concluirá con una mención acerca de las modificaciones introducidas al régimen del delito culposo en el proyecto de reforma a la legislación penal (4).

## 1. DELITO IMPRUDENTE E INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO

### 1.1. La fórmula tradicional de infracción del deber de cuidado como núcleo del delito imprudente

La noción del delito imprudente no ha gozado de un desarrollo pacífico en la doctrina. Históricamente se ha entendido que existen dos formas diferentes de responsabilidad penal, una derivada de una actuación intencional, otra asociada a la producción de un resultado no "buscado" por el sujeto.

Con el paso del tiempo y con el refinamiento de las elaboraciones dogmáticas en la estructura propuesta para el delito doloso, y en particular para el concepto de dolo, se fue alcanzando un alto nivel de desarrollo teórico, a la vez que se iba produciendo un destacable grado de consenso doctrinal y jurisprudencial respecto a los resultados de aquellas construcciones<sup>5</sup>. Frente a esta situación, la culpa o imprudencia, fue objeto de un desarrollo más lento, en el que con frecuencia destacaba una caracterización nega-

<sup>3</sup> "La causalidad en el tipo culposo participa de las mismas penurias que el resultado pero, por lo demás, sigue siendo un concepto físico al igual que en el tipo doloso", ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1986, pág. 431.

<sup>4</sup> CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Diké, 1998, págs. 195 y ss.

<sup>5</sup> Sin embargo, existe una gran discusión en la doctrina reciente acerca del concepto de dolo. Al respecto puede consultarse la obra de DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1994, que le da un amplio tratamiento al tema.

tiva a partir de la ausencia de dolo o de un elemento intencional<sup>6</sup>. Varios años debieron transcurrir antes de llegar a caracterizarla como la infracción del deber objetivo de cuidado necesario para la vida de relación.

Se suele ubicar en 1930, gracias a los planteamientos de ENGISCH, el desarrollo de esta última idea (que ya había sido formulada con antelación)<sup>7</sup>; y su traslado sistemático al ámbito del injusto, lo que daría lugar a entender por la doctrina posterior y mayoritaria en la actualidad, que dolo e imprudencia son formas de injusto (de manera más específica, formas de tipicidad)<sup>8</sup>. Ello frente a la doctrina tradicional, que los entendía como formas de culpabilidad<sup>9</sup>.

A partir de la elaboración del sistema finalista, sobre todo debido a los planteamientos de WELZEL, y hasta la actualidad, aunque con un fundamento diferente al señalado por ENGISCH, se ha consolidado la comprensión de que dolo y culpa dan lugar a dos formas diferentes de injusto.

De acuerdo con lo expresado, la culpa (a la que después algún sector de la doctrina extranjera acordaría denominar como imprudencia, entre otras cosas para eludir la posible confusión terminológica con la idea de culpabilidad)<sup>10</sup>, ha sido caracterizada de manera mayoritaria dentro de la doctrina, y así lo ha aceptado también la jurisprudencia, como la infracción del deber objetivo de cuidado necesario para la vida de relación social.

Esta formulación comportó un avance muy importante en varios aspectos. Por lo pronto, representaba de manera definitiva la superación de la posible determinación de la responsabilidad penal a partir de la mera causación (producción causal) de un resultado<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> En la doctrina más clásica se encuentran por ejemplo caracterizaciones de la culpa como la siguiente: "La culpa, en su esencia, consta de dos notas: una, la falta de volición que parece clarísima en la imprevisión de las consecuencias del propio obrar, no pudiendo sostenerse que haya sido querido aquel evento que no se ha presentado en la conciencia del ser que obra antes de obrar como consecuencia cierta, o, por lo menos, probable de su movimiento; por lo tanto, la culpa, de igual modo que el caso, se diferencia del dolo. La otra nota característica de la culpa está en que el hombre si no ha previsto los eventos como posibles como consecuencia de un hecho suyo voluntario, podía preverlos". ENRIQUE PESSINA, *Elementos de derecho penal*, 3ª ed., trad. de H. González del Castillo, Madrid, Reus, 1919.

<sup>7</sup> Ya antes de ENGISCH señaló EXNER que "quien hace lo que exige el ámbito de relación, está, ya por eso, libre de toda responsabilidad aun cuando su hacer lleva consigo determinados peligros..." se trata del problema de la antijuridicidad, con el cual la culpabilidad se une en este punto indisolublemente, citado por C. TOZZINI y J. BUSTOS, "Los delitos culposos", en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, 1975, pág. 230.

<sup>8</sup> Por todos, véase a MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 298.

<sup>9</sup> No obstante, en la actualidad un sector muy importante de la doctrina sigue defendiendo que el dolo y la culpa son elementos integrantes de la culpabilidad. Así por ejemplo, COBO-VIVES, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 569 y ss.

<sup>10</sup> Al respecto, MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 4 de., Barcelona, PPU, 1996, pág. 268.

<sup>11</sup> Comentando el principio rector consagrado en el art. 5º del Código Penal vigente manifiesta VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ que: "no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad pues toda pena la supone, de donde se deriva la exclusión de la *responsabilidad objetiva* o *responsabilidad por el mero resultado*", *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1997.

Aceptando que actúa de manera imprudente quien al obrar no acató el deber objetivo de cuidado<sup>12</sup> correspondiente a la situación<sup>13</sup>, se operaba una restricción muy importante del ámbito de lo prohibido: la norma penal emitiría un mandato de actuación conforme a cuidado y no una prohibición de producción de resultados, prohibición que por demás no tardaría mucho en ser cuestionada de manera muy severa por parte de la doctrina.

Ahora bien, pese a la gran acogida que ha tenido esta formulación, ella no ha logrado superar algunos problemas de fundamentación de la punibilidad o de determinación del ámbito de lo punible.

Uno de tales problemas, y quizás uno de los que mayores dificultades ha generado, es el relacionado con la concreción del deber de cuidado correspondiente a la situación concreta. La doctrina pronto percibió que aunque la norma penal tenía un contenido de mandato de actuación cuidadosa en procura de evitar la afectación de bienes jurídicos, el cuidado a observar en la situación concreta debería ser determinado en un ámbito "complementario" al de la norma penal, pues el contenido de esta se caracterizaba por su generalidad y por la incapacidad de determinar cuáles eran las medidas de cuidado necesarias para la situación concreta<sup>14</sup>.

Siempre se reconoció la existencia de un criterio fundamental para determinar el deber de cuidado: la forma como actuara un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor<sup>15</sup>. Pero junto a este criterio, que requería aun de concreción, se propusieron algunos criterios auxiliares que ayudaran a determinar este elemento fundamental del delito imprudente.

Con el objetivo de estructurar los distintos criterios a tener en cuenta a la hora de determinar si se había cometido un delito culposo, se diferenció entre norma de cuida-

<sup>12</sup> No está de más señalar que ha habido una ardua polémica en torno a la determinación del carácter objetivo o subjetivo que quepa predicar del deber de cuidado, polémica que apunta fundamentalmente a los criterios desde los cuales configurar el referente a tener en cuenta para la concreción del cuidado que se debió tener en la situación concreta: el correspondiente a un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor, o el que podía haber observado el individuo concreto. Sobre el sentido y alcance de la discusión, véase a MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., págs. 277 a 279.

<sup>13</sup> "No hay un deber de cuidado general, sino que a cada conducta corresponde un deber de cuidado", E. Zaffaroni, *Manual de derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1986, pág. 429, cursiva en el texto.

<sup>14</sup> En este sentido, ARMIN KAUFMANN, "El delito culposo", trad. M. Moreno H., en *Nuevo Pensamiento penal*, año 5, 1979, pág. 480.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, manifiesta JESCHECK: "Actúa imprudentemente según el párg. 276, 2 StGB "quien no observa el cuidado exigible en el tráfico". A su tenor, lo decisivo es lo que en la comunidad resulte "exigible" en cuanto a precaución y atención para evitar lesiones de bienes jurídicos...". Y más adelante expresa: "El módulo para la atención exigible al autor en la advertencia de peligros es el hombre concienzudo y reflexivo de la esfera de tráfico a la que pertenece el agente y, ciertamente, en la concreta posición en que este se encontraba y contemplando *ex ante* la situación de peligro"; *Tratado de derecho penal*, Parte general, 4ª ed., trad. J. L. Manzanares, Granada, Comares, 1993, pág. 525.

do, deber objetivo de cuidado, y normas o reglas técnicas<sup>16</sup>. Esta diferenciación resultaría importante para la concreción del deber de cuidado mediante la determinación de niveles cada vez más específicos del deber de actuación.

De acuerdo con esta diferenciación, el tipo del delito culposo estaría asentado sobre una norma de cuidado, que sería una norma de determinación orientada a la evitación de situaciones de peligro para bienes jurídicos. La norma emitiría un mensaje a los ciudadanos de abstenerse de realizar conductas que por la forma imprudente de ejecutarlas generen riesgos ilícitos para bienes jurídicos protegidos, o eleven esos riesgos a niveles superiores a los permitidos por el mismo ordenamiento<sup>17</sup>.

De la norma emergería un deber general, no concretado ni en el tiempo ni en el espacio, que daría lugar, eso sí, a un deber concreto de actuación según la situación en la que se hallara el destinatario de la norma. "El deber de cuidado es un deber intelectual general, no orientado de forma inmediata al ordenamiento. El deber de cuidado es consecuencia de la existencia de normas regladas —reglas técnicas— (que pueden ser legales, de costumbre, de uso...) de la vida social y es por ello una condición implícita común y esencial a toda norma jurídica"<sup>18</sup>.

Finalmente estarían las normas o reglas técnicas, que serían normas establecidas dentro de los distintos ámbitos de tráfico jurídico "para aquellos supuestos en los que la experiencia general de la vida demuestra la gran probabilidad de que una acción (...) de este tipo lesione efectivamente un bien jurídico"<sup>19</sup>. A estas normas se les ha reconocido un origen diverso, que podría estar en las normas administrativas de reglamentación de determinado ámbito de actividad social, o en normas derivadas del consenso social acerca de su conveniencia y necesidad para la regulación y neutralización de los riesgos en determinados sectores de actividad o finalmente en las reglamentaciones expedidas por los mismos agentes sociales intervinientes en el correspondiente sector del tráfico jurídico a efectos de neutralizar los riesgos asociados a sus actuaciones.

En conclusión, para la doctrina tradicional en la configuración del delito imprudente se haría necesario reconocer varios elementos relacionados entre sí. El concepto fundamental sería el de norma de cuidado, que contendría un mandato de actuación cuidadosa, en los supuestos en los que con la actuación pudiera crearse un peligro para determinados bienes jurídicos. Dicha norma no alcanza a constituir una determinación del cuidado a asumir en la situación concreta, el cual, gracias al concepto de deber de

<sup>16</sup> En España ha desarrollado esta diferenciación CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cap. II, secciones a.b.) y a.c.), Barcelona, PPU, 1989.

<sup>17</sup> CORCOY, *El delito imprudente*, pág. 85.

<sup>18</sup> CORCOY, *El delito imprudente*, pág. 91. Ahora bien, debe llamarse la atención acerca de la posible equiparación del deber de cuidado con las denominadas normas técnicas. Esa equiparación que podría parecer posible dentro de la cita efectuada, es lo que se desea cuestionar en las líneas siguientes.

<sup>19</sup> CORCOY, *El delito imprudente*, pág. 103. En el espacio entre paréntesis la autora habla de acción "de este tipo", expresión que para conservar la coherencia con lo que aquí se ha expresado se podría sustituir por la de "ejecutada en ese ámbito de tráfico jurídico".

cuidado vinculado a la manera como habría actuado un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor, genera criterios concretos de valoración del comportamiento; este, a su vez, podría ser concretado acudiendo a las reglas técnicas vigentes en un determinado sector de la actividad social, justamente el ámbito dentro del cual haya sido desarrollada la acción peligrosa.

La relación entre el deber de cuidado y la regla técnica ha sido reconocida como una relación contingente, no necesaria<sup>20</sup>. Ello por varias razones. Por un lado, porque podrían existir espacios de actividad social (de tráfico jurídico), carentes de regulación específica; y sobre todo, porque en algunos momentos podría resultar que la situación concreta, en aras de una efectiva salvaguardia del bien jurídico, exigía una actuación contraria a la ordenada por la regla técnica; pues en general se acepta que las reglas técnicas tienen una vocación de regular, fundamentalmente, "situaciones tipo", pero sin alcanzar todas las variantes relevantes con respecto a la situación prevista que pudieran presentarse en el caso concreto<sup>21</sup>.

Lo problemático de la determinación del deber de cuidado correspondiente a la situación concreta ha tenido varias manifestaciones. Entre las más destacadas están las siguientes: el del contenido de la norma de cuidado; la discusión acerca de si la norma penal que consagra el delito imprudente es o no una norma penal en blanco; y la definición del *status* que le corresponde a las reglas técnicas.

Esos problemas, entre otros, han dado lugar a que se proponga la supresión de la infracción del deber objetivo de cuidado, a la hora de estructurar los delitos imprudentes, y su reemplazo por los criterios de imputación objetiva del resultado.

### 1.2. Las propuestas de sustitución del elemento infracción del deber objetivo de cuidado

CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS, dos de los penalistas más influyentes de los últimos años, han venido proponiendo que en la configuración del delito imprudente se suprima la categoría de la infracción del deber objetivo de cuidado; y han propuesto que su lugar lo ocupe la idea de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, al entender que todo lo que constituye el contenido de la infracción del deber de cuidado,

<sup>20</sup> En este sentido, por ejemplo, ZAFFARONI, "Frecuentemente los deberes de cuidado se hallan establecidos en la ley, como sucede en las actividades reglamentadas, tales como conducir vehículos motorizados. En esos casos, la violación de los preceptos reglamentarios será un indicio de la violación al deber de cuidado, pero será preciso tener siempre presente que una infracción administrativa no es un delito, dado que no siempre la infracción del reglamento es una violación al deber de cuidado", *Manual de derecho penal*, 5ª ed., pág. 431, negrita ajena al texto.

<sup>21</sup> Así, citando un caso, que el autor del que se toma la cita reconoce como de uso frecuente, propone CÓRDOBA RODA la situación "del conductor que invade parte de la calzada de signo opuesto por la que ocasionalmente no circula nadie, al objeto de evitar el atropello de un menor que se encuentra en la parte derecha por la que el conductor circula. En tal caso puede haberse infringido un precepto reglamentario, pero la conducta realizada será adecuada a la norma de cuidado", "Los delitos culposos en la imprudencia", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 204.

resulta explicado de manera más satisfactoria mediante los criterios de imputación objetiva.

Incluso manifiestan su desacuerdo con la comprensión del delito imprudente a partir de la infracción de una norma de cuidado, por entender que esa concepción es "errónea desde el punto de vista de la lógica de la norma", pues produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión<sup>22</sup>.

La propuesta de supresión de la infracción del deber objetivo de cuidado se enmarca dentro del contexto que configura la teoría de la imputación objetiva como una teoría de más amplio alcance, que ha venido intentando fundamentar sobre nuevas bases el concepto de injusto.

Por constituir la teoría de la imputación objetiva el marco de referencia de este planteamiento, se hará una breve alusión a la misma para explicar posteriormente el sentido de la propuesta de los autores acabados de mencionar.

Desde comienzos del decenio de los 60 ROXIN, ha venido propugnando la construcción de un sistema del hecho punible en clave valorativa, posición que a su vez representó en su momento la asunción de una postura muy crítica con los planteamientos de WELZEL, cuya sistemática finalista gozaba en ese momento de una estructura consolidada, por más que ocasionalmente el mismo WELZEL, se hubiese dado a la tarea de revisar algunos de los planteamientos derivados de sus premisas fundamentales.

En el aspecto que aquí interesa, se debe a ROXIN, el desarrollo de la idea de la imputación objetiva. El planteamiento fundamental al respecto es que la atribución a una persona de un resultado como obra suya debe superar la mera comprobación causal, para asumir la forma de un juicio de valor en el que se constaten por lo menos dos momentos diferentes: en el primero, la creación de un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico, y en el segundo, la realización de dicho riesgo en el resultado.

Varios criterios de determinación del carácter desaprobado del riesgo, de la realización del mismo en el resultado, han sido propuestos por ROXIN. Sin embargo, interesa destacar en este momento que la idea fundamental correspondiente al primer nivel de imputación, se concreta en la idea del riesgo permitido. Aunque parezca una obviedad en la forma en que se va a expresar, no existe una creación desaprobada del riesgo, cuando desde una perspectiva *ex ante* el riesgo que se ha de crear mediante la realización del comportamiento, es permitido; y al contrario, el comportamiento será prohibido si el riesgo que *ex ante* se puede determinar que será creado por el comportamiento es prohibido o no permitido, lo que podría determinarse atendiendo a factores tanto cualitativos como cuantitativos respecto al riesgo.

Estas ideas tienen un precedente lógico importante, en la idea de que el legislador no podía prohibir la producción de resultados, sino la realización de comporta-

<sup>22</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, Parte general. Madrid, Civitas, 1996, pág. 1000, la cita contenida en este aparte corresponde a JAKOBS, quien a su vez se refiere al asunto en su *derecho penal*, Parte general, trad. de la 2ª ed. por J. Cuello y J. L. Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1995.

mientos de los que fueran predicables determinadas características. En efecto, como se demuestra en innumerables casos, la tentativa, por ejemplo, los hombres no controlamos el transcurso y desarrollo de los procesos causales, sino simplemente la realización de comportamientos, y por esa razón el legislador debe dirigirse mediante la emisión de un mensaje normativo a los ciudadanos para que se abstengan de realizar aquellos comportamientos mediante los cuales puedan poner en peligro un bien jurídico, según la valoración de un observador medio desde una perspectiva *ex ante*, es decir, una valoración emitida por un sujeto que situado mentalmente en el momento de la realización del comportamiento, determinara cuáles eran los riesgos asociados al actuar que está apreciando.

Ahora bien, el riesgo que *ex ante* pudiera generarse con el comportamiento para bienes jurídico-penales debería ser un riesgo prohibido. La determinación de si el riesgo concreto tiene ese carácter puede determinarse de varias formas, pero existe una que ha sido especialmente importante y que ha gozado de una especial atención por parte de la doctrina reciente: el de la ponderación de intereses entre los riesgos generados por el comportamiento para determinados bienes jurídicos, y la utilidad social asociada a aquel.

En efecto, no todo comportamiento generador de riesgo para un bien jurídico protegido es, por ese solo hecho, un riesgo prohibido. Respecto a algunas actividades la sociedad tiene interés en permitir su realización dada la utilidad que las mismas le reportan. Así, por ejemplo, parece claro que existen riesgos importantes para bienes jurídicos fundamentales derivados de la permisión de actividades relacionadas con el tráfico automotor, pero difícilmente sería posible la vida social como la conocemos hoy, si la participación en el tráfico automotor constituyera una actividad prohibida (aunque la permisión está condicionada a otros factores adicionales, como, por ejemplo, la indeterminación de las posibles víctimas de la actividad riesgosa, en principio permitida).

PAREDES CASTAÑÓN ha demostrado de qué manera en una sociedad concreta las mayores necesidades, por ejemplo, de progreso industrial, justifican la permisión de niveles altos de riesgo para bienes jurídicos importantes, permisión que no se presentaría en sociedades en las que dado el mayor nivel de industrialización o de desarrollo social alcanzado, existan las condiciones necesarias para limitar de manera más efectiva los riesgos asociados a ese progreso industrial, y poder ofrecer así una protección más estricta a los diversos bienes jurídicos fundamentales<sup>23</sup>.

Sin embargo, la problemática de la permisión del riesgo no termina ahí. Además de lo anterior, las altas cotas de desarrollo industrial y de progreso tecnológico al interior de las sociedades modernas por una serie de agentes particulares, en muchísimas ocasiones dejan al Estado al margen de la posibilidad de introducir reglamentaciones específicas para el control y determinación de la licitud de los riesgos creados para bienes jurídicos fundamentales con la actuaciones de esos agentes no estatales (piénsese,

por ejemplo, en la posibilidad de encontrar alguna explicación desde esta perspectiva a desastres como el de la Union Carbide en Nueva Delhi hace algunos años; o a los innumerables y cotidianos casos de intoxicación por ruido que afectan la salud de las personas, de manera especial en países del Tercer Mundo).

Como ya se señaló, no se puede perder de vista a los efectos de determinar el carácter permitido o no del riesgo generado por el comportamiento, que existen espacios de actividad social que no alcanzan a ser reglamentados específicamente por el Estado. Por esa razón, en muchas ocasiones la determinación de las condiciones en las que ha de ejecutarse el comportamiento, e incluso, los niveles de permisión del riesgo quedan condicionados a lo que dispongan los agentes sociales que se mueven dentro del ámbito de actividad respectivo.

La intervención de los agentes sociales generadores del riesgo, en la determinación del carácter permitido o no del mismo, ha sido reconocida de manera explícita por la doctrina. Así, por ejemplo, ROXIN ofrece una clasificación de las fuentes de determinación del carácter prohibido del riesgo: en primer lugar habla de las normas jurídicas: "En muchos ámbitos de la vida, sobre todo en el derecho de la circulación, el legislador ha dictado prohibiciones de puestas en peligro abstractas, cuya infracción fundamenta en general la creación de un peligro no permitido"; en segundo lugar destaca las normas de tráfico, señalando que además de las anteriores "la creación de un peligro no permitido se deriva sobre todo de la infracción de 'normas del tráfico'. Se trata de 'reglamentaciones' que han sido creadas por asociaciones o consorcios de intereses privados sobre todo en el terreno técnico y para el ejercicio de determinadas especialidades deportivas"<sup>24</sup>.

A las anteriores fuentes de la prohibición del riesgo, añade ROXIN el principio de confianza (destacando su operancia en el ámbito de la circulación y del trabajo en equipo a la vez que estudia su relevancia en supuestos cercanos al de la "prohibición de regreso"); la figura-baremo diferenciada del hombre medio correspondiente a un individuo perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que aquel cuyo comportamiento es enjuiciado; los deberes de información y de omisión; y la ponderación de utilidad y riesgo<sup>25</sup>.

Estos criterios, manifiesta ROXIN, serían mucho más eficaces en la determinación de la relevancia jurídica de la actuación peligrosa que el concepto de infracción del deber objetivo de cuidado. Y es por ello que este autor propone que a esos criterios, los mismos con ayuda de los cuales determinar desde una perspectiva *ex ante* si la actuación genera un riesgo no permitido, se les asigne la función de establecer la relevancia jurídica de la actuación peligrosa, con prescindencia del criterio que representa la infracción del deber objetivo de cuidado.

El paso siguiente será entonces constatar si, empleando un concepto al que suelen acudir los autores alemanes, es mayor la "capacidad de rendimiento" de los criterios de imputación objetiva que el de infracción del deber objetivo de cuidado.

<sup>23</sup> El riesgo permitido en derecho penal, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, págs. 144 y ss.

<sup>24</sup> ROXIN, *Derecho penal*, Parte general, pág. 1001.

### 1.3. Los efectos de la propuesta de sustitución de la infracción del deber objetivo de cuidado

La propuesta de ROXIN para la determinación del carácter desaprobado del riesgo se construye a partir de la constatación de una serie de criterios, cuyo orden, en la propuesta de dicho autor, a la que se hizo referencia en el apartado anterior, es como sigue: normas jurídicas de carácter administrativo destinadas al control de riesgos, normas dictadas por los agentes pertenecientes al mismo sector de actividad, el principio de confianza; y la figura-baremo diferenciada del hombre medio.

La doctrina partidaria de la infracción del deber objetivo de cuidado, al ocuparse de la problemática de determinación del mismo en el caso concreto propone acudir a una serie de criterios en los que no se detecta una diferencia fundamental con los destacados por ROXIN.

A manera de ejemplo se hará a continuación una cita extensa de los criterios propuestos por JUAN BUSTOS, uno de los autores que reivindican la idea de la infracción del deber objetivo de cuidado, para determinar cuándo se ha producido este fenómeno: "... el juicio del juez parte del sistema normativo, del conjunto de regulaciones jurídicas y de lo que conforme a ello habría realizado el hombre medio del cual se parte en esa situación de acuerdo a esas circunstancias fácticas y personales (...).

Luego desde esta perspectiva, se trata de señalar con precisión cuáles eran las medidas de precaución o cuidado requeridas en esa situación determinada. Y tales medidas pueden llegar al caso más extremo, en el sentido de *que lo que la persona debió hacer fue abstenerse del comportamiento correspondiente (...)*.

De ahí que para ello surjan en la vida moderna como esenciales los reglamentos, es decir, todas aquellas normas jurídicas dadas por la autoridad para regular determinada actividad...

Pero además la complejidad de la vida moderna ha llevado a que en ciertas profesiones, por su trascendencia en ella, se contemple por los propios profesionales o técnicos una determinada regulación de su actividad, dictándose ellos mismos determinadas *normas de regulación* que se denominan generalmente códigos de ética, o bien simplemente reglas técnicas...

Ahora bien, pero no solo en la vida moderna están estos códigos de ética o reglas técnicas, sino que se tiende además a reglar cualquier actividad por el grupo que la lleva a cabo.

Por último, también en la actualidad contratos y convenios colectivos contienen reglas a las cuales deben atenerse las partes (...)"<sup>26</sup>.

Aunque BUSTOS pretende destacar en los apartes citados que existirán muy pocos ámbitos en los que no existan reglamentaciones que ayuden a delimitar el deber de

<sup>25</sup> ROXIN, *Derecho penal*, Parte general, págs. 1004 y ss.

<sup>26</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1995, págs. 46 a 49. Cursivas en el texto.

cuidado, resulta muy esclarecedora la alusión a esas distintas regulaciones en el orden señalado.

Si se coteja ello con lo propuesto por ROXIN a efectos de determinar cuándo estamos frente a un riesgo jurídicamente desaprobado, se pueden percibir muy pocas diferencias. Una de ellas es fundamental: el papel que se confiere a la comparación de la actuación del agente con la que hubiera realizado un hombre medio correspondiente al mismo sector de tráfico jurídico que él. Mientras que para la teoría tradicional ese es el criterio rector, respecto del cual los demás son criterios auxiliares que ayudarían a concretarlo; para la propuesta de sustitución este es un criterio apenas complementario, que solo operaría en ausencia de disposiciones administrativas de control de riesgos, de una indicación precisa por la *lex artis* del buen obrar correspondiente a esa actividad específica, de una norma expedida por los agentes generadores de riesgos, o cuando no sea posible solucionar el asunto con la ayuda del principio de confianza.

En el fondo entonces optar por el criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado, o por los criterios de determinación del carácter desaprobado del riesgo generado por la conducta, a la manera de la imputación objetiva, solo parece tener una diferencia específica: el papel que se asigna a la forma como se habría comportado un sujeto medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor. O es un criterio rector al que los demás le sirven de ayuda, o es apenas un criterio que opera si falta la posibilidad de acudir a los otros criterios.

La construcción de ROXIN, que transcurre por la segunda vía, tiene un efecto práctico: la infracción de la norma administrativa de control de riesgos tendría la virtualidad de determinar, ella misma, el carácter imprudente del comportamiento, quedando a un paso de agotar así el desvalor de acto correspondiente al hecho. Es decir, se convertiría la infracción de la norma administrativa, cuando la haya, en infracción directa de la norma penal.

Ese efecto, que justamente es el que se busca cuestionar en este escrito, solo podría corregirse si se considera que el criterio rector es el propuesto por la doctrina tradicional, es decir, el del hombre medio.

Además, existe otro aspecto en el que la propuesta de ROXIN sería muy insatisfactoria, si posibilita la relegación del hombre medio a un papel tan secundario como el que le asigna, y que se manifiesta de forma especialmente clara en la denominada imprudencia profesional. El efecto denunciado sería la asignación de carácter normativo a la reglamentación del correspondiente sector de actividad por parte de los agentes sociales intervinientes en el mismo.

De esa manera la determinación del cuidado correspondiente a la situación concreta sería efectuada por los mismos sujetos interesados en el control de su actividad, lo que pese a la confianza que en general pudiera generar la actuación de los mismos, es innegable que para el Estado de derecho resulta muy peligroso, pues podría propiciar amplios espacios de impunidad, toda vez que la conveniencia de los agentes sociales en la obtención de lucro podría llevarlos a relajar las medidas de contención de

riesgos por cuestiones de índole económica, con perjuicio de bienes jurídicos de trascendental importancia.

Ante una disyuntiva semejante, parece obvio que las exigencias del Estado de derecho sugieren limitar en la mayor medida posible la capacidad normativa que se puedan dictar los propios agentes sociales generadores de riesgos y ello lo propicia el criterio del hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor<sup>27</sup>.

De lo acabado de manifestar se podrían extraer algunas conclusiones provisionales, para orientar la reflexión efectuada en el apartado anterior, que pretenden destacar las críticas que se le han formulado al concepto de la infracción del deber objetivo de cuidado. Las críticas a este criterio han estado vinculadas a las dificultades asociadas fundamentalmente a los problemas para su concreción; sin embargo, esas dificultades parecen estar asociadas a la naturaleza misma de las conductas reguladas y a lo variable del contexto social en el que las mismas son desarrolladas, lo que determina que en algunos eventos la persona que realiza el comportamiento deba asumir ella misma, la valoración sobre la idoneidad de las medidas necesarias para la neutralización del riesgo que se pudiera desprender de su actuación, en el entendido de que esos serán los criterios a emplear por el juez a la hora de valorar su actuación. La incertidumbre que genera la no definición absoluta de los criterios con los cuales determinar la infracción del deber objetivo de cuidado ha sido una la principal fuente de críticas al criterio de la infracción al deber objetivo de cuidado.

Sin embargo, como se destacará a continuación estos problemas tampoco los soluciona la teoría de ROXIN.

#### 1.4. *Cuáles son las ventajas de la supresión de la categoría de la infracción del deber objetivo de cuidado*

Si se observa bien, en la propuesta de ROXIN, a quien se tomó como representante del pensamiento de la imputación objetiva en el ámbito de la imprudencia, se apunta fundamentalmente a sistematizar los criterios de determinación del carácter ilícito del riesgo. Ellos coinciden con los de la doctrina tradicional de la infracción del deber objetivo de cuidado. Esos criterios, sin embargo, no habían sido materia de un desarrollo indiscriminado y ya venían siendo tratados de manera autónoma y muy similar a la indicada por ROXIN. Hasta este punto su propuesta no comporta un avance sustancial con respecto a los planteamientos previos.

De esa manera, si la ventaja de la supresión de la categoría de la infracción del deber objetivo de cuidado estaba representada por las mayores facilidades para la concreción de la ilicitud del comportamiento, los resultados son muy pobres. Las propues-

<sup>27</sup> Una reflexión especialmente relevante acerca de la necesidad de no confundir los criterios del hombre medio ideal y al deber de actuación según la posición ocupada según el sector de tráfico jurídico dentro del que se desarrolla la actuación peligrosa en PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, págs. 331 y ss.

tas de sustitución no representan un avance, ni solucionan los problemas generados por el criterio criticado.

Quiere decir lo anterior que pese a sus innegables limitaciones, derivadas sobre todo del carácter relativamente abstracto de los factores con ayuda de los cuales determinarla, la infracción del deber objetivo de cuidado sigue siendo el criterio más satisfactorio para determinar el carácter punible del hecho culposo. Lo abstracto del concepto obliga más a intentar precisarlo que a prescindir de él, en aras del empleo de otros criterios, que sin la misma tradición dogmática, podrían generar más problemas nuevos que soluciones.

Por ende se puede afirmar que al momento de enjuiciar el comportamiento el juez habrá de tener en cuenta la valoración que haya efectuado, o que hubiera debido efectuar el individuo, remitiéndose a la forma como hubiera actuado un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el actor. Ese referente, que parece representar un coste relativamente alto para la punición del comportamiento imprudente, debe resultar complementado mediante el recurso a las reglamentaciones hechas por el Estado de determinadas actividades generadoras de riesgos frente a los que la sociedad resulta especialmente sensible dada su intensidad. Allí se encontrarán por lo menos pautas generales de valoración, que el ciudadano, en esas áreas frente a las que la sociedad es especialmente sensible, habrá podido tener en cuenta en la determinación de cuál es el actuar ajustado a derecho.

Por otro lado, no se puede desconocer que aunque las reglamentaciones administrativas no tienen un valor absoluto en cuanto a la determinación del carácter imprudente o no del comportamiento, lo que viene asociado generalmente a su vocación de reglamentar los "casos-tipo", si tienen una utilidad perceptible en relación con los efectos mencionados. Ellas no son despreciables, aunque no son pautas definitivas de valoración, pues deben ser apreciadas considerando que en algún caso el deber objetivo de cuidado podría sugerir actuar en contra de lo dispuesto por tales reglamentaciones.

Conviene también destacar la inconveniencia político-criminal de delegar a los agentes sociales generadores de riesgos, la determinación del carácter prohibido o permitido de los mismos. Las pautas de actuación emanadas de los mismos tendrán un valor heurístico importante, pero su fuerza vinculante ha de ser limitada.

En conclusión, el de la imprudencia no ha sido ni es el reino de la arbitrariedad. Existen pautas de concreción de la licitud de la actuación realizada por el sujeto, que aunque en determinados espacios sociales requieren de complementación, no por ello son repudiables ni sustituibles por otros criterios que no ofrecen resultados más satisfactorios.

Aventurarse en la senda de prescindir de un concepto que ha sido tan útil y claro como el del deber objetivo de cuidado, en aras de introducir otros criterios cuya fuerza explicativa es menor, y que darían lugar a equiparar injusto penal e infracción administrativa, no parece una experiencia que resulte útil al derecho penal, por lo menos no en Colombia, en un momento en el que el trabajo dogmático debe orientarse más bien a



perfilar debidamente los contornos de las categorías existentes que sean político-criminalmente satisfactorias, que a reproducir, por meros factores de novedad, los aportes de las doctrinas foráneas.

## 2. LA PROBLEMÁTICA DEL NEXO DE DETERMINACIÓN

Ya antes se manifestó que la doctrina tradicional y la jurisprudencia de nuestros tribunales exigen la constatación de un elemento adicional al nexo causal entre la actuación imprudente y el resultado típico. Ese papel tradicionalmente le ha sido asignado al nexo de determinación.

Lo que se busca con este concepto es establecer que el resultado típico además de haber sido causado por la actuación imprudente debe ser consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado. Ello significa que el sujeto solo será responsable si con una actuación cuidadosa, el resultado no se hubiera producido.

Este elemento ha sido caracterizado por la doctrina de la siguiente manera: "no se da la relación de imputación objetiva si a pesar de que la persona actuante hubiese aplicado el cuidado exigido, de todos modos se hubiese producido el resultado jurídico afectante. Por eso es que se habla de procedimientos o procesos hipotéticos a tener en cuenta, que no es sino una argumentación valórica sobre la base del principio lógico de contradicción"<sup>28</sup>.

El recurso al nexo de determinación ha sido fundamental en la práctica judicial, a la hora de determinar la responsabilidad penal de una persona; pero sin embargo, este elemento ha sido objeto de una crítica radical en los últimos años en la medida que comporta el empleo de un curso causal hipotético.

Los cursos causales hipotéticos implican la comparación de lo efectivamente acaecido, con el desarrollo que habrían tenido los sucesos si en lugar de la actuación objeto de enjuiciamiento se hubiera realizado una distinta; y han sido empleados de manera recurrente por la doctrina, no solo en el ámbito de los delitos culposos, sino también en el ámbito de los delitos de omisión, bajo la forma del denominado nexo de evitación.

Los cursos causales hipotéticos son empleados en un ámbito complementario al de la causalidad de acuerdo con lo que se expresó unas líneas atrás. Sin embargo, los problemas epistemológicos que plantea la suposición de una actuación no realizada no son de poca monta y ello ha conducido a plantear que su empleo se debe suprimir.

La crítica de GIMBERNAT, uno de los autores que mayor atención ha dedicado a esta cuestión es muy radical: "La primera objeción contra la aplicación de una fórmula de la *conditio sine qua non* que no tenga en cuenta el resultado concreto nos es ya

conocida: entonces habría que aceptar la inadmisibles solución de que el conductor que mata culposamente no debe responder por su acción si se demuestra que la víctima hubiera perecido después, de todos modos, a consecuencia de un incendio o de un atropello.

La segunda objeción es: toda condena por homicidio culposo lesionaría el principio *in dubio pro reo*, pues nunca se podría llegar a un conocimiento seguro sobre lo que le habría ocurrido a la víctima en los próximos días"<sup>29</sup>.

En desarrollo de esa idea manifiesta GIMBERNAT que de ser consecuentes con la aplicación del *in dubio pro reo*, la gran mayoría de procesos en los que se aplicaran los cursos causales hipotéticos deberían conducir a la absolución<sup>30</sup>; porque el desarrollo consecuente de la teoría del nexo de determinación demanda que se compruebe con certeza que la conducta adecuada a derecho hubiera impedido la realización del resultado. Si al respecto existe algún margen de duda, en el sentido de que con la acción cuidadosa hubiera podido acaecer el resultado, habría que absolver, en aplicación del principio probatorio antes mencionado.

Los teóricos de la imputación objetiva, que comparten dicha crítica, han manifestado que el elemento complementario del nexo causal entre la actuación imprudente y el resultado típico debe ser el incremento del riesgo, pues este ofrece mayores seguridades a la hora de valorar los hechos. Para ROXIN no es satisfactorio que en presencia de una pequeña posibilidad de que el resultado se hubiera presentado con la conducta alternativa adecuada a derecho haya que absolver al imputado.

En relación con el famoso caso del ciclista<sup>31</sup> manifiesta ROXIN lo siguiente: "Está ampliamente aclarada la cuestión, ya tratada, de que se excluye la imputación si la conducta alternativa conforme a derecho hubiera conducido con seguridad al mismo

<sup>29</sup> GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, reimp., Madrid, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1990, págs. 132 y 133.

<sup>30</sup> "La doctrina que quiere aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non* para determinar cuáles son los casos en los que hay que absolver al autor por no realización de la infracción del deber, se encuentra en una situación sin salida: si exige que se demuestre con probabilidad rayana en la certeza que el resultado se habría producido también con un comportamiento diligente, lesionará el principio *in dubio pro reo* al condenar en aquellos casos en los que no se demuestre, con una probabilidad grandísima, que el resultado habría sido el mismo tanto con conducta imprudente, como con conducta correcta —con lo que la conducta se interpretará no a favor, sino en contra del agente—; por otra parte, en el momento en que no se exija una gran probabilidad en la prueba de que el resultado hipotético habría sido el mismo si la conducta ejecutada hubiera sido la prudente, habrá que absolver en casi todos los casos de producción culposa del resultado", *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pág. 133, nota 65.

<sup>31</sup> La teoría de la imputación objetiva, que en la tónica ha tenido un instrumento fundamental de desarrollo, ha debatido una serie de casos que han ayudado a definir sus contornos. Uno de ellos es el caso del ciclista planteado por ROXIN de la siguiente manera: "El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo, no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm. del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico", *Derecho penal*, Parte general, pág. 379.

<sup>28</sup> BUSTOS, *El delito culposo*, págs. 79 y 80.

resultado; pues entonces no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento. En cambio, en el caso del ejemplo, según la concepción aquí mantenida, es obligada la imputación, porque una conducción correcta habría salvado la vida, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente, y por tanto la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal<sup>32</sup>.

Las consecuencias de uno u otro planteamiento dogmático surgen con plena claridad en este caso: ante la incertidumbre de lo que hubiera acaecido en el caso de que se hubiera adelantado al ciclista a la distancia reglamentaria se opta por condenar, si se estima que se elevó la posibilidad de matarlo al conducir el camión como se hizo. El argumento fundamental que subyace a la postura que propone la imputación del resultado de muerte al autor radica en que al incumplir la norma reglamentaria de tránsito, que apuntaba a la limitación de riesgos, el sujeto aumentó las posibilidades de producción de la muerte del ciclista.

Es claro también que ante esa incertidumbre los autores que abogan por el reconocimiento del nexo de determinación propondrían absolver.

En este caso se manifiesta con toda claridad una de las consecuencias de la teoría de la imputación objetiva: una manifiesta ampliación del ámbito de la responsabilidad penal, mediante el refinamiento de las categorías dogmáticas. Es decir, de alguna manera se legitima teóricamente la extensión del derecho penal, haciendo de la pena un mecanismo más con el cual afrontar el problema que se deriva de la producción del resultado típico.

Hay un caso en la jurisprudencia española que refleja con toda claridad el problema que se quiere destacar (sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 1991, magistrado ponente: A. Huerta y Álvarez). El caso es el siguiente: un paciente ingresó a un centro hospitalario en pésimo estado neurológico (se encontraba en estado de coma carus, grado III, con pérdida absoluta de sus funciones de relación y con respiración espontánea insuficiente). Pocas horas después de su ingreso al centro hospitalario pasó de coma grado III a coma grado IV, sin respuesta a ningún tipo de estímulos, midriasis bilateral, ausencia de reflejos osteo-tendinosos, cutáneo-plantares corneales y encefalográficos y falta de respiración espontánea, todo lo cual reflejaba una irreversible ausencia de actividad cerebral. Agravado su estado, se le detectó radiológicamente un problema a nivel pulmonar. El problema era una atelectasia pulmonar que erróneamente se confundió con un derrame pleural. El médico tratante efectuó una punción para extraer el líquido pleural, pero "al hacerlo por inadecuada vía de abordaje y grado de penetración le produjo un desgarró en una arteria intercostal y alcanzó el bazo originando un sangramiento interno que determinó el fallecimiento por parada cardíaca, por shock hipovolémico, once horas después". Lo que interesa a los efectos del análisis es lo siguiente. La ley española de transplantes (Real Decreto de 22 de febrero de 1980) señala los requisitos para declarar cerebralmente muerto a un paciente. Ellos

son 4: ausencia de respuesta cerebral, ausencia de respiración espontánea, ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis, y electroencefalograma plano.

Al momento de la intervención errónea, el paciente presentaba los tres primeros signos clínicos, pero no se había practicado el electroencefalograma. En la situación del paciente existía una gran probabilidad de que el resultado de ese examen hubiera demostrado una inactividad cerebral, es decir, que fuera plano (una probabilidad que la sentencia estima de 99.998 entre 100.000).

La sentencia que fue absoluta en la instancia, fue casada por el Tribunal Supremo, manifestando que "aunque mínima, existe posibilidad de sobrevivencia del orden de 0,002%, esto es, que de cien mil casos con una sintomatología como la que presentaba el lesionado, tan solo dos conseguirían remontar dicha situación clínica, según predicciones efectuadas por la ciencia médica, y esa tan ínfima posibilidad impide declarar que se había producido la muerte cerebral, como se hace en la sentencia recurrida".

Las sentencias del Tribunal Supremo español no exigen, para la declaratoria de responsabilidad penal por culpa, que se establezca la existencia de un nexo de determinación o de antijuridicidad. Ese problema por consiguiente no fue ni siquiera planteado en la sentencia referida, pero es innegable que ella ejemplifica bien el problema de que se trata en este caso: la intervención errónea del cirujano aumentó las posibilidades de muerte del paciente. En el análisis del caso no se puede perder de vista que el paciente posiblemente ya había fallecido.

Este caso permite detectar bien las consecuencias del desarrollo de la teoría del incremento del riesgo: habría que imputar la muerte de un paciente con una probabilidad de 99.998 sobre 100.000 de estar ya muerto<sup>33</sup>.

Ahora bien. Autores como GIMBERNAT podrían replicar que si existiera una posibilidad entre cien mil (1/100.000) de que el paciente hubiera fallecido habría que absolver, por falta de certeza, porque de lo contrario se estaría contrariando el *in dubio pro reo*. De la forma como este autor plantea el problema, esa propuesta de solución, que le parece absurda, parece desarrollar consecuentemente la teoría del nexo de determinación.

Detectada entonces la relevancia de las críticas formuladas a la teoría del nexo de determinación, cabe preguntarse cuál es la solución más correcta a la hora de definir el carácter del elemento complementario del nexo causal a que antes se hizo referencia.

<sup>32</sup> Sobre la relevancia del factor cuantitativo en la determinación de la licitud del riesgo manifiesta PAREDES CASTAÑÓN: "el juicio de peligrosidad, por su naturaleza de proposición predicativa modal, no admite la simple afirmación (o la simple negación), sino que exige una graduación de la misma. De este modo, se plantea la cuestión de cuál es el grado de peligro de causación del resultado disvalioso que es preciso para que afirmemos jurídicamente la existencia de un juicio positivo de peligrosidad: es decir, la relevancia jurídica de la peligrosidad. Problema este que ha de ser resuelto necesariamente atendiendo a criterios valorativos, puesto que el mero juicio de probabilidad nada nos puede decir acerca de su propia relevancia", *El riesgo permitido en derecho penal*, pág. 193.

<sup>33</sup> ROXIN, *Derecho penal*, Parte general, pág. 379.

Varias son las objeciones que se le podrían hacer al planteamiento de ROXIN citado. En primer lugar que su marcado interés por suprimir la relevancia de los cursos causales hipotéticos no es bien logrado, pues su mecanismo para determinar si se aumentó el riesgo respecto a lo que habría sucedido con una conducta que, por ejemplo, no fuera infractora de reglamentos, está introduciendo en el fondo una comparación con una conducta que no fue realizada, y de la que, en consecuencia, será muy difícil establecer cuáles habrían sido los riesgos que generara.

Dentro de la cita atrás efectuada, eso es lo que significa justamente la expresión "una conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente".

En segundo lugar, es legítimo entender que las normas que determinan el carácter permitido del riesgo que se despliega con una actuación buscan la limitación del mismo, para mantenerlo dentro de rangos que la sociedad o el ordenamiento jurídico están dispuestos a tolerar. De esa manera toda conducta mediante la cual se infringen esas normas, determinaría en la práctica un incremento del riesgo respecto a lo permitido, razón por la cual, en la práctica, el planteamiento de ROXIN implicará que baste la causación mediante una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado del resultado típico y la producción de este, para que sea procedente efectuar la imputación del hecho al autor (quedando únicamente el correctivo posterior que emplean este autor y GIMBERNAT, aunque este último autor de manera exclusiva, del fin de protección de la norma<sup>34</sup>).

Con una interpretación distinta del pensamiento de ROXIN a la propuesta en este escrito ha sostenido RUSCONI que en la práctica el autor alemán no prescinde del nexo de determinación, sino que lo denomina de manera distinta, atribuyéndole funcionalmente el mismo papel: "La solución ofrecida por ROXIN no difiere en verdad demasiado de la aplicación de la llamada 'teoría del nexo', salvo en la elección terminológica. Sucede que en los casos en los cuales el comportamiento alternativo conforme a derecho no hubiera evitado el resultado, no hay ninguna 'elevación del riesgo'. Que esta ausencia de elevación del riesgo se ubique físicamente en el marco de la infracción del deber objetivo de cuidado o que forme parte de un eventual nexo de imputación, no modifica demasiado las cosas"<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> "Por lo que se refiere a los delitos culposos, nuestra solución parte de que los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad. Cuál sea el fin de la norma, es algo que se puede determinar perfectamente utilizando los métodos corrientes de la interpretación jurídicopenal. En los delitos dolosos el procedimiento es análogo: si el resultado producido es uno de los que la norma quería evitar, el autor responderá por delito consumado". GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, págs. 146 y 147.

<sup>35</sup> RUSCONI, "La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente", en *Jueces para la democracia*, núm. 27, 1996.

Respecto al criterio del fin de protección de la norma es importante destacar las dificultades existentes para su concreción en una gran cantidad de supuestos. La inseguridad que en ocasiones está aparejada a dicho criterio, dificulta tenerlo como criterio único de configuración del elemento constitutivo del "plus" adicional al delito culposo que se está buscando.

Por ejemplo, en el caso propuesto unas líneas atrás podría indagarse por el fin de protección de la norma que obliga a efectuar de manera cuidadosa las punciones toraco-abdominales. A lo mejor podría señalarse que el fin de esa norma de cuidado es la de evitar que se produzca cualquier lesión en el paciente que pudiera llegar hasta a producirle la muerte por hemorragia, con independencia de las posibilidades de que exista o no muerte cerebral; o por el contrario, podría pensarse que el fin de la norma se relaciona solo con la protección de personas vivas (en el sentido jurídico-penal del término) y que por ende se debería dejar en la impunidad los casos en los que se produzca la parada cardíaca de quien estaba ya muerto cerebralmente. Pero sin embargo, ¿qué hacer cuándo, como en el caso propuesto, existe una incertidumbre respecto a este último aspecto? ¿Dependerá la solución de que la posibilidad de vida fuera más o menos alta?

Si la respuesta fuera la primera (es decir, la evitación de cualquier lesión que pudiera concluir con la muerte por hemorragia), habría que definir todavía si la norma pretende castigar como homicidio la actuación sobre un organismo aún en el caso de que haya solo un 0,002% de posibilidades de que esté con vida. En ese caso, la teoría sería muy poco satisfactoria desde el punto de vista político-criminal y de la extensión debida del sistema de derecho penal.

Si la respuesta fuera la segunda, habría que concluir que sería muy escaso el aporte de la teoría del fin de protección de la norma, si no se soluciona previamente la relevancia del hecho de que existiera una posibilidad de vida tan escasa y solo determinable en términos porcentuales tan bajos. En esa medida parece que habría que determinar a partir de qué porcentaje se puede considerar relevante la posibilidad de que la persona estuviera viva. Y no parece ser esa la vía deseada por GIMBERNAT y por quienes sostienen la vía argumental esbozada por él.

Es posible finalmente que ninguna de las propuestas de fijación del fin de protección de la norma en este caso concreto sea la correcta, sino una tercera que aquí no ha sido vislumbrada. Pero si esa es la conclusión habrá que decir que la utilidad del fin de protección de la norma es limitado dada la dificultad para desentrañar su verdadero contenido. Una de las críticas que de manera reiterada se formulan a la teoría del nexo de determinación es la imposibilidad práctica de establecer lo que hubiera sucedido con un comportamiento alternativo cuidadoso. Por lo menos, se afirma, esa imposibilidad es constatable en una gran mayoría de supuestos. Y tener que absolver en los casos en los que es perceptible una actuación descuidada por parte del agente, que además ha producido el resultado, con el mero argumento de que es posible, aun en una mínima medida que el resultado también se hubiera producido con una conducta cuidadosa, no parece justo, según manifiestan los críticos.

La teoría de la imputación objetiva se presenta en este campo como un mecanismo ampliatorio del ámbito de la responsabilidad penal, según se demostró al analizar el caso de la punción toraco-abdominal. Y un derecho penal que mantenga su pretensión de ser la *ultima ratio* dentro de los mecanismos de control social no debería tener tanto temor frente al hecho de que las redes del sistema penal se amplíen para permitir que menos personas queden comprendidas en él<sup>36</sup>. Máxime en ordenamientos jurídicos como el colombiano en el que los derechos del perjudicado (que en estos tiempos de replanteamiento del papel de la víctima se van haciendo cada vez más importantes), podrían ser discutidos mediante un proceso civil independiente, para el que una eventual absolución proferida dentro de un proceso penal que concluyera antes de la emisión de sentencia en el proceso civil podrá no ser vinculante.

Además la dificultad que plantea la solución en clave tópica de los asuntos dogmáticos es que se suele acudir a casos extremos, para respaldar o para refutar una determinada teoría, con lo que en no pocas ocasiones se pierde la relevancia de casos intermedios. Y estos casos demuestran que el derecho penal puede contar en un número razonable de casos con la herramienta que le reporta el empleo de los cursos causales hipotéticos.

El sentimiento de justicia que a algunos les podría hacer aparecer como injustificadas determinadas absoluciones a partir del empleo de aquel elemento, podrían ser confrontadas con el sentimiento de otros que por su parte considerarían insatisfactorio el empleo del derecho penal cuando exista alguna posibilidad, por mínima que sea, de que el resultado también se hubiera producido con una conducta ajustada a cuidado.

Además, existe la tendencia a distorsionar el problema que representa el empleo de los cursos causales hipotéticos en derecho penal. En efecto, en medida importante es pertinente la afirmación de RUSCONI según la cual "la afirmación de que 'uno nunca sabe cómo se hubieran producido las cosas en un curso hipotético' o cualquier otra parecida, tan repetida como poco profunda, es más efectista que real"<sup>37</sup>; pues a la teoría del nexo de determinación se la ha querido llevar a expresar unos resultados que nunca han estado dentro del ámbito de significación posible.

Así, por ejemplo, si un paciente fallece por choque hipovolémico en el transcurso de una cirugía porque el cirujano erróneamente lesiona la aorta cuando suturaba un pulmón, no se podría decir que necesariamente se debe absolver al paciente porque toda cirugía tiene riesgos inherentes, o porque, por decir algo, el 1% de los pacientes pueden desarrollar una reacción alérgica a la anestesia en el transcurso de la cirugía. Eso nunca lo ha dicho la teoría del nexo de determinación; porque en últimas esta

<sup>36</sup> Pronunciándose sobre los argumentos críticos con la vigencia del *in dubio pro reo* en este ámbito que exponen algunos autores manifiesta RUSCONI que: "Las afirmaciones contrarias recientes son algo así como la afirmación de que 'se debe respetar el *in dubio pro reo*', pero 'no tanto'. Como si el respeto a una garantía del Estado de derecho pudiera ser graduable y el Estado estar autorizado a 'violar un poco' algunas exigencias republicanas", *La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente*, pág. 68.

<sup>37</sup> *La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente*, pág. 68.

siempre se ha valido de lo que hubiera sucedido suprimiendo solo la actuación imprudente (la lesión de la aorta), y sustituyéndola por una actuación cuidadosa (una en la que no se produjera la punción de la arteria). Si desde una perspectiva *ex post* no aparecieron hechos que indiquen la existencia de reacciones desfavorables al anestésico, ese factor no habrá de ser tenido en cuenta.

Si para establecer el nexo de determinación se toman en consideración únicamente los factores que hayan sido objeto de constatación desde una perspectiva *ex post*, hay que concluir que en gran medida las críticas carecen de base real. De no ser así, es verdad que nunca se podría considerar cometido un delito culposo, pues siempre aparecerían factores generadores de riesgo que se hubieran podido plasmar en el resultado (el médico siempre podría manifestar que el paciente podría integrar el 1% de los que desarrollan reacciones alérgicas al anestésico).

Si como consecuencia del empleo del nexo de determinación se abren espacios de impunidad que otras teorías cerrarían, no hay allí un argumento suficiente para prescindir de este mecanismo, en un derecho penal preocupado por mantener su carácter de *ultima ratio*. Ese es un coste que el sistema penal perfectamente puede asumir, sobre todo si se tiene en cuenta que la respuesta penal no garantiza la mejor solución social que subyace al conflicto derivado de la producción de un resultado típico.

Y si es cierto que existen problemas metodológicos para la concreción del nexo de determinación en determinados casos, de manera semejante a lo que ha sucedido con la problemática inconcreción del bien jurídico, que ha sido una de las causas fundamentales para las críticas que en los últimos tiempos se le han formulado<sup>38</sup>, no debe perderse de vista que las dificultades que aun se derivan del empleo de los cursos

<sup>38</sup> En una línea muy crítica con el concepto de bien jurídico manifiesta Jakobs que "El rendimiento positivo de los esfuerzos por conseguir un concepto de bien jurídico es escaso", *Derecho penal*, Parte general, pág. 55.

Y ciertamente suscitan serias dudas la capacidad crítica del concepto de bien jurídico, al menos respecto a ordenamientos jurídicos como el nuestro, manifestaciones como la de ROXIN respecto a la vida de los animales y su carácter de bien jurídico: "Un punto neurálgico —en la discusión sobre el alcance del bien jurídico— lo constituye también el tipo de los malos tratos a animales (...) que siempre se cita como prueba de que incluso sin lesión de bienes jurídicos ha de admitirse la punición... Pero ello no significa que en este caso se proteja una mera concepción moral, sino que hay que partir de la base de que el legislador, en una especie de solidaridad entre las criaturas, también considera a los animales superiores como nuestros semejantes, como 'hermanos distintos' y los protege como tales", *Derecho penal*, Parte general, pág. 59.

Pese a que las limitaciones estructurales que posee el concepto de bien jurídico, podrían justificar que autores que se manifiestan consecuentes defensores suyos lleguen a justificar la intervención del derecho penal para la protección de la vida de los animales superiores, como hermanos nuestros que serían, es bueno repetir, que el concepto de bien jurídico tiene una capacidad crítica de la que no parece político-criminalmente conveniente renunciar en los países de lo que ZAFFARONI llamaría "nuestro margen", a lo mejor desde una perspectiva más modesta que aquella desde la que tradicionalmente ha sido enfocada la cuestión. En este sentido ha manifestado FERRAJOLI que "En realidad no puede alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de la noción de bien jurídico. Lo que significa que una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente —y además no serviría para nada que nos lo dijera— que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación", *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés y otros, Madrid, Trotta, 1995, pág. 471

causales hipotéticos tienen que constituirse en un reto para perfeccionar ese mecanismo, pero no necesariamente para renunciar a su empleo. Máxime además, si en ambos casos, las alternativas de solución han sido insatisfactorias.

Finalmente es necesario destacar algo que lo extenso de la mención de otra problemática no pareciera haber destacado en la medida que la cuestión lo merece: los aportes que a la teoría del delito han efectuado los criterios de imputación objetiva del resultado no parecen prescindibles en este momento histórico.

Por esa razón parece que el complemento del nexo causal debe estar dado por el nexo de determinación, que además ha de ser corregido en sus resultados por criterios con el fin de protección de la norma, y antes que él por el del incremento del riesgo. Reconociendo a estos un carácter complementario, pero no sustitutivo del nexo de determinación, se irán afinando los mecanismos que fundamenten la responsabilidad penal. Y la irán limitando, retornándola a los cauces que el maximalismo penal ha querido hacerle perder.

### 3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE IMPRUDENCIA

Uno de los aspectos que presentan mayor importancia práctica al efectuar el estudio de la responsabilidad por imprudencia, es el de la determinación de los criterios a partir de los cuáles definir el título de autor o partícipe con que interviene una persona en el hecho punible.

No es extraño que en las sociedades modernas la realización de actividades de las que deriva el riesgo de afectar un bien jurídico, corresponda a un número plural de personas. Ello es particularmente claro en supuestos como el de las actividades médicas, o de construcción, para citar algunos de los que más han ocupado a la jurisprudencia durante los últimos años. En actividades de este tipo, el reparto de funciones es determinante para su ejecución, pues de otra manera no podrían ser llevadas a cabo. Así, por ejemplo, sin un reparto de funciones al interior del quirófano entre el cirujano y el anestesiólogo y el personal auxiliar, difícilmente podría desarrollarse la intervención quirúrgica. Igual necesidad de distribuir funciones se presenta en la actividad de arquitectos y aparejadores.

Pues bien, en el desarrollo de una actividad ejecutada de manera conjunta, puede suceder que se infrinja el deber de cuidado correspondiente a la situación concreta por parte de alguno de los intervinientes o por parte de varios de ellos. Uno de los principales problemas por resolver dentro de la dogmática de la imprudencia es el del tratamiento que se ha de dar a cada uno de los individuos participantes en el acto.

Por lo pronto es necesario afirmar que en el derecho penal español la doctrina y la jurisprudencia han sido muy renuentes a aceptar como sujetos pasivos de imputación de responsabilidad jurídico-penal a sujetos distintos de las personas naturales, exclusión que por supuesto comprende a cualquier tipo de colectivos, máxime si carecen de personalidad jurídica autónoma. La imputación se efectúa a título estrictamente

individual. Ello significa que según la doctrina y la jurisprudencia dominantes, y en realidad casi unánimes, hay que buscar cuál de los intervinientes, mediante su actuar imprudente, determinó la aparición del resultado, para hacerlo sujeto pasivo de la atribución del resultado, y ello, de acuerdo con lo que se señalará más adelante, a título de autor.

Dada la necesidad de diferenciar entre los co-intervinientes los distintos ámbitos de responsabilidad, la doctrina ha propuesto en este ámbito la aplicación de dos principios con ayuda de los cuales determinar a quién corresponde la responsabilidad por la infracción del deber de cuidado que dio lugar a la producción del resultado lesivo. Ellos son el principio de división del trabajo y el principio de confianza.

El principio de división del trabajo constituye, de la forma en que ha sido empleado por la doctrina, más que un principio para delimitar ámbitos de responsabilidad, un reconocimiento de que la distribución del trabajo es una forma esencial de ejecución de determinadas actividades dentro de las sociedades modernas<sup>39</sup>.

En la búsqueda de criterios para atribuir responsabilidades, el principio de confianza resulta mucho más útil. La formulación más satisfactoria de este, debe partir del reconocimiento de que el deber de actuación de cada uno de los participantes en la actividad de que se trate está condicionado por la actuación de los demás<sup>40</sup>, de tal manera que la percepción o la posibilidad de percibir lo imprudente de la intervención del otro, dará lugar a un incremento del deber de cuidado, que en el caso concreto se manifestará en el deber de adoptar las medidas necesarias para neutralizar la aportación imprudente del cointerviniente.

La anterior formulación permite destacar varios rasgos importantes. Entre ellos cabe destacar, que pone de presente el carácter graduable del deber de cuidado, es decir, la posibilidad de que aparezca como más o menos intenso de acuerdo con la situación concreta; y este es el segundo aspecto, que además tiene una íntima relación con otro ya señalado: el deber de cuidado siempre se determina atendiendo a las circuns-

<sup>39</sup> Esta extensa digresión no ha tenido objeto distinto al de señalar que al igual que el bien jurídico, el nexo de determinación ha sido objeto de enconadas críticas a partir de los problemas de concreción o de limitada extensión de la responsabilidad penal que se les ha imputado en uno u otro caso. Ello, más que un argumento que para prescindir de esos conceptos debiera ser un pretexto para concretarlos mejor.

Al respecto manifiesta Ag. JORGE BARREIRO que "La división de trabajo se refiere a una actividad en la que varias personas colaboran para conseguir un objetivo común.

Siguiendo a WILHELM puede señalarse que las cuestiones a dilucidar en esta problemática son: qué funciones desempeña cada uno de los intervinientes; cómo es su distribución en el desarrollo y cumplimiento del trabajo en común, y de qué forma se pueden tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en régimen de trabajo en equipo". *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, reimpresión de la 1ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1995.

<sup>40</sup> En este sentido, por ejemplo, WELZEL: "la jurisprudencia ha planteado y desarrollado para el tránsito urbano el principio de confianza, según el cual al participante en el tránsito le es admisible confiar en que el otro partícipe se comportará también en forma correcta, hasta que circunstancias especiales del caso hagan reconocible lo contrario". *Derecho penal alemán*, Parte general, 12ª ed., 3ª ed. castellana, trad. J. Bustos y S. Yañez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987, pág. 188.

tancias dentro de las cuales se debe actuar. Además de lo anterior, esa caracterización del principio de confianza ayuda a destacar la posibilidad de que existan deberes de vigilancia radicados en cabeza de algunos de los sujetos, con respecto a la actividad de otros participantes en la misma actividad, lo que será especialmente claro en los casos en que exista una relación vertical (o jerárquica) entre los distintos intervinientes. En muchos casos habrá lugar a afirmar la responsabilidad del superior por el incumplimiento de sus deberes de vigilancia con respecto a la actuación del inferior que resulta lesiva para los bienes jurídicos de terceros.

En principio, el incumplimiento de esos deberes de vigilancia podría pensarse que resulta generador de responsabilidad tanto para el superior como para el inferior que fue quien determinó la concreta aparición del resultado.

Esta solución, sin embargo, cabrá formularla solo como principio general necesitado de sucesivas matizaciones. En efecto, este problema conecta de manera directa con la problemática enunciada al comienzo de este apartado, de elaboración de un concepto unitario de autor en materia de delitos imprudentes.

Y es que si bien la imputación de responsabilidad de manera estrictamente individual parece asumible en todos sus resultados; no parece que se pueda predicar lo mismo de la consideración general como autores de los distintos intervinientes imprudentes en el hecho, sin efectuar ninguna diferenciación entre autores y cómplices, de acuerdo con lo que se explicará a continuación.

En efecto, se afirma por la doctrina y por la jurisprudencia mayoritarias que la persona que mediante la infracción del deber objetivo de cuidado determina la aparición de un resultado concreto, es responsable del mismo, y lo es a título de autor; pues según se afirma, en materia de imprudencia domina un concepto unitario de autor<sup>41</sup>.

En términos prácticos lo anterior significa lo siguiente. Toda persona que mediante un comportamiento infractor del deber objetivo de cuidado haya determinado la aparición del resultado lesivo, responde como autor de la producción del mismo; sin que quepa la diferenciación que se establece en materia de responsabilidad dolosa entre autores y cómplices. En otras palabras, todo interviniente imprudente en la realización de un hecho responde, según esta opinión mayoritaria, como autor, sin atender a la magnitud de su aportación para la realización del hecho.

Esta conclusión parece excesiva. No resulta satisfactorio afirmar que si en materia de responsabilidad dolosa existe una diferenciación en la calificación dada a los distintos intervinientes a partir de la magnitud de la aportación prestada por el sujeto a la realización del hecho; con respecto a un delito menos grave como es el delito imprudente, deba desconocerse la magnitud de las distintas aportaciones al resultado final, y darse a los distintos intervinientes un tratamiento similar: el de autores del hecho.

<sup>41</sup> Al respecto manifiesta JESCHECK: "De ahí que sea autor del delito imprudente todo el que, infringiendo el cuidado exigible en el tráfico, contribuya a realizar el tipo, bien entendido que, siempre que no se trate de un puro delito de resultado, aquel, para ser castigado, ha de realizar también los elementos de la acción. Tampoco existe diferencia entre autoría y participación imprudente", *Tratado de derecho penal*, Parte general, 4ª ed., trad. J.L. Manzanares, Granada, Comares, 1993, pág. 596.

En los últimos años han sido varias las voces que se han levantado contra las conclusiones a las que conduce el planteamiento de la doctrina mayoritaria. Una de las más coherentes ha sido la de LUZÓN PEÑA a través de la formulación de lo que se conoce como la determinación objetiva del hecho.

Según este autor existe un sustrato común a la autoría en materia de injusto doloso e imprudente. Ese sustrato estaría configurado por la "determinación objetiva del hecho"<sup>42</sup>, la cual, concretada respecto al delito imprudente, se caracterizaría así: "solo es autor imprudente aquel cuya conducta determine objetivamente (y positivamente) la producción del resultado. Y ello implica que tal conducta, consciente o inconscientemente de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta, el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el sí y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente, hacia la producción del resultado. Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero 'poder o capacidad de impedir o contener' el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, poder que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que dominio potencial negativo o, más simplemente, 'dominio negativo', característico de una forma de simple participación como la cooperación necesaria"<sup>43</sup>.

Según este planteamiento solo sería autor de un hecho aquella persona que con su actuación haya determinado la concreta configuración de este, es decir, la forma como el mismo apareció. Quien habiendo efectuado algún tipo de aportación al hecho, no haya determinado la forma concreta de aparición del mismo, no podrá ser considerado como su autor, sino como un partícipe; y por supuesto no podrá ser sometido a la pena correspondiente a aquel.

La teoría propuesta por LUZÓN tiene un mérito especial y es que procura fundamentar la distinta punibilidad correspondiente a personas que vinculadas causalmente al resultado mediante una actuación imprudente, no determinan sin embargo, de la misma manera, la producción de aquel.

Un supuesto práctico puede ayudar a entender la problemática: un cirujano se apresta a realizar una cirugía, y en el preoperatorio, uno de los ayudantes prepara una zona anatómica distinta de la que debía ser intervenida. El cirujano ingresa al quirófano y sin constatar cuál era la intervención indicada, que incluso había sido ordenada por él mismo, procede a operar en un lugar innecesario, lo que produce una lesión al paciente representada por una ejecución de manera manifiestamente contraria a la *lex artis* de la

<sup>42</sup> "Esa cualidad de la acción o característica fáctica de la autoría (en los delitos de resultado) es, a mi juicio, la "determinación objetiva" del hecho, o sea, del acontecer típico, del curso causal, de la producción del resultado. Ahí se encuentra el sustrato o base objetiva de la autoría, es decir, de la auténtica realización del hecho típico, tanto en el delito doloso como en el imprudente. En el delito doloso ese sustrato pasa a denominarse dominio del hecho cuando al mismo se le añade una dirección de voluntad consciente y final", LUZÓN PEÑA, "La determinación objetiva del hecho", en *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1990, págs. 112 y 113.

<sup>43</sup> LUZÓN PEÑA, *La determinación objetiva del hecho*, págs. 113 y 114.

intervención<sup>44</sup> (que ya con el traumatismo derivado de una intervención, podría entenderse configurada).

En este caso parece claro que la conducta del auxiliar de cirugía que actúa de manera errónea o imprudente dentro del preoperatorio, propició de alguna manera el error en que incurrió el cirujano; sin embargo, no se puede desconocer que fue este quien con su actuación determinó de manera concreta el resultado producido. Es decir, que la magnitud de la intervención de ambos, de cara a la lesión del bien jurídico, no fue la misma. Y en esa medida, parece insatisfactorio dispensar a ambos un tratamiento similar, atribuyéndoles el carácter de autores de la lesión.

En principio podría pensarse entonces que existen razones político-criminales que justifican el intento de diferenciar entre diversas formas de participación en el hecho imprudente, por lo menos entre la autoría y la complicidad<sup>45</sup>. La inducción imprudente presenta una problemática muy particular que desafortunadamente no es posible tratar en este lugar<sup>46</sup>.

Establecida la conveniencia de efectuar la citada diferenciación, el paso siguiente será el de escudriñar si el concepto mismo de complicidad es incompatible con la imprudencia, posición asumida por un sector doctrinal importante para negar la existencia de complicidad imprudente y afirmar, al tiempo, que todo interviniente imprudente en el hecho, es coautor del mismo.

La complicidad se encuentra regulada en el artículo 29 del Código Penal: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

En esta figura destaca, fundamentalmente, el aspecto objetivo de la actuación del cómplice, sin incluir ninguna mención expresa al dolo con el que debiera actuar la persona que coopera a la ejecución del hecho. La única posibilidad de entender que la complicidad debe ser necesariamente dolosa, sería la interpretación del término cooperación como portador, él mismo, del propósito de efectuar un aporte a la realización del hecho.

<sup>44</sup> Supuesto similar, aunque no en cuanto a la intervención del auxiliar en la sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de noviembre de 1984, en la que se casó la sentencia condenatoria contra un urólogo que por un mal examen de los medios de diagnóstico y de la historia clínica extrajo a un paciente, que luego falleció, un riñón sano en lugar del enfermo.

<sup>45</sup> En este sentido manifiesta FEJOO SÁNCHEZ: "En primer lugar es preciso oponerse a la idea de que toda persona relacionada con un tipo penal imprudente debe responder solo como autor individual. Como punto de partida hay que negar el presupuesto de que solo se puede diferenciar entre niveles de responsabilidad por un hecho delictivo en virtud de criterios subjetivos como el dolo del autor"; y más adelante señala "La conversión de todo partícipe en autor no respeta el tenor literal posible de los preceptos penales y convierte actos preparatorios en ejecuciones típicas. No se entiende por qué lo que es realizado dolosamente precisa de la accesoriadad con el ejecutante para adquirir relevancia penal, mientras en los supuestos imprudentes la misma conducta se entiende sin más como un hecho típico", La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*), en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, págs. 322 y 325.

<sup>46</sup> De todas maneras parece conveniente señalar que existen razones de peso para pensar en su impunidad. En este sentido, BERDUGO y otros, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Barcelona, Praxis, 1996, pág. 252.

Y ello podría entenderse si en el significado que al término confiere el Diccionario de la Real Academia Española: 'Obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin', se destaca la idea del fin como objetivo que se ha propuesto alcanzar<sup>47</sup>, es decir, si se le dota de una connotación fundamentalmente subjetiva.

Sin embargo, esa es solo una de las interpretaciones posibles, pues podrían formularse otras que se limitaran a destacar el aspecto objetivo de la aportación del cómplice, entendiendo "el mismo fin" como el resultado final de la actuación, para alcanzar el cual se pudo prestar una ayuda aun sin mediar acuerdo entre los cooperantes y sin que existiera el propósito de facilitar al autor el logro del resultado; además, no se puede desconocer la facultad de que goza el derecho para recrear los conceptos y dotarlos de una determinada funcionalidad.

En España ha existido una mayor disposición de la doctrina que en Alemania a aceptar la existencia de complicidad imprudente, llegando incluso algunos de los autores que se han inscrito en esta línea a postular la impunidad del cómplice imprudente. A ello se hará mención más adelante.

Así las cosas, existe una pluralidad de opciones con respecto a la punibilidad de la participación imprudente, que se podrían resumir de la siguiente manera. La primera señalaría que la complicidad imprudente es conceptualmente improcedente y en consecuencia, que todo aquel que por imprudencia intervenga en la realización de un hecho responde a título de autor, sin importar la magnitud de la aportación<sup>48</sup>; la segunda afirmaría que es posible y debe reconocerse su existencia<sup>49</sup>, y la reducción de la pena correspondiente con respecto al delito doloso; o finalmente, que esta forma de participación es posible pero impune<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> *Diccionario de la Real Academia*, 20 ed., 1984, pág. 375.

<sup>48</sup> Este es el planteamiento de quienes sostienen que el dolo constituye un elemento propio de la participación. Pese a la radicalidad con la que suelen plantearse el concepto de autor en materia de imprudencia, y sus consecuencias, es posible pensar en la existencia de correctivos para aminorar los resultados de esta teoría, a los que antes se calificó como excesivos.

Uno de ellos, el más importante quizás, sería el establecimiento de procesos de imputación independientes para cada uno de los intervinientes en el hecho, de tal manera que se dejara subsistente la posibilidad de invocar la ruptura del nexo de imputación debido a la intervención de otro sujeto imprudente; es decir, afirmando que el riesgo que se realizó en el resultado fue el correspondiente a la actuación de este último individuo. De hecho, esta parece la forma de razonar de los teóricos del concepto unitario de autor. Sobre la relación entre el concepto unitario de autor y el principio de accesoriadad, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, págs. 117 y ss.

<sup>49</sup> Así por ejemplo, FEJOO, criticando el planteamiento de LUZÓN, La imprudencia en el Código Penal de 1995, págs. 328-330. No es clara la posición de MANZANARES SAMANIEGO, "La imprudencia en el nuevo Código Penal", en *Actualidad Penal*, núm. 1, 1997, págs. 4 y ss.

<sup>50</sup> En vigencia del Código Penal español de 1995, SILVA ha creído encontrar un argumento de derecho positivo para sostener la impunidad de la participación imprudente (postura que sostenía desde antes de la entrada en vigencia de dicho Código: "Con la introducción de un sistema de *numerus clausus* parece inevitable la solución de que las formas de participación, al no haberse tipificado en su modalidad imprudente, pueden solo cometerse a título de dolo, y eso para cualquier delito, de modo que *la participación por imprudencia es impune*

Todas estas aparecen como alternativas que es necesario tomar en consideración. Algunas de ellas, en concreto las dos últimas, ofrecen vías conceptuales muy interesantes y bien fundamentadas para descartar la afirmación según la cual todos los intervinientes en el hecho que hayan actuado con imprudencia, deben responder a título de autores. Las dos posibilidades mencionadas al final presentan un importante punto de conflicto en cuanto a las perspectivas político-criminales sobre las que se asientan. En la que propone la impunidad para el cómplice imprudente, se destacan argumentos relativos a la escasa magnitud de la aportación en relación con la ulterior afectación del bien jurídico, lo que desde el principio de antijuridicidad justificaría el prescindir de la imposición de pena. A este planteamiento se podría oponer que la prescindencia de pena podría comportar una permisividad del relajamiento de las medidas de cuidado a adoptar con respecto al bien jurídico, lo que a la larga determinaría una mayor exposición del mismo a situaciones de peligro, pues la falta de pena le permitiría al cómplice actuar de manera descuidada.

Problemas de espacio no permiten extenderse en este lugar en la defensa de una o de otra propuesta. Interesa destacar de todas maneras que partiendo de valoraciones que tomen en consideración la gravedad del comportamiento con respecto a la generación del riesgo, podría sostenerse como premisa general la impunidad de la participación imprudente. Ahora bien, si se desea extremar la protección a bienes jurídicos fundamentales como la vida, la jurisprudencia podría prescindir de este como principio general, de forma que se apropie del instrumento para la sanción de los casos de complicidad de especial relevancia, que sin embargo, no alcanzan a constituir autoría.

#### 4. EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL Y LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS IMPRUDENTES

Este trabajo mencionó en su inicio lo insatisfactorio de la fórmula consagrada en el art. 37 del Código Penal vigente. Por las razones expuestas a lo largo de este escrito es conveniente, si se opta por hacer definiciones que debieran quedar reservadas a los jueces y a los doctrinantes, que se reconozcan expresamente en el artículo 23<sup>51</sup> del proyecto tanto la infracción del deber objetivo de cuidado, como el nexo de determinación, en la medida que se exige que el resultado sea producto de la infracción al deber objetivo de cuidado.

En cuanto a la parte especial, el proyecto no introduce modificaciones sustanciales a las figuras culposas existentes en la actualidad. Solo se introducen dos nuevas disposiciones consagradoras de delitos culposos. El de lesiones al feto (art. 123 del

*por atípica*". "Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Parte general, Madrid, Estudios de derecho judicial, CGPJ, 1996, pág. 153, cursiva en el texto; en sentido similar, LUZÓN, *Curso de derecho penal*, Parte general, pág. 507.

<sup>51</sup> *Culpa*. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberla previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

proyecto) y el de contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo (art. 321 del proyecto).

El primero de tales delitos muestra la influencia que en la elaboración han tenido los proyectos legislativos más recientes de países que ejercen una marcada influencia sobre nuestra doctrina. Y en concreto el Código español de 1995 en el que se estableció el carácter punible de las lesiones al feto. Sin embargo, existe una manifiesta incongruencia valorativa frente al hecho de que el aborto culposo sea impune.

En cuanto al delito culposo contra el medio ambiente no es de extrañar su tipificación si se tiene en cuenta que en los últimos años el principio del bien jurídico se ha convertido más en un principio que demanda la criminalización de determinados comportamientos y no un principio limitador del *ius puniendi*. Y respecto de un bien jurídico al que algunos han considerado el principal bien jurídico después de la vida<sup>52</sup>, no es de extrañar la protección frente a comportamientos culposos. Sin embargo, si se confirió al bien jurídico medio ambiente una relevancia similar a la que le confiere el autor del que se extrajo la cita anterior, la protección contra comportamientos culposos, es muy limitada la protección dispensada por vía de la tipificación de comportamientos. A lo mejor porque se piensa, que si se promulga el nuevo código, la protección penal del medio ambiente mantendrá el carácter fundamentalmente simbólico que ha tenido en la actualidad.

<sup>52</sup> "Y como, además, no hay razón alguna para que sea de mejor condición una generación frente a las demás, cabe deducir como norma básica que existe un derecho de todas las generaciones a una parte relativamente igual de los recursos naturales, de lo que a su vez puede inferirse la existencia y la preservación de un medio ambiente propicio a la vida y en el que esta pueda desarrollarse en condiciones favorables como el bien jurídico que ocupa el segundo lugar en la jerarquía de valores después de la existencia y de la preservación de la especie *homo sapiens*". BERND SCHUNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de M Cancio, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 21.