

# EL DELITO IMPRUDENTE: LA DETERMINACIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN EL SENO DE LAS ORGANIZACIONES<sup>1</sup>

*José Ángel Fernández Cruz<sup>2</sup>*

## RESUMEN

*La determinación de la responsabilidad penal imprudente en el seno de las organizaciones de personas, como es el caso de los equipos médicos, constituye una de las cuestiones dogmáticas y prácticas necesitadas de una mayor atención doctrinal. Nuestra propuesta parte de los principios de confianza y división del trabajo para establecer la omisión de la diligencia debida, y de la teoría del dominio del hecho y de la ruptura de título de imputación para calificar penalmente a cada uno de los que han contribuido culposamente en un resultado típico.*

## I. INTRODUCCIÓN

El acercamiento a determinadas cuestiones de *Parte General* relacionadas con el delito imprudente exige como mínimo dos prevenciones.

Por un lado, ha de advertirse la condición necesariamente fragmentaria del contenido del presente estudio, ajeno por razones de extensión y naturaleza a cualquier pretensión de abarcar los innumerables problemas que surgen en el estudio del delito imprudente<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Parte del contenido del presente documento fue expuesto en artículo “Estudio de la última doctrina del Tribunal Supremo relativa a la imprudencia punible en la construcción”, (en) *El consultor Inmobiliario*. La Ley, núm. 11, marzo (2001). No obstante, se han rectificado algunas de sus afirmaciones, en especial, en la configuración de la estructura del delito imprudente. La jurisprudencia chilena citada en el presente artículo ha sido seleccionada por mi ayudante en el área de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Daniel Mercado Rilling.

<sup>2</sup> Licenciado en Derecho U. Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Penal Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U. Austral de Chile.

<sup>3</sup> Véase, Bustos Ramírez, Juan, *El delito culposo*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, (2002).

Por otra parte, debemos dejar constancia de la extremada confusión que se deriva del propio estado de la *ciencia*. El hecho conocido de que a lo largo de muchos lustros el edificio de la dogmática penal se haya levantado casi exclusivamente sobre los cimientos del delito doloso hace que el grado de claridad, solidez y coherencia en el tratamiento doctrinal de la imprudencia, y no digamos jurisprudencial, esté muy lejos de alcanzar un nivel comparable. En este sentido, Crespo Baquero no duda en afirmar que “el cuerpo teórico de la imprudencia adolece todavía, al menos en España, de cierta inmadurez, incluso léxica y metodológica, de modo que es fácil obtener cierta sensación de desconcierto al percibir la variedad de puntos de vista, métodos fines e incluso nomenclaturas con que operan los diversos autores que se han ocupado de la materia”<sup>4</sup>.

No obstante, el esfuerzo por dotar al Derecho penal de respuestas que permitan administrar la frontera del *riesgo asumible* con

<sup>4</sup> Crespo Baquero, Pedro José, “Cuestiones de Parte General de los Delitos de Imprudencia. Problemas concursales”, (en) *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V (1999), p. 558.

el fin de salvaguardar intereses dignos de protección jurídico-penal, crece y se desarrolla. El florecimiento de la dogmática relacionado con imprudencia se produce a partir de los años sesenta de modo paralelo a una eclosión tecnológica capaz de acelerar la historia a un ritmo impensable<sup>5</sup>. Nos encontramos en una “sociedad del riesgo” para determinados bienes jurídicos dignos de protección<sup>6</sup>. Esto ha

<sup>5</sup> Crespo Barquero, Pedro José, “Cuestiones de Parte General...”, cit., p. 558.

<sup>6</sup> La protección de bienes jurídicos a través del delito imprudente como el medio ambiente, forma parte de una interesante polémica suscitada entre aquellos que postulan un Derecho penal mínimo, y aquellos que, por el contrario, manifiestan que el Derecho penal debe proteger, bien nuevos bienes jurídicos, o bien nuevos ataques a bienes jurídicos penales ya existentes. Entendemos que debe superarse la concepción de un Derecho penal que ha respondido a la protección de una determinada clase social, impune bien legalmente o de hecho, y avanzar hacia un sistema punitivo más igualitario. Respecto al tema que nos ocupa, no se puede mantener a la vez la expulsión del Ordenamiento penal figuras como los delitos medioambientales o los delitos societarios, y mantener otras figuras delictivas como el hurto. Si queremos un Derecho penal mínimo, deberemos expulsar todos los delitos contra el patrimonio no violento. No obstante, la alarma suscitada sobre la posible expansión indiscriminada del actual Derecho penal, no carece de sentido, pero, más bien, no se centra sobre si una determinada conducta debe ser tipificada o no penalmente, sino cómo se ha tipificado. La reacción penal contra el tráfico ilícito de drogas o el blanqueo de capitales, no ofrece dudas sobre su tipificación penal, la cuestión son sus respectivos ámbitos de aplicación. Creemos que la crítica a la expansión del Derecho penal debe dirigirse especialmente a las actuales técnicas de tipificación contra el crimen organizado, la delincuencia socioeconómica y otras nuevas formas de criminalidad, que desde una visión utilitarista y una deficiente comprensión de estos fenómenos, han criminalizado conductas que, desde el concepto material del delito y la *ratio legis* de los diferentes delitos, deberían quedar al margen del poder punitivo del Estado. Ha sido la Escuela de Frankfurt dirigida por Hassemer la que ha liderado la crítica contra la actual expansión del Derecho penal. Esta posición ha sido mantenida en España por Silva Sánchez. Por el contrario, Schönemann, y en nuestra doctrina, Gracia Martín postulan una necesaria ampliación, o inclu-

llevado a que las recientes reformas penales hayan introducido nuevos tipos imprudentes que pretenden proteger bienes jurídicos como el medio ambiente, la seguridad laboral o ciertos aspectos económicos. Normalmente, la comisión, tanto de los tradicionales tipos imprudentes contra la vida y la integridad física, como estos nuevos tipos penales, suele realizarse en el seno de organizaciones con una estructura y distribución de funciones. De esta manera, si relacionamos la anterior consideración con una de las principales conclusiones del presente artículo, como es la imposibilidad de aplicar la participación en los delitos imprudentes, podemos afirmar que el establecimiento de unos criterios generales de imputación para determinar y comprobar, respecto de cada uno de los intervinientes en el seno de los grupos organizados, la falta de cuidado exigido, supone en la actualidad uno de los principales retos de la Teoría Jurídica del Delito.

El presente artículo pretende ofrecer un punto de partida en la doctrina penal chilena relativa a la elaboración de teoría general de imputación de la imprudencia en el seno de las organizaciones, por lo tanto, una crítica y posterior reflexión a lo que expondrá en las siguientes líneas, resulta imprescindible para

---

so transformación, de un Derecho penal liberal a un Derecho penal del Estado social. Sobre esta interesante cuestión véase: Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Muñoz Conde, Francisco y Díaz Pita, María del Mar (trad.), Valencia: Tirant lo Blanch (1999); Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch (1995); Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.), Madrid: Civitas (2001); Gracia Martín, Luis, “Qué es la modernización del Derecho penal. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad” (en) *Libro homenaje al Prof. José Cerezo Mir* (pendiente de publicación); Henfendehl, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?” (en) *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4-14 (2002).

su consecución. Pero previamente resulta necesario realizar una breve aproximación al tratamiento actual de la imprudencia que nos sirva de punto de partida en el tema específico del presente trabajo.

## II. BREVE REFERENCIA A LA TEORÍA DEL DELITO IMPRUDENTE

El CP Chileno, como viene siendo una característica tradicional de los Códigos españoles desde 1848<sup>7</sup>, no ofrece definición ni dato alguno sobre lo que hay que entender por imprudencia o imputación a título de imprudencia, ni siquiera hace referencia a algunos sus signos distintivos o a su estructura. Por lo tanto, determinar el contenido y requisitos del tipo imprudente, se convierten en temas centrales a desarrollar por la jurisprudencia y la teoría jurídica del delito.

### 1) *El sistema de "numerus clausus"*

La práctica unanimidad de la doctrina se decanta por este sistema, ya que se asocia a un mejor cumplimiento de la exigencia de taxatividad en la construcción de los tipos penales, es decir, a una rigurosa aplicación del principio de legalidad.

También, es considerado como un sistema que cumple en mayor medida con el principio de mínima intervención y subsidiariedad del derecho penal. No obstante, necesariamente esta afirmación no puede extenderse a todos los sistemas penales, ya que el legislador tiene libertad para tipificar todas las conductas imprudentes que considere políticamente necesaria, sin verse limitado por las restricciones que los tribunales y la dogmática pueden realizar en la aplicación del sistema abierto de incriminación de la imprudencia. En todo caso, este sistema resulta más respetuoso con el mandato de determinación o taxatividad y con el principio de división de

poderes, donde el legislador debe poseer el monopolio en la creación de delitos.

A fin de evitar un abuso de este sistema por parte del legislador penal<sup>8</sup>, dos requisitos

<sup>8</sup> Podemos ver un ejemplo de la falta de una orientación político criminal a la hora de seleccionar las conductas merecedoras de un reproche penal a título de imprudencia en el CP español de 1995. Así, los dos requisitos mencionados no han sido tenidos en cuenta por el legislador español, castigando conductas imprudentes que a juicio de la doctrina no merecían un reproche penal. En esta línea en el art. 391 CP se tipifican las falsedades documentales imprudentes; se castigan delitos imprudentes de peligro abstracto, como el descrito en el art. 367 en relación con los arts. 359 y ss. CP (sustancias nocivas para la salud pública); o, por último, se configuran como delitos comunes, supuestos como el delito imprudente de blanqueo de capitales del art. 301 CP, exigiendo a los ciudadanos un especial cuidado en un ámbito tan complejo como son las transacciones monetarias o el sistema financiero. Pero a la vez, y en sentido contrario, también se ha criticado "la irrelevancia penal de la imprudencia en ámbitos como la insolvencia punible, donde se le debe exigir un especial cuidado al deudor cuya solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, o en las relaciones sexuales donde se protege un bien tan importante como la libertad sexual"<sup>8</sup>. También podría añadirse ciertos silencios legislativos como la posibilidad de incriminar la denegación de auxilio o la omisión del deber de socorro imprudente. Por último, somos partícipes de la incomprensible destipificación de la malversación imprudente de caudales públicos, cometidas por funcionarios públicos, que deja fuera del marco penal a quienes tienen como misión fundamental velar por dichos caudales, de manera que al descuidarlos y perderlos infringen el más importante deber objetivo de cuidado exigibles a autoridades y funcionarios de la Administración. Si a ello se suma —en palabras de Crespo Barquero— "la despenalización paralela de la prevaricación culposa cometida por autoridades y funcionarios públicos de la Administración, pero no la de los Jueces y Magistrados (art. 447 CP) o incluso la de Abogados y Procuradores (art. 467 CP), no es nada fácil entender el criterio que se ha seguido, salvo que se caiga en la poderosa tentación que se entiende demasiado bien". Crespo Barquero, Pedro José, "Cuestiones de Parte General...", cit., p. 578.

El legislador de 1995 tal vez no hiló con demasiada finura la selección de conductas merecedoras de ser tipificadas como imprudentes, y,

<sup>7</sup> El CP español de 1812 ofrecía en su art. 2 la siguiente definición: "*Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar*".

deben concurrir para tipificar expresamente un tipo imprudente: “a) Su referencia a un hecho especialmente grave. Así, tradicionalmente la imprudencia ha sido vinculada a homicidios, lesiones o incendios. En el mismo sentido, no se suele tipificar la comisión imprudente de delitos de peligro abstracto o de delictos que no encierran al menos una peligrosidad concreta. b) Que el sujeto activo tenga un especial deber de cuidado en función de su profesión, oficio, cargo o posición jurídica.

El CP chileno de 1847 en su art. 10 núm. 13 estableció ya un sistema de incriminación cerrado de la imprudencia. Aunque no constan en las Actas de la Comisión Redactora las

---

como hemos señalado, no sólo por exceso, sino también por defecto. Lo cual es preocupante, porque pone al descubierto que, más que una tendencia escorada en demasía hacia posiciones bien represivas, bien laxas, podríamos encontrarnos sencillamente ante una palmaria falta de criterio.

Así, este criterio político criminal –si es que se puede calificar como criterio– en el que se incluyen figuras de lo más variopinto, que afecta en ocasiones a bienes jurídicos instrumentales, o a bienes jurídicos difusos, al tiempo que olvida otros supuestos que parecen clamorosamente necesitados de cobertura. Quizá, la solución estribe –conforme con la tendencia doctrinal más extendida, sobre todo en el norte de Europa– en reservar la sanción penal a aquellas conductas descuidadas que afectan a los bienes jurídicos más sensibles (vida, integridad física...), y en la medida en que tales conductas desembocan en lesiones serias o graves riesgos para la indemnidad de tales intereses. El resto, en aplicación del principio de mínima intervención y *ultima ratio*, debería relegarse a la capacidad reparadora del Derecho civil o al ámbito sancionador administrativo. Crespo Barquero, Pedro José, “Cuestiones de Parte General...”, cit., p. 581. En conclusión, y a pesar de las críticas que hemos reseñado, la implantación de este sistema al nuevo CP se adecua con mayor rigor a las exigencias técnico-jurídicas y de garantía de la norma penal. Pero, sin embargo, resulta dudoso que haya limitado de modo efectivo la incriminación a título de imprudencia, en virtud del principio de mínima intervención penal, pareciendo por el contrario al examinar la Parte Especial que la imprudencia ha extendido sus dominios a sectores que le estaban tradicionalmente vedados o cuya presencia era controvertida.

razones por las que se escogió este sistema<sup>9</sup>, sin duda, es de elogiar que, en una política criminal del siglo XIX adoptara este sistema, mucho más respetuoso, *a priori*, con los principios de subsidiariedad y mínima intervención. Incluso esta nota de excepcionalidad se manifiesta a la hora de su calificación penal, ya que propiamente su comisión no da lugar a un delito sino a un *cuasidelito*, siguiendo en ello la vieja tradición de los juristas italianos.

No obstante, el sistema de incriminación de la imprudencia debemos calificarlo como de “*numerus clausus* imperfecto”: los arts. 490, 491 y 492 CP contemplan reglas generales de tipificación imprudente que afectan a varios artículos. De esta manera, siguen apareciendo dudas sobre si ciertos tipos penales aceptan la posibilidad de comisos imprudente<sup>10</sup>. Es decir, en los supuestos más graves y más frecuentes persisten los problemas de inseguridad jurídica y quiebra arbitraria del principio de mínima intervención.

Por lo que respecta a los efectos negativos que pueden causar la instauración del sistema de *numerus clausus*, uno de los principales temores radica en la posibilidad de que los jueces extiendan el ámbito del dolo más allá de lo admisible, para no dejar sin casti-

---

<sup>9</sup> Politoff Lifschitz, Sergio, *Derecho penal*, (T. I), Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur (1997), p. 497.

<sup>10</sup> La interpretación de la doctrina y jurisprudencia nacionales ha reducido el alcance de esa regulación de entre los delitos previstos en el Título VIII del Libro II, únicamente al homicidio y lesiones, quedando excluidas otras figuras de ese título, como el duelo y los delitos contra el honor. El duelo culposo es conceptualmente imposible y respecto de los delitos de injuria y calumnia, su exclusión radica en la necesidad de que concurra un elemento subjetivo del injusto, como es la intención de ofender. También se excluyen, conforme con la doctrina y jurisprudencia chilenas, aquellos delitos que incorporan expresamente una mención al dolo (de propósito, maliciosamente o con conocimiento de las relaciones que los ligan, etc.). En estos casos, no sólo se excluye la culpa sino también el dolo eventual. De ahí que no sean admisibles las hipótesis culposas de parricidio, ni las de castración o de mutilación (arts. 395 y 396). Politoff Lifschitz, Sergio, *Derecho...*, cit., p. 517.

gar ciertas conductas imprudentes que consideren especialmente reprochables<sup>11</sup>. Así, podría darse un efecto perverso en contra de la opción político-criminal de aplicar el principio de mínima intervención en los delitos imprudentes. Respecto a esta posición, entendemos que no es admisible que el legislador renuncie a implantar principios informadores básicos del Derecho, como son los principios de seguridad jurídica, mínima intervención y *ultima ratio*, debido a la sospecha de que en el futuro los jueces no respetarán las decisiones del legislador o pervertirán las reglas generales de imputación. Si los órganos judiciales imputan a título de dolo hechos no conocidos por el autor, sencillamente se estará infringiendo el principio de legalidad.

No obstante, y a este respecto, parte de la doctrina, en función de las nuevas teorías relativas al contenido del tipo imprudente –que fundamentan el título de imputación en el elemento intelectual– postulan que no se trata de censurar que los tribunales conviertan en dolosas conductas imprudentes atípicas, sino que en muchas ocasiones se tratará de averiguar si en rigor son verdaderamente imprudentes o dolosas, sin perjuicio de propugnar la correspondiente graduación punitiva entre los diferentes tipos dolosos<sup>12</sup>.

Otra cuestión que también se ha criticado a raíz del nuevo CP español, se refiere a la

menor cobertura legal que ofrece el NCP para el castigo de los supuestos de error de tipo evitable, así este sistema específico determinará que algunos supuestos de error evitable queden impunes<sup>13</sup>. A este respecto, la posibilidad de que queden impunes algunos supuestos de error de tipo evitable no debe ser criticada *a priori*: la crítica no reside en la aplicación de este sistema, sino en si una determinada omisión de una diligencia debida debe o no tipificarse conforme con el concepto material de delito.

## 2) *Concepto y estructura del tipo imprudente*

Superada la denominada teoría *psicológica de la culpabilidad* auspiciada por los autores clásicos como consecuencia de la concepción positivista del Derecho penal, resumible en la idea de que lo objetivo pertenece al tipo penal, y lo subjetivo a la culpabilidad, mostró con prontitud su insuficiencia al enfrentarse con la necesidad de explicar el delito imprudente. La dificultad para perseguir penalmente la *culpa* –sobre todo la culpa consciente– desde postulados que anudaban el concepto de culpabilidad al nexo psíquico entre acción y resultado, cuando precisamente se trataba de acciones ciegas que por esencia incorporaban un error sobre el nexo causal, exigió forzosamente la reelaboración del concepto de imprudencia desde otra óptica. Tarea que, como es sabido, desembocó –a partir de las formulaciones de Engich y Mezguer, y desarrollado por la Escuela Finalista– en la inclusión de los conceptos de dolo e imprudencia al ámbito de la tipicidad. Además, se formuló la idea clave del *deber objetivo de cuidado* que pasó a constituir la base y el fundamento de la imputación criminal a título de imprudencia<sup>14</sup>.

Como hemos manifestado anteriormente, no existe una definición auténtica o legal

<sup>11</sup> Esta posible tendencia de los tribunales de evitar ese margen de impunidad, mediante el recurso de *convertir* tales conductas en dolosas, es también consciente Tribunal Supremo español, que en su sentencia de 15-3-1997, no duda en afirmar que: “el sistema de incriminación específica puede provocar efectos indeseados; en particular, puede dar lugar a un desarrollo interpretativo, en clave ampliadora, del dolo eventual, en detrimento de las construcciones culposas fronterizas con esta forma de dolo, la denominada culpa consciente o con representación mental, por parte de los tribunales (...) en supuestos en que el juzgador se ve abocado a optar entre la absolución del sujeto (...) y la condena por dolo eventual. Feijoo Sánchez, B., “La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*)”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62/1997, p. 318.

<sup>12</sup> Crespo Barquero, Pedro José, “Cuestiones de Parte General...”, cit., p. 586.

<sup>13</sup> Morales Prat, Fermín, *Comentarios al nuevo Código Penal* (Dir.) Quintero Olivares, Gonzalo, Madrid: Aranzadi (1996), p. 93-94.

<sup>14</sup> Chaclón Montalvo, José Antonio, “Sobre la evolución dogmática...”, cit., p. 237.

de la imprudencia, por lo que conserva plena validez el concepto y elementos desarrollados durante décadas por la doctrina y jurisprudencia. Como aproximación al concepto de imprudencia, de las innumerables definiciones que la doctrina ha aportado, destacamos la ofrecida por Cerezo Mir: “un delito imprudente es aquél que como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido se produce un resultado material, externo o peligro concreto de un bien jurídico, o concurrir una determinada cualidad de acción, no queridos”<sup>15</sup>.

Partimos del presupuesto dogmático que la imprudencia, al igual que el dolo, no constituyen conceptos ontológicos o psicológicos, sino términos normativos que deben ser interpretados por la jurisprudencia, y la dogmática<sup>16</sup>. Ambos tienen su fundamento en la infracción de un deber como concreción de la norma de conducta. No constituye un elemento exclusivo de la imputación imprudente; en realidad, lo que sucede es que la infracción del deber es tan palmaria en el dolo que no hace falta detenerse o insistir sobre este aspecto normativo del delito doloso.

Así, tenemos que señalar desde el inicio que el estudio de la omisión de una diligencia debida no constituye un elemento exclusivo del delito imprudente. Tanto los tipos dolosos como imprudentes se infringen un deber. La diferencia estriba en que si se conoce este deber, y a pesar de ello se realiza el hecho tipificado como delito sin querer evitarlo, se incurre en un tipo doloso; en cambio, la responsabilidad por imprudencia tiene su funda-

mento en un deber de evitación mediato o indirecto.

En este mismo sentido, Luzón Peña, siguiendo a la doctrina alemana, afirma que en toda conducta dolosa existe, al igual que en la imprudente, una infracción de un deber objetivo de cuidado, ya que la mayor y más clara infracción del cuidado debido para no lesionar bienes jurídicos es lesionarlos voluntariamente. Así, podemos concluir que la relación entre ambas clases de tipos subjetivos no es de recíproca exclusión, sino de concurso de leyes, concretamente una relación de subsidiariedad<sup>17</sup>.

Lo que difiere en el delito imprudente radica en que no se infringe el deber de evitar un determinado hecho tipificado en la parte especial, sino de “tener cuidado” con ese mismo hecho. Por esta razón la doctrina mayoritaria menciona el deber de cuidado como fundamento del tipo imprudente<sup>18</sup>. Esta relación mediata entre el tipo objetivo y los deberes impuestos justifica no sólo la menor penalidad establecida en general para el tipo imprudente, sino también el sistema de *numerus clausus* establecido en el CP.

La doctrina tampoco ofrece una estructura homogénea de la imprudencia. Como ejemplo veamos las diferentes concepciones de dos de los más importantes penalistas españoles. Mir Puig ofrece la siguiente estructura: una parte objetiva, que a la vez incluye la infracción de la norma de cuidado como desvalor de la acción, y el resultado que viene establecido en el tipo doloso (desvalor del resultado); una parte subjetiva que requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña, o sin él, y un elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante<sup>19</sup>.

Por otra parte, Cerezo Mir entiende que la imprudencia tiene, como elementos funda-

<sup>15</sup> Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho...*, cit., p. 151. Mir Puig define la imprudencia como el hecho en que un “sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo doloso, pero lo realiza por la infracción de una norma de cuidado, es decir, por la inobservancia del cuidado debido. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...*, cit., p. 268.

<sup>16</sup> En contra Mir Puig, quien mantiene que la diferencia entre el dolo y la imprudencia estriban en que el primero es un fenómeno de contenido fundamentalmente psicológico, mientras que la imprudencia es un fenómeno básicamente normativo. Por todos, Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...*, cit., p. 272.

<sup>17</sup> Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso ...*, cit., p. 497.

<sup>18</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo “La imprudencia...”, cit., p. 302.

<sup>19</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...*, cit., p. 274.

mentales, dos psicológicos –uno negativo referido a la ausencia de intención o dolo, y otro positivo concretado en la previsibilidad o evitabilidad del resultado medida con criterios objetivos de normalidad o referencia al hombre medio, aunque no faltan alusiones a la previsibilidad subjetiva conformada por las circunstancias personales del autor– y otro normativo que se reconoce al deber objetivo de cuidado dimanante del ordenamiento jurídico o de normas socioculturales<sup>20</sup>.

Como hemos manifestado la omisión de una diligencia debida constituye un elemento común tanto en tipo doloso como el tipo imprudente. Esta omisión de la diligencia debida en el ámbito del tipo doloso está relacionada directamente con los criterios de imputación objetiva en los tipos dolosos de resultado, en especial, en la creación de un riesgo no permitido o aumento ilícito de un riesgo permitido.

La omisión de la diligencia debida, al menos en el tipo imprudente, posee un ámbito de aplicación autónomo que circunscribe a la acción típica, y no debe confundirse con los criterios normativos de la imputación objetiva que opera en el ámbito de resultado típico. Para establecer la tipicidad objetiva del delito imprudente, será necesario, en primer lugar, determinar si se ha producido una omisión de la diligencia debida, en caso afirmativo, no significa que se pueda imputar el resultado, para esto es necesario realizar un segundo juicio, que coincide, como no puede ser de otra manera, con los criterios de imputación objetiva del resultado en el tipo doloso. Así, será necesario establecer relación causalidad natural entre la omisión de la diligencia debida y resultado, para posteriormente determinar que el resultado ha sido la expresión del riesgo implícito en la omisión de la diligencia debida. Esta propuesta sobre la estructura del delito imprudente parece denotar una tautología, ya que, si previamente se ha determinado la omisión de la diligencia debida, no resulta necesario establecer con posterioridad los criterios normativos de im-

putación objetiva, en especial, la creación de un riesgo no permitido o el aumento ilícito de un riesgo permitido. Esta situación, si bien concurrirá en la mayoría de las ocasiones, en algunos supuestos no es así. Veamos el siguiente supuesto fallado en la Corte de Apelaciones de Santiago, donde se planteó si un posible error de diagnóstico ocasionó la muerte de un paciente. La sentencia concluye, citando a la doctrina<sup>21</sup>, “que no se infringe el deber de cuidado cuando en la situación concreta su obediencia no hubiere evitado el resultado acaecido. Si, en el evento de una acción técnicamente correcta, el desenlace fuese el mismo [si la acción hubiese sido técnicamente incorrecta], entonces el error o fallo cometido no ha sido jurídicamente irrelevante frente al mismo, y la ley requiere que el daño se produzca por negligencia culpable”.

Si bien resulta correcto el fallo de la Corte de Apelaciones, en el sentido de que los hechos no son típicos, entendemos que su argumentación es un claro ejemplo de la confusión entre el acción típica y la imputación objetiva del resultado en el ámbito del delito imprudente. Si existió un error en el diagnóstico del paciente debido a una vulneración de su *lex arti*, es decir, evitable o vencible, deberemos afirmar que ha existido una omisión de una diligencia debida, ya que esta omisión no constituye un elemento exclusivamente penal, sino que su naturaleza es extrapenal, en este caso administrativa. La determinación de la omisión de la diligencia debida no depende del resultado típico, sino de la exigencia, en este caso, de un diagnóstico adecuado. Si al médico se le podía exigir un diagnóstico adecuado, existió una omisión de una diligencia debida: estamos ante un hecho que no se puede obviar.

Por lo tanto, este caso debe resolverse en el seno de la relación de causalidad. Así, nuestra posición toma como presupuesto la teoría de la imputación objetiva donde es

<sup>20</sup> Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho...*, cit., p. 166; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...*, cit., p. 273.

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de mayo de 1993. Kunsemüller, Carlos, “Responsabilidad penal del acto médico” (en *Revista de Derecho*, Vol. 13, núm. 2.

necesario realizar una doble valoración: una relación de causalidad natural entre la acción y el resultado; y una constatación de que el resultado es expresión del riesgo implícito en la acción, o bien de los que pretende evitar la norma penal.

Teniendo presente la anterior afirmación, en primer lugar, establecida la omisión de la diligencia debida, debería comprobarse la relación de causalidad natural entre acción y el resultado. Si el paciente falleció a consecuencia de otras acciones o factores, deberíamos concluir que si bien existió una omisión de la diligencia debida –que puede ser depurada en el orden disciplinario– la acción que se realizó no fue la causa natural del resultado. Esto parece fue lo que sucedió en el ejemplo que estamos comentando: se produjo un error en el diagnóstico pero la muerte se produjo a consecuencia de la “agresividad de los gérmenes que provocó la peritonitis que se detectó en la operación”.

En segundo lugar, el caso de que concu-riera la relación de causalidad natural, todavía nos quedaría por comprobar si el resultado es expresión del riesgo creado, o en otras palabras, que exista una posibilidad de control del curso causal, en caso contrario, cuando no sea posible producir o evitar finalmente el resultado, éste aparecerá simplemente como un resultado causado por la acción de una persona, pero no imputable objetivamente a dicha acción<sup>22</sup>.

Llegado a este punto, la cuestión que debemos plantearnos es si resulta necesario comprobar este requisito en el delito imprudente, o por el contrario resulta suficiente para imputar objetivamente un resultado a una determinada acción, la omisión de la diligencia debida y la constatación de la relación de causalidad natural. A este respecto, mantene-mos que, si bien en la mayoría de las ocasiones el riesgo emanado de la omisión de la diligencia debida, establecida la relación de causalidad natural, se reproducirá en la imputación objetiva del resultado, en algunos supuestos no ocurrirá así. En este sentido, como

demonstró Roxin, el principio de incremento del riesgo resulta especialmente valioso para resolver los problemas de cursos causales hipotéticos, sobre todo en el marco de los delitos imprudentes. Estos supuestos se caracterizan porque puede afirmarse que el resultado habría acaecido con la más alta probabilidad aunque el sujeto no hubiese actuado como lo hizo<sup>23</sup>: es decir, a pesar de la infracción del deber de cuidado, y la relación de causalidad natural, no existiría un incremento del riesgo no permitido, o, de forma más ilustrativa, una “omisión de la diligencia típica”, término que se contrapone con la “omisión de la diligencia debida extrapenal”. Así, en el caso del ejemplo que nos ocupa, imaginemos que a raíz del diagnóstico erróneo se realiza un tratamiento u otro tipo de operación que le produce la muerte al paciente, pero que el fatal resultado hubiera acaecido con la más alta probabilidad debido a la verdadera enfermedad que éste padecía, y con independencia del tratamiento médico correcto. No obstante, como hemos manifestado, estos supuestos resultan excepcionales, pues una infracción del deber de cuidado conlleva en la mayoría de las ocasiones un incremento del riesgo típico.

Otro supuesto donde se equipara la omisión de la diligencia a la relación de causalidad se puede apreciar en el fallo de la Corte Suprema, donde se demostró la omisión de una diligencia médica pero no quedó demostrado que ésta fuese la causa de la muerte. La sentencia declara como hechos probados una serie de omisiones por parte del médico, como son el examen superficial del paciente y su no-hospitalización. El certificado médico de defunción señaló como causa de la muerte una bronconeumonía. A pesar de los indicios de criminalidad que presentó este caso, no se practicó la autopsia por indicación de la familia. Así, no pudo demostrarse con certeza la relación de causalidad natural entre la omisión de la diligencia debida y el resultado producido. El Tribunal omitió probar uno de los elementos objetivos del tipo penal como es la relación de causalidad, elemento que segura-

<sup>22</sup> Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría Jurídica...*, cit., p. 186.

<sup>23</sup> Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría Jurídica...*, cit., p. 188.



mente si se hubiera realizado la autopsia habría concurrido<sup>24</sup>.

Respecto a la previsibilidad objetiva, entendemos que constituye en el elemento diferenciador respecto al tipo doloso. La voluntad, al menos eventual, de la tipicidad dolosa, hace necesario incluir un criterio de imputación subjetiva en el tipo imprudente. Es decir, si el sujeto no quería realizar el tipo doloso, se deberá comprobar que, al menos, pudo prever, o mejor dicho, pudo exigírsele prever los riesgos que implicó la omisión de su diligencia debida. Si el dolo típico es considerado como un dolo general, con independencia de la culpabilidad, reprochabilidad o responsabilidad del sujeto, la previsibilidad objetiva debe considerarse como la imprudencia general en los tipos imprudentes.

Relacionado con la anterior afirmación, la denominada previsibilidad o evitabilidad subjetiva en los delitos imprudentes debe ubicarse en el seno de la imputación personal del sujeto.

Teniendo presente las sistematizaciones ofrecidas por la doctrina, y las anteriores consideraciones, podemos extraer la siguiente propuesta sobre la estructura del delito imprudente:

<sup>24</sup> No obstante, una reciente corriente doctrinal, Jakobs y Choclan Montalvo, entre otros, rechazan la infracción del deber de cuidado como elemento autónomo de delito culposo; el elemento objetivo en el delito culposo no se define de forma diferente del delito doloso, se requiere en ambos casos una *acción que realice un peligro jurídicamente desaprobado*. Desde este punto de vista, la infracción del deber de cuidado no es otra cosa que la creación de un riesgo ya no permitido. Una de las principales consecuencias de esta posición doctrinal reside en entender la imprudencia como un caso de imputación objetiva del resultado con ausencia de dolo, esto es, que la imprudencia y el error de tipo responden a una misma situación fáctica. Por otra parte, la nueva redacción del art. 14 CP parece implícitamente recoger esta postura doctrinal. Jakobs, Günter, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (2ª ed.), Madrid: Marcial Pons (1997), cit., p. 391; Choclan Montalvo, José Antonio, "Sobre la evolución dogmática de la imprudencia (en) AP, núm. 48, p. 986-989.

### 1. *Tipicidad*

- A) Un tipo objetivo compuesto:
  - a) Por la omisión de la diligencia debida como desvalor de la acción.
  - b) En el caso de que estemos ante un delito de resultado: a) una relación de causalidad entre la omisión de la diligencia debida y el resultado acaecido<sup>25</sup>; y la constatación de que el resultado sea expresión del riesgo implícito en la acción<sup>26</sup>.
- B) Un tipo subjetivo compuesto por dos elementos positivos y uno negativo
  - a) El de haber querido realizar la conducta descuidada.
  - b) La previsibilidad objetiva de los elementos del tipo objetivo.
  - c) El no haber querido el autor cometer el hecho resultante el desvalor del resultado<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> La no-concurrencia del resultado en los tipos imprudentes de lesión hace impune penalmente la conducta. Así, el concreto curso causal hace que una omisión de una diligencia debida determina que la sea o no atípica (y normalmente constitutiva de una infracción administrativa). La falta de dolo respecto del curso causal ha llevado a parte de la doctrina alemana (Radbruch, Mayer) a afirmar que realmente en los tipos imprudentes de resultado se produce una "vergonzante responsabilidad por el resultado". Pero como manifiesta acertadamente Jakobs, el curso causal resulta cognoscible por el autor, y por ello, evitable. Más bien, como afirma el citado autor, "el que no se acaezca el resultado supone una causalidad en función de un actuar imprudente". Jakobs, Günter, *Derecho penal...*, cit., p. 395.

<sup>26</sup> Recuérdese que gran parte de la doctrina, conforme con los principios de mínima intervención y de subsidiariedad, el legislador penal sólo debería castigar resultados cometidos imprudentemente, relegando al ámbito civil y administrativo las imprudencias sin resultado.

<sup>27</sup> Debemos realizar una somera mención a la diferencia entre el error de prohibición y la imprudencia, como supuestos que tienen en común que el sujeto no quiere realizar el tipo penal. Ambos son supuestos de error, pero en la imprudencia el

## 2. La responsabilidad o reprochabilidad

### a) La previsibilidad o evitabilidad subjetiva del tipo penal<sup>28</sup>.

autor puede tener un conocimiento genérico de la ley, pero no en concreto del hecho, por el contrario en los supuestos de error de prohibición conoce su hecho, pero no que está prohibido u obligado.

<sup>28</sup>No obstante, para afirmar la tipicidad del delito imprudente, tenemos que recordar que es necesario –no sólo incumplimiento de las reglas generales de cuidado, conforme con la normativa extrapenal y la *lex arti*– sino también, y en virtud del principio de culpabilidad, una individualización del riesgo o previsibilidad subjetiva de la omisión de la diligencia debida. Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., p. 99. Jorge Mera ha puesto de relieve, desde el punto de vista de los derechos humanos, la necesidad de que la culpabilidad –o en nuestro caso, la imputación subjetiva– se vincule “a la capacidad de respuesta real del sujeto” para “comportarse de acuerdo con la norma”. Por otra parte, la determinación de la responsabilidad trae a discusión la ubicación de los denominados “conocimientos especiales del sujeto” y sus “específicas particularidades”. Entendemos en este sentido que, si queremos realizar la determinación de la diligencia debida a través de juicio que consista en ponerse en la situación *ex ante* del sujeto, deberemos tener presente sus especiales cualidades y conocimientos. Pero en todo caso, deberá realizarse desde una prima objetivo, es decir, si un médico cirujano posee una especial destreza para realizar cierto tipo de operaciones, la sociedad en general tenderá a reconocerle esa capacidad a través, por ejemplo, de un puesto de mayor responsabilidad profesional. Así, el juicio de imputación objetiva deberá realizarse desde el prisma, en este caso, de un cirujano jefe de un hospital. Sobre esta cuestión, véase Bustos Ramírez, Juan, *El delito culposo*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile (2002), pp. 38 a 44. Como manifiesta acertadamente el autor citado, la previsibilidad debida o exigida debe realizarse “conforme a la acción desarrollada de acuerdo con las circunstancias fácticas y personales”, otro juicio diferente es la capacidad de respuesta del sujeto que pertenece a la teoría del sujeto responsable. Por lo tanto, y como conclusión, la previsibilidad subjetiva comprendería: el juicio de imputabilidad o como lo define el autor citado “exigibilidad sistémica”, exigibilidad de la conciencia del injusto y exigibilidad de otra conducta. Bustos Ramírez, Juan, *El delito culposo...*, cit., p. 44 y pp. 99 a 106.

### 3) La omisión de la diligencia debida como fundamento de la imprudencia

De entre los elementos necesarios que configuran la estructura del tipo imprudente, nos detendremos exclusivamente en el estudio de la omisión de la diligencia debida, puesto que la inobservancia del cuidado objetivamente debido, o mejor dicho, la realización de una acción que no responda al cuidado objetivamente debido constituye el eje central de los delitos imprudentes<sup>29</sup>.

#### A) El carácter objetivo de la omisión de la diligencia debida

El deber cuidado, se trata del cuidado necesario para el desarrollo de una actividad determinada; una persona que no pueda observarlo está obligada a abstenerse de su realización, es por tanto un deber objetivo. No es posible que su contenido se determine en función de la capacidad individual. Si cada persona estuviera obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera posible, según su capacidad y facultades personales para realizar cualquier tipo de actividad en la vida social, se produciría el caos más absoluto<sup>30</sup>.

Por lo tanto, desde que la doctrina mayoritaria considera la imprudencia como una forma de desvalor de la acción y por lo tanto perteneciente al injusto típico, la infracción de una diligencia o cuidado debe tener una naturaleza objetiva y general<sup>31</sup>. Esto supone que se impone a todos los ciudadanos en esta situación una diligencia atribuible a todo sujeto inteligente y cuidadoso, conforme con las formas del “hombre medio ideal” o el *bonus*

<sup>29</sup>Por todos, Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho...*, cit., p. 163.

<sup>30</sup>Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho...*, cit., p. 155. El autor mantiene que es un deber objetivo que no se incluye dentro del tipo del injusto como hacen otros autores, puesto que supondría que debería haberse previsto la posibilidad de la producción del resultado.

<sup>31</sup>Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso...*, cit., p. 500.

*pater familias* del Derecho romano. Además, si se trata de una actuación profesional se debe añadir el cuidado que debe y puede cumplir el buen profesional. Con esa infracción del cuidado objetivamente debido existe una conducta objetivamente imprudente, un indicio de antijuridicidad, con independencia de si el sujeto concreto, debido a una capacidad o facultades anímicas deficientes o perturbadas o por una peculiar situación individual, no esté en condiciones de comprender o de cumplir el deber objetivo de cuidado. De esta forma la imprudencia corresponde ubicarlo en la tipicidad como un elemento objetivo. El sujeto que no ha infringido la norma de cuidado, que ha mantenido la diligencia exigida, aunque pueda lesionar un bien jurídico protegido, no realiza un acto típico.

El contenido y estructura que proponemos del estudio de la principal doctrina que se ha ocupado de esta materia, es el siguiente:

1. La infracción del deber de cuidado, que en el seno de las sociedades modernas altamente tecnificadas normalmente se manifestará en la superación de un riesgo no permitido. Los límites a un riesgo permitido varían de una actividad a otra en función de una ponderación de intereses, como son, por una parte, el valor de los bienes jurídicos amenazados, el grado de peligro que corren y las posibilidades de control; y por otra, la importancia, necesidad social y beneficios de la conducta peligrosa.
2. Una infracción mínimamente importante del deber de cuidado. Derivado el principio de mínima intervención y *ultima ratio* queda excluida la imprudencia mínima o *levissima*, aunque de ésta se pueda derivar un resultado grave. La misma conducta podrá constituir simplemente un ilícito civil o administrativo<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Por todos, <sup>31</sup>Luzón Peña, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, (1996), p. 505.

## B) Fuentes de la omisión de la diligencia debida

Como es sabido, el Derecho penal no genera obligaciones sino que exclusivamente establece penas a unas determinadas conductas que tienen como presupuesto, precisamente, el incumplimiento de un deber-obligación. Esta situación es especialmente palpable en el caso del delito imprudente.

La determinación de una conducta imprudente puede realizarse a través de tres vías, que pueden concurrir bien individualmente o cumulativamente:

- a) En la infracción de disposiciones de normas extrapenales. Los límites de riesgo tolerados son con frecuencia establecidos por normas primarias extrapenales que comportan una serie de medidas preventivas destinadas a evitar el resultado establecido en el propio delito imprudente.
- b) En ciertas reglas técnicas (*lex arti*) que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de la profesión. Las reglas del arte o técnicas, basadas en la experiencia y aceptadas por la generalidad de la comunidad profesional donde ejerzan su ámbito, y donde sólo es predicable una *función indiciaria*.  
Interesante es el caso en que la norma primaria extrapenal ha quedado obsoleta en atención a la evolución de la ciencia o la técnica. Es decir, se produce un conflicto entre la norma extrapenal y la *lex arti*. En estos casos, el profesional o científico debe conocer el estado de la ciencia, y en principio adecuar su conducta a ésta<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Este conflicto acaeció en España con las transfusiones de sangre infectadas con el virus del Sida. Hasta la Orden de 10 de octubre de la Consejería de Sanidad de Cataluña, y hasta la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 18 de febrero de 1987, para el resto del Estado, no se exigió reglamentariamente la aplicación de las reglas serológicas para la detección de anticuerpos anti VIH. Sin embargo, la evolución de la ciencia, ex-

- c) Y por último, en los casos en que la dinámica social no haya establecido o desarrollado normas de cuidado o una determinada *lex arti*, mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social.

En sentido inverso, la adecuación de la acción a los parámetros establecidos en cualquiera de estas fuentes determinará la falta de una conducta típica.

#### 4. La gravedad de las conductas imprudentes

En gran parte de los ordenamientos jurídicos penales se establecen distintas clases de imprudencia atendiendo a su gravedad, que suele expresarse con los términos imprudencia temeraria o grave e imprudencia simple o leve.

Silvela definió la imprudencia grave como “aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al hombre menos cuidadoso, atento o diligente”, baremo que es utilizado de manera general por los tribunales de justicia<sup>34</sup>.

Para establecer la gravedad de inobservancia de la norma de cuidado se debe tener presente tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo. A la vez, para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: por una parte, el grado mayor o menor de la probabilidad de la lesión; y por otra, la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado. La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos

que admiten determinados grados de riesgo permitido.

El CP en sus arts. 490 y ss. clasifica cuatro tipos de imprudencia; la imprudencia temeraria, la imprudencia simple profesional médica, la imprudencia simple en la custodia de animales feroces, la imprudencia simple de infracción de reglamentos. No obstante, materialmente, estamos ante dos formas de manifestarse una conducta negligente: a) la “imprudencia temeraria” o “negligencia inexcusable” (arts. 490 CP, 244, N° 1, 225, 288 inc.2, 229, 324 y 289 inc. 2° CP); y la imprudencia simple o leve que es definida con expresiones tales como “descuido culpable” (arts. 302, 337 inc. 2°, 491 inc. 2° CP), “ignorancia culpable” (art. 329), “negligencia culpable” (arts. 491, 494 N° 10 y 495 N° 21 CP)<sup>35</sup>.

Respecto a la mera imprudencia o imprudencia leve el CP exige en su art. 492 una infracción de reglamentos. Realmente en estos casos no se deriva un mayor grado de culpa cuando el tipo penal requiere una “infracción de reglamentos”<sup>36</sup>, sino que delimita las fuentes de la omisión de una diligencia debida. Además, la configuración del art. 492 CP como un tipo penal en blanco no debe entenderse como una merma del principio de legalidad, sino, como manifiesta acertadamente Bustos Ramírez, refuerza más aún los principios garantistas del Derecho penal<sup>37</sup>, ya que, en caso de omitirse, el ámbito de aplicación sería mucho más amplio, abarcando como fuente de la omisión de la diligencia debida la *lex arti*.

El CP equipara la negligencia leve profesional con la imprudencia temeraria. Esta presunción legal supone una quiebra directa del principio de culpabilidad. El carácter profesional, sin duda, puede suponer un indicio

presada en numerosas publicaciones científicas, ya determinaba la necesidad de aquellas pruebas con anterioridad a aquella reglamentación. Así, la vulneración de la *lex arti* fundamenta la creación de un riesgo permitido. Véase la STS de 18 de noviembre de 1991; Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado*, cit., p. 97.

<sup>34</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...*, cit., p. 271.

<sup>35</sup> En contra, Politoff Lifschitz, que considera que estas últimas expresiones exigen “un cierto mayor grado o intensidad que el *mero* descuido o que la *simple* ignorancia o negligencia”. Politoff Lifschitz, *Derecho ...*, cit., p. 511.

<sup>36</sup> Politoff Lifschitz, *Derecho ...*, cit., p. 511.

<sup>37</sup> Bustos Ramírez, Juan, *El delito culposo...*, cit., p. 52.

de temeridad, pero no resulta menos cierto que, conforme con la regulación extrapenal y, en especial, con la *lex arti*, un profesional puede realizar tanto una imprudencia grave como leve. En otras palabras, la gravedad de la pena en el delito imprudente sólo se puede determinar, valga la redundancia, conforme a la gravedad de la imprudencia. En conclusión, estamos ante una manifestación de la imputación penal por responsabilidad objetiva en la determinación de imprudencia temeraria: el paso de la negligencia leve a la grave se realiza objetivamente a través de una presunción legal.

Así, el art. 491 CP lleva a los tribunales de justicia penal a comprobar la existencia de una negligencia leve o simple en el ejercicio de una determinada profesión, y la cualidad profesional del autor para imponer una pena equivalente a una imprudencia temeraria<sup>38</sup>.

##### 5. *La distinción entre el tipo doloso y el tipo imprudente. La determinación del dolo eventual*

La línea divisoria entre el tipo doloso y el tipo imprudente, si bien desde una perspectiva teórica ofrece una multitud de soluciones, en la práctica judicial constituye una de las situaciones donde se manifiesta una de las inseguridades jurídicas. Esta problemática se agudiza en los denominados delitos económicos, ya que normalmente en la determinación de la tipicidad subjetiva tienen como referente una conducta que ha operado dentro de un riesgo permitido, es decir, a través de conductas que aisladamente no ofrecen *per se* un desvalor objetivo.

<sup>38</sup> La Sentencia de la Corte Suprema de 15 de diciembre de 1997, donde no se determina la gravedad de la imprudencia, sino exclusivamente, la negligencia simple y la cualidad de profesional del sujeto. En cambio otras resoluciones, si bien recordemos no lo exige el art. 491 CP, expresamente declaran la gravedad del quebrantamiento de la *lex arti*. La Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 22 de agosto de 1983 utiliza la expresión de “negligencia ostensible que debe atribuirse al procesado”.

Con relación a la distinción del dolo eventual y la imprudencia consciente, nos vamos a centrar en el estudio de las nuevas posturas doctrinales que bien establecen como único elemento diferenciador el elemento intelectual, o bien le dan una primacía respecto del elemento volitivo, y que están cobrando cada vez más fuerza en detrimento de las clásicas teorías volitivas.

La propuesta más radical es la ofrecida por Jakobs –consecuente con su visión de que el reproche de culpabilidad se basa en una falta de fidelidad al ordenamiento jurídico, y con su teoría intelectual del dolo– considera que la ceguera ante los hechos no se merece un tratamiento como imprudencia, cuando el desconocimiento de la realidad es fruto de una posición de enemistad o indiferencia frente al Derecho. Es la denominada imprudencia provocada o inducida<sup>39</sup>.

Por otra parte, el CP no hace ninguna referencia al elemento volitivo del dolo como elemento característico, como sí ocurre respecto al elemento intelectual, al menos parcialmente, con la regulación del error de tipo en el art. 1 CP, lo que obliga a plantearse su relevancia como criterio determinante para diferenciar entre el tipo dolo y el tipo imprudente.

Schünemann añade que “las teorías de la voluntad conducen a privilegiar de forma injustificada al autor especialmente temerario frente a otros más prudentes. El Derecho sólo puede asumir racionalmente como relevante la confianza en la ausencia de resultado cuando el autor emprende unas medidas mínimas, y carece de formación suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando, a pesar de saber que se va a crear un riesgo, se limita a confiar en el azar o que el resultado se producirá por razones que ya no tienen que ver con su actuación”<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Cuello Contreras, Joaquín y Serrano Conzález Murillo, José Luis (2ª ed.), Madrid: Marcial Pons, (1997), p. 104.

<sup>40</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resulta-

Otra corriente doctrinal entiende que –sin renunciar al elemento volitivo como elemento necesario para que exista una infracción de la norma de conducta– resalta el decisivo papel del elemento intelectual para delimitar entre una imputación de un resultado lesivo a título de dolo y una imputación de un resultado lesivo a título de imprudencia<sup>41</sup>. Para imputar un tipo de resultado a título de dolo basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte, lesiones o daños, etc., y por lo tanto, que prevea el resultado como consecuencia de su riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite explicar el posterior resultado o el riesgo idóneo, adecuado o suficiente para producir el resultado.

Esta posición doctrinal, al menos en el plano teórico, admite que el fundamento del desvalor se encuentra en la decisión de realizar algo o de omitir una conducta a pesar de que se conoce. En el delito de dolo eventual ya hay una decisión de realizar el tipo aunque sea de forma eventual o de realización insegura, decisión que no existe en los supuestos de imprudencia, donde sólo se decide realizar un hecho típico de forma descuidada<sup>42</sup>.

Otra cuestión relacionada con el dolo eventual radica en su ámbito de aplicación, es decir, qué delitos de los recogidos en la parte especial permiten esta forma de imputación subjetiva. En general la doctrina penal

rechaza la posibilidad del dolo eventual en los tipos con elementos subjetivos del injusto o con la inclusión expresa del dolo en la configuración del tipo penal<sup>43</sup>.

Con independencia de si entendemos doctrinalmente correcta la anterior afirmación, desde una posición de *lege data* no resuelve uno de los escollos más importantes que se han creado a raíz de la instauración del sistema de *numerus clausus* en la tipificación de los tipos imprudentes. Nos referimos a los casos en que la descripción típica dolosa aparezcan términos como “a sabiendas”, u otros elementos subjetivos del injusto, y expresamente se haya tipificado la forma imprudente. Resultaría una palpable contradicción que no se permitiera castigar por dolo eventual y sí por imprudencia<sup>44</sup>.

Fruto de esta indeterminación a la hora de establecer las fronteras entre el dolo eventual y la imprudencia, parte de la doctrina ha venido postulando una clasificación tripartita de la responsabilidad subjetiva que consiste la creación de un nivel de imputación intermedio, aglutinador del dolo eventual y de imprudencia consciente, al estilo de la figura del *recklessness* propia del Derecho angloamericano<sup>45</sup>.

Como principal conclusión de este apartado, habría que señalar que siendo los límites entre dolo e imprudencia tan indeterminados, es difícil reprocharle a cualquier teoría que no respete los límites del dolo e invade el ámbito de la imprudencia, o viceversa<sup>46</sup>. De

do lesivo. Sobre la normativización del dolo” (en *CPC*, N° 64 (1997), p. 283.

<sup>41</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo, “La distinción entre..., cit., p. 269.

<sup>42</sup> Parece ser por fin la posición de Feijoo Sánchez: “En este trabajo me oriento, dentro del marco de las dos grandes teorías que han marcado la vieja discusión doctrinal sobre la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente, la “teoría de la voluntad” y la “teoría de la representación”, a favor de esta última, pero admitiendo que nos les falta razón a las “teorías de la voluntad”: las “teorías de la representación” no pueden ofrecer un fundamento válido para la imputación a título de dolo si consideran que el dolo sólo está constituido por un elemento intelectual o cognitivo. Feijoo Sánchez, Bernardo, “La distinción entre..., cit., pp. 303-304.

<sup>43</sup> Vargas Cabrera, Bartolomé, “Consideraciones sobre el Régimen General de la Imprudencia. Estructura y clases. El dolo eventual y la culpa con previsión. Singularidades típicas. Casuística Jurisprudencial” (en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V (1999), p. 502.

<sup>44</sup> Así, ha sucedido con la inclusión del delito imprudente de blanqueo de capitales en el CP español, (art. 301 CP) donde en su tipo doloso aparecen elementos subjetivos del tipo.

<sup>45</sup> La mayoría de la doctrina española se ha mostrado en contra de trasladar esta sistematización al ordenamiento penal español, véase por todos; Feijoo Sánchez, Bernardo, “La imprudencia...”, cit., pp. 348-351.

<sup>46</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo, “La distinción entre..., cit., p. 324.

los estudios que se han realizado con profundidad, todos coinciden que las fronteras entre dolo e imprudencia son más difusas que lo que puede aparentar un mero acercamiento superficial a esta cuestión. Ello es debido en gran medida a que cuando un dogmático intenta determinar los límites del conocimiento se muestra inseguro, ya que se trata de un tema perteneciente a disciplinas como la psicología, la psiquiatría, la filosofía del lenguaje o la medicina que no domina. Se trata además, como hemos afirmado, de una discusión abierta ya que el Código Penal no ofrece ningún tipo de información al respecto. Sólo se puede reconocer que no se puede ofertar una solución general al problema de los límites del delito doloso con el delito imprudente; estamos ante un problema de prueba o determinación fáctica con respecto a la presencia o ausencia de un conocimiento actual<sup>47</sup>. Entendemos que desde la teoría jurídica del delito poco se puede aportar para solucionar esta cuestión, más que manifestar que el sujeto aceptó el posible resultado o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Debe ser desde una teoría sobre la interpretación de los hechos la que determine la presencia del dolo eventual, es decir, la inseguridad jurídica se produce por falta de una teoría sobre cómo deben interpretarse unos hechos como prueba de una categoría jurídica, en este caso, penal.

### III) LA DETERMINACIÓN DE LA OMISIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN ORGANIZACIONES

Varios son los parámetros que son utilizados por la doctrina para delimitar una omisión de una diligencia debida, destacamos los siguientes en atención a su relación con grupos organizados.

#### 1. *Los principios de confianza y de división del trabajo*

El principio de confianza parte de la idea de que no constituye una obligación del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás, ya que, en el caso contrario, la idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás ciudadanos fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo, y no también como sujetos responsables<sup>48</sup>. Este principio –desarrollado por la jurisprudencia del TS alemán, en relación con el tráfico motorizado, y que ha hallado también acogida TS español– se presenta con especial intensidad en sectores compuestos por organizaciones de personas.

El escollo que plantea la aplicación práctica de este principio radica en determinar el límite tolerado de confianza en el comportamiento cuidadoso de otros. Así, como presupuestos para su aplicación; en primer lugar, debe conocerse la cualificación de cada uno de los miembros de la organización; y en segundo lugar, distribuir el trabajo adecuadamente a las capacidades de cada uno. En el caso de que la delegación de funciones se haya verificado en una persona sin la cualificación necesaria, el correspondiente dominio del riesgo no se habrá transmitido<sup>49</sup>. Además, este principio encontrará limitaciones cuando las circunstancias especiales (distracción, ebriedad, etc..) hacen probable, en el caso concreto, la lesión del deber de cuidado por parte de otro<sup>50</sup>.

Este principio, en el caso de actividades realizadas por un equipo de personas se encuentra estrechamente relacionado el principio de división del trabajo. Sin duda, la división del trabajo, la atribución y delegación de funciones, y la confianza que necesariamente debe existir entre los diferentes estamentos

<sup>47</sup> Así, la determinación del dolo eventual se encuadra dentro de la problemática sobre la interpretación judicial de los hechos, sobre la coherencia narrativa de los hechos; véase, McCormick, N., *Coherence in legal justification*, Boston: Theory Legal Science (1984).

<sup>48</sup> Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., pp. 113-114.

<sup>49</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal...*, cit., pp. 1005-1006; Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., pp. 116.

<sup>50</sup> Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., p. 115.

jerárquicos, constituyen la base organizativa de las modernas estructuras empresariales.

La teoría ha distinguido una división del trabajo de carácter horizontal, cuando se da igualdad de jerarquía competencial entre dos o más sujetos integrantes de la organización; y una división de carácter vertical, cuando los distintos sujetos se encuentran vinculados en relación de subordinación jerárquica. Ello permite distinguir a su vez entre deberes de diligencia primarios y deberes de diligencia secundarios, esto es, lo que el delegante conserva tras la delegación, en el sentido de deber de control y vigilancia respecto del cumplimiento del deber de diligencia de sus colaboradores<sup>51</sup>.

En el supuesto de una delegación vertical, y en especial, cuando el control en origen está asignado a otras personas distintas de las que ponen el producto peligroso en circulación, el título de imputación penal de los encargados de adoptar las medidas de precaución será el de comisión por omisión<sup>52</sup>, y esta posibilidad concurrirá en mayor medida, si el control que se impone preceptivamente constituye la principal función del órgano de vigilancia.

Cuando un grupo de personas participe a la vez en una determinada actividad peligrosa, deberá establecer la capacitación de cada uno de ellos, y si nos encontramos en una organización vertical, deberá prestarse especial atención a las indicaciones y vigilancia respecto de sus subordinados<sup>53</sup>. Uno de

los elementos fundamentales para establecer la capacitación de cada uno de los miembros de la organización, resulta sin duda la posesión del adecuado título profesional. Sin bien a *priori*, no ofrece una especial complejidad determinar el título profesional de cada miembro de la organización, en la práctica suele plantearse la distinción entre el título general y la especialidad para ejercer la profesión: véase los casos de un médico general que administra una anestesia, o el caso de una enfermera que, sin poseer el título profesional de Enfermera Matrona, desempeña el cargo de Jefa de Sala de Lactantes de la Unidad Intermedia del Servicio de Pediatría.

En este último caso, la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia de 11 de marzo de 1998, donde por indicación médica se ordenó el ingreso de un paciente en la Unidad de Cuidados Intensivos y uso de un monitor, posteriormente sufrió un paro cardiorespiratorio, constatándose que el sistema de alarma del monitor se encontraba sin funcionar, quedando el menor en un estado vegetal con evidente daño neurológico y cerebral, falleciendo con posterioridad. La Sala entendió que concurrió una omisión de una diligencia debida profesional por parte de la enfermera, ya que a pesar de no poseer el específico título profesional “estaba contratada por el Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile para desempeñar funciones vinculadas a su especialidad, en cargo de responsabilidad y Jefatura, entre las que se contaban –precisamente– el dirigir la mencionada Sala y supervigilar [*sic*] que los menores internos recibieran una adecuada y oportuna atención hospitalaria...”. La Sentencia aplica tácitamente la doctrina de la *culpa por asunción*, pero obvia la posible responsabilidad por parte del responsable del hospital de contratar a una persona sin el título profesional especializado<sup>54</sup>.

responsabilidad exclusivamente al médico tutor, ya que el médico becado sólo colaboró en la operación pues “estaba comenzando su beca”.

<sup>54</sup> A este respecto, y aplicando la estructura del delito imprudente anteriormente señalada, debemos recordar que para poder atribuir una res-

<sup>51</sup> Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., p. 106

<sup>52</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia” (en) ADPCP (1994), pp. 45 y ss.; Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., pp. 100 y ss.

<sup>53</sup> Véase la sentencia de la Corte Suprema de 15 de noviembre de 1997 (*Fallo del Mes* N° 469), que resolvió un caso en que a una paciente se le practicó una serie de endoscopias seguidas –hecho que no es recomendado en la *praxis médica*– que le produjeron la muerte, y donde concurrieron, además del médico especialista o tutor, un médico en calidad de becado en un programa de especialización en gastroenterología. El fallo consideró que no existió coautoría culposa, sino que atribuyó la



En todo caso, en ámbitos profesionales como la práctica de la medicina, se puede incurrir en el error de atribuir automáticamente la responsabilidad penal al superior jerárquico. Así, por ejemplo, en los supuestos de especialización médica si el médico especialista ha obrado diligentemente, tanto en la determinación de la capacidad profesional del médico que realiza la especialización, como en sus funciones de vigilancia, deberá entenderse que se ha transmitido el riesgo. La determinación de la diligencia, en estos casos, debe tener presente que la formación de nuevos médicos supone un riesgo permitido por la sociedad, y sería absurdo que su formación se le exigiera la misma preparación que a un médico especializado. En estos casos, concurrirá una diligencia debida si el médico estaba objetivamente capacitado para realizar la acción, y el médico tutor realizó sus funciones de vigilancia, pero no se podrá exigir a aquél la misma diligencia debida.

De esta forma, lo esencial para la válida traslación del deber de garantía es que se lleve a cabo determinadas condiciones que permitan afirmar un dominio o control del riesgo por parte del delegado, y en este sentido desde antiguo se ha pronunciado la jurisprudencia española<sup>55</sup>. En otras palabras, es necesario además que el sujeto delegado tenga

del dominio fáctico del riesgo derivado de la actividad<sup>56</sup>.

No obstante, el delegado incompetente para la función delegada puede responder por la llamada *culpa por asunción*; cuando el sujeto incapaz para cumplir la función que se le ha encomendado con el cuidado necesario para salvaguardar la integridad de los bienes jurídicos, debe observar un deber objetivo de cuidado consistente en abstenerse de aceptar el encargo para cuyo cumplimiento no está capacitado<sup>57</sup>. La concurrencia de esta posibilidad resulta especialmente aplicable en los supuestos de división del trabajo horizontal, donde el delegado posee la formación, preparación y una posición jerárquica para rechazar la tarea o trabajo que le ha propuesto el delegante. Así, campos profesionales como la medicina en centros hospitalarios, puede darse con cierta frecuencia estos supuestos<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., p.110; Véase Jakobs, *Derecho penal*, cit., p. 989.

<sup>57</sup> Gracia Martín, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Universidad de Zaragoza: Zaragoza (1986), p. 222; Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado*, cit., p. 109.

<sup>58</sup> Un caso interesante es el conocido por la Corte Suprema en su sentencia de 28 de enero de 1986. Una paciente que recuperó el conocimiento después de una operación, manteniéndose con signos vitales estables y normales, el médico que la operó procedió a desintubarla sin extraerle previamente la gasa que servía de sello, lo que le produjo un paro respiratorio seguido de uno cardíaco, perdiendo el conocimiento, y, tras sucesivos intentos de recuperar a la paciente, ésta falleció. La anestesista que realizó la intubación pidió al médico cirujano que retirara el tubo, ya que ella no iba a poder hacerlo. La Sentencia en el motivo 17 determina si responden penalmente ambos médicos: "Pues bien, si se considera –atendiendo únicamente a la versión del procesado– que la anestesista, al término de la operación quirúrgica, le solicitó que extubara a la paciente porque ella no iba a poder hacerlo y él aceptó realizar esa acción, que quizás es la más importante del último período del proceso de anestesia, resulta que, de hecho y voluntariamente, asumió la responsabilidad de lo que pudiera suceder en esa fase del proceso. La actuación de la doctora [anestesista] podrá ser criticable desde

---

responsabilidad penal a los representantes del hospital debemos recordar que no basta con la comprobación de la omisión de una diligencia debida, sino, además, debe establecerse una relación de causalidad con el resultado producido. En este sentido, a pesar de existir una relación de causalidad natural, no se aumentó ilícitamente el riesgo permitido, ya que el control de un monitor hospitalario resulta exigible a cualquier enfermera con independencia de su especialidad. En cambio, si la muerte se hubiera producido por hecho relacionado con la especialidad de pediatría, sí hubiera existido un aumento ilícito del riesgo permitido por parte del Hospital al contratar a un profesional sin la debida especialización.

<sup>55</sup> Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., p. 107. El autor cita, entre otras, la STS de 26 de marzo de 1994.

En los supuestos de relación horizontal en ámbitos profesionales como la medicina a la hora de imputar el resultado imprudente deben tenerse presente las siguientes consideraciones:

- a) En primer lugar debe determinarse si el sujeto delegado está capacitado, tanto objetiva como subjetivamente para asumir la responsabilidad que se le encomienda. En caso afirmativo la responsabilidad se transmite a éste, quedando el delegante exonerado.
- b) En segundo lugar, si no se ha transmitido la responsabilidad por falta de capacidad del sujeto delegado, se debe considerar

---

diversos puntos de vista –aun éticos– pero la responsabilidad por la operación de desintubación que en el curso del proceso de anestesia realizó el encausado fue de su cargo desde el momento mismo en que relevó de ella a la anestesista asumiendo entonces el deber jurídico de asistencia terapéutica de la paciente, también bajo este aspecto...”. Parece que la doctrina de la Corte Suprema se decanta por entender que los médicos, con independencia de su especialización, en concreto los cirujanos y los médicos generales, están capacitados para administrar una anestesia. En este sentido la sentencia de 2 de julio de 1998 declara expresamente como una conducta atípica por existir una negligencia la intervención como anestesista de un médico general, que no contaba con la debida preparación para ello, no significa que, “con una preparación básica, no pueda administrar la anestesia, tanto por la carencia de especialistas cuanto porque la experiencia indica que, ante la necesidad de la práctica de la disciplina médica, se ha debido preparar incluso a alumnos regulares de la carrera de medicina con el objeto señalado, necesidad que resulta evidente en lugares apartados, como Puerto Natales”. Si bien esta resolución declara atípica la conducta por falta de una omisión de una negligencia debida, debemos plantearnos si no estamos ante la concurrencia de una causa de justificación, es decir, concurrió una omisión de una diligencia debida, como es la práctica de una anestesia por un médico no especializado, pero debido a un estado de necesidad la conducta estaba justificada. En el momento en que en el ámbito de la medicina se entiende necesario que existan médicos especialmente capacitados en anestesiología, debe entenderse que jurídicamente existe una diligencia objetiva en este sentido.

que, debido a la especial formación profesional de éste, si se le pudo exigir que rechazara la acción propuesta. En caso afirmativo, concurrirá una *culpa por asunción*.

La delegación eficaz requiere, además, que el delegado tenga a su disposición los medios necesarios, esto es, los recursos materiales y potestades de dirección para poder ejercer eficazmente la función de vigilancia y seguridad<sup>59</sup>.

A modo de conclusión, a la hora de valorar la aplicación de este principio, resultará esencial que el directivo o coordinador haya observado el cuidado objetivamente debido al distribuir las tareas, coordinar la labor de equipo, seleccionar al personal auxiliar, y supervisar sus primeras actuaciones. Así, cuando menor sea la preparación real y la experiencia de sus colaboradores mayor será el deber de supervisión del directivo, y menor el campo de aplicación del principio de confianza<sup>60</sup>.

## 2. La contribución plural a un hecho culposo

La concurrencia de varios sujetos en hecho tipificado como un delito imprudente puede manifestarse de dos maneras: a) cuando intervienen sucesivamente varios sujetos, b) o en los casos de organización en común.

La determinación de la responsabilidad penal imprudente en el seno de las organizaciones conforme con los criterios que hemos señalado con anterioridad, tiene su reflejo dogmático penal en el tratamiento de la denominada “participación imprudente” o más correctamente “contribución plural a un hecho culposo”.

En la actualidad se discute si es posible aplicar todas las formas de autoría y participación en el delito imprudente.

Luzón Peña se manifiesta en contra de la tipificación de la participación imprudente.

---

<sup>59</sup> Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., p. 109.

<sup>60</sup> Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho...*, cit., p. 162.

te. La posición del autor aboga por un concepto restrictivo de autor que niegue la relevancia típica de la participación imprudente de todas aquellas que no se puedan calificar como autores. Toma como punto de partida que la participación tiene un carácter ampliatorio de punibilidad, por lo que las formas de participación van referidas únicamente a los delitos dolosos. Además, verbos como inducir o cooperar a la ejecución del hecho conllevan en su significado únicamente la comisión dolosa<sup>61</sup>.

Feijoo Sánchez se muestra en contra de la anterior postura doctrinal, en el sentido de que esta propuesta se acerca más a una posición de *lega ferenda*, ya que el CP español, extrapolable al CP chileno, no ofrece ningún dato para considerar esta postura. Además, supondría una quiebra sistemática, que el CP permita la participación dolosa en las faltas que son infracciones que tienen contemplada una pena leve, pero no admitiera la participación imprudente en los delitos de homicidio imprudente. La posición en contra de la punibilidad de la participación imprudente, continúa el autor, “es propia de una concepción subjetivista que es compartida por la doctrina mayoritaria”. La gravedad del injusto depende tanto de aspectos subjetivos como de aspectos objetivos y, por ello, nuestro CP tiene contemplada una mayor pena para ciertos hechos cometidos imprudentemente que para otros distintos que se realizan con dolo”<sup>62</sup>.

En la doctrina chilena, Bustos Ramírez mantiene que, debido a que la condición esencial del delito imprudente es la falta de cuidado objetivo, “es imposible hablar de partícipes, ya que ello requiere intervenir con

conocimiento y querer en un hecho principal”<sup>63</sup>.

Los autores partidarios de la teoría de dominio del hecho impulsada por Roxin niegan la posibilidad técnica de la participación imprudente, pero por el contrario no abogan por su impunidad, sino que aporta un concepto, definido por sus detractores, extensivo de autor en el delito imprudente, en el sentido que califica como autores aquellos supuestos que de concurrir dolo serían calificados como partícipes. Mientras que en el delito doloso establece un concepto restrictivo-final de autor, en el ámbito del delito imprudente aboga por un concepto extensivo-causal de autor<sup>64</sup>.

Gómez Benítez, máximo exponente de esta teoría en España, manifiesta que del propio desvalor de la participación se deduce la pretensión de favorecer el injusto penal, y por lo tanto, “la participación tiene que ser dolosa, y que el dolo se refiere tanto a la voluntad de ser partícipe como a la propia naturaleza del tipo a realizar por el autor. Continúa el citado autor que los casos en que la jurisprudencia y la doctrina han calificado como participación imprudente, son realmente autoría de un tipo imprudente”<sup>65</sup>.

Por lo tanto, esta última posición aboga por un concepto unitario de autor en el delito imprudente, de modo que la contribución imprudente de varios sujetos en un hecho punible se considera en todo caso autoría imprudente. Por lo tanto, se manejan dos conceptos distintos: uno restrictivo para el delito doloso, construido sobre la base de la teoría del dominio del hecho; y otro unitario para el delito imprudente por virtud del cual toda causa del hecho por imprudencia fundamenta la autoría, por lo que basta con demostrar en el proceso que una acción ha creado un riesgo

<sup>61</sup> No obstante, admite una “segunda forma de autoría”, en aquellos casos en que los tipos imprudentes que remitan a normas especiales de cuidado para sujetos con deberes muy específicos, supuestos en que la conducta no determina objetiva el hecho. Son las denominadas “autorías por infracción de un deber especial de supervisión, vigilancia o control”. Luzón Peña, Diego-Luzón, *Derecho Penal...*, cit., pp. 384 y ss, 392 y 507 y ss.

<sup>62</sup> Véase Feijoo Sánchez, Bernardo, “La imprudencia...”, cit., nota (35), pp. 328-329.

<sup>63</sup> Bustos Ramírez, Juan, *El delito culposo...*, cit., p. 96. La Corte Suprema viene rechazando la posibilidad de coparticipación en un hecho culposo (SSCS de 26-6-1989 y 16-3-2000).

<sup>64</sup> Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (7ª ed.), Madrid: Marcial Pons, (2000), p. 740.

<sup>65</sup> Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría Jurídica ...*, cit., pp. 507-510.

jurídicamente desaprobado para calificarlo como autoría<sup>66</sup>.

La doctrina penal más reciente ha criticado el tratamiento que se ofrece, a partir de los postulados de la teoría del dominio del hecho, a la participación imprudente, crítica que podemos resumir en las siguientes consideraciones: a) No se puede admitir que sólo si hay dolo cabe distinguir entre diversas formas de participación en el delito, ya que supondría un concepto extensivo de autor<sup>67</sup>. En palabras del Feijoo: “lo que realizado de forma dolosa supone cooperar a que otro mate no puede adquirir objetivamente el significado de matar a otro cuando se realiza de forma imprudente”. b) En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, esta teoría supone un aumento injustificado de la penalidad<sup>68</sup>. c) Y por último, “no debe afirmarse que toda contribución causal es autoría sobre la base de una eventual impunidad de la participación imprudente. Este punto de vista de la causalidad se contradice con los modernos planteamientos derivados de la teoría de la imputación objetiva. Así, lo esencial es que el partícipe se comporte de modo contrario a la norma, creando con su acción un riesgo jurídicamente desaprobado, y que esa situación así creada sea la que se desarrolla en el comportamiento ejecutivo del autor imprudente<sup>69</sup>.”

En conclusión, la opinión de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia española se opone a este criterio unitario en la participación imprudente, y postula una diferenciación entre la autoría y la participación<sup>70</sup>, posición probablemente favorecida por la teoría objetivo-formal de la autoría.

<sup>66</sup> Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., p.120.

<sup>67</sup> Esta conclusión es compartida por gran parte de la doctrina más cualificada, así el autor cita entre otros a Rodríguez Muñoz, Luzón Peña y Mir Puig. Feijoo Sánchez, Bernardo, “La imprudencia...”, cit. p. 320.

<sup>68</sup> Véase Feijoo Sánchez, Bernardo, “La imprudencia...”, cit., nota (35), p. 319-320.

<sup>69</sup> Choclan Montalvo, J. Antonio, *Deber de cuidado...*, cit., p. 127.

<sup>70</sup> Véase Feijoo Sánchez, Bernardo, “La imprudencia”, nota (35), p. 319-320.

La posición que mantenemos se inclina por los postulados que se derivan de la teoría del dominio del hecho a la hora de tratar la participación de varias personas en un delito imprudente. Siguiendo las objeciones que hemos resumido anteriormente en contra de esta teoría, podemos refutarlas a tenor de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, no se produce ninguna quiebra del principio de proporcionalidad de las penas porque se castigue la participación en las faltas y no en la imprudencia. La cuestión es que no es posible concebir la participación imprudente, y en especial en un delito imprudente. La quiebra del principio de proporcionalidad de las penas quizá estribe en castigar la participación en las faltas. En otras palabras, esta crítica confunde el plano político criminal con el plano dogmático.

En segundo lugar, tampoco nos aparece acertado que esta teoría convierta en autoría cualquier contribución causal al hecho calificado como imprudente. Lo que no se puede dudar de la teoría del dominio del hecho, está en una estrecha relación con la teoría de la imputación objetiva, y con los límites que esta impone. Así, no toda contribución causal será considerada como autoría, sino sólo aquellas que cumpla los requisitos establecidos por la teoría de la imputación objetiva. Resulta cierto que no todas las contribuciones causales deben tener el mismo tratamiento penal, pero entendemos que el camino no debe ser la creación de una figura jurídica ficticia como es la participación imprudente.

La solución puede llegar por dos vías, o bien establecer una cláusula que disminuya la pena, o bien, y esta sea quizá la más correcta, romper el título de imputación, es decir, calificar de forma independiente cada contribución al resultado imprudente. Pongamos el ejemplo de que dos personas contribuyen imprudentemente a la muerte de una persona, si la omisión del primero fue grave en principio su conducta será calificable como imprudencia temeraria, en cambio si la contribución del segundo fue menor, su conducta debería calificarse como imprudencia leve o simple, claro está si está tipificado penalmente, porque si no será impune. Así, en el caso de que el resultado sea la muerte de una persona, el

primero será castigado conforme con el art. 490 CP, y el segundo conforme con los arts. 491 o 492 CP. En cambio, si estuviéramos ante malversación de caudales públicos, la negligencia inexcusable sería típica, pero en cambio la contribución por imprudencia simple sería atípica. Véase que si entendiéramos que es posible la participación imprudente, ambas contribuciones serían típicas.

Realmente la aplicación de la participación en el delito imprudente puede suponer una quiebra al principio de proporcionalidad de las penas, como es el caso de la Sentencia de la Corte Suprema de 16 de marzo de 2000, donde se castiga a varios partícipes por un cuasidelito del art. 490, N° 1 CP. La resolución consideró que la omisión de la diligencia debida de todos ellos fue imprudente, pero si atendemos a cada una de sus contribuciones esta imputación es errónea. El Alto Tribunal consideró igual de grave el golpear a un menor mientras se le violaba, que el con-

ducir a éste a un “antro como el pool”, invitarlo a beber alcohol y permitir que permaneciera en ese lugar hasta altas horas de la madrugada<sup>71</sup>. En este caso, debió haberse roto el título de imputación, y al menos, castigar esta última contribución como imprudencia simple, o más considerarla atípica, simplemente porque el llevar a un menor a un pool e invitarlo a beber alcohol no supone un riesgo para que muera golpeado por terceros.

Establecida la imposibilidad de la participación en el delito imprudente, cabe preguntarse si resulta posible aplicar todas las formas de autoría. Respecto a la autoría mediata y a la coautoría, Bustos Ramírez manifiesta que, en el primer caso, la utilización de un instrumento personal en un hecho culposo realmente significa un hecho doloso; y en el segundo caso, supone un dominio de todos los autores sobre el hecho y una repartición funcional de su realización, lo que presupone también un delito doloso<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Sentencia de la CS calificó esta conducta como “imprudencia mayúscula”. Hubiera sido mayúscula si como consecuencia de la ingestión de las bebidas alcohólicas hubiera fallecido el menor, pero en ningún caso para que fuese violado y golpeado hasta producirle la muerte.

<sup>72</sup> Bustos Ramírez, Juan, *El delito culposo...*, cit., p. 96. No obstante, en los últimos años la posibilidad de que concurra la coautoría imprudente viene siendo sustentada por un numeroso número de autores, principalmente alemanes, en este sentido. La razón estriba en resolver la problemática de los acuerdos de los órganos colegiados, en concreto, en aquellos casos en que existen más votos de los necesarios para aprobar un acuerdo que dará lugar a la comisión de un delito imprudente. Si aplicáramos la autoría, habría que determinar que los votos sobrantes no fueron causa del resultado; en cambio, con la construcción de una coautoría imprudente se les podría imputar el delito a todos los intervinientes. En este sentido, Roxin declara que es posible su construcción dogmática. Así, el citado autor y conforme con la posición de Weisser, establece como requisitos: a) La cooperación voluntaria en realizar una acción u omisión; b) que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado; c) que cada uno de los intervinientes pudiera y debiera darse cuenta de la peligrosidad del proyecto conjunto. Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho...*, cit., pp. 740-442.