

# Acción, Norma, Injusto y Delito imprudente

**Autora:** Alicia Gil Gil

Profesora titular de Derecho penal.

Universidad Nacional de Educación a Distancia.

A mi maestro José Cerezo Mir

## Resumen

En el presente artículo se analizan los conceptos de norma y de injusto que mejor sirven a los fines del Derecho penal. Así se defiende que es preciso dividir la antinormatividad completa en fragmentos, correspondiendo a lo injusto la mera contradicción objetiva de la conducta con el contenido de la norma de determinación (norma promulgada), dejando para la culpabilidad los problemas de “comunicación” individual. De esta manera la categoría de lo injusto colabora al fin conjunto de protección de bienes jurídicos a través de la prevención general positiva en su sentido original. La contrariedad objetiva con la norma promulgada (con el contenido de la norma de determinación) se destaca como categoría que cumple la función de trasladar las valoraciones generales sobre la conducta y sobre el bien jurídico que se perderían al introducir en lo injusto consideraciones relativas a la capacidad individual de actuar conforme a esos parámetros generales.

Por ello se rechazan las construcciones que defienden una individualización del

cuidado debido ya en el ámbito de lo injusto, bien porque parten de un concepto de injusto como infracción de la vigencia de la norma, donde el concepto de infracción consiste en un proceso de imputación en el que se indaga acerca de si el comportamiento del autor expresa un no reconocimiento personal de la norma, o fórmulas similares, que hacen depender lo injusto no solo de la contradicción objetiva del contenido de la norma, como yo he defendido, sino de expresiones o faltas personales en relación con la misma, o bien, en otras construcciones, porque, a pesar de concebir lo injusto como la infracción de una norma de determinación incluyen en el concepto de injusto determinados requisitos de la norma-comunicación. Todas ellas llevan a una inadmisibles derogación de las normas de conducta generales en el delito imprudente y a la pérdida de la función preventivo general positiva de la categoría de lo injusto.

*Palabras clave:* injusto, norma de determinación, prevención general positiva.

### **Abstract**

In this article we analyze the concepts of 'norm' and 'wrong' that better serve the aims of Criminal Law. The author defends that it is more precise to break in to two parts the concept of 'the contrary to the norm', attaching to the concept of 'wrong' the mere objective contradiction of the act with the content of the determining norm (promulgated norm), which leaves 'culpability' the problem of "individual communication". As a result, the concept of 'wrong' collaborates with the joint aim of protecting legally protected interests through positive general prevention in its original use, since the concept attempts to transmit the general valuations of the conduct and the legally protected interests that would be lost when introducing the 'category of wrong' the considerations relative to the individual capacity to act according to those general parameters.

Thus the author rejects the constructions that currently defend the individualization of the due care to the scope of the concept of 'wrong', or because they assume that the concept of 'wrong' as an infraction of the vigilance of the norm, or, in other cases, because, in spite of conceiving the concept of 'wrong' as an infraction of a determination norm, they include in the concept of 'wrong' certain requirements of the norm-communication. All of them have an inadmissible derogation of the general norms of conduct in criminal negligence and the loss of the positive general preventive function of the 'category of wrong.'

*Key words:* Norm, wrong, due care, criminal negligence

Recibido: 26.02.2008

Aceptado: 25.03.2008

## I. Introducción

El presente artículo contiene el resumen de las conclusiones de una investigación integral sobre lo injusto del delito imprudente de acción, y es el fruto de varios años de estudio<sup>1</sup>.

Para abordar con seriedad esta tarea estimé necesario comenzar por una serie de cuestiones previas esenciales que nos determinarán después la concreta construcción dogmática del delito imprudente, como son el concepto de acción elegido y sus implicaciones para lo injusto, el concepto de injusto, su relación con el concepto de norma elegido y el papel en él del desvalor del resultado. Una vez abordados estos imprescindibles puntos de partida, en la segunda parte del trabajo se comentan y rechazan otras construcciones que parten de presupuestos diferentes, poniendo de manifiesto los inconvenientes y contradicciones que presentan. Para conocer mi propuesta sobre la identificación de la acción típica en el delito imprudente y los criterios de imputación del resultado, temas que por razones de límites espaciales no ha podido ser tratados en este artículo, remito al lector interesado a mi monografía sobre el delito imprudente.

## II. Acción

En relación con el concepto de acción se opta por mantener la utilidad del concepto finalista pero rechazando algunas conclusiones que algunas variantes de la doctrina finalista han venido defendiendo.

El concepto de acción cumple su función de elemento básico y unitario desde el momento en que sirve para explicar todos los tipos (lo que no podía hacer el concepto causal, incapaz de explicar la tentativa) pero no es necesario, más allá de eso, que todos sus elementos sean valorados en cada forma de injusto<sup>2</sup>. La diferencia entre el delito doloso y el imprudente no es que en éste último no exista acción final, sino que la finalidad en la acción imprudente no se refiere a los elementos típicos. La diferencia entre el delito doloso y el imprudente no está por tanto, en el plano de la acción sino en el de la tipicidad<sup>3</sup>.

La finalidad configuradora de la acción del sujeto será relevante en primer lugar para definir la acción realizada y de esta manera identificar la norma de cuidado aplicable a esa actividad<sup>4</sup>, desde la que se construye el tipo del delito imprudente. También sirve para descartar el dolo, o para afirmar la posible concurrencia simultánea de una acción justificante (cuando la finalidad constituya un elemento subjetivo de una causa de justificación que excluya la ilicitud del delito imprudente cometido).

<sup>1</sup> Véase GIL GIL, A., *El delito imprudente*, Atelier, 2007.

<sup>2</sup> CEREZO, *Curso de Derecho penal español*, t. II, pp. 166 y ss. y tomo III, pp. 134 y 135.

<sup>3</sup> Así lo puso de manifiesto NIESE, *Finalität*, p. 56.

<sup>4</sup> ABRALDES, en *H- Welzel*, pp. 332 y ss., 343 y ss., siguiendo una idea de GRACIA MARTIN, L., *Recensión a Luzón*, en RDPC, n. 5, 2000, p. 373

Pero no es correcto buscar un contenido de la finalidad típicamente relevante en el delito imprudente. Ni la construcción de la finalidad potencial, que confundía los planos ontológico y valorativo y traía a lo injusto elementos que deben quedar en la culpabilidad<sup>5</sup>, ni la pretensión de reclamar la relevancia de una parte de la finalidad (finalidad de los medios)<sup>6</sup>, que exigiría siempre la conciencia del medio peligroso, dejando fuera supuestos de imprudencia inconsciente, son correctos.

Ello no significa que el concepto final de acción coincida en su relevancia típica con el concepto causal<sup>7</sup>, pues, incluir o no en la acción –y en la acción típica- un desarrollo causal producido por el actuar voluntario pero derivado solo causalmente de éste supondrá necesariamente una distinta concepción de las normas subyacentes a los tipos y de la relación entre desvalor de acción y norma de determinación. O dicho de otra manera: la norma de valoración que permite el juicio de tipicidad como adecuación del “suceso” al tipo, propio de la teoría de la imputación objetiva, al menos en lo referente a la construcción del tipo objetivo, sólo es compatible con la concepción causal de la acción –o su derivación social- que concibe la acción como suceso –incluyendo el desarrollo causal posterior al actuar voluntario- pero no con la acción final, más apropiada –o sólo apropiada- para la concepción de la norma como imperativo. La concepción de la acción de la que se parte condicionará pues la construcción de lo injusto, la elección del concepto de norma y su relación con lo injusto, la estructura típica, etc.

### III. Norma

Respecto de la concepción de las normas como normas de determinación y las implicaciones para el delito imprudente parto de que la “norma” entendida como “todo precepto jurídico independiente, obligatorio, en la forma de un mandato o una prohibición, sin referencia alguna a las consecuencias jurídicas<sup>8</sup>” es presupuesto de la ley y presupuesto de la norma son los juicios de valor<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Esta postura fue defendida por WELZEL en sus “Studien zum System des Strafrechts”, en ZStW, 58, (1939), pp. 558 a 563. Existe una traducción al castellano publicada en *Estudios de Derecho penal*, BdeF, 2002. Y fue abandonada por él tras las críticas de la doctrina. Véase en contra de esta concepción NIESE, *Finalität...*, pp. 40 y ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina...* p. 130; CEREZO, *El concepto de acción...* en *Temas fundamentales...*, p. 11, *Curso*, II, p. 34; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª, p. 155; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luís, *Teoría*, pp.50 y ss.; HIRSCH, en RDPC, 16, 2005, p 210. GIMBERNAT, en ADP, 1962, pp. 548 y ss., RUEDA, *La teoría...* p. 432

<sup>6</sup> Afirmada por WELZEL, *El nuevo sistema...* (B de F), pp. 59 y ss.; *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª, p. 131, CEREZO, *El concepto de acción...* (*Temas fundamentales...*), pp. 13 y ss., *Curso*, II, p. 36; RUEDA, *La teoría*, p. 433. También con peculiaridades HIRSCH, RDPC, 2ª época, 16, 2005, p. 221. Contra la postura de este autor véase con mayor detalle mi monografía de próxima publicación en la editorial Atelier, notas 18 y 26 del primer capítulo.

<sup>7</sup> GIMBERNAT, ADP, 1962, p. 550.

<sup>8</sup> BINDING, *Normen* I, pp. 44 y ss.; A. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 7 y ss.

<sup>9</sup> CEREZO, *Curso* II, p. 156

Las normas de determinación son el instrumento idóneo para la protección del orden jurídico al ordenar o prohibir la realización de acciones que supongan el mantenimiento o la perturbación respectivamente de situaciones valiosas<sup>10</sup>. Así es como las normas penales (y no sólo la pena) realizan su función de protección de los bienes jurídicos.

No puede admitirse, en cambio, que la norma decaiga allí donde el sujeto concreto no puede ser motivado<sup>11</sup>, pues hay que distinguir claramente el deber de las condiciones que posibilitan o impiden el cumplimiento de ese deber, no pudiendo estas últimas condicionar la existencia del primero por constituir tal proceder una incoherencia lógica<sup>12</sup>.

Las posturas que bien ponen el acento en la comprensión de la norma de conducta como norma de determinación y extraen de esta afirmación la consecuencia de la exclusión de la antinormatividad cuando falta la motivabilidad del sujeto, o por el contrario, prescindiendo del contenido de las normas, se centran en la concepción del delito como una teoría de la imputación, carecen de la necesaria y útil delimitación de lo prohibido con independencia de que la vulneración de la prohibición no sea imputable<sup>13</sup>.

Tampoco son correctos los intentos de sustituir el fundamento de la antijuridicidad por la lesividad o las valoraciones con el fin de seguir manteniendo un concepto de antinormatividad completa trasladada ahora a la culpabilidad<sup>14</sup>. Todo ello se hace

<sup>10</sup> Como señala WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 5, *Derecho penal alemán*, p. 16: "El Derecho penal lleva a efecto esta protección de bienes jurídicos del siguiente modo: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera. Detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético-sociales (valores de acto), cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión. Sólo así obtiene una protección realmente eficaz y permanente de los bienes, y restringida, además, a las formas de agresión reprochables desde un punto de vista ético-social".

<sup>11</sup> Como señala SILVA, "¿Directivas...?", p. 21, los autores que siguen esta línea tienden a desandar el camino seguido por Armin KAUFMANN en su distanciamiento de BINDING al ampliar el conjunto de elementos precisos para afirmar la concurrencia de una vulneración de la norma.

<sup>12</sup> Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 110.

<sup>13</sup> SILVA, "¿Directivas...?", p. 25.

<sup>14</sup> Hoy en día MIR PUIG sigue afirmando que la concepción imperativa de la norma tiene consecuencias fundamentales para la teoría del delito porque un imperativo sólo tiene sentido si puede ser recibido por su destinatario, por lo que habrá que considerar el dolo y la posibilidad de conocimiento de la norma, en cuanto condicionan la recepción del imperativo por el sujeto, como condiciones de aplicación de la norma. Si la norma es un imperativo dirigido a la voluntad sólo podrá infringirse voluntariamente - PG, 7ª, p. 81-. Pero MIR distingue antijuridicidad de infracción de la norma de determinación. La primera la entiende como un mero juicio de desvalor -p. 146- y la última la coloca en la imputación personal (nuestra culpabilidad) - PG, 7ª, pp. 146-147- que requiere la infracción personal de la norma primaria y que la antijuridicidad pueda atribuirse a un sujeto penalmente responsable. Por lo tanto que "la norma sólo puede intentar legítimamente evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos dirigiéndose a la mente de cada uno de sus destinatarios para que evite realizarlos cuando él pueda hacerlo" no impide para MIR la antijuridicidad del acto contrario a la norma de quien no pudo recibir correctamente el imperativo, sino sólo la imputación personal (culpabilidad). Si un sujeto no puede advertir personalmente la peligrosidad objetiva del hecho MIR PUIG no afirma que el mismo deje de ser antijurídico, sino sólo deja de ser personalmente imputable (culpable) -p. 148-. Por tanto en su concepción la capacidad para recibir el imperativo ya no condiciona la antijuridicidad del hecho, porque MIR PUIG no equipara antijuridicidad con infracción de la norma de determinación. Sin embargo es precisamente esta comprensión de la infracción de la norma de determinación lo que me resulta inadmisibles.

por mantener una premisa en mi opinión falsa: que la imposibilidad absoluta de motivación normativa impide la propia infracción de una norma personalmente dirigida al sujeto y que esta antinormatividad completa así entendida no puede dividirse en partes según la función que corresponde a cada categoría del delito<sup>15</sup>.

Tal concepto de antijuridicidad basado exclusivamente en la lesividad no puede explicar por sí mismo ni la pertenencia del dolo y la imprudencia a lo injusto ni por tanto tampoco el castigo de la tentativa. Por ello es necesario dividir la antinormatividad completa entre lo injusto como contradicción con el contenido de la norma general (la antijuridicidad abstracta), y las condiciones personales de cumplimiento de la norma que se llevan a la culpabilidad.

La concepción de la norma como comunicación individual pierde de vista que la norma penal no es un mandato singular, o prescripción particular, sino general, no se dirige sólo al individuo que la infringe sino a la colectividad y por lo tanto tiene a la vez terceros destinatarios y una pretensión de vigencia general, y respecto de los terceros no puede aparecer como inexistente para el destinatario concreto respecto del que fracasó. Esta concepción supone la pérdida de la función preventivo general positiva que cumple la pena a través de su ajuste a la categoría de lo injusto, pues esta categoría deja de decir lo que está prohibido con carácter general y entonces la pena ajustada a ella ya no podrá reforzar en las conciencias de los ciudadanos esos juicios generales<sup>16</sup>. Esta construcción, con los requisitos que establece para la antinormatividad no puede explicar satisfactoriamente el castigo de la imprudencia inconsciente<sup>17</sup> y del error de prohi-

---

<sup>15</sup> Esta es también la construcción seguida por MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, pp. 495, 497 y ss., 837 y ss., *passim*. En contra de la misma véase mi monografía sobre el delito imprudente, Atelier 2007 (en prensa) capítulo II, 2.b).

<sup>16</sup> Aunque ciertamente la pena se ajusta a lo injusto y a la culpabilidad con lo que finalmente la cuantía y clase de pena puede no identificar el desvalor del hecho por haber sido tamizado por una culpabilidad diminuida, sin embargo, la proclamación de lo injusto y su desvalor sobre el que después se aplican las rebajas debidas a la menor culpabilidad sigue cumpliendo la función de recordar el desvalor general del hecho y la vigencia general de la norma vulnerada.

<sup>17</sup> Sin embargo MOLINA afirma que “una violación consciente de una norma de cuidado inferior permite un “reproche” por una violación inconsciente de la superior” –p. 729-. Esta afirmación resulta incoherente con su explicación de la antinormatividad pues la norma superior no ha existido para el sujeto que no la infringió conscientemente por lo que una infracción consciente de una norma inferior lo único que puede permitir es un reproche por la infracción de dicha norma inferior pero no de la superior que no se infringió porque ni siquiera existió. Por otro lado, para MOLINA p. 729- 730, las distintas reglas de cuidado -distintos niveles de peligro de la acción- se jerarquizan, y el comportamiento del sujeto se enjuicia según el nivel de la norma de cuidado conscientemente infringida. En un sistema de este estilo las normas de nivel inferior-que prohíben acciones genéricamente peligrosas de manera difusa cumplen entre otras finalidades precisamente la de advertir la presencia de una situación de peligro de las que se encuentran en la base de la norma de nivel inmediatamente superior. Por esta razón, prosigue MOLINA, una violación consciente de una norma de cuidado inferior permite un “reproche” por una violación inconsciente de la superior. El retroceso en la búsqueda de un momento imprudente consciente que fundamente el castigo termina, siguiendo a THON, cuando nos encontremos ya ante un riesgo permitido. Reconoce MOLINA que según vamos descendiendo por la escala formada por las normas de cuidado el peligro va disminuyendo y la relación entre la norma violada y el resultado lesivo que se encuentra en el fondo de su razón de ser se diluye cada vez más. Esto debería llevarle a reconocer que quien se salta un semáforo en rojo originando por ello un accidente porque pensó que le daba tiempo a pasar debe ser más castigado y

bición vencible<sup>18</sup>. Además, al desplazar la antinormatividad completa a la culpabilidad y fundamentar la antijuridicidad en la lesividad, no puede explicar tampoco el castigo de la tentativa, pues ya no puede fundamentarlo en la lesividad tal y como se la concibió, sino que pretende hacerlo en un nuevo concepto de “lesividad jurídica”, es decir, esta postura tiene que recurrir también a la contradicción con la norma prescripción o norma promulgada que sin embargo se empeña en calificar de irrelevante<sup>19</sup>.

que quien se lo saltó porque se distrajo y no lo vio, y éste a su vez más que quien por conducir sumido en sus preocupaciones ni tan siquiera se percató de que se distraía. Y también habría que castigar más a quien se saltó el semáforo porque se durmió al volante en caso de que se hubiese puesto a conducir sabiéndose fatigado, pensando que podría resistir su cansancio, que a quien se durmió por el efecto de unas pastillas cuyos efectos secundarios no leyó, y a éste más que a aquel que confundió las pastillas con caramelos por llevarlos todos mezclados en el bolsillo. Finalmente el más despistado, inconsciente o descuidado es el que sale beneficiado e incluso impune. Pero la mejor prueba de que los puntos de partida de MOLINA en este tema, en especial respecto de las exigencias que atribuyen a principio de culpabilidad de la propia categoría, son equivocados es que para ser coherente tiene que ofrecer la misma explicación a la punición del error de prohibición vencible, lo que le lleva a un laberinto del que no puede salir sino afirmando la existencia de meta normas que obligan al sujeto sin ser normas de comunicación, lo que evidentemente supone una renuncia al principal presupuesto de su construcción, como se explica en la nota siguiente.

<sup>18</sup> La explicación de MOLINA, p. 588 y nota 59, a la relevancia del error de prohibición es todavía más insostenible con sus presupuestos que la que da al castigo de la imprudencia inconsciente, pues argumenta aquí la existencia de una (meta)-norma que obliga a conocer las normas y cuya infracción conlleva una sanción atenuada calculada en relación a la que corresponde a la infracción de la norma desconocida. Esta afirmación no deja de ser incompatible con la concepción de la norma como comunicación, desde el momento en que, para ahorrarse problemas, MOLINA se conforma con afirmar que uno puede saber que para vivir en sociedad tiene que conocer las normas, pero lo honrado en mi opinión sería concretar el mandato: “conoce las normas” en “conoce cada una de las normas”, y por lo tanto si no sabe que desconoce una norma concreta no debería estar infringiendo según el esquema de MOLINA la obligación de conocerla. Pero además, si aceptáramos que la metanorma obliga a conocer las normas de la sociedad, es decir, solo ordena: “conoce las normas” sin concretarlas, y no es necesario que sea puesta por escrito ni que se reflexione sobre ella, como afirma MOLINA para eludir el problema del desconocimiento de la metanorma, entonces la infracción de la metanorma supondrá el mismo injusto sea cuál sea la regla concreta de esa sociedad que el sujeto desconoció y por tanto castigarle con la sanción de la norma desconocida (o una sanción atenuada calculada en relación a ella) infringirá el principio de proporcionalidad, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de una norma que impone una obligación de actuar, es decir, se trataría de un injusto de omisión pura, de donde no se ve cómo se puede relacionar con el injusto de la norma desconocida (que ha podido quedar en grado de tentativa o ser consumado –normas distintas según MOLINA-) para que merezca la misma sanción que éste o una sanción proporcional a él. Para que se pudiese argumentar una diferencia de sanción según la norma desconocida, e incluso la imputación del resultado a la infracción de la metanorma, tendríamos que reconocer la existencia de plurales meta-normas que obligan cada una a conocer cada norma donde la importancia de la metanorma infringida podría establecerse en relación con la de la norma que obliga a conocer y el resultado causado se podría reconducir al fin de protección de la metanorma, pero esta construcción particularizada de la metanorma nos devolvería al problema inicial: entonces la infracción de la metanorma así particularizada sí exigiría que el sujeto la hubiese conocido, lo que sólo podría salvarse prescribiendo el deber de conocer la metanorma, lo que nos llevaría, como criticaron JAKOBS y Armin KAUFMANN a un regreso *ad infinitum*. Por otro lado si la metanorma obliga a poner la máxima diligencia posible para conocer es evidente que las condiciones del sujeto volverán a determinar la existencia o no de la norma, de manera que el sujeto que no sabe que desconoce una norma, no porque no conozca la metanorma que obliga en general a conocer las normas de la sociedad, sino por ej. porque no identifica las circunstancias de cumplimiento, por ej, no sabe que la situación en la que actúa está regulada y por tanto no conecta el mandato de conocer las normas con la situación regulada que obliga a conocer la regulación, debería quedar exento de responsabilidad aunque su error fuera fácilmente vencible.

<sup>19</sup> Afirma MOLINA que aunque el contenido objetivo de la norma que prohíbe la tentativa no refleje la lesividad del hecho (que sólo se da en la consumación) su existencia sólo se puede dar o bien atendiendo a su pro-

En mi opinión no se trata de buscar el concepto de antinormatividad completa y ligarnos a él sin más, se trata de ver qué parte de la antinormatividad es necesaria para cada categoría dogmática elaborando éstas desde sus funciones y no desde la presunta vinculatoriedad de un concepto de antinormatividad previamente decidido. Personalmente entiendo que es preferible establecer una separación entre la contrariedad objetiva entre la conducta humana y lo prescrito por la norma (antijuridicidad) y las condiciones del cumplimiento de la norma, ya que ello nos permite mantener el carácter general de la prescripción con sus efectos frente a terceros.

La selección para lo injusto de una parte de la antinormatividad completa: la contradicción objetiva de la conducta con el contenido de la norma de determinación, permite por una parte limitar las lesiones o puestas en peligro desvalorables al hacerlas pasar por el ojo de la aguja de lo prohibible (tanto en el delito doloso, en que sólo se desvalorarán las producidas por una acción dirigida por la voluntad a tales resultados, como en el imprudente, en el que sólo se desvalorarán las lesiones causadas por una conducta que infringió el cuidado objetivamente debido). Y por otro lado permite considerar como injusto, conductas que no suponen necesariamente todavía un efecto de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (actos preparatorios, tentativa inacabada, delitos de resultado cortado etc.).

Llegados a este punto hay que admitir que existen dos formas posibles del contenido de lo generalmente prohibible (prescindiendo por tanto de las condiciones individuales de la norma comunicación que quedan para la culpabilidad). Para esta

---

pia lesividad independiente o bien atendiendo al efecto instrumental que pueda tener en la evitación de hechos genuinamente lesivos y le parece que ambas soluciones quiebran el modelo de distinción entre injusto y culpabilidad. El problema aquí es que el punto de partida lo ha puesto MOLINA: la lesividad como desvalor de resultado, olvidando que la construcción criticada construye lo injusto también, y principalmente (o exclusivamente en algunas variantes), desde el desvalor de acción que desde luego existe en la tentativa y cuyo reconocimiento a través de la sanción por supuesto sirve como criterio intersubjetivo. En realidad no a otra solución muy distinta tiene que llegar MOLINA mediante el subterfugio de variar la norma de conducta que fundamenta la antijuridicidad de la tentativa para poder afirmar ésta y también fundamentar la prohibición de participación y la permisión de defensa frente a la tentativa de otro. Pero el error está en pretender que las normas de los delitos consumados prohíben causaciones de resultado y pretender que son iguales para el delito doloso y el imprudente. En el delito doloso la norma prohíbe realizar acciones dirigidas por la voluntad a la lesión del bien jurídico y por ello queda infringida plenamente en la tentativa. En el delito imprudente el contenido de la norma promulgada es en cambio la realización de acciones peligrosas descuidadas. Además de para justificar la antijuridicidad de la tentativa, también tiene MOLINA que traicionar sus propios postulados al afirmar que la norma defensiva del tercero no tiene en realidad como presupuesto la verdadera lesividad del hecho sino la peligrosidad ex ante del hecho principal a los ojos del partícipe –p. 839-. En opinión de MOLINA el dolo nada tiene que ver con la real lesividad (material) del hecho, sino sólo con la concepción imperativa de la norma y si se esgrime en el injusto obligaría a incluir a su vez en éste todas las demás circunstancias que condicionan la efectividad directiva de la norma con lo que desaparecería la habitual distinción entre injusto y culpabilidad –ob. cit. p. 653-. Si la ausencia de lesividad impide según MOLINA el nacimiento de normas para terceros también debería impedir el nacimiento de la norma para el autor. Lo contrario implica que la lesividad no es presupuesto del nacimiento de una norma, sino quizás la peligrosidad. Pero no existen tentativas inacabadas “objetivamente lesivas” (objetivamente peligrosas) a la luz del Derecho sin que en la acción se incluya el dolo del sujeto, con lo que MOLINA se encuentra con un problema irresoluble con su concepto de lesividad. El injusto de la tentativa, de los actos preparatorios o de la participación solo se puede explicar como contradicción a la norma prescripción.



misión de identificar ex ante las conductas prohibidas existen dos tipos de normas que se corresponden con dos formas de identificación: las dirigidas por la voluntad hacia la lesión del bien jurídico, entonces el contenido de la voluntad se convierte en elemento que identifica la conducta prohibida y las que suponen un determinado riesgo ex ante que se considera no permitido y entonces el determinado riesgo ex ante identifica la conducta como no permitida en el momento en que se la da comienzo. Solucionado el problema de la concreción del enunciado de la norma de determinación, los problemas de comunicación quedan al margen, pero el dolo queda en el tipo sin necesidad de elementos subjetivo en la imprudencia<sup>20</sup>.

El dolo es la guía o conducción, dirección mediante el actuar voluntario, de un curso causal hacia el resultado, la imprudencia es la realización de una conducta que supone la posibilidad ya no tolerada de desarrollar un concreto curso causal lesivo que se deseaba evitar. Son dos formas de definir la acción que no desea el Derecho, una a través de la dirección consciente de los factores, otra a través de una acción peligrosa ex ante por encima de lo tolerado. Ambas formas de definir la conducta prohibida son necesarias, pues ni la definición de un riesgo no tolerado es suficiente para identificar las conductas dolosas en un momento de realización incipiente en el que desde el punto de vista objetivo todavía no podrían calificarse como riesgo no tolerado de determinado resultado (tentativa inacabada, actos preparatorios), ni la elección y dirección consciente de todos los factores capaces de producir un resultado puede valorarse de la misma manera que la realización de una conducta que acaso pueda comportarse como factor causal si interacciona con otros no dirigidos sino solo posibles<sup>21</sup>. Ello supone que ya el tipo objetivo es diferente para el delito doloso y para el imprudente.

Frente a esas posturas que situaban una antinormatividad completa e indivisible en la culpabilidad pretendiendo identificar lo injusto con la lesividad o peligrosidad,

<sup>20</sup> En mi opinión la pertenencia del dolo a lo injusto en los delitos dolosos no deriva directamente por tanto del efecto motivador que se asigna a la concepción imperativa de la norma, ni de la concreción de la norma en deber, pues como hemos visto otras exigencias del efecto motivador se colocan sin problema en la culpabilidad, pero es esta concepción imperativa de la norma la única que permite dicha inclusión. Si entendemos, como aquí se pretende, con el objeto de distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad, la norma como prescripción (y no como comunicación incluyendo en su existencia todas las condiciones de su carácter instrumental, que posibiliten su éxito) la antijuridicidad como contradicción objetiva entre la conducta realizada y la prohibida por la norma implica la pertenencia del dolo a lo injusto simplemente porque la norma del delito doloso describe la conducta prohibida en atención a su finalidad, lo que sin embargo no ocurre con el imprudente.

<sup>21</sup> Y ello con independencia de que las probabilidades matemáticas del resultado final sean las mismas, y la razón es que, como veremos, en la valoración de un riesgo no se trata exclusivamente de su magnitud, sino de si esa magnitud por pequeña que sea ha sido compensada por un interés social (compartible por cualquier posible víctima o autor) en la realización de la acción. Puesto que la valoración del riesgo exige una ponderación en la que interviene necesariamente siempre la utilidad social (aunque la misma provenga únicamente del reconocimiento histórico-cultural de una determinada actividad) de la conducta típica, nunca podrá valorarse del mismo modo la elección y dirección de todos los factores capaces de producir el resultado y la mera realización de uno de ellos que pueda convertirse en tal solo mediante la aparición no dominada del resto y que como fragmento puede más fácilmente portar el valor de la realización de otra actividad socialmente útil en la que se incardina.

están las otras que anunciaba, que dividiendo esa antinormatividad, bien desde la teoría de la imputación objetiva, construyen un tipo objetivo basado también exclusivamente en la lesividad o peligrosidad y le añaden un tipo subjetivo como forma de evitabilidad, o bien, desde algunas ramas del finalismo, simplemente pretenden traer a lo injusto determinados requisitos de la norma de comunicación. Estas posturas suponen en mi opinión también una incorrecta identificación de lo injusto que hace perder de vista su función pero al contrario que las que acabamos de comentar, estas traen a lo injusto elementos que debieron quedar en la culpabilidad, sobre ellas volveremos más adelante.

#### IV. Injusto

En relación con el resultado no final y su pertenencia a lo injusto, en mi opinión el efectivo acaecimiento del resultado no forma parte de la acción final que identifico con el actuar humano, dejando fuera del concepto las consecuencias de dicho actuar<sup>22</sup>. El resultado querido por el sujeto no forma parte de la acción<sup>23</sup>, sólo la que- rencia de ese resultado integra y configura la acción, pero la efectiva producción del mismo como suceso externo y separable del actuar, queda fuera de la acción. Esta es la postura consecuente con una distinción entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

El problema de la pertenencia del desvalor de resultado a lo injusto viene resuelto en mi opinión de manera afirmativa por la consideración de los juicios de valor inherentes a las normas penales que son su presupuesto lógico y por una comprensión del efecto preventivo general positivo de la pena que solo resulta posible partiendo de una categoría de lo injusto que cumpla el fin de informar de lo generalmente prohibido por desvalorado.

La explicación del resultado como condición objetiva de punibilidad resulta desde luego insatisfactoria en la construcción de los defensores del monismo subjetivista<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Así MAURACH-ZIPF, PG, I, 7ª, p. 230, marg. 16, p. 243, marg. 7 y 255, marg. 37.

<sup>23</sup> En contra, y a favor de la pertenencia del resultado a la acción cuando aquél es abarcado por la finalidad, CEREZO, *Curso*, I, p. 37.

<sup>24</sup> Para ZIELINSKI, *Handlung*, pp. 128 y ss.; *Disvalor...* pp. 144 y ss., el resultado no forma parte de la acción final ni el desvalor de resultado de lo ilícito. Primero analiza este autor la posibilidad de incluir el desvalor de resultado en el propio desvalor de acción, para lo cual busca una relación entre la efectiva producción del resultado y la finalidad en los conceptos de poder de resultado y capacidad de resultado, para terminar rechazando tal relación y la consiguiente inclusión del desvalor de resultado en el desvalor de la acción: El poder de resultado (que se constata ex post, cuando sobreviene la lesión o el peligro) no sería sino una prueba de la capacidad de resultado de la acción. Si la capacidad de resultado se determina conforme a los conocimientos del sujeto en realidad forma parte de la finalidad y entonces el desvalor de resultado a que se refiere no añade nada a lo que ya era desvalor de la finalidad. Es decir, este concepto no permitiría que el desvalor de acción fuese luego además elevado por un desvalor de resultado -p. 151-; en cambio, si se entiende la capacidad de acción como la capacidad cognoscible ex ante por un observador objetivo, para realizar el resultado pretendido, entonces la capacidad de resultado así entendida incluiría elementos no pertenecientes a la finalidad y que por tanto no podrían ser incluidos en el desvalor de acción según ZIELINSKI. Después analiza también la posibilidad de

porque no se explica adecuadamente que la producción del resultado permita seleccionar dentro de las conductas descuidadas (imprudentes) ya típicas, antijurídicas y culpables, aquellas singularmente intolerables para el Derecho penal<sup>25</sup>.

Si el resultado se establece como criterio de selección de conductas pero no forma parte de lo injusto, la pena debería establecerse en proporción a la gravedad del comportamiento descuidado y no en proporción al resultado causado<sup>26</sup>. Sólo la inclusión del desvalor del resultado en lo injusto puede explicar que una misma conducta que ha infringido una norma de cuidado destinada a proteger la vida y la integridad física y que ha afectado (puesto en peligro) a ambos bienes jurídicos, se castigue con penas diferentes según el resultado producido.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que lo injusto rebasa la materia de prohibición, siendo éste el verdadero problema que tenemos que explicar.

El desvalor de acción también se construye por referencia a la valoración por el Derecho de un bien, y por lo tanto la desvaloración de la acción ya incluiría la desvaloración de la lesión del bien en cuya virtud se prohíbe la acción, sin embargo el ajuste de la pena al desvalor de acción es insuficiente para la reafirmación del valor del bien jurídico que pretendemos. Especialmente en el delito imprudente.

En los delitos dolosos la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico identifica más claramente el valor cuestionado por la conducta, aquel al que se diri-

---

incluir el desvalor de resultado en lo injusto de forma independiente al desvalor de acción, rechazando esta posibilidad también con el argumento de que la tentativa y el delito consumado deberían entonces consistir en la trasgresión de normas distintas, (partiendo de la idea de Armin KAUFMANN –*Normentheorie*, p. 75-, que aquí se rechaza, de que el objeto del juicio de valor y el objeto de la norma son idénticos) y ésta consecuencia le parece indefendible dado que la norma sólo puede tener por objeto un acto final, mientras que la supuesta norma del delito consumado incluiría circunstancias “objetivas” fuera de la finalidad. De ahí concluye que la norma del delito intentado y la del delito consumado deben tener por objeto la misma acción, ambas tienen la misma materia de prohibición, son la misma norma y por tanto, lo injusto de la tentativa acabada y del delito consumado coinciden y el resultado queda fuera de lo injusto, constituyendo una mera condición objetiva de punibilidad. El resultado es también mera condición objetiva de punibilidad para otros autores finalistas como Armin KAUFMANN, *Welzel-Fs*, p. 411; SCHAFFSTEIN, *Welzel-Fs*, p. 561; CUELLO CONTRERAS *El Derecho penal español*, PG, 3ª ed., 2002, pp. 502-503; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luís, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991, pp. 249 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 135, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 83 y 144 y ss. y BERISTAIN, *Cuestiones penales*, pp. 116 y ss.; para autores no finalistas como CORCOY, *Delito imprudente*, p. 8; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, 1982, pp. 65 y ss. (En la actualidad su postura no está tan clara). En contra de la consideración del resultado como condición objetiva de punibilidad también podemos encontrar a finalistas STRATENWERTH, *Schaffstein-Fs*, pp. 178 y ss., *Acción y resultado*, pp. 75 y ss. y 86 y s.; SUÁREZ MONTES, *Consideraciones...*, pp. 81 y ss., CERESO, notas 4 y 6 a *El Nuevo Sistema...* de WELZEL, y no finalistas GUALLART, ADPCP, 1979, pp. 625 y ss., HUERTA, *Sobre la antijuridicidad*, pp. 25 y ss., entre otros muchos.

<sup>25</sup> Así lo entiende ZIELINSKI, *Handlung*, p. 207 y ss. y en sentido similar MIR, *Función*, 2ª ed., pp. 66 y ss., en especial p. 70, SERRANO, p. 121. Critican esta construcción HUERTA, *Sobre la antijuridicidad...* p. 36 y ss; SCHÜNEMANN, *Schaffstein Fs*, p. 172-173, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 181.

<sup>26</sup> STRATENWERTH, *Acción y Resultado*, pp. 86-87 criticando a los autores que defienden el monismo subjetivista; SANCINETTI, *Dogmática*, pp. 141-143, desde el monismo subjetivista lanzando esta propuesta contra el Derecho positivo, que en mi opinión sería difícilmente comprendida por el destinatario de la sanción y por la sociedad en general – así también HAVA, *La imprudencia inconsciente*, p. 30-.

ge la finalidad del sujeto. Pero en el delito imprudente la propia conducta y su cualidad lesiva no aparecen tan específicamente ligadas a la lesión de un bien jurídico concreto y en su forma concreta de lesión, sino que más bien en el momento de realizarse el delito la conducta aparece como peligrosa para una pluralidad de bienes jurídicos y mediante una pluralidad de vías (y ello aún cuando se argumentara la aquí rechazada finalidad de los medios o la finalidad referida a los factores de riesgo). Aquí el prescindir de la inclusión de la lesión del concreto bien jurídico en lo injusto convierte al delito imprudente en un *crimen culpa*<sup>27</sup>, lo injusto de la conducta radica en su peligrosidad para una pluralidad de bienes jurídicos simultáneamente, y la pena no podría tener en cuenta individualmente cada uno de los resultados producidos (quedando reducido como mucho el resultado a mera condición objetiva de punibilidad). En tal construcción el desvalor del resultado no es tan fácilmente identificable a través del desvalor de acción y la pena pierde su virtualidad para confirmar el valor del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Por ello también desde el punto de vista de los fines de la pena está justificada la posibilidad de castigar un injusto parcial en el delito doloso pero no en el imprudente. Pero un concepto unitario de injusto y el aplicar la misma argumentación para fundamentar la pertenencia del desvalor de resultado a lo injusto en ambos casos nos lleva a afirmar que tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes lo injusto completo está formado por el desvalor de la acción más el desvalor del resultado.

El desvalor del resultado pertenece por tanto a lo injusto como cofundamentador del mismo pero no a la materia de la prohibición. El desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de bienes jurídicos, apoyada a través del fin preventivo general positivo de la pena<sup>28</sup>. Lo injusto, lo contrario a Derecho, comprende no sólo lo prohibido, sino también la contradicción de las valoraciones que subyacen a las normas y que las dotan de sentido<sup>29</sup>. Pues la pena no sólo tiene la misión de reafirmar la vigencia de las

---

<sup>27</sup> Que la exigencia de una conexión entre la infracción del cuidado y el resultado producido nos lleva a los *crimina culpa* mientras que la opción contraria solo puede predicarse del *crimen culpa* fue reconocido también por SERRANO, *Teoría*, p. 337, al analizar el anterior sistema de incriminación de la imprudencia mediante cláusulas generales, pareciéndole preferible a este autor, a pesar de su construcción la opción por los *crimina culpa*. Véase también FEIJOO, CPC, n. 62, 1997, pp. 306 y ss., sobre los inconvenientes del *crimen culpa* que se deriva de la concepción del resultado como mera condición objetiva de punibilidad en el delito imprudente. SANCINETTI, *Dogmática*, pp. 141-143, es más coherente con sus premisas y por ello defiende de *lege ferenda*, en contra del Derecho positivo, que la pena en el delito imprudente se establezca en proporción a la gravedad de la conducta imprudente y sin tener en cuenta el resultado causado, construyendo de esta manera auténticos *crimen culpa*. En cambio JAKOBS, aunque reconoce que el los ámbitos con reglas consolidadas en formas de descripciones de riesgos permitidos o de *lex artis* la punición de la inobservancia de cuidado sin consecuencias se puede tomar en consideración, sobre todo cuando es muy grave, considera que la punición de todas las tentativas imprudentes aun cuando se pudiera considerar posible dogmáticamente no resulta oportuna pues dada la ubicuidad del comportamiento defectuoso, ello ni serviría a la norma para omitir la realización cognoscible del tipo ni serviría al poder de impresionar de la norma. -AT, p. 328, marg. 27-.

<sup>28</sup> Sobre mi concepción de la pena véase mi contribución al *Libro Homenaje A Cerezo Mir*.

<sup>29</sup> GIL GIL, H- Cerezo, p. 10 y ss.

normas, sino también de confirmar en la conciencia jurídica de los ciudadanos esos valores jurídicos como mejor forma de garantizar su respeto.

### V. Delito imprudente. Crítica a la imprudencia como error

Entrando ya en la construcción del delito imprudente quiero comenzar por rechazar aquellas construcciones que como anuncié pretendían una separación entre el tipo objetivo y un supuesto tipo subjetivo de la imprudencia, es decir, las que conciben la imprudencia como error<sup>30</sup>. El concepto de imprudencia como error o como evitabilidad individual se defiende desde muy diversas construcciones y concepciones de lo injusto, desde la teoría de la imputación objetiva hasta un sector del finalismo.<sup>31</sup> Entre los primeros predominan construcciones que conforman lo injusto como suma de un tipo objetivo y un tipo subjetivo disociados, que responden a fundamentos diferentes. Bien construyendo el primero desde el concepto de lesividad, bien limitándolo ya por la previsibilidad objetiva y por el riesgo permitido, y superponiendo siempre un tipo subjetivo que se dice se basa en la evitabilidad personal, pero en realidad tal evitabilidad se amplía y se limita normativamente mediante criterios que nada tienen que ver con lo personalmente evitable. El tipo objetivo pasa a ser una mera descripción de conductas ajena al fundamento de la imprudencia y el tipo subjetivo opera sobre él para decirnos si la conducta subsumible en el tipo objetivo se puede achacar a la falta de motivación adecuada<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Por razón de los límites impuestos a la extensión de este artículo no puedo extenderme como quisiera en el tema. El lector puede ver la crítica completa como siempre en mi libro publicado por la editorial Atelier.

<sup>31</sup> Lo mantienen en versiones diferentes autores tan dispares como JAKOBS AT, 9/1 y ss, PG, pp. 380 y ss., FRISCH, *Delito y sistema de delito*, p. 239, 260, 264; KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad*, p. 106 y 111; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, AT, I, 3ª, 2005, pp. 454 y ss.; RUDOLPHI, *El fm...* p. 91; GÖSSEL, en MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, PG II, 7ª, §43, n 6, 30, 112; el mismo, RDP 2002-1, pp. 16 y ss. y 23 y ss.; SCHÜNEMANN, GA, 1999, p. 217 y ss. y nota 42 (hay traducción al español en *Temas actuales...* pp. 82 y ss. y nota 42); CORCOY, *El delito imprudente*, 2ª ed. pp. 200 y ss., 215, 273, *passim*. SILVA ADP, 1984 pág. 375; FEIJOO, CPC, 65, 1998, pp. 277 y 300 y ss.; BACIGALUPO, *Principios*, 1997, pp. 246-247; BURKHARD, *Conducta típica...* p. 171 y ss, p. 188, y otros muchos cuya opinión detallada puede verse expuesta en mi libro *Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente*, Atelier, 2007 (en prensa) capítulo IV.

<sup>32</sup> JAKOBS, AT, 9/13, DP, p. 389. Para KINDHÄUSER la pena se debe imponer cuando el destinatario ha expresado mediante su comportamiento que para él la norma no era obligatoria, en el primer nivel de imputación se debe preguntar si el autor en el caso en que hubiera querido evitar la realización del tipo penal, hubiera debido actuar de forma diferente a como lo hizo –Ob. cit. pp. 100, 102-. Para FREUND lo injusto no se limita a la realización de un riesgo desvalorado no permitido (este sería solo un juicio provisional que todavía no supone la existencia de un injusto personal) sino que ha de comprobarse además un comportamiento defectuoso personal: que la persona en la situación concreta haya quedado por detrás de lo que se podía esperar de él como individuo en la concreta situación –AT, § 4 n. marg. 1 y ss.-, con lo que acaba por identificar culpabilidad y antinormatividad. Aunque hay que destacar que al menos ha reseñado ese primer juicio provisional consistente en la realización de la conducta típica (la conducta prohibida por la norma de determinación), al que como veremos infra debería dotar de relevancia. Respecto a la distinción entre injusto y culpabilidad de FEIJOO, es similar a la de KINDHÄUSER o JAKOBS, véase FEIJOO, *Resultado*, p. 276 y CPC, 65, 1998, p. 270; FRISCH entiende lo injusto penal como un injusto cualificado que se manifiesta como no reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicos –*Delito y sistema...* p. 206, 259 y ss., 264-, o en otras palabras, por un rendimiento insuficiente personal ante las exigencias del Derecho –*Vorsatz und Risiko*, pp. 52-53-.

Estas construcciones merecen numerosas críticas: en primer lugar resulta criticable la creación de un tipo objetivo disociado de la norma, y que en las posturas que incluyen el riesgo permitido como límite al tipo subjetivo y no al objetivo<sup>33</sup>, abarca incluso conductas socialmente no desvaloradas con lo que el juicio de desvaloración que supuestamente implica el tipo objetivo, resulta después irrelevante<sup>34</sup>. También es rechazable que se limite la imprudencia por elementos ajenos a su fundamento. También resulta absolutamente rechazable la construcción de la imprudencia por asunción a la que se ven obligadas estas posturas. Este proceder que adelanta la conducta imprudente a un momento previo en el que todavía le era posible al sujeto evitar su futuro estado de inevitabilidad<sup>35</sup>, conlleva, además de la contradicción intrasistémica, como todos los intentos de adelantar la imprudencia a un momento previo, una equiparación inadecuada a efectos de conducta típica de acciones con peligrosi-

<sup>33</sup> Véase KINDHÄUSER, en *Derecho penal de la culpabilidad...* p. 94 y ss., para quien el riesgo permitido limita el deber (poder subjetivo) de evitar el resultado; FEIJOO, *Resultado* p. 267-. Pero el hecho de que KINDHÄUSER o FEIJOO no lo utilicen también para recortar el tipo objetivo les obliga a crear un tipo objetivo sumamente amplio que a la postre no cumple la función desvalorativa que le correspondería. También BURKHARD, ob. cit, pp. 172 y ss., limita normativamente solo el deber de procurarse conocimientos partiendo de un tipo objetivo excesivo. En su opinión el riesgo permitido limita solo el alcance de la imprudencia individual -p. 178, p. 182-, pero con ello está reconociendo la imposibilidad de separar lo objetivo y lo subjetivo como pretende pues también lo subjetivo -la cognoscibilidad, el deber de cuidado (para este autor solo interno)- viene limitada por lo objetivo -el riesgo permitido / los deberes de conocer-. En contra de la construcción de BURKHARD, FRISCH, *Delito y sistema...* pp. 232 y ss.

<sup>34</sup> De la misma opinión FRISCH, *Delito y Sistema*, p. 239, p. 264. En concreto, por ej. FEIJOO en otro lugar -*El injusto...* p. 91- había afirmado que el tipo objetivo coincide con la norma de valoración (en el mismo sentido que KINDHÄUSER para quien el tipo objetivo recoge la norma de conducta y esta equivale a la norma de valoración -*Derecho penal de la culpabilidad*, pp. 99 y ss y nota 23-), es decir recoge los hechos desvalorados en general por el legislador, como presupuesto de la norma de determinación, mientras que el tipo subjetivo o imputación personal supone afirmar la infracción de un deber. Desde esta perspectiva, si bien los conocimientos o facultades especiales podrían tenerse en cuenta en el tipo subjetivo, en cambio las limitaciones al deber de cuidado que no dependen de circunstancias personales ya no puede argumentarse que correspondan a ese paso de la norma al deber sino que al contrario, si son generales, debe admitirse que limitan ya a la propia norma y no son por tanto una cuestión del tipo subjetivo sino del propio tipo objetivo. Y más aún cuando el fundamento de esa desvaloración por la norma reside según FEIJOO en suponer perturbaciones insoportables para la vida social -*El injusto...* p. 91-, mientras que la justificación del riesgo permitido está precisamente en su valoración como tolerable por los beneficios que comporta esa actividad - *Resultado* pp. 267 y ss.-. Parece evidente que lo valorado debe quedar fuera de la norma de (des-)valoración y por tanto también del tipo objetivo.

<sup>35</sup> JAKOBS, AT, 9/14, PG, p. 389. También admite la imprudencia por asunción FEIJOO, *Resultado*, pp. 290 y ss. *Homicidio*, p. 206, aunque limitándola a los supuestos en que existe una regulación expresa de deberes de conocer o de actuar en relación con determinadas actividades, argumentando la excepción en la idea de que es el Ordenamiento el que establece los deberes de conocer. En los demás casos niega la imprudencia cuando se desconoce la peligrosidad estadística de una actividad (con lo que en su construcción los posibles casos de impunidad se multiplican) porque niega la existencia de deberes generales de conocer, salvo que el sujeto disponga de motivos objetivos o indicios de la misma (esta excepción no parece tener el mismo fundamento que la anterior ya que no parece provenir de una regulación expresa del Ordenamiento, sino simplemente del aumento de peligrosidad. También FRISCH admite la imprudencia previa de quien sabe que no posee los conocimientos necesarios para mantener libre de riesgos determinados ámbitos vitales, pese a lo cual se injiere en ellos -*Delito y sistema*, p. 260; y FREUND, AT, p. 157, marg. 157, el mismo, RDP, 2002-2, p. 92, pretendiendo contra la crítica de SCHROEDER, LK 11§16, n. 146, que ello no supone introducir una medida objetiva porque a partir de ahí de nuevo se individualiza teniendo en cuenta las circunstancias personales del sujeto, pero la respuesta no elimina el reproche.

dades muy diversas, pues conforme se retrocede la peligrosidad disminuye por verse cada vez mas condicionada, sin que ello se refleje en una paralela aminoración de la pena, además de que el límite a la anticipación (y por tanto a la inevitabilidad) tendrá que venir de nuevo marcado por las normas estandarizadas que señalan los límites entre los riesgos permitidos y no permitidos<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Si la imprudencia es una no representación evitable de la realización del tipo, debería darse cuenta JAKOBS de que lo que no se representó pudiendo hacerlo quien no evitó su estado futuro de inevitabilidad fue un curso causal mucho mas largo (es decir, un tipo objetivo distinto, en el que la probabilidad del resultado se ha visto condicionada por la probabilidad de los sucesos posteriores y por lo tanto disminuida): el conductor imprudente por lo emprendido no se representó (evitablemente) que por estar agotado (lo que le era cognoscible) no advertiría después (inevitablemente) una situación del tráfico, lo que le llevaría a actuar de manera permitida en esa situación. Toda la primera parte no estaría en el tipo objetivo de la imprudencia de quien simplemente no conoció de manera evitable la situación del tráfico, pero es que además desde el punto de vista ex ante modifica la probabilidad final del riesgo, pues el conducir cansado no implica necesariamente que uno vaya a desconocer después una situación del tráfico, por lo que la probabilidad de este segundo suceso condiciona la del resultado. Y por último, de esta manera sería siempre todo evitable, bastaría con retrotraerse en todo caso a un momento en que el sujeto pudiera conocer y prever como posible el resto de los acontecimientos. Así por ej. si el conductor no se da cuenta de que está cansado porque se ha bebido cinco cafés durante la tarde y su estado de excitación por la cafeína le impide darse cuenta de su cansancio físico habrá que retrotraer la posible imprudencia a la acción de conducir bajo los efectos de la cafeína porque puede que ello enmascare una situación de cansancio que a su vez produzca una inadvertencia de la situación del tráfico y esta a su vez una conducción inadecuada a la situación inadvertida. Pero si además pensó que bebía descafeinado porque confundió los botes del café, la imprudencia comienza al conducir un vehículo sin haber comprobado cuidadosamente de qué bote se sirvió el sujeto el café. En primer lugar me resulta difícil de admitir que no comprobar cuidadosamente si uno se prepara un café con o sin cafeína sea una acción imprudente de matar. Pero lo cierto es que al tomar el bote del café, el sujeto motivado a no cometer una imprudencia pudo plantearse todo el curso causal. Pero es que además en algún momento hay que poner el límite. En algún momento, a pesar de que el sujeto se pueda representar la posibilidad de todo el curso causal posterior su conducta ya no se considerará una imprudencia por asunción. La solución al límite al adelantamiento de la responsabilidad ha de venir de que el tramo de factores causales añadidos que van convirtiendo los sucesos posteriores en probabilidades más pequeñas conforme más infracciones inevitables intercalemos en nuestro regreso, sea considerado a su vez un riesgo permitido o no permitido, es decir, como el tipo objetivo ha cambiado al añadir factores causales hacia atrás habrá que analizar lo primero si esa suma de factores es ya un riesgo no permitido, lo que como sabemos, se examina ex ante y mediante una ponderación de intereses, de manera que puede que le esté permitido conducir a quien cuando se pone al volante se represente la posibilidad de haber confundido el bote del café con el del descafeinado porque la probabilidad de que esto le lleve a producir el resultado aparece tan sumamente condicionada que es demasiado pequeña para considerar no preferible permitir conducir a personas que no saben si tomaron café o descafeinado (todo esto suponiendo que al rol de conductor pertenezca el conocimiento de lo que se bebe cuando se va a conducir, que supongo que sí pertenecerá según JAKOBS). Entonces ello significa finalmente que son las normas estandarizadas que en determinado momento ya ponen el límite a lo que el sujeto ya no tiene obligación de conocer por su rol -y por lo tanto la posibilidad abstracta de todo el curso causal subsiguiente se ve como un riesgo permitido-, o bien la norma estandarizada que establece que determinado riesgo previsible pero tan condicionado que es minúsculo es ya considerado un riesgo permitido las que establecen el límite a la inevitabilidad. Y es que en realidad los límites entre la inevitabilidad y la inevitabilidad, una vez que empezamos a retrotraernos a momentos anteriores, sólo se pueden marcar normativamente. De todos modos JAKOBS tendría que concluir en el ejemplo que el sujeto que se puso a conducir dudando si había bebido cafeína o descafeinado no realizó un riesgo no permitido (no creo que valore este riesgo como suficiente para prohibir la conducta) -podemos ponerlo más fácil: los cafés los preparó un compañero de trabajo que aseguró que eran descafeinados, cosa que él podía haber comprobado (evitable) mirando la etiqueta del paquete del que el compañero tomaba el polvo de café, pero se dejó llevar por el principio de confianza (riesgo permitido)-. En cambio en la construcción que aquí se propone únicamente quedaría excluida la culpabilidad, no lo injusto imprudente.

Además estas construcciones plantean el problema de renunciar a normas de conducta generales<sup>37</sup>, llevando con ello a un concepto de injusto que no es capaz de cumplir con el fin preventivo general positivo, pues no refleja el desvalor de lo prohibido con carácter general. Las construcciones que acabo de comentar parten de un concepto de injusto como infracción de la vigencia de la norma, donde el concepto de infracción consiste en un proceso de imputación en el que se indaga acerca de si el comportamiento del autor expresa un no reconocimiento personal de la norma, o fórmulas similares, que hacen depender lo injusto no solo de la contradicción objetiva del contenido de la norma, como yo he defendido, sino de expresiones o faltas personales en relación con la misma.

Pero a la misma derogación de normas generales<sup>38</sup> lleva la postura que, partiendo paradójicamente de presupuestos contrarios, entiende lo injusto como la infracción de una norma de determinación incluyendo en el concepto de injusto determinados requisitos de la norma comunicación<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Así lo ve también PAREDES, *El riesgo permitido*, p. 384, HIRSCH, RDPC, 16, 2005, pp. 218-219, añadiendo que de lo contrario además no tendría sentido el principio de confianza y se producirían fricciones con la regulación jurídico-civil.

<sup>38</sup> Contra las construcciones que defienden un deber subjetivo de cuidado argumenta HIRSCH, RDPC, 16, 2005, 219, con razón, además de que sus presupuestos provienen de la hoy mayoritariamente rechazada teoría imperativa radical, que “las normas objetivas de cuidado son necesarias como estándares de comportamiento recíproco. Estas marcan las exigencias mínimas hacia las cuales cada cual debe orientar su comportamiento. Al injusto del comportamiento, porque se trata de injusto, le es inherente una medida objetiva. Las normas de comportamiento deben ser concebidas de modo que los miembros de la comunidad jurídica puedan orientarse mutuamente entre sí” –sin embargo su construcción incurre, como veremos más abajo, en el mismo defecto que critica-. ZUGALDÍA, ADP, 1984, p. 330, pretende contestar a este reproche argumentando que en general solo pueden establecerse los límites del riesgo permitido, pero la cuestión del comportamiento necesario para excluir el riesgo no permitido depende de las capacidades individuales y la capacidad debería incidir sobre el desvalor de acción. Personalmente no veo que de la primera parte de su explicación se derive sin más la consecuencia que pretende ni veo que con toda ella conteste al reproche de la renuncia a normas generales. No estamos tratando aquí de los delitos de omisión sino de los delitos de acción imprudentes, y por ello el derecho no necesita definir las acciones correctas que el sujeto debe realizar, pues el sujeto no debe realizar nada, al contrario, debe omitir la acción prohibida, que es sin más la que implica el riesgo no permitido. Denuncian también el erróneo paralelismo que efectúa STRATENWERTH entre la imprudencia y los delitos de omisión HIRSCH, RDPC, 16, 2005, 218, CEREZO, *Curso*, II, pp. 164-165. La respuesta de JAKOBS –AT, pp. 321-322, marg. 10.2 b-, y STRATENWERTH “Zur Individualisierung...” pp. 290 y ss., de que quien no puede prever solo puede abstenerse de modo ciego y con ello se convierten los delitos imprudentes en delitos de desobediencia es falsa desde el momento en que estos autores limitan normativamente lo individualmente previsible. Si todo lo posible es previsible basta para poder abstenerse por un motivo de evitar la lesión con poder prever la posibilidad abstracta de una interacción lesiva, lo que es accesible a todo el que conozca mínimamente las leyes causales generales. Añade HIRSCH que la renuncia a normas de cuidado generales plantea además problemas en relación con la legítima defensa. Esto no sería así si se admite que basta para apreciar agresión ilegítima con la existencia de un ilícito civil que según estos autores subsiste. Pero lo que no me parece razonable es concebir la infracción de las normas del Derecho civil o del Derecho administrativo de manera diferente a la infracción de las normas penales. La diferencia entre un injusto penal y el injusto de los demás sectores del ordenamiento debe ser cuantitativa, no cualitativa. En el mismo sentido HIRSCH, RDPC, 16, 2005, p. 223 rechaza un concepto objetivo de la imprudencia en el Derecho civil y uno subjetivo en el Derecho penal. En todo caso, siguiendo a CEREZO, *Curso*, II, p. 213, personalmente rechazo la idea de que la infracción de cuidado pueda ser considerada agresión.

<sup>39</sup> Particular es la construcción de SCHÜNEMANN que opera al contrario que los autores del primer bloque, habla de una imputación objetiva en sentido amplio para la construcción de la norma de comportamiento,



Entre los autores que derivan la individualización del cuidado de las presuntas exigencias de la norma de determinación como norma comunicación están los que pretenden individualizar directamente el deber de cuidado y prescinden de la exigencia de un tipo subjetivo<sup>40</sup>, quienes por el contrario, diseñan un tipo objetivo que recoge el deber objetivo de cuidado y al mismo superponen todavía en lo injusto un “tipo subjetivo” consistente en la comprobación de la evitabilidad (previsibilidad o reconocibilidad) individual<sup>41</sup> acercándose con ello a las posturas anteriormente comentadas. Y también quienes combinando las presuntas exigencias de la norma de determinación con el concepto final de acción construyen un tipo objetivo que recoge las conductas estandarizadas, pero le añaden un tipo subjetivo (en sentido estricto) consistente en el conocimiento de los elementos del propio actuar sobre los que el legislador decide la peligrosidad no permitida de la conducta. Estos últimos (Struensee<sup>42</sup>, Zielinski<sup>43</sup>, Cuello<sup>44</sup>, Serrano<sup>45</sup>...) convierten los delitos imprudentes en delitos dolosos de peligro.

Quienes parten de la norma como norma de determinación de conductas para llegar a un deber de cuidado individualizado también se ven obligados a poner límites objetivos a ese deber individualizado, tanto mediante la aceptación de los límites

---

argumenta en ella la perspectiva individual en supuestas consideraciones preventivas, pero le superpone un filtro objetivo –imputación objetiva en sentido estricto– que se corresponde con la imputación del resultado –GA, 1999, p. 218, *Temas actuales*, p. 83–, así corrige mediante la imputación objetiva del resultado una norma de cuidado construida de manera individualizada (aunque no del todo pues es completada por la imprudencia por asunción y recortada por el riesgo permitido), en lugar de defender una norma-evitabilidad aplicable a un tipo objetivo diseñado previamente mediante la imputación objetiva. La imputación objetiva –en sentido estricto– de SCHÜNEMANN se refiere a la comprobación ex post de que la norma lesionada era una medida razonable para la evitación de ese resultado. Puesto que no pretende corregir la norma de cuidado sino completarla, y puesto que afirmó que la lesión de la norma de comportamiento individualizada construida ex ante constituía el comportamiento típico -216-, parece que pertenece al segundo bloque de autores, los que solo derivan la individualización del cuidado de consideraciones relativas a la posibilidad de motivar, y a ello añade simplemente la imputación del resultado.

<sup>40</sup> STRATENWERTH, *Schweizerisches...* 3ª, p. 452 y ss.

<sup>41</sup> MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, PG II, 7ª, § 43, n. 112 y ss., GÖSSEL, RDR, 2002-1, pp. 16 y ss.

<sup>42</sup> ADR, 1987, pp. 423 y ss.

<sup>43</sup> ZIELINSKI, *Kommentar zum StGB* §§ 15 y 16, margs. 88 y 89.

<sup>44</sup> Para CUELLO (PG, p. 530 y s) en los delitos imprudentes el sujeto no se representó una cadena causal completa de nexos que de no ser interrumpidos por el azar causarían el resultado, pero sí eslabones de tal cadena. El autor que se los representó y con ellos y otros que no previó causó el resultado responde a título de imprudencia. Por ej. el sujeto conduce a una velocidad excesiva y lo sabe y también que a esa velocidad es más difícil controlar el coche y que por tanto puede salirse de la calzada, pero no sabe que se aproxima a un bache y que al intentar esquivarlo se saldrá de la calzada. Pero como veremos si el autor sabe que puede salirse de la calzada será porque haya previsto que un incidente en la vía (bache u otro) le haga perder el control, por lo que estos autores están renunciando a la previsión no segura como elemento suficiente para integrar el tipo subjetivo en el delito imprudente. Y los delitos de peligro concreto según él sirven para cubrir la laguna que deja la exigencia de resultado en los delitos imprudentes. En el delito doloso el sujeto conoce todos los factores de riesgo que concurren en el resultado mientras que en el imprudente se desconoce al menos uno (pp. 533-534). El dolo de peligro concreto coincide con el dolo de lesión (p.534) pero en la nota 234 dice que quien se representa el tipo del delito de peligro ignorará el tipo (causalidad más próxima a la lesión) del delito de lesión (o de peligro concreto). El ej. de la nota 231 no es convincente.

<sup>45</sup> SERRANO, *Teoría del delito imprudente* pp. 81-82, 109, *passim*.

impuestos por el riesgo permitido, bien como límite directo de los deberes individuales, bien a través de la previa limitación del tipo objetivo más la posterior limitación de la previsibilidad individual<sup>46</sup>, como por la exigencia de responsabilidad, a pesar de la incapacidad personal para evitar la infracción del cuidado, a través de la figura de la imprudencia por asunción o por emprendimiento o afirmando la previsibilidad mediante el recurso a deberes previos de previsión<sup>47</sup>, lo que supone según otra parte de la doctrina una contradicción<sup>48</sup>.

En relación con la línea doctrinal que convierte los delitos imprudentes en delitos dolosos de peligro abstracto<sup>49</sup>, tan erróneo como buscar una unidad estructural del ilícito en los elementos objetivos, como denuncian estos autores, lo es buscarlo en los subjetivos, como ellos pretenden<sup>50</sup>. La unidad de lo injusto debe venir de que lo que se define como injusto en cada una de las dos categorías –delito doloso e imprudente– se defina de la misma manera en su relación con la norma y con el resto de categorías –en especial con la culpabilidad– y cumpla la misma función en relación con el fin del Derecho penal, y no, por el contrario, de que se dote de relevancia en todo caso a los mismos elementos ontológicos<sup>51</sup>.

Pero además, a pesar de sus esfuerzos, no es cierto que la conducta prohibida se defina por la finalidad, porque no tenemos en cuenta para decidir la conducta desvalorada y prohibida las representaciones erróneas<sup>52</sup> y sí, aunque sea en la construcción

<sup>46</sup> HOYER, SK, I, 6ª, Anh. § 16, marg. 25 admite que la cognoscibilidad individual se limita normativamente, también en STRATENWERTH, *Schweizerisches...* 3ª, p. 452, 458, ya el poner el límite de la causalidad adecuada –p. 456– supone un reconocimiento general del riesgo permitido –pero aquí decidido fuera de la ponderación para cada caso y por tanto en mi opinión incorrecto–, y la justificación que da a esta limitación inicial STRATENWERTH es falsa, pues todo lo posible es previsible, no se necesita pues un grado determinado de probabilidad como exige la causalidad adecuada. Samson, SK, apéndice a § 16, marg 16 ss, BACIGALUPO, Principios, p. 245. Por su parte GÖSSEL, -MAURACH, ZIPF PG, 7ª, §43, n. 34 y ss. y 43 y ss.–, ha introducido el criterio del hombre consciente y sensato del mismo círculo que el autor y de lo socialmente inadecuado para limitar el tipo objetivo pero, igual que ocurría con JAKOBS se ve obligado a recurrir de nuevo a criterios objetivos para limitar la previsibilidad individual –n. 132 y ss.

<sup>47</sup> STRATENWERTH, *Schweizerisches...* p. 457; ZUGALDÍA, ADP, 1984, p. 330, CORCOY, Tesis, II, conclusión 25, 2ª ed. p. 203, 204; HOYER, SK, I, 6ª, Anh. § 16, marg. 22 y 26 y ss.

<sup>48</sup> CEREZO, Curso II, p. 162 y nota 13, así también antes SCHÜNEMANN, *Schaffstein-Fs*, pp. 167-168.

<sup>49</sup> Sobre la precisión de que se trata en todo caso de un tipo de peligro abstracto véase CEREZO, *Curso*, II, pp. 166-167, nota 37.

<sup>50</sup> STRUENSEE, en *H-Baigún*, pp. 255 y 256.

<sup>51</sup> Véase mi crítica a estas construcciones y su fundamento con mayor detalle en mi libro de próxima publicación por Atelier, capítulo IV.

<sup>52</sup> Creo que una forma de demostrar que no son los conocimientos especiales del autor lo relevante para determinar la norma de cuidado sino los datos de la realidad seleccionados por el conocimiento del autor sería poner el siguiente ej.: un médico presupone erróneamente que un paciente tiene una característica determinada que recomienda cierto tratamiento cuando en realidad no la tiene y por lo tanto el tratamiento resulta absolutamente desaconsejado produciendo unas lesiones en el paciente. El error del médico no sería compartido por otro médico de su misma especialidad que hubiera enjuiciado correctamente los indicios que representaba el paciente. Si fuera cierto que los conocimientos del sujeto configuran la norma de cuidado tendríamos que el médico que prescribió el tratamiento correcto para las circunstancias del paciente por él imaginadas no habría infringido la norma de cuidado que indica el tratamiento a aplicar prohibiendo otro tratamiento distinto sino todo lo contrario habría obedecido la norma vinculante para él que prohibía cualquier otro tratamiento o la ausencia de tratamiento y sin

de estos autores después, para recortar la prohibición mediante la imputación del resultado, los datos no representados<sup>53</sup>.

Pero la crítica más importante a esta construcción y a las anteriores radica en que todos ellos renuncian, igual que el grupo de autores comentados en primer lugar, a normas de conducta generales en el delito imprudente.

El fundamento que conduce a estos autores a un deber subjetivo de cuidado: una determinada concepción de lo injusto que parte de las exigencias que en su opinión se derivan de la norma de determinación es erróneo. No existe motivo para distinguir y separar determinadas exigencias de entre aquellas que conllevaría la norma como norma de comunicación para su ubicación en lo injusto mientras que otras se dejan en la culpabilidad y tampoco existe fundamento que impida construir lo injusto como contradicción con el contenido de la norma dejando los problemas de comunicación para la culpabilidad. Como ya se ha demostrado esta concepción de lo injusto es además la que se revela como más útil y necesaria<sup>54</sup>. Sin embargo todas las posturas que vengo comentando hacen desaparecer este momento de lo injusto. Los primeros porque condicionaban lo injusto al concepto de “infracción” caracterizado por un “no reconocimiento” de la norma, con lo que no toda contradicción del contenido de la norma expresa un no reconocimiento de la misma. En estas posturas, no es que no esté clara la separación entre injusto y culpabilidad, pero la misma no responde a ninguna función específica de lo injusto<sup>55</sup>. El segundo grupo de autores comentados

---

embargo sí que habría infringido la norma previa que le obligaba a diagnosticar correctamente las características del sujeto. Hasta aquí es la misma argumentación de siempre: sólo se infringe aquella norma que prohíbe una conducta de la cual el sujeto es consciente. Pero a la hora de estudiar la imputación del resultado a la infracción de la norma previa nos encontraríamos la paradoja de que el resultado es imputable a la infracción de la norma que prohibía realizar un diagnóstico sobre las características del paciente sin las cautelas necesarias para asegurar su corrección porque ello a su vez había llevado al resultado que dicha norma trataba de evitar de la indicación de un tratamiento incorrecto a pesar de que al mismo tiempo estamos afirmando que el médico respetó la norma que le prohibía indicar otro tratamiento que no fuera ese. Si fuera cierto que el ordenamiento valora las representaciones del autor para a partir de las mismas decidir si surge un riesgo no permitido -ZIELINSKI, §§ 15 y 16, marg. 92- entonces tendríamos aquí la contradicción de que se ha infringido una norma (no diagnosticar de una manera suficientemente fiable –suponiendo que esto era conocido-) que pretendía evitar como fin intermedio del que necesitamos para la imputación del resultado final algo que se considera sin embargo al mismo tiempo por el ordenamiento un riesgo permitido (recetar determinado medicamento que se desconoce que es contraindicado). Esta contradicción no es posible. Creo que este ejemplo pone de manifiesto que no son las representaciones del sujeto lo que decide la norma aplicable si no los datos reales conocidos o cognoscibles en el momento de actuar.

<sup>53</sup> En mi opinión, siguiendo a FRISCH, *Delito y sistema del delito* página 246, el objeto del juicio son las circunstancias del mundo exterior y no lo que pertenece a la psique del autor, en realidad no se incluye lo subjetivo en la base del juicio de peligro sino que lo que se introduce en la base del juicio no es la representación del propio autor sino “una indiscutible parte de la realidad que está más allá de la psique del autor, es decir el objeto de su conocimiento que existe en la realidad o las circunstancias presentes en la realidad que él hubiera podido conocer etc. Lo subjetivo o individual en sí mismo no pasa a formar parte del juicio de peligro. Forman parte del juicio de peligro circunstancias inequívocamente objetivas, sólo que cumplen con un criterio adicional: el de ser conocidas por el autor... Sobre ello con mayor detalle y sobre otras contradicciones de las teorías comentadas, véase mi libro sobre el delito imprudente, *Atelier*, ob. cit.

<sup>54</sup> Véase sobre ello con mayor detalle el capítulo II de mi libro *Fundamentos...*

<sup>55</sup> De la misma opinión PENARANDA, *Función...* p. 405 y ss., y p. 408. Desde el funcionalismo sistémico se ha abogado abiertamente por la prescindibilidad de la distinción entre injusto y culpabilidad –Véase LESCH,

desanda igualmente el útil camino trazado principalmente a partir del finalismo en la separación entre injusto y culpabilidad<sup>56</sup> porque igualmente tienden a ampliar las exigencias para afirmar la vulneración de la norma, que ya no consistirá en la mera contradicción entre la acción y su contenido, al incluirse determinadas condiciones de su operatividad como mecanismo de motivación.

Solo un concepto de injusto como contradicción con el contenido de la norma de determinación puede cumplir el fin de protección de bienes jurídicos a través del efecto preventivo general positivo de la pena en su sentido originario<sup>57</sup>. La afirmación de un injusto objetivo previo al examen de la evitabilidad individual no tiene como único fin la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad como se ha afirmado para criticar la determinación objetiva de la imprudencia<sup>58</sup>, sino poder identificar en lo injusto el desvalor objetivo de la acción para trasladar el correspondiente mensaje sobre la valoración de esta acción y del bien jurídico a la generalidad y conseguir con ello el efecto preventivo general que sirve a la protección de bienes jurídicos<sup>59</sup>. La contrariedad con la norma promulgada (con el contenido de la norma de determinación) se destaca como categoría que cumple la función de trasladar las valoraciones generales que se perderían al introducir en lo injusto consideraciones relativas a la capacidad individual de actuar conforme a esos parámetros generales<sup>60</sup>.

---

*Der Verbrechensbegriff...* pp. 180 y ss. Sin embargo, si a pesar de que JAKOBS, en *Hirsch-Fs*, p. 62, pretenda que la distinción entre los componentes del delito a incluir en lo injusto y los incluidos en la culpabilidad es meramente didáctica y que una valoración objetiva de la situación en el tipo no es algo nocivo para la cuestión del delito aunque sí superfluo –p. 63–, como hemos visto esto no es finalmente cierto pues cuando él mismo tiene que afirmar que esa valoración objetiva sirve para imputar los conocimientos, -y como hemos visto más arriba no sólo para eso, sino para limitar la evitabilidad en muchos otros casos- es evidente que le está concediendo una relevancia en la configuración del delito que sin embargo luego le niega. Sobre la confusión entre injusto y culpabilidad véase también el capítulo II.

<sup>56</sup> En el mismo sentido HIRSCH, RDPC, 16, 2005, 220. También antes SCHÜNEMANN, *Schaffstein Fs*, p. 160, en referencia a la ubicación de los elementos subjetivos de la imprudencia realizada tanto por JAKOBS como por STRATENWERTH.

<sup>57</sup> Crítica también que la subjetivización de la imprudencia lleva a la derogación de las normas generales y de la prevención general, KAMINSKI, *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, Struktur und Inhalt*, Berlin, 1992, pp. 98 y ss. También conecta la estandarización con las necesidades general-preventivas IDA, *Hirsch-Fs*, p. 234.

<sup>58</sup> JAKOBS, AT, 9/10, PG, p. 386. Si JAKOBS reconoce la necesidad de las normas estandarizadas para dotar de relevancia a la evitabilidad, si la inevitabilidad de lo no prohibido es irrelevante, debería reconocer que la determinación de las conductas no deseadas –en definitiva del contenido de lo que ha de evitarse- juega algún papel más importante que el de mero limitador de la relevancia jurídica de la imprudencia, y de alguna manera la pena -y ya antes la mera afirmación de lo injusto- debería reflejar para la generalidad qué es lo que debe evitarse por desvalorado – qué es lo que se puede esperar de una persona motivada-.

<sup>59</sup> Así también SILVA, “¿Directivas...?”, p. 569, cuando afirma: “...las expectativas de los ciudadanos en cuanto a sus relaciones con los demás se estabilizan normativamente... ya antes de su frustración, mediante su incorporación a normas de conducta que se imponen como vigentes y válidas a todos los demás... la propia dimensión expresiva inherente a la institucionalización de la expectativa en una norma que apela a su racionalidad instrumental, constituye una forma esencial de aseguramiento de la expectativa...”

<sup>60</sup> Por ello no puedo compartir la opinión de RUDOLPHI, *El fin...* p. 83 y ss., cuando intenta fundamentar la inclusión de la “infracción normativa” en lo injusto apelando a la prevención general positiva, Sobre ello con mayor en detalle mi libro *Fundamentos...* Atelier, 2007, capítulo IV.

## Bibliografía

- ABRALDES, S. F., “La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido”, en Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, Parte general, 4 ed., Akal, 1997.
- BURKHARDT, B., “Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo””, en Wolter/ Freund, *El sistema integral del Derecho penal*, Marcial Pons, 2004.
- CANCIO MELIÁ, M., Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva, en Bolaños González, (compiladora) *Imputación objetiva y Dogmática penal*, Mérida-Venezuela, 2005.
- *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1998.
- CEREZO MIR, J., “El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal”, en ADPCP, 1959, fasc. 3º; y en *Temas Fundamentales de Derecho penal*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- *Curso de Derecho penal español*, t. I, 6ª ed. t. II, 6ª ed. y t. III, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, 2ª ed. B de F Montevideo, 2005.
- Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente, tomos I y II, Tesis doctoral, Barcelona, 1988.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, 3ª ed. Madrid, 2002.
- DONNA, E. A., *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997.
- FEIJOO, B., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997.
- *Homicidio y lesiones imprudentes. Requisitos y límites materiales*, ed. Edijus, 1999.
- *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, Bosch, 2001.
- “La imprudencia en el Código penal de 1995 (Cuestiones de “lege data” y de “lege ferenda””, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 62, 1997.
- “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 65, 1998.
- FREUND, G. *Strafrecht, AT, Personale Straftatlehre*, Springer, 1998.
- “Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana”, en *Revista de Derecho Penal*, 2002-2, Delitos culposos II.
- FRISCH, W., “Delito y sistema del delito”, en Wolter/Freund, eds. *El sistema integral del derecho penal*, Barcelona, 2004.
- “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Cuadernos Cívitas 2000.
- *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C-F. Müller, Heidelberg, 1988. Existe traducción al español de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

- *Vorsatz und Risiko : Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymanns, 1983.
- FRISCH/ ROBLES, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.
- GALLAS, W., “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs” en *Bockelmann Festschrift*, München, 1979.
- GIL GIL, A., “Prevención general positiva y función ético social del Derecho penal” en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.
- GIL GIL, A., *El delito imprudente*, Atelier, Barcelona, 2007.
- GIMBERNAT, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *ADPCP*, 1994, pp. 5 y ss. También publicado en *Ensayos penales*, Tecnos, 1999.
- “Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos”, en *RDCir*, 1965.
- “La causalidad en Derecho penal”, en *ADPCP*, 1962.
- *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966. (También se cita la reedición de Editorial Ramón Areces, Madrid, 1990).
- *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.
- GÖSSEL, K. H., “Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia”, *Revista de Derecho Penal*, 2002-1, *Delitos culposos I*, Buenos Aires, 2002.
- GRACIA MARTÍN, “Recensión a Luzón, Curso de Derecho penal español, 1996”, en *RDPC*, 2ª época, n. 5, 2000.
- HAVA GARCÍA, E., “Responsabilidad penal por mala praxis médica”, en *Revista de Derecho penal*, 2002-1, *Delitos culposos I*, Buenos Aires.
- *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002.
- HIRSCH, H. J., „Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegle der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)“ en *ZStW*, 94 (1982).
- “Sobre lo injusto del delito imprudente”, en *RDPC*, 16, 2005.
- HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984.
- IDA, M., „Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt“, en Weigend (Ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70 Geburtstag am 11 April 1999*, de Gruyter, Berlin, 1999.
- JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 2. Auf., Berlin, Walter de Gruyter, 1983, *Derecho penal Parte general*, Marcial Pons, 1995.
- “El delito imprudente”, en *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Lima, 2000, traducción de Cancio Meliá (original “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, publicado en *ZStW* 86 (1974), suplemento, pp. 6 a 45).
- KAMINSKI, *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, Struktur und Inhalt*, Berlin, 1992.

- KAUFMANN, Armin, “Das fahrlässige Delikt”, en ZfRV, 1964, existe traducción al español de Moisés Moreno, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 5, 1976.
- “Zum Stande der Lehre vom Personalen Unrecht” en *Festschrift für Hans Welzel*, 1974.
- *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Gottingen, 1954. Existe traducción de Bacigalupo y Garzón Valdés, Teroía de las normas, Depalma, Buenos Aires, 1977
- KINDHÄUSER, U., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990.
- LESCH, H., *La función de la pena*, Cuadernos Luís Jiménez de Asúa, DYKINSON, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992.
- MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *Derecho penal, Parte General*, t. II, 7ª ed., Buenos Aires, 1995.
- MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, Parte General*, 1, trad. de la 7ª ed. Buenos Aires, 1994.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal Parte General*, 7ª ed. 2004 y 5ª ed. 1998.
- *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho* 2ª ed., Bosch, 1982.
- MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, 2001.
- NIESE, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tubinga, 1951.
- PAREDES, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995.
- PEÑARANDA RAMOS, E., “Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2, 2001.
- REYES ALVARADO, Y., *Imputación Objetiva*, Temis, Bogotá, 1996.
- ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Barcelona, 2003
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *La doctrina de la acción finalista*, Anales de la Universidad de Valencia, vol. XXVII.
- ROXIN, C., *Strafrecht, AT, I*, 4ª ed. München, 2006; 3ª ed. 1997. *Derecho penal, Parte General, I*, trad. de la 2ª ed., 1997.
- RUDOLPHI, H.-J., “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, en Schünemann, (Comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, 1991.
- *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., vor § 1. Existe traducción al español de Claudia López Díaz, *Causalidad e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1998.

- RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona, Bosch, 2001.
- SANCINETTI, M., *Dogmática del Hecho Punible y Ley Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.
  - *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- SCHÜNEMANN, B. „Über die Objektive Zurechnung“, en *Goldammer´s Archiv für Strafrecht*, 1999. (Hay traducción al español: “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva” en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002).
- “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte” en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975.
  - “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?” en *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen, 1975.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- SILVA SÁNCHEZ, J., “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?” en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, 2001.
- ““Aberratio ictus” e imputación objetiva”, ADPCP, 1984.
- STRATENWERTH, “Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht” en *SchwZ*, 79, (1963) Existe traducción al español de Patricia Ziffer, en Stratenwerth, *Acción y Resultado en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- “Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht” en *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Otto Schwartz Verlag, Göttingen, 1975. Existe traducción al español de Patricia Ziffer, en Stratenwerth, *Acción y Resultado en Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
  - *Derecho penal*, PG, I, (traducción de la 4ª ed. de Cancio y Sancinetti, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
  - *Schweizerisches Strafrecht*, AT, I, 3ª ed., 2005.
  - *Strafrecht*, AT, 5. Auf., 2004 .
- STRUENSEE, E., “Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva “ como categoría complementaria del tipo objetivo”, en *El Derecho penal de hoy, Libro Homenaje al Profesor David Baigún* , Buenos Aires, 1995.
- SUÁREZ MONTES, F., *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, Madrid, 1963.
- WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 1ª ed., Walter de Gruyter, 1947, 11ª ed. 1969. Existe traducción al español de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, editorial jurídica de Chile, 1970.
- *El nuevo sistema del Derecho penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Traducción y notas de José Cerezo Mir a la 4ª ed., Ariel, 1964, existe tam-



- bién edición argentina de B de F, Buenos Aires, 2001.
- “Studien zum System des Strafrechts“, en ZStW 58 (1939).
- WOLTER /FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, Barcelona 2004.
- WOLTER, J. “La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal”, en Gimbernat/ Schünemann/ Wolter, *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994.
- Imputación objetiva y personal a título de injusto, en Schünemann, (Comp.) *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, Tecnos, 1991.
  - *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981.
- ZIELINSKI, D., “§§ 15 y 16, Kommentar zum StGB”, Luchterhand, 1990 (Existe traducción de Marcelo Sancinetti, *Dolo e imprudencia*, Hammurabi, 2003).
- *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973.