

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Normas de comportamiento y reglas de imputación. III. Exigencias de cuidado. IV. Normas de comportamiento y exigencias de cuidado. V. Consecuencias. VI. Resumen

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En lo que sigue quisiera entrar en la pregunta de qué significa “imprudencia” en el derecho penal. En el Código Penal alemán, el concepto de imprudencia no se encuentra definido. El legislador alemán renunció conscientemente a definir el dolo y la imprudencia, para así dejar la determinación de estos conceptos a la jurisprudencia y la doctrina científica. Existen, sin embargo, proyectos de reforma del Código Penal alemán¹ de principios del siglo veinte, en los cuales se definía la imprudencia como la falta de observancia del cuidado esperable del autor en las circunstancias dadas, conducente a una falta de previsión de la realización del tipo delictivo o bien a una confianza infundada en su no-realización². Similarmente, el Tribunal Imperial Supremo, máximo tribunal de revisión de la Alemania de aquel entonces, en una decisión fundamental del año mil ochocientos ochenta y cuatro, veía ya la esencia de la imprudencia “en un error vencible y reprochable acerca de la causalidad de la acción”³.

En esta comprensión de la imprudencia, que constituye el punto de partida para las reflexiones siguientes, hay tres aspectos dignos de consideración:

Por de pronto, la imprudencia aparece referida a algo subjetivo, vinculado a conocimiento, previsión y confianza.

Pero entonces esta disposición subjetiva es negativamente determinada: como un error, una falta de previsión o una confianza infundada.

Y finalmente, esta disposición deficitaria es reprochada al autor: como un error vencible y una apreciación equivocada por descuido.

De acuerdo con esta comprensión, entonces, la imprudencia constituye un déficit reprochable en la evaluación subjetiva de un suceso jurídico-penalmente relevante. Se comporta imprudentemente quien, de manera reprochable, juzga erróneamente una situación objetivamente dada.

De esta interpretación de la imprudencia se siguen dos consecuencias:

Por una parte, la imprudencia no concierne el injusto objetivo del hecho, sino su aspecto subjetivo.

Por otra parte, es necesario diferenciar el estándar para la valoración del injusto objetivo y el estándar para la valoración del aspecto subjetivo del hecho: la razón por la cual un comportamiento exterior – por ejemplo, la causación de una lesión corporal – ha de ser valorado como jurídicamente incorrecto, tiene que ser distinta de la razón para la incorrección jurídica del error [del autor] acerca de la causación de esa lesión corporal.

Estas reflexiones hacen posible concluir que tras la imprudencia se esconden difíciles preguntas de la construcción jurídico-penal del delito, cuya respuesta vuelve necesario revisar la teoría de las normas y la teoría de la imputación. A tal efecto, hemos de analizar cuáles son las reglas que han de tenerse a la vista en la constitución de un hecho punible.

* Traducción del alemán por Juan Pablo Mañalich R.

** Catedrático de Derecho Penal de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, Alemania. Doctor Honoris Causa Múltiple.

1 Así el § 18 I del proyecto de 1962.

2 Similarmente el § 6 I del Código Penal austríaco; véase también el § 18 III del Código Penal suizo de 1937.

3 RGSt 9, 422 (424); véase también RGSt 56, 343 (349 s.); 61, 318 (320); 67, 12 (18); *Frank* § 59 nota VIII 4; *Mezger*, Strafrecht, 3ª ed. 1949, § 46 III.

II. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN

1. Por “hecho punible” cabe entender la responsabilidad jurídico-penal por un determinado comportamiento prohibido. Con arreglo a esto, un hecho punible se constituye con ayuda de dos sistemas de reglas: por una parte, aquellas reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales ha de considerarse prohibido un comportamiento; y por otra, aquellas reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales se atribuye responsabilidad por ese comportamiento prohibido.

Las reglas de conformidad con las cuales un comportamiento es juzgado como prohibido o permitido, como bueno o malo, poseen, en términos de la lógica del lenguaje, un carácter prescriptivo o valorativo, y pueden ser denominadas “normas de comportamiento”. En este sentido, los tipos delictivos de la parte especial pueden ser interpretados como normas que están dirigidas a alguien y que formulan el comportamiento respectivamente prohibido. Así por ejemplo, de la tipificación del homicidio puede inferirse la prohibición de matar a otro. El fin de las normas de comportamiento del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos; en el caso de la prohibición del homicidio, el bien jurídico protegido es la vida [humana de otro].

Estas normas de comportamiento indican, únicamente, qué formas de comportamiento se encuentran prohibidas u ordenadas. Ellas no indican, sin embargo, en qué medida el destinatario de la norma queda vinculado por esta, esto es, en qué medida se espera de él que ejercite sus capacidades para actuar con arreglo a la norma. Así, la prohibición del homicidio no indica qué es lo que el destinatario de la norma tiene que saber y ser capaz de hacer físicamente, para así evitar dar muerte a otro ser humano. La respuesta a esta pregunta la dan, en cambio, las reglas de imputación jurídico-penal. Se trata de reglas que determinan bajo qué presupuestos alguien puede ser hecho responsable por un determinado comportamiento prohibido.

Por ello, los presupuestos de la imputación se encuentran referidos a la finalidad de la pena. El fin de la pena, por su parte, y de acuerdo con la actualmente predominante teoría de la prevención general positiva, consiste en la imposición de la vigencia fáctica de las normas de comportamiento del derecho penal, esto es, la imposición de su efectivo seguimiento.

Así, ha de imponerse pena si el destinatario de la norma expresa, a través de su comportamiento, que él no quiere seguir la norma, es decir, que esta no es vinculante para él. A través de la punición se declara, entonces, que el ordenamiento jurídico no acepta esta contradicción de la norma y que la generalidad puede seguir confiando en el carácter vinculante de la norma de comportamiento.

El presupuesto del reconocimiento de una norma a través de su seguimiento es la capacidad del destinatario de realizar en el hecho lo que es debido como si fuera querido. Por de pronto, el destinatario tiene que estar en posición, física y cognitivamente, de realizar lo debido. Ello significa, tratándose, por ejemplo, de la prohibición del homicidio, que él tiene que saber que puede causar la muerte de otro ser humano a través de un comportamiento, así como tiene que ser físicamente capaz de evitarlo. Adicionalmente, él tiene que poder reconocer lo debido y poder convertirlo, psíquicamente, en el motivo dominante de su actuar. Para seguir con el ejemplo: él tiene que saber que está prohibido –y no, por ejemplo, permitido en virtud de alguna causa de justificación– causar la muerte del ser humano en cuestión. Y él tiene que disponer de la capacidad de formarse la intención, en pos del seguimiento de la norma, de evitar el comportamiento mortal. En otras palabras, él tiene que ser capaz de controlar su comportamiento mediante una motivación conforme a la norma.

La capacidad cognitiva y física de realizar un determinado objetivo puede ser denominada “capacidad de acción”; y la capacidad de formarse una intención, en pos del seguimiento de una norma, “capacidad de motivación”. En referencia a estas dos capacidades es atribuida la responsabilidad jurídico-penal. La vinculación del destinatario a la respectiva norma de comportamiento, con arreglo a su capacidad de acción, puede ser denominada “deber”; y su vinculación al deber, con arreglo a su capacidad de motivación, “capacidad de culpabilidad”.

2. Un hecho punible se constituye a través de la aplicación de las normas de comportamiento y las reglas de imputación, por medio de los siguientes pasos:

Primero ha de preguntarse si el comportamiento del autor es subsumible bajo algún tipo delictivo. Este es el caso, por ejemplo, si una persona A no ha salvado de la muerte por inmersión a otra persona B, a pesar de corresponderle una posición de garante. En tal medida, el comportamiento de A es objetivamente antinormativo, con arreglo a la norma [dirigida al

garante] que ordena impedir la muerte de otro ser humano. Como también cabe decir, A ha realizado, a través de una omisión, el injusto de resultado de un homicidio.

En un segundo paso, es necesario aplicar una regla de imputación. Hay que preguntar si es imputable a A, también subjetivamente como infracción de deber, el comportamiento objetivamente prohibido. Esto presupone que A haya sido capaz de acción, al momento relevante para el salvamento, esto es, que él haya sabido que B se encontraba en peligro de muerte y que haya estado en posición de nadar y así sacar a B del agua. Si este es el caso, entonces H ha infringido el deber resultante del mandato de impedir la muerte de otro.

En un tercer paso se plantea nuevamente la aplicabilidad de una norma de comportamiento. Ahora hay que examinar si son aplicables normas permisivas en la forma de causas de justificación, por ejemplo, una colisión de deberes justificante. Si no se dan tales causas de justificación, el juicio normativo sobre el hecho permanece intacto: A ha realizado el injusto del homicidio mediante omisión.

Ahora, y en un último paso, ha de recurrirse nuevamente a una regla de imputación. Hay que comprobar si A conocía los presupuestos de su infracción de deber y si estaba en posición de formarse y realizar efectivamente la intención de salvar a B en pos del cumplimiento de su deber. Lo que hay que comprobar, en otros términos, son los presupuestos relevantes de su capacidad de motivación. Podría ser el caso, por ejemplo, que A no estuviera en capacidad de controlar normativamente su comportamiento, en virtud de un grave defecto psíquico. En este caso A no resultaría culpable; en caso contrario, su infracción de deber le sería imputable a título de culpabilidad.

Este modelo del hecho punible, orientado al juego recíproco de normas de comportamiento y reglas de imputación, se corresponde con la así llamada teoría de la culpabilidad, hoy dominante en la dogmática jurídico-penal alemana. La teoría de la culpabilidad distingue entre la capacidad de acción y la capacidad de motivación, situando la capacidad de evitación en el injusto subjetivo, mientras que considera la capacidad de motivación como criterio de la culpabilidad.

La historia de la evolución dogmática ofrece otras posibilidades. Hasta mediados del último siglo, en la dogmática del derecho penal alemán prevalecía la teoría del dolo, que examinaba la totalidad de los presupuestos de la imputación en el nivel de la

culpabilidad, y por ello refería el dolo tanto al conocimiento del hecho como a la consciencia del injusto. Por esto, también el error de prohibición conducía a una exclusión del dolo. Y en paralelo al dolo, la imprudencia era ubicada, como “culpa”, en la culpabilidad.

3. En nuestro contexto solo son de interés las capacidades que posibilitan la atribución de un comportamiento como infracción de deber. En la medida en que se trata del saber como elemento de la capacidad de acción, el criterio de imputación relevante es el dolo. El dolo representa la forma de infracción de deber, en la cual el autor es actualmente capaz de seguir la norma, a pesar de no querer hacerlo. En el dolo confluyen elementos fácticos y normativos, en el sentido de que mediante el concepto de dolo se define, normativamente, bajo qué presupuestos el comportamiento del autor ha de considerarse una expresión de su déficit de voluntad de cumplimiento del deber.

Aquí son determinantes, ante todo, dos elementos. Por una parte –como presupuesto positivo–, el autor tiene que advertir la posibilidad concreta de que él, por el hecho de comportarse de determinada manera, realice un tipo delictivo. Por otra parte –como presupuesto negativo–, no debe haber razones que indiquen que el autor quiso evitar la realización del tipo.

A modo de ejemplo: quien deja rodar una roca pendiente abajo, a pesar de advertir que así pueden resultar lesionadas personas que se encuentran al pie de la pendiente, actúa dolosamente. Pues a través de su comportamiento él hace reconocible que él no quiere lo que es debido según la norma, la evitación de la lesión de otros. En cambio, quien con su auto adelanta en una curva con escasa visibilidad, quizá advierta el riesgo de lesionar o incluso matar a otros a través del choque con un vehículo que se desplace en la dirección opuesta. Puesto que en caso de un infortunio él también probablemente resultaría con graves daños, puede asumirse que él ha confiado en que ningún auto se desplace en la dirección contraria, o bien en que él podrá evitar el choque gracias a su habilidad en la conducción.

El dolo comprende una situación que sugiere, de un modo reconocible, una voluntad de negación del derecho. El autor se encuentra actualmente en posición de poder seguir la norma, pero a través de su comportamiento expresa no querer seguir la norma. Que el déficit de fidelidad al derecho solo resulta sugerido, se sigue de la circunstancia de que este indicio todavía pueda ser derrotado por una causa de justificación o de exculpación.

4. Por el contrario si el destinatario de la norma realiza el tipo delictivo sin dolo, entonces él ha desconocido o estimado erróneamente el riesgo asociado a su comportamiento. En tal medida, él se encuentra en un error. El error puede estar referido, desde luego, a aquellas circunstancias de las cuales resulta la posibilidad de una realización del tipo a consecuencia del comportamiento. Pero el error también puede concernir las razones por las cuales el autor cree poder evitar la realización del tipo. Ambos puntos de referencia del error son enunciados en la versión del proyecto de reforma del Código Penal alemán, mencionada al principio, al hablarse ahí de una falta de previsión de la realización del tipo o una confianza infundada en su no-realización.

Se plantea, sin embargo, el siguiente problema: rige el principio de que alguien solo puede quedar vinculado a una norma de conformidad con su propia capacidad de acción. Nadie está obligado más allá de su capacidad: *ultra posse nemo obligatur*. Quien juzga erróneamente una situación, no puede actuar correctamente en persecución de un objetivo. Si falta el conocimiento del hecho, que es objeto del dolo y el elemento esencial de la capacidad de acción conforme a la norma, entonces la realización del tipo no puede imputarse al autor como infracción de deber.

El derecho penal reconoce, no obstante, una excepción al principio de que el déficit de conocimiento exonera. El destinatario de una norma es privado de la posibilidad de invocar su incapacidad actual de actuar de conformidad con la norma, si esta incapacidad, por su parte, hubiese sido evitable, y precisamente si el destinatario se hubiese preocupado, en la medida que de él se esperaba, de su capacidad de seguimiento de la norma.

Esta excepción al principio, según el cual el déficit de conocimiento exonera, está justificada. Pues es contradictorio querer seguir una norma sin querer estar en posición de poder hacerlo. Quien quiere no lesionar a otro, no solo tiene que omitir acciones a través de cuya ejecución, desde su punto de vista, él pueda lesionar a otro, sino que también tiene que preocuparse de reconocer las condiciones bajo las cuales él puede llegar a lesionar a otro. Esto se sigue del fin de la pena identificado con la prevención general positiva. El fin de la pena es la garantía de la vigencia fáctica de la norma, lo cual significa: la pena tiene que asegurar la justa medida de motivación leal a derecho, necesaria para el efectivo seguimiento de la norma. Así visto, la imposición de la pena también tiene sentido si por esta vía ha de asegurarse la capacidad de

seguimiento de la norma. Un no-saber también puede expresar un déficit de reconocimiento de la norma, si el correspondiente saber hubiese capacitado al autor para la evitación de la realización del tipo.

Ciertamente, el no-saber solo puede gravar con responsabilidad dentro de un marco bien determinado. Quien casualmente llega al lugar de un accidente y no es capaz de auxiliar a un herido por no disponer de conocimientos médicos, no puede ser hecho responsable de la omisión de socorro con el argumento de que él podría haber estudiado medicina en vez de derecho.

III. EXIGENCIAS DE CUIDADO

1. Las exigencias de cuidado se encuentran referidas al aseguramiento de la capacidad de acción, la cual se compone del saber y la capacidad física necesarios para evitar la realización del tipo. En esta medida, la definición del Tribunal Imperial, que restringía la imprudencia al desconocimiento evitable, resulta demasiado estrecha. También la incapacidad física puede ser imprudente.

En el delito de comisión activa, la capacidad física de evitación normalmente no juega papel alguno. El autor solo necesita omitir el correspondiente comportamiento activo. En el delito de omisión, en cambio, resulta evidente la exigencia de capacidad física para ejecutar la acción ordenada. A quien no es capaz de nadar tampoco puede imputarse, como infracción de deber, la omisión del salvamento de alguien que se ahoga. Por ello, es más exacto referir la imprudencia a la capacidad cognitiva y física de acción, que se espera para la evitación de la realización del tipo.

2. Consideremos ahora, con mayor detenimiento, cómo han de concretarse las exigencias de cuidado. La incapacidad solo grava con responsabilidad si ella resulta reprochable al autor. Por ello, el Tribunal Imperial hablaba correctamente de un error vencible y reprochable. De conformidad con esto, hay que clarificar cuándo es responsable el autor de su incapacidad de seguimiento de la norma. A modo de eslogan se dice habitualmente que el autor sería responsable si él hubiese contado con las capacidades correspondientes, de haber observado el cuidado requerido en el tráfico. Si bien esta fórmula es acertada, resulta demasiado indeterminada en su contenido. Para precisarla han de responderse dos preguntas:

Primero: ¿según qué estándar se mide el cuidado requerido en el tráfico? O más simplemente: ¿Qué significa “cuidado”?

Segundo: ¿Quién es la persona a quien se aplica este estándar? ¿Se trata de una figura estandarizada o del concreto autor?

3. Por de pronto, en cuanto a la primera pregunta: ¿qué significa “cuidado”? Dado que el cuidado constituye un criterio de imputación, el estándar aquí relevante ha de estar orientado hacia el fin de la pena. Si el fin de la pena consiste en la garantía de una medida justa y útil de motivación leal al derecho en pos del seguimiento de la norma, entonces el estándar de cuidado es la precaución que es posible y legítimo esperar de un destinatario de la norma leal al derecho, en pos del aseguramiento de su capacidad de seguimiento de la norma.

Para precisar estas expectativas, ha de advertirse que el cuidado es la contra-cara de la libertad. Si el derecho hace posible a sus ciudadanos configurar su espacio de juego para la acción de conformidad con sus propios intereses, entonces estos han de hacerse responsables de que de ello no surjan riesgos para otros que sean jurídicamente desaprobados. Rige, en tal medida, el principio de que aquel que pretende el dominio de un suceso carga con la responsabilidad de que nadie sufra un daño a consecuencia de ello. Es decir, quien crea riesgos tiene que preocuparse de que estos no se realicen. A modo de ejemplo: si una madre hace hervir agua en la cocina, entonces tiene que estar pendiente de que su hijo pequeño no resulte quemado. Quien escala un cerro tiene que estar pendiente de no soltar rocas que puedan ocasionar una avalancha.

Adicionalmente, existe una muy sencilla relación de proporcionalidad entre riesgos y exigencias de cuidado: mientras mayor sea el riesgo que alguien asume, mayor ha de ser el cuidado con el cual él se preocupe de que este riesgo no se realice.

4. La pregunta ulterior consiste en si este estándar de cuidado propio del ciudadano leal al derecho y capaz de decisión racional ha de ser aplicado a una persona ficticia o al concreto autor. La respuesta a esta pregunta es controversial en la dogmática alemana.

Un sector de la doctrina refiere el estándar a un destinatario de la norma ficticio, dotado con capacidades y conocimientos promedios. Con arreglo a esto, en el delito imprudente se trata de la comprobación de si la realización del tipo objetivo hubiese sido evitable para el autor, de haber observado este el cuidado esperado de un destinatario de la norma con capacidades promedio. A modo de ejemplo: V, el conductor de

un vehículo de carga con remolque, adelanta al ciclista C en un camino rural, quien súbitamente no puede controlar su bicicleta y es letalmente impactado por el remolque. Aquí habría que preguntar qué distancia de seguridad habría tenido que mantener un conductor de un vehículo de carga con conocimientos promedios, de haber observado el cuidado requerido en el tráfico. Asumamos que esta distancia, en consideración a las reglas del tráfico vehicular, al estado del camino y a la situación del tiempo, hubiese sido de un metro y medio. Entonces ello quiere decir lo siguiente: Si V mantuvo esta distancia de seguridad, la causación de la muerte de C no le es imputable. En caso contrario, él ha causado imprudente la muerte de C.

Esta solución solo es plausible bajo el presupuesto de que el saber de V de hecho también haya sido promedio, esto es, que haya implicado un desconocimiento del estado de ebriedad de la víctima. Esto se muestra claramente si se modifica la situación en relación con los conocimientos del autor, en el siguiente sentido: V reconoce al ciclista en el camino como su compañero de barra, que un cuarto de hora antes que él había abandonado el local, tambaleándose en estado de alta alcoholización. Sería manifiestamente insensato ignorar este conocimiento del concreto autor y negar la imprudencia de V. Antes bien, en el delito imprudente también es necesario atender al saber individual del autor en la imputación de la producción del resultado. Así, las exigencias de cuidado esperado se dirigen a los conocimientos de la situación de hecho que posee el autor individual. De conformidad con esto, en la variación del caso del ciclista tendrían que resultar aplicables exigencias de cuidado distintas de las correspondientes al “caso normal” de un nivel de conocimiento promedio. El conductor tendría que haber renunciado completamente a efectuar el adelantamiento en un estrecho camino rural.

Por esto, merece aprobación la opinión doctrinal que refiere el estándar de cuidado a la capacidad de acción del autor individual. La imprudencia se da, entonces, si la realización del tipo objetivo hubiese sido evitable para el concreto autor, de haber observado el cuidado de él esperado según su nivel de conocimiento.

Las normas de comportamiento del derecho penal se hallan dirigidas a individuos, de modo tal que ellas solo pueden seguir individualmente. Con la individualidad del destinatario de la norma también resultan individualizadas sus capacidades. Por esta vía no se ven gravados con responsabilidad quienes están por sobre el promedio, ni exonerados quienes están

por debajo. Esto vale, por de pronto y especialmente, para el caso básico del delito de comisión activa. Aquí solo se trata de asegurar el status quo de la capacidad ya existente.

Si el autor cambia de rol, por ejemplo, de lego a experto especializado, entonces las razones para este cambio también son razones suficientes para una modificación de las expectativas de cuidado. Aquí es posible, especialmente por la pretensión de desempeño de actividades especializadas, que capacidades especiales se conviertan en el estándar al cual el destinatario de la norma ha de orientar sus capacidades individuales. Por principio, la medida de cuidado se corresponde con el rol que el destinatario de la norma pretende desempeñar. Por ejemplo: quien amablemente da la mano a otro, no reclama más confianza en su preocupación por el peligro que la observancia de la higiene cotidiana. En cambio, quien experimenta con agentes patógenos, desencadenantes de enfermedades, y aun así da la mano a otro, pretende haber reducido, mediante una higiene específica, los riesgos específicos de su actividad experimental a la medida socialmente usual de ausencia de peligrosidad.

Con ello, puede mantenerse como resultado intermedio: la figura estandariza de cuidado se identifica con el destinatario de la norma leal a derecho y capaz de decisión racional, que es presupuesto por el fin de la pena, dotado de la constitución física e intelectual del autor.

IV. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y EXIGENCIAS DE CUIDADO

Todavía queda por clarificar, de acuerdo con las reflexiones precedentes, en qué relación se encuentran las exigencias de cuidado respecto del deber, que se sigue de la respectiva norma de comportamiento, de evitar la realización del tipo. Un ejemplo: el autor manipula un arma que él erróneamente tiene por no cargada; se escapa un disparo, y otra persona es impactada mortalmente. En este caso, se realiza el tipo objetivo de un delito de homicidio. El comportamiento causal que conduce a la muerte no es imputable a A como infracción de deber dolosa, pero sí como infracción de deber imprudente. Pues de alguien que manipula un arma se espera que él haya comprobado previamente que no estuviera cargada.

El deber de evitar dar muerte a otro, y la exigencia de cuidado de comprobar que el arma no esté cargada, son diferentes exigencias de comportamiento. La evitación de dar muerte a otro es el deber que resulta

de la prohibición del homicidio. No comprobar si un arma está cargada, en cambio, no constituye un comportamiento prohibido. El desconocimiento de que el arma está cargada recién se hace jurídico-penalmente relevante, si el proveerse de ese conocimiento hubiese puesto al autor en posición de seguir la prohibición del homicidio.

Por ello, es necesario distinguir exactamente entre la evitación, conforme a deber, de un comportamiento prohibido, por un lado, y la evitación, conforme a cuidado, de la incapacidad de seguimiento, conforme a deber, de una prohibición, por otro. La prohibición del homicidio es un imperativo categórico; este tiene que ser seguido incondicionalmente. La exigencia de cuidado, por el contrario, es un imperativo hipotético; este solo tiene que ser seguido bajo la condición de que alguien quiera estar en posición de seguir un imperativo categórico. Este imperativo hipotético de la exigencia de cuidado solo tiene la consecuencia de que su no-seguimiento puede fundamentar la imputación, mientras que su seguimiento conduce a una exclusión de la imputación.

Para quedarnos en el ejemplo: si A manipula un arma sin que se escape disparo alguno que pudiera resultar en la lesión de otro, es enteramente irrelevante que él comprobara con anterioridad si el arma estaba o no cargada. El cerciorarse de si el arma no está cargada no es, precisamente, un imperativo categórico; como tal uno no tiene que hacerlo. Pero si se escapa un disparo y alguien resulta lesionado, entonces se cumple la condición bajo la cual la exigencia de cuidado se hace eficaz. Si el autor no se cercioró de que el arma no estuviera cargada, entonces él no puede invocar que él —con arreglo al principio *ultra posse nemo obligatur*— no haya sabido que el arma estuviera cargada.

La diferencia normológica entre las normas de comportamiento y las exigencias de cuidado también se manifiesta desde otro punto de vista. La prohibición del homicidio sirve inmediatamente a la protección del bien jurídico “vida”; su seguimiento va en interés directo de otros seres humanos. La observancia de la exigencia de cuidado, en cambio, solo va indirectamente en interés de otros, directamente solo en interés del destinatario de la norma. Este tiene que cumplir con la exigencia de cuidado, si él tiene interés en poder seguir las normas de comportamiento del derecho penal y no responder de las consecuencias lesivas de su comportamiento. En esta medida, cabe designar las exigencias de cuidado como

“incumbencias”, esto es, exigencias de comportamiento en interés propio.

Para evitar cualquier malentendido: puesto que las exigencias de cuidado sirven a la evitación de formas de comportamiento riesgosos, el legislador puede convertirlas, independizándolas, en normas categóricas. Un ejemplo de esto se da con la ebriedad en el tráfico vehicular. Por de pronto, constituye una exigencia de cuidado para los conductores no ponerse, a través del consumo de alcohol, en un estado en el cual disminuya su capacidad de evitar causaciones prohibidas de daño. El legislador alemán, sin embargo, ha convertido la contravención de esta exigencia de cuidado en un delito autónomo, prohibiendo bajo pena tomar parte en el tráfico rodado conduciendo un automóvil en estado de inidoneidad para la conducción condicionado por el alcohol. Tales delitos que resultan del quebrantamiento de normas de cuidado así independizadas constituyen, entonces, delitos de peligro abstracto.

V. CONSECUENCIAS

Para terminar, brevemente quisiera extraer tres consecuencias de las reflexiones anteriores:

1. Primero: nadie está en posición de evitar, en todo momento y sin restricción alguna, las consecuencias lesivas de su comportamiento. En tal medida, la observación de las exigencias de cuidado tiene un efecto de exoneración. Esto vale, ante todo, en ámbitos vitales a los cuales se encuentran asociados riesgos generales. Un ejemplo de ello es el tráfico vehicular. Si está permitido mantener una velocidad relativamente alta conduciendo un vehículo motorizado, entonces al mismo tiempo se ve considerablemente comprometida la capacidad de evitar daños; las distancias de freno se alargan, el tiempo de reacción es menor y el control del vehículo disminuye. Ello significa, sin embargo: si está permitido, dentro de ciertos límites, reducir la propia capacidad de seguimiento de la norma, entonces esta incapacidad no puede fundamentar responsabilidad alguna. Sería una auto-contradicción de parte del derecho si este permitiese, por una parte, formas de comportamiento que conducen a una disminución de la capacidad de acción, pero considerara esta incapacidad como descuido fundante de responsabilidad. En tal medida, cabe hablar, tratándose de la permisón de formas de comportamiento que conducen a una disminución de la capacidad de acción, de un riesgo permitido.

Pero esto hay que entenderlo bien: el riesgo permitido solo excluye la responsabilidad por imprudencia, y no opera, por ejemplo, como una causa de justificación. Las reglas del tráfico vehicular no conceden una autorización para lesionar, o incluso matar, a otros. Ellas solo excluyen la imputación de una lesión corporal o un homicidio no doloso como infracción de deber imprudente.

2. Segundo: entre la realización de un tipo delictivo y la infracción de una exigencia de cuidado no se da una conexión causal. Pues la causalidad presupone que la realización del tipo no se habría producido si el autor se hubiese comportado cuidadosamente. Para quedarnos en el ejemplo del arma: si el autor hubiese sido cuidadoso y hubiese comprobado que el arma estaba cargada, él no habría tenido que evitar, con necesidad causal, dar muerte a la víctima. Pues él podría haber dicho entonces que el muerto era su enemigo y que él, de haber descubierto la bala, habría de todas formas disparado contra la víctima. Semejante causalidad solo puede ser asumida bajo la hipótesis de una motivación leal a derecho; solo si se supone que el autor habría querido omitir la manipulación del arma de haber advertido que estaba cargada, puede afirmarse la causalidad de la falta de cuidado.

Por ello, el objeto de la falta de cuidado solo está constituido por la incapacidad del autor para la evitación de la realización del tipo, y no por su causación. Así, el objeto del reproche a título de imprudencia consiste en que el autor podría haber evitado la realización del tipo, de haber observado el cuidado requerido; y no consiste, en cambio, en que él pudiera haberla evitado con necesidad causal. La invocación de circunstancias de exoneración que uno mismo ha creado de modo imputable no es admisible para la solución de conflictos a través de la imputación jurídico-penal; el autor no puede distanciarse del conflicto por referencia a defectos de fidelidad al derecho, si la solución del conflicto a través del derecho penal sirve al aseguramiento de una suficiente medida de motivación leal al derecho. esta es, podría uno decir, la moraleja de la responsabilidad por imprudencia.

3. Tercero: aun cuando no existe causalidad entre la falta de cuidado y la realización del tipo objetivo, entre ambas tiene que darse una conexión específica, que fundamenta la imputabilidad del resultado. Este vínculo es designado como conexión de contrariedad a deber, y se traduce en que debe confirmarse la hipótesis de que el autor efectivamente podría haber evitado la realización del tipo, si él se hubiese atenido a la exigencia de cuidado. La verificación de esta

hipótesis no representa, normalmente, dificultad alguna. En el caso del arma de fuego es posible establecer sin dificultades que el autor podría haber evitado el disparo mortal, si él hubiese examinado el arma.

La comprobación de la conexión de contrariedad a deber da lugar a dificultades, sin embargo, cuando el autor se mueve en el ámbito de riesgos permitidos. A modo de ejemplo: si el autor conduce a cien kilómetros por hora en una calle en la cual el máximo permitido es de sesenta, impactando a un peatón que súbitamente aparece en la calle, entonces es necesario comprobar que la falta de evitabilidad de la producción del resultado mortal justamente se base en haberse sobrepasado el margen de riesgo permitido. En consecuencia, hay que fijar con un grado de probabilidad rayana en la certeza que el autor habría podido evitar el infortunio, de haber conducido a una velocidad máxima de sesenta kilómetros por hora. Si el autor tampoco hubiese podido evitar el infortunio de haber conducido a una velocidad máxima de sesenta kilómetros por hora, porque tampoco a esa velocidad podría haber frenado o haberse desviado, entonces él no responde de la producción del resultado mortal, y ya con total presidencia del hecho de que él, al sobrepasar manifiestamente el límite de velocidad permitida, se comportó de modo descuidado.

VI. RESUMEN

Resumo brevemente mis reflexiones:

- La imprudencia es la incapacidad, contraria a cuidado, de evitar la realización del tipo.
- Ella no constituye un elemento del tipo objetivo, sino un criterio de imputación subjetiva que subroga el dolo faltante.
- La figura estandarizada para la determinación del cuidado es el destinatario de la norma leal a derecho y capaz de decisión racional, presupuesto por el fin de la pena, dotado de la constitución física e intelectual del autor.
- Las exigencias de cuidado, desde la perspectiva de la teoría de las normas, son exigencias hipotéticas de comportamiento y tienen carácter de incumbencias.
- Entre la infracción de la exigencia de cuidado y la realización del tipo objetivo tiene que darse una conexión de contrariedad a deber, que indique con un grado de probabilidad rayana en la certeza que el autor podría haber evitado la realización del tipo, si él hubiese observado el cuidado que de él se esperaba.