

EL DELITO CULPOSO

1. INTRODUCCION

1.1 SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DOCTRINARIA

Como ya hemos señalado, la teoría causalista tanto naturalista como valorativa no distinguió a nivel de injusto o teoría del delito entre un hecho punible doloso y uno culposo, ambos tenían la misma estructura y elementos.¹¹ Lo único que interesaba era la relación causal, y sea que esta fuese estrictamente de necesidad, como en la teoría de la equivalencia de las condiciones de los causalistas naturalistas, o se le agregase un criterio valorativo, por ejemplo la adecuación, como en el caso de los causalistas valorativos. Se trataba simplemente de describir ese proceso puramente causal o causal valorativo.

Desde esta perspectiva, entonces, la tipicidad de un delito doloso y uno culposo no podía diferenciarse, pues significaba en ambos casos la descripción de un proceso causal (por ejemplo, la muerte de una persona por un disparo), y lo mismo sucedía con la antijuridicidad, ya que ésta no era otra cosa que la contradicción entre esa causalidad típica y el ordenamiento jurídico.

¹¹ Así en nuestra doctrina nacional, para NOVOA MONREAL, Eduardo, el problema de la culpa sólo se analiza a nivel de culpabilidad: "la culpa es una especie de culpabilidad...". "La culpa constituye el límite mínimo de la culpabilidad *sensu stricto*, porque bajo ella solamente sigue el caso fortuito" (*Curso de Derecho Penal Chileno*, t. I., Conosur, Santiago, 1985, p. 562). En el mismo sentido, LABATUT GLENA, Gustavo: *Derecho Penal*, t. 1, Editorial Jurídica de Chile, p. 150.

Pero ya desde principios de siglo; otros autores, como Exner y Engisch,¹² con planteamientos que incorporan significaciones sociales a la acción y que al mismo tiempo tratan de desprenderse de un planteamiento puramente sicologista causal en la culpabilidad, y que, en general, por tanto, se apartan de un naturalismo puro, introducen un cambio radical en la consideración del injusto. Es gracias a sus investigaciones que se configura un elemento que rompe completamente el modelo causalista de delito y establece una diferenciación entre injusto doloso y culposo.

Tales autores parten de la idea de que las acciones humanas están en un mundo social de *riesgo* para los bienes jurídicos y, por tanto, que si lo que el sistema tiene por finalidad evitar es la dañosidad social, necesariamente ello implica exigir un cuidado frente a esos riesgos y que las personas no pueden ser indiferentes o no tener interés en impedir esos riesgos. De ahí entonces que la culpabilidad la caractericen ellos como indiferencia o falta de interés frente a los bienes jurídicos y precisamente en ello reside el fundamento del porqué no aplican cuidado alguno para evitar esos riesgos.

Luego, hay un elemento objetivo, que es la *exigencia* de un determinado cuidado para impedir procesos de alto riesgo. Este, por su objetividad valorativa, no puede pertenecer a la culpabilidad, ya que en el modelo causalista es el aspecto puramente subjetivo del delito, sino al ámbito objetivo. Ahora bien, dentro de tal ámbito lo sitúan por su propia estructura (es lo exigido) en el nivel valorativo, que es el de la antijuridicidad, ya que para los causalistas naturalistas la tipicidad es un aspecto puramente objetivo descriptivo. Pero para estos autores entonces en el delito culposo serán inseparables la antijuridicidad y la culpabilidad, pues el fundamento del cuidado exigido no aplicado es la indiferencia o falta de interés de la persona, y a su vez esta indiferencia o falta de interés se plasma en esa falta del cuidado exigido.

Más allá de la crítica que se puede hacer a la inseparabilidad de culpabilidad y antijuridicidad y a la culpabilidad por el carácter claramente discriminatorio y violatorio del principio de igualdad, lo importante es que por primera vez se marca una diferencia terminante entre delito doloso y culposo. Esto es, en el primero se puede deslindar con toda precisión la antijuridicidad de la culpabilidad, como lo había señalado desde sus inicios el modelo dogmático causalista naturalista, pero no así entonces en el delito culposo, en virtud de un elemento que no posee el injusto doloso,

¹² Véase al respecto BUSTOS RAMIREZ, Juan: *Culpa y Finalidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967.

que es la falta del cuidado objetivo requerido. Por eso la crítica a estos autores no será en el futuro en relación al concepto de cuidado exigido, sino al de culpabilidad, pues al fundarlo en la indiferencia o falta de interés del sujeto, establecen una culpabilidad de autor, esto es, por el carácter del sujeto, con lo cual afectan los principios básicos garantistas del Derecho Penal moderno y específicamente el principio de igualdad, que hoy tiene rango constitucional en todos los países y que aparece en la Constitución Política en el artículo 19 N° 2.

Como hemos dicho años atrás,¹³ la teoría de la acción finalista tiene dos etapas en esta materia, si bien en ambas recoge las aportaciones de Exner y Engisch en cuanto a este elemento objetivo de la falta del cuidado exigido.

En efecto, en un primer momento el finalismo afirmará también que en el delito culposo son inseparables la antijuridicidad de la culpabilidad. Su punto de partida va a ser el mismo que en el delito doloso, esto es, que en el delito culposo lo decisivo es la finalidad de la acción y, por tanto, la falta del cuidado exigido implica no haber aplicado a la acción la finalidad que correspondía para evitar eliminar los efectos del proceso de alto riesgo (por ejemplo, si Pedro hubiese dirigido con cuidado su coche no se habría producido el accidente).¹⁴ Luego, entonces, es el problema de la finalidad, pero no de una finalidad efectiva o aplicada, sino de una finalidad *potencial* (conforme a la *capacidad* de la persona) que el sujeto debió aplicar, aspecto objetivo valorativo y, por tanto, los finalistas lo ubicarán en la antijuridicidad. Pero entonces el problema será si podía aplicar tal finalidad, y la pregunta por el poder es una cuestión de capacidad y, por tanto, de culpabilidad. La finalidad potencial implica entonces que pudo aplicar esa finalidad y por eso debió aplicarla, y debió aplicarla porque podía, de ahí entonces que en el delito culposo antijuridicidad y culpabilidad serán inseparables, al igual como ya lo habían sostenido Exner y Engisch.

Este planteamiento del finalismo era insostenible, pues una finalidad potencial no es finalidad y por tanto ya no se podía hablar realmente de acción final en los delitos culposos y *más aún lo único que quedaba era nuevamente la pura causalidad*. Este fue, por

¹³ Véase igualmente BUSTOS RAMIREZ, Juan: *Culpa y Finalidad*, ob. cit.

¹⁴ En cierto modo la posición de CURY URZUA, Enrique, se asemeja plenamente a esta primera etapa de la posición finalista al señalar que en la culpa el sujeto "omite imprimir a su acción la dirección final de que era capaz..." (*Derecho Penal, Parte General*, t. I., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 280). Se plantea la idea de la finalidad potencial, ya que se habla de capacidad del sujeto.

eso, el talón de Aquiles de esta teoría durante mucho tiempo, pues revelaba una gran incoherencia interna, más allá que se estuviere o no de acuerdo con ella en lo general.

De ahí que en una segunda etapa, aunque se mantiene en la base del injusto culposo la acción final, no es lo final lo determinante desde un punto de vista dogmático, sino las formas o modos como se llevó a cabo esa finalidad; se vuelve por tanto a la efectividad y se deja de lado la potencialidad. Y en esas formas o modos aparece entonces la falta de cuidado exigido, pues el ordenamiento exige un *determinado modo o forma de realización*. Luego, la falta de cuidado exigido pertenece a la tipicidad, pues allí se contemplan las realizaciones o comportamientos determinados. Con lo cual también en el delito culposo se puede distinguir claramente entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.¹⁵

Ultimamente Roxin en oposición a este criterio ontológico y categorial del finalismo y retomando la perspectiva político-crimi-

¹⁵ Muy cerca de esta última posición se encuentra COUSIÑO MAC IVER, Luis, pero pone demasiado acento en un momento omisivo (de antigua data en el Derecho Penal, pues ya RADBRUCH, Gustav, lo destacaba, *Über der Schuldbegriff*, ZStW 24, 1904, pp. 344 ss.) y es por eso que para él la culpa es la contravención al deber de diligencia o cuidado, y, por tanto, imprime una tendencia a autonomizar el delito culposo sobre la base de una norma propia imperativa de mandato (*Derecho Penal Chileno*, t. I, pp. 822 ss.). Con lo cual se pasa por alto que la culpa está siempre en relación a un tipo legal determinado y consecuentemente a una norma prohibitiva o de mandato según el caso, conforme a la protección al bien jurídico correspondiente. La culpa como el dolo no son sino formas de realización de los tipos legales, pero no implican una norma propia, son éstos los que presuponen una norma determinada. En la actualidad CORCOY, Mirentxu, adopta también esta posición, en el sentido que la culpa está configurada por una norma de cuidado y, por tanto se infringe el deber de cuidado, lo cual sirve para su posición preventiva general en cuanto de este modo se puede fundamentar la función motivadora de la norma en forma específica respecto de los delitos culposos (*El delito imprudente*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 84 ss.). No necesariamente todo momento valorativo implica una norma específica, así el bien jurídico es una síntesis valorativa o normativa, pero no implica ni una norma general determinada ni específica. Es cierto que en la culpa *se exige por el sistema* un determinado cuidado, pero esa valoración es de carácter situacional, en relación a procesos o situaciones con riesgos muy elevados para los bienes jurídicos y de ahí surge la exigencia de un determinado cuidado, por eso es de carácter objetivo, pero eso no implica ni una norma general (pues ésta, por ejemplo, en el caso del homicidio imprudente es la de no matar) ni tampoco una norma específica (ya que ésta puede surgir de una posición de garante, que no es el caso en la culpa, salvo cuando surge del propio tipo legal, como en el caso de la prevaricación culposa o en el hecho culposo del médico, o bien, de un tipo legal culposo complejo, como cuando el legislador requiere infracción de reglamento además de la culpa, para sancionar, pues entonces sí se ha de infringir necesariamente la prohibición o mandato que contiene la norma reglamentaria). La falta de cuidado es una forma de realización de un tipo legal, el cual frente a la protección de un determinado bien jurídico (des)valora que en esa situación el cuidado no se corresponde con las exigencias para evitar que un proceso de riesgo implique la lesión de un bien jurídico. Pero no hay una norma general de cuidado, ni podría haberla ("se prohíbe no emplear cuidado", o bien, "se manda emplear cuidado"), ni tampoco una específica (el que usa armas no por eso tiene una posición de garante de cuidado). Una tal posición llevaría a echar por la

nal, intenta una reestructuración del delito culposo. Para ello parte, como en general en su teoría del injusto, de que lo fundamental es la afección al bien jurídico, el resultado, y, por tanto, que en principio el único problema a considerar es el de la imputación objetiva, esto es, cuáles son los fundamentos o argumentaciones para imputar el resultado producido (lesión o puesta en peligro del bien jurídico) a la tipicidad objetiva,¹⁶ y que eso es lo que se esconde bajo el planteamiento de la infracción al cuidado. Con lo cual entonces desaparece todo lo referente al comportamiento, sólo vale el desvalor de resultado y el desvalor de acto carece de trascendencia. Pero con ello, además, se pasa por alto que la cuestión del riesgo, que es precisamente, como hemos señalado, desde un punto de vista político-criminal básica para entender los delitos culposos, *constituye un aspecto ligado al comportamiento y no al resultado*.

Una interrelación entraña un riesgo, el resultado es ya una afección al bien jurídico. Hay pues una clara reducción de la teoría del delito y, por tanto, de la argumentación o niveles de ella que ha de hacer el juez llegado el caso para establecer el injusto culposo. Por lo demás con este planteamiento de Roxin se desconoce lo que es un proceso valorativo para subsumir una realidad en el tipo legal, lo cual se da tanto en el hecho doloso como culposo, con lo que es la culpa como realidad a valorar, esto es, la falta de cuidado.

Es cierto que se trata de un elemento negativo, a diferencia del dolo, que es positivo, pero por eso mismo requiere de una referencia a lo positivo, es decir, el cuidado exigido por el sistema; pero ese cuidado exigido no es una metáfora o una ficción, sino que surge del cuidado que efectivamente aplican las personas en su quehacer social cotidiano (los padres que ponen una valla en la piscina para que el niño pequeño no se caiga al agua y se

borda todo el principio de la absoluta necesidad de la intervención punitiva del Estado y en especial del carácter de *extrema ratio* del Derecho Penal. El delito culposo dejaría de ser lo más excepcional en el campo del Derecho Penal. *En la culpa la cuestión a analizar está entre el cuidado empleado por la persona o el comportamiento llevado a cabo por ella y el cuidado que conforme al sistema exige esa situación, dados los procesos de riesgo que conlleva para los bienes jurídicos.*

¹⁶ Es así como expresamente señala: "Por tanto, la característica de la lesión del deber de cuidado no conduce más allá de los criterios generales de imputación" (*Política criminal y estructura del delito*, ob. cit., p. 92; en el mismo sentido en *Strafrecht Allgemeiner Teil*, ob. cit., pp. 680 ss.).

ahogue; la niñera que ata al bebé en la silla de paseo para que no se resbale de ella, etc.). Ahora bien, el fundamento de esta posición de Roxin se encuentra en el hecho que se parte de que la imputación objetiva no es simplemente una alternativa a la causalidad, sino que constituye una teoría que resolvería la problemática del injusto en su totalidad, ya que éste se agota totalmente en la valoración del resultado realizado.

Ahora bien, también los continuadores del finalismo acogen la imputación objetiva,¹⁷ si bien sin llegar al extremo de sustituir mediante ella la culpa, pero de todos modos cambiando totalmente el concepto de culpa, pues ya no se trata del cuidado objetivo, que sería igual al de riesgo permitido como criterio de imputación objetiva, sino que radicaría en el cuidado individual o subjetivo.¹⁸ Pero el riesgo permitido no puede identificarse con el cuidado objetivo o la "culpa objetiva", como señala Jakobs, pues es evidente que cuando el comportamiento cuestionado es ilícito, ya no se puede traer a colación el riesgo permitido y, en cambio, sí se puede discutir si hubo o no falta del cuidado objetivo exigido (así, quien tiene una fábrica clandestina de destilación de alcohol no podría asilarse en el riesgo permitido si se produce la muerte de

¹⁷ En un principio parecía que no había posibilidad de encuentro entre las posiciones político-criminales teleológicas de Roxin y los finalistas, ya que el primero partía sólo del desvalor de resultado (por ejemplo, la muerte de la persona) y los segundos únicamente del desvalor de acto (el comportamiento en sí dirigido a matar, por eso punibilidad de la tentativa imposible). Y la imputación objetiva surgió desde posiciones teleológicas como alternativa a la causalidad para *identificar la realización del resultado con la realización típica (es decir, el tipo legal es la descripción de la realización del resultado)*, con lo cual no parecía posible que la imputación objetiva pudiese ser compatible con el finalismo. Sin embargo, como hemos señalado, en la imputación objetiva se esconden cuestiones relativas a la acción (al desvalor de acto), como es toda la concepción del riesgo, y ya en ese sentido desde los inicios Welzel había planteado la cuestión de la adecuación social, que evidentemente decía relación con las formulaciones de imputación objetiva de los teleológicos. Por eso no es extraño que también en el último tiempo desde posiciones finalistas se desarrolle la imputación objetiva, pero no ya desde la perspectiva del resultado, pues ello chocaría con la doctrina de la finalidad que presupone la causalidad y por tanto una relación de necesidad (*conditio sine qua non*) entre acción y resultado, sino desde la acción, *para identificar la realización de la acción con la realización típica (es decir, el tipo legal es la descripción de la realización de la acción)*. En ambas posturas cumple el mismo papel, pero desde perspectivas totalmente diferentes. *Ahora bien, en definitiva el gran rendimiento de la imputación objetiva, y ése es el mérito de los político-criminales, es el de traspasar el problema del injusto con el principio de la absoluta necesidad de la intervención punitiva del Estado, ya que los principios concretos desarrollados dentro de la imputación objetiva son precisamente para descartar la existencia de un injusto (disminución del riesgo, riesgo permitido, etc.).*

¹⁸ Véase JAKOBS, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlín - New York, 1991, pp. 320 ss.; cfr. también *La imputación objetiva en Derecho Penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Publicación Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 15 ss., 36 ss.

una persona al ingerirlo, pero en cambio sí se podría comprobar que en su elaboración se empleó el cuidado objetivo exigido al respecto).

1.2 PLANTEAMIENTO DOGMÁTICO POLÍTICO-CRIMINAL DE LA TEORÍA DEL DELITO

En conclusión, desechados los planteamientos ontológicos y categoriales tanto de las posiciones causalistas como finalistas, que pretenden establecer que el fundamento del delito está en la causalidad o en la finalidad y que hay entonces un delito en sí, la alternativa es considerar el delito como una cuestión político-criminal, como una entidad *que surge adecuada a los principios, organización y fines del sistema*. Es algo construido conforme a los controles informales y formales del sistema. Por eso el criterio general de la necesidad de la pena será también básico en la configuración de la teoría del delito culposo y, consecuentemente, habrá que considerar todo el contenido que se desprende de este principio, ya analizado anteriormente.

Ahora bien, la argumentación o fundamentación básica para construir el delito culposo conforme a los principios, organización y fines del sistema, será, al igual que en el doloso, la protección de bienes jurídicos. Pero como partimos de que los bienes jurídicos implican una relación social y ésta está configurada por *interacciones sociales* surgidas por la satisfacción de necesidades que llevan a conflictos sociales, eso quiere decir que en primer término habrá que considerar una situación entre personas y no simplemente un resultado, que aparece entonces como alienante o prescindente de ellas. Por eso el tipo legal lo que describe es un ámbito situacional en el cual se da ese proceso comunicacional de interrelación entre personas, en que por tanto no sólo hay que considerar el desvalor de acto, que evidentemente es imprescindible, sino también otros desvalores, como el de la calidad de las personas actuantes, de la configuración misma de la situación, etc.

Pero como lo protegido son los bienes jurídicos, la antijuridicidad no es simplemente una contradicción entre esa realización del ámbito situacional descrito en el tipo legal y el ordenamiento jurídico, sino ineludiblemente la afección al bien jurídico (su lesión o puesta en peligro), esto es, el desvalor de resultado, sin perjuicio, además, de la consideración desvalorativa de la no existencia de causas de justificación.

1.3 LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CULPOSOS

Las clasificaciones importantes del delito culposo surgen desde las siguientes perspectivas: clase de comportamiento, representación del resultado y actitud frente a éste.

Desde el primer punto de vista, los delitos culposos pueden ser de acción u omisión, ello aparece por lo demás expresamente señalado de modo general en el artículo 2 del C.P. y repetido en forma específica en el artículo 492 del mismo cuerpo legal.

En cuanto al segundo criterio, en los delitos ya sea de acción u omisión culposa el sujeto activo u omitente puede haberse o no representado el resultado, esto es, la afección al bien jurídico, y es por eso que se habla de delitos culposos con representación (o de culpa consciente) o sin representación (o de culpa inconsciente). Esta clasificación va a tener importancia para la determinación de los elementos típicos del delito culposo, específicamente respecto de la falta del cuidado objetivo en el ámbito de relación, es decir, la culpa.

Ahora bien, dentro de los delitos culposos con representación o de culpa consciente, el sujeto puede adoptar dos actitudes subjetivas diferentes, esto es, confiar en que el resultado no se producirá, lo que comúnmente se conoce como culpa consciente, o bien, tener la actitud de contar con ese resultado o decidirse por ese comportamiento que implica ese resultado, es lo que se llama tradicionalmente por la doctrina *dolo eventual*.

2. LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE ACCION CULPOSO

2.1 ASPECTOS GENERALES, PROPIOS A TODO DELITO, PREDICABLES RESPECTO DEL DELITO CULPOSO

El tipo legal constituye una *selección abstracta*, con lo cual ya hay una *valoración*, de un ámbito situacional determinado. Comprende una situación, es decir, una interacción entre personas dentro de un conjunto de circunstancias fácticas y personales determinadas.

La tipicidad, por su parte, es *un proceso de atribución y, por tanto, valorativo*, de un ámbito de situación dado en la realidad al tipo legal, esto es, a esa selección abstracta de un ámbito situacional determinado. Luego tanto el tipo legal, producto del legislador, y

la tipicidad, producto del juez, son procesos valorativos, son construcciones, el delito es en su base un juego de valoraciones, de criterios político-criminales (adecuados a los principios, organización y fines del sistema).

En el tipo legal culposo se pueden dar tanto elementos puramente descriptivos, esto es, que para su aprehensión baste con un conocimiento sensorial, como también elementos normativos, es decir, que requieren de un conocimiento que implica elementos valorativos, en especial de carácter jurídico, como es el caso en que el sujeto activo es un funcionario público o cuando el objeto material es una sentencia. No basta, o es indiferente llegado el caso, por tanto, respecto de estos últimos un simple conocimiento sensorial, y necesariamente se ha de recurrir a la valoración que hace una norma respecto a lo que se entiende por funcionario público o sentencia (así en el tipo legal culposo de malversación o en el de prevaricación).

Por otra parte, en el tipo legal habrá un sujeto (activo u omitente y pasivo), comportamiento (activo u omisivo), objeto material y también pueden aparecer modos de comisión.

2.1.1 *Los sujetos en el delito culposo*

En cuanto a los sujetos, la mayoría de los tipos legales, y en especial en cuanto a su aplicación procesal práctica, serán de sujeto activo innominado, esto es, cualquiera puede ser sujeto activo, de ahí por ejemplo la expresión "el que" del artículo 490 del C.P. Sin embargo, también se dan delitos de sujeto nominado o llamados delitos especiales, ya sea propios, en los cuales la cualificación del sujeto activo fundamenta el injusto, como también impropios, en los cuales la cualificación del sujeto activo sólo sirve para agravar o atenuar el injusto. Ejemplo característico del primero es el caso de la prevaricación culposa del artículo 224 del Código Penal, que tiene como sujeto activo a "Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los funcionarios que desempeñan el ministerio público...", de modo que dicho tipo legal únicamente puede llevarse a cabo por sujeto activo con la cualificación señalada, de otro modo no es posible su comisión.

Más difícil es encontrar en nuestro Código Penal un ejemplo del segundo caso, salvo para aquellos que estimen que es posible el parricidio culposo, dado que en tal situación la cualificación del sujeto activo sólo agrava el injusto; pero en nuestra opinión el parricidio requiere *dolo*.

Un problema especialmente debatido hoy en la doctrina es si las personas jurídicas pueden ser sujeto activo de delito.¹⁹ La doctrina dominante tradicionalmente ha rechazado esta posibilidad, esto es, sólo las personas naturales pueden ser sujeto activo de delito y, por tanto, de cuasidelito. Sin embargo, en el último tiempo, especialmente en el ámbito del derecho penal económico y del derecho internacional penal, se ha puesto en cuestionamiento esta aseveración. Dada la importancia que han adquirido las personas jurídicas en el mundo moderno, en que se puede decir que las sociedades o empresas permanecen, mientras las personas pasan, resulta que ya sea por su estructura de organización o por su forma de funcionamiento y toma de decisiones, las personas jurídicas facilitan directamente de modo determinante la realización de hechos delictivos. De ahí que hoy se contemplan variadas sanciones penales contra ellas, lo cual entonces exige una fundamentación y por consiguiente la correspondiente teoría del delito y de la responsabilidad. No hay duda que ello todavía no está suficientemente perfeccionado, pero es evidente que no se puede negar la coactuación o coparticipación –junto a la persona natural– de las personas jurídicas en el delito, conforme a los planteamientos ya enunciados. Es decir, no como un problema de sujeto activo propiamente tal, pues ello requeriría la configuración de nuevos tipos legales, pues los actuales están configurados desde una persona natural, sino de participación. Y de ahí que hoy, con razón, en la actividad doctrinal y legislativa reciente (así, por ejemplo, en el artículo 121-2 del nuevo Código Penal francés) se tiende a establecer la institución de la coactuación o coparticipación de las personas jurídicas.

Ahora bien, en los cuasidelitos también aparece indudable la posibilidad de coactuación, junto a la persona natural, de las personas jurídicas en virtud de estructura orgánica, o bien, por su forma de funcionamiento o toma de decisiones. De modo entonces que, en un futuro próximo, deberían establecerse sanciones penales para ellas, más allá de la responsabilidad civil que les pueda corresponder en un hecho culposo como terceros civilmente responsables. Más aún, en el caso de los delitos culposos, especialmente cuando la persona natural actúa dentro de una

¹⁹ Sobre la discusión del tema véase en general BARBERO SANTOS, Marino: "¿Responsabilidad penal de la empresa?", en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Universidad Castilla-La Mancha, 1994, pp. 25 ss.; también confróntense los diferentes artículos sobre la materia en *Baustzine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns, Köln-Berlin - Bonn - München 1994, pp. 265 ss.

persona jurídica compleja, puede resultar sumamente difícil la comprobación delictiva de la persona natural, y en cambio puede aparecer muy clara la responsabilidad de la persona jurídica. De ahí entonces que urge una teoría del delito y de la responsabilidad de las personas jurídicas, con el objeto no sólo de formular, en el futuro, la coactuación conjunta con una persona natural, sino, según el caso, aun la exclusiva actuación de la persona jurídica, partiendo del hecho de considerarla sujeto activo de delito.

Pero, más allá de esta problemática, sí que es una cuestión a analizar, conforme a lo que hoy existe doctrinal y legislativamente, el hecho que un delito o cuasidelito se puede dar dentro del campo de actividad de una persona jurídica, y como ésta no puede ser sujeto activo de delito, resulta necesaria una solución al respecto. Por eso en la doctrina y legislación comparada ha surgido la institución del *actuar por otro*,²⁰ conforme a la cual a la persona natural que ha actuado en representación de la persona jurídica se le traspasan las características del tipo legal que están en la persona jurídica y no en el representante, a fin de que pueda atribuirse su actuar al tipo legal correspondiente.²¹ Dos son, en general, las teorías de fundamentación más utilizadas. La dominante es precisamente la de la representación, en el sentido que el representante asume todas las calidades del representado y por eso se le traspasan aquellas típicas en este caso; la otra es la de la función, que mira a la efectiva función que desempeñan las personas al interior de la persona jurídica, pero que puede ser demasiado amplia y afectar el principio garantista de taxatividad del Derecho Penal, por eso no ha resultado predominante.

Ahora bien, en nuestra legislación no es en el Código Penal donde se ha considerado el problema, sino en el Código de

²⁰ Sobre el tema véase la muy completa obra de GRACIA MARTIN, Luis: *Actuar en lugar de otro en Derecho Penal*. I. Teoría General, Publicaciones Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985.

²¹ En efecto, en un delito tributario, por ejemplo, la deudora es la persona jurídica, y el gerente que ha actuado, él personalmente ha pagado todos los impuestos, con lo cual entonces no podría perseguirse el delito de fraude tributario, ya que la persona jurídica no puede ser sujeto activo de delito y tampoco contra el gerente, pues él no es el deudor tributario correspondiente. De ahí entonces que conforme a la institución del actuar por otro, se traspasa al gerente la calidad de deudor de la persona jurídica, con lo cual se puede configurar el tipo legal de fraude tributario y perseguir la responsabilidad penal. En el artículo 15 bis del C.P. español, por ejemplo, sin entrar a la discusión crítica que ha habido sobre el mismo, se ha consagrado legislativamente esta institución: "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiere para poder ser sujeto activo del mismo".

Procedimiento Penal, en el artículo 39 inciso segundo: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”.

Como ya señalábamos en materia de delitos culposos, cada vez más, puede ser sumamente frecuente (empresas de construcción, empresas de transporte, empresas de elaboración de medicamentos, etc.) que la actividad culposa desarrollada sea dentro del ámbito de una persona jurídica, con lo cual entonces esta disposición tiene mucha trascendencia. *El elemento esencial es que la persona natural haya intervenido en el acto punible*, luego no necesariamente ha de ser el representante legal o el gerente de la persona jurídica, sino el que actúa efectivamente por la persona jurídica interviniendo en el hecho concreto. En otras palabras, se precisarían dos requisitos.

En primer lugar, la intervención en el acto punible, lo que no es sino una consecuencia del planteamiento general de quién es sujeto activo, esto es, el que realiza el comportamiento del tipo legal. De este modo se evita con este primer requisito un posible vaciamiento del tipo legal, en el sentido que no cualquiera puede ser considerado sujeto activo. Pero hay muchos tipos legales que exigen una posición especial del sujeto activo. Así, por ejemplo, en el caso del delito tributario, es necesario que se trate de un deudor tributario. Luego, por mucho que haya un acto de intervención en el hecho punible, si no es el deudor tributario, no podría plantearse el correspondiente delito conforme al tipo legal.

Tenemos entonces que recurrir al segundo requisito, es decir, en qué calidad se interviene en el hecho punible. De modo entonces que para fundamentar esa calidad hay que recurrir o a la teoría de la representación, o bien, de la función. Como ya hemos señalado, desde una perspectiva garantista nos parece más adecuada la teoría de la representación. Pero habría que entender esta teoría de la representación no en un sentido civilista, sino penal, es decir, lo que interesa es determinar conforme a la estructura orgánica y funcional de la persona jurídica si en ese acto preciso la persona natural actuaba por ella. *No sería por tanto necesario un acto expreso de representación, bastaría que ello surgiera a partir de la estructura orgánica y funcional de la empresa*. En definitiva y en forma general, ya que en cualquier caso habrá que determinar en qué calidad intervino la persona, pues de otro modo su intervención no podría afectar a la persona jurídica, dos son los requisitos que surgen del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal: 1) intervención en el acto punible (“los que hayan intervenido en el acto punible”), y 2) la relación de representación

en ese acto preciso de la persona jurídica conforme a su estructura orgánica y funcional (“Por las personas jurídicas responden”).

Luego, se puede afirmar que el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal se aparta tanto de la teoría de la representación como de la función, y en cierto modo se podría decir que surge una teoría superadora de ambas, *la teoría de la intervención*. Es decir, es necesario que de cualquier modo la persona natural esté dentro de la estructura orgánica o funcional de la empresa e intervenga en el hecho delictivo; sólo dadas esas condiciones se puede plantear que es sujeto activo del correspondiente delito. Luego, es únicamente el hecho de *integrar de cualquier modo* esa estructura orgánica o funcional de la persona jurídica, lo que permite traspasar cualquier calidad especial que tenga esa persona jurídica, indispensable para la configuración del tipo legal, a la persona natural.

2.1.2 *El comportamiento en el delito culposo*

Como hemos señalado, no existe una culpa en sí punible, sino que lo que existe es el delito culposo, lo que implica una descripción exacta del comportamiento punible en razón de la culpa; así, por ejemplo, en el caso de la prevaricación culposa del artículo 224, “*dictar*” sentencia manifiestamente injusta.

Ahora bien, como hemos dicho, nuestro sistema no es totalmente de *numerus clausus*, sino mixto, y por tanto contiene número abierto respecto de los delitos contra las personas, el comportamiento aparece en el tipo legal de referencia, es decir, en estos casos los tipos legales culposos son siempre una ley incompleta. Así, por ejemplo, el comportamiento en relación al artículo 490 del Código Penal será en general el de *matar* o bien de *herir, golpear o maltratar*, es decir, hay que recurrir al tipo legal de los artículos 491 inciso segundo, o bien, 397 del Código Penal. Sin embargo, hay que señalar que en cuanto a las lesiones, dada la existencia del artículo 399 del Código Penal referente a las lesiones menos graves, que simplemente requiere de la lesión, es decir, de la afección a la salud de la persona, ello implica que el comportamiento no queda restringido a herir, golpear o maltratar,²² sino que puede ser cualquiera, sea de acción u omisión, material o intelectual, apto para producir la lesión. Más aún, el

²² Por todos ver POLITOFF, GRISOLIA, BUSTOS, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2da. edición 1993, Editorial Jurídica de Chile, p. 226.

Procedimiento Penal, en el artículo 39 inciso segundo: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”.

Como ya señalábamos en materia de delitos culposos, cada vez más, puede ser sumamente frecuente (empresas de construcción, empresas de transporte, empresas de elaboración de medicamentos, etc.) que la actividad culposa desarrollada sea dentro del ámbito de una persona jurídica, con lo cual entonces esta disposición tiene mucha trascendencia. *El elemento esencial es que la persona natural haya intervenido en el acto punible*, luego no necesariamente ha de ser el representante legal o el gerente de la persona jurídica, sino el que actúa efectivamente por la persona jurídica interviniendo en el hecho concreto. En otras palabras, se precisarían dos requisitos.

En primer lugar, la intervención en el acto punible, lo que no es sino una consecuencia del planteamiento general de quién es sujeto activo, esto es, el que realiza el comportamiento del tipo legal. De este modo se evita con este primer requisito un posible vaciamiento del tipo legal, en el sentido que no cualquiera puede ser considerado sujeto activo. Pero hay muchos tipos legales que exigen una posición especial del sujeto activo. Así, por ejemplo, en el caso del delito tributario, es necesario que se trate de un deudor tributario. Luego, por mucho que haya un acto de intervención en el hecho punible, si no es el deudor tributario, no podría plantearse el correspondiente delito conforme al tipo legal.

Tenemos entonces que recurrir al segundo requisito, es decir, en qué calidad se interviene en el hecho punible. De modo entonces que para fundamentar esa calidad hay que recurrir o a la teoría de la representación, o bien, de la función. Como ya hemos señalado, desde una perspectiva garantista nos parece más adecuada la teoría de la representación. Pero habría que entender esta teoría de la representación no en un sentido civilista, sino penal, es decir, lo que interesa es determinar conforme a la estructura orgánica y funcional de la persona jurídica si en ese acto preciso la persona natural actuaba por ella. *No sería por tanto necesario un acto expreso de representación, bastaría que ello surgiera a partir de la estructura orgánica y funcional de la empresa*. En definitiva y en forma general, ya que en cualquier caso habrá que determinar en qué calidad intervino la persona, pues de otro modo su intervención no podría afectar a la persona jurídica, dos son los requisitos que surgen del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal: 1) intervención en el acto punible (“los que hayan intervenido en el acto punible”), y 2) la relación de representación

en ese acto preciso de la persona jurídica conforme a su estructura orgánica y funcional (“Por las personas jurídicas responden”).

Luego, se puede afirmar que el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal se aparta tanto de la teoría de la representación como de la función, y en cierto modo se podría decir que surge una teoría superadora de ambas, *la teoría de la intervención*. Es decir, es necesario que de cualquier modo la persona natural esté dentro de la estructura orgánica o funcional de la empresa e intervenga en el hecho delictivo; sólo dadas esas condiciones se puede plantear que es sujeto activo del correspondiente delito. Luego, es únicamente el hecho de *integrar de cualquier modo* esa estructura orgánica o funcional de la persona jurídica, lo que permite traspasar cualquier calidad especial que tenga esa persona jurídica, indispensable para la configuración del tipo legal, a la persona natural.

2.1.2 El comportamiento en el delito culposo

Como hemos señalado, no existe una culpa en sí punible, sino que lo que existe es el delito culposo, lo que implica una descripción exacta del comportamiento punible en razón de la culpa; así, por ejemplo, en el caso de la prevaricación culposa del artículo 224, “*dictar*” sentencia manifiestamente injusta.

Ahora bien, como hemos dicho, nuestro sistema no es totalmente de *numerus clausus*, sino mixto, y por tanto contiene número abierto respecto de los delitos contra las personas, el comportamiento aparece en el tipo legal de referencia, es decir, en estos casos los tipos legales culposos son siempre una ley incompleta. Así, por ejemplo, el comportamiento en relación al artículo 490 del Código Penal será en general el de *matar* o bien de *herir, golpear o maltratar*, es decir, hay que recurrir al tipo legal de los artículos 491 inciso segundo, o bien, 397 del Código Penal. Sin embargo, hay que señalar que en cuanto a las lesiones, dada la existencia del artículo 399 del Código Penal referente a las lesiones menos graves, que simplemente requiere de la lesión, es decir, de la afección a la salud de la persona, ello implica que el comportamiento no queda restringido a herir, golpear o maltratar,²² sino que puede ser cualquiera, sea de acción u omisión, material o intelectual, apto para producir la lesión. Más aún, el

²² Por todos ver POLITOFF, GRISOLIA, BUSTOS, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2da. edición 1993, Editorial Jurídica de Chile, p. 226.

propio legislador en el artículo 492 del C.P. hace expresa mención a que el comportamiento típico puede ser de acción u omisión (“ejecutare un hecho o incurriere en una omisión”).

2.1.3 Objeto material

El objeto material dependerá del tipo legal correspondiente, ya sea específicamente determinado, o bien, por referencia. Así, en el caso de la prevaricación culposa será la materialidad de la sentencia, y en las lesiones culposas, el cuerpo de una persona.

2.1.4 Modalidades de comisión

Ellas dependerán también del tipo legal correspondiente, ya sea específicamente determinado, o bien, por referencia. En la prevaricación culposa se requiere como modalidad la calidad de “manifiestamente injusta”; si ello no es así, no se da el tipo legal correspondiente. En las lesiones menos graves culposas del artículo 399 del Código Penal, debe tenerse en cuenta lo que reza el artículo 494 N° 5, esto es, “la calidad de las personas y circunstancias del hecho”; se trata en este caso de una cláusula general sobre el modo de comisión, en general no recomendable desde una técnica legislativa que se atenga estrictamente al principio de legalidad, pues se deja demasiado arbitrio al juez. De ahí que en estos casos se aconseje acotar la cláusula general por lo menos mediante ejemplos indicativos de la voluntad del legislador y no dejar entonces todo entregado sólo al juez, sino únicamente la determinación de casos semejantes.²³

²³ En la actualidad, conforme al artículo 1° de la ley de violencia intrafamiliar, en cuanto ley especial, es evidente que todo hecho doloso de lesiones leves y menos graves ha quedado incluido en el tipo legal que contempla esta disposición, que se configura tanto en razón de la calidad de las personas (determinado parentesco o convivencia) como de las circunstancias del caso (hogar común, por ejemplo). Es decir, se ha quitado competencia al juez del crimen, pasando a los jueces de letras en lo civil todo lo referente a lesiones menos graves y leves en la materia específica de violencia intrafamiliar. Sin embargo, un punto en discusión es el referente a las lesiones menos graves culposas. Parece plausible sostener que dado el hecho que la ley de violencia intrafamiliar es especial y ha extraído toda esta materia del Código Penal, los hechos culposos de lesiones menos graves de violencia intrafamiliar no son punibles. Desde un punto de vista político-criminal, por lo demás, aparece razonable, ya que ello implicaría afectar gravemente las relaciones familiares, que es justamente lo que la ley quiere evitar.

Como ya hemos señalado, el fundamento del tipo legal culposo no es la acción, sino el bien jurídico; desde éste habrá que determinar el contenido y los límites de cada tipo legal y por tanto de la acción que interesa jurídicamente.

Por otra parte, la causalidad, al igual que en cualquier otro tipo legal, resulta indiferente, pues es un problema ajeno a la cuestión jurídico-penal, pues o es un tema de fe, como sucede con el determinismo, o bien, un problema puramente de discusión científica o técnica, pero que no dice relación directa con el proceso de *atribución* de un ámbito situacional dado a un tipo legal, que es de carácter valorativo. Así aun cuando los peritos en su informe no puedan establecer una relación de causalidad (necesaria), como por ejemplo en el famoso caso de la talidomida (de aquel medicamento para mujeres embarazadas, para evitar los vómitos, que sin embargo por una falta acuciosa de control experimental previo produjo tremendas deformaciones en los fetos, *pero por factores desconocidos no en todos los casos y por tanto no se daba la característica relación de necesidad que implica la causalidad*), ello no quiere decir en modo alguno que el juez esté imposibilitado de atribuir ese ámbito situacional a un tipo legal determinado (discusión diferente es que en un caso así no pudiese aplicarse el tipo legal de lesiones graves culposas, por la exigencia de herir, golpear o maltratar, y sólo el de lesiones menos graves), sobre la base de argumentos valorativos conforme a los elementos probatorios existentes.

Por otra parte, aunque los peritos en su informe establezcan la relación de causalidad (necesaria), por ejemplo en la muerte de una persona a raíz de un accidente en el tránsito, ello no quiere decir que el juez tenga que atribuir ese ámbito situacional a un tipo legal, pues sobre la base de argumentos de carácter valorativo, conforme a la prueba existente, puede llegar a una conclusión negativa. Así, por ejemplo, si resulta que el muerto era un suicida que se arrojó a las ruedas del coche del conductor imprudente.

En definitiva, la causalidad no es un elemento del tipo legal, ni tampoco coherentemente es determinante para la comprobación de la tipicidad, sin perjuicio que pueda ser tomada en cuenta por el juez como un simple elemento, como muchos otros, para su valoración.

Ahora bien, el elemento básico del tipo legal culposo será lógicamente la culpa, que como ya hemos dicho es la falta del cuidado objetivo exigido en el ámbito de relación. Es, por tanto condición necesaria, pero no suficiente, la falta de cuidado (pues no toda falta de cuidado da origen a un delito culposo, a la culpa punible), a la cual entonces hay que agregar un elemento específico

normativo. Como hemos señalado, el riesgo es parte del actuar humano, mal se podría prohibir el riesgo o mandar cuidado, pues a su vez éste es parte también del actuar humano, precisamente por los riesgos que conlleva. Por eso lo que interesa es que se prohíba un determinado comportamiento (o se manda, si es un delito de omisión), por ejemplo matar, en razón de que se exige, conforme al cuidado que aplican las personas, que tome en relación a su comportamiento (conducir, manipular un arma, etc.) determinadas precauciones para que no sea un comportamiento de matar.²⁴ Es decir, siempre habrá que recurrir a lo que las normas (del sistema) requieren o exigen en un determinado ámbito situacional, pues no se trata una norma determinada, sino la consideración del conjunto del sistema normativo en relación a esa situación. Por eso rechazábamos anteriormente definir la culpa como la contravención al deber de cuidado.

2.2 EL ELEMENTO SUBJETIVO COMÚN EN EL DELITO CULPOSO (SEA DE CULPA SIN REPRESENTACIÓN O CON REPRESENTACIÓN)²⁵

A diferencia de la tipicidad del delito doloso, lo primero que se ha de determinar en la tipicidad culposa es qué acción el sujeto pretendía desarrollar o estaba llevando a cabo dentro de un determinado ámbito de relación. Ello implica entonces que el

²⁴ En este sentido semejante, pero desde su posición finalista, SCHONE, Wolfgang (Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986, p. 653): "El cuidado no está mandado, sino que el cuidado manda que se omitan determinadas acciones finales y se lleven a cabo otras".

²⁵ El aspecto subjetivo en el delito culposo ha dado lugar a una larga discusión en la doctrina, pues de alguna manera el hecho que la culpa se definiera inicialmente como la falta del cuidado objetivo llevó a pensar que la tipicidad culposa era ajena a aspectos subjetivos. Pero en el último tiempo es cada vez más dominante la posición que incluye un aspecto subjetivo. Un autor que ha contribuido especialmente al tema ha sido un integrante del finalismo, lo cual era lógico y coherente; me refiero a STRUENSEE, Eberhard: *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, en JZ 42, 1987, pp. 53 ss. (traducción por Joaquín Cuello en ADP 1987, pp. 423 ss.); también véase: *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, en GA 1987, pp. 97 ss. Como él señala, desde su perspectiva finalista: "También la acción contraria al cuidado, trasladando una metáfora de Welzel, no es 'ciega', sino 'vidente'" (*Objektive Zurechnung*, ob. cit., p. 100). Ya Jürgen Weidemann (*Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt*, en GA 1984, pp. 408 ss.) señalaba: "También en el ámbito del hecho culposo sólo es punible la actividad al objetivo dirigida finalmente, pero no el mero suceso causal" (p. 425). Al respecto, véase la polémica entre HERZBERG, Rolf Dietrich (*Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat*, pp. 536 ss.) y STRUENSEE (*"Objektives" Risiko und subjektiver Tatbestand*, pp. 541 ss.), ambos artículos en JZ 11/1987.

Ahora bien, esta posición ha tenido amplia difusión. Así, en España ha sido ampliamente acogida por José Luis Serrano González de Murillo (*Teoría del delito imprudente. Doctrina general y regulación legal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991), y así señala que aún

juez tome en cuenta tanto las características del sujeto activo, las circunstancias situacionales concretas y el comportamiento conforme a tales antecedentes. Así, por ejemplo, no es lo mismo que se trate de una acción de cambiar la rueda de un coche en la carretera, que la acción de conducirlo o de empujarlo. Por eso es importante la determinación de la acción.

De alguna manera la jurisprudencia hace alusión a este elemento subjetivo, así la Corte de Apelaciones de Concepción señala: "Para que haya culpa se requiere una acción u omisión consciente y voluntaria realizada sin intención..." (s. 7.11.1985).

E igualmente no es lo mismo que se trate de una carretera principal de mucho tráfico, que un camino secundario de poco

"en la imprudencia inconsciente ha de exigirse, para poder fundamentar la responsabilidad, cierto grado de conocimiento sobre los factores de riesgo de la situación..." (p. 218). En el mismo sentido, Joaquín Cuello Contreras (*Culpabilidad e imprudencia*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990). De algún modo también, Mirentxu Corcoy Bidasolo (*El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989), pero en general sobre la base de la antigua teoría causalista de la culpabilidad del deber subjetivo de cuidado (pp. 225 ss.), que partía de la necesaria relación psicológica entre el hecho y su autor; en cambio hoy el problema surge en relación a la estructura de los tipos legales, sobre la base de la afección a un bien jurídico como fundamento de ella.

En nuestro país ya la doctrina ha empezado a reconocer la existencia de este elemento subjetivo. Así con razón GARRIDO MONTT, Mario (*Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 165), habla del tipo subjetivo en el delito culposo.

Pero este planteamiento subjetivo, que de algún modo ha sido destacado sobre todo por los finalistas, ha sido llevado también consecuente y coherentemente al extremo, en la medida que se desconoce la función dogmática del bien jurídico. Así, ya Diethart Zielinski (*Handlungs- und Erfolgswert*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, p. 152 ss. Hay traducción al castellano de SANCINETTI, Marcelo: *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991); partiendo de este momento subjetivo en la culpa, llegaba a plantear, paradójicamente, al igual que algunos causalistas naturalistas consecuentes (véase BUSTOS RAMIREZ, Juan: *Culpa y Finalidad*, ob. cit.), que la culpa consciente o con representación era un delito doloso de puesta en peligro: "El dolo de puesta en peligro y el momento intelectual de la culpa consciente son idénticos. Esto implica la conclusión que el delito doloso de puesta en peligro y el delito con culpa consciente son idénticos" (pp. 158/159).

En la actualidad, Günther Jakobs (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª edic., Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1991, pp. 313 ss.) convierte la culpa en un aspecto totalmente subjetivo del tipo sobre la base de la culpa individual (pp. 315 ss.): "Dolo como culpa son formas de evitabilidad; ambos determinados a través de la reconocibilidad de la realización típica; en el dolo la reconocibilidad se ha transformado en conocimiento, pero no en la culpa. Si en el proceso no se puede probar conocimiento, pero en todo caso reconocibilidad, entonces hay que condenar por hecho culposo, pues la falta de conocimiento no es una cuestión sustancial en la culpa, sino sólo una característica delimitante" (p. 317). Es decir, Jakobs se esfuerza desde su punto finalista de lograr un concepto común para dolo y culpa y de ahí que necesariamente a ambos los coloque en un mismo plano subjetivo y niegue todo elemento objetivo en la culpa, con lo cual paradójicamente se aparta del pensamiento originario de Welzel en el sentido que el delito culposo presenta una estructura diferente al delito doloso.

tráfico. Es por eso que también es importante determinar el ámbito mismo fáctico en que se lleva a cabo la acción.

En suma el elemento subjetivo está referido a una acción concreta y no abstracta. De ahí que también sea necesario precisar el sujeto actuante, esto es, sus características específicas, lo cual es determinante para precisar posteriormente la falta de cuidado exigido, pues no será lo mismo si se trata de un sujeto con conocimientos especiales o que tiene un minus para actuar en un determinado ámbito de relación.

Ahora bien, el punto de mayor discusión para plantear la falta de cuidado exigido en el ámbito de relación se refiere al sujeto actuante, esto es, si el punto de partida es uno de carácter generalizador o individualizador. Si se acoge el segundo, pareciera que nos internamos ya en los problemas del sujeto responsable. Pero si acogemos el primero, resultaría que no lograríamos aprehender casos en los cuales el sujeto posee conocimientos especiales. Pareciera que el problema está más allá de una u otra perspectiva, pues por la naturaleza de tipo legal, lo que es necesario determinar es un ámbito situacional preciso, es decir, no hay que confundir el tipo legal como un concepto abstracto con su referencia sustancial, que será siempre concreta. Luego, resulta que en el tipo culposo ello obliga inevitablemente a considerar una situación específica, que pasa naturalmente por la especificidad del sujeto actuante. Lo otro sería un desconocimiento de la realidad y la construcción de una tipicidad imaginaria o metafórica.

De ahí entonces que es el concepto de tipicidad y de tipo legal, que ciertamente es común al dolo y la culpa, el que obliga a considerar al sujeto activo concreto y no una abstracción. Es por eso que la controversia entre una posición individualizadora o generalizadora carece de sentido, pues sería partir de un sujeto actuante irreal.

De ahí que si el sujeto actuante no tiene las aptitudes para participar en un ámbito de relación determinado (por ejemplo, se trata de una persona que tiene problemas en las piernas y por tanto le es imposible conducir un coche), se le exige excluirse de ese ámbito de relación (el tráfico), salvo que supla ese minus de otra manera (por ejemplo, se construya o se haga construir un coche adecuado a su problema o lo salve mediante elementos mecánicos o electrónicos).

Por otra parte, si el sujeto actuante tiene conocimientos especiales, es evidente que sería absurdo que ellos no fuesen considerados, pues ellos pertenecen al ámbito de relación en que el sujeto actúa. Precisamente la situación típica está determinada en el delito culposo por un ámbito de relación específico, de modo que si

se posee especiales facultades para actuar en ese ámbito, sería un contrasentido su no consideración.²⁶ En suma, no se trata de averiguar características estrictamente personales del sujeto (inteligencia, moralidad, etc.), sino de establecer cuáles son las aptitudes de ese sujeto para participar en un ámbito de relación determinado. A quien no tiene las aptitudes para participar se le exige no hacerlo (salvo que las supla de otra manera), y a quien tiene aptitudes superiores se le exige aplicarlas.

Pero entonces lo que es importante destacar es que en el delito culposo hay ciertamente elementos subjetivos y que necesariamente entonces ello implica también la existencia de un determinado conocimiento. En ese sentido resulta ineludible el conocimiento de la acción que se desarrolla y los riesgos que ella implica, pues de otra manera el acontecimiento carecería de significación jurídico-penal, ya que si se parte desde el bien jurídico y como éste implica siempre una determinada relación social, necesariamente la participación en una relación social requiere un determinado conocimiento. Esta es otra razón que confirma la necesidad de tener en cuenta los conocimientos especiales del sujeto actuante y, por otra parte, sus específicas particularidades.

²⁶ Sobre este punto, como se ha dicho, ha habido una gran discusión en la doctrina, pero más allá de que se acepte o no un elemento subjetivo en el delito culposo, pues la tendencia, aun entre aquellos que no están de acuerdo en tal elemento subjetivo, es considerar a la persona concreta con sus conocimientos específicos. Es así como Claus Roxin (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*. C. H. Beck, München, 1992) señala: "Los argumentos que se traen en contra de una individualización de las capacidades de cuidado son completamente débiles" (p. 694), y da un ejemplo muy ilustrativo, haciendo un análogo con la omisión: "Un campeón de natación que labora como salvavidas y que puede nadar el doble de rápido que sus colegas, no puede dejar ahogarse a una persona en razón de mantener el tipo de los otros" (p. 693).

Enrique Cury, a pesar de compartir el planteamiento finalista y, por tanto, consecuentemente debiera acentuar el aspecto subjetivo por lo menos respecto al sujeto actuante, tiene una posición contraria: "De modo que sólo cuentan las particularidades del hecho, no las del sujeto... Entre dos médicos no pueden hacerse distinciones cualitativas o cuantitativas, pues esto significa individualizar" (*Derecho Penal, Parte General*, t. I, 2ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 285).

En cambio, Mario Garrido Montt (ob. cit., pp. 166 s.), con mucha claridad señala que hay que tomar en cuenta los conocimientos especiales del sujeto: "apreciando las circunstancias concretas y los conocimientos especiales del sujeto..." (p. 167). Sin embargo, excluye la consideración de la *destreza* de la persona, y ésta también es parte de la situación concreta, pues no es lo mismo la destreza de Guillermo Tell que la de un ciudadano cualquiera o la de un gran corredor de autos respecto de un conductor determinado, de modo que al valorar la situación en que actúa Guillermo Tell o el gran corredor de autos, hay que tomar en cuenta su destreza más allá de sus conocimientos especiales, e igualmente respecto del que actúa y no tiene esa destreza especial. Y esto más allá del conocimiento, pues ciertamente un mecánico o preparador de autos puede tener más conocimientos que un gran corredor, pero sin embargo no su destreza y no podría llevar a cabo una maniobra como aquél.

La existencia de un aspecto subjetivo en el delito culposo aparece como una concreción básica de carácter garantista, esto es, resulta ineludible e indispensable para un Derecho Penal moderno que por lo menos el sujeto conozca que está llevando a cabo una actividad de alto riesgo y que por eso se le exige un determinado cuidado; en caso contrario sería pura responsabilidad objetiva o se dejaría la sanción al arbitrio de las meras exigencias de cuidado del legislador.

Dado que, como hemos señalado anteriormente, el delito culposo se puede clasificar según haya o no representación del resultado y ello evidentemente influye en los elementos específicos de la tipicidad del delito culposo, parece adecuado distinguir para estos efectos entre estas dos clases de delitos culposos.

2.3 ELEMENTOS ESPECÍFICOS DE LA TIPICIDAD DEL DELITO CULPOSO DE ACCIÓN CON CULPA INCONSCIENTE O SIN REPRESENTACIÓN: LA FALTA DEL CUIDADO EXIGIDO EN EL ÁMBITO DE RELACIÓN, ESTO ES, LA CULPA

Es obvio, al igual que en el delito doloso, que lo que en definitiva caracteriza al delito culposo es justamente la culpa, de ahí que este elemento resulte imprescindible dentro de la tipicidad del delito de acción culposo.

Una vez determinada en la forma señalada la acción en referencia, esto es, la acción que nos va a permitir su atribución a un tipo legal determinado, por ejemplo en el caso del tipo legal de homicidio por imprudencia temeraria (artículo 390 N° 2 en relación al artículo 490), que esa acción de conducir o de reparar la rueda por una persona en un camino secundario de poco tráfico ha sido la forma o medio por la cual se ha dado muerte a otra persona, es necesario además determinar la culpa, esto es, la falta del cuidado exigido en el ámbito de relación.

Ahora bien, los elementos específicos para determinar la falta del cuidado exigido por parte del sujeto actuante son los siguientes:²⁷

²⁷ En la doctrina nacional ya los autores han hecho alusión a estos elementos de la tipicidad del delito culposo, véase GARRIDO MONTT (ob. cit., pp. 168 s.).

2.3.1 Elemento objetivo-normativo intelectual

Este elemento implica determinar qué riesgos o peligros debieron ser previsibles²⁸ para la persona conforme a la acción desarrollada de acuerdo a las circunstancias fácticas y personales. Luego partiendo de la persona concreta en las circunstancias concretas y

²⁸ El elemento de previsibilidad aparece hoy discutido en la doctrina comparada, desde diferentes posiciones. Así, por ejemplo, Roxin estima que "para la constatación del cumplimiento de un tipo culposo no es necesario acudir más allá de la teoría de la imputación objetiva" (*Política Criminal y estructura del delito*, ob. cit., p. 93), pues, lo que se producía simplemente cuando no hay previsibilidad es ausencia de realización del peligro, lo que es una cuestión a resolver conforme a los criterios de imputación objetiva. Pero tal planteamiento de Roxin es coherente en cierto modo con su posición que lo único que interesa es el desvalor de resultado, la afección al bien jurídico, y no el aspecto de desvalor de acto, lo referente a la realización de un comportamiento. Es por eso que cuestiona la previsibilidad, en cuanto ésta sería una característica propia al comportamiento del sujeto, sobre una base negativa, esto es, que no hay culpa cuando el hecho no era previsible y no era previsible cuando había ausencia de realización del peligro. Pero el problema es otro, en primer término, es decir, cuándo hay culpa, y evidentemente si el hecho era previsible, ya hay un antecedente importante al respecto. En otros términos, lo primero que hay que determinar es el problema de los comportamientos altamente peligrosos dentro del sistema de relaciones, pues el peligro es algo propio al comportamiento y de ahí que si ello era previsible resulte ya un antecedente importante para la culpa y de ahí también que aun antes de determinar la ausencia de realización del peligro, sea importante establecer si había o no previsibilidad, pues entonces ya no tiene sentido seguir adelante en el análisis, pues falta un supuesto básico del delito culposo, que es propio al comportamiento y no al resultado producido (afección al bien jurídico). Así, en el ejemplo que Roxin presenta del lesionado que no muere a consecuencia del accidente, sino en el incendio del hospital, no hay duda que el bien jurídico ha sido afectado, pero lo básico es que tal resultado no era previsible, hay ausencia de realización del peligro, precisamente por un análisis anterior, porque cambia la situación si el conductor imprudente, a pesar de que está consciente que se ha declarado incendio en ese hospital, lo lleva allí y no a otro. En otras palabras, el análisis del comportamiento del sujeto, del desvalor de acto, es ineludible y previo al del resultado, de la afección del bien jurídico.

Pero no sólo desde la perspectiva de Roxin de la imputación objetiva ha habido una revisión del requisito de previsibilidad, sino también desde una perspectiva más propia al causalismo. Así TRIFFTERER, Otto (¿Die "objektive Vorrausschbarkeit" (des Erfolges und des Kausalverlaufs) –unverzichtbares Element im Begriff der Farhlässigkeit oder allgemeiner Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?, en *Festschrift für Paul Bockelman*, München, 1979, pp. 381 ss.), para quien "La previsibilidad objetiva como característica común del delito doloso y culposo hay que clasificarlo como el concepto superior del delito de resultado" (p. 221). De este modo nuevamente la previsibilidad objetiva, aunque realzada, pierde su importancia como característica del delito culposo. Pero este planteamiento más teñido de causalismo parte de un determinado concepto de resultado, como resultado material, cuando lo que interesa es el resultado como afección al bien jurídico y en ese sentido todo delito es de resultado, luego en todo caso su planteamiento debería referirse a todo delito, pero ello no sería coherente con su posición causalista. Ahora bien, como hemos señalado, la previsibilidad objetiva es un problema anterior a la discusión del resultado, está referido al comportamiento del sujeto, a la peligrosidad objetiva de los peligros que implica y eso tiene sentido analizarlo en un delito culposo y no en un delito doloso. Naturalmente para Triffterer, que reduce el comportamiento a causalidad y por tanto a la producción de un resultado material, ello tiene que escapar a su consideración.

de su actuar determinado *se exige* por el ordenamiento una previsibilidad precisa por parte del sujeto actuante en relación a un bien jurídico protegido específico.

Se trata por tanto de un elemento en que el acento está en el aspecto normativo, conforme a la regulación que hace el sistema jurídico, por eso se trata de una previsibilidad debida o exigida y no en relación a la *capacidad* de respuesta del sujeto, que sería una cuestión propia a la teoría del sujeto responsable.

La Corte Suprema en s. 31.8.1953 revocó sentencia de segunda instancia que castigaba por parricidio y condenó sólo por homicidio culposo, pues "El informe de autopsia expresa que el cráneo tenía paredes de grosor menor que lo corriente. El hundimiento por el golpe se produjo en una zona que es frágil por constitución anatómica". De ahí que según el fallo, "el acto ejecutado por el procesado reúne todos los requisitos que constituyen la culpa, o lo que es lo mismo, la imprudencia temeraria. Porque, en primer lugar, no previó el efecto, que aquí fue la muerte de la persona protegida por el Derecho Penal; y en seguida, porque pudo aquél preverlo si no hubiera sido negligente, descuidado o imprudente".²⁹

Tal previsibilidad como elemento normativo necesariamente ha de determinarse conforme a la teoría de la adecuación. Esto es, conforme a un juicio ex ante, es decir, en que el juez ha de colocarse al momento de realización de la acción según lo que surge desde la norma, por tanto desde la perspectiva de un ciudadano medio conforme a esas circunstancias fácticas y personales (pues no es lo mismo, como decíamos, que sea un gran corredor de coches el que lleva a cabo la acción de conducir que un ciudadano cualquiera).³⁰

²⁹ Los hechos son los siguientes: "el reo se encontraba bebiendo en compañía de Jorge, en el comedor de su casa, en ese momento llegó su mujer María a cambiar la ampollita por una más chica, con el propósito de colocar la que tenía el citado comedor en un negocio que poseía ésta en un kiosco ubicado cerca de esa casa. Este cambio le pareció mal al reo. Fue al referido kiosco y quebró la ampollita puesta ahí. Volvió al comedor a seguir bebiendo con su compañero. Mientras tanto, su mujer mandó a Luisa, allegada a la casa, a comprar otra ampollita. María, después, llegó al comedor y se produjo entre ella y su marido un disgusto, alternando diversas palabras. La mujer le dijo al marido que no lo quería, y esto lo repitió por tres veces. El marido, entonces, con rabia y furia –según dice él– le lanzó un vaso que dio en la sien derecha de su cabeza. Empezó a emanar sangre de la herida y, llevada al Hospital Barros Luco, falleció a las tres horas después".

En todo caso aún la previsibilidad de la muerte sería cuestionable, dadas las características anatómicas excepcionales de la víctima.

³⁰ En sentido semejante en Latinoamérica, VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando (*Derecho Penal. Parte General*. Temis, Bogotá, 1994): "debe partirse no sólo del cuidado que hubiese puesto un hombre consciente y prudente en la misma situación vivida por el

Luego, así situado el juez determinará qué riesgos o peligros aparecían como adecuados al actuar desarrollado, o, en otras palabras, como normales y en consecuencia previsibles y cuáles inadecuados o extraordinarios y, por tanto, imprevisibles.

En la jurisprudencia hay casos en los cuales se ha llegado a exigir precisamente lo imprevisible. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago en s. 22.10.1984, en que el inculpado señala "caí en un hoyo existente en la pista de circulación, lo que me hizo perder el control del vehículo y me desvié hacia la izquierda invadiendo la pista de circulación contraria", todo lo cual fue acreditado en el proceso. Se estimó que era inaceptable ese argumento en una ciudad donde es habitual la formación de estas fallas del pavimento, siendo de común ocurrencia, concluyéndose que el procesado no tomó todas las precauciones que "la prudencia ordinaria hace aconsejables, de manera de evitar cualquier obstáculo preexistente". Es decir, se parte del supuesto que en Santiago el conductor tiene que tomar en cuenta que es una ciudad con hoyos y tiene que prever que se va a encontrar con un hoyo y que puede por ello irse hacia la pista de circulación contraria. Tal razonamiento evidentemente lleva al absurdo. En cambio con razón la Corte Marcial en s. 12.5.1955, en el caso en que el inculpado le propinó una bofetada en el mentón a la víctima, que le causó hemorragia, que finalmente le produjo la muerte debido a la hemofilia de que padecía, y dado que aquél no conocía que padecía de tal enfermedad, señala que no queda acreditada la culpa, pues no está acreditada "su esencia... la previsibilidad".

agente (criterio objetivo), sino además de las capacidades y conocimientos del autor en concreto (criterio individual)", p. 374. Anteriormente MALAMUD GOTI, Jaime: *La estructura penal de la culpa*, Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 70: "Es una opinión unánimemente sostenida que los especiales conocimientos que posea el agente redundarán en una extensión de la obligación de ser cuidadoso. Tal sería el caso del conductor profesional respecto de los problemas que suscita el tránsito". En España, entre otros, MIR PUIG, Santiago (*Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., PPU, Barcelona, 1990, pp. 299 s.), aunque con algunas precisiones destinadas precisamente a destacar la situación concreta en análisis en que se encuentra el sujeto; CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal Español*, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 1994, p. 417: "El juicio de previsibilidad objetiva se lleva a cabo colocándose el juez en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, así como el saber experimental excepcional del autor (saber nomológico)".

Diferente, en cambio, la posición de CURY, Enrique (*Derecho Penal*, ob. cit., p. 285): "Una vez más debe enfatizarse que la culpa depende de si el hombre medio empírico podría, en el caso concreto, dirigir el curso causal más certeramente de lo que lo ha manejado el sujeto. De modo que sólo cuentan las particularidades del hecho, no las del sujeto". Resulta entonces que del hecho se excluye lo principal de él y lo único que justifica el interés jurídico penal, esto es, el sujeto; luego ya no es el hecho el que se analiza, sino una pura construcción en la cabeza del juzgador.

2.3.2 Elemento objetivo normativo conductual

Una vez establecidos los riesgos o peligros previsibles, habrá que determinar entonces cuáles medidas de precaución aparecían como exigidas o debían haber sido implementadas. Si en el elemento normativo intelectual señalábamos que su contenido estaba dado por la previsibilidad objetiva, en este caso está caracterizado por la prudencia objetiva, esto es, precisamente por las medidas de precaución objetivamente prudentes, adecuadas, frente a la previsibilidad de los riesgos. De ahí que el legislador utilice voces para designar la culpa que aluden a la prudencia, como imprudencia o negligencia.

También entonces en este caso el juicio del juez parte del sistema normativo, del conjunto de regulaciones jurídicas y de lo que conforme a ello habría realizado ese hombre medio del cual se parte en esa situación de acuerdo a esas circunstancias fácticas y personales (pues repitiendo lo ya dicho, no es lo mismo que sea un profesional del tiro al blanco que un ciudadano cualquiera).

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 *que lo que la persona debió hacer fue abstenerse del comportamiento correspondiente (por ejemplo, alguien que no sabe conducir, la única medida de precaución posible es que se abstenga de hacerlo).*

Interesante al respecto es la sentencia de la Corte Suprema de 17.5.1951, referida a los siguientes hechos: "Carlos efectuaba un vuelo en el avión Fairchild CC.KNE. Nº 0047, sobre la cancha de Quivolgo, de Constitución, el 20 de febrero de 1949, llevando como pasajero a Gustavo, el reo ejecutó la maniobra acrobática llamada 'roll', y durante ella, el pasajero se desprendió del avión y cayó desde una altura de unos 500 metros. Antes de llegar a tierra se abrió el paracaídas del pasajero, pero luego se cortó el arnés en la parte correspondiente a la amarra del pecho, yendo Carlos a estrellarse en tierra y falleciendo a consecuencias de las lesiones sufridas". Conforme a la sentencia, el procesado "trascendió lo prescrito en la Circular Nº 281 de la Dirección de Aeronáutica, a quien corresponde supervigilar el cumplimiento de las leyes y reglamentos sobre navegación aérea" y termina diciendo: "Para juzgar la responsabilidad que en el resultado pudo haber cabido al reo, hay que considerar aquella maniobra unida a las circunstancias que la rodearon y que pueden servir para apreciar si el reo estuvo en situación de prever el resultado. Tales circunstancias se refieren a las medidas y precauciones que necesariamente deben adoptarse para efectuar la maniobra acrobática sin que corra peligro la vida de las personas que ocupan el avión. En la especie, tales medidas y precauciones consistían en que la víctima estuviese debidamente asegurada en su asiento y en que se hallase en condiciones de utilizar con acierto el paracaídas que se le proporcionó".

De ahí que para ello surjan en la vida moderna como esenciales los reglamentos,³¹ es decir, todas aquellas normas jurídicas dadas por la autoridad para regular una determinada actividad, precisamente porque lo primero a destacar desde una perspectiva jurídico-penal de la protección al bien jurídico es el valor o desvalor del comportamiento. En ellos, junto a una serie de disposiciones puramente administrativas, se contemplan también, y en especial, formas o modos de llevar a cabo un comportamiento determinado. Es decir, se determinan ciertos cuidados y sobre todo llamados de atención, o bien, ambas cosas a la vez. Caso prototipo de ello son los reglamentos del tránsito, en los cuales por ejemplo se regula la velocidad de los vehículos, los lugares en los cuales éstos deben detenerse, disminuir la velocidad, etc. Así un disco "pare" es tanto un llamado de atención a una situación de gran riesgo para bienes jurídicos como también de aplicar el cuidado de detener el coche un breve momento.

Pero ciertamente la complejidad de la vida moderna ha hecho que la autoridad cada vez con mayor frecuencia dicte reglamentos para las más diferentes actividades, en cuanto todas ellas, por el gran desarrollo tecnológico y la concentración urbana, implican graves aumentos de riesgo para los bienes jurídicos. De ahí reglamentos de construcción, sanitarios, medio ambiente, de calidad del consumo, etc.

Luego, la persona que desarrolla esta actividad reglamentada tiene un deber y una exigencia por el sistema de conocer esos reglamentos y de aplicar esos cuidados allí establecidos y de atender a los llamados de atención que contemplan. Por su parte, el juez, al enjuiciar la conducta llevada a cabo dentro de ese ámbito reglamentado, tiene el *deber* de considerar el cuidado o llamado de atención que se contempla al momento de considerar tanto los resultados previsibles como las precauciones a implementar.

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 profesional, o bien simplemente reglas técnicas,

³¹ La doctrina en forma dominante se refiere a ello, cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl (*Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1977, p. 365; *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. III, pp. 398 ss.); VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando (ob. cit., p. 374); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (ob. cit., pp. 104 ss.).

y a menudo se dan tanto reglas de ética como técnicas al mismo tiempo en relación a una determinada actividad.³² Luego, quienes desarrollan tal actividad están también obligados a conocer tales normas y a aplicar en su comportamiento profesional tales regulaciones, que también contienen llamados de atención y precauciones a implementar. De modo que el juez, si bien con un carácter diferente al reglamento, pues éste surge de la autoridad y por tanto tiene un valor mayor llegado el caso de conflicto entre reglamento y simple regla, ha de tomar en cuenta también tales normas de regulación para enjuiciar el comportamiento desarrollado en ese ámbito profesional o técnico.

Ciertamente el nivel de las reglas éticas no es el mismo que las reglas técnicas. Mientras las primeras surgen de un gran consenso valórico y por tanto tienen una mayor permanencia, las técnicas, en cuanto son formas de implementar realizaciones concretas, pueden estar sujetas a una mayor contradicción, pues puede depender de una mayor experiencia del sujeto y del caso concreto o de recientes innovaciones. Así, por ejemplo, es una regla ética indudable para un médico que no puede utilizar su posición frente al paciente postrado para llevar a cabo un experimento con él, pero en cambio es una cuestión diferente y a discutir si frente a un sujeto con determinadas características la técnica usada en la operación era la correcta o no.

Ahora bien, pero no sólo en la vida moderna están estos códigos de ética o reglas técnicas, sino que se tiende además a regular cualquier actividad por el grupo que la lleva a cabo. Así los que pertenecen a un club de caza o de pesca, o en general a cualquier club o asociación que desarrolla una actividad determinada, establecen determinadas reglas no sólo puramente administrativas, sino también dirigidas a llamados de atención o de precaución en el comportamiento de sus miembros.

Luego también en este caso los miembros de ese club o asociación tienen el deber de conocer tales reglas y el juez de aplicarlas al momento de enjuiciar el comportamiento de esa persona dentro de la actividad de ese club o asociación. Naturalmente también estas reglas tendrán un menor valor llegado el caso respecto de un conflicto con un reglamento.

³² Con razón la doctrina siempre ha destacado, por su trascendencia, la llamada *lex artis* en el caso del ejercicio de la profesión médica, pues ella implica para el médico la aplicación tanto de reglas técnicas como éticas (cfr. por todos CURY, Enrique: ob. cit., pp. 286 s.).

Por último, también en la actualidad contratos y convenios colectivos contienen reglas a las cuales deben atenerse las partes (así en los convenios colectivos entre trabajadores y empleadores se establecen reglas relativas a la seguridad en el trabajo; así también entre los contratos entre empresarios y la Asociación Chilena de Seguridad o el Instituto de Seguridad del Trabajo).

En suma, entonces, en la vida moderna, por su propia complejidad, hoy resulta cada vez más difícil que en cualquier actividad no haya ya de antemano determinado un mínimo de medidas de precaución (y/o de riesgos o peligros previsibles) que la persona está en la obligación de conocer y aplicar, con lo cual entonces el enjuiciamiento por parte del juez resulta más acorde con el principio de la certeza.

En efecto, como ya hemos dicho, los tipos culposos son siempre tipos penales abiertos, ya que el tipo penal nunca podrá completarse legalmente, pues la falta de cuidado exigido es una cuestión a resolver frente a cada persona en una situación particular. De ahí entonces la importancia de los reglamentos y reglas, ya que ellas son un indicativo para el juez.

Ahora bien, en relación a los cuidados o precauciones que el sujeto debe tomar, nuestra legislación establece una graduación. En efecto, el Código Penal utiliza diferentes expresiones: "imprudencia temeraria" (artículo 490 C.P.), "negligencia culpable" (artículos 491 C.P. y 495 N° 21 C.P.), "negligencia inexcusable" (artículos 224 N° 1, 225, 228 inciso 2° del C.P.), "descuido culpable" (artículos 491 y 494 N° 10 del C.P.), "mera imprudencia o negligencia" (artículo 492 C.P.).

Los diferentes términos utilizados por el código de imprudencia, negligencia o descuido, en definitiva son diferentes formas equivalentes³³ para determinar la culpa o falta de cuidado exigido conforme a lo que expresa el artículo 2° del Código Penal. Sin perjuicio que haya acentos diferentes en esa falta de cuidado exigido conforme, en principio, al ámbito de relación al cual se está refiriendo. Así, la ley cuando se refiere a cualquier ámbito de relación de una persona, habla de "imprudencia", que por tanto aparece en relación a una característica básica de la persona en sus relaciones, que sería la prudencia en su actuar. Cuando, en principio, se refiere a un ámbito específico de acción de las personas utiliza la voz "negligencia" para señalar que ya no sólo

³³ En el mismo sentido GARRIDO MONTT (ob. cit., p. 174); en cambio no las consideran equivalentes ETCHEBERRY, Alfredo (*Derecho Penal, Parte General*, p. 222), NOVOA MONREAL, Eduardo (*Curso de Derecho Penal*, I, p. 544).

es un problema de prudencia, sino de la falta de un deber específico de cuidado en relación a la actividad o función propia a esa persona (juez, funcionario público, médico, chofer profesional en el caso del artículo 492). Del mismo modo también utiliza la voz "descuido" cuando se trata de un ámbito de relación específico de la persona, pero que no surge en razón a su función o cargo, como en el caso de la negligencia, sino respecto de elementos ("animales feroces" en el artículo 491 inciso 2º) o situaciones ("en el desempeño de su profesión sin causar daño a las personas" en el artículo 494 N° 10) que por sus características en relación a riesgos exigen un cuidado específico a las personas, implican un deber de garantes respecto de los bienes jurídicos de otros.

En otros términos, tales expresiones sirven al juez para los efectos de llenar el concepto abierto de falta de cuidado exigido. En el caso de imprudencia estará ante la expresión más abierta, pues tendrá que remitirse sólo a la prudencia, sin perjuicio que pueda acudir a reglamentos y a "reglas" técnicas, asociativas o contractuales. Cuando se trata de negligencia, en cambio, ciertamente no sólo puede tener en su ayuda disposiciones reglamentarias y "reglas" de cualquier especie sino además normas legales precisas en relación a los deberes que les incumben a los sujetos calificados. Por último, al hablarse de descuido podrá encontrar seguramente reglamentaciones y "reglas".

Por otra parte, estas expresiones llevan siempre un determinado adjetivo: "temeraria", "culpable", "inexcusable" y "mera".

Tales expresiones tienen también una función esencial dentro de los respectivos tipos legales, pues si mientras las anteriores especificaban un ámbito de relación determinado en que actúa la persona, ya sea dependiente de sus calidades personales o de circunstancias fácticas, éstas dicen relación con un determinado grado de exigencia de cuidado. Hemos dicho que la culpa es la falta del cuidado exigido en un ámbito de relación determinado, por eso son importantes tanto como indicativos para determinar ese ámbito de relación como también para precisar el grado de lo exigido.

Cuando el Código Penal se refiere a la imprudencia como temeraria, es evidente que está planteando un grado máximo de falta de cuidado, propio justamente de aquella persona que aún pone en sus actividades en alto riesgo su propia vida o salud individual y, por tanto, con igual o mayor razón los bienes jurídicos ajenos. En ese sentido es un equivalente a lo que en materia civil se entiende por culpa grave, que justamente conforme al artículo 44 del Código Civil es aquella que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de

poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. En el ámbito penal se trata entonces de no aplicar aquel cuidado que aún una persona poco prudente aplica en relación a sus propios bienes jurídicos importantes, como es el caso de la vida y la salud individual, que son a los que se refieren los artículos 490 y siguientes del Código Penal. Por eso es justamente un temerario, no aplicó ni siquiera aquel mínimo cuidado que se tiene con los propios bienes en su interrelación con otras personas, específicamente respecto de los bienes jurídicos vida y salud individual, conforme al artículo 490 del Código Penal. En otras palabras, la imprudencia temeraria implica la culpa más grave, pues significa la falta de aquel cuidado mínimo exigido en un ámbito de relación determinado.

En ese sentido con razón la Corte de Apelaciones de Valparaíso señala: imprudencia temeraria es la "acción del agente desprovista del mínimo de cuidado que emplea una persona diligente en la realización de una conducta importante, lo cual hace más ostensible el natural riesgo de la empresa llevada a cabo" (s. 20.20.1987).

Pero el Código Penal también utiliza la voz "mera" imprudencia o negligencia en el artículo 492 en relación igualmente a los bienes jurídicos más importantes de la persona (vida y salud personal). Luego, en este caso es evidente que ya no se trata de la falta de un mínimo de cuidado, sino de una falta de cuidado mayor. En ese sentido pareciera que se trata de un análogo con la llamada culpa leve del Derecho Civil, que conforme al artículo 44 del Código Civil es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, la del buen padre de familia o del buen ciudadano. Es decir, se trata en este caso de la falta del cuidado medio exigido en un ámbito de relación, hay un mayor grado de exigencia y por eso se habla de mera imprudencia o negligencia. Lo que, sin embargo, nunca exige el Código Penal es el cuidado extremo, por eso no castiga la llamada culpa levisima que aparece en el Código Civil, que es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

Es coherente con los principios garantistas del Derecho Penal ya enumerados y en especial con el de extrema necesidad, no sólo que no se castiguen siempre los hechos culposos, pues de otra manera sería imposible la actividad humana y la convivencia, ya que las capacidades humanas no le permiten a la persona estar en cada segundo con toda su atención puesta en lo que hace, sino también por eso mismo que no se castiguen hechos con culpa

levísima, pues también la actividad humana y la convivencia serían imposibles ante tal exigencia a las personas.

Ahora bien, cuando el legislador en el artículo 492 del Código Penal plantea el castigo de la mera imprudencia o negligencia, sin embargo, para hacer esa exigencia de mayor cuidado, requiere copulativamente la infracción de reglamentos. Sólo en este caso entonces es admisible el castigo de la falta del cuidado mediano exigido, lo que refuerza más aún los principios garantistas del Derecho Penal y como hemos dicho sobre todo el de extrema necesidad de la intervención punitiva del Estado.

Luego, entonces, ha de tratarse de un ámbito de relación reglamentado, no basta con la existencia de reglas, aunque llegado el momento éstas también puedan ser útiles al juez, sino que se requieren reglamentaciones de ese ámbito de relación, como sucede sobre todo con el tránsito vial, que es el que ha dado origen en verdad a esta disposición, aunque se pueda aplicar en definitiva a cualquier situación reglamentada (construcción, medio ambiente, calidad del consumo, etc.). Pero su mayor aplicación se da precisamente en la reglamentación del tránsito, en los accidentes que en ese ámbito de relación se producen.

Acertadamente la Corte de Concepción fija el concepto de previsibilidad, esto es, el elemento normativo objetivo intelectual, a partir de las normas o reglamentos de Movilización de Emergencia de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, en el sentido que era previsible conforme a ellas "el choque de los trenes con daños para las personas que viajan en ellos" (s. 3.4.1989). En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas: En un local comercial de la Zona Franca de la ciudad fue detectada una fuga de gas, cerca del medidor que estaba ubicado junto a la puerta de entrada. El Gerente de Ventas, a eso de las diez horas, llamó a las oficinas de Gasco S.A., que tiene la concesión del servicio de distribución domiciliaria de gas en la ciudad. El empleado de Gasco se comprometió a enviar personal al lugar con el fin de revisar y reparar las instalaciones, lo que no fue cumplido, pues hasta las dieciocho horas de ese día no era visitado el lugar por personal especializado. Un menor que transitaba por el lugar fue alcanzado por la inflamación del gas, comprometiéndole gran parte de su cuerpo. El tribunal hace mención del Reglamento de Explotación de los Servicios de Gas, que en el artículo 9º establece la obligación de las empresas concesionarias de mantener las instalaciones y servicios que le correspondan en condiciones de correcto funcionamiento; por otra parte, el artículo 39 obliga a contar con oficinas para atender las peticiones y reclamos del público. Luego "ante la petición de auxilio técnico que le planteó al reo, encargado del sistema de emergencia de la Empresa, no le cabía otra alternativa que arbitrar sin dilación las medidas necesarias para disipar el peligro denunciado, no resultando jurídicamente aceptable cavilaciones o dudas...", "...demostrando con semejante conducta omisiva descuido, falta de elemental precaución y negligencia".

Un primer problema que plantea este requerimiento de una infracción de los reglamentos es si con ello se puede plantear una inconstitucionalidad de dicha disposición en cuanto se estaría afectando el principio de legalidad de los delitos y las penas establecido en el artículo 19 N° 3 *in fine* de la Constitución Política. Es decir, si estamos en presencia de una ley penal en blanco inconstitucional, en la medida que remite el injusto a una disposición de rango inferior a la ley, como es el reglamento.

Pareciera que tal planteamiento carecería de fundamentación, pues, como se ha dicho en relación a las leyes penales en blanco, éstas son constitucionales en la medida que en la ley esté contenido el injusto y la remisión al reglamento sea sólo para la circunscripción de la materia prohibida o mandada. Pues bien, aquí no sólo está claramente establecido en la ley el injusto, ya que la ley determina el grado de culpa y además en relación a una afección a la vida o la salud, sino que la remisión al reglamento es precisamente para restringir el injusto, cumple una función garantista, pues esos injustos sólo se castigarán si además hay una infracción de reglamento; en caso contrario, a pesar de que se den, quedarán impunes. Se trata entonces de un requisito complementario del tipo legal respectivo, que restringe su aplicación.

Pero con eso no se resuelven todos los problemas que implica la remisión a la infracción reglamentaria. Quedan, además, dos cuestiones a analizar: cuál es la relación que tiene que existir entre la infracción reglamentaria y la falta de cuidado y si siempre que hay una infracción reglamentaria de la entidad ya determinada necesariamente tiene que darse el tipo legal respectivo.

Hemos dicho que los reglamentos contienen llamadas de atención en relación a precauciones que ha de tomar el sujeto. Es por eso entonces que cuando hay una infracción de reglamento el legislador puede exigir un cuidado mayor, pues el sujeto ha tenido un llamado de atención (disco pare, de presencia de escuela, de velocidad máxima, luz roja, etc.), que le indica que si no toma una precaución determinada está aumentando en forma excesiva el riesgo, lo cual el sistema jurídico penal no puede admitir en razón de su protección de bienes jurídicos de las personas.

De modo entonces que las infracciones reglamentarias tienen que estar en relación directa con la falta de cuidado en ese ámbito de relación respecto de un bien jurídico determinado. De tal manera que no toda infracción reglamentaria es la que aparece en referencia en el artículo 492 del Código Penal. Así, por ejemplo, no quedan comprendidas todas aquellas puramente administrativas o de control, no llevar patente o no llevarla al día, no llevar los

documentos del coche, etc. En otras palabras, sólo aquellas infracciones de reglamentos que dicen relación directa con el cuidado que la persona debe aplicar en su ámbito de relación (tránsito, construcción, calidad del consumo, etc.) forman parte del tipo legal del artículo 492 del Código Penal³⁴

Por otra parte, la infracción reglamentaria, aunque sea de aquellas directamente relacionadas con la falta de cuidado, tiene que producirse en el mismo momento de la afección al bien jurídico, pues justamente está en relación a la protección de éste, de modo que si, por ejemplo, la infracción reglamentaria del tránsito, así saltarse un disco pare, se produjo varias cuadras antes y después en otra intersección de calles, sin que tuviese al frente tal disco pare, atropella a una persona, no se puede utilizar aquella infracción anterior.

Ahora bien, ¿significa lo anterior que siempre que se infrinja un reglamento respecto de una disposición que dice relación directa con el cuidado exigido en un ámbito de relación determinado estamos en presencia de la posibilidad de un hecho culposo de mera imprudencia o negligencia? De ninguna manera.

En efecto, como ya hemos dicho, lo básico o esencial al tipo legal es la culpa, no la infracción de reglamento, que cumple sólo un papel delimitador. Luego, lo que hay que averiguar es si realmente la persona no aplicó el cuidado exigido, el cuidado mediano. La reglamentación sólo contiene un llamado de atención respecto de una medida de precaución de carácter general o medio, pero que por ello mismo puede ser sustituida por la persona por otra precaución de eficacia equivalente. Así, por ejemplo, la persona que lleva a un herido en su coche a una velocidad no permitida por los reglamentos puede sustituir esa precaución de velocidad por el toque constante de la bocina y la presencia ondulante de un paño blanco o rojo. Luego entonces la infracción de reglamento sólo cumple un papel delimitador, pero no esencial al injusto, el cual sólo se fundamenta en el hecho de la falta de cuidado exigido en el ámbito de relación. Es por eso que en modo alguno se puede decir que estamos en presencia de un precepto inconstitucional; por el contrario, se trata de un complemento garantizador.

³⁴ En ese sentido NOVOA MONREAL (*Curso de Derecho Penal*, Conosur, Santiago, 1985, pp. 584 s.), quien con razón señala: "si un expertísimo conductor de automóviles extranjero atropella a un peatón con su vehículo, sin haber obtenido en Chile su documentación, no sirve esa infracción para acreditar culpa y ésta habrá de ser acreditada prescindiendo de aquella".

Interesante al respecto es la sentencia de la Corte Suprema de 16.10.1954 en el siguiente caso: El vapor de nombre "Cautín" naufragó el día 19 de enero de 1948, frente al muelle Larroulet cerca de las 23.20 horas, mientras hacía el recorrido ordinario de Carahue a Puerto Saavedra, pereciendo ahogadas 79 personas; el barco sólo tenía permiso para trasportar 100 personas, pero ese día llevaba entre 200 y 300 y sólo 20 salvavidas; el capitán ante problemas de navegación varó el barco hacia la orilla del río Imperial e inclinado hacia babor, lo que produjo miedo entre los pasajeros, que se agolparon todos hacia estribor, desestabilizando el barco, que se dio vuelta. La Corte Suprema señala que si bien ha quedado establecida la infracción al artículo 110 de la Ley de Navegación, ello no dice relación con el hecho producido, que es el volcamiento del buque por la maniobra de los pasajeros, ya que precisamente el capitán varó el buque para impedir cualquier peligro a los pasajeros y no era previsible dicho comportamiento por parte de ellos.

Hemos dejado para el final la cuestión de cómo han de interpretarse las expresiones "culpable" e "inexcusable" que utiliza el legislador cuando se refiere a la negligencia o al descuido. En estos casos se utilizan estas voces, porque aparecen como más adecuadas semánticamente con las expresiones negligencia o descuido, dado que éstas, como hemos visto, dicen relación con *un determinado deber que surge para la persona por su función o cargo (negligencia), o bien, por una determinada situación a su cargo (descuido)*. Ciertamente era procedente utilizar una voz que expresara la intensidad de la negligencia o descuido, que dijese relación con ese deber, con la posición de garante de la persona, pues en definitiva se construye un delito culposo especial.

*Culpable e inexcusable*³⁵ significan entonces no haber aplicado ni siquiera el cuidado mínimo requerido para el cumplimiento de un deber, y precisamente por esa falta de cuidado es culpable o inexcusable. Es decir, también en este caso estamos en presencia de lo que sería una culpa grave. Luego, como se trata de un delito culposo especial, por tanto, que está en referencia a las calidades de la persona, necesariamente implica moverse en un determinado ámbito específico de conocimiento (del médico, del funcionario público, del que tiene animales feroces),³⁶ y, por tanto, la exigencia mínima es que aplique

³⁵ En relación a la voz inexcusable en este mismo sentido, COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTON, Tomás (*Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987). Ahora bien, si la expresión inexcusable no dice relación con el sujeto responsable, tampoco el término "culpable", que simplemente hay que entenderlo como una acentuación de la intensidad de la falta de cuidado.

³⁶ La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 11 de marzo de 1986, condenó por descuido culpable en el caso de lesiones graves causadas a doña Marianela "ya que de los antecedentes aparece nítidamente que el perro que causó las lesiones a la afectada era bravo y de gran tamaño, reconociendo el reo en la indagatoria de fs. 2 vta. que dicho perro salió a la calle en un momento de descuido suyo y que nunca le ha puesto bozal, circunstancias estas que dejan en evidencia que hubo de parte del encausado descuido culpable, motivando que su perro, que puede ser calificado como un animal feroz, causara daño a la querellante".

esos conocimientos propios a su función. Es decir, estamos ante una ratificación de lo dicho en relación al elemento subjetivo general en el delito culposo, que necesariamente se han de tener en cuenta los conocimientos especiales para determinar el cuidado objetivo requerido. Precisamente en este caso el legislador lo señala expresamente.³⁷

Con razón el legislador no utiliza la voz temeraria en este caso, pues el no cumplimiento de un deber no puede adjetivarse como temerario si se le quiere dar una gran gravedad, sino precisamente de culpable o inexcusable. Luego entonces negligencia culpable o inexcusable o descuido culpable significan también culpa grave, pues faltó el mínimo de cuidado exigido en un ámbito de relación determinado conforme al deber específico que le incumbía a esa persona. Pero entonces la falta de cuidado mínimo tiene aquí otra dimensión, pues está en relación a un deber específico y a la aplicación de determinados conocimientos que es de exigir conforme a la función o actividad de la persona.

2.3.3 Elementos específicos de la tipicidad en los delitos culposos con culpa con representación o consciente

Son pocas las diferencias con el delito culposo con culpa sin representación o inconsciente, pero sumamente trascendentales.

³⁷ Diferente posición tiene GARRIDO MONTT (ob. cit., pp. 173 s.), para quien en el artículo 491 del Código Penal, a pesar de la voz culpable, se estaría exigiendo mera imprudencia o negligencia, esto es, sería equivalente a la culpa leve del Código Civil. Al respecto habría que señalar que en el artículo 492 del mismo cuerpo legal se hace expresa alusión al término *mera*, lo que no sucede en el artículo 491 citado y más aún se añade una expresión diferente, esto es, *culpable*, que evidentemente, al igual que *inexcusable*, no está utilizada en el sentido dogmático, sino vulgar, esto es, de que esa negligencia o descuido ha sido *grave*, que al igual que el temerario no tiene ninguna posibilidad de dar la más mínima explicación al respecto. Ahora bien, esa gravedad no hay que ponderarla igual que en el caso de la imprudencia temeraria, pues aquí se trata simplemente de cualquier persona, en cambio en el caso de la negligencia o descuido culpable, la valoración es en relación a un sujeto especial, conforme a su propio deber de acuerdo al ámbito de garantía en que actúa.

Por lo demás lo anterior es coherente con la intencionalidad de la legislación, que considera el delito culposo como algo totalmente excepcional en su punibilidad y que por ello los tipos son muy contados y precisos y, además, sólo expresamente se exige mera imprudencia o negligencia, cuando hay infracción de reglamentos. Es decir, ciertamente también las personas señaladas en el artículo 491 del C.P. pueden quedar comprendidas llegado el caso en lo preceptuado en el artículo 492 del C.P. si hay tal infracción de reglamento.

2.3.3.1 Elemento subjetivo general

No hay ninguna diferencia en relación a este elemento con la llamada culpa sin representación o inconsciente.

2.3.3.2 La falta del cuidado exigido en el ámbito de relación

Entre la culpa sin representación y la culpa con representación hay una diferencia importante en relación a la falta de cuidado, pues precisamente ésta en la culpa con representación es consciente, es decir, se produce una conjunción entre lo objetivo y lo subjetivo. Pero ello naturalmente a su vez es radicalmente diferente a la estructura de un hecho doloso, pues en éste lo objetivo es lo *realizado* y *el dolo es un querer en realización*. En cambio, en la culpa consciente, y por eso es culpa, es lo objetivo, exigido, lo que debió realizarse conforme al ordenamiento jurídico, no es lo realizado, y por eso lo subjetivo en este caso nunca puede ser un querer en realización, sino solamente la conciencia de lo exigido objetivamente. Luego lo que destaca a la culpa con representación es precisamente esta subjetividad en relación a los elementos de la falta de cuidado exigido en el ámbito de relación.

2.3.3.2.1 Elemento subjetivo de representación de los riesgos o peligros del comportamiento conforme al elemento objetivo normativo intelectual

Respecto del elemento objetivo normativo intelectual sí que hay diferencia con la culpa sin representación, ya que precisamente el sujeto activo se representa los riesgos o peligros que conforme a un juicio de adecuación le debieron ser previsibles. Es decir, hay una coincidencia entre lo exigido y lo representado o consciente en el actuar de la persona. Luego en la llamada culpa con representación el acento no está sólo en el elemento objetivo normativo intelectual, sino que hay una conjunción entre elemento normativo y subjetivo. *En otros términos, lo intelectual exigido se hace consciente, por eso se habla de culpa consciente o con representación.*

2.3.3.2.2 Elemento subjetivo de representación de las medidas de precaución que debieron adoptarse conforme a lo objetivo normativo conductual

También en lo que se refiere a las medidas de precaución que debieron tomarse conforme a los riesgos que debieron preverse, generalmente se tendrá conciencia o representación por el sujeto activo. Luego, también en este elemento por lo general habrá una diferencia importante entre la culpa consciente y la inconsciente. En otras palabras las medidas de precaución que objetivamente se exigen conforme a la prudencia se las representa o le son conscientes al sujeto activo y es naturalmente lo que habrá que determinar en el caso concreto, sólo así se podrá constatar que se da este segundo elemento de la culpa con representación, *si bien lo esencial es que no se hayan tomado las medidas de precaución correspondientes y no tanto que se las haya representado.*³⁸

En lo demás, consecuentemente, no cabe hacer diferencia alguna y, por tanto, también habrá que recurrir tanto a los reglamentos como “reglas” por el juez para determinar cuáles eran las precauciones exigidas (y que eran conscientes), así como el grado de cuidado exigido (también consciente).

2.3.3.2.3 El elemento subjetivo específico referido a la actitud de la persona frente al resultado representado

Este es el elemento más trascendental en la diferencia entre la culpa con representación y sin representación, ya que según sea la actitud que la persona asuma su hecho se castigará como culpa, o bien, como delito doloso con dolo eventual.

Dos son las actitudes³⁹ que puede tener la persona: confiar en que el resultado no se va a producir, o bien, contar con el resultado,

³⁸ Un problema especial podría darse en el caso que la representación sólo se refiriera a los peligros o riesgos del comportamiento, pero no a las medidas de precaución. Pareciera que en tal caso lo decisivo para la culpa con representación es el hecho de representarse los riesgos determinados, pues frente a ellos tendrá la actitud de confianza o de contar con. Por tanto, no obstaría a la existencia de culpa con representación el que no se diera la representación de las medidas de precaución a adoptar.

³⁹ Cfr. GARRIDO MONTT (ob. cit., pp. 174 s.).

o lo que es lo mismo, decidirse por el curso de acción que implica ese resultado.⁴⁰

En el primer caso la persona confía, es decir, su actitud se basa ya sea en circunstancias fácticas o personales comprobables, por ejemplo que la distancia con los estudiantes es muy grande y que pasará sin necesidad de disminuir la velocidad, o bien, que él es tan buen conductor que con una maniobra adecuada podrá evitar atropellarlos al último momento. Es decir, la confianza *tiene que ser fundada*, en otras palabras, los elementos en que se basa (ya sean personales o fácticos) tienen que tener la aptitud suficiente para posibilitar tal confianza. Pero lo importante para que se dé el hecho culposo es que, a pesar de que la persona se representó el riesgo (y que llegado el caso también hubo representación de las precauciones que exigía esa situación), en razón de su confianza no adopta medida alguna de precaución.

Al respecto es muy ilustrativo el conocido ejemplo de Guillermo Tell, que siempre se trae a colación en esta materia. Es evidente que él al disparar la flecha a la manzana sobre la cabeza de su hijo se representa el riesgo que ello implica y que conforme a lo exigido debía prever, y que al mismo tiempo se representa que la medida de precaución exigida a otra cualquier persona habría sido abstenerse en su actuar, pero confiaba en su destreza, fundada en elementos de demostrada aptitud que lo colocaban como el mejor arquero de Suiza. Luego una confianza fundamentada en características personales comprobadas y comprobables. Ahora bien, sin embargo, llevaba otra flecha en su carcaj, que a la pregunta del tirano sobre ella, le contesta que era para él en caso que le hubiese dado a la cabeza de su hijo y no a la manzana. Es decir, con ello quedaba claro que se había representado tal probabilidad y también se representó las medidas de precaución exigidas en esa situación y que llegaban al extremo de exigir la abstención

⁴⁰ Esto quiere decir que evidentemente en el delito culposo también se dan elementos subjetivos del tipo, pero naturalmente compatibles con su estructura. Es por eso que se ha señalado con razón por la doctrina (véase por todos GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 175) que en general los elementos subjetivos propios al delito doloso no son compatibles con el delito culposo, como los elementos subjetivos de intención trascendente (por ejemplo, el ánimo de lucro) o los de tendencia (el llamado ánimo lascivo), y eso ya implica de partida que la estructura de ese tipo legal excluye totalmente el delito culposo. Sólo si un tipo legal contiene un elemento subjetivo psicológico situacional, como es el caso de contar con o decidirse por, es posible su compatibilidad con el delito culposo (así, en el caso del artículo 343 C.P. el elemento subjetivo que el embarazo “le constare al autor”, ya que en este caso hay que partir de que al momento de llevar a cabo su comportamiento estaba incluido en éste también tal conocimiento, es decir, es parte del elemento subjetivo general).

del comportamiento de disparar la flecha. De modo que si le hubiese dado a la cabeza de su hijo y se hubiera comprobado que no tomó las medidas de precaución correspondientes exigidas, dado que había actitud de confianza, sólo cabía castigar por delito culposo y no por dolo eventual.

Ahora bien, sin embargo, la actitud de la persona puede ser de contar con el riesgo o decidirse por el curso de acción que implica ese riesgo.⁴¹ Es decir, el sujeto no sólo se representa el riesgo y no aplica ninguna de las precauciones exigidas en ese ámbito de relación, sino que además tiene la actitud de contar con el riesgo o de decidirse por ese curso de acción. Es decir, sigue siendo esencial que no tomó las precauciones requeridas y precisamente no las aplicó porque contó con el riesgo o se decidió por un curso de acción que implicaba ese riesgo.

La circunstancia de esta actitud es más grave desde un punto de vista político-criminal, ya que no sólo hay conciencia del riesgo, sino además una actitud determinada de contar con o decidirse por. Por eso estamos ante una culpa más grave, que se castiga como dolo bajo la denominación de dolo eventual. *Se trata no ya de un problema político-criminal referente al concepto de dolo o culpa, sino a los criterios político-criminales para la determinación de la pena.*

Ahora bien, lo que hay que destacar es que la asimilación no es de carácter estructural conceptual, sino sólo para los efectos de la punibilidad, pues la estructura conceptual del llamado dolo eventual sigue siendo la de hecho culposo y no de dolo. Pero

⁴¹ En relación al tema del dolo eventual véase BUSTOS RAMIREZ, Juan ("Política criminal y dolo eventual", en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 233 ss.), en el cual se hace un extenso análisis de la posición al respecto.

Sobre el particular confróntese también la muy bien elaborada obra de DIAZ PITA, María del Mar (*El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994), quien ante la imposibilidad de resolver conforme a la definición de dolo los problemas que presenta englobar en él al dolo eventual, prefiere revisar la definición de dolo y señalar simplemente que es "decisión contraria al bien jurídico protegido" (p. 322), con lo cual estima entonces lograr un concepto unitario de dolo que permite recoger en su contenido también al dolo eventual. Esta posición es ya antigua y desde los inicios de la dogmática frente a los problemas de delimitación entre culpa y dolo se ha pretendido una revisión de la definición de dolo. Pero ello implica dos confusiones, una en relación al valor de la dogmática, que reside justamente en la claridad y precisión de sus conceptos y, por tanto, no en el fácil recurso de cambiarlos arbitrariamente y menos con significados de enorme amplitud o vaguedad. Y otra, el no considerar que en el sistema penal hay diferentes teorías para la resolución de deferentes niveles de problemas. Una es la cuestión de la teoría del delito, a la cual pertenece la problemática del dolo y otra es la teoría de la determinación de la pena y desde esta perspectiva y desde siempre se puede imponer la misma pena a categorías diferentes en razón de criterios propios a la determinación de la pena, así, por ejemplo, aplicar pena de autor a quien no lo es o aplicar entonces pena de delito doloso a una categoría que no es tal, como es el caso del delito con dolo eventual.

desde un punto de vista político-criminal aparece necesario por la gravedad del hecho castigar como si fuese un delito doloso. La circunstancia que sólo sea para los efectos de la pena la asimilación tiene importancia respecto de todas las demás materias en las cuales hay diferencias esenciales entre los delitos culposos y los dolosos (así en materia de grados de desarrollo del delito o de intervención de las personas en él).

Los esfuerzos que ha hecho la doctrina tradicional desde una perspectiva puramente dogmática de asimilar también la estructura del dolo eventual al dolo, han resultado totalmente infructuosos.⁴² En efecto, el dolo es conocer y querer la realización típica, luego requiere de un elemento cognoscitivo respecto de la realización y de un aspecto volitivo de realización, por eso se habla de un querer en realización. En el dolo eventual falta ese conocimiento de la realización, pues simplemente hay la representación del resultado probable y de la no aplicación de las precauciones debidas, que no se puede asimilar a conocimiento de la realización típica, por ejemplo, de matar. Por otra parte, en el dolo eventual falta el querer. Para aquellos que hablan de una aceptación o asentimiento (como un requisito puramente subjetivo de culpabilidad o de reprochabilidad) respecto del resultado probable, es evidente que ello no puede hacerse equivalente a querer con esa realización ese resultado (así, no se puede decir, por ejemplo, que al asentir en algo probable se quiere matar, que es una realización querida de matar). Y para quienes el dolo eventual implica sólo la actitud de contar con o decidirse por, ciertamente una actitud no se puede hacer equivalente a querer. Con mayor razón aún para aquellos en que el dolo eventual es sólo probabilidad, aunque sea rayana en la certeza; no hay duda que la mera probabilidad no se puede identificar con el conocer y querer del dolo.

Por eso en definitiva la estructura del llamado dolo eventual es la estructura del delito culposo,⁴³ precisamente porque su fundamento político-criminal surge en forma totalmente diferente

⁴² Plena razón tiene DIAZ PITA (ob. cit., p. 350) cuando critica agudamente las dificultades e incongruencias de la doctrina tradicional para englobar el dolo eventual en el dolo.

⁴³ Hay que recordar, sin embargo, que ZIELINSKI (ob. cit., p. 309), al partir de su posición finalista extrema, llegaba a la conclusión contraria, esto es, que el dolo eventual era dolo y que sólo la culpa inconsciente era propiamente culpa y, por tanto, que toda la culpa consciente, incluido el dolo eventual, era dolo. Naturalmente una exacerbación del desvalor de acto y en definitiva de lo subjetivo lleva necesariamente a una redefinición del delito doloso y a establecer como dolo ya cuando hay una falta consciente al deber de cuidado.

a la de los hechos dolosos. En éstos el legislador en su fin de protección de bienes jurídicos castiga procesos dirigidos a afectar bienes jurídicos, en los delitos culposos, sólo procesos de alto riesgo en que no se ejercieron los cuidados requeridos. En el dolo eventual hay un proceso de alto riesgo, por eso la probabilidad es de la estructura del dolo eventual, como de la culpa en general. Por otra parte, no se aplican los cuidados exigidos para evitar el riesgo, que es también lo que sucede en todos los casos de hechos culposos. Pero no hay duda que en relación a la generalidad de los hechos culposos, en el llamado dolo eventual hay una mayor gravedad que permite su asimilación en la pena al hecho doloso propiamente tal, porque el sujeto tiene la *actitud de contar con el riesgo o decidirse* por ese curso de acción que implica ese riesgo para los bienes jurídicos. Pero de todos modos es necesario examinar cuáles eran las precauciones debidas, para poder señalar que hay dolo eventual, al igual que en todo delito culposo, pues podría ser posible que aunque hubiese tomado esas precauciones de todos modos el riesgo se habría realizado, porque precisamente no dependía de esas precauciones.

La asimilación del dolo eventual a los delitos dolosos desde el punto de vista de la pena en nuestro Código Penal es sólo producto interpretativo, ya que no hay norma expresa al respecto, aunque en el futuro así debería serlo para un mejor cumplimiento del principio de legalidad. Pero ciertamente tal interpretación es posible dadas las bajas penas del delito culposo y la gravedad, por la mayor intensidad de los elementos subjetivos en relación al bien jurídico protegido, del llamado dolo eventual (*actitud de contar con o decidirse por*) y porque algunos tipos legales al permitir la culpa obligan desde el principio constitucional de igualdad y garantista de proporcionalidad a que dentro de la teoría de la pena se haga el correspondiente distingo.

En otras palabras, el llamado dolo eventual es a su vez un caso especial de delito culposo con culpa con representación en que predominan totalmente los elementos subjetivos: elemento subjetivo general (propio a todo delito culposo); representación o conciencia del riesgo en relación al elemento objetivo normativo intelectual (propio a la culpa con representación); representación de la no aplicación de las precauciones requeridas respecto al elemento objetivo normativo conductual y actitud de contar con o decidirse por. Se puede decir que el dolo eventual es la culpa consciente por excelencia y es por eso precisamente que se puede asimilar desde la pena con el dolo propiamente tal, pues de alguna manera lo normativo, propio de la culpa, pasa a un segundo plano. Y predominan entonces, como en el dolo, elementos

subjetivos, que justamente implican una mayor gravedad desde un punto de vista político-criminal. Así como en materia civil se señala que la culpa grave o lata, precisamente por su gravedad, se asimila al dolo, en materia penal no es ésta, sino la culpa consciente o con representación contando con o decidiéndose por, la que por su alta gravedad se asimila en sus consecuencias, en la pena al dolo y por eso se denomina dolo *eventual*.

3. LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD EN EL DELITO DE ACCION CULPOSO

3.1 PLANTEAMIENTO GENERAL

La tipicidad implica un proceso de atribución,⁴⁴ por tanto valorativo, por parte del juez o intérprete de un hecho de la realidad en un tipo legal determinado, en la medida en que

⁴⁴ Al respecto hay que hacer presente que se da una confusión de carácter puramente terminológico y otra de carácter conceptual. En efecto, la doctrina tradicionalmente tiende a incluir todos los problemas de atribución bajo el nombre de imputación objetiva, pero con ello comprende dos cuestiones diferentes, una referida al ámbito situacional en que actúa el sujeto y otra a la relación entre la afección al bien jurídico y ese comportamiento situacional de la persona (cfr. REYES, Yesid, Temis, Bogotá, pp. 78 ss.).

De alguna manera es lógico que así proceda ROXIN (Strafrecht, ob. cit., 230 ss.), pues él prescinde del desvalor de acto y sólo le interesa el desvalor de resultado, por tanto es coherente que para él todo el problema de imputación objetiva dice relación con la imputación del resultado, la afección al bien jurídico, al tipo legal correspondiente. Ello sin perjuicio de que contradictoriamente al referirse a cuestiones de riesgo, ya no se puede plantear que ello es problema propio al resultado, sino precisamente al comportamiento situacional. Los resultados no son riesgosos, ya que implican afecciones determinadas, los comportamientos son los riesgosos.

Por otra parte los finalistas en un comienzo plantearon duras críticas a la imputación objetiva y trataron de restringirla a los delitos culposos (cfr. por todos KAUFMAN, Armin: "Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt", en *Jescheck Festschrift*, t. I. Duncker y Humblot, Berlín, 1985), especialmente por este planteamiento de Roxin de partir del desvalor de resultado y su aceptación en el delito culposo, dado que en este caso los finalistas como sea, aun como una condición objetiva de punibilidad tenían que aceptar el resultado en el injusto del delito culposo.

Pero posteriormente, en especial en el caso de Jakobs, ha habido una asunción de la imputación objetiva (cfr. *La imputación objetiva en derecho penal*, Universidad del Externado, Bogotá, 1994). Lo cual en modo alguno es contradictorio, pues la teoría de la imputación objetiva, como señala REYES con razón (ob. cit., p. 73), surgió "para determinar cuándo una conducta podía ser considerada como la obra de alguien", de modo entonces que es evidente que el origen hegeliano de la imputación objetiva ponía en un principio su acento en el comportamiento y, por tanto, en el desvalor de acto y en ese sentido no resulta una teoría contradictoria con el finalismo, más aún cuando ya Welzel había desarrollado la teoría de la adecuación social, que evidentemente apuntaba a criterios de

desde el bien jurídico es necesario *fundamentar* el proceso de asignación de esa situación al tipo legal.

Es por eso que la atipicidad se producirá por una falta de atribución, la cual puede tener lugar tanto de modo general como específico. Desde un punto de vista general, la atribución no se producirá siempre que no se pueda fundamentar la presencia de un elemento determinado del tipo legal, como por ejemplo la imprudencia temeraria en el tipo legal de homicidio culposo, conforme al artículo 391 N° 2 en relación al artículo 490 del Código Penal.

No es por tanto el problema de la causalidad el que nos interesa para la atribución de un hecho a un tipo legal, como pretendió la doctrina clásica y que simplemente implicaba partir del dogma cientificista de una relación de necesidad entre un consecuente y un antecedente, sino un proceso de fundamentación o argumentación para asignar desde el bien jurídico todos los aspectos de una situación dada en un tipo legal determinado.

La doctrina y también el Código han hecho siempre alusión a causas generales de no atribución:

Así, la referencia a los actos reflejos o de sonambulismo o durante el sueño, apunta precisamente a que no se puede hablar de un comportamiento *significativo socialmente* conforme al tipo legal correspondiente. Sin perjuicio de que podría plantearse en este caso la posibilidad de *actio típica in causa* (como homólogo a los llamados *actio liberae in causa*, que son una cuestión de imputabilidad). En efecto, es posible que el sujeto a pesar de saber que le aquejaban actos reflejos, de sonambulismo o de

imputación objetiva (cfr. CANCIO MELLA, Manuel: *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 51 ss.; en sentido crítico, pero reconociendo la relación, MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, Ederse, Madrid, 1992, pp. 145 ss.).

Ahora bien, lo que sí no parece correcto conceptualmente es englobar bajo un mismo concepto dos niveles tan diferentes, uno referido al comportamiento situacional en su relación con el tipo legal, y otro a afectación del bien jurídico con el comportamiento típico, pues ambos implican problemáticas diferentes. De ahí que aun cuando ambos procesos son de carácter valorativo y relacional, no pueden englobarse en una sola teoría, pues sus contenidos son diferentes, uno referido más al desvalor situacional y de acto y el otro al de resultado.

De ahí que prefiera denominar al primer aspecto *atribución*, que tiene su nivel de análisis en la tipicidad, y al segundo sí *imputación objetiva*, a resolverse en la antijuridicidad (cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan, y LARRAURI, Elena: *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1990). Luego, la atribución nada tiene que ver ni con la causalidad ni con el resultado material o el resultado jurídico de afectación al bien jurídico. En cambio, la imputación objetiva sí tiene que ver con el desvalor de resultado y coherentemente con el resultado jurídico de afectación al bien jurídico, pero entonces tampoco nada tiene que ver directamente con el resultado material.

especial agresividad durante el sueño, en el caso específico haya actuado con falta de cuidado (del mismo modo como podría actuar dolosamente) y, por tanto, se daría origen de todos modos a un hecho culposo.

También el Código Penal hace referencia en el artículo 10 N°s 8 y 9 a dos causas generales de no atribución. En el N° 8 al llamado caso fortuito,⁴⁵ que precisamente se refiere a que el comportamiento de la persona haya sido sin culpa. Aunque de todos modos hay que señalar que la redacción es ambigua, pues tiene residuos de la disposición española que junto con otras dio origen a la doctrina del *versari in re illicita* o de la responsabilidad objetiva, dado que señala que ha de tratarse de un acto lícito y, por tanto, pareciera que si es ilícito no juega el caso fortuito. Pero tal disposición hay que engazarla en nuestro código, lo que no sucedía en España hasta 1983, con lo que se establece en los artículos 1° y 2° y 10 N° 13, con lo cual queda claro que sólo se puede sancionar conforme a nuestra legislación si por lo menos hay culpa en el comportamiento, luego jamás se puede aplicar la doctrina del *versari in re illicita*.

En el artículo 10 N° 9 se contempla como causa de atipicidad la fuerza física irresistible (ya que la moral es un problema concerniente a la teoría del sujeto responsable). Esta también implica falta de atribución, precisamente porque no tiene la significación social que exige el tipo legal respecto del comportamiento prohibido. En sentido semejante hay también una causa de atipicidad en relación a los delitos de omisión del artículo 10 N° 12, referente al que incurre en una omisión por causa legítima o insuperable.

También habría que entender como una causa general de falta de atribución por *escasa significación social* la eximente establecida en el artículo 10 N° 13 del Código Penal, esto es, que los delitos culposos sólo se penan cuando expresamente se señalen por la ley en relación a un tipo legal determinado, pues claramente con ello se está indicando que cuando así no suceda el hecho culposo carece de significación social jurídico-penal, sin perjuicio de que la pueda tener en otros ámbitos del sistema jurídico. En el mismo sentido hay que entender el hecho que no se sancione la imprudencia levisima y tampoco la leve en que no haya infracción de reglamento. De uno u otro modo con ello se toca, como ya

⁴⁵ Sobre el desarrollo histórico de esta institución véase la muy completa obra de VIRTO LARRUSCAIN, María José: *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código Penal de 1848*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1984.

hemos dicho en otra ocasión, con lo que se denominaba adecuación social desde la perspectiva penal.⁴⁶

3.2 CASOS ESPECÍFICOS EN RELACIÓN A LA NATURALEZA DE LOS PROCESOS DE ATRIBUCIÓN

3.2.1 *Consideración de los procesos de riesgo*

Hemos señalado que el delito culposo surge, desde un punto de vista político-criminal, por la presencia cada vez más frecuente en la sociedad moderna de procesos de alto riesgo para los bienes jurídicos. De modo entonces que con mayor razón que en los delitos dolosos en la base misma de fundamentación de la atribución de una situación determinada a un tipo legal, estarán presentes estos procesos de riesgo.

Dado que las interrelaciones entre las personas son las que generan los riesgos para ellas, la cuestión del riesgo es precisamente un problema de atribución, pues dice relación con el ámbito situacional que ha de ser atribuido a un tipo legal determinado.

3.2.1.1 Disminución del riesgo

En todos aquellos casos en que la conducta de la persona ha sido precisamente la de disminuir riesgos para un bien jurídico, ciertamente el hecho que lo afecte no puede ser atribuido al tipo legal correspondiente. Así, por ejemplo, no sólo excluye el dolo, sino también la culpa, el comportamiento de quien al ver que un macetero va a caer sobre la cabeza de una persona, la empuja, pero sin la fuerza suficiente que evite que le caiga en un pie. No se podría decir que faltó el debido cuidado exigido y que se da el tipo legal de lesiones culposas (por darse evidentemente la causalidad), ya que evidentemente disminuyó los riesgos para ese bien jurídico en vez de aumentarlos y precisamente la culpa surge ante el aumento de los riesgos en la vida social.

⁴⁶ Véase BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREES, Hernán: "Significación social y tipicidad", en *Control social y sistema penal*, ob. cit., p. 205 ss.

3.2.1.2 El riesgo permitido⁴⁷

Es evidente que si la persona ha cumplido con todas las disposiciones legales y reglamentarias en relación a determinados comportamientos riesgosos, el hecho que se produzca afección de un bien jurídico en relación a su comportamiento no puede ser atribuido al tipo legal, pues se trataba de un riesgo permitido, esto es, asumido por el sistema jurídico-social. La eximente de caso fortuito, tal como aparece redactada en el artículo 10 N° 8 del Código Penal en relación al artículo 71 del mismo cuerpo legal, hay que relacionarla con el riesgo permitido. Esto es, si se ejecuta un acto lícito con la debida diligencia y se causa un mal por mero accidente, es evidente que se está en presencia de un riesgo permitido, pero en cualquier otro caso habrá que examinar si se dan los elementos del delito culposo y aplicar en su oportunidad el artículo 490 del Código Penal, como señala el artículo 71 ya citado. Con lo cual la cuestión a dilucidar es qué significa acto ilícito en este respecto. Acto ilícito sólo se puede referir al acto mismo llevado a cabo y al cuidado propio a ese acto, por ejemplo la construcción de automóviles que se sabe que envuelven un riesgo, luego una fabricación no autorizada sería un acto ilícito no cubierto por el riesgo permitido y, por tanto, habría que ver si se dan o no los elementos de la culpa si se produce un accidente. Es por eso que el planteamiento ya examinado de Roxin de que basta en los delitos culposos con los criterios de imputación objetiva no sirve, pues los criterios de imputación objetiva y mejor de atribución no tienen la capacidad de rendimiento para determinar el contenido de los elementos del delito culposo.

De ahí es que haya surgido en el ámbito del tránsito, como una concretización de esta causa de atipicidad, el llamado principio de la confianza.⁴⁸ Esto es, en la medida que una persona observa todas las reglamentaciones del tránsito correspondientes, puede confiar en que igual hará el otro participante en ese ámbito de relación, de modo que si se produce un accidente en razón de que el otro no ha aplicado el cuidado debido, sufriendo éste lesiones graves, no se podría decir que su comportamiento (aunque

⁴⁷ Gran importancia le da a este principio GARRIDO MONTT (ob. cit., pp. 167 s.), al igual que al corolario que surge de él, esto es, al llamado principio de la confianza.

⁴⁸ Este principio hoy aparece aceptado de modo dominante y también en nuestra doctrina, cfr. por todos CURY, Enrique (ob. cit., p. 287).

ciertamente se da la causalidad) se puede atribuir al tipo legal de lesiones culposas, pues se mantuvo dentro del riesgo permitido. Luego, el problema sólo cambiará cuando ya no pueda aplicarse el principio de la confianza, precisamente porque conducía sin el cuidado debido. En la actualidad el principio de la confianza se ha extendido a toda clase de ámbitos situacionales.

3.2.1.3 El riesgo propio al fin de protección conforme a la respectiva prohibición

Cada norma de prohibición está referida exclusivamente a un determinado riesgo conforme a la protección del bien jurídico respectivo, es decir, no se puede desprender una prohibición general de procesos de riesgo ni tampoco hacer surgir un mandato de evitar en forma general procesos de riesgo.

Supongamos el siguiente caso: en la subida en la noche de una cuesta con muchas curvas el vehículo que va adelante va sin luces y también el que lo sigue. El primero al tomar mal una curva choca con un vehículo que viene en sentido contrario, produciéndose la muerte de su conductor. Ahora bien, en la investigación judicial el informe pericial señala que si el coche que iba atrás hubiese ido con luces, ello habría bastado para que se evitara el accidente. Tal informe pericial en modo alguno podría dar lugar a atribuir el comportamiento del conductor del coche de atrás al tipo legal de homicidio culposo, ya que la prohibición está referida a una situación determinada, que es la de quien debió adoptar el cuidado debido en relación al bien jurídico vida en su ámbito de relación, y ciertamente no hay una prohibición respecto sólo de procesos riesgosos, como es el caso del segundo conductor; para ello sería necesario una prohibición expresa en un tipo legal de conducir sin luces, pero que ya no sería el tipo legal de homicidio culposo, sino otro totalmente diferente, pues el bien jurídico sería otro y, por tanto, también el fin de protección de la prohibición. Por otra parte, tampoco de esa prohibición del tipo legal de homicidio culposo puede surgir el mandato de evitar procesos de alto riesgo de otros, que permitiera entonces aplicar dicho tipo legal al comportamiento del conductor de atrás, ello sería totalmente inconstitucional, pues el juez o el intérprete estaría creando un tipo legal de mandato.

3.2.2 Exclusión del ámbito situacional del ámbito de lo propiamente prohibido conforme al fin de protección correspondiente

3.2.2.1 La autonomía del sujeto pasivo o de la víctima

Los tipos legales están referidos a ámbitos situacionales en que se encuentran personas, por tanto el reconocimiento a la dignidad de tal implica también el reconocimiento, ya en el tipo legal, de su autonomía. El fin de protección de los bienes jurídicos no puede pasar por encima de quien es precisamente el titular de esos bienes jurídicos y, por tanto, de la protección correspondiente. Cualquier otro criterio sería propio del paternalismo, del autoritarismo y en definitiva de una concepción en que el Estado aparece como tutor de las personas y éstas frente a él pierden su autonomía o le es desconocida, sólo el Estado sabría lo que es bueno para ellas.

De ahí entonces que el consentimiento aparece como una causa de atipicidad tanto en los delitos de acción dolosos como culposos, precisamente porque ese ámbito situacional en que se da el consentimiento no puede ser atribuido en virtud del principio de autonomía al ámbito de prohibición conforme al fin de protección del bien jurídico.

Ahora bien, conforme a nuestra legislación hay ciertos bienes jurídicos referidos a la persona directamente en que por razones político-criminales el consentimiento no juega como causa de atipicidad (ni tampoco como causa de justificación, así respecto del bien jurídico vida, aunque ya esto está variando en el derecho comparado sobre la base del principio de la dignidad de la muerte) o sólo como fundamento de una causa de justificación (así respecto de la salud personal en el caso de trasplantes de órganos entre vivos). Y resulta que la mayoría de los tipos legales culposos referidos a las personas en nuestro Código Penal están referidos precisamente a la vida y la salud individual, con lo cual el consentimiento como causa de atipicidad no tiene trascendencia práctica. Sólo podría plantearse en el caso de la falta culposa de daños, pues ciertamente si la persona consintió en el daño, ello abarca tanto el hecho doloso como el culposo.

3.2.2.2 Pertenencia de la situación a un ámbito de prohibición ajeno

Es el caso en que la doctrina tradicional utilizaba el sistema de las concausas. En efecto, cada ámbito situacional está en referencia

a la interacción entre personas determinadas, de modo que si se da un nuevo ámbito situacional con interacción entre otras personas, ciertamente dicho ámbito situacional no se puede referir a la prohibición que está en relación a las primeras personas. Así, si Pedro por un conducir descuidado de su coche lesiona a José en una pierna y éste es llevado al hospital y allí por un descuido del médico anestesista se le produce una grave lesión cerebral, es evidente que esta segunda situación no puede ser referida a la prohibición relativa a Pedro de no actuar descuidadamente. Para ello sería necesario hacer surgir de esa prohibición un mandato hacia el futuro de cuidado de Pedro respecto de todas las personas que atiendan a José, lo cual no hay duda de que no es posible deducir de la prohibición de no lesionar mediante un actuar culposo.

4. LOS ELEMENTOS ESPECIFICOS DE LA TIPICIDAD DEL DELITO DE OMISION CULPOSO

La omisión es precisamente la falta de acción e implica por tanto la referencia a una acción específica que se exige por el legislador. Ahora bien, por ello mismo, por ser la omisión la no-acción, resulta que en principio no se podría predicar la culpa, en cuanto ésta es la falta de cuidado exigido en un ámbito de relación determinado y de la nada no se puede predicar falta de cuidado. Sin embargo, ello no es tan así, pues la omisión implica una relación determinada en cuanto hay la exigencia de una determinada acción por el legislador respecto de otra persona. De ahí entonces que no hay dificultad en concebir delitos de omisión culposos con un sujeto *omitente*.

Los delitos de omisión pueden ser propios o impropios, los primeros son aquellos que están específicamente tipificados por el legislador, como es el caso en nuestro Código de la falta de omisión de socorro o el delito de abandono de niños. En cambio los delitos de omisión impropia son aquellos que siendo verdaderos delitos de acción surgen interpretativamente sobre la base de un tipo legal en principio de acción, pero respecto del cual no sólo se puede predicar una prohibición, sino también un mandato sobre la base de la equivalencia entre el actuar concreto y el omitir y la existencia de una posición de garante, como es el caso en el tipo legal de homicidio (se prohíbe matar, pero también se manda evitar al salvavidas contratado que una persona muera ahogada en la piscina).