

Imprudencia inconsciente y Derecho penal de la culpabilidad

Oliveiros Guanais de Aguiar Filho

TESI DOCTORAL UPF / AÑO 2015

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Dr. h. c. Ricardo Robles Planas

DEPARTAMENTO DE DERECHO



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

A Rosa,

a meus filhos, Oliver e Max,

e a meus pais, Oliveiros (in memoriam) e Simone

RESUMEN

La discusión sobre la compatibilidad entre la imprudencia inconsciente y el principio de culpabilidad ha llamado la atención de la dogmática penal hace más de dos siglos. La primera parte de este trabajo presenta esta polémica histórica de forma crítica desde *Feuerbach* y sus contemporáneos hasta el finalismo. En la segunda parte del trabajo se tienen en cuenta las críticas a la imprudencia inconsciente y se analizan los fundamentos de esta modalidad de imputación bajo la perspectiva de la teoría de las normas y del principio de culpabilidad. El trabajo concluye que el proceso de imputación del conocimiento al agente es relevante para la construcción de la exigencia normativa que se proyecta sobre el individuo como ciudadano. Sin embargo, la evitabilidad normativa no está condicionada por el resultado positivo de este proceso de imputación del conocimiento, sino que resulta de una valoración integrada de las competencias del agente, de sus características personales y de la situación en la que se encuentra.

RESUMO

A doutrina penal vem se dedicando à discussão sobre a compatibilidade entre a culpa inconsciente e o princípio de culpabilidade há mais de dois séculos. A primeira parte deste trabalho expõe de forma crítica esse debate histórico desde *Feuerbach* e os penalistas de sua época até o finalismo. Na segunda parte do trabalho são levadas em consideração as críticas à culpa inconsciente e são analisados os fundamentos dessa modalidade de imputação sob a perspectiva da teoria das normas e do princípio de culpabilidade. O trabalho conclui que o processo de imputação do conhecimento ao agente é relevante para construção da exigência normativa que se projeta sobre o indivíduo como cidadão. Contudo, a evitabilidade normativa não está condicionada pelo resultado positivo deste processo de imputação do conhecimento. A configuração dessa evitabilidade normativa depende mais precisamente da avaliação integrada das competências do agente como cidadão, de suas características pessoais e da situação em que se encontra.

PREFACIO

La discusión sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad en situaciones de desconocimiento actual de las circunstancias fácticas o del peligro que el comportamiento entraña para los intereses de los demás se desarrolla en la filosofía por lo menos desde *Aristóteles*. Este trabajo tiene el propósito de investigar el tema desde la perspectiva del Derecho penal.

La primera parte de esta investigación empieza con el análisis de esta discusión desde el nacimiento de la “moderna ciencia del Derecho penal” a principios del siglo XIX. Lo que se debate de forma específica en la dogmática penal desde aquellos tiempos es la compatibilidad entre la imprudencia inconsciente¹ y el principio de culpabilidad. Este recorrido histórico se inicia con *Feuerbach* y sus contemporáneos y termina con el tratamiento de la imprudencia en el finalismo. El propósito de esta reconstrucción crítica es rescatar la esencia de los argumentos y de los problemas enfrentados por la dogmática penal al buscar los fundamentos y la legitimación del castigo en este ámbito de imputación. Si bien es posible afirmar que se trata de una polémica que dura ya más de doscientos años², el tema no ha llamado particularmente la atención de la doctrina mayoritaria en las últimas décadas.

La segunda parte del trabajo se dedica a examinar las principales críticas a la imprudencia inconsciente como modalidad de imputación y los problemas que pueden surgir desde la teoría de las normas y el principio de culpabilidad. En efecto, el estudio de la imprudencia inconsciente y la postura que se adopte sobre su aceptación o rechazo puede afirmar mucho sobre la concepción de culpabilidad que se sostiene. De acuerdo con las conclusiones de este trabajo, la imputación no debe depender necesariamente de la constatación de un determinado estado mental en el momento del hecho, sino de una

¹ Y el error de prohibición que era considerado una especie de imprudencia por aquellos tiempos.

² Sobre esta cuestión: KOCH, “Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit. Ein Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik”, *ZIS*, 3/2010.

valoración que tiene en cuenta los diversos fenómenos empíricos bajo la mirada normativa y de lo que se le puede exigir al individuo en su papel de ciudadano en una situación dada. Como se dice, del estudio de la imprudencia inconsciente se pueden sacar algunas conclusiones importantes sobre la esencia del principio de culpabilidad.

El tema parece volver al centro de las discusiones en la dogmática penal de los días de hoy. En los últimos dos años, autores alemanes como *Jakobs* (2014)³ y *Herzberg* (2015)⁴ han dedicado especial atención a las relaciones entre imprudencia inconsciente y el principio de culpabilidad. Esto indica que esta antigua discusión sigue siendo actual.

Aprovecho esta ocasión para agradecer al director de esta tesis y mi maestro, el Prof. Dr. Dr. h. c. *Ricardo Robles Planas*, por la confianza manifestada desde el principio de este trabajo y por la orientación y disponibilidad en todos los momentos. Agradezco asimismo al Prof. Dr. *Michael Köhler*, responsable de mi estancia de investigación de varios meses en Alemania, a quien expreso mi admiración como penalista y como persona y al Prof. Dr. Dr. h. c. *Michael Pawlik* por la disponibilidad para discutir algunos temas de esta tesis durante mi paso por el Instituto de Derecho Penal que dirige en Freiburg.

³ JAKOBS, “Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff”, *FS-Kühl*.

⁴ HERZBERG, *Der strafrechtliche Schuldbegriff im 21. Jahrhundert*, GA 2015.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE	14
CAPÍTULO I. Imprudencia inconsciente y culpabilidad de la voluntad en el siglo XIX	14
I.1. La dogmática de inicios del siglo XIX	14
A. Introducción	14
B. Feuerbach y sus contemporáneos	15
C. Los <i>hegelianos</i>	28
I.2. Imprudencia y culpabilidad de la voluntad: balance de las concepciones del siglo XIX y posturas críticas	40
CAPÍTULO II. Del tratamiento de la imprudencia inconsciente del positivismo a la concepción normativa de la culpabilidad	52
II.1. La imprudencia y los llamados positivistas en el Derecho Penal	52
A. Introducción	52
B. <i>Binding</i> : la imprudencia como voluntad sin consciencia de la antijuridicidad ...	55
C. De <i>Merkel</i> al positivismo naturalista de <i>von Liszt</i>	63
D. La culpabilidad psicológica y su incompatibilidad con la imprudencia inconsciente: <i>Kohlrausch</i> y <i>Baumgarten</i>	70
E. Resumen	74
II.2. La normativización de la culpabilidad y la imprudencia	76
A. Introducción	77
B. Reprochabilidad, imprudencia y las doctrinas de <i>Ernst von Beling</i> y <i>Max Ernst Mayer</i>	80
C. <i>Exner</i> : la imprudencia inconsciente y la culpabilidad del sentimiento	89
II.3. Balance: lo psicológico y lo normativo en la imprudencia	96
II.4. Otros intentos de delinear el aspecto anímico de la imprudencia inconsciente: la culpabilidad por el carácter y la transmutación de la imprudencia inconsciente en consciente	103
A. La imprudencia inconsciente y la culpabilidad por el carácter	104
B. La transmutación de la imprudencia inconsciente en consciente	108
C. Culpabilidad en la imprudencia: ¿consciencia y carácter?	111
CAPÍTULO III. De Engisch al Finalismo	114
III.1. Engisch – Imprudencia y prohibición de comportamientos peligrosos	114
A. Imprudencia, injusto y culpabilidad en la doctrina de <i>Engisch</i>	114

B. Los criterios para la configuración del injusto imprudente según <i>Engisch</i>	118
C. Evaluación de la doctrina de <i>Engisch</i> sobre la imprudencia	123
III.2. <i>Welzel</i> y el finalismo.....	127
A. Finalismo e imprudencia.	127
B. Crítica a la concepción finalista de la imprudencia.....	133
CONCLUSIÓN DE LA PARTE PRIMERA	137
SEGUNDA PARTE	141
CAPÍTULO I. ¿Imputación sin conocimiento? La crítica a la imprudencia inconsciente	141
I.1. El recurso al desconocimiento provocado por una acción anterior culpable: “ <i>culpable ignorance</i> ”	141
I.2. Recapitulación sobre las posturas críticas con la imprudencia inconsciente y tensión entre culpabilidad y política criminal	147
I.3. La oposición a la imputación sin conocimiento en la doctrina penal actual	153
I.4. De la corriente crítica estadounidense al escepticismo en relación a la responsabilidad con base en la perspectiva subjetivo-psíquica (<i>akrasía</i>)	160
CAPÍTULO II. Los problemas y las bases de la imputación sin conocimiento. Imputación extraordinaria y estructura de las normas.	169
II.1. Introducción.....	169
II.2. La imputación extraordinaria en la imputación subjetiva	171
II.3. Función de la norma e imprudencia inconsciente.....	177
CAPÍTULO III. Los problemas y las bases de la imputación sin conocimiento: culpabilidad e imprudencia inconsciente	194
III.1. El elemento empírico en la culpabilidad y la perspectiva social.....	194
III.2. Culpabilidad y expectativas normativas	204
III.3. Culpabilidad, “persona” e imprudencia inconsciente	215
III.4. Imprudencia e integración entre injusto y culpabilidad: deber y poder.....	222
III.5. Culpabilidad, norma y pena: conclusiones bajo la perspectiva de la imprudencia inconsciente.....	237
CAPÍTULO IV. Imprudencia (inconsciente) y la medida de la evitabilidad	255
IV.1. Introducción	255
IV.2. Imprudencia y evitabilidad individual: el “problema” de la indeterminación	255
IV.3. Imprudencia como infracción de un deber de cuidado o creación de un riesgo desaprobado	269
IV.4. Conocimiento y desconocimiento: ¿imprudencia inconsciente?	284
RESUMEN DE LAS PRINCIPALES CONCLUSIONES	300

BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	305
--------------------------	-----

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I. Imprudencia inconsciente y culpabilidad de la voluntad en el siglo XIX

I.1. La dogmática de inicios del siglo XIX

A. Introducción

En la historia del Derecho en Alemania, se suele reconocer el periodo comprendido entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX como el del nacimiento de la moderna ciencia del Derecho penal⁵. Esta época se caracteriza por la pretensión de construir la dogmática penal no ya solo sobre la base del Derecho positivo, ni solo a partir de fundamentos filosóficos y político-criminales, sino considerando estos planos de forma integrada⁶. Es común hablar asimismo de este marco temporal como el periodo inicial de creación de una ciencia jurídico-penal que se va independizando cada vez más de la filosofía, con valoraciones específicas del propio sistema penal⁷.

Los autores de esos tiempos sufren la influencia determinante de la Ilustración, cuya gran inquietud en el campo del Derecho penal es el propósito preventivo⁸. La culpabilidad era entonces comprendida de forma preponderante como *culpabilidad de voluntad*⁹, pues solo la voluntad humana¹⁰ podría ser objeto de censura ética o jurídica¹¹. Bajo esa perspectiva, la culpabilidad debería ser concebida siempre como reprobación por el contenido de la voluntad, lo que explica a su vez que la punibilidad de la imprudencia esté condicionada a la comprobación de que los resultados lesivos en este ámbito puedan vincularse también a una voluntad, aunque defectuosa¹². Sin embargo,

⁵ VON LISZT se refiere a ese periodo como de florecimiento de la ciencia penal alemana (*Tratado*, p. 72).

⁶ SCHAFFSTEIN, *Lehren*, pp. 21-22.

⁷ HOLL, *Entwicklungen*, p. 1.

⁸ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, pp. 51-52.

⁹ KOCH, *Die Entkriminalisierung*, p. 59.

¹⁰ En este sentido, la voluntad debería constituirse como un rechazo empírico-mental contra la prohibición o el mandato de la norma (Cf. LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 72).

¹¹ EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, p. 44.

¹² MEDER, *Schuld*, pp. 127-129.

surge una gran dificultad en este contexto: la de lograr la separación de la imputación a título de imprudencia del acaso acudiendo a la voluntad como criterio delimitador, dado que el autor imprudente no tiene como meta producir un resultado lesivo, sino que, por el contrario, cree que su conducta es inofensiva¹³. Ello se muestra todavía más problemático si lo que se pretende es castigar la imprudencia inconsciente, en la que el agente no tiene siquiera conocimiento de que su comportamiento conlleva una cierta probabilidad de provocar daño¹⁴. A pesar de esta dificultad de compaginar voluntad y desconocimiento, la postura mayoritaria entre los autores de esta época era favorable al castigo, incluso en los casos de imprudencia inconsciente.

Las teorías de cuatro autores son consideradas determinantes para la discusión de la imprudencia en este periodo: *Feuerbach*, *Klein*, *Almendigen* y *Stübel*¹⁵. A ellos se puede añadir *Grolman*, cuya relevancia histórica viene siendo reconocida últimamente por la doctrina alemana¹⁶. Entre ellos, la obra general de *Feuerbach* fue sin duda la más influyente, siendo considerado este autor como el padre de la ciencia moderna del Derecho penal¹⁷, precursor de una nueva era¹⁸, restaurador de la ciencia penal¹⁹, responsable de la declaración de independencia del Derecho penal ante la filosofía moral²⁰ y uno de los fundadores de la ciencia penal moderna²¹. Sin embargo, en cuanto a la imprudencia, el renombrado penalista, al igual que los demás autores de su tiempo, sin alejarse de la voluntad como base de la imputación penal, tampoco logra sistematizar la imputación de forma precisa y coherente, como se demostrará a continuación.

B. Feuerbach y sus contemporáneos

La famosa propuesta científica de *Feuerbach* (1775-1883)²² intenta justificar el

¹³ MEDER, *Schuld*, p. 128.

¹⁴ MEDER, *Schuld*, p. 128. KOCH, *Entkriminalisierung*, p. 59: "Weil Schuld übereinstimmend als Willenschuld aufgefaßt wurde, entstand das Problem, wie die vom Gesetzgeber angedrohte Strafe bei ungewollten Erfolgsherbeiführungen gerechtfertigt werden konnte".

¹⁵ EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, p. 13.

¹⁶ PAWLIK, *Unrecht*, p. 362.

¹⁷ MEZGER, *Derecho Penal*, p. 41.

¹⁸ SCHAFFSTEIN, *Lehren*, p. 22

¹⁹ VON LISZT, *Tratado*, p. 72.

²⁰ HOLL, *Entwicklungen*, p. 3.

²¹ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 46. MIR PUIG, *Introducción*, p. 183.

²² KLEINHEYER/SCHRÖDER, *Juristen aus neun Jahrhunderten*, p. 131.

fundamento del Derecho penal²³ desde el punto de vista de la teoría de la coacción psicológica – que tiene sus raíces en *Hobbes*²⁴ y *Fichte*²⁵²⁶ –, según la cual la pena constituye una amenaza para que el hombre, un ser sensitivo que busca lo útil y lo agradable²⁷, no cometa el delito²⁸. De ello resulta que el castigo previsto en la ley solo estará legitimado en la medida en que pueda ejercer una fuerza disuasoria en el agente para prevenir la infracción penal, lo que requiere, como condición para la imputación, que el autor de la conducta conozca las circunstancias fácticas y su subsunción en la ley penal²⁹. No obstante, como consecuencia de su punto de partida y al contrario de lo que sucede con el dolo, *Feuerbach* encuentra dificultades a la hora de compatibilizar el conjunto de su teoría con el castigo de la imprudencia³⁰, especialmente de la imprudencia inconsciente³¹, puesto que la intimidación presupone una conexión psicológica entre el agente, su hecho y la ley³².

²³ Greco expone de forma detallada la teoría de la pena de *Feuerbach* en: GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, pp. 34 y ss.

²⁴ Cf. KÖHLER, *Imputación subjetiva*, pp. 72-73; LESCH, *La función de la pena*, p. 39. En “*Leviathan*”, *Hobbes* se refiere a la función de dirección de conductas de la pena, cuando habla de las leyes naturales: “A seventh is: that in revenges (that is, retribution of evil for evil), men look not at the greatness of the evil past, but the greatness of the good to follow. Whereby we are forbidden to inflict punishment with any other design than for correction of the offender, or direction of others” (HOBBS, *Leviathan*, cap. XV) y a la intimidación: “For the punishment foreknown, if not great enough to deter man from the action, is an invitement to it: because when men compare the benefit of their injustice with the harm of their punishment, by necessity of nature they choose that wich appeareth best for themselves” (HOBBS, *Leviathan*, cap. XVII). Por lo que se refiere a la coacción, en “*Elementa Philosophica De Cive*”, *Hobbes* se refiere al “metu pænæ” (medo de la pena): “Lege vero obligatum teneri, id est, metu pænæ, quæ in lege constituitur, ad præstationem cogi” (HOBBS, *De Cive*, “Annot. ad p. 243”, p. 244). Sobre la doctrina penal de *Hobbes*, véase ISLER SOTO, *Las bases filosóficas de la doctrina de Thomas Hobbes*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXV, 2013.

²⁵ Cf. LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 48. En palabras del propio FICHTE: “Das Zwangsgesetz soll so wirken, dass aus jeder Verletzung des Rechts, für den Verletzenden unausbleiblich, und mit mechanischer Notwendigkeit, so dass er es ganz sicher voraussehen könne, die gleiche Verletzung seines eignen Rechts unausbleiblich erfolge” (*Grundlage*, §15, p. 174).

²⁶ De acuerdo con *Greco*, se pueden notar influencias contradictorias de los pensamientos de *Kant*, *Fichte* y *Hobbes* en la teoría de la pena de *Feuerbach* (GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, p. 75).

²⁷ Cf. LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 48. *Greco* pone de relieve que de acuerdo con *Feuerbach* el efecto de la coacción psicológica no opera en el aspecto racional del hombre, sino en su aspecto sensitivo (GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, pp. 87 y ss.).

²⁸ FEUERBACH, *Über dolus und culpa*, p. 211; *Lehrbuch*, §20, p. 22. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 46.

²⁹ FEUERBACH, *Über dolus und culpa*, pp. 209 y 213; *Revision, II*, pp. 43-44.

³⁰ HOLL, *Entwicklungen*, p. 11. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, p. 64.

³¹ LÖFFLER, *Die Schuldformen*, pp. 219-220.

³² En ese sentido, *Storch*, sobre la “coacción psicológica” de *Feuerbach*: “Diese Abschreckung ist nicht möglich, wenn der Täter nicht weiß, daß er unvorsichtig handelt, daß also seine Handlung einen gesetzwidrigen Erfolg habe kann. Er weiß dann nicht, daß das Gesetz seine Handlung meint, und kann

Sobre esta cuestión y de forma coherente con sus premisas, la doctrina de *Feuerbach* exige para la configuración de la imprudencia penalmente relevante, en un primer momento, el conocimiento por parte del agente de la relación entre su concreta acción u omisión y un resultado contrario a la ley³³. Sin embargo, esto explicaría tan solo el castigo de la imprudencia consciente³⁴, lo que no parece ser suficiente para *Feuerbach*. Así, a pesar de su postura inicial y en contradicción con la estructura de su teoría, el autor luego admite que los efectos de la anterior definición son muy limitados, por lo que amplía el ámbito de punibilidad con argumentos adicionales no convergentes con la idea de coacción psicológica³⁵. Este autor sostiene en ese sentido que la imputación imprudente está asociada a un deber de diligencia³⁶ cuya observancia en la situación concreta habría llevado al agente a conocer la ley³⁷, a conocer la subsunción de los hechos a la ley³⁸ y a conocer la relación entre el comportamiento y el resultado³⁹. De esta manera, también el no emplear la diligencia para el conocimiento de la ley o de la subsunción de la ley a los hechos, así como la ausencia de reflexión para conocer las circunstancias que fundamentan la relación de causalidad entre el comportamiento y la lesión de un derecho constituyen conductas imprudentes⁴⁰. De esto se sigue que, al prescindir del conocimiento de la posibilidad de producción del resultado como condición de la imputación, *Feuerbach* abre paso al castigo de la imprudencia inconsciente⁴¹, llegando a ser reconocido como el creador de la distinción entre imprudencia consciente e imprudencia

sich auch nicht veralaßt sehen, sie zu unterlassen” (STORCH, *Bestrafung der culpa*, p. 5). También LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 57 y 64.

³³ “Diejenigen haben daher vollkommen recht, welches es als ein wesentliches Merkmal der culpa betrachten, daß der gesetzwidrige Erfolg (als möglich oder wahrscheinlich) vorausgesehen worden seyn müsse” (Feuerbach, *Revision, II*, pp. 59-60); “... so mußte das Subject, dem wir Culpa zurechnen wollen, die Einsicht in den Zusammenhang seiner Handlung oder Unterlassung mit einem gesetzwidrigen Erfolge haben, es mußte wissen, daß diese Handlung oder Unterlassung einen rechtswidrigen Erfolg haben könne. Hatte das Subject diese Einsicht nicht; so kann es auch keinen Beweggrund haben, sie zu thun oder zu unterlassen. Das Gesetz kann ihn nicht abschrecken, weil er nicht weiß, daß das Gesetz diese Handlung meine” (FEUERBACH, *Über dolus und culpa*, p. 214).

³⁴ EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, p. 17; HIMMELREICH, *Notwehr*, p. 22; HOLL, *Entwicklungen*, p. 9; MEDER, *Schuld*, p. 133; SCHLÜCHTER, *Grenzen*, pp. 50-51; PAWLIK, *Unrecht*, p. 369.

³⁵ LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 70.

³⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch*, §54, p. 54.

³⁷ FEUERBACH, *Über dolus und culpa*, p. 217.

³⁸ FEUERBACH, *Über dolus und culpa*, p. 219.

³⁹ FEUERBACH, *Über dolus und culpa*, pp. 220-221.

⁴⁰ FEUERBACH, *Über dolus und culpa*, p. 223.

⁴¹ LÖFFLER, *Die Schuldformen*, p. 213.

inconsciente⁴².

No obstante, la debilidad de la construcción de *Feuerbach* se hace visible toda vez que no consigue fundamentar de forma coherente el castigo de la imprudencia – especialmente el de la imprudencia inconsciente – desde su premisa de que la culpabilidad presupone la determinación de la voluntad en contrariedad a la ley. Esto es así por dos razones principales. En primer lugar, porque este autor conecta la determinación de la voluntad a la infracción de un deber general de atención o reflexión (*obligatio ad diligentiam*) que constituye el centro del injusto⁴³, mientras que el resultado deja de tener importancia para la caracterización de una acción imprudente desde el punto de vista penal⁴⁴ y se convierte tan solo en una condición objetiva de punibilidad⁴⁵. En ese sentido, de acuerdo con el planteamiento de *Feuerbach* existiría un único delito imprudente general (*crimen culpa*)⁴⁶ que se caracterizaría directamente por la infracción (voluntaria) del deber de atención⁴⁷ que a su vez permitiría la imputación de todas las consecuencias advenidas, lo que puede identificarse con el problemático *versari in re illicita*⁴⁸. En

⁴² EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, p. 18; HOLL, *Entwicklungen*, p. 14; HIMMELREICH, *Notwehr*, p. 22; SCHMIDHÄUSER, *Fahrlässigkeit*, GA, 1957, p. 305.

⁴³ Al referirse al centro de la imputación al autor del delito, sostiene *Feuerbach*: “Das, was ihm hier unmittelbar zugerechnet wird, ist nicht die entstandene Rechtsverletzung selbst; sondern die Unterlassung jener Handlungen, durch welche er sich in dem Zustande der Unwissenheit erhielt und durch deren Unternehmung er jene (dem Inhalt nach) gesetzwidrige Willensbestimmung vermeiden könnte” (*Über dolus und culpa*, p. 218). Señalan una identidad entre la construcción de *Feuerbach* y la *actio libera in causa*: EXNER, *Das Wesen*, p. 15; MEDER, *Schuld*, p. 134; HOLL, *Entwicklungen*, pp. 14-15; y SCHLÜCHTER, *Grenzen*, p. 51. Josef Köhler subrayaba (1916) la debilidad de la equiparación entre imprudencia inconsciente y omisión en la teoría de *Feuerbach*: “Nicht darin besteht die Fahrlässigkeit, dass man vorsätzlich die Achtsamkeit unterlässt... Der Fahrlässighandelnde will nicht unachtsam sein, aber er will handeln, ohne dass er die hierbei obwaltenden Lebensverhältnisse überlegt hat. Das ist eine Pflichtwidrigkeit. Nicht das Nichttun ist das wesentliche, sondern das Tun, die Einwirkung auf die Mitwelt, welche nur dann gerechtfertigt ist, wenn die entsprechenden Lebensverhältnisse erwogen sind” (KÖHLER, *Ueber die strafrechtliche Fahrlässigkeit*, p. 248).

⁴⁴ LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 70-71. En ese sentido, al analizar la teoría de *Feuerbach*, aclara *Exner* que: “... in Beziehung auf den rechtswidrigen Erfolg selbst ist kein Gebot verletzt, die allgemeine Sorgfaltspflicht ist es vielmehr, deren Übertretung das kulpose Delikt begründet” (*Das Wesen*, p. 16); más adelante *Exner* concluye que: “Die unmittelbare Konsequenz dieser Theorie ist: die Unvorsichtigkeit ist als solche zu bestrafen, ohne Rücksicht darauf, ob sie schädliche Folgen hat oder nicht” (*Das Wesen*, p. 79).

⁴⁵ PAWLIK, *Unrecht*, p. 369.

⁴⁶ EXNER critica esa postura: “... dem Täter wird stets nur die Vernachlässigung der Sorgfalt, nicht der Totschlag, die Brandstiftung, die Körperverletzung usw. vorgeworfen... Es gibt keine crimina culpae, sondern nur ein crimen culpae” (*Das Wesen*, pp. 78-79). Por las mismas razones, *Pawlik* también rechaza esa concepción de *Feuerbach* (PAWLIK, *Unrecht*, pp. 307 y 369).

⁴⁷ *Greco* identifica semejanzas de la teoría de *Feuerbach* con el finalismo y las teorías de la imprudencia de *Hruschka* y *Kindhäuser* (GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, p. 65).

⁴⁸ LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 72. También *Binding* critica la postura de *Feuerbach*, que conllevaría la ilicitud de una *actio interna*, la mera falta de atención: “Das Unzulässige wird zum Unsinnigen, wenn die

segundo lugar, la teoría de *Feuerbach* fracasa porque la pretendida conexión entre la falta de atención o diligencia y la determinación de la voluntad no es posible⁴⁹, dado que la ausencia de un elemento psíquico (atención) no puede considerarse como el resultado necesario de un acto de voluntad⁵⁰. De esta manera, contrariamente a lo que pretende el penalista, surge un elemento normativo en su teoría, con lo que se pierde el carácter sistemático de la fundamentación⁵¹.

Aunque crítico con la doctrina de *Feuerbach*, también *Ernst Ferdinand Klein* (1743-1810)⁵² sostiene que la voluntad es el fundamento de la imputación⁵³, incluso en lo que se refiere a los delitos imprudentes⁵⁴. Con una postura distinta a la asumida por *Feuerbach*, *Klein* rechaza la posibilidad de una infracción voluntaria del deber de atención, puesto que no se puede concebir una decisión de no prestar atención⁵⁵. Para este autor, lo que caracteriza a la imprudencia no es una voluntad de contenido positivo, sino más bien una de contenido negativo, o sea, un fallo en la formación de la voluntad⁵⁶. Al contrario del dolo, cuya esencia coincide con una “mala” voluntad “positiva”, la “mala” voluntad en la imprudencia tiene carácter “negativo”⁵⁷.

Desde la concepción de partida, según la cual la *voluntad* es el objeto del reproche, *Klein* intenta fundamentar tanto el dolo como la culpa (imprudencia) con base en la infracción de deberes necesariamente relacionados con aquel citado elemento volitivo

Schuld des fahrlässigen Delikts ganz in diesem internen Unterlassen gefunden wird. Dadurch hören alle fahrlässigen Delikte auf Handlungen in Rechtssinn zu sein und schrumpfen zu einer und derselben actio, richtiger inactio interna der Denkfaulheit zusammen. Zu solcher interna actio der Unaufmerksamkeit, wenn vorsätzlich verübt, hat Feuerbach das fahrlässige Delikt gestempelt” (BINDING, Schuld, p. 117).

⁴⁹ HOLL, *Entwicklungen*, pp. 11-12.

⁵⁰ KOCH, *Die Entkriminalisierung*, p. 60. En ese sentido la contundente crítica de *Klein*, contemporáneo de *Feuerbach*: “Sollte nun in Rücksicht auf Verbindlichkeit zur Übung der Aufmerksamkeit ein dolus existiren, so müßte der Mensch, welchem eine gesetzwidrige Wirkung wegen Mangels der Aufmerksamkeit zugerechnet werden sollte, den Entschluß gefaßt haben, nicht aufmerksam su seyn, oder sich keine Fertigkeit in der Ausübung der Aufmerksamkeit zu erwerben. Ich glaube, daß, so lange die Welt steht, ein solcher Vorsatz nicht gefaßt worden sey”, *Dolus und culpa*, p. 134.

⁵¹ LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 71, nota a pie de página 183.

⁵² VORMBAUM, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, publicación on line.

⁵³ KLEIN, *Grundsätze*, §120, p. 91: “Nur Fehler des Willens können zugerechnet werden”. El mismo, *Dolus und culpa*, p. 120. El mismo, *Verschulden*, p. 436

⁵⁴ KLEIN, *Unterschiede*, pp. 60-61; HOLL, *Entwicklungen*, p. 16; MEDER, *Schuld*, p. 129.

⁵⁵ ... “aber der Vorsatz überhaupt, unaufmerksam und ungeschickt zu seyn, ist nicht möglich” (KLEIN, *Dolus und culpa*, p. 135). HIMMELREICH, *Notwehr*, p. 24.

⁵⁶ LÖFFLER, *Die Schuldformen*, p. 208.

⁵⁷ KLEIN, *Unterschiede*, pp. 60-61.

que, de acuerdo con su opinión, es central para la imputación. En el primer caso, el del dolo, se trata del empleo de la *voluntad* de forma contraria a deber (“mala voluntad positiva”), mientras que en la imprudencia se le censura al agente por *no* haber empleado la *voluntad* como debería haberlo hecho (“mala voluntad negativa”)⁵⁸. Con todo, no es difícil concluir que la teoría de la doble naturaleza de la voluntad de *Klein* falla en su intento de superar las debilidades de la concepción de *Feuerbach*. Esto es así porque no es posible conciliar dolo y culpa (imprudencia) bajo un mismo elemento de censura que en un caso está presente, mientras que en el otro es precisamente su ausencia lo característico. Llama la atención el hecho de que, a pesar de no renunciar a la conexión entre responsabilidad y defecto de voluntad, *Klein* acaba por mantener un concepto tan amplio de voluntad⁵⁹ que al final resulta en la posibilidad de desconsiderar la esencia del elemento volitivo en los supuestos de imprudencia, puesto que en estos casos basta con el mero potencial de determinar el comportamiento por medio de una decisión⁶⁰.

En contraposición a la admisión de una voluntad negativa, *Ludwig Harscher von Almendingen* (1766-1827)⁶¹ sostiene que la voluntad solamente puede tener un contenido positivo, como acto de la consciencia. De ahí que, para *Almendingen*, hablar de una voluntad negativa, es decir, de una voluntad que no es producto de la consciencia, sería hablar de una culpa sin sentido⁶². Pese a ser adepto a la teoría de la coacción psicológica⁶³,

⁵⁸ KLEIN, *Grundsätze*, § 120, p. 91: “Man unterscheide jedoch *Fehler des Willens in engern Sinne (dolus)*, als welcher immer einen *positivbösen Willen* d. i. den Entschluss voraussetzt, eine unerlaubte Wirkung hervorzubringen, oder eine gebotene nicht hervorzubringen; und den *negativbösen Willen*, (Versehen, culpa) d. i. den Mangel des guten Vorsatzes, die zu Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit auszubilden oder anzustrengen”. EXNER, *Das Wesen*, p. 13; HOLL, *Entwicklungen*, p. 17; MEDER, *Schuld*, p. 129-130.

⁵⁹ Para *Holl*, *Klein* utiliza dos conceptos distintos de voluntad, una para el dolo, otra para la imprudencia (HOLL, *Entwicklungen*, p. 17).

⁶⁰ KLEIN, *Unterschiede*, p. 57: “Ehe ich weiter gehe, wird es nöthig seyn, vor allen Dinge zu bemerken, daß ich das Wort, Wille, in eben demselben Sinne nehme, in welchem es der gemeine Sprachgebrauch nimmt, und in welchem es auch sonst die Philosophen zu brauchen pflegten. Ich verstehe darunter das Vermögen, sich vermittelst eines Entschlusses zu einer Handlung zu bestimmen”. Como aclara *Löffler*, para *Klein* la voluntad no se corresponde tan solo con un acto individual, sino que se trata de un constante potencial del espíritu (LÖFFLER, *Die Schuldformen*, p. 208), lo que en definitiva implica una ampliación demasiada del campo semántico del término “voluntad”.

⁶¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Ludwig_Harscher_von_Almendingen (última visita, 24 de junio de 2013).

⁶² “Ein negativer Wille, d. i. ein Wille, welcher kein Faktum des Bewußseyns wäre, ist ein Schuld ohne Sinn” (ALMEDIGEN, *Untersuchungen*, p. 25).

⁶³ SCHLÜCHTER, *Grenzen*, p. 56.

este autor critica la doctrina de su amigo *Feuerbach*⁶⁴ sobre la imprudencia⁶⁵, puesto que el error no podría jamás ser reconocible mediante un esfuerzo de voluntad⁶⁶. Ante la convicción de que la amenaza penal solo puede determinar en el plano psicológico los actos que son el resultado de la voluntad⁶⁷, *Almendigen* concluye de forma consecuente que la ley no es capaz de producir su esperado efecto disuasorio en los supuestos de imprudencia⁶⁸. Sin embargo, debe llamarse la atención sobre el hecho de que para *Almendigen* el significado de la imprudencia coincide tan solo con lo que se denomina tradicionalmente imprudencia inconsciente⁶⁹⁷⁰, dado que su amplio concepto de dolo abarca todos los supuestos en los cuales el agente previó el resultado como meramente posible o probable. Es decir, traducido en el lenguaje actual, *Almendigen* concluye que la teoría de coacción psicológica puede fundamentar el castigo en lo que es el ámbito del dolo y de la imprudencia consciente, pero no es compatible con el castigo de la imprudencia inconsciente⁷¹.

Pese a la imposibilidad de compaginar la imprudencia (inconsciente) y voluntad,

⁶⁴ La información sobre esta amistad entre *Feuerbach* y *Almendigen* se encuentra en: MEZGER, *Derecho Penal*, p. 41; y PAWLIK, *Unrecht*, p. 368, nota a pie de página 636.

⁶⁵ La crítica de *Almendigen* se dirige contra la fundamentación de la imprudencia en *Feuerbach* como un error en la determinación de la voluntad: “Feuerbach läßt gar keinem Zweifel darüber Raum, daß er den Irrthum des Kulposen für eine fehlerhafte Willensbestimmung halte” (ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, p. 52). *Almendigen* concluye que, de acuerdo con la teoría de *Feuerbach*, un delito culposo no podría jamás ser castigado (ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, pp. 87-88).

⁶⁶ ALMENDIGEN, “Es gibt keinen Irrthum, welchen man, wenn man gewollt hätte, hätte einsehen können. Jeder Akt des Erkenntnisvermögen ist völlig unwillkürlich”, *Untersuchungen*, p. 54.

⁶⁷ “Strafandrohungen können nur die willkürlichen Bestimmungen und Akte des Begehrens, nie aber und in keinem Fall die unwillkürlichen Akte des Erkenntnisvermögens psychologisch beherrschen und bestimmen” (ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, pp. 54 y 75).

⁶⁸ “Der Gesetzgeber kann nicht darum an das kulpöse Verbrechen Strafen knüpfen, damit die Vorstellung der Strafe die That selbst verhindere” (ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, pp. 75-76)

⁶⁹ LÖFFLER, *Die Schuldformen*, p. 219. Como aclara *Holl*, “Der Bereich der bewussten Fahrlässigkeit wird also im vollen Umfang dem dolus zugeschlagen, übrig bleibt lediglich die Fälle der unbewussten Fahrlässigkeit” (HOLL, *Entwicklungen*, p. 28).

⁷⁰ Opinión similar se halla en la doctrina que puede ser considerada ya parte de la discusión contemporánea. En este sentido, *Schröder* afirma que “alle Fahrlässigkeit ist unbewusste Fahrlässigkeit” (SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, p. 245).

⁷¹ En su comparación entre *Almendigen* y *Feuerbach*, *Kaminski* llega a las mismas conclusiones: “Auch für v. *Almendigen* galt der Satz, daß jede Schuld Willenschuld war, und auch er sah in der Theorie des psychologischen Zwangs die Grundlage seines Strafrechtsverständnis. Die Wege trennen sich bei der Probleme, die Fahrlässigkeit in eine durch die Zwangstheorie determinierte Dogmatik einzufügen. v. *Almedigen* versuchte systematische Widersprüche auf der einen Seite dadurch zu vermeiden, daß er den Bereich der Vorsatzstrafbarkeit sehr weit ausdehnte. Er nahm einen dolos verwirklichten Erfolg stets dann, wenn der Täter diesen als notwendig oder auch nur irgendwie möglich vorhersehen konnte; auf solche Weise schlug er die gesamte bewußte Fahrlässigkeit dem Vorsatz zu. Auf der anderen Seite negierte er bei der unbewussten Fahrlässigkeit den Verbrechenscharakter” (KAMINSKI, *Der objektive Massstab*, p. 43).

este autor sostiene que en estos supuestos (de imprudencia inconsciente, en lenguaje actual) también se debe aplicar un castigo, pues ello sería una “necesidad de la seguridad jurídica” o una “exigencia de la común comprensión humana”⁷². En este punto, la justificación de la respuesta penal se aparta del eje de la fundamentación general de la pena según la concibe el propio *Almendigen* – la teoría de la coacción psicológica y la idea de prevención general⁷³ – basándose más bien en un argumento de pura prevención especial⁷⁴: el delito imprudente consiste en un error del potencial de percepción que debe ser castigado para que la experiencia del mal de la pena pueda reforzar la atención y estimular la reflexión del agente para el futuro⁷⁵. De esta manera, a pesar de la común denominación (*Strafe*), *Almendigen* diferencia la naturaleza de la pena en los supuestos de imprudencia de la naturaleza de la pena en los delitos dolosos⁷⁶. A diferencia de lo que sucede en el dolo, en la imprudencia *no* se trata de la existencia de una amenaza anterior al hecho para evitar la comisión de delitos, sino de la imposición de una experiencia posterior a la conducta lesiva con la finalidad de evitar que el mismo agente vuelva a practicar conductas semejantes⁷⁷. En otras palabras, el objetivo del castigo en el ámbito de las conductas imprudentes es meramente educativo⁷⁸, pues lo que se pretende es prevenir futuras lesiones imprudentes por medio de la *mejora* del agente⁷⁹ para que este sea una persona más diligente después de la experiencia de la pena.

Haciendo un balance de la concepción de *Almendigen*, hay que reconocer que es procedente su crítica a *Feuerbach* y *Klein*. En cuanto al primero, la coacción psicológica no es compatible con la prevención general en la imprudencia inconsciente, mientras que, con relación al segundo, tampoco puede convencer la concepción de una voluntad negativa, cuyo significado en realidad es la negación de la propia voluntad. De ahí que, al contrario de lo que sucede en estos dos autores citados, *Almendigen* logra llegar

⁷² ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, p. 85.

⁷³ ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, p. 183.

⁷⁴ SCHLÜCHTER, *Grenzen*, p. 57; PAWLIK, *Unrecht*, p. 368, nota a pie de página 636.

⁷⁵ ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, p. 109. El mismo: “So wie der illegale Reiz zu nichtvorausgesehenen gesetzwidrigen That fehlte, so fehlte auch der legale Gegenreiz der Strafe. Nur durch Erinnerung soll irgend ein Reiz zum Nachdenken bey künftigen gleichen Fällen erregt, es soll dadurch eine neue Illegalität verhütet werden” (ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, p. 115).

⁷⁶ EXNER, *Das Wesen*, p. 21.

⁷⁷ EXNER, *Das Wesen*, p. 21.

⁷⁸ ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, p. 120.

⁷⁹ “...die Erfahrungen sollen bessernd, aber nicht Nhot schmerzlich seyn” (ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, pp. 119-120).

correctamente a la conclusión de que no es posible fundamentar la responsabilidad penal de forma general por medio de la concepción de un reproche a la voluntad. No obstante, tampoco la solución de *Almendigen* para fundamentar el castigo en la imprudencia es satisfactoria, toda vez que la propuesta del autor supone una quiebra en la fundamentación sistemática de la finalidad de la pena⁸⁰, divergente en los delitos dolosos en comparación con los imprudentes. Además, no se puede admitir una sanción penal de carácter puramente pedagógico, renunciando a la premisa esencial de que la pena debe ser precedida de un comportamiento contrario a Derecho⁸¹.

De forma semejante a *Feuerbach* y *Almendingen*, la exigencia de actual conocimiento del carácter ilícito del comportamiento por parte del agente como condición para el reconocimiento de un delito⁸² es también defendida por *Christoph Karl Stübel* (1764-1828)⁸³. De acuerdo con ese planteamiento, todo delito presupone la infracción consciente de la ley penal⁸⁴, lo que requiere el pleno conocimiento del hecho en sí, de la ley penal infringida y de la relación entre hecho y ley⁸⁵. Para *Stübel*, la voluntad contraria a la ley penal – condición para la caracterización del delito según la concepción dominante en la época –, se manifestaría de dos formas⁸⁶: *dolus*, cuando el agente tiene la intención de producir el resultado ilícito, o *culpa*, que se configura en los supuestos en los que, pese a no querer el resultado, el agente practica voluntariamente un comportamiento peligroso, es decir, un comportamiento que probablemente resultará en un evento lesivo⁸⁷. La voluntad es siempre la base de la imputación. En el primer caso

⁸⁰ MEDER, *Schuld*, p. 135.

⁸¹ En la misma línea, SCHLÜCHTER, *Grenzen*, p. 57.

⁸² “Die Bestimmung zu einem Verbrechen begreift also ohne Ausnahme das völlig Bewusstseyn der Gesetzwidrigkeit, und überhaupt vollkommene Freiheit in sich. Ohne diese ist kein Verbrechen denkbar.” (STÜBEL, *System*, I, § 262); EXNER, *Das Wesen*, p. 22; HOLL, *Entwicklungen*, p. 26; MEDER, *Schuld*, pp. 136-137.

⁸³ http://de.wikipedia.org/wiki/Christoph_Karl_St%C3%BCbel (última visita, 4 de julio de 2013).

⁸⁴ “Das Verhältnis der der Gesinnung des, zu einem Verbrechen verleiteten, Menschen zu dem übertretenen peinlichen Gesetze begründet die äussere bürgerliche Immoralität der Verbrechen. Diese besteht daher auch in dem Widerspruche der bei einem Verbrechen von dem Urheber desselben verrathenen Gesinnung mit dem wissentlich übertretenen peinlichen Gesetze” (STÜBEL, *System*, I, § 237).

⁸⁵ “Daher erfordert die freie Handlung eines Verbrechens, dass der Delinquent mit der vollkommenen Kenntnis der Handlung an sich, des verletzen peinlichen Gesetzes, und ihrer Beziehung zu einander noch die Untersuchung des Verhältnisses verbinde” (STÜBEL, *System*, I, § 258).

⁸⁶ LÖFFLER, *Schuldformen*, p. 210.

⁸⁷ “Der Handelnde beabsichtigt entweder zugleich, dass die verbotene Handlung wirklich entstehe, die an sich blos wahrscheinlich ist, oder ohne dieses zu wünschen, nur die gefährliche That, d h. allein dienige, welche jene wahrscheinlich zur Folge hat” (STÜBEL, *System*, I, § 279). LÖFFLER, *Schuldformen*, pp. 210-211.

(*dolus*), se le imputa al agente el resultado lesivo perseguido, mientras que en el segundo (*culpa*), el comportamiento peligroso voluntario del que sobreviene el resultado⁸⁸.

Dado que en principio *Stübel* exige para la configuración de la *culpa* la conciencia del carácter peligroso de la conducta⁸⁹, una vez más se constatan dificultades para justificar el castigo en supuestos de imprudencia inconsciente⁹⁰. Como observa *Exner*, en este ámbito, al igual que sus contemporáneos, *Stübel* se halla ante un dilema con tres posibles soluciones: a) de forma consecuente con las premisas de su teoría, negar la intervención penal en casos de imprudencia inconsciente; b) construir una argumentación artificial para acercar desde el punto de vista naturalístico los supuestos de imprudencia inconsciente a las conductas de lesión voluntaria, a ejemplo de lo que hace *Feuerbach*; o c) sencillamente postular para estos casos la aplicación de una medida penal de carácter excepcional, como hace *Almendigen*⁹¹. Si *Stübel* fuera coherente con su sistema tendría que haber optado por la primera de las dos posturas. En cambio, se decanta por combinar las dos últimas alternativas.

Así, por un lado, este autor sostiene que la ignorancia del carácter peligroso de la conducta puede tener como causa la omisión de un comportamiento capaz de aportar el conocimiento del peligro o de la prohibición⁹². Esta omisión precedente permitiría la imputación del comportamiento peligroso inconsciente posterior y resultante que al final produce la lesión⁹³. Con todo, este rodeo no es convincente si la pretensión es, con

⁸⁸ EXNER, *Das Wesen*, p. 23; MEDER, *Schuld*, p. 137.

⁸⁹ Con esto, *Stübel* convierte “expresamente el delito imprudente en delito doloso de peligro” (MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 740).

⁹⁰ EXNER, *Das Wesen*, p. 23; HOLL, *Entwicklungen*, p. 27; MEDER, *Schuld*, p. 138.

⁹¹ EXNER, *Das Wesen*, p. 24.

⁹² “Gewöhnlicher sind die Fälle, daß der Unternehmer einer gefährlichen Handlung, deren gefährlichkeit er nicht bewußt war, etwas unterlassen hat, wodurch er sich die Kenntniß von der Gefährlichkeit und der Unzulässigkeit dieser Handlung verschaffen konnte” (STÜBEL, *gefährliche Handlungen*, §34, p. 280).

⁹³ EXNER, *Das Wesen*, p. 24.

⁹⁴ Se pueden notar semejanzas entre la concepción de *Stübel* y la denominada imputación extraordinaria, defendida en la actualidad principalmente por *Hruschka* (“Reglas de comportamiento y reglas de imputación” y “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*”, en HRUSCHKA, *Imputación*, pp. 27-39 y 55-88), pero sin la distinción que la doctrina actual de la imputación extraordinaria hace entre deberes e incumbencias. De acuerdo con *Pufendorf*, cuya doctrina es el precedente declarado de la teoría de *Hruschka*, “*Ignorance likewise takes off all Imputation, so far as it renders the Action involuntary ... But he who is the Cause of his own Ignorance and who was wittingly and willingly hindred himself from the Knowledge of those things, which he might, and should have known, is in the same Case as if he has offended upon Knowledge and Deliberation*” (PUFENDORF, *Law of Nature*, Libro I, Cap. V, §X, pp. 50-

abstracción de una imputación normativa, equiparar el estado mental de desconocimiento al estado mental de voluntad, dado que esta construcción aleja consciencia, voluntad y resultado de tal manera que no se puede ya hablar de imputación a la voluntad⁹⁵. Esto constituye una contradicción en la doctrina de *Stübel*, quien, a semejanza de sus contemporáneos, pone el acento en el aspecto *voluntario* de la culpabilidad apoyándose en el conocimiento por el agente del carácter peligroso de la conducta. Además, esta propuesta autoriza al juzgador a retroceder en el tiempo y en la sucesión causal para buscar una acción u omisión que explique el resultado lesivo, lo que, a pesar de ser admisible, demanda una fundamentación normativa más específica con el propósito de excluir el riesgo de mera responsabilidad por la causación de un resultado⁹⁶. Por otro lado, afirma *Stübel* que, en caso de completa falta de consciencia del carácter peligroso del comportamiento, no sería posible hablar de una pena en “el verdadero sentido de la palabra”⁹⁷. Con esta perspectiva, el autor sostiene ahora que si en el peligro era reconocible la necesidad de adoptar el cuidado necesario, el agente es considerado persona peligrosa, lo que autorizaría la aplicación de una medida con el propósito de proteger a la sociedad⁹⁸, una lección para que el agente sea más cuidadoso en el futuro⁹⁹, de manera parecida a lo que postulaba *Almendigen*¹⁰⁰¹⁰¹. Sin embargo, tampoco por esa

51). Sin embargo, la peculiaridad de la construcción de *Hruschka* es que, aunque basada en la imputación clásica, redundante en una aproximación valorativa —de carácter normativo y no psicológico— entre las situaciones de ausencia de conocimiento y los casos en los que el conocimiento está presente.

⁹⁵ Desde otra perspectiva, si la propuesta de *Stübel* es solo admitir como imprudentes las conductas ejecutadas con la consciencia por el agente de que no reúne los conocimientos o la capacidad necesarios para evitar peligros, entonces el caso será ya de imprudencia consciente, en la modalidad imprudencia por asunción – esto está mejor explicado en la segunda parte de este trabajo.

⁹⁶ En ese sentido, *Schlüchter* critica a *Stübel* a quien atribuye la construcción de normas que prohíben la producción de sucesos de los cuales a su vez pueden advenir peligros desconocidos (*Schlüchter, Grenzen*, p. 53).

⁹⁷ “Da nun die Zurechnung einer gefährlichen Handlung zur Strafe den Willen, solche zu unternehmen und eine gefährliche Unterlassung einer Handlung den Willen, solche nicht zu unterlassen, nothwendig voraussetzt, so findet in dem zuletzt bemerkten Falle die Zurechnung und mithin auch eine Strafe in der eigentlichen Bedeutung des Worts nicht Statt” (*Stübel, gefährliche Handlungen*, §36, p. 285); *Exner, Das Wesen*, p. 25.

⁹⁸ “Wer, ungeachtet seine Straflösigkeit, gefährlich bleibt, gegen den tritt eine andere Art des Schutzrechts ein, und diese besteht in dem Recht auf physischen oder mechanischen Zwang gegen denselben” (*Stübel, gefährliche Handlungen*, §37, p. 286).

⁹⁹ “Es ist für ihn ein Denkkettel, ein Momento, in den Fällen, wo die Erfüllung der Pflicht, aufmerksam zu seyn, eintritt, und bewirkt, daß er solche Fälle künftig nicht so leicht übersieht” (*Stübel, gefährliche Handlungen*, §37, p. 286).

¹⁰⁰ *Stübel, gefährliche Handlungen*, §37, pp. 286-287; *Exner, Das Wesen*, p. 25.

¹⁰¹ *Stübel* admite que ello conlleva la ampliación del rango de conducta punibles, ya que en estos casos se trata de igualmente de infligir un castigo, aunque en el significado impropio de la palabra (*Stübel, gefährliche Handlungen*, §37, p. 287).

vía resulta aceptable la fundamentación de *Stübel*, en la medida en que enfoca la justificación del castigo bajo la perspectiva central de la peligrosidad del agente y no la ilicitud o prohibición del comportamiento, lo que contraría el pensamiento liberal del Derecho penal del hecho, según el cual los ciudadanos pueden *ser* lo que quieran pero no *hacer* todo lo que quieran.

El último de los cinco autores más influyentes de una época marcada por el influjo de la exigencia de un claro elemento volitivo como condición necesaria para la imputación es *Karl von Grolman* (1775-1829). De forma similar a la mayoría de los autores mencionados anteriormente, al sistematizar la imputación subjetiva, también *Grolman* recurre en determinado momento de manera forzosa y artificial a una construcción argumentativa para incluir bajo el paraguas naturalístico de la voluntad incluso los casos de la imprudencia inconsciente. De acuerdo con *Grolman*, imprudencia es la decisión del agente de realizar su propósito sin estar seguro de que su comportamiento no producirá un evento ilícito¹⁰². La contrapartida de este amplio concepto de imprudencia es la limitación de los casos del dolo a las situaciones en las que el agente es consciente de que la realización de su propósito tiene como *consecuencia necesaria* la práctica de una conducta delictiva¹⁰³. En este último caso el agente demostraría una “enemistad a la ley”, mientras que en la imprudencia se trataría de una “falta de amistad a la ley”¹⁰⁴.

En cuanto a la imprudencia, *Grolman* distingue los casos que denomina *culpa inmediata o próxima* de los casos en que hay *culpa mediata o remota*¹⁰⁵. En los primeros, el agente prevé que de su comportamiento puede advenir un resultado ilícito, esto es, conoce el carácter peligroso de su conducta¹⁰⁶, mientras que en los últimos el agente podía haber previsto que su comportamiento necesariamente conllevaría la producción del resultado ilícito o por lo menos podía haber previsto que su comportamiento podía tener

¹⁰² “Culpa ist: Entschluß zur Realisierung seines Zwecks, ohne der Vermeidung eines gesetzwidrigen Erfolgs gewiß zu seyn” (GROLMAN, *Begriffe*, p. 29).

¹⁰³ “Der Handelnde sieht voraus, dass um seinen Zweck zu realisieren, das Verbrechen notwendig bewirkt werden müsse, sein Zweck ist also der, mit dem begangenen Verbrechen selbst verbundene Vortheil” (GROLMAN, *Begriffe*, p. 26).

¹⁰⁴ GROLMAN, *Begriffe*, p. 28.

¹⁰⁵ GROLMAN, *Begriffe*, pp. 32-33; HOLL, *Entwicklungen*, p. 22.

¹⁰⁶ GROLMAN, *Begriffe*, pp. 26 y 32.

como consecuencia la producción de un resultado ilícito¹⁰⁷. Es posible equiparar esta *culpa mediata* a lo que hoy se denomina imprudencia inconsciente. *Grolman* prosigue sosteniendo que en los casos de *culpa* (imprudencia) hay siempre un error evitable que podría haber sido reconocido por el agente, o, en otras palabras, podría haber sido evitado si hubiera estado presente la voluntad necesaria¹⁰⁸. El penalista admite, no obstante, la dificultad de conectar la voluntad a los casos de culpa mediata y por ello recurre a una justificación especial para concluir que también en estos sucesos es admisible una imputación con base volitiva: el agente omitiría voluntariamente la atención exigida por la ley; omitiría voluntariamente el cálculo de los efectos de su comportamiento; o se trasladaría voluntariamente a un estado con conocimiento de que en esta situación futura no estará en condiciones de adoptar las resoluciones adecuadas de manera que no se produzca el resultado ilícito¹⁰⁹. La imputación, insiste *Grolman*, es mediata, puesto que se configura por la conexión entre el comportamiento posterior inmediatamente causador del resultado a un comportamiento voluntario anterior contrario a la ley, o sea, se trata de un caso de *actio libera in causa*, en palabras del propio penalista¹¹⁰.

Las consideraciones de *Grolman* sobre el dolo y la imprudencia son reconocidas por *Pawlik* como fundamentales en relación a la actual dogmática de la imputación subjetiva¹¹¹. Y ello porque la preocupación inicial de *Grolman* es establecer la vinculación ineludible entre conducta delictiva y culpabilidad, por un lado, y la tajante separación entre culpabilidad y acaso, por otro lado¹¹². Solo después de la determinación de las fronteras de lo culpable sería posible avanzar hacia la delimitación de las formas individuales de comportamiento contrarias a deber desde el punto de vista subjetivo¹¹³. Esa unidad en la sistematización de la imputación subjetiva es, para *Pawlik*, el gran hallazgo de *Grolman*¹¹⁴. Con todo, una mirada a los detalles de la teoría de *Grolman* demuestra que el elemento que aporta unidad a las formas de imputación subjetiva en su

¹⁰⁷ GROLMAN, *Begriffe*, pp. 32-33.

¹⁰⁸ "Immer aber ist der Culpose in einem vermeidlichen Irrthum, konnte das Trügende seines Schlusses einsehen, wenn er nur wollte" (GROLMAN, *Begriffe*, p. 29).

¹⁰⁹ GROLMAN, *Begriffe*, p. 33.

¹¹⁰ GROLMAN, *Begriffe*, p. 33, nota a pie de página.

¹¹¹ PAWLIK, *Unrecht*, p. 362.

¹¹² PAWLIK, *Unrecht*, pp. 362-363.

¹¹³ PAWLIK, *Unrecht*, p. 363.

¹¹⁴ PAWLIK, *Unrecht*, p. 363.

doctrina es la *voluntad*, a semejanza de lo que hacen los demás autores de su tiempo. Es decir, a pesar de la correcta búsqueda del elemento común de la imputación subjetiva, también *Grolman* sostiene que dolo y culpa (imprudencia) presentan unidad tan solo en la medida en que constituyen formas de manifestación de la voluntad¹¹⁵. Sin embargo, es exactamente esa obstinación por explicar la imprudencia desde el punto de vista de la voluntad lo que debilita la doctrina de *Grolman* y de sus contemporáneos. Ello porque la imputación a título de imprudencia, especialmente si tenemos en cuenta la imprudencia inconsciente, no puede compaginarse con la exigencia de infracción *voluntaria* de la norma penal como condición necesaria para la configuración del injusto. En definitiva, la voluntad no forma parte de la estructura esencial de la imprudencia inconsciente y a lo sumo se podría reconocer la relevancia de los comportamientos anteriores mencionados por *Grolman* como vinculados bajo el aspecto cognitivo (epistémico) a riesgos de daños posteriores en los casos de imprudencia consciente por asunción, lo que no arregla el problema de fundamentación de la imprudencia *inconsciente*.

El pensamiento de los penalistas de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX tuvo una influencia de forma decisiva en las concepciones posteriores sobre la imprudencia¹¹⁶. Los esfuerzos para fundamentar la imprudencia bajo la perspectiva de la voluntad proseguirían en la mayoría de los autores del siglo XIX, pero para muchos de ellos ahora con un nuevo componente: el peso de la filosofía de *Hegel* y la consiguiente importancia concedida al aspecto volitivo para el concepto de acción. Entre semejanzas con el pensamiento de los autores ya mencionados y la influencia de la filosofía hegeliana con sus consideraciones absolutas de justicia¹¹⁷, algunos de los penalistas del siglo XIX construirían lo que se denominó después la escuela hegeliana¹¹⁸ en el Derecho penal, cuyo tratamiento de la imprudencia es analizado a continuación.

C. Los hegelianos

a. Introducción: Hegel y la imprudencia

¹¹⁵ LÖFFLER, *Die Schuldformen*, p. 211.

¹¹⁶ EXNER, *Das Wesen*, p. 13.

¹¹⁷ SÁNCHEZ-Ostiz, *Imputación*, pp. 301-302.

¹¹⁸ VON LISZT es uno de los que hicieron mención a una escuela hegeliana (*Tratado*, p. 76).

La influencia de la filosofía de *Hegel* en el Derecho penal cobra fuerza tan solo después de su muerte, en 1831, y se nota sobre todo a partir de 1840¹¹⁹. Los autores de Derecho penal que en el siglo XIX se apoyan en gran medida en las concepciones del mencionado filósofo para construir sus doctrinas – especialmente en lo que respecta a la concepción de la pena¹²⁰ – son denominados *hegelianos*. A partir del método dialéctico de *Hegel*, todos ellos comparten la idea de que el delito es la negación del Derecho y la sanción penal la negación del delito, por lo que sostienen una teoría absoluta de la pena¹²¹.

Específicamente en cuanto a la imprudencia no está cerrada la discusión acerca de la posibilidad de una imputación de esa naturaleza según el pensamiento del filósofo alemán¹²². Hay acuerdo a la hora de entender su concepto de acción como expresión de la voluntad subjetiva o moral a partir de lo que afirma el propio *Hegel* en el §113 de su obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts (Principios de la Filosofía del Derecho)*¹²³. Asimismo, consta en la nota complementaria al citado §113 que “tan solo la expresión de la voluntad moral es acción”¹²⁴. A ello se añade lo que afirma el filósofo en el §117 del mismo escrito: “El derecho de la voluntad consiste en que en un hecho suyo sólo se reconozca como su *acción* propia y sólo tenga responsabilidad sobre aquello que ella sabía en su fin acerca del objeto presupuesto, es decir lo que estaba en su *propósito*. El hecho sólo puede ser imputado como *responsabilidad de la voluntad*: éste es el *derecho del saber*”¹²⁵.

A pesar de la clara configuración del concepto de acción como la manifestación de la voluntad subjetiva o moral y del vínculo entre la imputación de un hecho y el propósito del agente, la controversia sobre la posibilidad de imputación imprudente en

¹¹⁹ SCHMIDT, *Einführung*, p. 294.

¹²⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 297.

¹²¹ SCHMIDT, *Einführung*, pp. 294-295.

¹²² HOLL, *Entwicklungen*, p. 52.

¹²³ HEGEL, *Grundlinien*, §113: “Die Äußerung des Willens als subjektiven oder moralischen ist Handlung”.

¹²⁴ HEGEL, *Grundlinien*, nota explicativa al §113.

¹²⁵ HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, p. 180. En el original: “Das Recht des Willens aber ist, in seiner That nur dieß als seine Handlung anzuerkennen, und nur an dem Schuld zu haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zwecke weiß, was davon in seinem Vorsatze lag – Die That kann nur als Schuld des Willens zugerechnet werden; – das Recht des Wissens.” (*Grundlinien*, §117).

Hegel tiene lugar principalmente a partir de la interpretación del §116 de su obra¹²⁶¹²⁷, que supondría para algunos una excepcional atribución de responsabilidad *por omisión* en la imprudencia. Por ejemplo, en la doctrina actual sostiene *Lesch* que en ese párrafo *Hegel* concibe la imprudencia no como acción, sino como omisión de la voluntad (producto de una reflexión normativa), por lo que el filósofo admitiría la imputación imprudente¹²⁸. En contraposición a *Lesch*, afirma *Holl* que la interpretación de los *Principios de la Filosofía del Derecho* de *Hegel* autoriza tan solo la conclusión de que entre la imputación por una acción dolosa y las consecuencias derivadas del acaso no hay espacio para una imputación imprudente¹²⁹: un comportamiento penalmente relevante requiere necesariamente una dirección consciente cuya ausencia permite solamente la fundamentación de un ilícito civil¹³⁰. Para *Holl*, el citado §116 se refiere al campo de la responsabilidad civil por daños provocados por niños, personas subordinadas o animales y no significa la admisión de una imputación penal a título de imprudencia¹³¹. En una tercera línea de comprensión, *Meder* sostiene que la posición de *Hegel* sobre el tema solamente puede ser objeto de especulación. De acuerdo con esta última opinión, el filósofo no habría tomado postura sobre ese asunto¹³².

Más allá de esta polémica sobre la interpretación de *Hegel*, lo importante para esta

¹²⁶ “No es por cierto un hecho propiamente mío que cosas de las que soy propietario y que, en cuanto externas, se encuentran en múltiples relaciones (tal como puede suceder incluso conmigo mismo en cuanto cuerpo mecánico o ser viviente), ocasionen perjuicios a los demás. Estos daños corren, sin embargo, más o menos a mi cargo, ya que esas cosas son mías y de acuerdo con su naturaleza están sometidas en mayor o menor medida a mi dominio, vigilancia, etcétera.” (HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, p. 180). Obs: la palabra “vigilancia” es la traducción de la palabra alemana “Aufmerksamkeit”, que puede traducirse también como “atención” (cf. HEGEL, *Grundlinien*, §116).

¹²⁷ LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 131-135.

¹²⁸ LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 132-135.

¹²⁹ A esta conclusión también había llegado RADBRUCH en su tiempo: “Nur im Falle des Vorsatzes scheint der zurechenbare Erfolg auch gewollt zu sein, und in der Tat scheint der Vater des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, Hegel, nur vorsätzliche Handlung als 'Handlung' anerkannt zu haben. Bei ihm scheint sich aber auch der Begriff der Zurechnung auf die Zurechnung zum Vorsatze beschränkt zu haben, so daß eine Kollision mit der Fahrlässigkeit ausgeschlossen war” (*Handlungsbegriff*, p. 101). Sin embargo, admite Radbruch la ambigüedad del citado §116 mencionado en el texto (*Handlungsbegriff*, p. 101, nota a pie de página 1). De forma más contundente, excluye EXNER la posibilidad de una imputación imprudente en la obra de *Hegel*: “Der Kulpa als selbständiger Schuldform wurden die Hegelianer nicht gerecht. Sie stehen darin wohl unter dem Einflusse ihres Meisters, bei dem die kriminelle Schuld im Vorsatz sich vollkommen erschöpft, und das 'unbefangene Unrecht' – schlimm für die Tatsachen! – nur zivilrechtlich haftbar macht” (*Das Wesen*, p. 32). SCHLÜCHTER constata que, en *Principios de la Filosofía del Derecho*, Hegel no menciona la imprudencia expresamente ni siquiera una vez (*Grenzen*, p. 49, nota a pie de página 263).

¹³⁰ HOLL, *Entwicklungen*, pp. 45-48.

¹³¹ HOLL, *Entwicklungen*, pp. 52-53.

¹³² MEDER, *Schuld*, p. 140.

investigación es analizar el contenido de las doctrinas concretas de los penalistas *hegelianos* sobre la imprudencia, puesto que estos autores participaron de forma directa en el debate jurídico-penal y se esforzaron por encontrar un fundamento para compatibilizar la voluntad, elemento nuclear en el sistema de imputación del filósofo alemán¹³³, con los resultados causados por conductas imprudentes.

b. Imputación imprudente en los hegelianos

La estrategia de los *hegelianos* para permitir la imputación en acciones imprudentes es ampliar el concepto de acción de *Hegel* por medio del acercamiento de la imprudencia al dolo¹³⁴, lo que no es tan diferente de las maniobras de extensión de la voluntad ejecutadas por la doctrina penal anterior. Sin embargo, los *hegelianos* no se detienen en la caracterización de la imprudencia como ausencia de una “buena voluntad”, a ejemplo de lo que hizo *Klein*, sino que intentan de forma decidida buscar en el propio contenido de la voluntad del agente – aunque sea un contenido construido a partir de fundamentaciones filosóficas – un elemento complementario de carácter positivo para justificar la reprobación¹³⁵.

Karl Ludwig von Michelet (1891-1893)¹³⁶ fue el más antiguo de los denominados *hegelianos* y tuvo contacto cercano con el propio *Hegel*¹³⁷. A pesar de haber trabajado durante la mayor parte de su vida profesional con la filosofía¹³⁸, fue originalmente jurista¹³⁹ y se ocupó de cuestiones relacionadas con la imputación subjetiva en el Derecho penal. *Michelet* define la imprudencia como error o descuido (*Versehen*), situado entre el *dolus* y el *casus*. Para el autor alemán, hay en la imprudencia un error de la consciencia y debido a que la consciencia es una parte integrante de la voluntad, es posible fundamentar también en este campo la culpabilidad de la voluntad¹⁴⁰. Asimismo, sostiene *Michelet* que

¹³³ HEGEL, *Grundlinien*, §117: “Die That kann nur als Schuld des Willens zugerechnet werden”.

¹³⁴ RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 102. SCHLÜCHTER, *Grenzen*, p. 49, nota a pie de página 263.

¹³⁵ EXNER, *Das Wesen*, p. 27.

¹³⁶ En realidad su nombre era *Charles-Louis Michelet*: http://de.wikipedia.org/wiki/Karl_Ludwig_Michelet (última visita, 29 de agosto de 2013).

¹³⁷ HOLL, *Entwicklungen*, p. 57.

¹³⁸ http://de.wikipedia.org/wiki/Karl_Ludwig_Michelet (acceso en 29 de agosto de 2013).

¹³⁹ RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 102, nota a pie de página 1.

¹⁴⁰ MICHELET, *System*, p. 57.

en la imprudencia se halla, al igual que en el dolo, un propósito, aunque aquí esté conectado a una consecuencia no intencional. Este propósito en el comportamiento imprudente lo vincularía igualmente a la determinación de la voluntad¹⁴¹. *Michelet* reconoce, por tanto, que en el delito imprudente hay una lesión del derecho no intencional, pero sostiene que, en la medida en que la lesión es una posible consecuencia real del comportamiento del agente, también el resultado halla su principio en la voluntad humana¹⁴². La construcción de la imputación imprudente sería la siguiente: el agente conocía y quería la posibilidad real de una lesión de Derecho y por ello la real posibilidad de prever la consecuencia lesiva estaba situada en su consciencia; la posibilidad real de la lesión del Derecho es un aspecto esencial de la lesión del Derecho; de ello resulta que una decisión en el sentido de aquella condición del delito constituye ya un delito¹⁴³.

El análisis de las construcciones presentes en el pensamiento de *Michelet* releva el carácter artificial del acercamiento de la imprudencia a la voluntad. Llama la atención sobre todo la conclusión de que al querer la posibilidad real de la lesión del Derecho, es decir, la condición del resultado lesivo, el agente quiere asimismo la propia lesión del Derecho¹⁴⁴. El error de ese encadenamiento queda claro en la imprudencia inconsciente, dado que en ese caso el propósito del agente es, según su propia percepción de la realidad, absolutamente inofensivo, por lo que no se puede afirmar que el autor del comportamiento quería una condición del resultado, puesto que él no conocía la relación condicional entre lo que era efectivamente su propósito y el resultado lesivo finalmente producido¹⁴⁵.

Aunque la doctrina de *Michelet* sea criticable, lo cierto es que llegó a influenciar la fundamentación de la imputación imprudente del famoso *hegeliano Christian Reinhold*

¹⁴¹ MICHELET, *Naturrecht*, p. 120: “Das Versehen ist ein Vorsatz, der mit einer unvorsätzlichen Folge verbunden ist, die selbst zugerechnet, und also, wie der Vorsatz, auf die Willensbestimmung zurückgeführt wird”.

¹⁴² MICHELET, *System*, p. 71: “Das Verbrechen aus Versehen ist eine unvorsätzliche Rechtsverletzung, die, als real mögliche Folge einer Thätigkeit, ihr Prinzip im Willen des Menschen hat”.

¹⁴³ MICHELET, *System*, p. 71: “Indem der Hadelnde daher die reale Möglichkeit einer Rechtsverletzung wußte und wollte, und so in seinem Bewusstsein die reale Möglichkeit lag, jene rechtsverletzende Folge vorherzusehen, ohne daß er die Möglichkeit zur Wirklichkeit erhoben hätte, die reale Möglichkeit einer Rechtsverletzung aber die eine wesentliche Seite einer Rechtsverletzung ist: so enthält der Entschluß zu jener Bedingung eines Verbrechens selbst ein Verbrechen”.

¹⁴⁴ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 30, nota a pie de página 63: “Michelet konstruiert den Begriff der 'realen Möglichkeit' des Erfolges und unterstellt dadurch dem Wollen einen in Wahrheit bloß künstlich geschaffenen Inhalt”.

¹⁴⁵ LÖFFLER, *Schuldformen*, p. 224; EXNER, *Das Wesen*, p. 63.

Köstlin (1813-1856)¹⁴⁶¹⁴⁷. Como principio fundamental sostiene *Köstlin* que el delito es producto de la voluntad y constituye una mala acción desde el punto de vista subjetivo¹⁴⁸. Por lo que atañe específicamente al delito imprudente, *Köstlin* lo restringe a la imprudencia inconsciente, puesto que la denominada imprudencia consciente (*luxuria*) constituiría una categoría autónoma entre el dolo y la culpa en sentido propio¹⁴⁹. De acuerdo con el penalista, la imprudencia (inconsciente) presupone un comportamiento negativo de la voluntad, un error de conocimiento evitable. Con todo, a ese aspecto negativo de la voluntad debería añadirse un aspecto positivo, que consistiría en el conocimiento y la voluntad de la condición a partir de la cual un resultado lesivo del Derecho se desarrolla como una consecuencia posible real¹⁵⁰.

Ese doble aspecto de la imputación a la voluntad en la imprudencia queda claro en *Köstlin* al analizar las doctrinas de *Klein* y *Feuerbach*. Para el *hegeliano*, las teorías de ambos autores eran en parte correctas, pero solo en parte, y debido a ello no lograron al fin definir la imputación imprudente con exactitud. De modo semejante a *Klein*, también *Köstlin* sostiene que se le imputa al agente una mala voluntad de contenido negativo, que según el *hegeliano* se reflejaría en un déficit de consciencia, un error del potencial de conocimiento¹⁵¹. Sin embargo, *Feuerbach* tendría razón al afirmar que la imprudencia no podría ser definida tan solo como algo negativo, puesto que sin un elemento de carácter positivo no sería posible una culpabilidad ni en sentido moral ni en sentido jurídico. El error de *Feuerbach* sería buscar el elemento positivo de la imprudencia en su identificación con el dolo, al exigir la consciencia de la ilicitud y la omisión dolosa de un comportamiento cuidadoso¹⁵². En realidad, para *Köstlin* la mala voluntad de contenido positivo en la imputación imprudente se explicaría más bien porque el agente quiere la condición que integra el resultado lesivo como una posible consecuencia real¹⁵³, a la manera de lo que sostenía *Michelet*.

¹⁴⁶ http://de.wikipedia.org/wiki/Christian_Reinhold_K%C3%B6stlin (última visita, 31 de agosto de 2013).

¹⁴⁷ EXNER, *Das Wesen*, p. 29.

¹⁴⁸ KÖSTLIN, *Neue Revision*, p. 131.

¹⁴⁹ KÖSTLIN, *System*, pp. 165-166 y 182-183.

¹⁵⁰ KÖSTLIN, *Neue Revision*, p. 228; *System*, p. 165.

¹⁵¹ KÖSTLIN, *Neue Revision*, p. 320.

¹⁵² KÖSTLIN, *System*, p. 167.

¹⁵³ KÖSTLIN, *Neue Revision*, p. 321-322.

Es interesante constatar que el elemento negativo de la voluntad en la imprudencia se construye según la doctrina de *Köstlin* a partir de una imputación normativa¹⁵⁴ – aunque el penalista no lo admita expresamente –, pues tiene como base la *evitabilidad* del error de conocimiento. El recurso a la perspectiva normativa para definir dicha capacidad de evitación es indispensable, pues no hay una voluntad que pueda tener como objeto un error¹⁵⁵. Por contra, la voluntad asume siempre un contenido positivo que se relaciona a un objeto¹⁵⁶, lo que obsta hablar de una voluntad negativa¹⁵⁷, y con esto de lo que se trata en realidad es de una imputación normativa bajo un revestimiento terminológico de voluntad. Además, el recurso al aspecto positivo de la voluntad, más allá de someterse a la misma crítica hecha anteriormente a *Michelet*, supone una indeterminación sistemática, puesto que se trata de un intento de combinar sin armonía planteamientos dispares entre sí: uno de carácter normativo (“voluntad negativa”) y otro de carácter psicológico (“voluntad positiva”).

En consonancia con la peculiar perspectiva de los *hegelianos*, también *Julius Friedrich Heinrich Abegg* (1796-1866)¹⁵⁸ realzaba la importancia de la voluntad del sujeto como fundamento de la culpabilidad¹⁵⁹. En correspondencia con esto, la imputación debería necesariamente comprender la relación de la voluntad con el hecho y con su resultado¹⁶⁰. Pero *Abegg* sostenía, en una crítica a *Klein*, que este elemento esencial para la imputación no sería meramente negativo en la imprudencia. Más bien, la ausencia de una buena voluntad de evitar el resultado constituiría la propia esencia de la contrariedad a la ley, por lo que la imprudencia no sería más o menos negativa al Derecho que el dolo, dado que por medio del hecho resultaría una existencia (positiva) que puede

¹⁵⁴ KOCH (*Zur Strafbarkeit*, p. 181) e SPILGIES (*Über die Aporie*, p. 490) destacan el carácter normativo de la concepción de la mala voluntad de carácter negativo de *Klein*, lo que se aplica asimismo a *Köstlin*.

¹⁵⁵ A ese respecto, SPILGIES (*Über die Aporie*): “So wie es nocht möglich ist, an gegenwärtig Gedachtes nicht denken zu wollen, ist es umgekehrt auch nicht möglich, an nicht Gedachtes gedacht haben zu wollen”.

¹⁵⁶ Cf. SCHOPENHAUER, *Grundprobleme (Preisschrift über die Freiheit des Willens)*, p. 14: “Wenn ein Mensch will; so will er auch Etwas: sein Willensakt ist allemal auf einen Gegenstand gerichtet und laßt sich nur in Beziehung auf einen solchen denken”.

¹⁵⁷ EXNER, *Das Wesen*, p. 54: “Das Fehlen einer Wollung betimnnten Inhaltes kann also hier dem Willen weder als Verdienst noch als Schuld irgendwie angerechnet werden”.

¹⁵⁸ http://de.wikipedia.org/wiki/Julius_Friedrich_Heinrich_Abegg (última visita, 4 de septiembre de 2013).

¹⁵⁹ ABEGG, *Lehrbuch*, p. 124: “Zurechnung ist die Anerkennung, dass ein äusserlich hervortretender Erfolg die Wirkung der Handlung eines Menschens sei d. h. auf gesetzwidrige Erscheinungen angewendet, das Urtheil, dass diesem in dem Willen und Wollen des Subjects ihren Grund habe, dass dieses nicht bloss der Thäter, Ursacher, sondern der schuldige sei”.

¹⁶⁰ ABEGG, *Lehrbuch*, p. 130.

y debe ser suprimida por la voluntad¹⁶¹.

Aunque limitado por su premisa acerca de la vinculación necesaria entre imputación y voluntad, es curioso observar que también *Abegg* recurre a una argumentación esencialmente normativa para fundamentar la imprudencia. La imputación no se confirma, por tanto, solamente cuando el agente sabía que la manifestación de su voluntad tendría como resultado una lesión al derecho (*dolus*), sino también cuando el agente era capaz de darse cuenta de esta relación pero omitió la atención necesaria (*culpa*)¹⁶². Este autor reconoce que el resultado no es objeto del propósito del agente en la imprudencia¹⁶³, pero afirma que la diferencia entre esta forma de imputación y el acaso reside en que la consecuencia lesiva en la imprudencia habría sido prevista por el agente de haber empleado la atención habitual y exigida por el derecho (*diligentia*)¹⁶⁴. A pesar de explicar la imprudencia por la falta de utilización de una capacidad que habría evitado el error, *Abegg* pretende conectar error y voluntad con una construcción que ya es característica de los *hegelianos*: en la imprudencia la decisión del agente sería contraria a derecho porque se relacionaría con un posible resultado lesivo¹⁶⁵. Pero una vez más, lo que hace falta explicar en esta concepción es que en la imprudencia inconsciente la decisión del agente es la de practicar una conducta absolutamente inofensiva desde la perspectiva de su voluntad. Es decir, la potencial relación de causalidad entre el comportamiento y la lesión es desconocida por el agente, con lo cual el resultado no puede conectarse a la voluntad.

En síntesis, *Abegg* admite inicialmente que en la imprudencia la relación entre comportamiento y resultado se sitúa en el plano naturalístico (causal). Luego, afirma que, de haber empleado el agente la atención o la diligencia debidas según su capacidad, habría

¹⁶¹ ABEGG, *Lehrbuch*, p. 137: “Man kann auch diesen Willen nicht durchgängig als einen bloß negativ bösen bezeichnen, weil der Mangel an gutem Willen, die Gesetzwidrigkeit zu vermeiden, schon an sich das Unrecht ist und zwar, dem Recht gegenüber, nicht weniger oder mehr negativ ist, als auch der *dolus*, weil überhaupt demselben hier durch die That ein positives Daseyn gegeben wird, welches eben darum an dem Willen wieder aufgehoben werden muss”.

¹⁶² ABEGG, *Lehrbuch*, p. 127.

¹⁶³ ABEGG, *System*, §81: “... auch hier Ursprung der Handlung aus dem Wissen und Wollen statt findet, nur in anderer Richtung”.

¹⁶⁴ ABEGG, *Lehrbuch*, pp. 136-137.

¹⁶⁵ ABEGG, *Lehrbuch*, p. 137: “die culpa ist stets auf den Willen zurückzuführen, auf einen, in Beziehung auf die möliche Verletzungsgesetzwidrigen Entschluss”.

previsto y podido evitar el resultado lesivo. En este segundo paso el penalista aúna la relación de causalidad del mundo natural a la expectativa de carácter normativo que se le hace al agente. Finalmente, introduce la voluntad como fundamento de la imputación de una manera artificial (e innecesaria), toda vez que la voluntad tiene como objeto el comportamiento que solo puede relacionarse con el resultado desde la perspectiva normativa anteriormente adoptada. En otras palabras, un elemento de carácter psíquico como la voluntad no es capaz de relacionar el comportamiento con un desenlace no anticipado por su agente, por lo que tampoco puede funcionar como elemento para legitimar la imputación como pretendía *Abegg*. El resultado de ello es que la alusión a la voluntad “sobra” en el pensamiento del penalista y no tiene otra utilidad que la de mantener la afiliación ideológica con su maestro *Hegel*.

También fiel a su matriz *hegeliana*, sostiene *Albert Friedrich Berner* (1818-1907)¹⁶⁶ que “la imputación consiste en un juicio de que lo sucedido es asimismo lo querido”¹⁶⁷, pero luego añade que hay que comprender esa afirmación de forma amplia para que pueda abarcar también lo que no es producto inmediato de la voluntad¹⁶⁸. En la imprudencia, el elemento central de la imputación y que asimismo relacionaría la voluntad al agente, aunque indirectamente, sería la atención (*Aufmerksamkeit*), caracterizada como un acto espontáneo¹⁶⁹. *Berner* intenta acercar la atención a la voluntad al concebirla como un consistente impulso hecho por el propio agente para dirigir su inteligencia hacia un determinado sentido¹⁷⁰: la consciencia debe orientarse hacia lo que es deber del ser humano¹⁷¹. Según *Berner*, para evitar un resultado imprudente el ser humano debe estimular su inteligencia, debe tener atención, de lo contrario no puede comportarse de una forma buena, ajustada a Derecho¹⁷². Por tanto, el momento culpable en la imprudencia sería siempre negativo, el no prestar atención, el descuido de la correspondiente cautela¹⁷³. Esa falta de atención se caracterizaría por el *animus abvertere*

¹⁶⁶ http://de.wikipedia.org/wiki/Albert_Friedrich_Berner (última visita, 08 de septiembre de 2013).

¹⁶⁷ BERNER, *Imputation*, p. 41: “Zurechnung ist das Urtheil, daß das Geschehene ein Gewolltes sei”.

¹⁶⁸ BERNER, *Imputation*, p. 41.

¹⁶⁹ BERNER, *Imputation*, p. 227.

¹⁷⁰ BERNER, *Imputation*, pp. 227-228 “Betrachten wir die Aufmerksamkeit näher, so erweist sie sich uns als ein beständiges sich selbst Impelliren, um der Intelligenz eine bestimmte Richtung zu geben”.

¹⁷¹ BERNER, *Imputation*, p. 28: “Das Bewusstsein ist da leuchtende Centrum im Inneren des Menschen: wohin es sich wendet, verbreitet es Licht. Es soll sich aber auf das richten, was des Menschen Pflicht ist”.

¹⁷² BERNER, *Imputation*, p. 228.

¹⁷³ BERNER, *Imputation*, p. 229.

o por el *animus non advertere*¹⁷⁴. En el primer caso, el agente tiene consciencia de la posibilidad del resultado lesivo¹⁷⁵, pero no hace caso de ese conocimiento y se aleja de la atención necesaria¹⁷⁶, juega con el destino, convencido por sí mismo de que el resultado no acaecerá¹⁷⁷. En el segundo caso hay, en cambio, una completa ausencia de previsión del resultado por parte del agente, que no advierte ni siquiera la posibilidad de lesión¹⁷⁸. Las dos formas se corresponden, por tanto, con lo que en la actualidad se denomina imprudencia consciente e imprudencia inconsciente.

Conforme a su punto de partida *hegeliano*, *Berner* asocia la falta de atención o de previsión a la ausencia de una buena voluntad¹⁷⁹ capaz de abrir los ojos del agente para mirar las consecuencias remotas de su comportamiento y con ello evitarlo¹⁸⁰. Sin embargo, el penalista sostiene que el elemento esencial de la imputación imprudente es la atención o diligencia, exigidas al agente según la medida común en una persona sensata¹⁸¹. El enlace entre las dos vertientes (psíquica y normativa) se manifiesta en un resultado parecido a la concepción de *Feuerbach* sobre la voluntaria falta de atención en la imprudencia, por lo que la siguiente crítica es aplicable a las concepciones de ambos penalistas: en supuestos de falta de atención o distracción, el objeto del conocimiento actual del agente no incluye o bien las circunstancias fácticas relevantes para la producción de un evento o bien la relación de causalidad entre comportamiento y resultado, por lo que no se puede reconocer una voluntad relacionada con el suceso final. Además, dado que la distracción es falta de consciencia, ese estado no puede ser producido por la voluntad, que se caracteriza por tener siempre un objeto. Lo que queda efectivamente es tan solo la exigencia (normativa) al agente para dirigir su atención de acuerdo con la medida habitual en la vida civil¹⁸². En definitiva, la imprudencia en *Berner*

¹⁷⁴ BERNER, *Imputation*, p. 228.

¹⁷⁵ BERNER, *Imputation*, p. 246.

¹⁷⁶ EXNER, *Das Wesen*, p. 30.

¹⁷⁷ BERNER, *Imputation*, pp. 246-248.

¹⁷⁸ BERNER, *Imputation*, pp. 248-253.

¹⁷⁹ BERNER, *Imputation*, p. 249: "Mit dem guten Willen, zu verstehen, kommt ihm plötzlich das Verständniß".

¹⁸⁰ BERNER, *Imputation*, p. 230: "Der gute Wille wirkt in ihm das Unglaubliche, öffnet ihm die Augen, daß sie die entferntesten Folgen ihres Wirkens sehen und berücksichtigen können".

¹⁸¹ BERNER, *Imputation*, p. 135.

¹⁸² Después de mencionar el baremo asociado a la persona sensata, BERNER se refiere también a la exigencia de utilización de la diligencia habitual en la vida civil: "Culpa oder Fahrlässigkeit liegt vor, wenn infolge eines vermeidlichen Irrthumes ein unbeabsichtiger verletzender Erfolg eingetreten ist. Unter der

tiene carácter normativo¹⁸³, pero desde un punto de vista metodológico presenta inconsistencias fundamentales en la medida en que también este penalista pretende aproximar la imputación imprudente a la voluntad de forma artificiosa.

El último de los *hegelianos* comúnmente mencionados es *Hugo Phillipp Egmont Hälschner* (1817-1889)¹⁸⁴, cuya vida académica está estrechamente vinculada a la Universidad de Bonn, donde fue profesor desde 1843¹⁸⁵. Su trabajo, también citado hasta los días de hoy, constituye una transición, en la cual la influencia *hegeliana*¹⁸⁶ va perdiendo fuerza en el Derecho Penal, lo que llevó *Schmidt* a afirmar que en la obra de *Hälschner* dos espíritus habitan en el mismo cuerpo¹⁸⁷. En correspondencia con esto, incorporando la tendencia *causalista*, pero sin dejar de lado la voluntad típica del pensamiento *hegeliano*, *Hälschner* define la acción como “el movimiento del cuerpo de un ser humano con efecto causal que tiene su origen en un acto consciente de la voluntad”¹⁸⁸.

La dualidad se refleja asimismo en la imputación imprudente. Inicialmente, *Hälschner* sostiene que en la imprudencia se da la producción de un resultado *causado* por un comportamiento del agente, pero no pretendido por este, con lo cual habría que indagar en qué reside el carácter culpable de ese comportamiento¹⁸⁹. La respuesta es: el comportamiento *querido* por el agente, del que deriva un resultado lesivo no perseguido debe ser en sí mismo infractor de un deber¹⁹⁰. Este deber infringido es el deber de cuidado, de atención, el deber de dirigir el comportamiento *de manera que controle el curso causal*, evitando desviaciones que puedan redundar en la consecución de eventos no

Vermeidlichkeit des Irrthumes ist zu verstehen die Möglichkeit, den Irrthum durch Anwendung der im bürgerlichen Leben erforderlichen gewöhnlichen Aufmerksamkeit aufzuheben” (*Lehrbuch*, p. 160).

¹⁸³ PAWLIK, *Unrecht*, p. 307.

¹⁸⁴ http://de.wikipedia.org/wiki/Hugo_Haelschner (última visita, 9 de septiembre de 2013).

¹⁸⁵ SCHMIDT, *Einführung*, p. 301.

¹⁸⁶ HOLL, *Entwicklung*, p. 90.

¹⁸⁷ SCHMIDT, *Einführung*, p. 301.

¹⁸⁸ HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 185: “Das Verbrechen ist eine Handlung durch welche etwas verursacht wird was wider das Recht und strafbar ist. Als Handlung aber bezeichnen wir die causal wirkende körperliche Bewegung eines Menschen, die auf einen bewußten Willensakt zurückzuführen ist”.

¹⁸⁹ HÄLSCHNER, *Strafrecht*, pp. 310-311.

¹⁹⁰ HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 311: “Soll also der nicht gewollt Erfolg als ein schuldhafter zugerechnet werden, so wird vorausgesetzt, daß gleichwohl die gewollte Handlung selbst eine Pflicht verletzte”.

intencionados¹⁹¹. Para este autor, no solamente el dolo sino también la infracción del deber de atención se relaciona con la *voluntad* en la medida en que el querer puede aportar una clara consciencia que a su vez proporciona al agente la aptitud para concentrarse, reconocer la realidad¹⁹² y, por consiguiente, evitar el delito¹⁹³. De forma semejante a otros *hegelianos*, *Hälschner* señala que también el delito imprudente exige un comportamiento intencionado que se relaciona de forma causal con un resultado buscado por el agente¹⁹⁴. Pero el carácter culpable de ese comportamiento residiría en que el propósito en la imprudencia estaría configurado de una manera que llevaría en sí mismo el peligro de la producción de resultados no deliberados¹⁹⁵.

Esta vinculación del momento intencional de la imprudencia a un comportamiento peligroso es análoga en *Hälschner* a la concepción de *Stübel*¹⁹⁶. Sin embargo, mientras este último resalta en cierto momento la consciencia del peligro de producción de un resultado lesivo como elemento importante para la imputación, *Hälschner* sigue otro camino y conecta la voluntad a un comportamiento que es peligroso tan solo desde el punto de vista objetivo de probabilidad causal, lo que debería ser reconocido por el agente y lo que sería reconocido de estar presente la voluntad. En resumen, ya no hay novedad en este tipo de construcción, que busca artificialmente conectar la voluntad a la evitación de un error, lo que no es posible en la medida en que es un contrasentido hablar de un error voluntario¹⁹⁷. En realidad, de forma parecida con otros autores de su tiempo, *Hälschner* establece una imputación normativa en la imprudencia – pues lo que importa

¹⁹¹ HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 311: “Die Pflicht welche durch die Handlung verletzte wird, ist die Pflicht mit Vorsicht, Aufmerksamkeit zu handeln, die Pflicht des Handelnden seien Thätigkeit so ein zurichten, daß er soweit als möglich den ganzen Entwicklungsgang des causalen Verhältnisses zu beherrschen und ihn, mit Vermeidung jeder Abweichung, zu dem beabsichtigten Ziele zu führen vermag”.

¹⁹² HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 311.

¹⁹³ HÄLSCHNER asocia asimismo la imputación imprudente a la infracción de un deber ético de *evitar* el mal por medio de un comportamiento cauteloso (*Strafrecht*, p. 312).

¹⁹⁴ HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 313.

¹⁹⁵ HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 313.

¹⁹⁶ EXNER, *Das Wesen*, p. 31.

¹⁹⁷ Como sostenía *Almendigen* en oposición a *Feuerbach*, “es gibt keinen Irrthum, welchen man, wenn man gewollt hätte, hätte einsehen können. Jeder Akt des Erkenntnisvermögen ist völlig unwillkürlich” (*ALMENDIGEN, Untersuchungen*, p. 54) – ver nota a pie de página 55. Para *von Bar*, la crítica de *Almendigen* es correcta (*VON BAR, Gesetz*, p. 440). Según la censura de *EXNER* a los *hegelianos*, por lo que se refiere a la imprudencia inconsciente es incorrecto decir que el agente quiere una condición del resultado, ya que él no reconoció la relación condicional entre lo que efectivamente quería y el resultado. En el contenido de su voluntad no estaba integrado un estímulo a la producción del resultado (*Das Wesen*, p. 63). La voluntad, por tanto, se queda a medio camino, relacionada tan solo a un comportamiento que el agente interpreta como inofensivo y no puede fundamentar la culpabilidad por el resultado lesivo.

al final es el deber de reconocer el peligro y de evitar el resultado – que ocasionalmente es complementada con alusiones superfluas a la voluntad debido a que, a pesar de todo su esfuerzo de argumentación, el autor no logra enlazar de forma coherente la voluntad al resultado lesivo no deseado, nexa que en definitiva no existe en la imprudencia inconsciente.

I.2. Imprudencia y culpabilidad de la voluntad: balance de las concepciones del siglo XIX y posturas críticas

De acuerdo con lo que se ha expuesto al inicio de este capítulo, la concepción jurídico-penal dominante en el siglo XIX parte del presupuesto de que la libertad solo puede ser determinada como libertad de voluntad¹⁹⁸. Ética y Derecho se dirigen a la voluntad humana, por lo que solamente la voluntad podría ser ética o jurídicamente culpable¹⁹⁹. La vinculación entre ética y voluntad no era nueva, dado que sus raíces se remontan a *Aristóteles*²⁰⁰, quien ya sostenía que, por lo general, el acto injusto debe ser voluntario: el agente debe conocer a la persona afectada, el instrumento utilizado y la meta pretendida²⁰¹. Aunque la fundamentación de la culpabilidad en el acto doloso no presente dificultades especiales desde ese punto de vista, la prueba de fuego será justificar el carácter culpable de la acción lesiva imprudente, que para la mayoría de la doctrina del siglo XIX, incluso en lo que atañe a la imprudencia inconsciente, merecía asimismo una pena²⁰².

La mayoría de las construcciones dogmáticas reconocían expresamente que el

¹⁹⁸ MEDER, *Schuld*, pp. 127-128.

¹⁹⁹ EXNER, *Das Wesen*, p. 44.

²⁰⁰ KÖHLER, *Zurechnung*, pp. 65-66; EL MISMO, *La imputación subjetiva*, p. 72.

²⁰¹ “E o que determina o caráter justo ou injusto do ato é o caráter voluntário ou involuntário do ato; quando ele é voluntário, é censurado, e pela mesma razão se torna um ato de injustiça, de tal forma que haverá coisas que são injustas, sem que no entanto sejam atos de injustiça, se a voluntariedade não estiver presente. Como já disse, por voluntário quero significar tudo aquilo que um homem tem o poder de fazer e que faz com conhecimento de causa, isto é, sem ignorar qual a pessoa afetada por seu ato, qual o instrumento usado, e qual o fim a ser alcançado (por exemplo, em quem está batendo, com que objeto, para que fim)” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômano*, Livro V, 8). Sin embargo, esta postura es matizada por el filósofo, que admite asimismo el castigo por la propia ignorancia, en el caso de los ebrios, o en los casos en que “a ignorância seja atribuída à negligência, pois presumimos que dependa dos culpados o não ser ignorantes, uma vez que poderiam ter-se informado de uma maneira mais zelosa” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômano*, Livro III, 5).

²⁰² MEDER, *Schuld*, p. 128.

resultado causado por imprudencia no era querido y, en el caso de la imprudencia inconsciente, ni siquiera objeto de la más remota previsión por el agente. No obstante, la estrategia era abrir caminos para que de alguna manera la lesión pudiese conectarse a la voluntad. Esta no es, por lo tanto, una voluntad que se relaciona inmediatamente con el resultado como su objeto, o en otras palabras, una relación psíquica directa entre agente y resultado. Más bien, se configura en algunos casos como voluntad en sentido muy amplio, en otros como voluntad tan solo de practicar una acción objetivamente peligrosa e incluso llega a ser definida por algunos autores sencillamente como la voluntad de una mera condición del resultado.

Para la afiliación a esa amplia corriente de fundamentación de la culpabilidad sobre la base de la voluntad y para la defensa de la punibilidad en el ámbito de la imprudencia tanto consciente como inconsciente, lo decisivo no era la visión determinista o indeterminista de cada uno de los autores. Y esto es así porque, si bien la creencia en el libre albedrío aparentemente debiese aportar un peso mayor al aspecto voluntario del delito²⁰³ y como consecuencia dificultar la imputación en la imprudencia inconsciente, lo cierto es que en la justificación del castigo los *indeterministas* del siglo XIX extendían de manera artificiosa el significado de la voluntad hasta poder amoldarse a la infracción de la norma sin el conocimiento del carácter peligroso del comportamiento ni la previsión del resultado lesivo. Por otro lado, en una inesperada unidad de opinión entre polos opuestos, también desde la perspectiva *determinista* de aquel periodo la voluntad tenía un papel esencial, pues era definida como producto de la constitución sensorial del ser humano pasible de ser contrarrestada por la fuerza intimidatoria de la pena. Al fin, se encuentran las dos corrientes de pensamiento, puesto que los deterministas adoptan una estrategia semejante a los defensores del libre albedrío, la de desfigurar la voluntad hasta que pueda acercarse a la infracción inconsciente de la norma, lo que fundamentaría el castigo penal incluso en supuestos de imprudencia sin conocimiento del peligro ni previsión de la lesión.

Lo anterior se confirma cuando se tienen en cuenta las posiciones de *Klein* y

²⁰³ En la doctrina actual, SPILGIES vincula libre albedrío, culpabilidad de la voluntad y rechazo al carácter penal de la imprudencia inconsciente (*Über die Aporie*, pp. 490-493).

Feuerbach. El primero, convencido del libre albedrío del ser humano, concibe la “voluntad negativa” que fundamenta la culpabilidad en la imputación imprudente como un desvío voluntario del camino de construcción de la “buena voluntad”, es decir, también en la imprudencia la lesión sería consecuencia de una libre decisión del agente²⁰⁴. Aunque desde la perspectiva determinista contraria, *Feuerbach* es igualmente adepto a la culpabilidad de la voluntad. Según la teoría de la coacción psicológica, la amenaza de la pena tiene el propósito de ejercer una fuerza motivadora que pueda contraponerse a la fuerza sensorial que dirige el ser humano a cometer el delito²⁰⁵²⁰⁶. Desde esa concepción, *Feuerbach* busca igualmente fundamentar el castigo en la imprudencia por medio de su caracterización como un producto de la voluntad humana que puede ser contrapuesta por la amenaza de la pena²⁰⁷.

El punto débil de la culpabilidad de la voluntad en cuanto a su potencial para justificar el castigo de la imprudencia inconsciente es que en realidad no consigue conectar la voluntad, defendida como elemento esencial de censura, al resultado lesivo²⁰⁸. En las construcciones dogmáticas de ese periodo es común que se establezca una vinculación tan solo entre la voluntad y el comportamiento causador del resultado lesivo para fundamentar la reprobación ético-jurídica en la imprudencia. No obstante, con ello no se acaba de diferenciar el delito imprudente del acaso, dado que un comportamiento voluntario que se muestre *ex ante* como (aparentemente) no arriesgado puede llegar a conectarse causalmente a un resultado lesivo sin posibilidad de pronóstico de la lesión en la situación concreta, lo que debería implicar ausencia de responsabilidad: en este caso la voluntad está referida al comportamiento, pero de ningún modo al resultado²⁰⁹. La conclusión es que los adeptos de la culpabilidad de la voluntad traicionan su punto de

²⁰⁴ MEDER, *Schuld*, pp. 129-130.

²⁰⁵ MEDER, *Schuld*, pp. 132-133.

²⁰⁶ De forma crítica, *Schünemann* afirma que “ante un autor que obra estando determinado, la amenaza no sólo está vacía o carece de seriedad, sino, sencillamente, no tiene ningún sentido” (SCHÜNEMANN, *Culpabilidad penal*, pp. 448-449).

²⁰⁷ MEDER, *Schuld*, p. 133.

²⁰⁸ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 459: “Bei der unbewußten Fahrlässigkeit dagegen fehlt es an der Vorstellung der Tatbestandsverwirklichung, diese Vorstellung hat dem Willen bei seiner Entscheidung nicht vorgelegen, er war daher nicht in der Lage, sie zu berücksichtigen, es kann ihm deshalb insoweit kein Vorwurf gemacht werden”.

²⁰⁹ “Dies ergibt sich ganz klar daraus, daß ja auch der zufällig verursachte Erfolg auf den Willen des Menschen zurückgeführt werden kann, wofern nur eine Handlung im technischen Sinne vorliegt. Auch der zufällige Urheber hat 'kausal werden wollen', hat die Körperbewegung 'vorsätzlich' vollzogen, auch bei ihm ist die Verletzung 'Ergebnis der willensfreien Handlung’” (EXNER, *Das Wesen*, p. 49).

partida y desprecian su propio elemento de censura al dispensar la vinculación entre voluntad y resultado lesivo en la fundamentación del castigo en la imprudencia inconsciente. De adoptarse de forma consecuente la culpabilidad de la voluntad, la postura esperada sería la de reconocer su incompatibilidad con la imprudencia inconsciente²¹⁰ y esa fue la orientación de un sector minoritario de la doctrina de aquel periodo, subdivido en dos grupos críticos básicos.

Desde una primera perspectiva crítica se situaban los autores que, a pesar de admitir el castigo de la imprudencia inconsciente basado en la culpabilidad de la voluntad, lo justificaban recurriendo directamente a criterios de política criminal. Ya se ha expuesto antes que *Almendigen* reprochaba todos los intentos de fundamentar la imprudencia inconsciente como un defecto de voluntad. No obstante, de la misma manera que sus contemporáneos, el penalista concluía que era necesario castigar en esos supuestos. Según *Almendigen*, la justificación para la intervención penal estaría apoyada en la “necesidad de la seguridad jurídica” o sería una “exigencia de la comprensión humana común”²¹¹. En la misma línea, *Hertz* sostiene inicialmente que todas las concepciones que buscan caracterizar la imprudencia inconsciente como una forma de culpabilidad son erróneas²¹². Pero luego subraya la situación del Derecho positivo de su época, que establecía la imposición de pena para supuestos de producción de resultados sin consciencia del carácter peligroso de la acción, lo que le lleva a concluir de manera muy similar a *Almendigen* que la culpabilidad no es presupuesto del castigo, el cual tiene la naturaleza de un mero recurso de protección jurídica²¹³. En cambio, la segunda perspectiva crítica no acepta fisuras en la fundamentación dogmática del injusto y de la pena. Esta es la postura, por ejemplo, de *Temme* (1798-1881)²¹⁴, quien mantuvo fidelidad a la exigencia de culpa por la voluntad como condición del castigo. De acuerdo con su opinión, la quiebra del Derecho solamente podría suceder cuando el agente tiene la voluntad de infringir la norma penal por medio de su comportamiento²¹⁵. La voluntad criminal que

²¹⁰ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 460: “Steht man also auf dem Standpunkt: Alle Schuld ist Willenschuld (Wahlschuld), so muß man der unbewußten Fahrlässigkeit den materiellen Schuldcharakter absprechen”.

²¹¹ ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, p. 85.

²¹² HERTZ, *Unrecht*, p. 153.

²¹³ HERTZ, *Unrecht*, pp. 162-164.

²¹⁴ http://de.wikipedia.org/wiki/Jodocus_Temme (última visita, 29 de septiembre de 2013).

²¹⁵ “Aus dem Begriff einer strafbaren Handlung, als des Bruchs des Rechts folgt zugleich, daß der Handelnde auch den Willen gehabt haben müsse, durch seine Handlung das Strafgesetz zu übertreten. Fehlt

fundamenta la pena estaría condicionada a la decisión del agente de producir un determinado resultado con conocimiento de que este resultado infringe la ley penal²¹⁶. La consecuencia para *Temme* es que todo delito es delito doloso: esta es la única forma de voluntad criminal²¹⁷.

Zerbst y *Roßhirt* rechazan asimismo la imposición de pena sin previa comprobación de culpabilidad de la voluntad y, en consecuencia, repudian el castigo de comportamientos imprudentes. Según el primero, en los delitos imprudentes hay un indebido castigo por el resultado sin el concurso de la voluntad²¹⁸. Dado que para *Zerbst* la voluntaria determinación criminal es el único principio fundamental correcto para el delito y para la punibilidad, es ineludible para él reconocer que los delitos imprudentes en que dicha determinación criminal voluntaria no está presente deberían ser eliminados del ámbito del derecho penal²¹⁹. *Roßhirt* (1793-1873)²²⁰ afirmaba que, si bien la mayoría de la doctrina aceptaba una doble fuente de culpabilidad, nadie pudo describir correctamente la estructura de la imprudencia como modalidad de imputación culpable al lado del dolo²²¹. A partir de la importancia de la determinación de la voluntad como elemento esencial del delito, *Roßhirt* concluye asimismo que la culpa penal no puede ir

dieser Wille, so kann zwar wohl eine Handlung, aber keine verbrecherische Handlung da sein" (TEMME, *Lehrbuch*, p. 151).

²¹⁶ "Zu dem Willen, das Strafgesetz zu übertreten, dem verbrecherischen Willen, wird also auch Zweierlei erfordert: einmal die Erkenntniß des Handelnden, daß der Erfolg seiner Thätigkeit die Uebertretung des Strafgesetzes sein werde, unde zum anderen der Entschluß, diesen Erfolg durch seine Thätigkeit herbeizuführen" (TEMME, *Lehrbuch*, p. 151).

²¹⁷ "Es kann also auch nur Verbrechen aus Vorsatz geben, und der verbrecherische Vorsatz ist die einzig denkbare Form des verbrecherischen Willens, ist der verbrecherische Wille selbst" (TEMME, *Lehrbuch*, p. 151).

²¹⁸ "So gibt es z. B. im Strafrecht eine Strafe des Wilens ohne Erfolg, beim Versuch, und eine Strafe des Erfolges ohne Willen, bei dem culposen Verbrechen" (ZERBST, *Begriff*, p. 216).

²¹⁹ "Erkennt man nun die verbrecherische Willensbestimmung als das allein richtige Grundprinzip für Begriff und Strafbarkeit eines Verbrechens an und muß man zugeben, daß bei dem culposen Verbrechen die verbrecherische Willensbestimmung fehlt, weil aber bei ihm in Rücksicht auf den hervorgebrachten rechtswidrigen Erfolg gar kein Wille vorhanden ist, so muß man nothwendiger Weise zu dem Resultat gelangen, daß man den Begriff des culposen Verbrechens aus dem Gebiete des Strafrechts gänzlich ausscheidet" (ZERBST, *Begriff*, p. 422).

²²⁰ <http://www.koeblergerhard.de/Rechtsfakultaeten/Heidelberg1306.htm> (última visita, 29 de septiembre de 2013).

²²¹ "Alle nehmen eine doppelte Quelle der Schuld als Norm der juristischen Imputation an — Die Schuld des bösen Willens und die Schuld außerdem" (ROßHIRT, *Grundsätze*, p. 165); "Wie haben sich unsere Gelehrten abgemüht, den Zustand der culpa zu beschreiben, den Gegensatz zum dolus aufzustellen, und wie wenig ist es gelungen" (ROßHIRT, *Grundsätze*, p. 166).

más allá del dolo²²².

Con una postura intermedia, también *Luden* puede ser citado como integrante de la corriente crítica. Aunque reconozca la posibilidad de castigo de conductas imprudentes, en las que no concurre la intención de hacer daño, el carácter penal de la imprudencia estaría condicionado a la comprobación de que la voluntad es su base²²³, lo que sucedería cuando el agente prevé el resultado como posible²²⁴. De esa manera, *Luden* admite el castigo tan solo en supuestos de imprudencia consciente, por lo que la imputación estará excluida cuando el agente no tiene ninguna previsión del resultado, es decir, en supuestos de imprudencia inconsciente²²⁵. De la misma manera, *von Buri* exige la consciencia por el agente de que obra de forma imprudente. Aunque no se refiera a la consciencia directa del peligro, para *von Buri* el castigo de la imprudencia está condicionado a la consciencia del agente de que no hizo lo necesario para aclarar el posible alcance de la causalidad de su comportamiento²²⁶. En correspondencia con este planteamiento, *von Buri* sostiene que aceptar la mera infracción objetiva de preceptos legales de cuidado como suficiente para el castigo implicaría castigar por la mera causalidad²²⁷.

El procedimiento de los *hegelianos* para refugiarse de las críticas y mantener la vinculación entre culpabilidad y voluntad incluso en los delitos imprudentes fue conectar la voluntad a la acción. Dado que la acción tiene una relación con el resultado – aunque dicha relación sea meramente causal y por lo tanto objetiva –, estaría satisfecha (de alguna manera) la exigencia del vínculo entre voluntad y resultado. Los *hegelianos* creían que con esta postura lograban compaginar la culpabilidad de la voluntad con el hecho de que

²²² “Unter den wirklich allgemeinen Grundsätze über die Natur des Verbrechens kann es keinen wichtigeren geben, als die über den Zustand der Willensbestimmung des Verbrechens” (ROBHIRT, *Grundsätze*, p. 164); “Aber davon ist hier die Rede, ob die Schuld ohne Gesetz, das sie näher bestimmt, weiter gehe, als auf den dolus; und dies wollten wir läugnen” (ROBHIRT, *Grundsätze*, p. 165).

²²³ “Dagegen könnte gar nicht die Rede sein, wenn sich nicht nachweisen ließe, daß derselben, ungeachtet sie nicht Absicht ist, der Wille zugrunde liegt, die verbotene Handlung zu begehen” (LUDEN, *Handbuch*, p. 259).

²²⁴ LUDEN, *Handbuch*, pp. 259-261.

²²⁵ “Dagegen ist die culpa immer ausgeschlossen, wenn der Handelnde sich vorstellt, daß der Causalzusammenhang nicht Statt finde. Auch wenn diese Vorstellung eine irrig ist und der Handelnde bei Anwendung gehöriger Sorgfalt die richtige Vorstellung zu haben im Stande gewesen wäre, kann ihm ein hervorgebrachter Erfolg nicht zur Culpa zugerechnet werden, weil er dessen ungeachtet sich dabei vorgestellt hat, daß er denselben nicht hervorbringen werde” (LUDEN, *Handbuch*, pp. 261-262).

²²⁶ VON BURI, *Causalität*, p. 29.

²²⁷ VON BURI, *Causalität*, pp. 29-30.

en la imprudencia inconsciente el resultado no es ni querido ni previsto. Esto permitiría fundamentar la pena en supuestos de imprudencia inconsciente sin someterse a las acusaciones de alejamiento entre imputación imprudente y culpabilidad. No obstante, la debilidad de esa construcción es que el comportamiento no agota la materia de prohibición. Es más, en los delitos imprudentes, la mera acción no es ni siquiera suficiente para la caracterización del ámbito de prohibición. Por esta razón, el principio de la voluntad no puede fundamentar la pena en la imprudencia inconsciente, puesto que en estos supuestos la voluntad no tiene el resultado como su objeto²²⁸.

Con más coherencia desde la corriente de la culpabilidad de la voluntad, vimos que *Stübel* caracterizó inicialmente el comportamiento imprudente como el practicado con consciencia del peligro²²⁹. Esta postura fue seguida por *Thon* a finales del siglo XIX al afirmar que el delito imprudente consiste en la inobservancia *intencional* de una prohibición de comportamientos *peligrosos*, sometidos a pena en caso de producción de determinadas consecuencias lesivas a un bien jurídico²³⁰. Sin embargo, llegado el momento de tratar específicamente de la imprudencia inconsciente, estos autores ya no se mantenían en los límites de la consciencia o voluntad del peligro. Por un lado, *Stübel* describe estos supuestos como de omisión de un comportamiento capaz de aportar el conocimiento del peligro, de forma semejante a la *actio libera in causa*²³¹, lo que permitiría un castigo como medida de corrección – a ejemplo de lo que sostenía *Almendigen* –, dado que la imprudencia inconsciente no podría ser evitada por la amenaza

²²⁸ “Wenn also das Willensprinzip durchgeführt werden soll, so muß verlangt werden, daß der Wille sich auf dasjenige beziehe, worauf es ankommt, auf den Erfolg, nicht auf die an sich unwesentliche Körperbewegung allein. Nicht sie ist ja das Verbotene, sie zu wollen kann daher unmöglich den Willen in irgendwelcher Weise qualifizieren, ihn zu einem fehlerhaften machen” (EXNER, *Das Wesen*, p. 49). *Radbruch* critica a los *hegelianos* por sostener de forma inconsecuente que también los resultados producidos por imprudencia son queridos (RADBRUCH, *Schuldbegriff*, pp. 334-335).

²²⁹ En la misma línea, *John* concluyó en la mitad del siglo (1860) que el resultado lesivo en conjunto con el *peligro querido* constituyen en su totalidad el comportamiento imprudente: “Der schädliche Erfolg zusammen mit der gewollten Gefahr machen in ihrer Totalität die culpose Handlung aus ... es kann hierüber vielmehr nur ein Grundsatz existieren nämlich der: daß der Ganze Schade, welcher aus einer und derselben gewollten Gefahr entsteht, als ein culposes Verbrechen zu behandeln sei” (JOHN, *Verbrechen*, p. 72).

²³⁰ “Das fahrlässige Delict besteht meines Erachtens in der absichtlichen Uebertretung eines Verbots gefährdender Handlungen, welche jedoch nicht allein für sich, sondern erst unter der Bedingung des Hinzutritts gewisser Folgen unter Strafe gestellt werden – zumeist unter der Bedingung, dass aus der Gefährdung eines rechtlich geschützten Guts eine Verletzung des letzteren entsprungen sei” (THON, *Rechtsnorm*, p. 78, nota a pie de página 20).

²³¹ EXNER, *Das Wesen*, p. 24.

de la pena como coacción psicológica²³². Por otro lado, *Thon* relativiza la necesidad de conocimiento del carácter peligroso del comportamiento y afirma que para la caracterización del injusto sería suficiente que el comportamiento objetivamente peligroso fuese querido, aunque el agente no conociera la peligrosidad²³³, construcción que no es en esencia diferente de la postura de los *hegelianos*: el agente quiere un comportamiento que tan solo desde un punto de vista objetivo es condición del resultado lesivo. En definitiva, en la imprudencia inconsciente, la culpabilidad no era culpabilidad de la voluntad, en contradicción con la concepción sistemática de los dos autores.

Quizá el mejor ejemplo de las dificultades que enfrenta la teoría de la culpabilidad de la voluntad para fundamentar el castigo de la imprudencia inconsciente sea la doctrina de *Feuerbach*. Este autor intenta justificar la intervención jurídico-penal, es decir, la aplicación de penas, a partir de criterios estrictamente jurídicos, alejándose del campo meramente moral. A su parecer, la teoría de la coacción psicológica sería capaz de ofrecer esa base jurídica para fundamentar la pena, dado que aportaría una clara función para el castigo penal, la de evitar delitos²³⁴, por un medio concreto, el ejercicio de la coacción psicológica. Si es cierto que el propósito buscado es loable, el de separar el Derecho de la Moral, no se puede decir lo mismo del resultado final de este intento, puesto que esa doctrina acentúa excesivamente el aspecto psicológico de la imputación penal, que por ello pierde su carácter funcional²³⁵. Aunque sin admitirlo expresamente, el propio *Feuerbach* reconoce esa pérdida de funcionalidad llegado el momento de tratar la imprudencia. Esto se refleja en la postura del penalista al fundamentar la imputación en los delitos imprudentes sobre la base de una infracción del deber de cuidado²³⁶. En este punto se halla su mayor dificultad: la de compaginar la imprudencia definida como infracción de un deber de cuidado con el método de la coacción psicológica, que solo puede operar con eficacia cuando el agente prevé el resultado lesivo y la consecuente

²³² STÜBEL, *gefährliche Handlung*, §37, p. 286.

²³³ “Ein besonderes Wollen der Gefahr ist nicht erforderlich... Es genügt vielmehr, dass die objectiv gefährdende und darum verbotene Handlung gewollt ist” (THON, *Rechtsnorm*, p. 78, nota a pie de página 20).

²³⁴ FEUERBACH, *Revision II*, p. 40: “Jedes vorhandene Strafgesetz kann nur für den Fall gegeben seyn, wo es als Strafgesetz wirksam seyn kann, wo die physische Möglichkeit seiner Wirksamkeit zur Verhinderung der That begründet ist”.

²³⁵ LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 57-61.

²³⁶ EXNER, *Das Wesen*, p. 24.

pena. El penalista intenta conciliar las dos ideas con el acercamiento del delito imprudente al delito doloso²³⁷: en el delito imprudente hay una infracción dolosa del deber de atención²³⁸. Con esa salida cree *Feuerbach* poder justificar el castigo de la imprudencia sin renunciar a la culpabilidad de la voluntad²³⁹.

La postura de *Feuerbach* sufrió numerosas críticas, de las cuales la más aguda y conocida tal vez sea la de *Binding*, quien describió esta forma de proceder (y otras posturas semejantes) como “la caza del dolo en la imprudencia”²⁴⁰. Pero lo cierto es que la fidelidad de *Feuerbach* a la culpabilidad de la voluntad se limita solamente a una idea general que no puede ser sostenida por el penalista en la imprudencia inconsciente. En este ámbito, *Feuerbach* abandona expresamente la exigencia de la previsión del resultado como condición para imputar y recurre a la idea de que la reprobación consiste en que el agente no utiliza un patrimonio cognitivo, lo que caracteriza una omisión que resulta en una determinación de voluntad contraria a la ley, aunque dicha determinación de voluntad no sea la meta del agente²⁴¹. En otras palabras, lo que se le imputa al agente no es directamente el comportamiento lesivo, sino la omisión de un comportamiento que aportaría un estado de conocimiento capaz de evitar la determinación de voluntad contraria a la ley²⁴².

Toda esa construcción explica la necesidad de *Feuerbach* de acudir a criterios normativos para fundamentar la imputación en la imprudencia y le lleva a justificaciones que ya no pueden ser conciliadas con la coacción psicológica, como fuerza motivadora que actúa directamente en la mente del potencial infractor. El resultado ya no está en la mente del sujeto, como previsión que puede ser asociada *ex ante* a la coacción de la pena

²³⁷ FEUERBACH, *Über dolus und culpa*, p. 227: “Aus allen bisher angegebene Erklärungen ergibt sich, daß sich in Rücksicht auf die Art der Willensbestimmung an sich, die culpose Uebertretung keineswegs von der dolosen unterscheidet”.

²³⁸ EXNER, *Das Wesen*, p. 24.

²³⁹ LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 65.

²⁴⁰ “...die Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit” (BINDING, *Normen IV*, p. 328).

²⁴¹ “Da nun die Pflicht zum gehörigen Fleiße allgemein ist, so ist auch durch sie geboten, von dem Erkenntnißvermögen denjenigen Gebrauch zu machen, durch dessen Unterlassung, gegen die Absicht des Subjects eine gesetzwidrige Willensbestimmung verursacht werden kann” (FEUERBACH, *Über dolus und culpa*, p. 217).

²⁴² “Das, was ihm hier unmittelbar zugerechnet wird, ist nicht die entstandene Rechtsverletzung selbst; sondern die Unterlassung jener Handlungen durch welche er sich in dem Zustande der Unwissenheit hielt und durch deren Unternehmung er jene (dem Inhalte nach) gesetzwidrige Willensbestimmung vermeiden könnte” (Über dolus und culpa, p. 217).

de manera que se evite el comportamiento ilícito, sino que dicho resultado ilícito es imputado al agente a partir de una fundamentación normativa que busca investigar no lo que quería el agente, sino lo que era su deber, o sea, la imprudencia es infracción del deber de cuidado, cuya caracterización dispensa el conocimiento actual de la posibilidad del resultado lesivo. Pero con esto, la culpabilidad de la voluntad se queda en el discurso general y no se extiende la imprudencia inconsciente²⁴³.

A pesar de las críticas a la culpabilidad de la voluntad, es preciso aclarar que representó un avance en su época en cuanto a los delitos imprudentes, toda vez que el propósito general de esa corriente era el de fundamentar la imputación penal en la imprudencia sobre una base diversa de la culpa por un mero déficit cognitivo. Esa última idea fue asociada en Alemania al filósofo *Christian Wolf*, quien había definido en el siglo anterior (XVIII) la imprudencia como un fallo del intelecto²⁴⁴, mientras que el dolo sería un fallo de la voluntad²⁴⁵. *Feuerbach* y los demás penalistas de su tiempo reconocían que un mero fallo de intelecto es inevitable, un evento causal de la naturaleza, por lo que no podría fundamentar la imputación imprudente²⁴⁶. Esa conclusión encuentra apoyo en la filosofía de *Schopenhauer*, donde se establece que la imputación moral depende de la voluntad y que un fallo de intelecto constituye más bien una causa de privilegio para el agente²⁴⁷. De hecho, no es razonable imputar por un mero déficit intelectual, una incapacidad constitutiva del agente, característica estructural que no puede ser ética o jurídicamente reprobada²⁴⁸. De lo contrario, se da el riesgo de llegar a justificar una postura de prevención especial extrema que puede culminar en la imposición de castigo

²⁴³ LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 72.

²⁴⁴ “Culpa in specie dicitur defectus rectitudinis actionis quoad intellectum vencibilis”, WOLF, *Philosophia Practica*, §717, p. 535. La misma definición se halla en NETTELBLADT: “In specie vero culpa est defectus rectitudinis actionis quoad intellectum vencibilis” (*De homicidio*, §V, p. 5). Sin embargo, la culpa ya había sido definida como vicio del intelecto antes, a ejemplo de *Decianus*, en el siglo XVII (1613): “Dolus voluntatis sit vitium, culpa intellectus & memoriae” (*Tractatus*, Lib. I., Cap. VI, 5, p. 10).

²⁴⁵ BINDING, *Normen IV*, pp. 195-196; MEDER, *Schuld*, p. 126-128.

²⁴⁶ LÖFFLER, *Die Schuldformen*, p. 213.

²⁴⁷ “Dies bezeugt genugsam, daß der Wille allein das Wirkliche und das Wesentliche, der Kern des Menschens ist, der Intellekt aber bloß Werkzeug, welches immerhin fehlerhaft seyn mag, ohne daß er dabei betheilig wäre. Die Anklage des Unverstandes ist, vor dem moralischen Richterstuhle, ganz und gar keine; vielmehr giebt sie hier sogar Privilegien. Und eben so vor den weltlichen Gerichten ist es, um einen Verbrecher von aller Strafe zu befreien, überall hinreichend, daß man die Schuld von seinem Willen auf seinen Intellekt wälzen, indem man entweder unvermeidlichen Irrthum, oder Geistesstörung nachweist: denn da hat es nicht mehr auf sich, als wenn Hand und Fuß wider Willen ausgeglitten wären” (SCHOPENHAUER, *Die Welt*, pp. 232-233).

²⁴⁸ EXNER, *Das Wesen*, p. 98.

a los asociales, a los incapaces, por el mero hecho de que sean portadores de dificultades cognitivas²⁴⁹.

En conclusión, es posible decir que la culpabilidad de la voluntad surgió como un intento loable de limitar la imputación penal, distinguiéndola del acaso²⁵⁰. Sin embargo, por todas las razones ya mencionadas, no fue capaz de fundamentar la imputación en supuestos de imprudencia inconsciente. En realidad, en su acepción esencial en la época, comprendida en un sentido naturalístico, psicológico, como un empíricamente constatable rechazo mental-espiritual contra la norma, la culpabilidad de la voluntad es incompatible con la imprudencia inconsciente²⁵¹. En este punto es posible explicar una dualidad presente en las teorías de la culpabilidad de la voluntad: por un lado, su propósito era el de llamar la atención sobre el carácter voluntario de todo comportamiento imputable para superar la responsabilidad penal objetiva o la culpa por el intelecto; por otro lado, su configuración se apartaba gradualmente de su original sentido psicológico anclado en la consciencia del sujeto y la “representación y voluntad del resultado”, haciéndose cada vez más maleable para poder alejarse del sentido naturalístico del concepto de voluntad²⁵² con la finalidad de poder atribuirle un carácter normativo, capaz de justificar el castigo también en supuestos de imprudencia inconsciente²⁵³.

Así, el desarrollo de la culpabilidad de la voluntad se orienta gradualmente hacia una normativización, en que la palabra voluntad adquiere un significado diferente del original, de carácter propio y normativo, para poder fundamentar la imputación penal. Un

²⁴⁹ EXNER, *Das Wesen*, p. 104.

²⁵⁰ MEDER, *Schuld*, p. 128. En el plano de la configuración de la sociedad, *Bacigalupo* sostiene que la relevancia del elemento subjetivo por esos tiempos era consecuencia de la percepción del delito como “un acto de desobediencia en el que lo decisivo es la actitud interior de rebeldía”, lo que se explicaría por la concepción de la sociedad “como una sociedad de sujetos obligados a obedecer a la autoridad” (BACIGALUPO, *Sobre el Derecho penal y su racionalidad*, pp. 326-327).

²⁵¹ Wenn die Schuld als Willensschuld in einem naturalistischen, psychologisierenden Sinne, scil. als subjektive Pflichtverletzung, als empirisch-reale innerseelisch Auflehnung gegen ein gesetzliches Veto interpretiert wird, läßt sich die Haftung jenseits der Grenzen einer realen kognitiven Erfassung der tatbestandlichen Voraussetzung dieser Norm, insbesondere der Möglichkeit der Erfolgseintritts, nicht begründen: Die (unbewusste) Fahrlässigkeit ist keine Willensschuld in diesem Sinne. (LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 72).

²⁵² RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, pp. 104-105. Aunque con referencia a periodo histórico posterior, la observación de *Bacigalupo* describe este proceso: “la culpabilidad de voluntad obligaba a toda clase de refinamientos teóricos en el supuesto de la imprudencia” (BACIGALUPO, *Sobre el Derecho penal y su racionalidad*, p. 320).

²⁵³ Cf. HERTZ, crítico contra esa extensión, *Unrecht*, pp. 153-155.

ejemplo de esa postura se puede encontrar en la doctrina de *Ernst Immanuel Bekker*, para quien aunque sea cierto que la culpabilidad es culpabilidad de la voluntad²⁵⁴, eso no constituiría obstáculo a la imputación en casos de ausencia de conocimiento, puesto que estos supuestos pueden caracterizarse como infracción del deber de conocer y de utilizar ese conocimiento. Para *Bekker*, la capacidad de reconocer genera el deber de hacerlo²⁵⁵. Quien no utiliza esa capacidad como le obliga la ley hace un mal uso de la libertad y por ello puede ser responsabilizado²⁵⁶. En coherencia con esa premisa, *Bekker* intenta defender la coexistencia entre voluntad e imputación normativa en la imprudencia, lo que le lleva a sostener que a pesar de no conocer, el agente quiere, puesto que actúa sin acceder al conocimiento como podía y debía²⁵⁷. Para este penalista, el no conocer constituye ya un comportamiento culpable, más propiamente una omisión que caracterizaría todo comportamiento imprudente²⁵⁸, cuya configuración dependería también de que el agente tenga la capacidad de alcanzar o acceder al conocimiento²⁵⁹. En síntesis, la voluntad adquiere una connotación amplia para poder convivir con la imputación normativa y fundamentar el carácter penal de la imprudencia inconsciente.

De hecho, esa ambivalencia entre lo psicológico y lo normativo continuaría caracterizando a la imputación imprudente en el siglo siguiente, con oscilaciones entre el mayor peso de uno o de otro aspecto según la corriente de que se trate. Sin embargo, la necesidad de acudir a criterios valorativos propios para fundamentar la imputación penal ya quedaba muy clara en el pensamiento de los penalistas del siglo XIX y ya es posible identificar en muchas de las construcciones dogmáticas de esa época semejanzas con

²⁵⁴ “Ohne eine Betheiligung des Willens ist keine Schuld denkbar” (BEKKER, *Theorie*, p. 329).

²⁵⁵ “Mit dem Vermögen zu erkennen ist aber auch die Pflicht zu erkennen gesetzt” (BEKKER, *Theorie*, p. 330).

²⁵⁶ “Dem menschen ist der freie Gebrauch des Erkenntnisvermögen gegeben, er kann also auch es nicht gebrauchen wo die Pflicht es zu gebrauchen ihm obliegt, dieser Nichtgebrauch ist Misbrauch der Freiheit, so gut wie der pflichtwidrige Gebrauch oder Nichtgebrauch irgend einer andern menschlichen Karft” (BEKKER, *Theorie*, p. 330).

²⁵⁷ “Die culpa scheint vielmehr darauf zu beruhn, daß der Verbrecher nicht weiss nicht sieht, obgleich er will und handelt. Man könnte auch sagen, daß er will obschon er nicht weiss, d. h. daß er handelt ohne sich wie er konnte und solte Kenntnis von den möglichen Folgen seines Handelns deschafft zu haben” (BEKKER, *Theorie*, p. 331).

²⁵⁸ “Aber das Nichtsehn selber ist ein schuldvolles, und eben dies schuldvolle Nichtsehen macht den culpos handelnden strafbar. Da jede culpa ein Nichtsehen Nichtthun voraussetz, sind alle culposen Vergehungen Unterlassungsvergehn” (BEKKER, *Theorie*, p. 331).

²⁵⁹ “Der Handelnde muss also zunächst das Vermögen gehabt haben die betreffenden Erfolge vor auszusehen, und er muss verpflichtet gewesen sein von diesem Vermögen im concreten Falle Gebrauch zu machen” (BEKKER, *Theorie*, p. 331).

estructuras de imputación que sobreviven hasta los días de hoy. En el siglo XX, el desarrollo de la imputación normativa en cuanto a la imprudencia seguirá su curso, conectado mayoritariamente con la necesidad de fundamentar el castigo en determinados supuestos en los que a pesar del desconocimiento actual del peligro el agente tenía el deber de conocerlo y con esto evitar el resultado, es decir, supuestos de imprudencia inconsciente.

CAPÍTULO II. Del tratamiento de la imprudencia inconsciente del positivismo a la concepción normativa de la culpabilidad

II.1. La imprudencia y los llamados positivistas en el Derecho Penal

A. Introducción

Binding, *Merkel* y *von Liszt* son considerados como los principales representantes del positivismo en el Derecho penal en el cambio de los siglos XIX al XX y principios del siglo XX²⁶⁰. Para los juristas de esta corriente metodológica, el objeto de análisis y sistematización de la labor jurídica es exclusivamente el Derecho positivo²⁶¹. En lo que se refiere particularmente al ámbito jurídico-penal, la doctrina divide tradicionalmente el positivismo jurídico en dos corrientes. Mientras *Binding* es considerado defensor de un positivismo de carácter normativista²⁶², que sería reacio a influencias externas al Derecho en la tarea dogmática, *von Liszt* es comúnmente caracterizado como paladín de la corriente del positivismo de índole naturalista²⁶³, que admitía la influencia de aspectos sociales, especialmente en lo que atañe a la configuración de la política criminal²⁶⁴. Aunque integrada al positivismo normativista, la postura de *Merkel* suele ser catalogada como ecléctica frente a cuestiones específicas en relación a las cuales *Binding* y *Liszt* presentan opiniones distintas y delimitadas entre sí²⁶⁵.

²⁶⁰ MIR PUIG, *Introducción*, pp. 187-206.

²⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 51. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 320-364.

²⁶² MIR PUIG, *Introducción*, p. 188.

²⁶³ MIR PUIG, *Introducción*, pp. 188-206.

²⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 51.

²⁶⁵ MIR PUIG, *Introducción*, p. 195. SCHMIDT, *Einführung*, p. 312.

Si una característica básica del positivismo es operar el Derecho sin dar lugar a las valoraciones²⁶⁶, en *Binding* ello se manifestaría por su rechazo a la influencia de las necesidades sociales en la configuración de la pena²⁶⁷. A pesar de esta supuesta neutralidad valorativa²⁶⁸, *Binding* reflejaría en sus planteamientos la ideología del liberalismo²⁶⁹ de la que el Código Penal alemán de 1871 era una expresión²⁷⁰. Así, el rechazo a influencias externas al Derecho en la actividad jurídica tendría el propósito de vincular el juez a la ley y concretar de una forma plena la concepción liberal²⁷¹. Sin embargo, aunque *Binding* construye su doctrina sobre la base del Derecho positivo, lo cierto es que no pretende quedarse atado a la letra de la ley²⁷². Lo vinculante no es el significado literal, sino el contenido objetivo de la ley: el racional espíritu del pueblo es lo que debe dirigir la interpretación²⁷³. Por ello, la doctrina ha contestado el rótulo de formalista que se atribuye muchas veces a *Binding*²⁷⁴, dado que este autor adopta en realidad un método dogmático teleológico²⁷⁵ y quizá por eso, y por tener una gran “agudeza jurídica”²⁷⁶, la obra del penalista sea relevante en muchos puntos hasta la actualidad, conclusión que se aplica perfectamente a los criterios para la determinación de la imprudencia, como se explicará en el apartado siguiente.

²⁶⁶ BOBBIO, *Positivismo*, p. 131.

²⁶⁷ MIR PUIG, *Introducción*, p. 192.

²⁶⁸ Ortiz de Urbina contesta esta descripción de *Binding* como un jurista que se apartaría de lo social y lo valorativo (ORTIZ DE URBINA, *La excusa del positivismo*, pp. 133, 136-139). Por contra, Ortiz de Urbina concluye que por medio de la teoría hermenéutica y fuentes del Derecho, “Binding consigue un sistema extremadamente abierto a las consideraciones político-criminales” (ORTIZ DE URBINA, *La excusa del positivismo*, p. 145)

²⁶⁹ SCHMIDT, *Einführung*, p. 305.

²⁷⁰ MIR PUIG, *Introducción*, p. 190.

²⁷¹ MIR PUIG, *Introducción*, p. 190.

²⁷² MIR PUIG, *Introducción*, p. 193. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 52.

²⁷³ SCHMIDT, *Einführung*, p. 307. MIR PUIG, *Introducción*, p. 193.

²⁷⁴ ORTIZ DE URBINA, *La excusa del positivismo*, pp. 116, 120-121, 126-130, 133, 143-145. Ortiz Urbina concluye que “el papel que Binding defiende para la doctrina y la jurisprudencia no se aviene con aquel que caracteriza a ciertas descripciones del formalismo/positivismo” (p. 130).

²⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 52. Ortiz de Urbina niega que Binding pueda calificarse como positivista, si el término se refiere al “positivismo legalista” (ORTIZ DE URBINA, *La excusa del positivismo*, pp. 141-143).

²⁷⁶ Desgraciadamente, esta cualidad abandonó a *Binding* cuando hizo publicar, en su último año de vida (1920) y conjuntamente con el psiquiatra Albert Hoche, la obra de carácter eugenésico e inhumano “Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens: Ihr Mass und ihre Form”, pues, como relata Aller, en esta obra, los autores “-valorando la depresión económica originada en la posteridad de la primera Guerra Mundial – justificaron la eutanasia activa para quien la solicitara (Sterbehilfe) y la eugenesia respecto de personas de *carente valor vital*, tales como enfermos terminales, deficientes mentales, personas con malformaciones, enfermos psiquiátricos sin curación, inconscientes irreversibles y quienes sufrieran parálisis mental progresiva sin peligro de muerte, puesto que – según expresaron los autores – esos seres no tenían voluntad para vivir o morir, eran muertos espirituales y despojos vacíos de humanidad” (ALLER, *Estudio Preliminar*, pp. XIII-XIV).

La doctrina de *Merkel* constituiría una postura intermedia entre las tendencias normativista y naturalista²⁷⁷ del positivismo jurídico²⁷⁸. Esto se confirmaría en su fundamentación de la pena, puesto que *Merkel* fue uno de los defensores de la teoría de la unión, que incorpora los aspectos de retribución (*Binding*) y de prevención (*Liszt*)²⁷⁹. La justicia que exige inicialmente la compensación por el mal causado por el delito debe ser tomada en cuenta simultáneamente como elemento de contención en la apreciación del hecho como síntoma de la peligrosidad social del agente²⁸⁰. Esta visión liberal más cercana a *Binding* no le impide de estar convencido asimismo de que las exigencias sociales de la época deben ser atendidas, especialmente para la elección y configuración del castigo en los casos de criminales habituales²⁸¹ y de delincuencia juvenil, algo que lo acerca especialmente a *Liszt*²⁸². Más adelante, esta postura ecléctica en cuanto al fundamento de la pena se manifestará también en la concepción de la imprudencia de *Merkel*, caracterizada como expresión de la voluntad concretada con parámetros normativos.

Por último, el positivismo de *von Liszt* tendría un carácter naturalista, debido a su preocupación por la “lucha contra el delito”, o sea, las exigencias de la sociedad al Derecho penal para la contención de la criminalidad²⁸³. Esto no quiere decir, sin embargo, que *Liszt* adopte como objeto de la dogmática penal la realidad empírica del delito²⁸⁴. El Derecho positivo sigue siendo el objeto de la dogmática, pero la configuración normativa debe atender a las exigencias de la política criminal²⁸⁵, que debe ser tomada en cuenta asimismo a la hora de determinar la sanción penal adecuada al delincuente con el propósito de obtener la máxima funcionalidad²⁸⁶. Como postura que expresaría el

²⁷⁷ HOLL, *Entwicklung*, p. 96.

²⁷⁸ El hecho de que *Merkel* sea un positivista se confirma en sus palabras en la introducción de su *Lehrbuch*: “In diesem Buche ist das Strafrecht im engeren Sinne und zwar nur das vom Reich geschaffene, das gemeine deutsche Strafrecht, behandelt” (MERKEL, *Lehrbuch*, p. 1). En el mismo sentido, MIR PUIG, *Introducción*, p. 195.

²⁷⁹ SCHMIDT, *Einführung*, p. 312. MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, I, p. 99. MIR PUIG, *Introducción*, p. 195.

²⁸⁰ SCHMIDT, *Einführung*, p. 312.

²⁸¹ MERKEL, *Lehrbuch*, pp. 25-26.

²⁸² SCHMIDT, *Einführung*, p. 313.

²⁸³ MIR PUIG, *Introducción*, pp. 200-201.

²⁸⁴ MIR PUIG, *Introducción*, p. 196.

²⁸⁵ MIR PUIG, *Introducción*, p. 196. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 52.

²⁸⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, p. 218.

positivismo jurídico, el penalista pretende alejarse de las influencias valorativas propias de la filosofía²⁸⁷, debiendo aplicar la lógica formal en la construcción dogmática²⁸⁸. Esto le lleva a sostener una visión analítico-descriptiva del delito²⁸⁹, según la cual éste es la causación de un resultado que se caracteriza por la modificación en el mundo exterior perceptible por los sentidos²⁹⁰, desencadenada por una acción que en su aspecto objetivo-externo se presenta como una lesión a un bien jurídico (antijuridicidad)²⁹¹ y cuyo producto final tiene una vinculación psíquica (interna) con su agente (culpabilidad)²⁹². Esta concepción, marcada por un causalismo mecanicista²⁹³, conllevará dificultades para *Liszt* especialmente a la hora de determinar la distinción entre el acaso (ausencia de responsabilidad) y la imprudencia inconsciente y de fundamentar el castigo en esta modalidad de delito imprudente.

B. *Binding*: la imprudencia como voluntad sin consciencia de la antijuridicidad

El punto de partida de *Karl Binding* en lo que atañe a la culpabilidad no es diferente del pensamiento mayoritario en el siglo XIX: toda culpa es culpa por la voluntad²⁹⁴. Sin embargo, la particularidad de la comprensión de culpabilidad en este autor consiste en su definición de lo que es voluntad. *Binding* sostiene que los conceptos en Derecho tienen contenidos propios que no deben ser condicionados por el influjo del lenguaje ordinario²⁹⁵ o de otros sectores del conocimiento²⁹⁶. En ese sentido, la voluntad tiene un significado particular en el mundo normativo, más amplio de lo que se le atribuye fuera de la discusión jurídica²⁹⁷. En conformidad con ello, para *Binding* es posible querer

²⁸⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 346-347. SALAS, *Culpabilidad*, p. 73.

²⁸⁸ MIR PUIG, *Introducción*, pp. 204-205.

²⁸⁹ MIR PUIG, *Introducción*, p. 205.

²⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 53. JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 161.

²⁹¹ MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 158. LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 153.

²⁹² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, pp. 217-218. JAKOBS, *Derecho Penal*, pp. 160-161.

²⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 53.

²⁹⁴ BINDING, *Die Normen II*, p. 294: "Alle Schuld ist Willensschuld".

²⁹⁵ BINDING, *Die Normen II*, p. 89, nota 20: "Über das Verhältniss von Kunstaussdrücken der Rechtssprache zu den gleichen Worten der Umgangssprache herrscht in juristischen Kreisen häufig grosse Unklarheit, die oft den schlimmen Versuch zur Folge hat, die Rechtsbegriffe aus den Bedeutungen, welche die Umgangssprache mit jenem Worten verbindet, erklären zu wollen".

²⁹⁶ BINDING, *Die Normen II*, p. 315. En ese sentido, con remisión a *Kelsen (Hauptprobleme, p. 107)*, *Binding* afirma: "Der von der modernen Psychologie festgestellte Willensbegriff ist 'für die spezifischen Zwecke der Juristen unbrauchbar'" (BINDING, *Die Normen IV*, p. 359).

²⁹⁷ BINDING, *Normen, IV*, p. 360; EXNER, *Das Wesen*, p. 55.

un resultado aunque este no haya sido objeto de la representación del agente²⁹⁸, o en otras palabras, la representación no es condición necesaria de la voluntad jurídico-penal²⁹⁹. De ahí que para ser obra de la voluntad, el resultado no necesita ser querido en el sentido psicológico³⁰⁰, según el cual tan solo lo imaginado puede ser objeto del querer³⁰¹. Más bien, el resultado es producto de la voluntad porque ha sido provocado por medio de una acción causal querida³⁰².

A partir de esta concepción, es posible para *Binding* caracterizar tanto el dolo como la imprudencia, las dos únicas modalidades de culpabilidad³⁰³, como expresiones de la voluntad³⁰⁴. Con su rotundidad peculiar, el penalista rechaza todos los intentos de apartar la imprudencia de la voluntad: “atribuir a la imprudencia el carácter culpable y al mismo tiempo definirla como un no querer el injusto sería tan lógico como hablar de un calor frío o del coraje en la cobardía”³⁰⁵. Como consecuencia de la comprensión según la cual el querer el injusto es imprescindible para la configuración de la culpabilidad, dolo e imprudencia se acercan en la medida en que en ambos casos algo prohibido es querido por el agente y se distinguen por el hecho de que el dolo viene acompañado de la consciencia de la antijuridicidad de lo querido, mientras que en los delitos imprudentes

²⁹⁸ BINDING, *Die Normen II*: “Für den Juristen giebt es also ein Wollen des Unvorgestellten” (pp. 314-315); “... auch das nicht Vorgestellte kann gewollt sein” (p. 317).

²⁹⁹ EXNER, *Das Wesen*, p. 34.

³⁰⁰ BINDING, *Die Normen IV*, p. 360: “Mit vollem Fug formen sich also das Recht und seine Wissenschaft ihren Willensbegriff ihren Bedürfnisse entsprechend und sind darin von der Psychologie vollständig unabhängig”

³⁰¹ BINDING, *Die Normen IV*, p. 359: “Nun hat schon Sigwart mit gutem Grund darauf hingewiesen, dass die Psychologie wesentlich das Problem der Willensbildung in der menschlichen Seele interessirt, und dass in dieser Seele nur eine Vorstellung gewollt wird”.

³⁰² BINDING, *Die Normen II*: “Ist der Wille nichts als das kausale Moment im Menschen, so ist das vom Menschen Verursachte stets gewollt, mag er sich vorher vorgestellt haben oder nicht” (p. 318); *Die Normen IV*: “Danach wird der Wille in unserem Sinne stets die beseelte Ursache des ausserhalb des Wollenden durch ihn Geschehenden” (p. 360); “Insbesondere braucht der sog. Erfolg nicht gewollt zu sein in dem psychologischen Sinne, wonach das Vorgestellt allein Gegenstand des Willens ist. Er wird doch Willenswerk, weil durch die gewollte Verursachungshandlung herbeigeführt ist” (p. 364). KAUFMANN, *Teoría*, pp. 27-28. En este particular, *Binding* se acerca a los hegelianos, quienes sostienen que la voluntad de la condición del resultado abarca la voluntad del resultado.

³⁰³ BINDING, *Die Normen II*, p. 337.

³⁰⁴ BINDING, *Schuld*, p. 127: “Ein fahrlässiges Delikt, das nicht Willenswerk wäre läßt sich gar nicht vorstellen”.

³⁰⁵ BINDING, *Die Normen II*, p. 294: “Die Fahrlässigkeit als Schuld anerkennen und gleichzeitig als Nichtwollen des Unrechts definiren, ist gerade so logisch als von kalter Hitze und von dem Mute der Feigheit zu reden”.

no hay esta consciencia³⁰⁶. La admisión de la voluntad en sentido jurídico sin el concurso de la consciencia tiene como resultado la posibilidad de definir la imprudencia como la “voluntad antijurídica inconsciente”³⁰⁷. Finalmente, *Binding* sostiene que respecto a la presencia de la voluntad de la antijuridicidad, no hay la más mínima diferencia entre el delito imprudente y el delito doloso³⁰⁸.

Con todo, *Binding* resalta que la caracterización de la imprudencia depende de que la voluntad de una acción antijurídica sin consciencia de esa contrariedad al Derecho sea *evitable*³⁰⁹. La *evitabilidad* es lo que distinguiría la imprudencia del acaso³¹⁰ y sería un rasgo común a las dos especies de culpabilidad³¹¹, puesto que también el dolo se caracterizaría como una acción evitable, pese a que evitar un delito doloso sea mucho más fácil³¹². En el caso particular de la imprudencia, lo que determina la evitabilidad es la práctica de una acción causadora de un resultado antijurídico sin un suficiente examen previo acerca de la correspondencia entre la acción y el orden jurídico, incluso desde la perspectiva de la ley causal³¹³. *Binding* rechaza la existencia de un deber de diligencia autónomo en la imprudencia, como hacía *Feuerbach*, pues la mera falta de diligencia no es punible si no hay una acción que realice un tipo objetivo. De ello resulta que la infracción de la norma no se confunde con la no observancia de un deber de diligencia, sino más bien se caracteriza por la realización de un tipo objetivo sin suficiente examen previo de la concreta antijuridicidad de la acción. Dicho con otras palabras, la lesión del

³⁰⁶ BINDING, *Die Normen II*, p. 341: “Und so gleichen sich beide Schuldarten darin, dass etwas Verbotenes gewollt wird, sie unterscheiden sich dadurch, dass beim dolus das Wollen begleitet wird vom Bewusstsein der Widerrechtlichkeit, während bei der Fahrlässigkeit dieses Bewusstsein fehlt”.

³⁰⁷ BINDING, *Die Normen IV*, p. 366: “Desshalb ist die Fahrlässigkeit unbewusst rechtswidriger Wille und gar nichts anderes”.

³⁰⁸ BINDING, *Schuld*, p. 128: “Im Wollen der Rechtswidrigkeit besteht also zwischen dem fahrlässigen und dem vorätzlichen Delikt nicht der kleinste Unterschied”. BINDING, *Die Normen IV*, p. 366: “Wille und Tatergebniss stehen bei dem vorsätzlichen wie bei dem fahrlässigen Delikte ganz genau in demselben Verhältnisse. Genau dasselbe rechtswidrige Wollen eignet Beiden aber der Täter des einen weiss, dass rechtswidrig ist, was er will, der andere weiss dies nicht”.

³⁰⁹ BINDING, *Schuld*, p. 129.

³¹⁰ BINDING, *Schuld*, p. 120.

³¹¹ BINDING, *Die Normen IV*, p. 344: “In der Vermeidbarkeit des Delikts liegt stets der Grund, warum es seinem Täter zum Vorwurf gereicht, warum es selbst 'Schuld' und zur Schuld im subjektiven Sinne zurechenbar ist”.

³¹² BINDING, *Schuld*, p. 129.

³¹³ BINDING, *Schuld*, pp. 120-121.

denominado deber de diligencia solamente tiene relevancia en la medida en que su cumplimiento era *conditio sine qua non* para la evitabilidad de un hacer antijurídico³¹⁴.

Sobre la evitabilidad en los delitos imprudentes, *Binding* aclara que la medida para su determinación debe ser individual³¹⁵, de acuerdo con las capacidades del agente³¹⁶. Sin embargo, la decisión sobre los límites de la capacidad individual no es tarea del propio agente, sino que compete al juzgador, de acuerdo con parámetros jurídicos, precisar si era posible a la persona concreta evitar la acción antijurídica. Para *Binding*, ese criterio sería justo y razonable, pues aseguraría que las exigencias del Derecho puedan ser cumplidas y garantizaría la igualdad de todos, sean más o menos capaces³¹⁷. De forma coherente con esta postura, el penalista rechaza la determinación de la evitabilidad según un criterio general o medio, apartado de las capacidades individuales. Ello conllevaría arbitrariedad, pues al juez no le es posible definir la capacidad media, toda vez que las personas son diferentes y tienen intereses distintos³¹⁸. Además, admitir como medida el más cuidadoso y capaz, el *diligentissimus pater familias*, una persona que no existe en la realidad, implicaría una brutal *praesumptio culpa*³¹⁹.

Si es cierto que para *Binding* la imprudencia debe caracterizarse de acuerdo con la evitabilidad individual, no tiene relevancia, por otro lado, la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente. El hecho de que el agente haya pensado en la posibilidad del resultado lesivo puede incluso ser indicio de mayor cuidado por parte del agente³²⁰ y el pensamiento en una mera posibilidad remota de un resultado lesivo por

³¹⁴ BINDING, *Schuld*, pp. 121-122.

³¹⁵ BINDING, *Die Normen IV*, p. 512: "Rechtspflege in Fahrlässigkeitsfällen erfordert unbequemer, aber interessanter Weise die strengste Individualisierung".

³¹⁶ BINDING, *Die Normen IV*: "Dem begabten fällt es kraft seiner Begabung nicht schwerer, sich von unbewusst rechtswidriger Handlungen fre zu halten als dem Unbegabten, dies in kleinerem Umfang zu tun. Es wäre ebenso töricht wie ungerecht, jenem weniger, diesem mehr zuzumuten, als sie leisten können" (p. 513); "Über sein Können kann Niemand leisten. Nur ein unzurechnungsfähiger Gesetzgeber kann das Gegenteil verlangen" (p. 520).

³¹⁷ BINDING, *Schuld*, p. 123.

³¹⁸ BINDING, *Die Normen IV*, p. 526-527: "die Ersetzung dieser einzigen annähernd messbaren Grösse durch die durchschnittliche Leistungsfähigkeit eines bald grösser bald kleiner bemessenen Lebenskreises verwandelt den noch immer relativ bestimmten Massstab in einen vollständig unbestimmt".

³¹⁹ BINDING, *Schuld*, pp. 124-125. BINDING, *Die Normen IV*, pp. 518-523.

³²⁰ BINDING, *Die Normen IV*: "... sie missachten die Wahrheit, dass die Nichtberücksichtigung einer als sehr entfernt erkannten oder wenigstens angenommenen Möglichkeit eine minimale, umgekehrt die vollständige unterlassene Erwägung sehr nahe liegender grosser Gefahr eine unübertrefflich höchste Stufe der

ocasión de una acción inofensiva no debe ser motivo para que el agente no practique la acción³²¹. No obstante, si en lugar de la posibilidad del resultado lesivo el agente tiene consciencia de la probabilidad de la lesión antijurídica, no se trata ya entonces de un caso de imprudencia, sino de *dolus eventualis*, pues el agente que es el causante de una consecuencia antijurídica, lo que sería suficiente para la caracterización de la acción dolosa³²². De ahí que para *Binding* toda imprudencia se caracterice por la falta de consciencia de la probabilidad de un resultado antijurídico y por la evitabilidad individual, con independencia de que la previsión de la mera posibilidad del resultado haya sido pensada o no por el agente. De forma más sintética, toda imprudencia se caracteriza por la falta de consciencia de la antijuridicidad concreta³²³ y por la evitabilidad individual, es decir, por un error individualmente evitable sobre la antijuridicidad concreta³²⁴.

La teoría de la “voluntad inconsciente” de *Binding* ha sido duramente criticada³²⁵. Sin embargo, un sector de la doctrina ha reconocido en defensa de su postura que el carácter de la voluntad en la imprudencia no es propiamente inconsciente en su obra. En ese sentido, el agente tiene consciencia de que quiere algo cuando actúa. Lo que no tiene es el conocimiento de la potencialidad causal del comportamiento o de su concreta contrariedad al Derecho³²⁶. Sin embargo, ello no significa que su intento de acercar voluntad e imprudencia pueda ser admitido, puesto que la voluntad de un resultado no imaginado por el agente no existe³²⁷ y aunque existiera, no sería apta para fundamentar

Fahrlässigekeit bedeuten kann” (p. 470); “... die Erwägung der möglichen Folgen stellt já eine viel vollständigere Erfüllung der Dilligenzpflicht dar, als das Handeln ganz ohne solche Erwägung” (p. 471).

³²¹ BINDING, *Schuld*, p. 131.

³²² BINDING, *Schuld*, p. 132.

³²³ BINDING, *Die Normen IV*, p. 565: “Weil die Fahrlässigkeit unbewusst Schuld ist, lässt sich kein fahrlässiges Delikt als mit Bewusstsein der konkreten Rechtswidrigkeit begangen werden”.

³²⁴ BINDING, *Die Normen IV*, p. 565-569.

³²⁵ EXNER, *Das Wesen*: “Bindings Theorie hat keine Anhänger gefunden. Mit Recht. Der unbewusst Wille, dieses 'Gespenst der Philosophie eines unphilosophischen Zeitalters' ist in der Tat nicht geeignet, die Grundlage des Schuldurteils zu bilden” (p. 59 – *Exner* cita a LAMMASCH, *Kriminalpolitische Studien, Gerichtssaal*, 44, 167). También com postura crítica frente a la “voluntad inconsciente” de *Binding*, entre otros: HERTZ, *Das Unrecht*, p. 153; KOHLRAUSCH, *Irrtum*, pp. 3-6; KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 110, 153-155; RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 111 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Das Unrechtsbewusstsein*, p. 98; JAKOBS, *Studien*, p. 38; KORIATH, *Fahrläsigkeit und Schuld*, pp. 402-403.

³²⁶ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 15.

³²⁷ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 15. EXNER, *Das Wesen*, p. 61.

la valoración negativa del hecho³²⁸. La consciencia de lo que se quiere es presupuesto o elemento esencial de la voluntad³²⁹.

Pero el punto central para el rechazo de la postura de *Binding* es que su *voluntad inconsciente*, además de no corresponderse con el sentido usual del lenguaje en el día a día y en otros sectores del conocimiento humano, tampoco podría ser fundamentada desde razones de necesidad jurídica³³⁰. *Binding* afirma en síntesis que si alguien quiere algo y este algo es causa de un resultado antijurídico, entonces el resultado antijurídico es producto de la voluntad, es querido en el sentido jurídico, aunque el agente no tenga consciencia de la relación causal entre lo que efectivamente se representó y el resultado al final producido. Con razón se ha afirmado, por un lado, que la identificación de la voluntad culpable con la mera voluntad de un acto causal no es capaz de establecer límites a la imputación jurídico-penal mucho más allá de los que ya habían sido determinados por la propia exigencia de una relación causal entre comportamiento y resultado³³¹. De ello resulta que la voluntad inconsciente no es ni siquiera capaz de limitar el *regressus ad infinitum*, pues de acuerdo con la concepción de *Binding* el vendedor de un arma tiene la voluntad del homicidio cometido con el instrumento incluso años después de la venta³³². Por otro lado, como advertía *Kelsen*, la correlación entre voluntad jurídica y voluntad de una condición del resultado no puede fundamentar la imputación en casos de omisión³³³.

Desde otra perspectiva, la *voluntad inconsciente* no es un elemento idóneo para delimitar la imprudencia del acaso, puesto que la mera voluntad de un comportamiento causal aún no es suficiente para fundamentar la imputación del resultado al agente. En el propio sistema de *Binding*, esta función está atribuida al elemento *evitabilidad*³³⁴. Ello

³²⁸ HÄLSCHNER, *Strafrecht*, pp.312-313, nota a pie de página 1.

³²⁹ EXNER, *Das Wesen*, p. 60.

³³⁰ Esto ya lo decía *Kelsen*, cuando se refería al concepto de voluntad de *Binding*: "... diese Konstruktion ist eine unzugängliche, denn sie entspricht dem Zwecke nicht, dem sie offensichtlich angepaßt werden sollte: der Zurechnung" (KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 155).

³³¹ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 16: "Denn Wille ist ja das durch den Willen Verursacht, also nicht etwas, was unabhängig von dem äusseren Geschehen betrachtet werden könnte, sondern dieses äussere Geschehen selbst, sofern es nur objektiv als das Endglied einer auf den Täter zurückführenden Kausalkette erscheint".

³³² HERTZ, *Unrecht*, p. 161. *Hertz* reconoce que la teoría de la causalidad de *Binding* limita el regreso en este caso, pero ello no infirma el hecho de que la *voluntad inconsciente*, sin el correctivo de una particular teoría de la causalidad, lleva a consecuencias indeseables (HERTZ, *Unrecht*, p. 161).

³³³ KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 155.

³³⁴ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 16.

demuestra que, en realidad, decir que la imprudencia es una voluntad inconsciente todavía no es decir nada, pues lo que en realidad importa para caracterizar la imprudencia relevante desde el punto de vista penal es si el hecho descrito objetivamente en la norma y no previsto por el agente era o no *evitable*. La conclusión es que la postura de *Binding* al afirmar que toda culpa es culpa por la voluntad es tan solo formal. Por ello, bien mirado, no procedería incluirle en el grupo de los auténticos defensores de la culpabilidad de la voluntad. Más bien, lo que efectivamente determina la culpabilidad en la imprudencia según *Binding* es la evitabilidad, un elemento de carácter normativo en la medida en que es definido según lo que el agente tenía el deber de evitar. En otros términos, sería posible decir que la voluntad inconsciente de *Binding* oculta en realidad el concepto de evitabilidad jurídica en una de sus manifestaciones (la imprudencia) y lo que importa entonces en concretar el concepto de evitabilidad.

De acuerdo con lo anterior, la configuración de la imprudencia como *evitabilidad* sin previsión del resultado por el agente pone el acento en la naturaleza normativa de la imputación, pero en razón del carácter indeterminado del aludido concepto aún no están establecidos los criterios específicos para la definición de un comportamiento como imprudente, pues hay que explicar qué se debe entender por un comportamiento evitable. Después de aclarar que la evitabilidad debe ser identificada según las capacidades individuales y rechazar la comparación del agente de “carne y hueso” con los “fantasmas” contruidos por la doctrina (hombre medio, diligente padre de familia, buen y leal ciudadano del Estado, ser humano honrado etc.)³³⁵, *Binding* intenta precisar criterios para la valoración y para auxiliar la decisión de lo que, en el ámbito de la imputación imprudente, es evitable en los casos concretos³³⁶. Merece la pena aludir a tales criterios dada su pervivencia hasta la actualidad.

Además de tener en cuenta las distintas capacidades de las personas, *Binding* llama atención sobre el hecho de que las capacidades del individuo, y en consecuencia la precisión de la evitabilidad individual, pueden sufrir variaciones de acuerdo con las circunstancias de la situación. Así, malestares, el agotamiento, sobrecarga de trabajo

³³⁵ BINDING, *Die Normen IV*, pp. 508-529, especialmente 519-523.

³³⁶ BINDING, *Die Normen IV*, pp. 530 ss.

pueden debilitar la capacidad de evitación en la situación concreta³³⁷. También sería determinante para la evitabilidad la cantidad de tiempo disponible para el reconocimiento de la acción necesaria, puesto que de una manera general cuanto menor es el tiempo, más difícil se hace adoptar la mejor opción para evitar un resultado³³⁸. *Binding* trata asimismo la denominada *culpa por asunción* y la falta culpable de un aprendizaje o de una capacitación previa, situaciones que el penalista describe como el no cumplimiento de un deber jurídico secundario de obtención de los presupuestos necesarios para el comportamiento adecuado a Derecho, lo que conllevaría a una culpa jurídica de segundo orden que solamente resultaría en responsabilidad en caso de producción de un resultado lesivo³³⁹. Esta última construcción se acerca a lo que hoy se denomina imputación extraordinaria. La mayor o menor importancia y necesidad de la acción practicada, la presencia de indicativos concretos de la necesidad de cuidado especial en la situación concreta y la mayor exigibilidad en las denominadas posiciones de garantía son otros criterios para orientar la decisión sobre la evitabilidad, variable según el caso y que por ello solamente puede ser finalmente determinada por el juez en el supuesto concreto³⁴⁰.

En definitiva, el mérito de *Binding* por lo que atañe a la imprudencia penal no está en la creación de la *voluntad inconsciente*, figura dogmática de mero interés histórico, sino en sus esfuerzos para la construcción y la consolidación de criterios normativos para la imputación jurídico-penal en los delitos imprudentes con independencia del contenido de la voluntad en sentido psicológico-natural. Ello le permite fundamentar el castigo de la imprudencia inconsciente y valorar la gravedad de la imprudencia (consciente e inconsciente) sin necesaria vinculación con el pronóstico individual del agente, puesto que la mera previsión de la posibilidad muy remota de un resultado objetivamente improbable todavía no obliga nadie a omitir el comportamiento y la ausencia de previsión concreta tampoco implica ausencia de responsabilidad. La aplicación de este método ha determinado el desarrollo siguiente de la doctrina penal sobre la imprudencia.

³³⁷ BINDING, *Die Normen IV*, p. 533-534.

³³⁸ BINDING, *Die Normen IV*, p. 534-535.

³³⁹ BINDING, *Die Normen IV*, p. 536-543.

³⁴⁰ BINDING, *Die Normen IV*, p. 546-551.

C. De *Merkel* al positivismo naturalista de *von Liszt*

El innegable carácter normativo de la imprudencia se va imponiendo sobre los intentos de matiz filosófico o psicológico que orientan la descripción del delito imprudente como un producto de la voluntad. Con todo, si en *Binding* la voluntad apenas juega un papel en la configuración concreta de la imprudencia, en todo caso un papel tan solo formal, en las doctrinas de *Adolf Merkel* y *Franz von Liszt* el aspecto volitivo tiene un mayor protagonismo y convive con los criterios normativos utilizados por los dos penalistas a la hora de definir el delito imprudente.

La concepción de *Merkel* se acerca a la de *Klein*, quien, como vimos, sostenía que la imprudencia consiste en la falta de voluntad de cumplimiento del deber, una “mala voluntad de contenido negativo”³⁴¹. Para *Merkel*, aunque en la imprudencia la comisión del delito no es querida, el hecho tendría sus raíces en una determinación de la voluntad caracterizada no propiamente por la lesión de los intereses jurídicamente protegidos y de sus exigencias, sino más bien por un *no querer evitar* esta lesión, como era debido³⁴². La falta de disposición de voluntad³⁴³ y la exigencia de un direccionamiento positivo de la voluntad³⁴⁴ para la evitación de delitos es lo que caracterizaría la imputación en general, incluso en la imprudencia. Esta fundamentación tiene todavía un fuerte carácter psicológico, pero que en todo caso será concretada con criterios normativos.

Así, de acuerdo con *Merkel*, lo que singulariza a la imprudencia es que uno o más elementos del tipo no son queridos y esto procede de un error o falta de conocimiento que a su vez deben ser *evitables* de acuerdo con la realidad en la que el agente se hallaba al tiempo del hecho. De ahí que, como condición para la responsabilidad, el agente debe conocer circunstancias que puedan aportarle la correcta percepción de la situación y de

³⁴¹ EXNER, *Das Wesen*, pp. 39-40.

³⁴² MERKEL, *Lehrbuch*, p. 85: “Die That wurzelt hier in einer Willensbestimmung, welche dadurch charakterisiert ist daß man zwar die vom Rechte geschützten Interessen und seine Andofrderung nicht verletzen, aber die Verletzung nicht, wie man sollte, vermeiden will”.

³⁴³ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 86: “Diese Verwirklichung der Thatbestandsmerkmale erfolgt aber auch bei diesem Delikten auf Grund einer mangelhaften Willensdisposition; auch bei ihnen find, was dasselbe, die allgemeinen Vorassetzungen der Zurechnung gegeben”; y pp. 65-66.

³⁴⁴ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 85: “Das Recht begnügt sch im allgemein nicht mit dem Negativen: daß wir eine solche Verletzung nicht wollen, sondern fordert eine positive Richtung des Willes auf deren Miedung”.

su peligro³⁴⁵. De forma semejante a *Binding*, *Merkel* sostiene inicialmente que la *evitabilidad* del error o el desconocimiento deben ser considerados según la capacidad individual: *ultra posse nemo tenetur*. Este autor reconoce asimismo que a nadie se le puede exigir siempre la máxima atención, pero afirma que el agente está vinculado a la observancia de los cuidados y de la atención propios de cada sector de actuación de acuerdo con las medidas de precaución habituales, prescripciones profesionales, reglas de la ciencia, reglamentos administrativos, etc³⁴⁶. Desde esa perspectiva, *Merkel* concluye que para saber si una conducta es imprudente debe ser utilizado un baremo *objetivo*, que solo será exceptuado en el supuesto de imposibilidad de que el agente cumpla con la exigencia en el caso concreto, lo que sucedería cuando hay una enfermedad psíquica, por ejemplo³⁴⁷. En definitiva, el anunciado examen de la capacidad *individual* queda, por tanto, *generalizado* por las exigencias objetivas de cada ámbito, excepcionadas solamente en caso de dificultad extraordinaria, cuyo único ejemplo puesto por *Merkel* es el de la inimputabilidad.

Alejándose de la criticada postura de *Feuerbach* (existencia de un único *crimen culpae*), también *Merkel* pone de relieve que culpable no es el error en sí mismo, la mera falta de atención desvinculada de un resultado lesivo. La pereza mental, el desconocimiento y la falta de curiosidad no constituyen todavía ningún delito. El agente no es castigado *por* su error, sino *a pesar* de su error. La provocación de consecuencias lesivas por medio de un error *evitable* es lo que determina la imprudencia³⁴⁸. Sobre la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente, *Merkel* mantiene la diferenciación e incluso califica la primera modalidad siempre como la más grave, lo que pone de manifiesto la mayor influencia del aspecto psicológico en la obra de este penalista en comparación con *Binding*. Según *Merkel*, la imprudencia consciente es más grave porque está más próxima al dolo eventual. Mientras en la imprudencia inconsciente el agente no reconoce el carácter peligroso de su comportamiento, en la modalidad consciente el agente sabe que su conducta es peligrosa, pero, a diferencia de lo que sucede en el dolo eventual, está convencido de que el resultado no acaecerá³⁴⁹.

³⁴⁵ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 86.

³⁴⁶ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 87.

³⁴⁷ MERKEL, *Lehrbuch*, pp. 87-88.

³⁴⁸ MERKEL, *Lehrbuch*, pp. 88-89.

³⁴⁹ MERKEL, *Lehrbuch*, pp. 90-91.

Algunos aspectos merecen ser destacados en la doctrina de *Merkel* sobre la imprudencia. Aunque poniendo el acento en su carácter negativo, este autor sigue la tradición de describir la culpa como la configuración inadecuada de la voluntad. Además, como se ha expuesto, *Merkel* califica la imprudencia consciente siempre como la modalidad más grave frente a la imprudencia inconsciente. Lo determinante para esta postura es que *Merkel* sostiene una determinada concepción imperativa de las normas que le lleva a poner de relieve la voluntad³⁵⁰ – incluso para la caracterización de la imprudencia – y, principalmente, a valorar el conocimiento del peligro en los delitos imprudentes siempre como elemento que grava el comportamiento del agente. Sin embargo, el carácter normativo del concepto de imprudencia es ineludible, especialmente a la hora de definir la imprudencia inconsciente. En *Merkel*, el reproche normativo se revela en la falta de atención o indiferencia *contrarias a deber* o en la *evitabilidad* del error o desconocimiento³⁵¹. En comparación con *Binding*, *Merkel* adopta un criterio más general para definir la evitabilidad en el caso concreto. A pesar de que este penalista habla de la necesidad de estimación individual de la evitabilidad, lo que importa en realidad en su opinión son los parámetros objetivo-generales, los cuidados y los conocimientos objetivamente esperados en las diferentes situaciones y solo se debe tener en cuenta la configuración individual del agente si se trata de una causa de incapacidad de imputación. Con esto se puede advertir una dualidad en el sistema de fundamentación de la imprudencia en *Merkel*, dado que mientras la contrariedad a exigencias objetivas definen lo que es una conducta imprudente, la gravedad interna en la imprudencia no se determina por la misma medida objetiva, es decir, el mayor o menor grado de descuido según el ámbito de actuación de que se trate, sino por el conocimiento o desconocimiento del peligro, que retrata la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente.

³⁵⁰ SACHER, *Tipo Subjetivo*, pp. 45-49. En este sentido, sostiene *Merkel*: “Das Recht läßt sich bezeichnen als ein Inbegriff von Geboten und Verboten rechtlichen Charakters, das Unrecht also als eine Verletzung solcher Gebote und Verbote. Diese Gebote nun wenden sich an den Willen des zurechnungsfähigen Menschen. Folglich kann von einer Verletzung dieser Gebote, d.i. vom Unrechte, nur im Bezug auf diesen Willen gesprochen werden” (MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, pp. 43-44).

³⁵¹ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 85. *Corcoy* señala que *Merkel* “anticipa la idea del elemento normativo de la infracción del deber al afirmar que la condición decisiva de la culpa es el cumplimiento o incumplimiento de los deberes propios del agente” (CORCOY, *Delito Imprudente*, p. 16). Con todo, como queda mencionado, el penalista todavía estaba vinculado a explicación de la culpa como direccionamiento inadecuado de la voluntad.

Tampoco la doctrina de *Franz von Liszt* constituye un avance en la configuración de la imprudencia, toda vez que este penalista la define de manera meramente formal como la falta de previsión de un resultado previsible con ocasión de la puesta en marcha de la voluntad³⁵². En ese sentido, el comportamiento imprudente sería la causación o la no evitación, por medio de la activación de la voluntad, de un resultado no previsto, pero previsible³⁵³. De acuerdo con *Liszt*, integrarían el concepto de imprudencia dos elementos: el primero sería la ausencia de cuidado con ocasión de la activación de la voluntad, esto es, la inobservancia del cuidado prescrito por el orden jurídico según las circunstancias, adoptando un baremo objetivo³⁵⁴; y el segundo elemento sería la falta de previsión de un evento previsible, lo que debería determinarse según una medida individual, conforme a las capacidades del agente concreto³⁵⁵.

A pesar de que *Liszt* identifica también en la imprudencia un error de la voluntad, que se caracterizaría por la falta de un esfuerzo de atención para el cumplimiento del deber³⁵⁶, en su doctrina general la voluntad no tiene el mismo sentido en comparación con la opinión mayoritaria del siglo anterior, que buscaba relacionarla al resultado contrario con el Derecho como su objeto. Para comprender esta particularidad, es necesario tener en cuenta el concepto de acción de *Liszt*, que consiste en la voluntaria causación o no evitación de una modificación en el mundo exterior, un mero comportamiento voluntario que tiene como producto causal un determinado resultado³⁵⁷. Presupuesto de la acción es la puesta en marcha de la voluntad, que comprende cualquier acto voluntario, la realización u omisión de un movimiento corporal libre de coacción mecánica o psicológica³⁵⁸. En esta línea, querer significa para *Liszt* solamente un impulso de la voluntad, una inervación objetivamente capaz de integrar una cadena causal, por lo que de ningún modo este concepto de querer abarca el resultado causado por la acción³⁵⁹.

³⁵² VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 187.

³⁵³ VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 188.

³⁵⁴ VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 188.

³⁵⁵ VON LISZT, *Lehrbuch*, pp. 188-189.

³⁵⁶ VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 188.

³⁵⁷ VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 125.

³⁵⁸ VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 126.

³⁵⁹ VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 126.

De esto se colige que la explicación de la imprudencia como defecto de la voluntad es, en la doctrina de *Liszt*, una postura tan solo formal. La imputación a la voluntad no depende sino de la práctica de un comportamiento voluntario, en el sentido de un movimiento corporal libre de coacción mecánica o psíquica y practicado en estado de consciencia. No es necesaria ninguna vinculación psíquica entre la acción y el resultado para hablar de imputación a la voluntad. Con todo, constatar que se trata de una acción no sería todavía constatar que se trata de una acción *imprudente*. Para *Liszt*, lo que distinguiría la acción imprudente de la dolosa es que, al contrario de lo sucede con el dolo, en la imprudencia el agente no conoce por lo menos una circunstancia del hecho que integra el concepto del delito³⁶⁰ y lo que por otro lado diferencia la imprudencia del acaso es que ese desconocimiento era *evitable* de acuerdo con lo que era posible y debido al agente³⁶¹.

Evitable para *Liszt* es lo que era previsible, es decir, lo que podría haber sido previsto de haber actuado el agente con el cuidado debido según el orden jurídico³⁶², de acuerdo con las circunstancias y las capacidades del agente. Por consiguiente, los elementos normativos se enlazan: evitabilidad, previsibilidad e infracción al cuidado debido son determinados conforme a una valoración, una exigencia normativa que se le hace al agente teniendo en cuenta su individualidad y la situación concreta. La falta de previsión evitable, o en otros términos, la falta de previsión contraria a deber, es lo que caracterizaría a la imprudencia, siempre que sea la causa del resultado lesivo. El naturalismo de *Liszt* no le impide al fin y al cabo caracterizar la imprudencia con recurso a criterios normativos, en realidad los únicos capaces de determinar que una acción con potencial causal abstracto, provocadora de un resultado concreto no pretendido por el agente, pueda ser considerada una acción contraria a Derecho y culpable.

³⁶⁰ VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 190.

³⁶¹ VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 189.

³⁶² *Exner* llama atención para el hecho de que, en la doctrina de *Liszt* sobre imprudencia, la ausencia del cuidado debido y la falta de previsión evitable se relacionan entre sí como causa y consecuencia, ya que de haber sido adoptado el cuidado debido, el resultado hubiera sido previsible (EXNER, *Das Wesen*, pp. 41-42).

De lo anterior se deduce que, a pesar de que siempre se atribuye a *Liszt* la defensa de una concepción psicológica de la culpabilidad³⁶³, esto es verdadero solo parcialmente, puesto que la caracterización de la imprudencia no puede agotarse en la descripción de una relación psíquica del agente con el resultado provocado³⁶⁴, postura que queda clara en la propia doctrina de este autor. Incluso la *previsibilidad*, elemento central de la imprudencia al que *Liszt* se refiere con más frecuencia, no puede ser comprendida tan solo como una relación psicológica con el resultado, pues previsible es lo que podría haber sido previsto (¡pero no lo fue!) de haber sido observado el cuidado exigido por el orden jurídico, aspecto normativo sin el cual no puede caracterizarse la previsibilidad como esencia del delito imprudente en la doctrina de *Liszt*³⁶⁵. En otras palabras, la previsibilidad como un mero potencial psíquico no puede ser medida sin un parámetro normativo³⁶⁶.

En este contexto, la configuración de la culpabilidad como una relación psicológica entre agente y hecho en la doctrina de *Liszt* supone una contradicción, lo que se confirma cuando se tiene en cuenta que el penalista defendió el castigo de la imprudencia inconsciente incluso sin considerar esta modalidad como la menos grave frente a la imprudencia consciente. De acuerdo con *Liszt*, considerar esta última forma de

³⁶³ “La concepción psicológica de v. Liszt concebía la culpabilidad como relación psicológica entre el autor y su hecho, relación que podía ser de dos especies ('Arten'), el dolo y la imprudencia” (SALAS, *Culpabilidad*, p. 83).

³⁶⁴ *Ernst Rosenfeld*, en un trabajo analítico sobre la culpabilidad y el dolo en el *Lehrbuch* de *von Liszt* llamaba atención en 1911 para la contradicción en intentar describir la imprudencia como una relación psicológica (ROSENFELD, v. *Lisztchen Lehrbuch*, pp. 472-474).

³⁶⁵ Aunque admitiendo la posibilidad de caracterizar la previsibilidad como una potencial relación psíquica y conectarla a elementos psicológicos, reconoce *Achenbach* que la concepción psicológica de la culpabilidad no puede compaginarse con el elemento objetivo del cuidado exigido: “Zwar kann man mit v. Liszt die Vorsehbarkeit als eine potentielle psychische Beziehung ihrerseits an streng psychologische Merkmale (die geistigen Fähigkeiten, den Scharfblick) knüpfen; unvereinbar mit einer psychologischen Schuldauffassung ist aber das —auch von Liszt anfänglich als solches anerkannte— objektive Merkmal der erforderlichen Sorgfalt” (ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 43).

³⁶⁶ Esto es reconocido incluso por *Radbruch*, quien intentó armonizar imputación psicológica e imprudencia: “Zur Fahrlässigkeit gehört zweierlei: Ein psychischer Zustand: der Fahrlässige hat einen rechtswidrigen Erfolg nicht vorausgesehen, besaß aber die intellektuelle Fähigkeit ihn vorauszusehen, hat also ihn nicht vorausgesehen infolge ungenügender Willensanspannung, Aufmerksamkeit, Vorsicht, ist also unvorsichtig gewesen. Dieser psychische Zustand genügt nun aber nicht, es tritt noch eine Wertung hinzu: die ungenügende Willensanspannung, Aufmerksamkeit, Vorsicht, kraft deren er den für ihn intellektuell voraussehbaren Erfolg nicht vorausah, muß auch geringer gewesen sein, als die Willensanspannung, Aufmerksamkeit, Vorsicht, die der Normalmensch in seiner Lage angewandt hätte: er muß also unvorsichtiger gewesen sein als der Normalmensch” (RADBRUCH, *Schuldlehre*, pp. 345-346). También *Greco* afirma que la previsibilidad supone una valoración: “O juízo de previsibilidade, apesar de aparentemente um juízo de fato, uma verificação, é uma valoração: trata-se da previsibilidade segundo o homem prudente” (GRECO, *Introdução*, p. 26).

culpabilidad como la más grave conllevaría tratar al cuidadoso – que antes de actuar pondera con recelo las consecuencias más remotas y, después de una cuidadosa pero equivocada conclusión, niega la relación causal –, de forma más severa en comparación con el “desatinado holgazán”³⁶⁷. Si bien *Liszt* no llegó a abdicar de su teoría psicológica de la culpabilidad, quizá las contradicciones mencionadas expliquen la razón por la cual el penalista llegó a matizar su postura, dado que, en las 14^a/15^a ediciones de su *Lehrbuch*, *Liszt* trató de describir la culpabilidad en sentido material como la falta de actitud exigida para la vida común en sociedad reconocible en el hecho cometido³⁶⁸. En este sentido, el penalista al fin sostenía que el contenido material de la imprudencia como forma de culpabilidad residiría en el hecho de que el agente no reconoció el reconocible significado antisocial de su comportamiento³⁶⁹. Este planteamiento le posibilita incluir la imprudencia inconsciente en su sistema³⁷⁰, pues la “falta de actitud exigida para la vida social” no presupone una relación psicológica entre el agente y el resultado, inexistente en esta modalidad de delito imprudente.

Pese a la posibilidad teórica de sistematizar dolo e imprudencia bajo la culpabilidad como carácter asocial que se expresa en el hecho, dicha concepción se enfrenta con un grave problema de legitimidad, puesto que se trata de admitir culpa por el modo de ser³⁷¹, a partir de la evaluación de la personalidad del agente³⁷², donde el hecho tiene un significado meramente sintomático de las características personales de su autor³⁷³. Aunque adecuado al pensamiento de la prevención especial defendido por *Liszt*, esta postura no es conciliable con el Derecho Penal del hecho, de índole liberal. A fin de cuentas, ni por medio de la culpabilidad psicológica ni por la culpabilidad como expresión

³⁶⁷ “Fahrlässigkeit liegt aber auch dann vor, wenn der Täter die Möglichkeit des Erfolgeintrittes sich überhaupt nicht vorgestellt hat (obwohl er sich hätte vorstellen können). Auf dieser Erwägung beruht die seit *Feuerbach* weit verbreitete Unterscheidung von bewusster Fahrlässigkeit (erster Fall) und unbewusster Fahrlässigkeit (zweiter Fall). Diese Unterscheidung ist richtig. Falsch aber wäre es, die bewusste Fahrlässigkeit als die schwerere Schuldform zu betrachten. Denn danach würde der umsichtige Täter, der die entferntesten Folgen ängstlich zuvor abwägt und nach sorgfältiger, aber zu einem unrichtigen Ergebnis gelangender Prüfung die Kausalität ablehnt, ungleich strenger behandelt, als der gedankenlose Bummler” (VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 188, nota a pie de página 1).

³⁶⁸ SCHMIDT, *Einführung*, p. 386. En el mismo sentido, CORCOY, *Delito Imprudente*, p. 13.

³⁶⁹ VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 189.

³⁷⁰ CORCOY, *Delito Imprudente*, p. 13, nota a pie de página 8.

³⁷¹ RIPOLLÉS, *Culpa*, p. 254.

³⁷² SCHMIDT, *Einführung*, p. 386.

³⁷³ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 67.

de un carácter asocial logró el famoso penalista compaginar de forma adecuada la imprudencia inconsciente con su sistema del delito.

D. La culpabilidad psicológica y su incompatibilidad con la imprudencia inconsciente: *Kohlrausch* y *Baumgarten*

La creencia en la naturaleza psicológica de la culpabilidad, asociada al denominado sistema clásico de delito, uno de cuyos ideadores fue *Liszt*, se halla asimismo en la doctrina de *Eduard Kohlrausch*, particularmente en el texto “Die Schuld”, publicado en 1910³⁷⁴. Sin embargo, al contrario que *Liszt*, de forma coherente con la premisa según la cual el comportamiento culpable exige la conexión psíquica entre el hecho antijurídico y su agente, *Kohlrausch* considera inadmisibles el castigo de la imprudencia inconsciente³⁷⁵.

Con una postura semejante a *Feuerbach* en cuanto al fundamento del Derecho a castigar del Estado – anclado en la prevención general – *Kohlrausch* afirma que la función de la pena es asegurar a la amenaza penal su fuerza motivadora, pues una amenaza que no se hace realidad sería tan solo risible³⁷⁶. De acuerdo con su concepción, la norma penal estaría pensada como base para la determinación de la voluntad humana y de ello resultaría que lo penalmente relevante en el comportamiento es su aspecto volitivo, que consiste en la representación de un estado futuro aceptando que se haga realidad por nuestro medio³⁷⁷. Como consecuencia, *Kohlrausch* sostiene que la culpabilidad es la conexión anímica entre el agente y su hecho y la esencia de la culpa residiría en el concurso de la voluntad de forma contraria a deber. En simetría con la doctrina del siglo anterior, el penalista llega a la conclusión de que toda culpa es culpa por la voluntad³⁷⁸.

³⁷⁴ KOHLRAUSCH, *Schuld*, pp. 179-224. En obra anterior (1903), *Kohlrausch* ya había mantenido esta concepción de culpabilidad: “Schuld im Sinne des Strafrechts ist diejenige subjektive Beziehung, in welcher ein schuldfähiger Täter zu seiner That gestanden haben muss, um für diese strafrechtlich verantwortlich gemacht werden zu können” (KOHLRAUSCH, *Irrtum*, p. 1).

³⁷⁵ La coherencia sistemática de *Kohlrausch* es reconocida por *Engisch*: “Fragen wir allerdings, wie weit die formelle Schuld (Vorsatz und Fahrlässigkeit) materielle Schuld in diesem Sinne ist, so kommen wir — mit *Kohlrausch* — zu dem Ergebnis, daß zwar der Vorsatz wie auch die bewußte Fahrlässigkeit dem Postulat, alle Schuld ist Willensschuld (Wahlschuld) gerechnet werden, daß dagegen die unbewußte Fahrlässigkeit keine Willensschuld enthält” (ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 459).

³⁷⁶ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 184.

³⁷⁷ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 184.

³⁷⁸ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 184.

Kohlrausch asume como evidente el hecho de que toda voluntad se caracteriza por la asociación a un objeto: querer significa querer algo. Por ello, afirma que el elemento de la representación integra la esencia del acto de voluntad. Querer es encontrarse en una determinada conexión psíquica con una representación que le confiere al acto de voluntad su contenido de valoración³⁷⁹. Si la presencia de culpa solo es posible ante un acto de voluntad, que a su vez se configura como un acto al que va asociada una representación, la siguiente cuestión sería qué naturaleza debería tener el objeto de la representación para que este acto de voluntad pueda convertirse en un acto culpable³⁸⁰. *Kohlrausch* sostiene inicialmente que la errónea representación no puede corresponderse con la culpabilidad, puesto que la estupidez por sí sola es una infelicidad, pero no todavía algo culpable³⁸¹. Más bien, la culpabilidad surgiría cuando el resultado prohibido coincide, aunque parcialmente, con el objeto de la representación³⁸². En este punto, *Kohlrausch* se aparta radicalmente de *Binding* y de su concepto jurídico de voluntad, caracterizada tan solo como el querer la acción causal. Para *Kohlrausch*, la frontera mínima de la culpabilidad se halla donde la representación del resultado prohibido no está presente de ninguna manera³⁸³. Así, el penalista rechaza expresamente la configuración de la imprudencia como producto directo de una valoración, según la cual el agente podría haber evitado el resultado o podría haber imaginado que su acción produciría el resultado prohibido³⁸⁴. En oposición a esto, lo que efectivamente determinaría la esencia culpable de la imprudencia sería el carácter peligroso del comportamiento, opinión que tiene un antecedente en *Stübel*³⁸⁵. En este sentido, lo que distinguiría el dolo de la imprudencia es que en este tipo de delito lo que se prohíbe es la producción de un peligro, mientras que en el delito doloso se infringe la prohibición de una lesión³⁸⁶. De ello resulta que la consciencia de la lesión del bien jurídico pertenece al dolo, mientras la consciencia de la peligrosidad a la imprudencia³⁸⁷. La conclusión de este autor es que no sería posible hablar de culpabilidad

³⁷⁹ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 184.

³⁸⁰ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 185.

³⁸¹ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 187.

³⁸² KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 188 y 194.

³⁸³ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 194.

³⁸⁴ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 196.

³⁸⁵ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 17.

³⁸⁶ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 196.

³⁸⁷ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 197.

en los casos en que ni la lesión ni el peligro fueron objeto de previsión o de la representación del agente, lo que excluiría la imprudencia inconsciente del ámbito penal³⁸⁸³⁸⁹.

A pesar de sostener una opinión minoritaria, *Kohlrausch* no estaba solo en su postura crítica. Desde un punto de partida similar, *Baumgarten* defendió tres años después (1913) que el delito sería siempre un acto de voluntad³⁹⁰. Este penalista reconoce que un serio obstáculo a la concepción del delito como un producto de la voluntad es la imputación en el ámbito imprudente³⁹¹, lo que le lleva a concluir que la imprudencia no podría caracterizarse como delito en sentido estricto, razón por la cual tampoco podría incluirse en el Derecho Penal en su auténtico significado³⁹². Esta postura se relaciona especialmente con la imprudencia inconsciente³⁹³. *Baumgarten* subraya el hecho de que la culpa presupone una censura. La falta de inteligencia es una infelicidad que no podría ser traducida en culpabilidad, de la misma manera que la culpa no podría hallarse en un querer inconsciente, como defendía *Binding*³⁹⁴. En una época en que muchos autores ya eran partidarios de la concepción normativa de la culpabilidad, *Baumgarten* critica la

³⁸⁸ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 208.

³⁸⁹ *Mohrmann* informa que *Kohlrausch* posteriormente cambió su opinión sobre el tema en artículo publicado en 1921 (*Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, tomo 34, p. 170, citado por MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 19, nota 19) y pasó a admitir también la imprudencia inconsciente como modalidad de culpabilidad. En el mismo sentido, *Achenbach* noticia que *Kohlrausch* reconoció el carácter normativo de la culpabilidad en el mencionado artículo de 1921 (*Achenbach, Schuldlehre*, p. 188). Al comentar el proyecto de reforma del Código Penal alemán en 1926, *Kohlrausch* defiende asimismo una comprensión normativa de la culpabilidad, que hace posible la fundamentación del castigo en supuestos de imprudencia inconsciente (KOHLRAUSCH, *Der Allgemeine Teil*, pp. 21-27). Esta postura se refleja en las siguientes afirmaciones: “Schuldhaft begeht derjenige eine rechtswidrige Handlung, von dem rechtmäßiges Handlung erwartet und folglich gefordert werden durfte” (KOHLRAUSCH, *Der Allgemeine Teil*, p. 22); “Denn zur Schuld ist erforderlich, aber auch genügend, die Möglichkeit, das Unerlaubte seiner Tat zu erkennen. Mehr fordert auch §13 nicht. Er stellt nur — gegenüber dem §59 StGB und der Reichsgerichtsechtsprechung — sicher daß es gleichgültig ist, ob die Unmöglichkeit auf Tat- oder Rechtsirrtum beruhte. Dies muß schon deshalb gleichgültig sein, weil es in vielen Fällen sich nicht gar nicht unterscheiden läßt, ob ein Irrtum über die äußere Sachlage oder über Rechtsbegriffe zugrunde lag.” (KOHLRAUSCH, *Der Allgemeine Teil*, p. 23); “Jedes Schuld-Urteil geht zwar von der eindeutig gegebenen Motivenlage in der Psyche des Täters aus, fordert aber falls es überhaupt ein Weturteil sein soll, eine Generalisierung, d.h. eine Vergleichung jener individuellen psychologischen Situation mit einem zu fordernden Durchschnittsmaß an Einsicht und Widerstandskraft” (KOHLRAUSCH, *Der Allgemeine Teil*, p. 26). Sin embargo, este cambio de opinión no infirma el hecho de que todavía bajo la influencia de la concepción psicológica de culpabilidad, donde se hallaba originalmente *Kohlrausch*, la imprudencia inconsciente no podía encajarse como una de las formas de comportamiento culpable.

³⁹⁰ BAUMGARTEN, *Aufbau*, p. 115.

³⁹¹ BAUMGARTEN, *Aufbau*, p. 116.

³⁹² BAUMGARTEN, *Aufbau*, pp. 116-117.

³⁹³ BAUMGARTEN, *Aufbau*, p. 117.

³⁹⁴ BAUMGARTEN, *Aufbau*, p. 119.

fundamentación de la imprudencia desde la perspectiva de una mera contrariedad a un deber, pues no se explicaría cómo desde el punto de vista de la ética sería posible censurar la inconsciente contrariedad al deber³⁹⁵. El penalista rechaza asimismo las construcciones que buscan la culpabilidad en un comportamiento anterior causante de la imprudencia inconsciente. De acuerdo con estas teorías, en un momento anterior a la lesión del Derecho, el agente estaría en situación de reconocer la necesidad de instruirse para poder evitar futuros daños advenidos de su comportamiento, pero de forma consciente habría rechazado esta tarea de instrucción de su propio carácter y en esto residiría su culpa³⁹⁶. *Baumgarten* replica que, según el sentido de la ley, el agente no puede ser castigado por un comportamiento sucedido en un pasado quizá muy remoto, con lo cual concluye el penalista que estaría debilitada la última posibilidad de castigar la imprudencia inconsciente como genuina modalidad de comportamiento culpable³⁹⁷.

Sin embargo, pese a la semejanza inicial con *Kohlrausch*, *Baumgarten* no llega a proponer la exclusión del castigo (*Strafe*) para la imprudencia inconsciente. En una muestra de la influencia de la doctrina del siglo anterior, el penalista se remonta a *Almendigen*, quien dijo que el imprudente debe ser instruido por medio del castigo, debe recibir una lección para que en el futuro despierte en él, a tiempo de evitar el hecho, la representación de la lesión por medio de una asociación mental³⁹⁸. La medida a adoptar contra el imprudente no sería, por tanto, un castigo en el sentido estricto³⁹⁹, sino más bien un medio de instrucción que atendería, además del interés de la sociedad, también al interés del agente, lo que para *Baumgarten* zanjaría las críticas de que este castigo sería incompatible con la justicia⁴⁰⁰⁴⁰¹.

³⁹⁵ BAUMGARTEN, *Aufbau*, p. 119.

³⁹⁶ BAUMGARTEN, *Aufbau*, p. 121.

³⁹⁷ BAUMGARTEN, *Aufbau*, p. 121.

³⁹⁸ BAUMGARTEN, *Aufbau*, p. 121.

³⁹⁹ *Galliner* había sostenido postura similar a la de *Baumgarten* pocos años antes. Para *Galliner*, en los delitos imprudentes, el agente causa el resultado concreto sin culpabilidad, pero el penalista admite que una reacción del Estado es posible y necesaria. Sin embargo, esta reacción no tendría la naturaleza de un castigo: “Nur darf dieser Reaktion, da der Täter nicht etwa eine antisoziale Gesinnung bewiesen, sondern höchstens sich eines «Polizeidelikts» schuldig gemacht hat, nicht den Charakter einer entehrenden Strafe tragen...” (GALLINER, *Die Bedeutung des Erfolges*, p. 29).

⁴⁰⁰ BAUMGARTEN, *Aufbau*, pp. 121-122.

⁴⁰¹ En artículo publicado en 1921, *Baumgarten* mantiene básicamente la misma opinión sobre el tema de la imprudencia (BAUMGARTEN, *Verbrechensformel*, pp. 66-71), como se puede notar de las siguientes afirmaciones: “Nur das vorsätzliche Verbrechen ist Schuld im ethischen Sinne, nur im gegenüber hat die Strafe den Charakter einer durch ethisches Empfinden geforderten Reaktion. Die Prinzipien, die für die

E. Resumen

La concepción positivista naturalista en el Derecho Penal, corriente metodológica asociada principalmente a *Liszt*, redundó en la comprensión de la culpabilidad como una relación psicológica entre el agente y el hecho. Esto atiende a la pretensión clasificatoria, según la cual se separa el aspecto objetivo (tipicidad y antijuridicidad) del subjetivo del delito (culpabilidad) y que resulta en la caracterización de la culpabilidad sin referencia a valores, como reclama la neutralidad axiológica propia del positivismo. La culpabilidad podría ser tan solo objeto de *constatación*, indagándose estrictamente acerca de la presencia o no de la conexión psíquica, lo que se coaduna con el método de investigación propio de las ciencias naturales. No obstante, esta concepción de culpabilidad no es capaz de abarcar la imprudencia inconsciente⁴⁰², lo que motivó a *Kohlrausch* y *Baumgarten*⁴⁰³ – que no estaban dispuestos a renunciar a la conexión entre la voluntad del agente y el objeto de la voluntad en la fundamentación ética del reproche penal – a negar el carácter culpable de la imprudencia inconsciente.

En contraste con *Liszt*, la culpabilidad en *Binding* no se caracteriza como una determinada relación psicológica. Esto se explica por el hecho de que la voluntad necesaria para la configuración de la culpabilidad en la obra de *Binding* tiene una

sogennante Fahrlässigkeitsstrafe massgeblich sind, haben mit Bezug auf die Bestrafung des vorsätzlichen Verbrechens nur sekundären Charakter. Daher sollte die Wissenschaft, um nicht zwei zu verschiedene Dinge unter den gleichen Hut zu bringen, betonen, dass die fahrlässige Handlung höchstens Quasiverbrechen, die Fahrlässigkeit nicht Strafe im eigentlich Sinne ist” (BAUMGARTEN, *Verbrechensformel*, p. 66).

⁴⁰² Sobre ello, *Quintano Ripollés*: “La concepción extremadamente subjetivista y tradicional de la culpabilidad como conciencia de lo injusto constituye un obstáculo siempre duro para la inclusión en ella de lo culposo, pero que se acredita insalvable en su modalidad inconsciente” (RIPOLLÉS, *Culpa*, p. 248). De la misma opinión sobre la concepción psicológica de la culpabilidad y la imprudencia inconsciente, Córdoba Roda: “Esta concepción topó con la dificultad insalvable de la culpa inconsciente, caracterizada por la ausencia de toda relación psíquica actual entre autor y resultado” (CORDOBA RODA, *Nueva Concepción*, p. 28). Asimismo, CORCOY, *Delito Imprudente*, pp. 13, 223; SCHÜNEMANN, *Razonamiento Sistemático*, p. 50; ROXIN, *Derecho Penal*, p. 795.

⁴⁰³ También *Cathrein* critica directamente, en obra publicada en 1905, la postura de *Liszt*, ya que entiende, en la misma línea de *Kohlrausch* y *Baumgarten*, que la imprudencia es una forma de culpabilidad que se hace imposible sin el requisito de la previsión, elemento indispensable para que las consecuencias de nuestros actos nos sean atribuidas como culpables. De acuerdo con la opinión de *Cathrein*, para la caracterización de la imprudencia, es necesaria una *previsión*, aunque lejana o general, pero la sola *previsibilidad* no puede nunca dar lugar a la configuración de un delito imprudente (CATHREIN, *Grundbegriffe*, pp. 116-117).

acepción *jurídica*. Pero su postura provocó fuertes críticas por construir la llamada “voluntad inconsciente”, esto es, por definir el acto de voluntad sin referencia necesaria al contenido de la voluntad. Esta particular concepción lleva a *Binding* a afirmar que el resultado en la imprudencia es siempre querido, también en la imprudencia inconsciente, puesto que, en sentido jurídico, querer la acción causal es querer asimismo el resultado de dicha acción, aunque no previsto por el agente. Esta concepción nos recuerda al planteamiento de los hegelianos y a su ampliación del significado de voluntad. La diferencia es que los hegelianos optan por una definición de voluntad desde una orientación de matiz filosófico, en comparación con la argumentación jurídica de *Binding*, que sostiene que el Derecho tiene libertad para construir sus propios conceptos sin sujetarse a otros sectores del conocimiento, como la psicología. A pesar de la crítica a *Binding*, lo cierto es que, con independencia de su comprensión del acto imprudente como acto de voluntad – lo que en realidad es producto de la influencia de la *culpabilidad de la voluntad* que viene desde el siglo anterior –, este penalista desarrolla criterios específicos para la determinación de la imprudencia en el Derecho Penal, muchos de los cuales son válidos hasta la actualidad. En ese sentido, en su doctrina se hallan parámetros concretos para definir la conducta imprudente construidos a partir de una visión liberal, que busca sobre todo identificar el comportamiento contrario a Derecho para castigar por una necesidad de justicia, en una visión retributiva de la pena.

La comparación entre las doctrinas generales de *Binding* y *Liszt* es comúnmente asociada a la lucha entre escuelas, según la cual el primero representaría el pensamiento de la retribución y del libre albedrío en una visión liberal del Estado de Derecho – escuela clásica –, mientras el segundo postularía la importancia de la prevención del delito desde la perspectiva de la política criminal, basándose en un determinismo naturalista-sociológico – escuela moderna⁴⁰⁴. Sin embargo, la predominancia que tuvo la doctrina de *Liszt* en los años siguientes no se explica solamente por los reclamos sociales para combatir la criminalidad resultante de la industrialización en el inicio del siglo pasado⁴⁰⁵, ni mucho menos por una supuesta superioridad dogmática de sus concepciones frente a

⁴⁰⁴ MEZGER, *Derecho Penal*, pp. 42-43. SCHMIDT, *Einführung*, pp. 386-387. MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 95-99.

⁴⁰⁵ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 96-97. MIR PUIG, *Introducción*, pp. 196-197.

las de *Binding*, sino especialmente por la sencillez de la ordenación de los elementos en el sistema de *Liszt*⁴⁰⁶.

En este contexto, la concepción psicológica de la culpabilidad va acompañada de la separación entre injusto y culpabilidad cuya estructurada transposición al Derecho Penal⁴⁰⁷ es atribuida principalmente a *Liszt*⁴⁰⁸. La gran aceptación del sistema propuesto por el penalista tuvo como consecuencia la puesta en relieve de su concepto de culpabilidad, de carácter subjetivo-psicológico⁴⁰⁹. El desarrollo siguiente de la dogmática penal sería mantener lo que se ha estimado como algo muy valioso en la doctrina de *Liszt* y desechar lo problemático, es decir, preservar la independencia entre los mencionados elementos del delito (injusto y culpabilidad), pero elegir una concepción diferente de culpabilidad que pudiese solventar las inconsistencias presentes en la concepción naturalista. De esto resultaría la concepción normativa de la culpabilidad⁴¹⁰, que facilitaría asimismo la imputación en la imprudencia inconsciente sin las contradicciones advenidas de la culpabilidad de la voluntad.

II.2. La normativización de la culpabilidad y la imprudencia

⁴⁰⁶ ACHENBACH, *Shuldlehre*, p. 35.

⁴⁰⁷ La separación entre injusto y culpabilidad viene del Derecho privado, más precisamente de *Ihering*: “El 'invento' de una categoría de injusto sin culpabilidad no se debe a *Liszt*, sino a *Ihering*” (PAWLIK, *Diferenciación entre Injusto y Culpabilidad*, p. 112). De hecho, en su obra *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, *Ihering* pone el ejemplo de un injusto sin culpabilidad (que se refleja en la pretensión del propietario de la cosa contra el poseedor de buena fe) en los siguientes términos: “Jeder fühlt die Verschiedenheit zwischen dem Anspruch des Eigenthümers gegen den dritten gutgläubigen Besitzer seiner Sache und demjenigen des Bestohlenen gegen den Dieb. In jenem Fall handelt es sich ledig um die Existenz des bestrittenen Rechts, ohne dass vom Seiten des Klägers sich der Vorwurf einer bewussten und verschuldeten Rechtskränkung hinzugesellen braucht; er kann sich hinzugesellen, und dies ist auf das Mass der Haftung von Einfluss, allein er braucht es nicht, m. a. W. das Moment der subjectiven Verschuldung ist am diesen Anspruch unwesentlich, er hat zum Gegenstande ledig die Unrechtmässigkeit eines sachlichen Zustandes in der Person der Beklagten” (IHERING, *Das Schuldmoment*, p. 4).

⁴⁰⁸ En ese sentido, *Pawlik*: “El tren arrollador de la diferenciación injusto/culpabilidad en la ciencia jurídico-penal alemana se remonta a la teoría del delito de *von Liszt*” (*Pawlik, Diferenciación entre Injusto y Culpabilidad*, p. 111).

⁴⁰⁹ COUSO SALAS, *Culpabilidad*, p. 87.

⁴¹⁰ *Lesch* sostiene en este sentido que la concepción normativa de la culpabilidad es la culminación de un desarrollo que ha comenzado *von Liszt*, con la separación entre injusto y culpabilidad: “Mit von Liszt wurde eine Entwicklung eingeleitet die schließlich in die Erfindung der sog. 'normativen Schuldbegriff' und die Zementierung der durch diesen 'normativen Schuldbegriff' notwendig bedingten Aufspaltung der Verbrechensbegriffs in die beiden Systemkategorien Unrecht und Schuld einmündete” (LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 153).

A. Introducción

Llegado este punto de la presente investigación, es posible afirmar que los autores que admitieron en sus doctrinas la imputación penal de la imprudencia inconsciente se vieron obligados, en alguna medida, declaradamente o no, a acudir a marcados criterios normativos. Es cierto que no pocos penalistas veían en la imprudencia inconsciente una forma de querer, pero a la hora de concretar el comportamiento culpable, el recurso a la infracción de un deber de conocer y advertir siempre ha estado presente, pues nadie pudo negar de forma consecuente que el resultado no previsto por el agente solo le puede ser imputado cuando el orden jurídico esperaba el conocimiento como condición para evitar. Por ello se ha dicho que los autores que aceptaron la imprudencia como forma de culpabilidad no han podido defender de forma coherente un concepto psicológico *puro* de culpabilidad⁴¹¹.

A pesar de que la naturaleza de la imprudencia es siempre normativa⁴¹², en las diversas fundamentaciones propuestas para esta modalidad de imputación el peso atribuido a la voluntad y a los aspectos psicológicos en general ha variado según la época y el autor, hasta que se va imponiendo gradualmente la estructura *estrictamente* normativa en este ámbito de imputación⁴¹³. Un paso importante en este proceso es la normativización de la culpabilidad que se opera cuando se pasa a entender esta categoría del delito como un juicio de reproche al autor⁴¹⁴ y se introducen en ella elementos distintos al dolo y a la imprudencia⁴¹⁵, puesto que esto facilitará como consecuencia la comprensión del propio carácter normativo de la imputación imprudente⁴¹⁶. Aunque este

⁴¹¹ MIR PUIG, *Introducción*, p. 210. FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 44.

⁴¹² MIR PUIG, *Introducción*, p. 210.

⁴¹³ Sobre ello, explica Ripollés que “lo que importa y decide la cuestión en un sentido normativo estricto es situar en esa infracción de un deber determinado la naturaleza de la culpa, con exclusión de otros factores que operan únicamente en la periferia del concepto” (QUINTANO RIPOLLÉS, *Culpa*, p. 264).

⁴¹⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 371.

⁴¹⁵ JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 451.

⁴¹⁶ La influencia es recíproca, no solo la concepción normativa facilitó la comprensión de la imprudencia, sobre todo en la modalidad inconsciente, sino que “la doctrina del delito imprudente supuso uno de los puntos de anclaje para superar la vieja teoría psicológica de la culpabilidad y pasar a una nueva teoría normativa” (FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 44). También Santiago Nino afirma que la imprudencia inconsciente fue uno de los principales puntos de apoyo para la crítica a la concepción psicológica y el surgimiento de la teoría normativa de la culpabilidad (NINO, *Límites*, p. 53). En el mismo sentido: CORCOY, *Delito Imprudente*, p. 20; MOLINA FERNANDEZ, *La antijuridicidad penal*, p. 759; SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, p. 49; CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, p. 8. Hasta mismo Radbruch, quien intentó adecuar los

cambio de la culpabilidad dicha psicológica hacia la culpabilidad denominada normativa no se concretiza tan solo con un escrito o con un autor⁴¹⁷, tratándose más bien de una paulatina transición⁴¹⁸, la obra de *Reinhard Frank*, “Über den Aufbau des Schuldbegriffs”, publicada en 1907, es ampliamente reconocida como el marco inicial de esta consolidación⁴¹⁹.

Ante un contexto doctrinal en el que dolo y culpa eran considerados las especies de culpabilidad y agotaban su contenido y la propia culpabilidad era entendida como una relación psíquica entre el autor y el hecho, *Frank* sostuvo que la culpabilidad no se limitaría al dolo y la culpa, sino que se trataría de un concepto complejo en cuya configuración habría que tener en cuenta también la imputabilidad y las circunstancias concomitantes⁴²⁰. De acuerdo con *Frank*, son las circunstancias concomitantes las que explicarían que el comportamiento practicado en estado de necesidad no sea culpable⁴²¹ – debido a la presencia del peligro – o que permitirían valorar como más o menos grave entre sí dos casos de estafa, por ejemplo⁴²². Con esto, la culpabilidad no se limitaría ya a dos especies, sino que la integrarían los siguientes elementos: la relación psíquica real o potencial (dolo o culpa), la imputabilidad y la normalidad de las circunstancias concomitantes⁴²³. Estos elementos reflejarían la *reprochabilidad*, esencia de la culpabilidad de acuerdo con esta perspectiva⁴²⁴.

delitos imprudentes con la concepción psicológica de la imputación (RADBRUCH, *Schuldbegriff*, p. 344 y ss.), admite las dificultades de compatibilizar este punto de vista con la fundamentación del carácter culpable de la imprudencia (RADBRUCH, *Zur Systematik*, p. 167).

⁴¹⁷ Esta conclusión es confirmada por *Achenbach* al nombrar a *M.E. Mayer, Graf zu Dohna* y *Friedrich Sturm* como precursores de la culpabilidad normativa y a *Beling* como intermediario entre el positivismo naturalista y la concepción normativa de culpabilidad (ACHENBACH, *Schuldlehre*, pp. 57 y 91).

⁴¹⁸ ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 57.

⁴¹⁹ ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 97. *Frank* es reconocido de forma mayoritaria como el fundador de la teoría normativa de la culpabilidad (RADBRUCH, *Zur Systematik*, p. 167; MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal*, p. 520; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, p. 151, JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 451, ROXIN, *Derecho Penal*, p. 794).

⁴²⁰ FRANK, *Sobre la estructura*, pp. 36-37.

⁴²¹ En análisis histórico sobre la normativización de la culpabilidad, *Jakobs* afirma: “contra el concepto psicológico de la culpabilidad se ha objetado, eficazmente desde el punto de vista histórico, que el concepto fracasa en los casos en que la ley disculpa a pesar de haber dolo o imprudencia: es decir, según la concepción moderna, en toda acción antijurídica, pero inculpable y según la concepción antigua, siempre que concurren causas de exculpación” (JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 569).

⁴²² FRANK, *Sobre la estructura*, p. 30.

⁴²³ FRANK, *Sobre la estructura*, pp. 40-41.

⁴²⁴ FRANK, *Sobre la estructura*, p. 39.

Es conocido el desarrollo posterior de la concepción normativa de la culpabilidad, principalmente con *Goldschmidt*, quien caracterizó el elemento normativo de la culpabilidad como la infracción de una específica norma de deber (1913)⁴²⁵, y *Freudenthal*, al concebir la *inexigibilidad* como causa general de exclusión de la culpabilidad (1922)⁴²⁶. Sin embargo, por lo que se refiere específicamente a la presente investigación, el punto más relevante y que debe destacarse es que la mera apertura de la culpabilidad a elementos normativos, con independencia de las discusiones sobre los contornos específicos de esos nuevos componentes, facilitaría ya el camino hacia la conformación de la imprudencia con arreglo preponderante a criterios declaradamente valorativos.

En el plano metodológico, la concepción normativa de la culpabilidad es asociada al *neokantismo*⁴²⁷. A partir de la distinción entre ciencias naturales y ciencias culturales, el *neokantismo*, por medio de la *escuela sudoccidental alemana*⁴²⁸, reclama para las ciencias culturales una naturaleza valorativa, toda vez que su objeto estaría constituido por hechos referidos a valor⁴²⁹. De acuerdo con este pensamiento, el objeto de las ciencias culturales no coincide con los valores, pero su método admite la perspectiva valorativa por medio de la cual se mira la realidad⁴³⁰. De ahí que para los *neokantianos* la realidad no sería diversa de la realidad del positivismo, lo que tiene como consecuencia el *dualismo metodológico* entre la materia empírica y los significados valorativos que se manifiesta al fin y al cabo en algunas fricciones no solucionadas en la configuración de

⁴²⁵ CÓRDOBA RODA, *Una Nueva Concepción*, p. 28. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 795. JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 570. De acuerdo con *Achenbach*, cupo a *Goldschmidt* la contribución decisiva a la consolidación de la doctrina normativa de la culpabilidad con su obra *Der Notstand, ein Schuldproblem*, de 1913 (ACHENBACH, *Schuldlehre*, pp. 113-114 y 121).

⁴²⁶ CÓRDOBA RODA, *Una Nueva Concepción*, p. 29. MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal*, p. 521; JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 451. La concepción individualizadora de la *inexigibilidad*, defendida por *Freudenthal*, según la cual esta causa de exclusión de culpabilidad debe ser determinada tan solo según el caso y agente concreto, es después superada por la doctrina generalizadora, que tiene en cuenta el ciudadano medio, aunque esta medida pueda ser flexibilizada por las características psicofísicas del agente, como sostiene *Eberhard Schmidt* (ACHENBACH, *Schuldlehre*, pp. 143, 148-149 y 151).

⁴²⁷ ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 133-134. COUSO SALAS, *Culpabilidad*, pp. 84-85. Como señala *Schünemann*, “Aunque *Frank* no había asentado 'el concepto normativo de culpabilidad' en la filosofía del neokantismo, sus contemporáneos estimaron que su propuesta marcaba rumbos absolutamente nuevos” (SCHÜNEMANN, *Razonamiento Sistemático*, p. 51, nota a pie de página 58).

⁴²⁸ El principal representante de la *escuela sudoccidental alemana* en el plano filosófico fue *Heinrich Rickert* y, en el plano de la Filosofía del Derecho, los principales representantes fueron *Emil Lask*, *Gustav Radbruch* y *Willhelm Sauer* (LARENZ, *Metodología*, pp. 125-138).

⁴²⁹ MIR PUIG, *Introducción*, pp. 216-218.

⁴³⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 55.

las categorías del delito⁴³¹. Ejemplo de esta postura es que la teoría normativa de la culpabilidad, tal como la concibió *Frank*, a pesar de subrayar el elemento valorativo de la *reprochabilidad* como esencial para la comprensión de esta categoría del delito, siguió manteniendo el dolo y la imprudencia en la culpabilidad o bien como elementos psicológicos⁴³² – aunque en el caso de la imprudencia como elemento psicológico potencial –, o bien como representaciones de la voluntad.

B. Reprochabilidad, imprudencia y las doctrinas de *Ernst von Beling* y *Max Ernst Mayer*

El proceso de debilitación de las corrientes que caracterizaban la culpabilidad penal como una relación psicológica y el avance paralelo de las teorías normativas se refleja de forma representativa en la evolución de la doctrina de *Ernst Beling*. La filiación a una concepción psicológica de culpabilidad en sentido estricto supone comprender la esencia de esta categoría jurídica como una relación psíquica entre el agente, su comportamiento y el resultado. Por un lado, el agente sabía que su comportamiento causaría el resultado ilícito y, por el otro, el nexo mental del agente con el resultado es lo que constituiría la esencia de la culpabilidad de acuerdo con este planteamiento. En la obra “*Die Lehre vom Verbrechen*” (1906), *Beling*⁴³³ define la culpabilidad en correspondencia con los contornos mencionados: “La culpabilidad es la relación psicológica entre el agente y el hecho como un comportamiento típico y antijurídico”⁴³⁴. Es cierto que *Beling* ya sostenía por entonces que la culpa encerraría una *censura* por el

⁴³¹ MIR PUIG, *Introducción*, p. 220. Sobre la importancia y los límites del neokantismo en el Derecho Penal, *Piña Rochefort*, afirma: “Su método que aspiraba a fundar un sistema permeable a consideraciones valorativas, aun cuando incapaz de lograr una radical variación del objeto de la dogmática, implicó una apertura del sistema de potentes consecuencias. Es posible que la falta de coherencia en la comprensión de esta apertura, así como la carencia de definición acerca de cómo se procesaba el sistema los contenidos valorativos que se le incorporaban, hayan impedido que su propuesta teórica se consolidara de un modo definitivo.” PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, pp. 23-24.

⁴³² CÓRDOBA RODA, *Una Nueva Concepción*, p. 31. MIR PUIG, *Introducción*, p. 220.

⁴³³ De acuerdo con wikipedia, *Ernst Ludwig Beling* pasa a llamarse *Ernst Ludwig von Beling* a partir de 1912 (http://de.wikipedia.org/wiki/Ernst_von_Beling, último acceso en 5 de abril de 2014).

⁴³⁴ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 180: “Die Schuld ist die psychische Beziehung des Täters zu der Tat als einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung”.

comportamiento jurídicamente defectuoso⁴³⁵, pero la culpabilidad era caracterizada por este autor como un *momento psíquico*⁴³⁶. Esta sería su verdadera sustancia.

Posteriormente, se produce un cambio en la doctrina de la culpabilidad de *Beling*, que se expresa en su libro “Schuld, Unschuld und Schuldstufen”, de 1910⁴³⁷. La culpa no es más un mero estado mental⁴³⁸, al cual *Beling* se refiere ahora como un puro hecho⁴³⁹, sino la censura o reproche al hecho en relación a su aspecto psíquico⁴⁴⁰. Esta nueva definición recibe la influencia de la concepción de *Frank*, expuesta en el mencionado artículo *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907), donde se sostiene la naturaleza de la culpabilidad como reprochabilidad⁴⁴¹. Sin embargo, *Beling* critica *Frank* por incluir como elemento de la culpabilidad el conjunto de las circunstancias concomitantes. Culpabilidad es censura, admite ahora *Beling*, pero referida al lado subjetivo del hecho, sin que haya elementos objetivos. Las circunstancias a que alude *Frank* solo serían relevantes mientras se reflejen en la mente del agente, pues deben ser por éste conocidas para que puedan ser consideradas⁴⁴². A pesar de no compartir de forma integral el punto de vista de *Frank*, *Beling* incorpora a su doctrina la configuración de la culpabilidad como censura y pasa a admitir una perspectiva valorativa para definir los aspectos subjetivos dolo e imprudencia. En ello se puede reconocer el dualismo metodológico⁴⁴³ del *neokantismo*⁴⁴⁴.

⁴³⁵ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 79: “Solche anspruchsbegründende Schuld enthält also den Vorwurf rechtlich fehlerhaften Verhaltens”.

⁴³⁶ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 80: “Schuld al Verbrechenelement ist damit dasjenige seelisch Moment erwiesen”.

⁴³⁷ El cambio es reportado por ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 94.

⁴³⁸ BELING, *Schuld*, p. 37: “Es ist eben nicht richtig, die Schuld einfach als den positiven Vorstellungs- und Wissensinhalt zu fassen”.

⁴³⁹ BELING, *Schuld*, p. 7: “Danach ist es schief, wenn die Schuld als ein Seelenszustand oder seelischer Vorgang dieser oder jener Art definiert wird. Seelische Zustände sind reine Fakta, und mögen wir sie noch so sehr analysieren: so lange wir im Bereiche der deskriptiven Psychologie bleiben, gelangen wir nie zu irgend einer Feststellung von Schuld”.

⁴⁴⁰ BELING, *Schuld*: “Man kann deshalb die Schuld als die Vorwerfbarkeit der Tat nach ihrer psychischen Seite definieren” (pp. 8-9); “So ist die strafrechtliche Schuld diejenige Tadelhaftigkeit einer Handlung, die gegeben ist, wenn es im Inneren des Handelnden nicht so aussah, wie es die Rechtsordnung erwartete, und wie es von dem Handelnden erwarten konnte” (pp. 12-13).

⁴⁴¹ ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 94.

⁴⁴² BELING, *Schuld*, pp. 8-9, nota a pie de página 2.

⁴⁴³ Ese dualismo metodológico presente na la obra “Schuld, Unschuld und Schuldstufen” es descrito por *Achenbach*, quien se refiere a *Beling* como mediador entre la concepción psicológica de la culpabilidad y la concepción teleológico-normativa” (ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 95-96).

⁴⁴⁴ CARDENAL señala el carácter ecléctico de la doctrina de *Beling*. En ella se hallan pronunciamientos en favor del neokantismo, bien así la fuerte influencia no solo del positivismo formalista — “el Derecho como realidad empírica”, libres de “referencias extrajurídicas en la construcción dogmática” —, sino también del positivismo naturalista, con su pretensión clasificatoria: “naturaleza objetivo-externa o subjetivo-interna”

Para *Beling*, dolo e imprudencia representan grados de culpabilidad. La censura por una conducta dolosa es más grave en comparación con la censura por una conducta imprudente, respetada la congruencia de las situaciones en el plano fáctico⁴⁴⁵. La conducta dolosa se caracterizaría como un comportamiento antijurídico desleal, mientras la conducta imprudente constituiría un comportamiento antijurídico por su desatención al deber⁴⁴⁶. El punto común entre los dos grados de culpabilidad de acuerdo con este autor es que en ambos casos quien hace el juicio de censura echaría de menos el efecto de representaciones inhibitorias en la mente de agente, como se esperaba y se podría esperar⁴⁴⁷. *Beling* aclara que la representación inhibitoria que interesa al Derecho consistiría en la representación de la prohibición del comportamiento, siempre presente en relación al dolo⁴⁴⁸. En cuanto a la imprudencia, en su modalidad consciente, el agente tiene la representación de la posibilidad de que su comportamiento sea prohibido, pero subestima esta posibilidad y por esta razón lleva a cabo la conducta. La censura consistiría en no ponderar las posibilidades con el cuidado necesario o no informarse adecuadamente pese a advertir la posibilidad de una conducta prohibida⁴⁴⁹. En la segunda modalidad, la imprudencia inconsciente, el agente no tiene conocimiento de la prohibición, lo que se origina a partir de la insuficiente información. La censura consistiría aquí en la ausencia del conocimiento suficiente pese a que el agente estaba en condiciones de obtenerlo y con ello producir la representación inhibitoria⁴⁵⁰. En este punto, la representación inhibitoria *potencial* es lo que caracterizaría la culpabilidad.

Como era corriente en la época, la imprudencia en *Beling* abarca la imprudencia jurídica (desconocimiento de la antijuridicidad) y la imprudencia sobre las circunstancias

de los elementos del delito (CARDENAL, *Tipo Penal*, pp. 17-27). Las posturas valorativa y clasificatoria se hacen presentes *a la vez* en su obra “Unschuld, Schuld und Schuldstufen”, donde *Beling* acepta la noción de culpabilidad como reprochabilidad propuesta por *Frank*, pero rechaza la introducción de circunstancias objetivas en la culpabilidad y por ello acusa a aquél penalista de desechar la diferencia metodológica indispensable entre el lado objetivo y el lado subjetivo del hecho y su valoración externa y interna (*Schuld*, p. 8, nota a pie de página 2).

⁴⁴⁵ BELING, *Schuld*, p. 30.

⁴⁴⁶ BELING, *Schuld*, p. 34.

⁴⁴⁷ BELING, *Schuld*, pp. 32-33.

⁴⁴⁸ BELING, *Schuld*, pp. 33-34.

⁴⁴⁹ BELING, *Schuld*, pp. 34-35.

⁴⁵⁰ BELING, *Schuld*, p. 35.

fácticas⁴⁵¹, denominada en su obra como imprudencia en sentido estricto⁴⁵². No obstante el cambio de sistematización en la doctrina mayoritaria actual⁴⁵³, lo determinante para caracterizar la imprudencia en la obra de *Beling* es siempre la constatación de que el rendimiento del agente no fue el esperado por el orden jurídico, teniendo en cuenta las capacidades del individuo concreto. Para este autor, la censura no estaría conformada solamente por el conocimiento de la mayor o menor virtualidad lesiva de la conducta sin que esto lleve el agente a detenerse, sino también por la falta del conocimiento necesario y exigido por el orden jurídico sobre los riesgos derivados del comportamiento. En esto se manifiesta el anunciado dualismo del pensamiento de *Beling*. Después de la aportación de *Frank* y su defensa del carácter normativo de la culpabilidad, *Beling* adopta el término reprochabilidad como fundamental para la definición del concepto de culpa⁴⁵⁴. Pero lo que se reprocha es siempre un estado mental defectuoso del agente, que no se corresponde con el exigido por el orden jurídico. De esta manera, este penalista, famoso por su reconocimiento como cofundador del sistema clásico del delito⁴⁵⁵, no prescinde de la caracterización de la culpabilidad como un elemento subjetivo-interno, de carácter también psicológico, por lo menos en su sustrato.

En el ámbito específico de la imprudencia, el aspecto psicológico de la doctrina de *Beling* se revela en su gradación de la imprudencia consciente siempre como más grave en comparación con la imprudencia inconsciente⁴⁵⁶. En consecuencia, este autor propone que la ley solo castigue la imprudencia inconsciente en los delitos más graves y no la admita en los delitos de mediana o escasa gravedad⁴⁵⁷. *Beling* intenta asimismo poner

⁴⁵¹ Ello corresponde a la comprensión de dolo en la época tanto como “conocimiento de las circunstancias fácticas que forman parte del tipo como el conocimiento de la ilegalidad de la acción” (NINO, *Límites*, p. 56).

⁴⁵² BELING, *Schuld*, p. 54.

⁴⁵³ En la doctrina actual, *Jakobs* sostiene que el tratamiento del error de tipo no debe ser diferente del error de prohibición: en ambos casos —y no solo en los supuestos de error de prohibición— la ley debe dejar abierta la posibilidad de no atenuar la pena. De acuerdo con *Jakobs* “la ignorancia (evitable) no puede descargar de responsabilidad cuando el conocimiento no proporciona al autor ningún dato relevante para su decisión y, por tanto, cuando el autor, con indiferencia hacia el derecho, está ya resulto a ello” (JAKOBS, *Indiferencia como dolo indirecto*, p. 189-191). En el mismo sentido, *Pawlik*, quien sostiene la inconsistencia del diverso tratamiento del error sobre las circunstancias fácticas del error sobre las circunstancias jurídicas (PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 311-312).

⁴⁵⁴ BELING, *Schuld*, p. 8, nota a pie de página 2.

⁴⁵⁵ JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 217.

⁴⁵⁶ BELING, *Schuld*, p. 54.

⁴⁵⁷ BELING, *Schuld*, p. 58.

énfasis en el ámbito psíquico – como mera descripción del estado mental del agente – a la hora de definir la imprudencia inconsciente como la ausencia de una representación inhibitoria⁴⁵⁸, contexto fáctico meramente negativo al que se añadirá el aspecto normativo, dado que la referida ausencia de una representación inhibitoria debe ser producida por falta *reprochable* de información.

A pesar de esta aparente tensión entre descripción psíquica y análisis normativo en la doctrina de *Beling*, es preciso subrayar que lo que importa para el Derecho Penal no es aclarar y establecer directamente el proceso psicológico (causal) de surgimiento de las representaciones y de su efecto inhibitorio, sino determinar medidas de exigencia a las distintas personas en las distintas situaciones a partir de criterios propiamente jurídicos. Por tanto, lo esencial para la caracterización de la imprudencia inconsciente es, también en *Beling* – y como se hizo de forma disimulada o no a lo largo de la historia de la dogmática penal desde *Feuerbach* –, la referencia a la ausencia de información y atención *contrarias a deber*. Ante la constatación de que la imprudencia inconsciente no puede caracterizarse como un estado psicológico positivo, lo que queda al fin es una vez más la imputación a partir de un método normativo.

En comparación con la doctrina de *Beling*, la obra de *Max Ernst Mayer* supone una mayor apertura a la normativización. Cuando en 1901 se publicó su obra fundamental sobre culpabilidad, *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten*, producto de su habilitación académica⁴⁵⁹, todavía no había surgido el marco inicial (formal) de la teoría normativa de culpabilidad de las manos de *Frank* (1907). Sin embargo, *M. E. Mayer* es reconocido como integrante de un grupo más temprano que ya definía la culpabilidad según un criterio valorativo: la contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeit*)⁴⁶⁰. Esta postura es compatible con su anticipada adhesión al *neokantismo*⁴⁶¹ y el consecuente rechazo a la aplicación del método de las ciencias naturales para el Derecho penal, defendido por

⁴⁵⁸ BELING, *Schuld*, p. 37: “Insbesondere kann bei der unbewussten Fahrlässigkeit der Täter dafür getadelt werden, daß er an eine vorhandene Vorstellung eine andere nicht angereicht haben”.

⁴⁵⁹ http://de.wikipedia.org/wiki/Max_Ernst_Mayer, última visita en 6 de febrero de 2014.

⁴⁶⁰ ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 57.

⁴⁶¹ De acuerdo con *Achenbach*, “Max Ernst Mayer ist der erste Autor, der die Auffassungen der neukantischen Philosophie, namentlich der südwestdeutschen Wertphilosophie, in die strafrechtsdogmatische Schuldlehre einführt” (ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 79).

*Liszt*⁴⁶². Después de la propuesta de *Frank* de comprender la culpabilidad como *reprochabilidad*, *Mayer* siguió manteniendo su concepción original de la culpabilidad, constituida por dos especies y no por elementos, en la que el dolo y la imprudencia siguen como las dos modalidades de manifestación de la culpabilidad por medio de las cuales se produce *un resultado típico de forma contraria a deber*⁴⁶³.

Mayer describe la imputación subjetiva como la transferencia del juicio sobre un hecho a su agente. La valoración del hecho se pone en la cuenta del agente, ya sea en su beneficio, ya sea para cargárselo. Esta imputación subjetiva, condicionada a la previa confirmación del nexo causal entre acción y resultado, correspondería a la calificación del suceso como culpable⁴⁶⁴. El valor del hecho puesto en la cuenta del agente le es atribuido como una cualidad de su voluntad, ya que bueno y malo, merecido o culpable, son predicados que para *Mayer* solo tienen sentido en tanto relacionados a la voluntad. Ello le lleva a concluir, en conexión con la doctrina del siglo anterior, que toda culpabilidad es culpabilidad de la voluntad⁴⁶⁵. Sin embargo, *Mayer* no exige la conexión psicológica entre acción y resultado como condición para la configuración de un hecho culpable. Esto haría imposible definir el dolo y la imprudencia *a la vez* como especies de culpabilidad, puesto que en la imprudencia inconsciente dicha relación psíquica no está presente. Más bien, este autor sostiene que el punto común al dolo y a la imprudencia es que ambos se caracterizan por la puesta en marcha de la voluntad de forma contraria a deber. La contrariedad a deber es, por tanto, lo que explicaría que la voluntad pueda ser caracterizada como culpable y lo que aunaría las dos especies de culpabilidad⁴⁶⁶. De acuerdo con esta concepción de carácter normativo, la similitud entre dolo e imprudencia residiría en el hecho de que la representación del resultado lesivo *podría* y *debería* operar como *contramotivación* para el comportamiento culpable⁴⁶⁷, con lo cual *Mayer* se refiere a una representación *exigible*, esté o no presente en la situación concreta en la cabeza del agente.

⁴⁶² ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 75-76.

⁴⁶³ M. E. MAYER, *Glossen zur Schuldlehre* (1911), pp. 494 y 509.

⁴⁶⁴ M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung*, pp. 24-25.

⁴⁶⁵ M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung*, pp. 35-36.

⁴⁶⁶ M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 183.

⁴⁶⁷ M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 183.

Para este autor, lo que distingue el dolo y la imprudencia como especies de la culpabilidad es el diverso grado de contrariedad a deber, de mayor a menor intensidad⁴⁶⁸. Por lo que se refiere a la imprudencia, *Mayer* la define como “el comportamiento culpable para el cual la representación del resultado antijurídico no fue un *contramotivo*, sea porque no estuvo presente, sea porque la representación del *no* acaecimiento del resultado fue uno de los motivos para que el agente emprendiera el comportamiento”⁴⁶⁹. En esta definición se distingue la imprudencia inconsciente de la imprudencia consciente, pero el penalista sostiene correctamente que la diferenciación no refleja una mayor o menor gravedad de una frente a la otra. En este punto *Mayer* se acerca a *Liszt* y otros para quienes el hombre cuidadoso, que se convence de que el posible resultado lesivo no sucederá, no puede ser tratado de forma más severa que el descuidado que absolutamente no piensa que un nefasto resultado podría ocurrir⁴⁷⁰.

En defensa del carácter culpable de la imprudencia inconsciente, *Mayer* criticó directamente a *Kohlrausch*, quien, como se ha expuesto anteriormente, sostuvo que además del dolo tan solo la imprudencia consciente podría configurar especie de culpabilidad. El error de *Kohlrausch* residiría en calificar la relación psíquica entre agente y resultado como el propio contenido de la contrariedad a deber, mientras que dicha conexión psíquica solo sería en realidad el elemento de diferenciación de las especies de culpabilidad⁴⁷¹. La prueba de que la relación psicológica entre agente y resultado no podría constituir la esencia de la culpabilidad estaría en el hecho de que aun en los casos de dolo directo, en que la aludida conexión es la más íntima, es posible que la contrariedad a deber no esté presente, lo que sucede cuando concurre una causa de exclusión de culpa, como por ejemplo en los casos de defensa putativa, coacción, etc⁴⁷². *Mayer* concluye de forma correcta que la esencia de la contrariedad a deber no está en la relación psíquica del agente con el resultado, sino en una relación normativa⁴⁷³.

⁴⁶⁸ M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 183.

⁴⁶⁹ “Fahrlässig begangen ist diejenige schuldhafte Handlung, für welche die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg nicht Gegenmotiv geworden ist, sei es weil sie nicht vorhanden, sei es weil die Vorstellung vom Nichteintritt des Erfolges dem Thäter ein Grund mehr gewesen ist, die Handlung vorzunehmen” (M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 183).

⁴⁷⁰ M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung*, pp. 179-180.

⁴⁷¹ M. E. MAYER, *Glossen*, p. 512.

⁴⁷² M. E. MAYER, *Glossen*, pp. 513-514.

⁴⁷³ M. E. MAYER, *Glossen*, p. 514.

Con esto queda claro que también *Mayer* comprendía la esencia normativa de la culpabilidad, aunque este carácter normativo no tenga autonomía más allá de la propia configuración del dolo y de la imprudencia. En este sentido, sobre la propuesta de *Frank* – dolo e imprudencia son elementos de la culpabilidad, al lado de las circunstancias concomitantes y de la imputabilidad – *Mayer* sostuvo que la concepción normativa no conllevaría abandonar el enfoque según el cual dolo e imprudencia son *las* especies de culpabilidad⁴⁷⁴. La determinación de las modalidades de comportamiento culpable como *contrarias a deber* implicaría que en su propia estructura ya están contenidas las circunstancias concomitantes y la imputabilidad⁴⁷⁵. Esta fue asimismo la perspectiva que le abrió paso para cualificar la imprudencia inconsciente como culpable, porque la falta de representación se explicaría en este caso por la contrariedad a deber, puesto que el agente podía y debía haberse representado el resultado.

La crítica más frecuente en lo que atañe a la definición de culpabilidad de *Mayer* es que sería imprecisa, en la medida en que el contenido de la contrariedad a deber no queda perfectamente esclarecido. Esa era, por ejemplo, la opinión de *Liszt*⁴⁷⁶. Para *Mayer*, la concepción de *contrariedad a deber* se remite a un complejo de normas prejurídicas, que podrían ser determinadas como normas de cultura⁴⁷⁷. Aunque sin negar la dificultad de su delimitación concreta, el penalista sostiene que este concepto sería apropiado precisamente por su elasticidad y sería además imprescindible para reconocer el comportamiento culpable, lo que presupondría realizar una valoración ética⁴⁷⁸. Sin embargo, por la vía propuesta por *Mayer* de hecho quedaría aún mucho esfuerzo para lograr la demarcación de la conducta culpable concreta, tarea que es remitida al juez⁴⁷⁹, dada la indeterminación de las normas de cultura⁴⁸⁰. Además, en contra de las “normas de cultura” como indicadores jurídico-penales está el hecho de que existen ámbitos de regulación específica y originaria del Derecho penal anteriores a la existencia de normas

⁴⁷⁴ M. E. MAYER, *Glossen*, p. 511.

⁴⁷⁵ M. E. MAYER, *Glossen*, p. 511.

⁴⁷⁶ El propio *Mayer* destaca la crítica de *Liszt* (M. E. MAYER, *Glossen*, p. 496).

⁴⁷⁷ M. E. MAYER, *Glossen*, p. 496.

⁴⁷⁸ M. E. MAYER, *Glossen*, p. 496.

⁴⁷⁹ ACHENBACH, *Schuldlehre*, pp. 79-80.

⁴⁸⁰ WRAGE, *Grenzen*, pp. 74-75.

de sociales y asimismo la posibilidad de regulación jurídico-penal contraria a las normas culturales⁴⁸¹.

A pesar de estas críticas, además del mérito de haber buscado una base común necesaria para reunir dolo e imprudencia como formas de culpabilidad, Mayer reconoció correctamente que la imprudencia solamente podría ser definida desde una perspectiva normativa⁴⁸². Es cierto que la concepción de (infracción de) *normas de cultura* no puede servir de base para la distinción entre el comportamiento imprudente y los supuestos de ausencia de responsabilidad⁴⁸³, pero hay que reconocer que la demarcación de la conducta imprudente en gran medida exige la remisión a lo aprobado y lo no aprobado en el día a día en sociedad, lo que se confirma por la difusión de las estructuras jurídicas de la *adecuación social*⁴⁸⁴ y, sobre todo para la imprudencia, del *riesgo permitido* – específicamente por lo que se refiere a la investigación de las prácticas sectoriales sedimentadas como uno de los recursos para concretar la admisibilidad o no del riesgo – y del *cuidado necesario en el tráfico*⁴⁸⁵. Si bien la configuración *jurídica* de estos

⁴⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 319.

⁴⁸² Aunque en su definición de la culpabilidad en general no haya prescindido de un elemento *psicológico* (u ontológico), al lado del normativo, postura propia de los penalistas *neokantianos*: “... die Schuld liegt in der Beziehung des Täters zur Tatbestandsmäßigkeit (psychologisches oder normatives Schuldelement) und in der Beziehung des Täters zur Rechtswidrigkeit (ethisches oder normatives Schuldelement)” (M. E. MAYER, *Lehrbuch*, p. 232).

⁴⁸³ Más allá de la imprudencia, “el Derecho penal sólo puede cumplir sus fines mediante normas primarias propias” (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 319).

⁴⁸⁴ “... la influencia de las valoraciones sociales no se proyecta sólo sobre la operación de determinación del objeto de protección del Derecho penal. La referida influencia tiene lugar también en el plano de la configuración del sistema de atribución de responsabilidad, esto es, en la dogmática de la teoría del delito... Una de las manifestaciones de esta influencia es, por ejemplo, la progresiva consolidación de la figura de la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad penal” (SILVA SÁNCHEZ, *En Busca del Derecho penal*, p. 41).

⁴⁸⁵ En ese sentido, cuando habla de riesgo permitido, Piña afirma que “la actividad permitida no puede sino buscarse dentro de la sociedad ... la mejor manera de encontrar pistas respecto de dicha permisón (em caso de que no aparezcan – como casi nunca lo hacen – directamente al observar la situación a juzgar), es recurrir a aquellas estructuras sociales en las que se encarna o expresa dicha configuración social” (PIÑA, *Rol social*, p. 395). De forma semejante, SILVA SÁNCHEZ, *En Busca del Derecho penal*, p. 43. Burgstaller habla de “costumbres en las relaciones” (*Verkehrssitten*) en los círculos sociales como indicios para la determinación normativa del cuidado objetivo (BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 50-54).

institutos no coincide necesariamente (y no deba coincidir) con su configuración *cultural*⁴⁸⁶, es innegable la influencia recíproca de un plano a otro⁴⁸⁷.

C. *Exner*: la imprudencia inconsciente y la culpabilidad del sentimiento

La influyente monografía de *Franz Exner*, “Das Wesen der Fahrlässigkeit”, publicada en 1910, cuya profundidad y originalidad justifican un análisis más detallado, manifiesta de forma representativa el dualismo metodológico propio del *neokantismo*, toda vez que el autor se dedica a buscar la base empírica de la imprudencia como forma de culpabilidad, pero luego propone criterios normativos (valorativos) con el propósito de determinar el concreto comportamiento imprudente. Inicialmente, en el plano empírico, el punto de partida de *Exner* es la crítica a la culpabilidad de la voluntad, que sería incapaz de abarcar la imprudencia inconsciente, puesto que el agente no puede querer algo que no es objeto de su representación⁴⁸⁸ y, convencido de la ausencia de peligro, tampoco puede conducir su voluntad a la evitación del resultado⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ *Silva Sánchez* correctamente advierte que “en los casos en que se encuentra con la preexistencia de una norma social de contenido dado, el Derecho penal puede proceder a acoger dicha norma, pero también puede regular esa materia de modo parcialmente distinto o incluso optar por una regulación contraria” (*SILVA SÁNCHEZ, Aproximación*, p. 319). Así, también, *Piña*: “La posibilidad de que las normas jurídico-penales contradigan otras normas sociales (emanadas de otros sistemas sociales) se encuentra siempre presente” (*PIÑA, Rol social*, p. 179). De acuerdo con *Piña*, las estructuras sociales deben ser re-validadas por el sistema jurídico para que puedan operar en él (*PIÑA, Rol social*, pp. 399-401). Así, también, *VOßGÄTTER, Die sozialen Handlungslehren*, pp. 136-137: “Die Wertungen und Zurechnungsstrukturen des alltäglichen Lebens, der sozialen Wirklichkeit sind also nach systemtheoretischen Erwägungen nicht ohne weiteres diejenigen des Strafrechts”; y *ROXIN, Finalismo*, pp. 112-123. En trabajo reciente, *Silva Sánchez* subraya “la innegable conexión del contenido de la teoría del delito con el tenor de las valoraciones sociales” pero advierte que “existe una significativa diferencia entre las valoraciones sociales profundas – las que se expresarían en la constitución social en sentido estricto – y las demandas sociales o exigencias verbalizadas en encuestas de opinión por grupos sociales” (*SILVA SÁNCHEZ, En Busca del Derecho penal*, p. 45). La postura de *Exner* en el mismo sentido antecede estas opiniones (1910): “Das Recht stellt Normen auf, wie es den Verkehr und das Zusammenleben der Menschen geregelt wissen will... Es soll doch nicht jede Unvorsichtigkeit durch den Hinweis, sie sei üblich, der Verantwortung entzogen, jeder eingebürgerte Schlandrian legalisiert werden. Der Wille des Gesetzgebers kann ja gerade dahin gehen, da von ihm mißbilligte, wenn auch von vielen geübten Verhalten zu ändern, das Niveau des Durchschnitts ‘zu heben’ und die Menschen an andere Gepflogenheiten zu gewöhnen” (*EXNER, Das Wesen*, p. 197).

⁴⁸⁷ En ese sentido: *CANCIO MELIÁ, Los orígenes de la adecuación social*, pp. 60-61. Esta relación se evidencia si aceptamos, como hace *Piña*, que “la función del sistema jurídico-penal es la protección (mediante re-estabilización) de expectativas sociales” (*PIÑA, Rol social*, p. 181). En el mismo sentido *SÁNCHEZ-VERA, Protección de expectativas*, p. 257, nota a pie de página 71.

⁴⁸⁸ *MOHRMANN, Die neueren Ansichten*, p. 49.

⁴⁸⁹ “Der Täter wußte vielleicht, daß nichts passieren kann, d. h. er war von der Unschädlichkeit seiner tat subjektiv vollkommen überzeugt, und man kann ihn nicht verdenken, daß er gemäß dieser Überzeugung handelte. In den Umständen, wie er sah, lag nichts, was gegen die Tat sprechen konnte” (*EXNER, Das Wesen*, p. 142).

Si es cierto que la imprudencia se caracterizaría por la producción de un resultado no doloso que debería haber sido evitado, ello no llega a la esencia del comportamiento imprudente⁴⁹⁰. *Exner* parte del principio de que un resultado solo sería evitable cuando su acaecimiento y la manera de prevenirlo eran cognoscibles para el agente⁴⁹¹. Con todo, para determinar si la medida de conocimiento correspondió a la exigida por el orden jurídico, o si, por el contrario, al agente le era exigido saber más, sería imprescindible investigar el aspecto psicológico del problema, con el objetivo de buscar las razones por las que el agente no previó el resultado, lo que permitirá definir su comportamiento como culpable o inculpable⁴⁹². Para contestar a su pregunta, *Exner* intenta aclarar el proceso de surgimiento de las representaciones en la cabeza del agente, con lo que hace una incursión en las investigaciones de la Psicología, con base en el estado de la cuestión en su época⁴⁹³. Elemento esencial para comprender el aludido proceso sería la *reproducción*, que, de acuerdo con el penalista, puede ser aclarada como el renacimiento de antiguas representaciones como representaciones actuales por medio de la *asociación* provocada por una determinada situación externa⁴⁹⁴. De ahí que sería condición necesaria para el surgimiento de la representación esperada, es decir, adecuada a capacitar al agente a evitar el resultado lesivo, la posibilidad de su identificación con una experiencia anterior disponible en el inconsciente (*reproducción*) y que pueda ser *asociada* a determinadas impresiones de las circunstancias externas⁴⁹⁵.

Aunque *Exner* considere imprescindible la condición anterior, lo que de hecho determinaría al fin el surgimiento o no en la consciencia del agente de la representación capaz de aportarle todos los datos necesarios para prever (y, por tanto, evitar) el suceso lesivo sería el peso del *sentimiento* relacionado con la adquisición de ese elemento intelectual decisivo para la previsión del resultado⁴⁹⁶. Es decir, aun siendo posible en un caso concreto la conexión asociativa entre una situación actual efectivamente percibida

⁴⁹⁰ EXNER, *Das Wesen*, p. 136.

⁴⁹¹ EXNER, *Das Wesen*, p. 138.

⁴⁹² EXNER, *Das Wesen*, pp. 144-145.

⁴⁹³ EXNER, *Das Wesen*, pp. 145 y ss. De acuerdo con *Fischer*, la base de la teoría de *Exner* refleja los resultados de la Psicología científica por vuelta del año 1900 (FISCHER, *Vergessen*, p. 22).

⁴⁹⁴ EXNER, *Das Wesen*, pp. 147 y 154.

⁴⁹⁵ EXNER, *Das Wesen*, pp. 147 y 156.

⁴⁹⁶ EXNER, *Das Wesen*, pp. 155-156. MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 53.

por el agente y la representación anterior capaz de suministrar conocimientos sobre la concreta cadena causal que conduce al evento lesivo, esto no siempre acaecerá. Esto es así porque esta potencial asociación solo se convertirá en una asociación real en la cabeza del agente si en éste concurre un *interés* con la fuerza necesaria para poner en marcha el respectivo proceso que aportará al plano consciente la materia antes archivada en el inconsciente. La conclusión de *Exner* es la siguiente: “cuando ciertas sensaciones de datos externos no producen, como es esperado, una determinada representación o un determinado juicio, ello se explica o por la falta de la conexión asociativa entre ambos elementos o por la ausencia del grado de sentimiento necesario para alcanzar la representación”⁴⁹⁷.

El sentimiento sería asimismo fundamental para captar y dirigir la atención del agente a las circunstancias externas que harán posible la reproducción. De acuerdo con ello, la atención a un determinado objeto se produce a costa de la desatención a otros objetos, en lo que *Exner* define como un proceso de selección: la atención solo puede dirigirse a una determinada medida de contenido de consciencia⁴⁹⁸. A pesar del reconocimiento de que la magnitud del estímulo exterior juega un papel en ese proceso selectivo, lo determinante para atraer la atención sería la resonancia de las circunstancias exteriores en el psiquismo del agente⁴⁹⁹. Las sensaciones que no presentan afinidad con los intereses del agente no serían capaces de atraer su atención. En consecuencia, *Exner* concluye que el sentimiento y las emociones serían al fin y al cabo los auténticos conductores de la atención⁵⁰⁰.

De acuerdo con este autor, los fundamentos psicológicos investigados deben ahora ser empleados para la determinación de la esencia de la culpabilidad. *Exner* rechaza inicialmente la posibilidad de culpa por el intelecto⁵⁰¹. Por un lado, cuando el agente no es capaz de asociar las sensaciones recibidas del mundo exterior con una representación

⁴⁹⁷ “Wenn gewisse äußere Eindrücke in dem Handelnden nicht, wie erwartet, eine bestimmte Vorstellung oder ein bestimmtes Urteil auslösen, so hat es entweder an der assoziativen Verknüpfung der beiden Elemente oder der nötigen Gefühlsbetonung jener Vorstellung gefehlt” (EXNER, *Das Wesen*, p. 157).

⁴⁹⁸ EXNER, *Das Wesen*, p. 149.

⁴⁹⁹ EXNER, *Das Wesen*, p. 150.

⁵⁰⁰ EXNER, *Das Wesen*, pp. 150-152.

⁵⁰¹ EXNER, *Das Wesen*, pp. 164-165.

antes experimentada – ya sea porque nunca ha vivido esa representación o porque no tiene un patrimonio cognitivo anteriormente adquirido –, la reproducción no puede ocurrir, por lo que el agente no tiene la capacidad de representarse el peligro, lo que conllevaría la exclusión de la culpabilidad⁵⁰². Por otro lado, la base psicológica demostraría que lo censurable en el supuesto de ausencia de concreta previsión de un evento lesivo sería la falta en el ámbito del sentimiento, lo que se aplicaría tanto para la imprudencia consciente como para la imprudencia inconsciente.

Exner describe la imprudencia *consciente* como la situación en que el agente previó la *posibilidad* del resultado, pero no lo evitó. A partir de las consideraciones anteriores, se desvelaría la razón por la cual el peligro conocido no fue tenido en cuenta: su representación no provocó en el agente la *repulsa* (aspecto emocional) suficiente como para convertirse en una *contramotivación* decisiva⁵⁰³. El sentimiento jugaría asimismo un papel determinante en la configuración de la culpabilidad en la imprudencia *inconsciente*. En este caso, con su desatención o ausencia de previsión, el agente manifestaría la insuficiente valoración del interés jurídicamente protegido, en contrariedad a lo que exigía su deber⁵⁰⁴. Para *Exner*, la atribución de valor a un bien o interés de la vida depende de una relación de sentimiento capaz de despertar la fuerza inconsciente necesaria para la reproducción, de manera que evoque la previsión del peligro⁵⁰⁵. El penalista concluye que la culpa en la imprudencia inconsciente residiría en el hecho de que el agente demuestra con su olvido, desatención o ausencia de previsión que no valora el objeto puesto en peligro, como le sería jurídicamente exigible⁵⁰⁶.

Hasta aquí tenemos una teoría de la culpabilidad predominantemente naturalista⁵⁰⁷, que busca sustituir el elemento psicológico *voluntad* por el elemento emocional, y por ello también psicológico, del *sentimiento*. *Exner* rechaza todas las teorías de la culpabilidad de la voluntad desde *Feuerbach* hasta concluir que la

⁵⁰² EXNER, *Das Wesen*, pp. 163-164.

⁵⁰³ EXNER, *Das Wesen*, p. 165.

⁵⁰⁴ EXNER, *Das Wesen*, p. 170.

⁵⁰⁵ EXNER, *Das Wesen*, pp. 171-172.

⁵⁰⁶ EXNER, *Das Wesen*, p. 173.

⁵⁰⁷ Por ello identifica *Corcoy* una similitud entre las teorías de *Liszt* y *Exner* (*CORCOY, El Delito Imprudente*, p. 13).

culpabilidad en los delitos imprudentes residiría más bien en la infravaloración del bien jurídico que se manifiesta en la falta de interés de evitación del resultado⁵⁰⁸⁵⁰⁹. En otras palabras, lo censurable en la imprudencia no sería la voluntad, que no se dirige hacia la lesión, sino el sentimiento del agente, que no estimaría el bien jurídico como era su deber⁵¹⁰. Sin embargo, *Exner* no se detiene en el aspecto psicológico – que a pesar de constituir para él algo muy importante para fundamentar la censura a la imprudencia, no zanjaría el problema de la determinación concreta de la conducta imprudente desde el punto de vista jurídico-penal – y avanza hacia la búsqueda de criterios que puedan decidir cuando la falta de sentimiento que origina un descuido causante de la lesión al bien jurídico es *contraria a deber*. A partir de ahora, *Exner* se aleja del terreno estrictamente naturalista y su mirada se vuelve correctamente a la necesidad de aportar al juzgador herramientas concretas que puedan indicarle si una conducta es o no imprudente y que puedan precisar la medida de la imprudencia. Su pensamiento es en gran medida todavía actual⁵¹¹.

Imprudente es la conducta que causa una lesión jurídica que podría y debería haber sido evitada⁵¹². Pero la evitabilidad es todavía un concepto relativo, que necesita de determinación. Lo que es evitable para muchos puede no serlo para el agente concreto. Y si la culpabilidad por un déficit de capacidad intelectual no es admisible, es preciso hallar la frontera entre la conducta imprudente y la ausencia de responsabilidad en atención a la capacidad individual del agente⁵¹³. La finalidad de protección de bienes jurídicos no puede ser alcanzada por medio de exigencias que el sujeto no puede atender. No obstante,

⁵⁰⁸ EXNER, *Das Wesen*, p. 177.

⁵⁰⁹ Sin embargo, un precedente de las consideraciones de *Exner* se halla en *Stübel*: “Denn je größer die vermöge einer gefährlichen Handlung zu befürchtende Beschädigung Anderer ist, desto größer ist das Interesse des Handelnden, diese Gefahr nicht zu veranlassen, und je größer dieses Interesse ist, desto mehr wird das Erkenntnis- oder Wahrnehmungsvermöge aufgeregt. So wie die Noth erfinderisch macht, so macht auch das größere Interesse an der Vermeidung des von einer Handlung zu befürchtenden rechtswidrigen Erfolges bei der Unternehmung derselben aufmerksamer und behutsamer” (STÜBEL, *gefährliche Handlungen*, §39, p. 292).

⁵¹⁰ Para *Exner*, la culpabilidad del sentimiento, o sea, la fundamentación de la censura penal al agente con base en la falta de valoración sentimental del bien jurídico se aplica asimismo al dolo, especialmente al dolo eventual, en que más que querer la lesión al bien jurídico, esta le es indiferente al agente y constituye solo una consecuencia necesaria y prevista de la realización de la conducta efectivamente querida (EXNER, *Das Wesen*, p. 177).

⁵¹¹ *Mir Puig*, por ejemplo, menciona los tres criterios ya propuestos por *Exner* (MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 288).

⁵¹² EXNER, *Das Wesen*, p. 177.

⁵¹³ EXNER, *Das Wesen*, pp. 184-185.

Exner admite la *culpa por asunción*, en la que el agente asume una actividad para la cual no está capacitado en situaciones en que le son por lo menos reconocibles su propia incapacidad y el peligro que de ella puede resultar para un bien jurídico durante el tiempo en que el agente esté encargado de la responsabilidad asumida⁵¹⁴. No se trata de castigar por falta de capacidad, sino por el hecho de asumir actividades sin tener en cuenta su propia incapacidad, con conocimiento o posibilidad de conocimiento del riesgo que de esto se origina.

Exner reconoce asimismo que no toda provocación de peligro para bienes jurídicos puede fundamentar la imprudencia penal. No toda causación de un evento lesivo previsible puede generar responsabilidad⁵¹⁵. Como acciones permitidas de producción de peligros, *Exner* pone el ejemplo de la operación médica con finalidad curativa, aun con riesgos para la salud del paciente inherentes a la intervención y alude a las acciones que generan peligros estadísticos, pero autorizadas por el Estado, dado que, al formar parte del funcionamiento y desarrollo normales de la sociedad, su prohibición conllevaría la supresión del tránsito ordinario de la vida en comunidad⁵¹⁶. Ejemplos de estas actividades serían los trabajos de una fábrica – los cuales, aunque con atención a todas las reglas de prevención de riesgos, pueden redundar en accidentes –, la operación de los medios de transporte y los experimentos científicos⁵¹⁷. En estos casos, el Estado permite la producción de un determinado grado de riesgo cuyo desbordamiento abre paso a la imputación⁵¹⁸, tema hoy discutido en el ámbito de la denominada imputación objetiva.

Para *Exner*, el límite de riesgo admisible no se corresponde necesariamente con los usos y las costumbres, sino que su medida está jurídicamente determinada⁵²⁰. En correspondencia con ello, el autor sostiene que la conducta comúnmente practicada en sociedad puede no coincidir con la conducta exigida por el Derecho⁵²¹. Ello sucede, por ejemplo, cuando hay necesidad de cambio de patrones de cuidado que eran usuales hasta

⁵¹⁴ EXNER, *Das Wesen*, p. 186-188.

⁵¹⁵ EXNER, *Das Wesen*, p. 191-192.

⁵¹⁶ EXNER, *Das Wesen*, p. 192-195.

⁵¹⁷ EXNER, *Das Wesen*, p. 194.

⁵¹⁸ EXNER, *Das Wesen*, p. 195-196.

⁵¹⁹ *Exner* está hablando en este punto de una ya existente teoría del riesgo permitido.

⁵²⁰ EXNER, *Das Wesen*, p. 197.

⁵²¹ EXNER, *Das Wesen*, p. 197.

el momento. Con todo, hay que respetar siempre la medida de celo razonablemente exigible y que puede ser observada por los destinatarios de la norma. Por esta razón, no se puede esperar en todos los casos una diligencia máxima, del *diligentissimus pater familias*, según la cual no se admiten ni siquiera las más mínimas faltas⁵²². Después de todo, *Exner* propone tres circunstancias externas que servirían de base para identificar una conducta como imprudente: la magnitud de la posibilidad de lesión, la dimensión de la posible lesión (en relación con el valor del bien jurídico) y la finalidad perseguida⁵²³ por el comportamiento a enjuiciar⁵²⁴.

En primer lugar, sería necesario tener en cuenta la medida del peligro, es decir, el grado de probabilidad de lesión. Cuanto mayor es el peligro, más fuerte será el indicativo de conducta imprudente. Ello explicaría la exigencia de un grado mayor de cuidado en las actividades peligrosas. En este ámbito, deben ser observados los reglamentos y las prácticas usuales de seguridad⁵²⁵. En segundo lugar, sería preciso considerar el valor del bien jurídico puesto en peligro. Hay una mayor exigencia de cuidado allí donde están en juego bienes más importantes. Por ello, la relevancia del bien jurídico amenazado determinaría los límites de la conducta imprudente⁵²⁶. En tercer y último lugar, el juicio sobre el empleo o no del cuidado exigido dependería del propósito de la actividad. Según el objetivo perseguido por el agente, el grado de exigencia es mayor o menor. Cuanta mayor la utilidad social, más amplia la admisión de creación de riesgos. Ello se aplicaría a los casos citados de peligros permitidos. En cambio, cuanta menor la utilidad social, más estricto será el límite de producción de riesgos admisibles⁵²⁷.

⁵²² EXNER, *Das Wesen*, p. 198.

⁵²³ De mayor o menor interés social.

⁵²⁴ EXNER, *Das Wesen*, p. 199. En 1881, *Hälschner* ya se refería como parámetros para la determinación de la imprudencia, de un lado, la proximidad o no de la posibilidad del resultado y, de otro, el valor del bien jurídico y la medida de la lesión del bien jurídico (HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 324). Los tres criterios propuestos por *Exner* son válidos hasta la actualidad, como se constata de las palabras de *Mir Puig*: “A estos efectos deben tenerse en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo. Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante). La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser más grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos” (MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 288).

⁵²⁵ EXNER, *Das Wesen*, p. 200.

⁵²⁶ EXNER, *Das Wesen*, pp. 200-201.

⁵²⁷ EXNER, *Das Wesen*, pp. 202-203.

Exner llama la atención todavía sobre otras circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para la definición del comportamiento imprudente en el ámbito penal. Por ejemplo, el agotamiento por exceso de trabajo, la corta edad del agente (joven y sin experiencia), la excitación, la emoción y la necesidad de pronta actuación, sin tiempo para reflexionar, son factores que descargarían al agente, capaces de excluir la responsabilidad penal⁵²⁸. En este punto, *Exner* toma en consideración las denominadas circunstancias concomitantes⁵²⁹ conforme las había propuesto *Frank* pocos años antes. Sin embargo, en contraste con la doctrina de este último autor, para *Exner* dichas circunstancias acompañantes no serán consideradas en su conjunto como elemento autónomo de la culpabilidad, sino como componentes del propio concepto de (dolo e) imprudencia⁵³⁰, de manera similar al pensamiento de *M. E. Mayer*.

La conclusión de *Exner* es que la norma adquiere un contorno singular de acuerdo con el caso concreto y para llegar a la respuesta sobre el carácter imprudente o no del comportamiento habría que acudir a los criterios mencionados y utilizar como recurso también el baremo del cuidado normal que emplearía un integrante del círculo social del agente⁵³¹. Estos parámetros deberán ser empleados en igual medida para el reconocimiento de la imprudencia consciente y de la inconsciente, que no presentan, de acuerdo con este penalista, una relación necesaria de mayor o menor gravedad entre sí⁵³², a semejanza de lo que correctamente ya sostenían *Binding*, *Liszt* y *M. E. Mayer*, entre otros. Para *Exner* quien anda por el mundo sin ninguna preocupación y atención a lo que le pasa o no a las otras personas no es mejor desde el punto de vista social que el que causa peligros de forma consciente⁵³³.

II.3. Balance: lo psicológico y lo normativo en la imprudencia

⁵²⁸ EXNER, *Das Wesen*, pp. 203-205.

⁵²⁹ EXNER, *Das Wesen*, p. 206.

⁵³⁰ EXNER, *Das Wesen*, pp. 229-230.

⁵³¹ EXNER, *Das Wesen*, p. 206.

⁵³² EXNER, *Das Wesen*, p. 215.

⁵³³ EXNER, *Das Wesen*, p. 216.

La aceptación de la teoría normativa de la culpabilidad allanó el camino para una fundamentación más consecuente del carácter culpable de la imprudencia inconsciente⁵³⁴. Los intentos de describir lo que por entonces eran las formas de la culpabilidad (dolo e imprudencia) como estados mentales siempre habían encontrado su gran obstáculo a la hora de definir los casos de imprudencia en los que no hay previsión del resultado. Desde la perspectiva psicológica, se ha pretendido históricamente también echar mano de la alusión a un supuesto elemento negativo de fundamentación, como la mala voluntad, o sencillamente a la ausencia de determinadas configuraciones psicológicas como la *falta* de previsión y la *falta* de atención. Pero especialmente cuando se trata de la imprudencia inconsciente, el elemento normativo es imprescindible, pues lo relevante para la identificación de la conducta susceptible de castigo en esta modalidad imprudente es la valoración plasmada en una exigencia de comportamiento no atendida por el agente.

Entre los tres últimos autores destacados, *Beling*, *Mayer* y *Exner*, hay acuerdo sobre la caracterización de la culpabilidad como censura, lo que tiene consecuencias sobre la imprudencia como especie de culpa de acuerdo con el pensamiento de la época. Sin embargo, los criterios de valoración de la conducta necesarios para su determinación como imprudente aún no tenían la consistencia suficiente como para apartar la mirada de la doctrina de los aspectos naturalísticos – que le parecían centrales – con el propósito de dirigir la atención a lo normativo. De ahí que para *Beling* la imprudencia era todavía la ausencia del efecto de una representación inhibitoria, aunque conectada a la infracción de un deber de conocer⁵³⁵. Lo mismo sucede con *Exner*, quien, a pesar de desarrollar criterios normativos para la identificación de conductas imprudentes, tiene como objetivo principal calificar la culpabilidad como *sentimiento* reprochable en sustitución a *voluntad* reprochable. Se trata, pues, de mantenerse parcialmente en el plano naturalístico. En cuanto a *Mayer*, aunque oriente el concepto de culpabilidad directamente a la contrariedad a deber, la voluntad sigue apareciendo como el elemento contrario a deber al que se relaciona toda culpa.

⁵³⁴ ROTH, *Strafbarkeit*, p. 66.

⁵³⁵ BELING, *Schuld*, pp. 33-35.

La concepción inicial de *Dohna*⁵³⁶⁵³⁷ sobre la culpabilidad es muy parecida a la de su contemporáneo *Mayer*. El elemento fundamental que caracteriza la conducta culpable en *Dohna* es igualmente la contrariedad a deber⁵³⁸. Dolo e imprudencia no presentan uniformidad en el plano psicológico, pero de acuerdo con *Dohna* tienen en común, en su carácter penal, el hecho de que son contrarios a deber⁵³⁹. Este autor rechaza la limitación del concepto de culpabilidad a un puro plano psicológico, pero admite elementos psicológicos en la culpabilidad⁵⁴⁰, en el dolo y la imprudencia consciente, y comprende la culpabilidad en su carácter formal como la censura ética por la disposición psíquica del agente⁵⁴¹. Según *Dohna*, estos elementos psicológicos solo tendrían sentido penal cuando se hallen complementados por el elemento normativo⁵⁴². Al final, el autor concluye que la prueba de que la esencia de la culpabilidad coincidiría con la contrariedad a deber y no con en el aspecto psicológico estaría en el hecho de que la imprudencia inconsciente sea también considerada culpable⁵⁴³.

Mayer y *Dohna* señalaron la preponderancia del aspecto normativo de la culpabilidad, definida en ambos casos como contrariedad a deber. Desde esa perspectiva es posible afirmar que la relación psíquica entre el agente y el resultado no es elemento *constitutivo* de la culpabilidad, sino que su fundamento reside en el reproche por un comportamiento contrario a las expectativas del orden jurídico. Con todo, surge ahora la dificultad de precisar la contrariedad a deber. Abandonado el método del naturalismo, ya no existe más la posibilidad de centrarse exclusivamente en la búsqueda de un elemento

⁵³⁶ Al igual que *Mayer*, también *Dohna* es considerado *neokantiano* (ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 85 y 89).

⁵³⁷ El concepto de culpabilidad de *Dohna* se convierte después en concepto puramente normativo: véase nota 264.

⁵³⁸ DOHNA, *Stand der Schuldlehre*, p. 335.

⁵³⁹ DOHNA, *Stand der Schuldlehre*, p. 335. *Dohna* está de acuerdo con *Frank* sobre la identificación de la culpabilidad como reprochabilidad (p. 326, nota a pie de página), pero sostiene que el conjunto de las circunstancias concomitantes no constituye elemento autónomo de la culpabilidad, sino que ya son consideradas en la contrariedad a deber inherente a las especies de culpabilidad (p. 335). Esta postura es asimismo semejante a la postura de *Mayer*.

⁵⁴⁰ *Nino* informa que *Dohna* — en su obra “Der Aufbau der Verbrechenlehre” — fue uno de los que propusieron posteriormente (1941) “un concepto puramente normativo de la culpabilidad, libre de toda referencia al dolo del agente”. El otro autor usualmente citado en este proceso es *von Weber*, con su obra “Zum Aufbau der Strafrechtssystem” (NINO, *Límites*, pp. 54-55). Sobre la importancia de las aportaciones de *von Weber* y *Dohna* a “un pleno entendimiento normativo de culpabilidad”, véase CÓRDOBA RODA, *Una Nueva Concepción*, pp. 30-31. En el mismo sentido, ACHENBACH, *Schuldlehre*, pp. 205-207.

⁵⁴¹ DOHNA, *Stand der Schuldlehre*, p. 326.

⁵⁴² DOHNA, *Stand der Schuldlehre*, p. 335.

⁵⁴³ DOHNA, *Stand der Schuldlehre*, p. 327 y 335.

presente en el mundo real con la supuesta seguridad que ello supone, sino que se trata de operar con los valores y su intrínseca relatividad. Decir sencillamente que la culpabilidad – o más especialmente la imprudencia inconsciente – se caracteriza por la infracción de un deber no es todavía decir mucho. De ahí que cuando se parte de la negación de la concepción psicológica de culpabilidad y se la sustituye por un concepto normativo, sea necesario esclarecer acto seguido en qué consisten los elementos normativos y cómo aplicarlos en los casos concretos. Sin embargo, en *Mayer y Dohna* la contrariedad a deber tiene un contenido ético tan solo general, sin indicación de criterios concretos para su aplicación, por lo que se traslada al juez la tarea de disolver la indeterminación sin base ni herramientas doctrinales y legales que puedan orientar su juicio⁵⁴⁴.

El carácter normativo de la culpabilidad adquiere una forma estricta en la obra de *Hans Kelsen*⁵⁴⁵ “Hauptprobleme der Strafrechtslehre”, de 1926. Sus conclusiones tienen como punto de partida la investigación de los delitos imprudentes. En este ámbito, la búsqueda de elementos psicológicos resulta negativa, dado que su naturaleza es puramente jurídico-ética⁵⁴⁶. Si en los delitos imprudentes no hay intención ni conocimiento, su momento culpable se asienta en que el resultado debería haber sido previsto y evitado. Algo debería haber sucedido, pero, de forma contraria a la norma, no sucedió. El que alguien que *debería* haber previsto y evitado el resultado también *podiera* haberlo previsto y evitado sería cuestión “accesoria o incluso falsa”, pues para el determinista *Kelsen* esta indagación proviene de una inapropiada influencia de la doctrina del libre albedrío, dado que todo lo que sucede de una manera no podría haber sucedido de otra forma⁵⁴⁷. *Kelsen* reconoce que existen procesos mentales que están en curso durante la práctica de un delito imprudente, pero estos no se relacionarían de una forma jurídicamente relevante con el resultado punible. Así, en la falta de atención vinculada con el resultado lo que se constata es solo la ausencia de un elemento psíquico. Más bien,

⁵⁴⁴ ACHENBACH, *Schuldlehre*, p. 90.

⁵⁴⁵ *Hans Kelsen* no es considerado penalista, por el conjunto de su obra, más dedicada a otros temas en el Derecho. Sin embargo, participó en el debate jurídico-penal sobre la culpabilidad y la imprudencia, como registra *Mohrmann (Die neueren Ansichten*, p. 77-78), y es citado por la doctrina penal contemporánea (*LESCH, Verbrechensbegriff*, pp. 58-61, 72-73; *SÁNCHEZ-OSTIZ, Imputación*, pp. 336-342).

⁵⁴⁶ *KELSEN, Hauptlehre*, p. 135.

⁵⁴⁷ *KELSEN, Hauptlehre*, p. 136.

la *exigencia* de atención, es decir, un deber, es el elemento relevante, de carácter normativo⁵⁴⁸.

Después de constatar que lo esencial en la imprudencia es el momento normativo y teniendo en cuenta que la imprudencia es una de las formas de culpabilidad, *Kelsen* sostiene que la unidad metodológica del concepto de culpabilidad exige que todas las formas de culpabilidad – es decir, imprudencia y *dolo* – sean normativas⁵⁴⁹. De ahí que en su teoría se reconoce una culpabilidad puramente normativa. Con un pensamiento que tiene conexión con actuales tendencias dogmáticas⁵⁵⁰, *Kelsen* afirma que la voluntad del ser humano como ente zoológico-psicológico, objeto de la investigación de la Psicología, no debe coincidir con el elemento de imputación que en Derecho también se denomina “voluntad”⁵⁵¹. La constatación de estados mentales no es tarea del Derecho, que debe establecer tan solo como deben comportarse las personas⁵⁵². Así, el concepto ético-jurídico de voluntad derivaría tan solo de la norma⁵⁵³ y no tendría su sitio en la cabeza del agente.

Este punto de la presente investigación no es todavía el momento para considerar de forma más detenida la estructura de la imputación penal subjetiva en *Kelsen*⁵⁵⁴. Sin embargo, en cuanto a la imprudencia, ya es posible constatar que su doctrina demuestra de forma coherente que los elementos psicológicos no entran en juego como componentes esenciales para su configuración, resultando lo decisivo el carácter normativo de la imputación. Pero una vez más hay que recordar que cuando se habla de imputación normativa es preciso establecer un método concreto para su determinación. Solo de este modo será posible eludir críticas como la de *Mohrmann*, al afirmar que la contrariedad a la norma, de la que habla *Kelsen*, es tan poco susceptible de constatación como la

⁵⁴⁸ KELSEN, *Hauptlehre*, p. 136.

⁵⁴⁹ “Es ist methodologisch von der größten Bedeutung, sich klar zu machen, daß jemand nicht deshalb an etwas 'schuld' ist, weil er dies Etwas gewollt oder gewußt (vorausgesehen) hat, sondern deshalb, und nur deshalb, weil er dieses Etwas nicht hätte tun oder verhindern sollen” (KELSEN, *Hauptlehre*, p. 138).

⁵⁵⁰ Sobre todo la doctrina de *Jakobs*: “la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social... ‘persona’ es algo distinto de ser humano, un individuo humano; este el el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social” (JAKOBS, *La idea de normativización*, pp. 16-17).

⁵⁵¹ KELSEN, *Hauptlehre*, pp. 145-146.

⁵⁵² KELSEN, *Hauptlehre*, p. 156-160.

⁵⁵³ KELSEN, *Hauptlehre*, p. 160.

⁵⁵⁴ Las aportaciones de *Kelsen* volverán a mencionarse más adelante en esta investigación.

presencia de un elemento psicológico⁵⁵⁵. En la doctrina actual se llama la atención asimismo sobre el hecho de que la normativización de conceptos dogmáticos necesita alinearse a criterios sustanciales si no quiere perderse en explicaciones tautológicas⁵⁵⁶ y sobre el hecho de que los conceptos normativos solo pueden tener sentido si tienen una base en el mundo físico⁵⁵⁷.

Cuando *Exner* publicó su monografía sobre la imprudencia, la mayoría de los penalistas aún no estaban convencidos de que fuese posible operar con una culpabilidad tan solo normativa – sin elementos psicológicos – y algunos ni siquiera aceptaban el carácter exclusivamente normativo de la imputación en lo que atañe a la imprudencia inconsciente. Esto se debe no solo a la fuerza de la idea tradicional de que la culpabilidad presupone siempre un error de la voluntad, sino también al tan solo incipiente desarrollo de los criterios de imputación normativa. El resultado fue la coexistencia de elementos psicológicos y normativos en una dualidad incongruente. Por un lado, en cuanto a la base psicológica, esta respondería a la tradición de definir las formas de culpabilidad como defectos de la voluntad, mientras que, por otro lado, el recurso al aspecto normativo fue la consecuencia de la evolución de los conceptos y elementos propiamente jurídicos en el proceso de emancipación del Derecho penal que se había iniciado en el inicio del siglo anterior. En la obra de *Exner*, los dos caminos (psicológico y normativo) siguen paralelos, sin encontrarse pese a todo el esfuerzo del autor. Por ello es posible afirmar que hay dos teorías de la imprudencia en la misma obra.

Por lo que se refiere al aspecto psicológico de la imprudencia, ya vimos que *Exner* afirma en líneas generales que la culpabilidad radica en la constatación que el agente demuestra con su comportamiento que valora muy poco el interés jurídicamente protegido de los demás⁵⁵⁸: en caso de que el bien lesionado fuera para el agente verdaderamente valioso, la representación de su peligro estaría presente⁵⁵⁹. Sin embargo,

⁵⁵⁵ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 78.

⁵⁵⁶ NEUMANN, *Argumentationsmuster*, 572.

⁵⁵⁷ PUPPE, *Naturalismus und Normativismus*, p. 297. MIR PUIG, *Límites del normativismo*, p. 10. Asimismo, *Schünemann*: "... una valoración nunca existe por sí misma, sino siempre en relación a un supuesto de hecho que está siendo valorado, y la tarea del científico penal consiste sólo en encontrar supuestos de hecho a los que es aplicable la correspondiente valoración" (SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, pp. 25-26).

⁵⁵⁸ EXNER, *Das Wesen*, p. 170.

⁵⁵⁹ EXNER, *Das Wesen*, p. 171.

en la casuística se observan delitos imprudentes que también lesionan bienes jurídicos muy valiosos para su autor, como personas cercanas y queridas e incluso producen efectos dañosos para el propio agente — *poena naturalis*⁵⁶⁰. Además, de la misma forma que la voluntad no puede fundamentar la culpabilidad como elemento negativo en la imprudencia inconsciente – pues precisamente no está presente en este caso –, en la ausencia de interés por la integridad del bien jurídico tampoco se comprueba el elemento psicológico positivo que pueda servir de base para la culpa⁵⁶¹. En definitiva, la exhaustiva investigación psicológica de *Exner* vale tan solo para confirmar que la construcción normativa no debe ser el mero reflejo los puntos de vista de la Psicología.

Pese a su postura naturalística respecto a la culpabilidad por el sentimiento, se ha expuesto anteriormente que *Exner* no se queda en este aspecto, sino que hace esfuerzos para definir criterios normativos que puedan ser utilizados por el juez para estimar el comportamiento como imprudente-culpable. Aunque *Exner* argumenta que esos criterios sirven de parámetros para la constatación de la culpabilidad del sentimiento, es decir, para identificar el desprecio por el bien jurídico, lo cierto es que una postura naturalística consecuente tendría que investigar la configuración emocional del agente para contestar a la pregunta sobre la desestimación del interés protegido. Más bien, los criterios manejados por *Exner* – la intensidad del peligro producido, el valor del bien expuesto al peligro y el provecho social de la actividad – deben ser comprendidos como herramientas para delimitar los comportamientos permitidos de los comportamientos prohibidos, es decir, para identificar la conducta imprudente desde el punto de vista jurídico-penal.

Finalmente, es certera la crítica de *Kelsen* al afirmar que de la concepción de la imprudencia de *Exner*, construida a partir de una supuesta combinación entre elementos psicológicos y jurídicos, quedan tan solo los jurídico-normativos, mientras los

⁵⁶⁰ A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 30; MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 57; GERMANN, *Das Verbrechen*, p. 90; JAKOBS, *Zurechnung*, p. 57.

⁵⁶¹ KELSEN, *Hauptlehre*, p. 141. En el mismo sentido *Welzel*, para quien la teoría de *Exner* no explica “cómo pueda serle reprochada al autor como culpable una falta de sentimiento o interés” y concluye que “una falta de sentimiento, como tal, no es todavía culpabilidad” (WELZEL, *Nuevo Sistema*, p. 152). *Welzel* ya había cuestionado la posibilidad de la falta de un sentimiento fundamentar la culpabilidad en artículo anterior: “Mit recht haben die Willenstheoriker immer wieder gefragt, wie denn ein Gefühlsmangel den Schuldvorwurf sollte begründen können?” (WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, p. 470). *Von Hippel* critica asimismo la concepción de *Exner*, pues en la imprudencia inconsciente la falta de representación de la lesión al bien jurídico impide reconocer una falta de consideración al bien jurídico.

psicológicos deben ser dejados de lado, pues solo tienen su sitio en la definición formal de culpabilidad del sentimiento⁵⁶². Tras una fundamentación sólida para rechazar la idea de la imprudencia inconsciente como defecto de voluntad y ante una labor de construcción de parámetros normativos para estimar el comportamiento como imprudente desde la perspectiva penal, *Exner* se acerca a la correcta comprensión de la imprudencia, como una vez más señala con razón *Kelsen*⁵⁶³. Sin embargo, en el resultado final de su obra, lo desechable es exactamente lo que *Exner* valora como su principal hallazgo, la comprensión de la culpabilidad como culpabilidad por el sentimiento⁵⁶⁴.

II.4. Otros intentos de delinear el aspecto anímico de la imprudencia inconsciente: la culpabilidad por el carácter y la transmutación de la imprudencia inconsciente en consciente

⁵⁶² KELSEN, *Hauptlehre*, p. 141.

⁵⁶³ KELSEN, *Hauptlehre*, p. 141.

⁵⁶⁴ Sin embargo, *Exner* no fue el único penalista que intentó fundamentar la culpabilidad, al menos en la imprudencia inconsciente, como culpabilidad del sentimiento. Así, *Mittermaier*: “Wenn das leicht ist bei dem bewussten Setzen schädigender Kausalität, da hier normative Beziehung zum Rechtserfolge mit einer psychologischen Beziehung zusammenfällt und so unmittelbar zum Ich des Täters führt, dann ist das nicht so bei der reinen unbewussten Unachtsamkeit, bei der sogenannten culpa. Hier ist das Ich im Moment der Tat ahnungslos. Wie können wir die zweifellos vorhandene und unsere Gefahrsbewertung begründende objektive Bewertung zum einer subjektiven normativen Beziehung des Seelenzustandes auf den schädlichen Erfolg umkehren? Dazu ist irgendeine positive psychologische Beziehung des Täters zur schädlichen Kausalität notwendig... Und so ist die normative Beziehung nicht auf das Fehlen der Vorstellung der konkreten Gefahr, sondern auf die zu schwache Gefühlsbetonung der bei jedem Zurechnungsfähigen tatsächlich vorhandenen Pflichtvorstellung zurückzuführen” (MITTERMAIER, *Fahrlässigkeit*, pp. 426-427). También *Tesar*, con muchas remisiones a *Exner*: “In gewissen Fällen des Nichtwissens also ist das Nichtwissen auf eine mangelnde Gefühlsbetonung gewissen Vorstellungen, auf eine geringe Wertung im Sinne Exners zurückzuführen. In diesen Fällen des Nichtwissens, wenn darauf das Übel zurückzuführen ist, liegt Fahrlässigkeit vor. Es darf deswegen, weil ein Nichtwissen hier für den Eintritt des Übel ausschlaggebend war, nicht von einer Verstandesschuld gesprochen werden. Es liegt hier ein Mageln an Wissen, an 'aufgestapelten' Assoziationsmassen vor, der nicht auf 'intellektuelle Fähigkeiten', sondern auf das 'Emotionelle' im Menschen zurückzuführen ist... Für alle die Fälle der unbewußten Fahrlässigkeit hat sich als charakteristisch eine Disposition ergeben, die durch ihre Gleichgültigkeit gegen äussere Eindrücke, durch das durch sie vermittelte Gefühlsleben einen Einfluß auf die Vorstellungsassoziationen genommen hat” (TESAR, *Strafrechtsschuld*, pp. 408-409). *Tesar* es considerado el fundador de la teoría sintomática de la culpabilidad (ACHENBACH, *Schuldlehre* p. 123), que puede se acercar a la culpabilidad del sentimiento en la medida en que la disposición sentimental/emocional del agente es un estado psíquico constante que se refleja en el hecho como un síntoma del sustrato psicológico: “Das Gemeinsame aller Schuldfälle ist die Charakterisierung einer Disposition des Täters zu bestimmten Gefühlsreaktionen. Die Untersuchungen der psychologischen Grundlagen des dolus eventualis und der culpa haben gezeigt, daß die Schuld als Moment der Einzeltat nicht zu halten sei. Es handelt sich bei diesen gar nicht mehr um die Bewertung einer konkreten psychischen Erscheinung als eines bewussten Vorganges, sondern um eine die einzelne Tat überdauernde Disposition” (TESAR, *Strafrechtsschuld*, p. 411). La culpabilidad del sentimiento también fue adoptada por *Engisch*, pero con otro sentido en comparación con el de *Exner* (BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, pp. 25-26), lo que se será analizado a su tiempo.

A. La imprudencia inconsciente y la culpabilidad por el carácter

De acuerdo con la opinión de *Ludwig von Bar*, la culpabilidad en la imprudencia inconsciente residiría en la deficiente formación del carácter, no habituado a ponderar las consecuencias de los comportamientos con el objetivo de evitar daños a los demás⁵⁶⁵. *V. Bar* llega a esta conclusión después de rechazar los intentos de identificar en la imprudencia inconsciente un error de la voluntad, que solo podría referirse a los casos de imprudencia consciente: nadie puede querer reconocer la peligrosidad de un comportamiento si no es consciente de esa peligrosidad⁵⁶⁶. Más bien, el carácter defectuoso es lo que causa la falta de atención, lo que tiene como consecuencia la lesión inconsciente de un bien por medio de un comportamiento llevado a cabo sin el propósito de crear un peligro. El castigo de la imprudencia inconsciente sería, por tanto, un castigo por el carácter, no directamente, sino siempre por medio de la constatación de un comportamiento peligroso⁵⁶⁷. Aunque según este planteamiento la conducta peligrosa ya sería suficiente para identificar el carácter defectuoso, *v. Bar* sostiene además que hay que limitar el castigo a los casos de lesión, no solo por la ubicuidad de peligros causados por las personas, prontamente olvidados, sino porque la lesión confirmaría la peligrosidad del comportamiento⁵⁶⁸.

Un punto de vista semejante ya había sido adoptado antes por *von Wächter*, pero con la conclusión de que la falta de empeño en habituarse al cumplimiento de la norma constituiría un error de voluntad⁵⁶⁹. *V. Wächter* sostenía que en la imprudencia la lesión causada en contra del conocimiento y de la voluntad podría haber sido evitada de haberse acostumbrado el agente al cuidado debido en el trato con los demás y de haber empleado este cuidado en su comportamiento⁵⁷⁰. Conforme a este pensamiento, quien se habitúa al descuido por pereza o desidia manifestaría por medio de la lesión a otras personas que, a pesar de no querer lesionar, no tiene respeto por el orden jurídico y demostraría asimismo

⁵⁶⁵ V. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, pp. 443-444.

⁵⁶⁶ V. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, pp. 442-443.

⁵⁶⁷ V. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, p. 444.

⁵⁶⁸ V. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, pp. 444-445.

⁵⁶⁹ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 48.

⁵⁷⁰ V. WÄCHTER, *Strafrecht*, pp. 160-161.

la ausencia de la voluntad jurídica exigida. A partir de este razonamiento *v. Wächter* concluye que la imprudencia es también un defecto de la voluntad⁵⁷¹.

Un precedente aún más remoto de estas construcciones se encuentra en *Aristóteles*. El propio *v. Bar* reconoce que sus puntos de partida coinciden con los del filósofo⁵⁷². Para *Aristóteles*, el hombre puede ser castigado por su propia ignorancia cuando es considerado responsable por ella. Esto sucedería en los casos de embreaguez que provoca la ignorancia y en los casos de ignorancia por negligencia, en que el agente no tiene información pero podría haberse informado. Sin embargo, el filósofo reconoce que hay personas cuya propia configuración les impide de ser diligentes. Aun en estos casos dichas personas serían responsables en razón de la vida descuidada que conducen, puesto que cada uno sería responsable por la construcción de su carácter por medio de acciones particulares constantemente repetidas⁵⁷³.

Esta concepción de culpabilidad por el carácter se asocia a la denominada *culpabilidad por la conducción de vida*⁵⁷⁴. Pero esta última denominación solo surgió después (1938) de la mano de *Mezger*⁵⁷⁵. En la discusión del tema se mezclan muchas veces sin distinción todas las construcciones dogmáticas que consideran relevantes para la imputación comportamientos anteriores al hecho directamente enjuiciado causante de la lesión al bien jurídico⁵⁷⁶. Sin embargo, en la doctrina de *von Bar* la culpabilidad en la imprudencia inconsciente reside de forma específica en la defectuosa formación del carácter. Lo que se reprocha es la imperfecta configuración de la personalidad del agente. Aunque de acuerdo con esta concepción el carácter sea moldeado por comportamientos

⁵⁷¹ V. WÄCHTER, *Strafrecht*, p. 161.

⁵⁷² V. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, pp. 443-444, nota a pie de página 333.

⁵⁷³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, Livro III, 5.

⁵⁷⁴ En ese sentido, *Börchers*: “V. Bar knüpft die Zurechnung also im Grunde am Fehler in der Lebensführung, Mängel an Selbserziehung oder Charakterbildung, die nicht wiederum auf angeborene Charaktereigenschaften zurückgeführt werden. Dieser Gedanke der Lebensführungsschuld geht bis auf Aristoteles zurück”, (*BÖRCHERS, Schuldprinzip und Fahrlässigkeit*, p. 14).

⁵⁷⁵ JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 454, nota a pie de página 41; JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 591, nota a pie de página 57. En palabras de *Mezger*: “Der 'Schuld'-Gedank ist danach radikal zu beschränken auf seine bereits genannten beide Bestandteile, nämlich auf die Einzeltat-Schuld und Lebensführungs-Schuld” (*MEZGER, Straftat*, p. 689).

⁵⁷⁶ Con referencia a la culpabilidad por la conducción de la vida, *Silva Sánchez* afirma que “dicha doctrina ha sufrido una casi incontestada estigmatización durante los últimos sesenta años, por su – a mi juicio injustificada- vinculación con las doctrinas de la culpabilidad por el carácter o la personalidad y, en definitiva, con el Derecho penal de autor” (*SILVA SÁNCHEZ, Honeste vivere*, p. 1).

individuales repetidos, lo que se censura para *von Bar* es la constitución psicológica del sujeto que se manifiesta en el hecho enjuiciado.

Sobre esta cuestión hay que percatarse de la importancia de no tratar necesariamente como iguales todos los intentos dogmáticos de tener en consideración para la imputación comportamientos anteriores al hecho inmediatamente conectado al resultado. Concepciones como las de *Pufendorf*⁵⁷⁷, *Stübel*⁵⁷⁸ y *Grolman*⁵⁷⁹, por ejemplo, ya se referían antes que *von Bar* a la imputación en la imprudencia recurriendo a la *actio libera in causa*, pero sin aludir a una supuesta censura por el trabajo de construcción de la personalidad del individuo con anterioridad al hecho. La estimación de los comportamientos precedentes al hecho en la imputación no depende, por tanto, de una concepción de carácter marcadamente psicológico como la de *von Bar*, sino que puede asimismo incorporarse a construcciones de predominante esencia normativa y está presente en la discusión dogmática hasta los días de hoy⁵⁸⁰.

Sentado lo anterior puede pasarse a criticar la fundamentación de la imprudencia inconsciente con base en la concepción de la culpabilidad por el carácter. Desde el punto de vista naturalístico-empírico la imprudencia inconsciente no siempre puede conectarse a un determinado o a determinados tipos de personalidad, pues la práctica de estos delitos imprudentes no se restringe a agentes de carácter defectuoso, en el sentido de *von Bar*, sino que personas normalmente cuidadosas pueden cometer fallos graves en circunstancias ocasionales⁵⁸¹. Además, es difícilmente factible la prueba de que una

⁵⁷⁷ “Ignorance likewise takes off all Imputation, so far as it renders the Action involuntary... But he who is the Cause of his own Ignorance and who was wittingly and willingly hindred himself from the Knowledge of those things, which he might, and should have known, is in the same Case as if he has offended upon Knowledge and Deliberation” (PUFENDORF, *Law of Nature*, Libro I, Cap. V, §X, pp. 50-51). *Pufendorf* hace referencia a un comportamiento anterior que es causa de la ignorancia del agente en el momento del hecho enjuiciado.

⁵⁷⁸ *Stübel* se refiere a una omisión de algo que podría haber aportado el conocimiento del peligro en el momento del hecho (STÜBEL, *gefährliche Handlungen*, §34, p. 280).

⁵⁷⁹ *Grolman* asocia la imprudencia a la *actio libera in causa* (GROLMAN, *Begriffe*, p. 33, nota a pie de página).

⁵⁸⁰ Véase NEUMANN, *Zurechnung und “Vorverschulden”*; HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación” y “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*”, en *Imputación*, pp. 27-39 y 55-88; MANSO PORTO, *Normunkennnis*.

⁵⁸¹ Así la crítica de *von Hippel*: “Unvorsichtigkeit ist im breiten Umfang nicht Charaktereigenschaft, sondern gelegentliche Entgleisung sonst vorsichtiger Menschen” (VON HIPPEL, *Strafrecht II*, p. 372, nota a pie de página 3). También *Binding* rechaza la concepción: “Ein fester Zusammenhang des fahrlässigen

omisión duradera pasada es la razón del carácter que se manifiesta en el hecho⁵⁸². Finalmente, desde una perspectiva categórica basada en la dignidad humana⁵⁸³, el carácter o el tipo de personalidad no deben ser objeto de censura⁵⁸⁴, pues esto implicaría prohibir o reprochar la mera existencia y configuración personal del ciudadano⁵⁸⁵. La diversidad y libertad de modos de ser o de pensar están especialmente garantizadas en los contemporáneos Estados Democráticos de Derecho, restringiendo el castigo penal como respuesta a hechos y fundamentando la culpabilidad como un reproche *al autor por su hecho y no reproche por la configuración estructural de la personalidad del autor con ocasión del hecho*⁵⁸⁶⁵⁸⁷.

Verbrechens mit bestimmten Charaktereigenschaften des Schuldigen besteht schlechterdings nicht: das fahrlässige Delikt charakterisiert den Täter viel weniger als das vorsätzliche” (BINDING, *Normen IV*, pp. 507-508). En el mismo sentido, ARTHUR KAUFMANN, *Schuldprinzip*, p. 162: “Auch charakterlich einwandfreier Persönlichkeiten unterlaufen Unvorsichtigkeiten, die, wenn es das Pech will, zu bösen Erfolgen führen”. Crítica a la denominada culpabilidad por el carácter también está presente en la filosofía moral norteamericana contemporánea: “Since we blame people for *actions*, judgements of blame cannot be simply judgments about character, which can be made in the absence of actions. Nor are blaming judgments simply assertions that the person has a bad character which has manifested itself in action. For we blame people for their acts even though those acts do not manifest any trait stable or long-lasting enough to be ascribed to «character»” (SMITH, *Culpable Ignorance*, p. 555).

⁵⁸² SCHLÜCHTER, *Grenzen*, p. 58.

⁵⁸³ Cf. la distinción que hace *Greco* entre lo conveniente y lo categórico en: GRECO, “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico em la fundamentación del Derecho penal”, *InDret* (www.indret.com), octubre-2010.

⁵⁸⁴ “Ein einzelner Lebensvorgang — absichtlich etwas übertrieben ausgedrückt: eine Augenblickstat —, vielleicht ganz herausfallend aus dem bisherigen Gepflogenheit des Mannes, hat ihn zum 'Schuldigen' gemacht, und nur dafür wird es strafrechtlich haftbar, nicht für seinen Charakter, nicht für seine dauernde Gesinnung, nicht für sein Verhalten vor oder nach der Tat” (BINDING, *Normen, II*, p. 283). Asimismo en contra de la culpabilidad por el carácter: MAURACH, *Derecho Penal*, pp. 586-589; ROXIN, *Derecho Penal*, p. 803.

⁵⁸⁵ Así, KARL MARX, en *Aus dem literarischen Nachlass von Karl Marx, Friedrich Engels und Ferdinand Lassale, Band I*, pp. 153-154, Stuttgart, 1902: “Gesetze, die nicht die Handlung als solche, sondern die Gesinnung des Handelnden zu ihrem Hauptkriterium machen, sind nichts als positive Sanktionen der Gesetzlosigkeit — also ein Insult auf die Ehre des Staatsbürgers, ein Vexiergesetz gegen meine Existenz. Meine Existenz ist verdächtig, mein innerstes Wesen, meine Individualität wird als eine schlecht betrachtet, und für diese Meinung werde ich bestraft. Das Gesinnungsgesetz ist kein Gesetz des Staates für den Staatsbürger, sondern das Gesetz einer Partei gegen die andere Partei” (citado por BINDING, *Normen, II*, p. 284, nota a pie de página 4).

⁵⁸⁶ *Jescheck* resume este pensamiento: “El injusto al que se dirige el reproche de culpabilidad consiste en la comisión de un hecho concreto o en la omisión de una acción determinada impuesta por el ordenamiento jurídico y no, por el contrario, en un modo de vida jurídicamente desaprobado ... la culpabilidad individual es la que mejor se corresponde con la idea de una pena retributiva del hecho que, por motivos derivados del Estado de Derecho, se refiere a un aspecto estrechamente delimitado de la vida del autor y no está pensada como un intento de rendición de global cuentas.” (JESCHECK, *Derecho Penal*, pp. 453-454)

⁵⁸⁷ Sin embargo, la culpabilidad por la libertad que se expresa en la formación de la propia personalidad tiene defensores hasta la actualidad, a ejemplo de *Figueiredo Dias (Schuld und Persönlichkeit*, pp. 220-255). De acuerdo con *Figueiredo Dias*: “Culpa jurídica (jurídico-penal) é, assim, a violação pelo homem do dever de conformar o seu existir por forma a que, na sua ação na vida, não viole ou ponha em perigo bens jurídicamente (jurídico-penalmente) protegidos... se por um lado, o sentido último da culpa jurídico-penal, como partícipe da culpa ética, reside na violação pelo homem do dever de conformar o seu existir (de afirmar sua essência) por forma a que, na sua atuação socialmente relevante, respeite os bens jurídico-

B. La transmutación de la imprudencia inconsciente en consciente

A pesar del desarrollo de la teoría de la culpabilidad, con la admisión de elementos normativos y aunque la culpabilidad del sentimiento hubiese ganado adeptos, la pretensión de aproximar la imprudencia a la voluntad siguió su curso en la primera mitad del siglo pasado, especialmente con *August Köhler* y *Edmund Mezger*⁵⁸⁸. *Köhler* confiesa inicialmente que su intento era el de acercar la imprudencia a la voluntad como única forma de fundamentar la censura penal: “a pesar de parecer a primera vista una paradoja aceptar que en la imprudencia hay un acto positivo de voluntad, no hay en mi opinión otro camino para una explicación satisfactoria del reproche”⁵⁸⁹. Sin embargo, estas nuevas teorías de la voluntad buscan ahora fundamentar los casos de imprudencia inconsciente con base en una idea ampliada de consciencia, que según sus defensores sería capaz de abarcar como objeto también el resultado no previsto.

August Köhler critica las posturas que conciben la concreta previsión (conocimiento) del resultado como presupuesto para confirmar la existencia de una relación interna entre el agente y lo sucedido, pues en este caso la comprensión de lo que significa “relación interna” sería en su opinión muy limitada⁵⁹⁰. Sin embargo, para *Köhler* la censura dependería de un acto de voluntad, puesto que su contenido sería precisamente lo que el Derecho desapruueba⁵⁹¹. En la imprudencia inconsciente, la voluntad se expresaría en el rechazo a observar una advertencia que llegaría al agente por medio de una representación, con lo cual la renuncia consciente a seguir la advertencia es lo que

penalmente protegidos; e se por outro lado, esta culpa há-de atualizar-se ou realizar-se no facto praticado – temos então que a culpa jurídico-penal realizada é afinal, materialmente, o ter que responder pela personalidade que fundamenta um facto ilícito-típico” (FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, pp. 160-161, 165) La concepción de *Figueiredo Dias* es rebatida por *Roxin* (*Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, pp. 641-660). En el ámbito de habla inglesa, *Victor Ramraj* sostiene una teoría de la responsabilidad por el carácter como fundamento de la imputación en la imprudencia inconsciente (RAMRAJ, *A Theory of Criminal Negligence*, 1998).

⁵⁸⁸ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 47.

⁵⁸⁹ “So sehr es auf den ersten Blick paradox erscheint, auch bei der Fahrlässigkeit einen positiven vorwerfbaren Willensakt anzunehmen, es läßt sich unseres Erachtens auf anderem Wege eine befriedigende Erklärung nicht finden” (A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 48).

⁵⁹⁰ A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 82.

⁵⁹¹ A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 83: “Zur Vorwerfbarkeit gehört dabei unbedingt eine Wollung, die das Recht wegen ihres Inhalts mißbilligen kann”.

caracterizaría la culpabilidad⁵⁹². Con esta argumentación, *Köhler* sostiene que sería posible calificar la imprudencia inconsciente como un acontecimiento positivo consciente: el rechazo a un pensamiento indicativo cuyo seguimiento llevaría el agente a reconocer el peligro⁵⁹³. En las situaciones de olvido, este autor admite que, en el momento del hecho, el agente no tiene una representación que pueda servirle de alerta para seguir la cadena de pensamiento que le aportará el conocimiento del peligro, pero sostiene que en algún momento anterior estaría presente una representación admonitoria, rechazada por el agente al no hacerle caso⁵⁹⁴.

De manera más directa, *Mezger* afirma que no solo en el dolo, sino también en la imprudencia, se manifiesta un *querer* la contrariedad al deber de forma consciente⁵⁹⁵. Para poder definir los casos de imprudencia sin conocimiento como supuestos de consciente contrariedad a deber, *Mezger* argumenta que el agente fue consciente en algún momento de que debería hacer algo que le pudiese proporcionar el conocimiento exigido. Como consecuencia, *Mezger* sostiene que la imprudencia comienza en el momento del acto consciente o del descuido consciente, aunque sus efectos solo vengan a ser producidos después. Su conclusión es que también la imprudencia inconsciente encierra un consciente hacer u omitir, pero que sucede temporalmente más atrás. De acuerdo con su pensamiento, en la imprudencia hay siempre, al lado del elemento negativo, definido como la ausencia de un querer de forma consciente el concreto resultado, un elemento positivo, por lo menos una genérica relación mental del agente con el resultado⁵⁹⁶.

Las teorías de *Köhler* y *Mezger* acerca de la imprudencia pueden ser consideradas como una continuidad de las teorías de la voluntad⁵⁹⁷ y por ello se enfrentan básicamente a las mismas críticas ya enunciadas. Por lo que se refiere especialmente a *Köhler*, a pesar de que entiende como indispensable el concurso de una representación admonitoria para configurar la imprudencia, su teoría recurre a construcciones artificiales desde el punto

⁵⁹² A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 86.

⁵⁹³ A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, pp. 87-88.

⁵⁹⁴ A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 96.

⁵⁹⁵ MEZGER, *Strafrecht*, p. 355: "Zunächst liegt in der Fahrlässigkeit ein Moment bewussten pflichtwidrigen Wollens".

⁵⁹⁶ MEZGER, *Strafrecht*, p. 356.

⁵⁹⁷ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 29.

de vista empírico-naturalístico a la hora de fundamentar la imprudencia inconsciente en la que no hay conexión mental entre el agente y el resultado⁵⁹⁸. Así, por ejemplo, en el estado de olvido, no es posible hablar de un rechazo *consciente* de una advertencia derivada de una representación, como defendía *Köhler*, sino que se trata más bien de ausencia de representación, un estado negativo que no es producto de la percepción *consciente* de la persona⁵⁹⁹⁶⁰⁰.

En cuanto a *Mezger*, al exigir como elemento subjetivo psíquico la consciencia de la contrariedad a deber, su construcción tampoco puede compaginarse con la imprudencia inconsciente, que se caracteriza exactamente por la ausencia de conocimiento de que la conducta puede causar un daño y con ello configurarse como infractora del orden jurídico⁶⁰¹. Si bien *Mezger* argumenta que en algún momento del pasado el agente habría sido consciente de que podría causar una lesión futura, ello no siempre ocurre en la imprudencia inconsciente, pues puede suceder que la necesidad de determinados actos de cautela aptos para evitar un resultado lesivo futuro nunca sea percibida por el agente, con lo cual ni siquiera en momentos pretéritos podría hallarse una voluntad como elemento psíquico positivo conectado con el resultado. *Welzel* pone el ejemplo de personas que son tan descuidadas en relación con determinadas actividades que no se dan cuenta en ningún momento, presente o pasado, de que podrían generar peligros⁶⁰².

En resumen, desde el punto de vista naturalístico, las teorías de *Köhler* y *Mezger* suponen intentos de transformación artificiosa de la imprudencia inconsciente en imprudencia consciente⁶⁰³. La supuesta cadena de pensamientos que comienza en el pasado y podría conducir a la percepción del peligro se rompe en el momento en que una determinada representación no provoca el subsiguiente e indispensable eslabón que

⁵⁹⁸ BINDING, *Normen*, IV, pp. 330-331, sobre la teoría de *Köhler*: “Von socher bewussten Ablehnung ist aber in den echten Fahrlässigkeitsfällen gar keine Rede: ich finde nicht notwendig, die sowieso schon schwierige Materie noch durch solche Künsteleien zu erschweren”.

⁵⁹⁹ FISCHER, *Vergessen*, p. 18.

⁶⁰⁰ Müller, en crítica a *August Köhler*, afirma con razón: “Fahrlässigkeit ist nicht davon abhängig, daß der Täter eine dunkle Ahnung der Gefahr verdrängt. Auch der Autofahrer, der –völlig in Gedanken versunken– von ihm unbemerkt die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreitet, handelt sorgfaltswidrig, ohne daß bei ihm eine Ahnung einer Gefahr vorläge”. (Müller, *Tätigkeits Übernahme*, p. 101).

⁶⁰¹ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 45.

⁶⁰² WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, p. 470.

⁶⁰³ BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, p. 20.

conducirá al fin a la consciencia del concreto peligro. Esta construcción mecanicista falla en la medida en que la red de causalidad no se confirma en una representación final necesaria para la consciencia del peligro, sino que esta representación es en realidad el punto de partida *ex post* para la asunción de que sería el producto de un acto consciente anterior. Aquí, el elemento normativo sería indispensable para colmar la laguna psíquica que caracteriza la imprudencia inconsciente. Por estas razones, sería más consecuente para estos penalistas, desde los puntos de partida naturalistas asumidos, restringir de forma declarada el castigo a los supuestos de imprudencia consciente, tal como esta ha sido siempre concebida por la doctrina mayoritaria.

Desde la perspectiva normativa, estas construcciones – que pueden ser descritas como teorías del significado ampliado de la consciencia – pasan por alto el hecho de que establecida la libertad de actuación de los ciudadanos, les compete buscar la motivación y los medios para el cumplimiento de la norma, respetadas sus capacidades individuales, pero sin dependencia necesaria de un determinado estado psicológico como requisito para la imputación subjetiva⁶⁰⁴. Respecto a la imprudencia inconsciente, el agente infringe el deber de conocer y evitar, elemento normativo que hace posible la imputación, toda vez que la falta de consciencia del peligro es lo que singulariza a esta modalidad de delito imprudente.

C. Culpabilidad en la imprudencia: ¿consciencia y carácter?

En artículo publicado en 1941, “*Persönlichkeit und Schuld*”, *Welzel* contrapone las teorías de la voluntad a las teorías del sentimiento cuando trata la imprudencia inconsciente. En las primeras, sus defensores buscarían un acto voluntario de consciencia, mientras en las últimas el momento de culpabilidad residiría en la falta de interés en el bien jurídico o en la falta de interés en la evitación de la lesión al bien jurídico⁶⁰⁵. *Welzel* se inclina por la primera clase de planteamiento, puesto que experimentos psicológicos demostrarían que los propósitos derivados del acto de voluntad serían capaces de originar tendencias en el proceso de desarrollo de las representaciones y pensamientos con

⁶⁰⁴ JAKOBS, *La imputación jurídico-penal*, p. 191.

⁶⁰⁵ WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, p. 468.

repercusiones en el plano inconsciente⁶⁰⁶. Lo que determinaría el proceso mental inconsciente no sería un mecanismo de asociación de representaciones en cadena influenciados por el peso del sentimiento, como sostuvo *Exner*, sino la asunción voluntaria de determinadas tareas y la concentración voluntaria⁶⁰⁷. *Welzel* pone el ejemplo de la conducción de automóviles, en que la concentración voluntaria en la tarea determinaría la activación inconsciente de las reacciones necesarias⁶⁰⁸.

Sin embargo, *Welzel* reconoce como procedente la crítica según la cual las teorías de la voluntad no lograrían aclarar situaciones en que el agente es tan irresponsable y descuidado que en ningún momento piensa en el peligro y en el correlativo deber de diligencia. En este caso, lo que se reprocha sería la irresponsabilidad y el descuido en relación con la actividad peligrosa, es decir, un rasgo del carácter⁶⁰⁹. De ahí que en opinión de *Welzel* se debería comprender el cuidado en la imprudencia inconsciente a partir de dos fundamentos paralelos. Por un lado, como un producto de la concentración de la voluntad en la práctica de determinadas actividades. Por otro lado, como el resultado de un elemento integrante de la estructura de la personalidad, como una expresión del carácter del agente⁶¹⁰. La conclusión de *Welzel* es que la falta de cuidado puede consistir o bien en la ausencia de un acto presente de concentración de la voluntad o bien en la insuficiente formación de la estructura inconsciente de comportamiento de la personalidad. La consecuencia es que la culpabilidad en la imprudencia sería no solamente culpabilidad por el acto, sino también en cierta medida culpabilidad por la constitución del carácter de su autor⁶¹¹. *Welzel* reitera esto en su libro “Das Neue Bild des Strafrechtssystems” (1951), donde afirma que en esta modalidad de delito imprudente “la culpabilidad del hecho individual tiene su raíz en un elemento permanente: la estructura defectuosa de la capa de la personalidad; es decir, en un defecto reprochable del carácter (la llamada culpabilidad del autor)”⁶¹².

⁶⁰⁶ WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, pp. 468-469.

⁶⁰⁷ WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, pp. 468-471.

⁶⁰⁸ WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, pp. 471-472.

⁶⁰⁹ WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, p. 470.

⁶¹⁰ WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, pp. 473-474.

⁶¹¹ WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, p. 474.

⁶¹² WELZEL, *Nuevo Sistema*, p. 151 (el texto destacado es el de la traducción de la obra “Das Neue Bild des Strafrechtssystems” al castellano, referida en esta nota e indicada con más informaciones en la bibliografía).

La postura de *Welzel* desvela las deficiencias tanto de las teorías de la voluntad como de las teorías del carácter expuestas anteriormente. A partir del primer punto de vista, el penalista se enfrenta a la debilidad de la construcción de la imprudencia inconsciente como voluntad y, por consiguiente, admite que esta vía no es suficiente para la imputación. Pero el camino alternativo de *Welzel* tampoco es de recibo, pues nadie puede responder o ser censurado por la estructura de su personalidad, por su configuración psicológica personal. Además de contrariar los principios del Estado de Derecho (dignidad humana), ello convertiría la pena en medida de seguridad⁶¹³.

Welzel se hizo famoso como el fundador del sistema finalista en el Derecho Penal y su doctrina ejerció un papel de protagonismo en la dogmática penal durante muchos años, especialmente en la segunda mitad del siglo pasado. Uno de los cambios fundamentales en la estructura del delito producida por la doctrina finalista fue el traslado “estable” del dolo y de la imprudencia, que hasta entonces eran elementos de la culpabilidad, al injusto. La consecuencia de este nuevo panorama es que a partir del finalismo las principales discusiones sobre la imprudencia ya no eran tratadas en la culpabilidad, sino en el injusto. De ahí que, pese a rechazar la fundamentación de la culpabilidad en la imprudencia inconsciente en el pensamiento de *Welzel*, enseguida haya que detenerse en la concepción finalista acerca del *injusto imprudente*, puesto que el debate acerca de la caracterización de la imprudencia en el Derecho Penal no se centrará más en la culpabilidad, sino en el injusto. No obstante, antes de *Welzel*, otro penalista hizo una aportación fundamental para preparar el traslado sistemático de las formas de imputación subjetiva (dolo e imprudencia) de la culpabilidad a la tipicidad y fue responsable también de efectuar un profundo análisis de los delitos imprudentes: *Karl Engisch*.

⁶¹³ FEIJÓO, *Imprudencia*, pp. 47-48.

CAPÍTULO III. De Engisch al Finalismo

III.1. Engisch – Imprudencia y prohibición de comportamientos peligrosos

A. Imprudencia, injusto y culpabilidad en la doctrina de *Engisch*

Para la estructuración de la imprudencia como elemento del injusto, que tuvo su momento decisivo con la obra de *Welzel*, hubo un proceso previo en el que jugaron un papel importante las aportaciones de otros autores, entre los cuales destaca *Karl Engisch*. Sabemos que hasta entonces la imprudencia era tratada como un problema de culpabilidad. Sin embargo, algunos penalistas ya habían reconocido la exclusión de la antijuridicidad en el ámbito imprudente por la ausencia de su elemento normativo⁶¹⁴. Es decir, aún bajo la concepción de imprudencia como forma de culpabilidad, ciertos autores habían advertido que determinados comportamientos relacionados a un cierto grado de probabilidad de lesión o creadores de peligros estaban permitidos de antemano por el ordenamiento, por lo que no se podría reconocer una conducta antijurídica.

Así, por ejemplo, *Löffler* (1895) ya sostenía que hay casos en los que la probabilidad de lesión es tan diminuta que el propio Derecho *autorizaría* su consciente desconsideración, como por ejemplo la actividad en minas, causadora potencial de muertes pese a la atención a todos los cuidados⁶¹⁵. En la misma línea, *Radbruch* (1904) indicaba como elemento necesario de la antijuridicidad en la imprudencia un grado anormal de imprevisión, es decir, la ausencia de previsión del resultado concreto fuera de una medida normal, aceptable, sería esencial a la configuración de la ilicitud del delito imprudente. En el concepto de imprudencia como forma de culpabilidad quedaría un estado mental negativo: la ausencia de previsión del resultado previsible⁶¹⁶. *Exner* (1910) afirmaba en la misma línea que quien hace lo que el tráfico exige ya está por ello libre de cualquier responsabilidad, aunque su comportamiento esté conectado a un cierto peligro que el agente reconoce o es capaz de reconocer y luego concluye que se trata en este punto de un problema de antijuridicidad, con la cual

⁶¹⁴ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 53.

⁶¹⁵ LÖFFLER, *Schuldformen*, pp. 7-8.

⁶¹⁶ “In gleicher Weise bildet also auch das Erfordernis eines über normalen Grades der Unvorsichtigkeit ein Merkmal nicht der Fahrlässigkeit, sondern der Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung, und es verbleibt so dem Fahrlässigkeitsbegriff nur das Erfordernis der Unvorsichtigkeit, der Nicht-Voraussicht des voraussehbaren Erfolges” (RADBRUCH, *Schuld begriff*, pp. 347-348). Acerca de la posición del deber de cuidado en el injusto en la obra de *Radbruch*, comenta *Arthur Kaufmann*: “Man lese nur seine Abhandlung 'über den Schuld begriff' vom Jahre 1904 oder den 1929 veröffentlichten Aufsatz 'Die Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit im Strafgesetzentwurf'. Hier ist, schon lange vor Aufkommen des Finalismus im Strafrecht, die Verletzung der objektiven, verkehrsunblichen Sorgfaltspflicht klar als Unrechtselement erfaßt und damit auch bei der Fahrlässigkeit die Unterscheidung von Unrecht und Schuld durchgeführt” (ARTHUR KAUFMANN, *Einleitung*, p. IX).

se enlazaría la culpabilidad de forma indisoluble⁶¹⁷. Y de acuerdo con *Binding* (1919), si la ejecución de un comportamiento jurídicamente permitido conlleva necesariamente la producción de un determinado riesgo, este riesgo debe igualmente ser considerado justificado⁶¹⁸.

Engisch siguió estos planteamientos cuando reconoció que la creación de determinados peligros está permitida de forma excepcional⁶¹⁹. En estos casos, los comportamientos que conllevan un cierto grado de riesgo sirven a un propósito especial aprobado por el orden jurídico⁶²⁰. Este riesgo permitido constituye para *Engisch* una causa de exclusión del injusto, un elemento negativo del tipo⁶²¹. Pero la aportación del penalista para el tratamiento del cuidado en el ámbito del injusto típico no se limita a este punto. A partir de consideraciones sobre la teoría de las normas de *Binding*⁶²²⁶²³, *Engisch* recalca la relación entre el cuidado y las formas especiales de realización del tipo⁶²⁴. El cuidado asumiría su contenido concreto en correspondencia con los tipos penales específicos, toda vez que los tipos indican lo que debe ser evitado. Con esto, el deber de cuidado sería parte integrante de la norma con la que se relaciona el tipo penal de que se trate⁶²⁵. La consecuencia es que *Engisch* rechaza la existencia de una norma general de cuidado. Más bien, la configuración del cuidado debido resulta del propósito de evitar la realización de un tipo específico⁶²⁶, es decir, se trata de un deber de evitar la realización del resultado conforme a *aquel* tipo⁶²⁷. De lo anterior se deduce el enlace entre la no adopción del cuidado y la infracción de la correspondiente norma que determina no realizar el tipo, lo que lleva *Engisch* a concluir que la inobservancia del cuidado exigido es elemento de la tipicidad⁶²⁸.

⁶¹⁷ “Wer tut was der Verkehr erfordert, ist schon deshalb von jeder Verantwortung frei, wenn auch sein Tun mit gewissen Gefahren verknüpft ist, die er wohl erkennt oder zu erkennen im stande ist. Es handelt sich um das Problem der Rechtswidrigkeit, mit dem der Schuld in diesem Punkt untrennbar verknüpft” (*Exner, Das Wesen*, p. 193).

⁶¹⁸ “Daraus ergibt sich... das bei Vornahme einer rechtlich erlaubten Handlung unvermeidlich zu laufende Risiko ist gleichfalls grundsätzlich als gerechtfertigt zu betrachten” (*BINDING, Normen, IV*, p. 441).

⁶¹⁹ *ENGISCH, Untersuchungen*, pp. 285-290.

⁶²⁰ *ENGISCH, Untersuchungen*, p. 287.

⁶²¹ *ENGISCH, Untersuchungen*, pp. 286, 344. Para *Engisch*, “*todos* los elementos de la *antijuridicidad* se pueden construir como elementos *del tipo*, en parte como especiales, en parte como generales, en parte como positivos, en parte como 'negativos' (causas de justificación), y entonces la adecuación es un elemento del tipo interpretable como positivo general” (*ENGISCH, Causalidad*, p. 112).

⁶²² *ENGISCH, Untersuchungen*, pp. 326 y ss.

⁶²³ *Schünemann* llama asimismo atención sobre la importancia de la teoría de las normas en la construcción de la doctrina de *Engisch* sobre el delito imprudente (*SCHÜNEMANN, Moderne Tendenzen*, p. 438). Para *Feijóo*, “lo que emprendió *Engisch*, con base en la teorías de las normas de *Binding*, fue una construcción normativa del tipo... La norma penal —concebida con base en la posición de *Binding* como norma de determinación— no se encargaba ya de prohibir causaciones de resultados, sino de conductas” (*FEIJÓO, Imprudencia*, p. 52).

⁶²⁴ *ENGISCH, Untersuchungen*, p. 331.

⁶²⁵ *ENGISCH, Untersuchungen*, p. 332.

⁶²⁶ *ENGISCH, Untersuchungen*, p. 337.

⁶²⁷ *ENGISCH, Untersuchungen*, p. 339; *Causalidad*, p. 105.

⁶²⁸ *ENGISCH, Untersuchungen*, p. 344.

En coherencia con la ubicación del cuidado debido en el tipo, también la adecuación es para *Engisch* un elemento de la tipicidad⁶²⁹. De acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada, solo pueden ser considerados injustos típicos – como explica *Gimbernat* – “los comportamientos que son, en general, apropiados para producir un resultado de la clase del que se ha originado”⁶³⁰. En la concepción de *Engisch*, adecuación e inobservancia del cuidado debido se relacionan en la medida en que comportamiento descuidado quiere decir comportamiento en general apropiado para producir el resultado típico⁶³¹⁶³². Esta congruencia entre adecuación y ausencia de cuidado explicaría la ordenación de ambos en la misma categoría estructural del delito. *Engisch* advirtió con esta disposición del cuidado y de la adecuación en el tipo que la imprudencia no podría ser tan solo un problema de culpabilidad⁶³³. Ello repercutirá en la configuración de la imprudencia inconsciente, pues se trata de un paso importante en la construcción normativa de los delitos imprudentes.

A pesar del reconocimiento de la ausencia del cuidado debido como un problema del tipo, dolo e imprudencia siguen siendo elementos positivos de la culpabilidad en la doctrina de *Engisch*, mientras los elementos de exculpación – que para el autor se traducirían en situaciones de inexigibilidad – constituirían los presupuestos negativos de la culpabilidad⁶³⁴. Para el penalista, dolo e imprudencia tienen en común el hecho de que ambos se caracterizan como injustos típicos

⁶²⁹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 13, 344; *Causalidad*, p. 112.

⁶³⁰ GIMBERNAT, *Causalidad*, p. 545. En palabras de *Engisch*, “una conducta es la causa adecuada de un resultado de determinada naturaleza si, bajo las circunstancias imperantes que se divisan como base del enjuiciamiento en relación con él, permite esperar resultado como consecuencia no simplemente improbable” (ENGISCH, *Causalidad*, p. 93). De acuerdo con *Welzel*, “adecuada es aquella condición que generalmente es apropiada para producir un determinado resultado” (WELZEL, *Derecho Penal*, p. 54). *Frisch* afirma que según la teoría de la adecuación, “únicamente serán causa del resultado aquellas condiciones que no sólo han contribuido a surtir efectos, sino que poseen una idoneidad genérica para realizar tales resultados” (FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 30). Y *Hübner* afirma sobre el mismo tema: “Die Ädaquenztheorie fragt somit, ob die konkrete Handlung des Täters nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, Erfolge in der Art des eingetretenen Erfolges herbeizuführen, und somit deren objektive Eintrittswahrscheinlichkeit zu erhöhen” (HÜBNER, *Entwicklung*, p. 128).

⁶³¹ La relación entre adecuación y observancia del cuidado debido fue destacada por *Engisch* en “*Untersuchungen*” (ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 283 y ss.). Sin embargo, en su obra posterior “*Causalidad*”, *Engisch* añade: “En mis ‘*Untersuchungen*’, pp. 283 ss., si bien puse en relación el requisito de la inobservancia del cuidado requerido con el elemento del delito de la adecuación, no acentué con suficiente énfasis que el último elemento quedaba absorbido por el primero” (ENGISCH, *Causalidad*, p. 103, nota a pie de página 39). Así, para *Engisch*, cuidado debido “es solo omitir aquellas acciones que conducen a aquel resultado de modo no improbable o ejecutar aquellas acciones que son apropiadas para impedirlo, en la situación en la cual es de esperar el resultado con cierta probabilidad. Por tanto, entonces, dejar de observar el cuidado requerido significa siempre: la conducta adecuada; el elemento de la adecuación, en esa medida, queda absorbido en el elemento de la inobservancia del cuidado requerido” (ENGISCH, *Causalidad*, p. 103).

⁶³² Al tratar de la adecuación en “*Causalidad*”, *Engisch* reafirma que cada tipo penal se corresponde con una norma que determina al ciudadano evitar el resultado conforme al tipo de que se trate: “... el elemento del delito de la contrariedad a la norma (en el cual está comprendida la adecuación) tiene que significar la lesión de aquella norma jurídica que se corresponde al tipo legal en el cual debe subsumirse la conducta especial punible. Pero esta norma jurídica no puede decir otra cosa que evitar el resultado que se considera dañoso en el tipo legal, por tanto, evitar el resultado típico. Ahora bien, si el juicio de adecuación debe establecer la contrariedad a esa norma jurídica que tiende a la evitación del resultado típico, la cuestión de la adecuación tiene que referirse a la “peligrosidad” respecto de ese resultado” conforme al tipo (ENGISCH, *Causalidad*, p. 105).

⁶³³ BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, pp. 26-27.

⁶³⁴ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 450.

evitables⁶³⁵. La evitabilidad se manifestaría, por tanto, como dolo o imprudencia y sería un problema de culpabilidad⁶³⁶. Puesto que el elemento esencial de la imprudencia, la infracción del deber de cuidado objetivo, pasa a pertenecer a la tipicidad, la estructura de la imprudencia en *Engisch* está asentada tanto en el tipo como en la culpabilidad⁶³⁷.

Una vez establecido que imprudencia es una de las dos formas de culpabilidad (culpabilidad en sentido formal), *Engisch* busca un elemento positivo para determinar la culpabilidad material en el delito imprudente⁶³⁸. Culpabilidad de entendimiento o intelecto, culpabilidad de la voluntad y culpabilidad por el sentimiento son las tres propuestas analizadas por el penalista⁶³⁹. Inicialmente, *Engisch* desecha la postura de la culpabilidad por el intelecto en la imprudencia bajo el argumento de que con ello la investigación sobre la esencia material de la culpabilidad llegaría a un resultado negativo⁶⁴⁰. De acuerdo con esta primera concepción de culpabilidad, el castigo de la imprudencia o bien no estaría justificado, o bien solo podría justificarse como una medida policial contra peligrosos⁶⁴¹. Además, la culpabilidad por el intelecto no sería compatible con la necesaria medida individual de la imprudencia o medida individual de cognoscibilidad, pues el reconocimiento de un mero fallo de intelecto, una falta de capacidad intelectual o de entendimiento del agente, debería implicar más bien en la ausencia de culpabilidad, sin que esté presente un fundamento razonable para establecer la culpa⁶⁴².

Tampoco la culpabilidad de la voluntad podría constituir la base material de esta categoría del delito en opinión de *Engisch*. Por un lado, como un “querer el resultado antijurídico”, la culpabilidad de la voluntad fracasaría en la fundamentación de la imprudencia⁶⁴³. Por otro lado, si la culpabilidad en la imprudencia es concebida como “mala voluntad negativa”, por detrás de esta postura se ocultaría en realidad la creencia de que todo ciudadano tiene el deber de querer solamente lo que está de acuerdo con el ordenamiento jurídico⁶⁴⁴. En virtud de la ausencia de un elemento positivo en que fundarse, ello imposibilitaría la configuración de un concepto material de culpabilidad. Según *Engisch*, esta equivocada concepción de la “mala voluntad negativa” no sería capaz de excluir del ámbito de la culpabilidad los supuestos de inevitabilidad – en los que no hay cognoscibilidad – dado

⁶³⁵ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 267-268.

⁶³⁶ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 52.

⁶³⁷ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 52.

⁶³⁸ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 451.

⁶³⁹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 451 y ss.

⁶⁴⁰ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 453.

⁶⁴¹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 454-455.

⁶⁴² ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 455.

⁶⁴³ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 456.

⁶⁴⁴ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 457.

que la mera falta de coincidencia entre el comportamiento y el orden jurídico, es decir, la antijuridicidad, ya conllevaría *ipso facto* la culpabilidad⁶⁴⁵. Finalmente, sobre la concepción de la culpabilidad de la voluntad que exige la representación del peligro de lesión al bien jurídico, aunque para *Engisch* se trate de una definición consecuente⁶⁴⁶, en su opinión esta perspectiva no podría conciliarse con el castigo de la imprudencia inconsciente, razón por la cual debería ser igualmente rechazada⁶⁴⁷.

Después de refutar la culpabilidad de la voluntad y la culpabilidad por el intelecto, *Engisch* sostiene que la culpabilidad material se explicaría más bien por la teoría del sentimiento, cuyo mayor defensor fue *Exner*⁶⁴⁸. De acuerdo con este pensamiento, en el ámbito del dolo y de la imprudencia consciente, el agente se representaría por lo menos la posibilidad de la realización del tipo y, una vez que decidió no eliminar esta posibilidad, esto se explicaría por un insuficiente interés en evitar la lesión jurídica⁶⁴⁹. Con respecto a la imprudencia inconsciente, *Engisch* incorpora la base de las investigaciones psicológica y jurídica de *Exner*⁶⁵⁰ según la cual la censura en la imprudencia en general residiría en la constatación de un déficit de interés por parte del agente⁶⁵¹. No obstante, *Engisch* entiende necesaria una corrección en la teoría de *Exner* y por ello sustituye el objeto al que debe relacionarse el interés del agente: la culpabilidad del sentimiento no sería propiamente ausencia de interés en la integridad del bien jurídico lesionado, como defendía *Exner*, sino la falta de interés en evitar la realización del tipo y en cumplir con los deberes jurídicos⁶⁵². De ahí que, en la imprudencia inconsciente, la culpabilidad del sentimiento se manifestaría como ausencia de interés en evitar la realización del tipo y la lesión al Derecho, una falta que redundaría en el no reconocimiento de algo que era reconocible⁶⁵³.

B. Los criterios para la configuración del injusto imprudente según *Engisch*

En su famosa monografía sobre el dolo y la imprudencia en el Derecho Penal⁶⁵⁴, que reúne y propone criterios para la delimitación de los delitos imprudentes válidos hasta la actualidad, *Engisch* parte del principio de que la determinación del cuidado debido, en el ámbito del tipo, no puede ser

⁶⁴⁵ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 457.

⁶⁴⁶ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 458-459.

⁶⁴⁷ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 459-460.

⁶⁴⁸ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 460 y ss.

⁶⁴⁹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 464-465.

⁶⁵⁰ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 465 y ss.

⁶⁵¹ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 467.

⁶⁵² ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 470.

⁶⁵³ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 475.

⁶⁵⁴ *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (1930)*.

establecida de forma anticipada para todos los casos concretos, sino que solo es posible intentar trazar sus contornos básicos⁶⁵⁵. En general, el cuidado debido puede ser definido para este autor como el empleo de medios determinados para evitar la realización típica, medios para prevenir que el comportamiento encuentre correspondencia con la realización del tipo⁶⁵⁶. De esta definición se desprenden los tres criterios subsiguientes: cuidado como omisión de acciones peligrosas⁶⁵⁷, cuidado como actuación externa en situaciones de peligro⁶⁵⁸ y cuidado como cumplimiento del deber jurídico de averiguación e información⁶⁵⁹.

La forma más básica de cuidado es la *omisión de acciones externas adecuadas para producir un resultado típico*. Esta idea expresa la adecuación, elemento de los delitos de resultado, lo que significa que un comportamiento solo puede ser considerado típico cuando la probabilidad de acarrear el resultado no sea escasa⁶⁶⁰. De acuerdo con *Engisch*, el juicio de adecuación se decide teniendo en cuenta las circunstancias reconocibles a partir del punto de vista de la persona más razonable situada en la posición del agente⁶⁶¹ (perspectiva *ex ante*)⁶⁶². Sin embargo, *Engisch* señala que el contenido del deber de cuidado no coincide propiamente con la omisión de originar cualesquiera condiciones de un resultado típico, sino que solo se deben omitir los comportamientos que entrañan una cierta probabilidad de producción del resultado⁶⁶³⁶⁶⁴.

Para este autor, la determinación del cuidado como omisión de acciones peligrosas se muestra más sencilla en ámbitos sometidos a reglamentos administrativos especiales o normas semejantes o incluso en los sometidos a reglas de la experiencia y del tráfico que asumen una connotación jurídica⁶⁶⁵. En la caracterización del cuidado debido como omisión de acciones peligrosas, hay que

⁶⁵⁵ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 282.

⁶⁵⁶ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 283.

⁶⁵⁷ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 283-290.

⁶⁵⁸ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 290-306.

⁶⁵⁹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 306-326.

⁶⁶⁰ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 283.

⁶⁶¹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 284, 301-302; *Causalidad*, pp. 106-110.

⁶⁶² SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 438. FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 59. *Engisch* utiliza la expresión “Standpunkt der Prognose” y “Standpunkte der Erkennbarkeit ex ante” (ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 283). En “Causalidad”, *Engisch* afirma: “La norma jurídica puede exigir la evitación del resultado típico solo en correspondencia con aquella situación real que, *al momento y en el lugar* del actuar o del deber de actuar, es conocida o conocible (como dada al menos en forma no improbable). Pues solo según *esta* situación puede orientarse un hombre que, conforme al ordenamiento jurídico, se esfuerza por ser cuidadoso y por evitar el resultado típico. De allí se sigue que la cuestión de si alguien se ha comportado de modo *contrario* a derecho (si no ha observado el cuidado requerido), y, correspondientemente, la cuestión de si él ha producido el resultado típico de forma adecuada, solo puede ser contestada partiendo de la base de aquellas circunstancias fácticas que 'ex ante' y en el lugar del hecho ya eran conocidas o conocibles (como dadas al menos en forma no improbable)” (ENGISCH, *Causalidad*, p. 106).

⁶⁶³ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 284.

⁶⁶⁴ Como aclara *Torío Lopez* al hablar sobre la causalidad e imputación objetiva, se trata de “un juicio de pronóstico, donde opera el pensamiento de la adecuación, mediante el cual se excluyen del ámbito de la categoría las conexiones causales absurdas o extraordinarias, incalculables para el hombre” (TORÍO LOPEZ, *Imputación Objetiva*, p. 41).

⁶⁶⁵ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 285.

recordar también la postura de *Engisch* ya expuesta anteriormente sobre los comportamientos creadores de peligros cuya práctica está autorizada (riesgos permitidos)⁶⁶⁶. En este ámbito, de creación de peligros derivados de actividades aprobadas por el orden jurídico, sería decisiva la ponderación de bienes. Para este autor, deben ser considerados: la relevancia del interés perseguido con el comportamiento peligroso frente a la importancia del bien jurídico expuesto a peligro; la relación y la medida entre la utilidad perseguida y el peligro producido en casos de bienes de igual naturaleza; y la probabilidad de satisfacción del interés aprobado en comparación con la probabilidad de la lesión del bien jurídico⁶⁶⁷. Según *Engisch*, la evaluación conjunta de todos estos factores – y no una operación aritmética – es lo que determinará el carácter permitido o prohibido del comportamiento, es decir, si el deber de cuidado como omisión de acciones peligrosas fue o no atendido⁶⁶⁸.

El segundo criterio para concretar el cuidado es la exigencia de un *comportamiento externo en situaciones de peligro*⁶⁶⁹. Aquí no se trata de omitir un comportamiento peligroso, sino de crear condiciones en el mundo exterior para prevenir resultados típicos⁶⁷⁰. Además del mandato de actuar en los delitos de omisión⁶⁷¹, esta imposición de adoptar medidas externas adecuadas para impedir la realización típica procede especialmente en los casos de riesgos permitidos⁶⁷². Cuando un comportamiento peligroso está permitido para atender a un determinado propósito valorado, la autorización estaría condicionada a la adopción de medidas dirigidas a reducir la probabilidad de realización del tipo⁶⁷³. Por consiguiente, el permiso para la práctica de ciertas modalidades de comportamientos peligrosos es fuente de deberes de cuidado especiales que consisten en el empleo de medios externos para evitar posibles resultados típicos⁶⁷⁴.

De acuerdo con *Engisch*, respecto a la actuación en el mundo exterior para evitar peligros, es importante tener en consideración – como ya se hizo con relación a la necesidad de omisión de acciones peligrosas – los distintos reglamentos, dado que estos establecen de forma más precisa las medidas necesarias para evitar peligros relacionados con determinados grupos de actividades: reglas de protección en el trabajo, prescripciones de las asociaciones profesionales, preceptos del tráfico

⁶⁶⁶ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 285-290.

⁶⁶⁷ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 288.

⁶⁶⁸ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 289.

⁶⁶⁹ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 290-306.

⁶⁷⁰ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 290.

⁶⁷¹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 290-291.

⁶⁷² ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 291.

⁶⁷³ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 291-292.

⁶⁷⁴ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 292.

rodado y las distintas reglas administrativas⁶⁷⁵. En este punto, este deber de actuar en el mundo exterior para evitar peligros (segundo criterio) se acerca al deber de omitir peligros (primer criterio)⁶⁷⁶. A pesar de que *Engisch* sostiene la distinción entre omisión de acciones peligrosas e intervención en el mundo exterior para evitar peligros, lo que para él sería un reflejo de la diferenciación entre delitos de acción y delitos de omisión⁶⁷⁷, el penalista señala la concurrencia entre prohibición y mandato en algunos casos⁶⁷⁸, lo que anticipa una discusión actual conducida sobre todo por *Jakobs* acerca de la falta de especial relevancia desde el punto de vista normativo de la distinción entre acción y omisión⁶⁷⁹. Además, *Engisch* reitera que el cuidado debido solo puede ser finalmente establecido de acuerdo con el caso concreto, pues una medida que normalmente es considerada cuidadosa en el tráfico general puede no serlo en la situación específica y debe prevalecer siempre la exigencia de una medida adecuada para evitar, en la situación de que se trate, la realización del tipo⁶⁸⁰.

Conforme el tercer criterio, el cuidado se caracteriza como *cumplimiento del deber de averiguación e información*⁶⁸¹. El agente debe investigar si existen circunstancias fácticas que puedan conectar el comportamiento planeado con la realización de un tipo, debe informarse sobre el propio carácter de su comportamiento, especialmente sobre su peligrosidad o la falta de aptitud para evitar lesiones inminentes y debe reunir conocimientos sobre preceptos jurídicos que tengan como objeto mandatos o prohibiciones relacionados a su acción u omisión⁶⁸². En resumen, el propósito es siempre adquirir conocimientos sobre la especial modalidad de injusto que amenaza suceder, puesto que la meta final es evitar la realización del tipo por medio de la información sobre la cualidad del comportamiento intencionado, de manera que el agente pueda orientar su actuación u omisión⁶⁸³.

Por ejemplo, es deber de cada uno reunir los conocimientos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional de manera que se eviten realizaciones típicas⁶⁸⁴. Asimismo, el deber de averiguación previa con el propósito de evitar lesiones se aplica a las situaciones de asunción de determinadas actividades de las cuales pueden originarse peligros (imprudencia por asunción). En este caso, el deber de averiguación previa (tercer criterio para la determinación del cuidado) puede

⁶⁷⁵ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 293.

⁶⁷⁶ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 293-294.

⁶⁷⁷ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 294.

⁶⁷⁸ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 295.

⁶⁷⁹ JAKOBS, *Acción y Omisión*, pp. 149-170 — el ejemplo básico de *Jakobs*, del tráfico rodado, había sido puesto con antelación por *Engisch* para demostrar la concurrencia entre infracción de mandato y prohibición: “Der Kraftwagenführer bringt seinen Wagen in unmäßig Geschwindigkeit und verlangsamt auch nicht das Tempo, als er sich einem entgegenkommenden Fuhrwerk nähert” (ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 295).

⁶⁸⁰ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 304-305.

⁶⁸¹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 306-326.

⁶⁸² ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 308.

⁶⁸³ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 308, 313.

⁶⁸⁴ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 309, 322.

concretarse no solo como deber de adquirir conocimientos o habilidades para actuar de acuerdo con el Derecho, sino sencillamente también como deber de omitir acciones peligrosas (primer criterio)⁶⁸⁵. La imprudencia se caracterizaría, por tanto, como una actuación sin conocimiento o sin preparación a pesar de que actuar en estado de ausencia de conocimiento o preparación es algo peligroso⁶⁸⁶, por lo que también en este ámbito la imprudencia consistiría en la ejecución de un comportamiento peligroso⁶⁸⁷. A partir de esto concluye *Engisch* que nadie tiene el deber de averiguar y prepararse si no pretende ejercer una actividad que se muestre peligrosa sin los conocimientos y la preparación debidos⁶⁸⁸. En cambio, la ausencia de averiguación y preparación sería parte integrante del comportamiento imprudente con relación a quien asume una actividad sin el cumplimiento de estos deberes adecuados para evitar el peligro⁶⁸⁹. El deber de averiguación dependería, por tanto, de la necesidad de evitar la amenaza de realización de tipos penales, por lo que solo se exigiría la adquisición de conocimientos concretos cuando esta amenaza está presente en el horizonte⁶⁹⁰.

Además de reiterar la necesidad de adopción de la perspectiva *ex ante* también para la determinación del cuidado como deber de averiguación, información y preparación, *Engisch* reafirma que el baremo a adoptar para este pronóstico debe ser el del hombre más cuidadoso situado en el lugar del agente, es decir, lo que haría este individuo ideal con relación al deber de averiguación si estuviera en la posición del agente⁶⁹¹. Sin embargo, si por un lado la perspectiva anterior es decisiva para la determinación del comportamiento cuidadoso, por otro lado la perspectiva posterior podría indicar que ni siquiera la observancia del cuidado debido en el momento del hecho hubiera podido evitar el resultado lesivo, lo que para *Engisch* excluiría la causalidad de la falta de cuidado y con ello la caracterización de la imprudencia penal⁶⁹². Esto se aplicaría a los tres criterios para la especificación del cuidado y se trata de lo que actualmente se denomina nexo de contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*)⁶⁹³⁶⁹⁴.

⁶⁸⁵ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 310-311.

⁶⁸⁶ *Engisch* exceptúa los casos de estado de necesidad (ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 312).

⁶⁸⁷ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 312.

⁶⁸⁸ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 318.

⁶⁸⁹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 318-319.

⁶⁹⁰ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 320-322.

⁶⁹¹ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 314-315.

⁶⁹² ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 316; *Causalidad*, p. 122.

⁶⁹³ WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, p. 76: “Bei Fahrlässigkeitsdelikten spielt der **Pflichtwidrigkeitszusammenhang** eine zentrale Rolle. Das durch das pflichtwidrige Täterverhalten begründete Risiko schlägt sich dann nicht im Erfolg nieder, wenn dieser auch bei einem **pflichtgemäßen Alternativverhalten** mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre”. PETER FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 65: “Ein Verhalten, das für einen bestimmten Erfolg nach der Bedingungstheorie ursächlich war, soll danach nicht als kausal bewertet werden, wenn erhebliche Tatsachen dafür sprechen, daß auch bei rechtlichem einwandfreiem Verhalten des Täters der Erfolg eingetreten wäre”.

⁶⁹⁴ Con relación a la perspectiva *ex post*, *Engisch* indica además la necesidad de comprobar la realización del riesgo en el resultado. Cuando determinada conducta está prohibida porque crea un peligro, el resultado causado – condicionado por el aludido peligro – solo puede relacionarse jurídicamente a aquella conducta (relación de antijuridicidad) cuando, de acuerdo con *Engisch*, hay un curso causal *adecuado*. Hay que realizar en el resultado “el peligro específico que hace que

C. Evaluación de la doctrina de *Engisch* sobre la imprudencia

A partir de la observación de que el tipo penal no puede agotarse en un puro proceso causal explicado por medio de consideraciones naturalistas, *Engisch* llama la atención sobre la necesidad de comprender la causalidad penal desde un punto de vista valorativo⁶⁹⁵. Ello le lleva a adoptar y seguir con el desarrollo de la teoría de la causalidad adecuada⁶⁹⁶, según la cual *no* toda condición del resultado debe ser considerada causa en el sentido jurídico-penal. Esta concepción conlleva básicamente la necesidad de seleccionar los comportamientos que constituyen condiciones desde del estricto punto de vista naturalista – teoría de la equivalencia de las condiciones – para determinar cuál o cuáles de ellos se mostraban apropiados para producir un resultado de la naturaleza del que se ha producido, todo esto evaluado bajo la perspectiva *ex ante*.

Para *Engisch*, solo pueden prohibirse las conductas peligrosas y el peligro en el sentido jurídico supone un cierto grado de probabilidad de producir ciertas modalidades de resultados relacionados a la especie de peligro provocado. Esto quiere decir que tan solo las conductas adecuadas para ocasionar un resultado pueden ser consideradas peligrosas para el Derecho Penal⁶⁹⁷ y, por ende, prohibidas. La consecuencia es que la infracción de la norma no significa sencillamente causar un resultado típico (sin causas de justificación), sino más bien causar un resultado típico por medio de una conducta que, a partir del punto de vista *ex ante*, se mostraba adecuada para producir un resultado

aparezca como prohibido el actuar... peligroso para la vida”. Además, aunque la conducta peligrosa esté prohibida con el propósito de evitar cursos causales de la misma naturaleza del acaecido, puede suceder que el peligro realizado en el resultado no sea el que se desprende de aquella conducta. En este caso tampoco se confirmaría la realización del peligro en el resultado. Ejemplo de ello – *Engisch* cita a *Exner*, quien, a partir de un caso de la jurisprudencia del Reichsgericht, pone un ejemplo semejante – ocurriría cuando el agente no cumple con su deber de informar a terceros sobre el carácter peligroso de los productos que vende y sobre las precauciones necesarias, pero por casualidad otra persona suministra estas informaciones de modo suficiente, lo que todavía no impide un resultado dañoso, ya que el comprador deja de observar por cuenta propia las prescripciones al utilizar el producto (*Engisch*, Causalidad, pp 114-121).

⁶⁹⁵ FELIÓO, *Imprudencia*, p. 52.

⁶⁹⁶ *Johannes von Kries* es reconocido como el fundador de la teoría de la causalidad adecuada, a finales de siglo XIX (*ENGISCH*, *Causalidad*, p. 85; *SCHROEDER*, *Der Blitz als Mordinstrument*, p. 12). En uno de sus artículos, *von Kries* resume el pensamiento de la adecuación: “Prüft man die Bedingungen, von welchen das allgemeine Rechtsgefühl die strafrechtliche Zurechnung eines verletzenden Erfolges abhängig macht, so findet man, daß jedenfalls die konkrete Verursachung noch keinen ausreichenden Grund für die Zurechnung abgibt. Auch dadurch, daß man die Zurechnung außer von der Verursachung noch von der Schuld abhängig macht, gelangt man noch zu keiner genügenden Bestimmung. Es ist vielmehr erforderlich, noch hinzufügen, daß das rechtswidrige Verhalten mit der verursachten Erfolg in einem generellen Zusammenhang stehe, daß es, gemäß den allgemeinen Verhältnissen der menschlichen Gesellschaft, generell geeignet sei, derartige Verletzungen herbeizuführen. Man kann die Verursachung in solchem Falle eine adäquate nennen und wird im Gegensatz dazu von einer nicht adäquaten oder zufälligen Verursachung sprechen, wenn ohne einen allgemeinen Zusammenhang nur bezüglich des Einzelfalles sich behaupten läßt, daß der Erfolg bei Fehlen einer gewissen rechtswidrigen Handlung nicht eingetreten wäre” (*VON KRIES*, *Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit*, p. 532).

⁶⁹⁷ *ENGISCH*, *Untersuchungen*, p. 352.

de esa clase⁶⁹⁸, lo que supone un cambio en la comprensión de lo que consiste infringir una norma: no se trata ya de la prohibición de causar resultados, sino de la prohibición de comportamientos peligrosos⁶⁹⁹.

En la imprudencia, el comportamiento adecuado para causar un resultado se traduce como comportamiento descuidado⁷⁰⁰. El cuidado tiene el propósito de evitar la realización de tipos penales y por esta razón *Engisch* lo define en su forma básica como omisión de acciones adecuadas para producir resultados típicos⁷⁰¹. En correspondencia con esto, la tipicidad es donde debería situarse – en opinión de este autor – el deber objetivo de cuidado, cuyo contenido sería evitar la realización del tipo por medio de la omisión de conductas adecuadas a producirlo. La configuración del deber de cuidado aún no dependería – siempre según *Engisch* – de la consideración de las capacidades del agente, sino que sería definida a partir de un criterio general⁷⁰²: lo que podría esperarse del hombre más cuidadoso situado en la posición del agente⁷⁰³. De ello resulta que, aunque la imprudencia siga siendo elemento de la culpabilidad, el deber de cuidado objetivo pasa a integrar el injusto, lo que supone una etapa del ya mencionado desarrollo que culminaría con el traslado definitivo de la imprudencia al injusto con *Welzel*.

Sin embargo, la constatación de la imprudencia como forma de culpabilidad dependería de la comprobación de la evitabilidad del comportamiento, lo que debería averiguarse ahora en atención a las capacidades individuales del agente con el propósito de decidir si la conducta es censurable⁷⁰⁴. De ahí que, mientras el deber de cuidado en el injusto típico tiene una medida objetiva, la constatación de la imprudencia (en la culpabilidad) dependería de una medida subjetiva o individual: lo que le era posible al agente de acuerdo con sus capacidades individuales y condiciones personales⁷⁰⁵. La imprudencia en *Engisch* está conformada, por tanto, por la infracción del deber en el injusto típico, definida según una medida objetiva, y por la cognoscibilidad (como expresión de la evitabilidad) en la culpabilidad, determinada de acuerdo con una medida individual.

En la imprudencia inconsciente, lo que para *Engisch* explicaría la falta de conocimiento cuando era posible/exigible conocer sería la falta de interés en evitar la realización del tipo, esto es,

⁶⁹⁸ De acuerdo con *Bustos Ramírez* – que cita a *Welzel* – esto supone un cambio de enfoque del desvalor del resultado hacia el desvalor de la acción (BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, p. 27).

⁶⁹⁹ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 52.

⁷⁰⁰ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 52.

⁷⁰¹ BINAVICE, *Fahrlässigkeit*, pp. 66-67.

⁷⁰² ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 350.

⁷⁰³ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 352, 365.

⁷⁰⁴ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 350, 365.

⁷⁰⁵ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 350, 365.

la culpabilidad del sentimiento. La teoría de la culpabilidad del sentimiento, tanto en *Exner* como en *Engisch*, tiene la finalidad de establecer una base común para todas las formas de culpabilidad. La ausencia de conocimiento que caracteriza la imprudencia inconsciente es obstáculo a la configuración de la culpabilidad en todas sus formas como error de voluntad, pues el conocimiento es presupuesto de la voluntad. En ese sentido, el “problema” de la imprudencia inconsciente es la clave para comprender la construcción de la culpabilidad del sentimiento. La amplitud de esta concepción permitiría abarcar no tan solo el dolo y la culpa consciente, donde la falta de interés en la evitación de la realización del tipo sería más claro, sino también la imprudencia inconsciente, puesto que la ausencia del mencionado interés sería el origen de la falta de conocimiento: si el agente tuviera el interés, tendría el conocimiento necesario para evitar la realización del tipo en el momento en que evitarlo era posible⁷⁰⁶⁷⁰⁷.

Por detrás de esta estructuración se oculta un encadenamiento según el cual el sentimiento determina el conocimiento y el desconocimiento. Pero si ello es así, en cuanto suceda la realización del tipo en casos de ausencia de conocimiento habría que investigar en primer lugar cual era el sentimiento del agente. Tan solo el resultado de esta investigación podría indicar si hubo la causa (un sentimiento reprochable de determinada naturaleza) que provocó el desconocimiento necesario. Sin embargo, en el método propuesto por *Engisch*, después de constatar la realización del tipo por medio de una infracción del deber de cuidado (injusto) y ajustar el deber de cuidado a la medida individual de las capacidades del agente (culpabilidad) – lo que confirmaría la infracción individual de la norma de cuidado –, se concluye que el sentimiento reprochable estaba presente en el origen. En otras palabras, el elemento fundamental que hay que investigar en la culpabilidad, el sentimiento o la falta de sentimiento, de carácter empírico-psíquico, es en realidad el mero reflejo de las ponderaciones normativas anteriores. Para ser consecuente, la culpabilidad del sentimiento dependería de una exploración psicológica acerca de este elemento, lo que sin embargo no se acomoda con el método jurídico y tampoco es defendido por *Engisch*. En definitiva, la culpabilidad del sentimiento no aporta nada para la detección de la culpabilidad⁷⁰⁸, sino que se limita a un intento de fundamentar lo que ya se había concluido con antelación a partir de criterios normativos.

⁷⁰⁶ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 475.

⁷⁰⁷ *Engisch* intenta asimismo conectar la culpabilidad del sentimiento con el criterio normativo que ya había sido propuesto por *Frank* como fundamento de la culpabilidad: la exigibilidad. Así, los casos de falta de interés en evitar la realización del tipo podrían ser comprendidos también como casos de *inexigibilidad*. De acuerdo con esto, la falta de interés en evitar la realización del tipo es lo que explicaría la ausencia de un conocimiento necesario para evitar el suceso típico en situaciones en que tener el interés – y por ello conocer – era *exigible* (ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 477).

⁷⁰⁸ Algunas décadas después, en 1965, en su obra “Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart”, *Engisch* defendería la culpabilidad por el carácter que se manifiesta en el hecho: “la culpabilidad de carácter se basa aún en la culpabilidad por el hecho, y será acogida sólo con la manifestación de último... sin pretender discutir que los conceptos de culpabilidad, responsabilidad, expiación y retribución hallan una explicación satisfactoria en el basamento de la tesis de indeterminismo, tenemos que esforzarnos por llegar a una manejo sensato de esos conceptos

De lo anterior se sigue que el mérito de *Engisch* consiste más bien en sus esfuerzos dirigidos a construir los criterios normativos que puedan indicar la infracción del deber de cuidado y la evitabilidad individual desde el punto de vista jurídico-penal. A partir del propósito de evitar la realización de tipos penales, *Engisch* define el cuidado como la medida necesaria para la evitación en cada caso. Aunque solo sea posible delimitar de forma precisa la conducta cuidadosa en relación con el hecho del que se trate, *Engisch* sigue en la línea de *Binding* y *Exner* y busca también parámetros para permitir el análisis de todas las circunstancias de la situación para poder contestar a la pregunta sobre la cualidad imprudente del comportamiento. Estos criterios para la averiguación del cuidado son todavía válidos hoy⁷⁰⁹. Asimismo, la configuración del deber de cuidado de acuerdo con un criterio general, posicionado sistemáticamente en el injusto típico, y la consideración de la medida individual tan solo en la culpabilidad siguen siendo doctrina mayoritaria en la actualidad, aunque sea criticable esta escisión entre medida general y medida individual⁷¹⁰, tema sobre el cual se volverá en el momento oportuno.

En la obra de *Engisch*, la construcción de criterios normativos para la determinación del cuidado debido tiene estrecha relación con la teoría de la adecuación, que constituye un límite a la imputación en caso de comportamientos meramente causales. Este límite no es subjetivo, basado en el conocimiento del riesgo por el agente, es decir, no se trata de limitar la causalidad – comprendida de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones – por medio del dolo. Más bien, se trata de un límite previo a la indagación acerca del dolo, de carácter normativo, que se corresponde con la previsibilidad objetiva⁷¹¹. En la imprudencia, decir que una conducta fue adecuada para producir un resultado o decir que hubo previsibilidad objetiva significaría lo mismo que confirmar la infracción del deber de cuidado⁷¹². Esta definición del injusto imprudente a partir de una medida normativa y no

también bajo la suposición de la exactitud del determinismo. A este respecto se ofrece especialmente la teoría, que nosotros sustentamos, de la culpabilidad y la responsabilidad por el carácter: la falta de fuerza volitiva y de cuidado que redundan en nuestra culpabilidad, enraíza en él” (ENGISCH, *La teoría de la libertad de voluntad*, pp. 108, 125).

⁷⁰⁹ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 54.

⁷¹⁰ Como defensores de esta posición hoy dominante pueden ser citados, entre otros, *Schünemann* (SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte*, pp. 159-176) y *Schmidhäuser* (SCHMIDHÄUSER, *Fahrlässige Straftat*, pp. 129-158) — la opinión contraria es representada, por ejemplo, por *Stratenwerth* (STRATENWERTH, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes*, pp. 285-302), *Jakobs* (JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*) y *Pawlik* (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 335, nota a pie de página 476).

⁷¹¹ FEIJÓO, *Imprudencia*, pp. 57-58. La identificación entre adecuación y previsibilidad objetiva es aclarada asimismo por *Peter Frisch* (PETER FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 64-65). Igualmente, *Triffterer*: “*Adäquanzurteil und Umfang der objektiven Voraussehbarkeit sind also deckungsgleich*” (TRIFFTERER, *Die “objektive Voraussehbarkeit”* p. 213); y *Larrauri*, para quien la “ausencia del riesgo jurídicamente relevante se dilucida en base a un juicio de adecuación, esto es, si el resultado era objetivamente previsible” (LARRAURI, *Imputación Objetiva*, p. 745).

⁷¹² En este sentido, *Cerezo Mir*: “El cuidado objetivamente debido exige, en primer lugar, tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción. Solo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible (causalidad adecuada) será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido y la relación

psicológica permite que la imprudencia inconsciente tenga su sitio asegurado en la doctrina de *Engisch*.

La teoría de la adecuación es considerada precursora de la actual teoría de la imputación objetiva⁷¹³. En ese sentido, el impulso de *Engisch* a la adecuación como límite a la imputación por mera causalidad natural implicó una aportación relevante en el proceso que culminó con la configuración actual de la doctrina de la imputación objetiva. Además, *Engisch* también adoptó y desarrolló el requisito de la realización del peligro en el resultado⁷¹⁴, incorporado con posterioridad por *Roxin*⁷¹⁵. Por estas razones, la obra de *Engisch* es significativa en el conjunto de contribuciones que finalmente van a otorgar la configuración de la teoría de la imputación objetiva⁷¹⁶ de la manera propuesta por *Roxin* en 1970⁷¹⁷. Especialmente debido a su carácter normativo esta teoría ampliamente difundida en la actualidad se compagina sin fricciones con la imprudencia inconsciente, toda vez que cuanto más se desarrolla el proceso de normativización de la imputación, menos se la comprende como algo dependiente de la constatación de un determinado estado mental empíricamente comprobable.

III.2. *Welzel* y el finalismo.

A. Finalismo e imprudencia.

Exner y *Engisch* ya habían definido la infracción del deber objetivo de cuidado como elemento del injusto, paso importante para el desplazamiento de la imprudencia de la culpabilidad a la tipicidad⁷¹⁸. Pero estos autores todavía defendían que dolo e imprudencia eran formas de culpabilidad. En el desarrollo de la imputación subjetiva, surgieron en seguida las contribuciones de *Helmuth von*

de causalidad estará comprendida en el tipo de los delitos de acción culposos” (CEREZO MIR, *Delitos de acción culposos*, p. 479).

⁷¹³ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 60. FRISCH, *Objektive Zurechnung des Erfolges*, p. 22. ROXIN, *Strafrecht*, p. 370.

⁷¹⁴ SCHROEDER, *Der Blitz als Mordinstrument*, p. 51: *Engisch* adoptó y desarrolló el criterio propuesto por *Max Ludwig Müller*, en “Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges in Straf- und Schadensersatzrecht”, Tübingen, 1912. Así también, *Voßgätter*: “Bei *Engisch* wird erstmals die Charakterisierung des Zusammenhangs zwischen der Setzung des Risikos durch den Täter und dessen Erfolgsverwirklichung in den Vodergrund gerückt” (VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 85).

⁷¹⁵ ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigem Delikten*, pp. 411-444, en que propone el principio del incremento del riesgo. SCHROEDER, *Der Blitz als Mordinstrument*, p. 52.

⁷¹⁶ SCHROEDER, *Der Blitz als Mordinstrument*, pp. 67-68; SCHÜNEMANN, *La teoría de la imputación objetiva*, p. 383. En ese sentido, *Voßgätter* afirma que “In dem Ansatz *Roxins* von der objektiven Zurechnung werden also die ursprünglichen normativierenden Ansätze *Honigs* und *Engischs* miteinander verknüpft” (VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 86, nota a pie de página 443).

⁷¹⁷ El texto se refiere al artículo de *Roxin* “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, publicado en *Festschrift für Richard M. Honig, zum 80. Geburtstag*, 1970.

⁷¹⁸ JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 128.

Weber (1935) y Graf zu Dohna (1936)⁷¹⁹. Para el primero, lo que *prohibe* la norma en los casos de dolo no es sencillamente una conducta causal para el resultado, sino ya un comportamiento dirigido al resultado, razón por la cual el dolo debería pertenecer al injusto⁷²⁰. De acuerdo con *von Weber*, la consecuencia de esto es que la culpabilidad, sin el dolo como su elemento, consistiría ahora en el reproche por el comportamiento contrario a la norma⁷²¹, de lo que resulta la comprensión de la antijuridicidad como deber y la culpabilidad como poder⁷²². En lo que atañe a la imprudencia, *von Weber* tenía una postura coincidente con la de *Engisch* y afirmaba que la antijuridicidad estaría caracterizada por la infracción del deber de cuidado, mientras la culpabilidad por el poder individual de cumplir con el cuidado debido⁷²³.

Graf zu Dohna, con una nueva concepción del delito en comparación con sus obras más antiguas en las que dolo e imprudencia se consideraban formas de culpabilidad, pone ahora el acento en el dolo como objeto de la valoración que se hace en el momento de la culpabilidad. Según este autor, el dolo como algo a valorar no puede integrar el propio juicio de valoración realizado en la culpabilidad⁷²⁴. La conclusión a la que llega *Dohna* en este momento es que no habría otra alternativa coherente a la conclusión de que el dolo no pertenece a la culpabilidad, sino al tipo subjetivo⁷²⁵. En la imprudencia, la valoración incidiría sobre el error acerca de las circunstancias del tipo, es decir, sobre la falta del dolo⁷²⁶. Si en el dolo la argumentación de *Dohna* es más consecuente a partir de la distinción entre objeto de la valoración y valoración del objeto, el autor revela todavía una dificultad a la hora de sistematizar la imprudencia y ubicarla en el injusto, por lo que su obra se muestra en este punto menos desarrollada que las investigaciones de *Engisch*⁷²⁷.

⁷¹⁹ Córdoba Roda cita otros autores cuyas obras también se referían al dolo como elemento del injusto o de la acción antes de *Welzel* (CÓRDOBA RODA, *Nueva Concepción*, p. 45), pero la doctrina en general destaca las obras de *von Weber* y *Graf zu Dohna* como principales precedentes de la estructura de la teoría del delito del finalismo.

⁷²⁰ "... auch das vorsätzliche Handeln ist rechtswidriges Handeln" (VON WEBER, *Zum Aufbau*, p. 11). CÓRDOBA RODA, *Nueva Concepción*, p. 43.

⁷²¹ CÓRDOBA RODA, *Nueva Concepción*, p. 44.

⁷²² "Die Schuld betrifft das Können, die Rechtswidrigkeit das Sollen. An Stelle des Gegensatzes: objektiv/subjektiv tritt der von Sollen und Können" (VON WEBER, *Zum Aufbau*, p. 11).

⁷²³ "Im Hinblick auf unserer Unterscheidung ist daher die Fahrlässigkeit ein komplexer Begriff, dessen normatives Element in das Gebiet der Rechtswidrigkeit fällt, während das Können eine Schuldfrage ist... Hier interessiert zunächst das normative Element der Fahrlässigkeit. Im Hinblick auf die Möglichkeit des Eintritts eines bestimmten Erfolges erfordert die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ein bestimmtes Verhalten. Wird die Sorgfalt beachtet, so ist das Verhalten selbst dann nicht rechtswidrig, wenn es den Erfolg verursacht... Insoweit bestimmt also die Fahrlässigkeit die Rechtswidrigkeit. Aber sie erschöpft sich nicht darin. Ob bei Bajhung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Täter auch fähig war, den Erfolg zu vermeiden, ist eine Frage des Könnens, die in den Rahmen der Schuld gehört." (VON WEBER, *Zum Aufbau*, pp. 15-16).

⁷²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, p. 28. De acuerdo con *Dohna*, "Das Wesen der Schuld liegt in der Wertung des subjektiven wie das Wesen der Rechtswidrigkeit in der Wertung des objektiven Tatbestandes" (GRAF ZU DOHNA, *Aufbau*, p. 23).

⁷²⁵ CÓRDOBA RODA, *Nueva Concepción*, p. 44.

⁷²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, p. 28.

⁷²⁷ La misma opinión se ve en BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, p. 29.

La doctrina de *Hans Welzel* sigue la línea iniciada por estos penalistas, pues la principal característica de su sistema reside en la ubicación del dolo y de la imprudencia en el injusto. Sin embargo, *Welzel* se basa en premisas metodológicas originales para el Derecho Penal, por lo que se ha afirmado que su principal contribución no sucedió propiamente en la teoría del delito, sino más bien en el plano metodológico⁷²⁸. De acuerdo con la teoría causal de la acción, mayoritaria antes de *Welzel*, el injusto se configuraría de un modo objetivo, como la provocación de un resultado, mientras el aspecto subjetivo del delito estaría en la culpabilidad. Pero con esta comprensión de la estructura de la acción, el dolo no podría integrar el injusto sin contradicciones⁷²⁹. Ante este contexto, *Welzel* propone una descripción diversa del concepto de acción, anclada no ya en la causalidad, sino en la finalidad. En el *Studien zum Systems des Strafrechts* (1939), considerada la primera exposición de la doctrina finalista de modo completo⁷³⁰, *Welzel* afirmaba que la acción es la actividad humana final, que busca realizar propósitos, es decir, se trata de utilizar los factores causales del mundo exterior como medios para llegar a un determinado resultado como meta⁷³¹.

En sus trabajos siguientes sobre la teoría finalista, *Welzel* insiste, desde la perspectiva ontológica, que la acción se caracteriza como un “acontecer final”, puesto que el hombre, a partir de sus conocimientos sobre la causalidad, está preparado para prever dentro de ciertos límites las consecuencias de una actividad y por esta razón es capaz de planear el futuro y actuar con el propósito de lograr una meta⁷³². Para *Welzel*, la finalidad es un concepto ontológico, que no puede ser inventado por ninguna teoría, sino que debe ser constatado, dado que se trata de una ley estructural concreta del ser⁷³³. Los elementos ontológicos como tales no pueden ser modificados por el ordenamiento, pues constituyen la base de la valoración jurídica y por ello solo pueden ser reflejados por la ley⁷³⁴. La consecuencia es que la estructura final de la acción como categoría ontológica sería vinculante para el legislador, tendría una “función antipositivista”⁷³⁵. En otras palabras, para este autor las normas jurídico-penales deben configurarse, ineludiblemente, de acuerdo con la esencia finalista de la acción,

⁷²⁸ CORDOBA RODA, *Nueva Concepción*, p. 46.

⁷²⁹ Como explicaba *Gallas*, para el concepto natural de acción anterior a *Welzel* no importa el contenido de la voluntad, la meta perseguida por el agente: “Freilich komme es für das Vorliegen einer Handlung in diesem Sinne nicht darauf an, welches Ziel der Handelnde sich gesetzt, es genüge, daß er irgendeinen Zweck verfolgt...” (*GALLAS, Zum gegenwärtigen Stand*, p. 23).

⁷³⁰ CORDOBA RODA, *Nueva Concepción*, p. 46.

⁷³¹ “Handeln in engsten und strengsten Sinne ist die menschliche Zwecktätigkeit. Zwecke zu verwirklichen, d. h. Ursachfaktoren der äußeren Welt zu Mitteln zu machen, die einen bestimmten Erfolg als Ziel verwirklichen, — das ist die wesentlichste Besonderheit menschlichen Handelns, wodurch es sich über jeden 'bloßen' kausal Verlauf prinzipiell erhebt” (*WELZEL, Studien zum Systems des Strafrechts*, p. 502).

⁷³² *WELZEL, Derecho Penal*, p. 39; *Nuevo Sistema*, p. 41.

⁷³³ *WELZEL, Handlungslehre*, p. 7.

⁷³⁴ *WELZEL, Nuevo Sistema*, pp. 30-32.

⁷³⁵ “Der strafrechtliche Handlungsbegriff erfüllt demnach neben der antikausalen auch eine antipositivistischen Funktion” (*ROXIN, Kritik*, p. 535). Así también *HÜBNER, “Die Entwicklung der objektiven Zurechnung”*, p. 83.

pues las prohibiciones o mandatos no podrían tener como objeto meros procesos causales, sino conductas humanas capaces de conformar el futuro⁷³⁶.

A partir de la explicación de la acción humana del finalismo, es posible comprender como consecuencia natural de las premisas adoptadas que el dolo integre la acción y, por tanto, que deje de pertenecer a la culpabilidad como pretendía la doctrina anterior y pase a ser tratado como elemento del tipo⁷³⁷. Pero si la estructura finalista de la acción es compatible con las acciones dolosas, surgen dificultades a la hora de explicar las conductas imprudentes bajo la misma perspectiva⁷³⁸. En la imprudencia, el resultado típico no es la consecuencia final de un comportamiento dirigido a esa meta⁷³⁹, ni tampoco el fin perseguido por el agente es objeto de una prohibición o mandato penal. Las dificultades que la incorporación del contenido de la voluntad en el concepto de acción conllevarían en el ámbito de la imprudencia ya habían sido previstas por *Beling*, quien afirmó en su momento que “si el sentido de la voluntad concreto, el complemento de la voluntad con un determinado contenido, fuera un elemento del concepto de acción, ello implicaría la imposición de negar la acción en los hechos imprudentes”⁷⁴⁰. Por estas razones, la dogmática de la imprudencia fue el principal campo de batalla de la doctrina finalista contra sus detractores⁷⁴¹ y en la que se produjeron cambios significativos para intentar salvar el finalismo de sus contradicciones.

La configuración de la imprudencia en la obra del fundador del finalismo puede dividirse en dos momentos distintos⁷⁴². En una primera fase, *Welzel* admite que la acción imprudente no es actualmente final y que se trata tan solo de un evento causal, pero afirma que se distingue de un mero evento de la naturaleza por el hecho de que podría haber sido evitado por medio del empleo potencial de la finalidad⁷⁴³. En esta etapa, *Welzel* sostiene que no hay tan solo una modalidad de acción, sino que existen acciones dolosas y acciones imprudentes⁷⁴⁴: las primeras serían siempre finales, mientras

⁷³⁶ WELZEL, *Nuevo Sistema*, pp. 32 y 47.

⁷³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, p. 34.

⁷³⁸ Como informaba *Rodríguez Muñoz* ya en 1953 respecto a la imprudencia y el finalismo, “no hay que olvidar que precisamente la configuración de estos delitos ha representado el más grave escollo con que ha tropezado la doctrina de la acción finalista” (RODRIGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, p. 210).

⁷³⁹ HOLL, *Entwicklung*, p. 125.

⁷⁴⁰ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 11-12: “Kein fahrlässig Handelnder will den rechtlich relevanten Erfolg. Wäre also die konkrete Richtung des Willens, die Ausfüllung des Willens mit einem bestimmten Inhalt, ein Element des Handlungsbegriffs, so müsste man in der fahrlässigen Tat überhaupt die Handlung leugnen”

⁷⁴¹ WELZEL, *Handlungslehre*, p. 17; *Nuevo Sistema*, p. 37; BERISTAIN, *Objetivación y Finalismo*, p. 103; FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 71.

⁷⁴² Sobre ello, con detalles, BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, pp. 35-47.

⁷⁴³ WELZEL, *Handlungslehre*, p. 17; *Das deutsche Strafrecht*, p. 23.

⁷⁴⁴ WELZEL, *Handlungslehre*, p. 22; *Das deutsche Strafrecht*, p. 23: “Die fahrlässige Handlung ist eine völlig eigenständige Handlungsform neben der vorsätzlichen Handlung”.

las segundas serían meramente causales⁷⁴⁵. De esa distinción extrae *Welzel* la consecuencia de que el dolo no pertenecería a la culpabilidad sino a la acción y al tipo, pero lo mismo no sucedería con la imprudencia. En el ámbito imprudente no sería posible separar la antijuridicidad de la culpabilidad: “solamente la acción culpable es típica”⁷⁴⁶. Lo que se constata a partir de esta estructuración sistemática es que no hay nada excesivamente original: la ubicación del dolo en el tipo ya había sido propuesta por *von Weber* y *Graf zu Dohna* y la descripción de la imprudencia acudiéndose tanto al injusto como a la culpabilidad ya había sido formulada por *von Weber*⁷⁴⁷ y *Engisch*⁷⁴⁸.

La segunda fase de concepción finalista de la acción se desarrolla a partir de críticas dirigidas a *Welzel*, principalmente a partir de *Niese*, su discípulo y también finalista. Para *Niese*, la finalidad es una categoría ontológica que existe o no existe y la causalidad y la finalidad tienen en común el hecho de que o están presentes o no están. De la misma manera que no se podría hablar de una causalidad potencial, lo que sería un mero peligro, pero no causalidad, finalidad potencial tampoco sería finalidad⁷⁴⁹. Si la característica básica de las acciones imprudentes fuera el concurso de una finalidad tan solo potencial, sería necesario reconocer el fracaso de la doctrina finalista, que debería admitir que la finalidad no es un elemento esencial del comportamiento humano⁷⁵⁰. Sin embargo, *Niese* sostiene, en una postura contrastante con la de *Welzel* y de los críticos del finalismo, que todas acciones son finales y lo que caracterizaría los comportamientos imprudentes y los distinguiría de los dolosos no sería la ausencia de finalidad, sino la circunstancia de que la finalidad estaría dirigida a un resultado diverso del previsto en el tipo penal⁷⁵¹.

Niese afirma que los tipos imprudentes prevén la causación de un resultado jurídicamente desaprobado por medio de una acción cuya finalidad no es desaprobada⁷⁵². Es decir, los delitos imprudentes también serían cometidos por medio de acciones finales pero que no se dirigen a la realización del tipo⁷⁵³. En el ámbito de la imprudencia, la antijuridicidad se centraría en el desvalor de la acción – que no coincide con la finalidad penalmente relevante, como sucede en los delitos dolosos – sino en la infracción del deber objetivo de cuidado⁷⁵⁴. Con ello llega *Niese* a una conclusión

⁷⁴⁵ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 85: “Die vorsätzlichen Verbrechen sind finale Willensverwirklichungen. Das reale Geschehen ist bei ihnen vom zwecktätigen Willen beherrscht und gelenkt. Fahrlässige Handlungen dagegen enthalten objektiv bloße Verursachungen, deren Anstoß von einem Willensakt ausgeht. Die Erfolgsherbeiführung ist vom Willen nicht zweckhaft gesetzt, sondern tritt als blinde Folge im Zusammenhang mit einem Willensakt ein”.

⁷⁴⁶ WELZEL, *Handlungslehre*, p. 22.

⁷⁴⁷ VON WEBER, *Zum Aufbau*, pp. 15-16.

⁷⁴⁸ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 349-350, 365.

⁷⁴⁹ NIESE, *Finalität*, p. 43.

⁷⁵⁰ NIESE, *Finalität*, p. 52.

⁷⁵¹ NIESE, *Finalität*, p. 53, 58-59.

⁷⁵² NIESE, *Finalität*, p. 58.

⁷⁵³ NIESE, *Finalität*, pp. 58-59.

⁷⁵⁴ NIESE, *Finalität*, p. 63.

diferente en comparación con la de *Welzel*: en la imprudencia sería posible separar el injusto de la culpabilidad. El injusto de los delitos imprudentes se caracterizaría por la lesión del deber objetivo de cuidado (*deber*), mientras en la culpabilidad serían consideradas las aptitudes personales y las circunstancias eventualmente indicativas de ausencia de capacidad de cumplir con el deber de cuidado (*poder*)⁷⁵⁵. En definitiva, la consecuencia más significativa es de carácter sistemático⁷⁵⁶ con la concepción de la imprudencia también como elemento de la tipicidad al lado del dolo.

Si bien el propósito de *Niese* fue aportar coherencia sistemática a la teoría finalista de la acción en cuanto a los delitos imprudentes, tampoco su formulación quedó indemne frente a críticas sustanciales. Lo que se objetó a *Niese*, con razón, es que aunque conciba toda acción como final, en realidad en los delitos imprudentes la finalidad no juega ningún papel en la fundamentación del injusto⁷⁵⁷. Partiendo de la premisa de que en la imprudencia la finalidad se dirige hacia algo jurídico-penalmente irrelevante, *Niese* tendría que admitir también la irrelevancia de la finalidad como elemento ontológico de base para la valoración penal. Como resume *Jakobs*, la referencia a la finalidad no tiene ninguna función en la configuración de la imprudencia en la obra de *Niese*⁷⁵⁸.

Para superar las dificultades vinculadas a las concepciones de “finalidad potencial” y de “finalidad real irrelevante” en los delitos imprudentes, *Welzel* promueve cambios en su teoría. El padre del finalismo destaca ahora que la esencia del injusto en la imprudencia consistiría en la forma de ejecución de la acción, la observancia del cuidado necesario en el tráfico, y no en el resultado⁷⁵⁹. El cuidado necesario en el tráfico constituiría la medida mínima de dirección final exigida por el ordenamiento jurídico y no aplicada en los casos de delitos imprudentes⁷⁶⁰. De acuerdo con este razonamiento, cuando el agente busca una meta, elige de acuerdo con esta finalidad los medios necesarios para su consecución⁷⁶¹. En esta selección de los medios y en su utilización para lograr la meta, el agente tiene el deber de observar el cuidado necesario en el tráfico⁷⁶². En oposición a la doctrina causal de la acción, que en la imprudencia solo tenía en cuenta la causación de un resultado, *Welzel* señala que lo relevante para la doctrina final es el desvalor de la acción⁷⁶³, la disconformidad

⁷⁵⁵ NIESE, *Finalität*, p. 63. Esta distribución de los elementos de la imprudencia entre el injusto y la culpabilidad coincide con las ya citadas propuestas de *Engisch* (ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 349-350, 365) y *von Weber* (VON WEBER, *Zum Aufbau*, pp. 15-16).

⁷⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, pp. 41-42.

⁷⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa*, p. 43; HOLL, *Entwicklung*, p. 129; FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 79.

⁷⁵⁸ JAKOBS, *Studien*, p. 72.

⁷⁵⁹ WELZEL, *Nuevo Sistema*, p. 35; *La doctrina de la acción finalista, hoy*, pp. 226-227.

⁷⁶⁰ WELZEL, *Nuevo Sistema*, p. 48.

⁷⁶¹ WELZEL, *Nuevo Sistema*, p. 111.

⁷⁶² WELZEL, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, p. 228.

⁷⁶³ WELZEL, *Verkehrsdelikte*, p. 11.

entre la acción ejecutada y la que atendería al cuidado necesario en el tráfico⁷⁶⁴. La consecuencia sistemática es que la acción está situada en el punto central de la tipicidad⁷⁶⁵ y la falta del cuidado debido que caracteriza a la acción imprudente pasaría a integrar el injusto, al contrario de lo que sostenían los causalistas⁷⁶⁶⁷⁶⁷.

B. Crítica a la concepción finalista de la imprudencia

A pesar de los esfuerzos y cambios de *Welzel*, uno de los principales puntos débiles de la teoría finalista de la acción siempre ha sido la fundamentación de los delitos imprudentes. Desde los opositores al finalismo, *Nowakowski* llega a admitir que la acción en la imprudencia es también final, puesto que el agente tenía de hecho *algún* propósito cuando actuaba. Sin embargo, añade que para la observación normativa del Derecho la meta del agente no tiene ninguna importancia en este ámbito de imputación. Lo relevante es lo que queda cuando se abstrae el contenido concreto de la finalidad: la misma voluntariedad que caracteriza la acción de acuerdo con los causalistas⁷⁶⁸. *Nowakowski* señala correctamente que tampoco la referencia a finalidad en el acto de elegir a los medios que producirán el resultado sería capaz de salvar la concepción finalista de la imprudencia. Especialmente en la imprudencia inconsciente el agente no concibe su acción como un medio para la producción de un resultado lesivo, por lo que la finalidad real de la elección de los medios no tiene ninguna relevancia jurídica y volvemos a la mera voluntariedad del acto⁷⁶⁹.

⁷⁶⁴ WELZEL, *Nuevo Sistema*, pp. 111 y 119.

⁷⁶⁵ WELZEL, *Verkehrsdelikte*, p. 11.

⁷⁶⁶ WELZEL, *Nuevo Sistema*, p. 119; *La doctrina de la acción finalista, hoy*, p. 228.

⁷⁶⁷ Entre las dos posturas aludidas en el texto, *Welzel* llegó a adoptar una intermedia en que hablaba de “la falta de una acción finalista real, de acuerdo con la dirección finalista impuesta”, con lo cual “el disvalor de la acción de los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos”. En este momento, si bien *Welzel* no se refería directamente a la relevancia de la acción final de elección de los medios como forma de abarcar dolo e imprudencia en el concepto de acción, ya distinguía la antijuridicidad, como “no observancia del deber objetivo de diligencia”, del reproche personal en la culpabilidad por la posibilidad de evitar la lesión de este deber de cuidado (WELZEL, *Derecho Penal*, pp. 135-138). Sin embargo, en la misma obra *Welzel* se muestra todavía vacilante sobre la separación de injusto y culpabilidad en la imprudencia cuando afirma que “la culpa contiene, en caso de que se la tome como concepto unitario, necesariamente, un elemento de culpabilidad” (WELZEL, *Derecho Penal*, p. 146).

⁷⁶⁸ NOWAKOWSKI, *Fahrlässigkeit*, p. 336.

⁷⁶⁹ NOWAKOWSKI, *Fahrlässigkeit*, pp. 338, 388. En la doctrina actual la crítica se repite. Para *Jakobs*, la solución del finalismo para fundamentar la imprudencia “... no puede satisfacer, ya que en ella el contenido de lo querido se halla desvinculado del tipo, e incluso es extratípico. En esa medida se trata, pues, de un acto voluntario en el sentido de la doctrina causal de la acción, con una denominación superflua del contenido de aquella voluntad que es precisamente jurídicamente irrelevante en cuanto a su contenido”. (JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 166). Y *Roxin* afirma de forma tajante que “toda tentativa de explicar o tipo penal dos delitos culposos pelo finalismo fracassou” (ROXIN, *Finalismo*, p. 126 – traducción al portugués del artículo “Vorzüge und Defizit des Finalismus. Eine Bilanz”). En el mismo sentido, *Mikus*: “Doch hat die finale Handlungslehre das Phänomen der unbewußten Fahrlässigkeit bislang nicht zu erklären gewußt” (MIKUS, *Die Verhaltensnorm*, p. 170).

Arthur Kaufmann subrayó la debilidad del finalismo en lo que atañe a los delitos imprudentes de forma incisiva: siempre han buscado sin éxito la finalidad, el dolo, en la imprudencia⁷⁷⁰. De acuerdo con este autor, ahora no se trata ya de “cazar el dolo en la imprudencia”, como en la conocida crítica de *Binding* a sus contemporáneos, sino en la “cazar la finalidad en la imprudencia”⁷⁷¹. El problema es semejante al enfrentado por penalistas del siglo anterior. La dificultad de los *hegelianos* para compatibilizar voluntad y desconocimiento es similar a la dificultad de los finalistas para conciliar finalidad y desconocimiento⁷⁷². *Struensee* intenta, una vez más, salvar al finalismo de las objeciones en el ámbito de la imprudencia con la argumentación de que el agente conoce una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado acaecido⁷⁷³. Con esta explicación se aproximan las construcciones de los hegelianos y de los finalistas en la imprudencia, que buscan de manera parecida centrarse en la voluntad o finalidad relacionadas con una mera condición de un resultado⁷⁷⁴⁷⁷⁵. Este parentesco en la fundamentación permite que la crítica sea común a las dos corrientes metodológicas, puesto que en la imprudencia el que quiere una condición del resultado lesivo no la identifica como tal y, de forma análoga, la finalidad que impulsa la ejecución de una acción que luego se releva lesiva no se dirige a esta lesión. Además, la imprudencia puede también caracterizarse por la falta de conocimiento de los hechos constitutivos del riesgo, como sucede en los casos en que el agente está sumido en pensamientos o en las situaciones de olvido⁷⁷⁶.

De lo anterior resulta que la finalidad en los delitos imprudentes no puede fundamentar la contrariedad a Derecho, dado que la meta perseguida por la acción del agente, el contenido de la voluntad, es irrelevante y no es objeto de prohibición⁷⁷⁷. Es cierto que inicialmente la doctrina de *Welzel* pretendía configurar la acción con base en su *sentido social*⁷⁷⁸, pero el penalista luego cambió

⁷⁷⁰ ARTHUR KAUFMANN, *Einleitung*, p. IX.

⁷⁷¹ ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, p. 166: “Und aus der 'Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit' ist so eine 'Jagd nach der Finalität' in der Fahrlässigkeit geworden”.

⁷⁷² ARTHUR KAUFMANN, *Einleitung*, p. IX; HOLL, *Entwicklung*, p. 125; SCHLÜCHTER, *Grenzen*, p. 49.

⁷⁷³ STRUENSEE, *Der subjektiv Tatbestand*, p. 60. De forma parecida, *Zielinski* afirma que el componente de la imprudencia (inconsciente) “sin que” (“Ohne-zu-Komponente”) no hace parte de la descripción del comportamiento, es decir, en el actuar *sin que* una determinada medida de seguridad sea observada, la adopción de la medida de cautela no haría parte de la descripción del comportamiento que debe ser abarcado por la finalidad (*ZIELINSKI, Handlungs- und Erfolgswert*, pp. 174-177).

⁷⁷⁴ También *Córdoba Roda* señala la afinidad del finalismo con “la idea de los hegelianos de que la única culpabilidad penal es la intencional y de que en la culpa el sujeto no ha querido el resultado pero sí su posibilidad real” (*CÓRDOBA RODA, Una nueva concepción*, p. 41).

⁷⁷⁵ La concepción de *Armin Kaufmann* es semejante, al centrarse en la voluntad del hecho constitutivo de la infracción del cuidado debido y por ello someterse a las mismas críticas. Para este penalista, el contenido de la voluntad es jurídicamente relevante pues solo es posible decidir sobre la infracción del deber de cuidado si sabemos lo que querría el agente (*ARMIN KAUFMANN, Das fahrlässige Delikt*, p. 46). Sin embargo, en los casos de olvido o en los de ausencia de adopción de una medida activa de cautela para evitar el resultado lesivo, lo que querría el agente es irrelevante para la determinar la infracción del cuidado debido.

⁷⁷⁶ ROXIN, *Derecho Penal*, pp. 242, 1022.

⁷⁷⁷ WOLFF, *Handlungsbegriff*, p. 14; ROXIN, *Derecho Penal*, p. 241.

⁷⁷⁸ “Es gibt überhaupt keine Wissenschaft und erst recht keine Naturwissenschaft, die sich mit der Handlung so, wie sie im Strafrecht akute wird, nämlich als sinnvolles, sozialetisch relevantes Phänomen beschäftigt” (*WELZEL, Studien*, p.

de rumbo para sostener que la actuación relevante para el Derecho Penal coincidiría con la *actividad humana orientada a sus fines*. Esta última perspectiva tiene más bien un *sentido individual*⁷⁷⁹, pues lo que importaría es lo que persigue el agente concreto con su acción concreta. Esta contraposición entre el concepto finalista de acción de *Welzel* y su idea general acerca de la necesidad de buscar el contenido social de la acción paga su precio en el ámbito de los comportamientos imprudentes, puesto que lo importante para la caracterización de la acción prohibida en la imprudencia no es el contenido subjetivo individual de la voluntad – toda vez que el agente no tiene como finalidad el resultado lesivo –, sino la interpretación social del sentido del comportamiento⁷⁸⁰.

Aunque no lo admita, el propio *Welzel* parece reconocer la falta de rendimiento de su concepto ontológico de acción cuando en los orígenes de la teoría finalista comprende como atípicos los comportamientos socialmente adecuados⁷⁸¹. En el artículo inaugural del finalismo (“Studien zum System des Strafrechts”)⁷⁸², *Welzel* separa el sentido individual de la acción, determinado por su estructura ontológica, del sentido social, que da entrada a la apreciación normativa de la acción como elemento valorativo externo⁷⁸³. Sin embargo, el papel inicial de la adecuación social como elemento normativo de los tipos en general, dolosos e imprudentes, retrocede en el desarrollo posterior de la doctrina de *Welzel* y pierde importancia en favor del fortalecimiento de la concepción ontológica de la acción como esencial para la comprensión del injusto⁷⁸⁴. Este cambio de dirección se expresa en las palabras de *Cancio Meliá*, cuando afirma que “fue solo en un momento posterior cuando la rama 'finalista' del árbol de la dogmática de *Welzel* asfixió a su hermana normativa”⁷⁸⁵.

495); “...so wollen wir auch hieraus zunächst nur ein Teilstück behandeln, das allerdings für die Verbrechenslehre von zentraler Bedeutung ist, eben die Handlung als soziales Phänomen” (WELZEL, *Studien*, p. 497).

⁷⁷⁹ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 75.

⁷⁸⁰ MAIHOFER, *Fahrlässigkeit*, p. 168.

⁷⁸¹ WELZEL, *Studien*, pp. 516-520. De la misma opinión, *Jakobs*: “*Welzel* tenía muy poco de 'auxiliar del Derecho' y mucho de científico como para no percibir que su concepto de acción era deficiente, ya que no aportaba nada esencial a la comprensión del fenómeno *social* del actuar. El concepto es formal e individualista, y el sentido mediado socialmente brilla solo en forma transitoria, para dar paso a la persecución de fines individuales. Para establecer una vinculación al menos parcial con la sociedad, *Welzel* saca todas las acciones socialmente adecuadas del ámbito del tipo” (JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 80).

⁷⁸² CÓRDOBA RODA, *Nueva Concepción*, p. 46.

⁷⁸³ CANCIO MELIÁ, *Adecuación social*, pp. 38-39.

⁷⁸⁴ CANCIO MELIÁ, *Adecuación social*, pp. 52-53. En el mismo sentido: JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 81, nota a pie de página 133). Este cambio justifica la crítica de *Sinn*: “Was *Welzels* theoretischen Ansatz so reizvoll macht, ist die *Sachgebundenheit* der Argumentation und die Verbindung des Handlungsbegriffs zum Initiator des Verbrechens. Was jedoch fehlt, ist die *Eigenbundenheit* menschlicher Handlungen in die Gesellschaft, also die gesellschaftliche Determination des Einzelnen” (SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, p. 264).

⁷⁸⁵ CANCIO MELIÁ, *Adecuación social*, p. 53. Asimismo, SCHÜNEMANN, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 384-385; y ROXIN, *Finalismo*, pp. 117-119 (traducción al portugués del artículo “Vorzüge und Defizite des Finalismus. Eine Bilanz”).

Con la preponderancia del elemento ontológico, la adecuación social se convierte al final en un mero recurso de interpretación de los tipos⁷⁸⁶. La teoría finalista se centra de forma creciente en el carácter final de la acción y la búsqueda del sentido normativo-social del injusto con carácter general para los delitos dolosos e imprudentes, queda relegada a un plano menos importante. Esta ausencia de una perspectiva valorativa más relevante explica no solo muchas de las críticas contra la teoría finalista⁷⁸⁷, sino también la razón de su superación por las teorías normativas. En las construcciones posteriores de la dogmática penal, ocupa un papel destacado la denominada teoría de la imputación objetiva, que tiene afinidad con la teoría de la adecuación social en su configuración original⁷⁸⁸. Esto significa que en la propia obra de *Welzel* estaban presentes las semillas para la evolución posterior del Derecho Penal, lo que sin embargo no se confirmó en el desarrollo de la producción científica de este autor, que tomó otra dirección⁷⁸⁹. Después del abandono de la adecuación social como elemento sistemático general, la investigación acerca del carácter normativo-social de la conducta en el finalismo se restringió a los delitos imprudentes, bajo el instituto del deber objetivo de cuidado⁷⁹⁰.

Acercas de los delitos imprudentes en particular, una exposición de *Welzel* sobre los criterios normativos de imputación se encuentra en el artículo “*Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*”, donde el fundador del finalismo da continuidad a la discusión acerca del proceso de determinación del deber de cuidado presente en la doctrina anterior sobre la imprudencia. A pesar de la obstinada defensa de *Welzel* de la supuesta relevancia del carácter final también de las acciones imprudentes, lo que se destaca en su obra en relación a este ámbito de imputación es más bien el proseguimiento de la investigación dirigida a establecer un método basado en parámetros valorativos para identificar la conducta imprudente. En resumen, dado que la categoría ontológica de la finalidad no puede servir de base de fundamentación para el injusto en los delitos *no* dolosos y no auxilia para nada en la determinación del comportamiento imprudente – ello es aún más evidente en la imprudencia inconsciente⁷⁹¹ –, lo que queda para caracterizar la imprudencia en la doctrina finalista es también un elemento de naturaleza normativa: la infracción del cuidado debido⁷⁹².

⁷⁸⁶ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (1989), p. 58: “Die soziale Adäquanz ist ein allgemeines Auslegungsprinzip”. Sobre ello, CANCIO MELIÁ, *Adecuación social*, p. 21.

⁷⁸⁷ *Kawaguchi* critica el cambio de opinión y el consecuente alejamiento de la perspectiva social-normativa en la doctrina de la imprudencia de *Welzel* (KAWAGUCHI, *Anmerkung zu Wetzels Fahrlässigkeitslehre*, pp. 112-114).

⁷⁸⁸ JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*, p. 61; CANCIO MELIÁ, *Adecuación social*, p. 69. Así también, *Schünemann*: “Como *Welzel* extendió expresamente esa limitación tanto a los delitos dolosos como a los culposos, el criterio de la adecuación social tuvo en esta temprana fase del finalismo aproximadamente la misma función que hoy ha adquirido la teoría de la imputación objetiva, que es aplicada al delito doloso del mismo modo que al delito culposo” (SCHÜNEMANN, *La teoría de la imputación objetiva*, p. 384).

⁷⁸⁹ Para *Jakobs*, “si *Welzel* hubiese integrado su teoría de la adecuación social en la teoría de la acción, habría superado medio siglo de evolución” (JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*, p. 62).

⁷⁹⁰ CANCIO MELIÁ, *Adecuación social*, p. 70.

⁷⁹¹ JAKOBS *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 77.

⁷⁹² ROXIN, *Kritik*, p. 529.

CONCLUSIÓN DE LA PARTE PRIMERA

En las propuestas para fundamentar la imprudencia inconsciente desde el inicio del siglo XIX hasta el finalismo, predominan las tendencias a acercar este ámbito de imputación al dolo, que sería el elemento fundamental en la imputación subjetiva. Sin embargo, debido a que estos intentos no alcanzan éxito desde las perspectivas psicológicas adoptadas, la fundamentación de los delitos imprudentes acaba siempre en consideraciones normativas que no se dirigen a la determinación de un estado mental, sino que configuran la esencia de la imputación *no* dolosa desde puntos de vista valorativos. Ejemplo de ello es la doctrina de *Binding*, que a pesar de hablar de voluntad inconsciente, constructo que no ayuda en absoluto a la fundamentación de la imprudencia, trabaja con criterios de imputación capaces de auxiliar al juez a la hora de determinar el comportamiento imprudente, con consideraciones que pueden aprovecharse hasta hoy.

Es cierto que a partir del *neokantismo* la fundamentación normativa de los delitos imprudentes pudo desarrollarse de forma explícita, pero siguieron los intentos paralelos de asentar la imprudencia también desde lo psicológico, como los de *Exner* y *Engisch*, que pusieron el énfasis en el sentimiento como un punto de apoyo mental-emocional como base de la imprudencia. Sobre la doctrina de estos autores es posible afirmar que sin tener en cuenta las explicaciones relacionadas con el supuesto elemento psíquico o emocional en los autores imprudentes – consideraciones que merecen ser dejadas de lado –, *Exner* y *Engisch* están entre los juristas que han contribuido de forma decisiva a la elaboración de criterios concretos para determinar la conducta imprudente en el ámbito penal. Todavía desde el *neokantismo*, *Max Ernst Mayer* conceptúa la imprudencia directamente como contrariedad a deber y atribuye correctamente al dolo y la imprudencia la cualidad de conceptos técnico-jurídicos⁷⁹³. Sin embargo, este autor tampoco renuncia a la configuración psicológica de las formas de culpabilidad y se limita a aceptar ciertos filtros jurídicos para elegir los criterios psicológicos⁷⁹⁴ con la finalidad de preservar la idea de la culpabilidad de la voluntad⁷⁹⁵.

⁷⁹³ M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 139.

⁷⁹⁴ M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 140.

⁷⁹⁵ Aunque el *neokantismo* implicó un avance en la dogmática jurídica, con la producción de reformas valorativas en las distintas categorías del delito (SILVA SÁNCHEZ *Aproximación*, pp. 56-57) orientadas a buscar mejores soluciones en los casos concretos (SCHÜNEMANN, *Razonamiento Sistemático*, p. 49), lo cierto es que no tardaron a hacerse evidentes las contradicciones luego criticadas el naciente *finalismo*. En cuanto a la imprudencia, por un lado fue más fácil para los *neokantianos* explicarla desde la comprensión de la culpabilidad como juicio de reproche, pero por otro lado su asimilación al dolo como concepto psicológico – aunque potencial – de la culpabilidad constituye todavía un obstáculo para la comprensión sistemática de la imputación subjetiva.

Ante las dificultades para hallar una base común para la imputación subjetiva desde el aspecto psicológico que pueda incluir particularmente a la imprudencia inconsciente, siempre han existido opositores de la punibilidad de los comportamientos imprudentes, aunque de forma minoritaria. Ello sucedió en el siglo XIX, cuando un sector de la doctrina atacó la manipulación del término voluntad y siguió después del cambio de siglo cuando algunos autores rechazaron la posibilidad de imputación en supuestos de imprudencia inconsciente. Estas corrientes críticas se han mostrado más consecuentes desde el punto de vista sistemático, pues en la medida en que adoptan la culpabilidad de la voluntad, dependiente de un enlace mental entre el agente y el resultado, limitan la imputación subjetiva ya sea solo al dolo, ya sea al dolo y a la imprudencia consciente. La culpabilidad de la voluntad en su forma esencial (psicológico-naturalista) no puede compaginarse con la imprudencia inconsciente, en la que de ninguna forma el agente vislumbra la representación de la posibilidad del resultado.

Tampoco el finalismo pudo superar el reto que se propuso: el de establecer un concepto de acción capaz de abarcar el dolo y la imprudencia. Especialmente en lo que atañe a la imprudencia inconsciente, la finalidad que dirige la acción del agente no puede servir como fundamento de la imputación, razón por la cual los finalistas se enfrentan con dificultades análogas a las que desafiaron a los adeptos de la culpabilidad de la voluntad en su versión original, de índole psicológica. El resultado es que no solo el finalismo se encaminó en el ámbito de la imprudencia hacia una ineludible normativización, sino que sufrió un proceso de pérdida de prestigio en favor de corrientes normativas orientadas a la construcción del sistema del delito sin las mismas ataduras psicológicas o naturalísticas que para la mayoría de la doctrina anterior eran base segura para la imputación penal.

La tendencia normativista se ha reflejado en la impresionante repercusión de la teoría de la imputación objetiva desde el comienzo de su remodelación moderna a finales de la década de los años 60 del siglo pasado⁷⁹⁶ y tras su consolidación principalmente a partir de los años 80⁷⁹⁷⁷⁹⁸. Teniendo en cuenta que la aplicación la teoría causal de la equivalencia de las condiciones conllevaría la atribución del resultado en una medida muy extensa, la teoría de la imputación objetiva limita ya la configuración del tipo objetivo por medio de criterios normativos⁷⁹⁹ que suelen ser resumidos en la exigencia de la creación de un peligro jurídicamente desaprobado y la exigencia de que el resultado

⁷⁹⁶ De acuerdo con *Schroeder*: “Ende der sechziger Jahre wurde die in den zwanziger Jahren entwickelte Lehre von der objektiven Zurechnung neu belebt” (SCHROEDER, *Blitz als Mordinstrument*, p. 32).

⁷⁹⁷ SCHROEDER, *Blitz als Mordinstrument*, p. 68.

⁷⁹⁸ La relación entre la imputación objetiva y el “acentuado normativismo de la corriente dogmática hoy predominante en Alemania” ha sido destacada por *Hirsch* (HIRSCH, *Imputación Objetiva*, pp. 35-36). Acerca de la imputación objetiva, *Frisch* resume asimismo la idea general sobre “el carácter específicamente normativo (acentuado desde el principio) de la nueva categoría” (FRISCH, *Comportamiento Típico*, p. 37).

⁷⁹⁹ ROXIN, *A teoria da imputação objetiva*, pp. 11-13.

sea producto de la realización de ese riesgo⁸⁰⁰. Estos requisitos para la caracterización del tipo objetivo se aplican tanto a los delitos imprudentes como a los dolosos⁸⁰¹, con lo que se pretende establecer una tipicidad objetiva unitaria para los dos ámbitos referidos de imputación⁸⁰².

La afinidad de la teoría de la imputación objetiva con algunos intentos anteriores de limitar desde una perspectiva normativa la atribución de responsabilidad fijada sobre la base de la mera causalidad es reconocida de forma general⁸⁰³. Un importante papel como antecedente de la imputación objetiva lo ocupa la teoría de la adecuación⁸⁰⁴ que, como afirma *Roxin*, más que una teoría causal sustitutiva de la equivalencia de las condiciones, constituye en realidad una doctrina de la imputación⁸⁰⁵. Adepto y gran defensor de la teoría de la adecuación, *Engisch* propuso con base a ella la limitación de la configuración objetiva de los tipos imprudentes y dolosos en los casos de cursos causales que se muestran inapropiados en general para producir resultados de la misma modalidad del acaecido. La práctica de una conducta adecuada a producir el resultado se identificaría con la infracción de un deber de cuidado, que no solo constituiría el núcleo del delito imprudente, sino que también sería condición para la imputación en los delitos dolosos⁸⁰⁶.

De lo anterior resulta que la construcción normativa de la imprudencia desde el siglo pasado hasta el presente sigue básicamente la línea de la discusión sobre la evitabilidad del comportamiento imprudente desde criterios normativos (*Binding, Exner*), la teoría de la adecuación (*Engisch*), las consideraciones acerca de la infracción del deber objetivo de cuidado (finalismo), y tiene su continuación actual en la teoría de la imputación objetiva y en la teoría del comportamiento típico e imputación del resultado⁸⁰⁷, manejadas por un sector doctrinal que tiene el propósito de abarcar toda la discusión sobre la tipicidad imprudente⁸⁰⁸. Pero incluso antes, ya en el siglo XIX, la discusión sobre

⁸⁰⁰ FRISCH, *Objektive Zurechnung des Erfolges*, p. 22.

⁸⁰¹ FRISCH, *La teoría de la imputación objetiva de resultado*, p. 9.

⁸⁰² ROXIN, *Strafrecht*, p. 372. FRISCH, *Objektive Zurechnung des Erfolges*, p. 23 (aunque reconoce ese autor la limitada utilidad práctica de la imputación objetiva para resolver problemas relacionados a los delitos dolosos).

⁸⁰³ Por ejemplo: FRISCH, *Comportamiento Típico*, pp. 24-37.

⁸⁰⁴ FRISCH, *Comportamiento Típico*, p. 30. SILVA SÁNCHEZ, *Desvalorar e Imputar – Prólogo*, XI.

⁸⁰⁵ ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación*, p. 131; EL MISMO, *Strafrecht*, 368-370. En el mismo sentido, HÜBNER, *Entwicklung*, p. 131. Así, también, *Wessels/Beulke*: “Die dogmatische Schwäche der Adäquanztheorie liegt darin, dass sie den Kampf gegen die uferlose Weite der Bedingungstheorie an der falschen Stelle aufnimmt: Sie versucht, durch das normative Kriterium der Adäquanz die naturwissenschaftliche Kategorie der Kausalität näher zu bestimmen. Sie hält damit **Verursachung** und **Zurechnung** des Erfolges nicht auseinander” (WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, p. 63). Esta constatación ya puede verse en *Müller* (MÜLLER, *Die Bedeutung*, p. 30) e *Hönig* (HÖNIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, p. 178), quien llamaban la atención para el hecho de que la teoría de la adecuación es en realidad una teoría valorativa y no descriptiva.

⁸⁰⁶ Algunos años después, en el “*Studien zum System des Strafrechts*” (1939), *Welzel* hablaría de la adecuación *social*, “eine Kategorie, die begrifflich zu jedem Tatbestand gehören soll, ein Tor zum Unrecht darstellt”, límite del injusto en los delitos dolosos e imprudentes (CANCIO MELIÁ, *Sozialadäquanz*, pp. 72, 82).

⁸⁰⁷ Em la línea de FRISCH, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*.

⁸⁰⁸ ROXIN, *A teoria da imputação objetiva*, pp. 21-22.

la conducta descuidada incorporaba criterios normativos relacionados con el deber de reconocer el peligro y evitarlo. De forma paralela a esta discusión normativa en el ámbito de la imprudencia, la doctrina penal ha intentado desde los principios de su configuración moderna hasta el finalismo hallar una base común para la imputación subjetiva capaz de comprender dolo e imprudencia, superando el reto de incorporar la imprudencia sin representación (inconsciente).

A pesar de que las doctrinas de la voluntad no fueron capaces de hallar la tan buscada base común de la imputación subjetiva desde el aspecto psicológico, la preocupación de estas teorías era correcta, pues se trata de la necesidad de establecer el punto de apoyo capaz de aunar dolo e imprudencia como conductas jurídicamente evitables. A esto no se puede renunciar si el propósito es sistematizar e identificar qué reprocha el Derecho Penal, lo que debe valer como base de legitimación para ambas modalidades de imputación subjetiva, especialmente para la imprudencia debido a las mayores dificultades a las que esta se enfrenta por la ausencia de un nexo psicológico con el resultado. Desde la perspectiva actual el problema es distinto. En la doctrina penal se han dejado de lado los intentos de hallar el trazo psicológico de la imprudencia inconsciente. Con todo, la opinión mayoritaria actual se contenta con una tipicidad objetiva común y, o bien renuncia a buscar un elemento unitario en la tipicidad subjetiva, o bien no se profundiza en esto. En la siguiente parte de esta investigación, el objetivo es rescatar la discusión sobre la base unificada para la imputación subjetiva a partir de posturas sobre la posibilidad o no de imputación sin conocimiento y especialmente defender la necesidad de apreciar de forma integrada en la imprudencia los puntos de vista social e individual. De acuerdo con este plan, se analizarán las críticas más recientes a la imprudencia inconsciente como forma de imputación; a continuación se examinarán los problemas de legitimidad y los fundamentos de la imprudencia inconsciente como modalidad de imputación; y por último se analizará la medida de exigencia relacionada con la imputación imprudente.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I. ¿Imputación sin conocimiento? La crítica a la imprudencia inconsciente

I.1. El recurso al desconocimiento provocado por una acción anterior culpable: “*culpable ignorance*”

Como se ha demostrado en la primera parte de la investigación, la doctrina de la culpabilidad de la voluntad se enfrenta a dificultades insalvables a la hora de fundamentar la imprudencia inconsciente. La situación empieza a cambiar con la aceptación de la denominada teoría normativa de la culpabilidad a partir del *neokantismo*, dado que el nexo psicológico entre agente y resultado no es ya fundamental para la determinación de la responsabilidad penal. Pese a que la culpabilidad normativa dirige su mirada hacia la reprochabilidad de la conducta del agente y ello aparentemente abre paso sin fricciones a fundamentar la imputación sin conocimiento del riesgo de la conducta, este concepto adolece de un cierto grado de vaguedad que no le permite responder directamente a la cuestión esencial y anterior relativa a la legitimación del castigo de la imprudencia inconsciente, esto es, hace falta todavía establecer por qué la imprudencia inconsciente es reprochable⁸⁰⁹. El primer interrogante que se debe contestar, por tanto, está relacionado con la legitimidad de castigar al agente que desconoce o con la posibilidad de reprochar penalmente al autor que no sabe que produce aquel riesgo del resultado lesivo por el cual será castigado.

En Derecho penal, la imprudencia inconsciente ha sido definida tradicionalmente como el estado en que el agente no tiene conocimiento de que su comportamiento infringe un deber de cuidado⁸¹⁰ o genera un riesgo no permitido. Ello puede suceder por dos razones: el agente *no conoce* los hechos constitutivos del riesgo, o, si bien los conoce, *no los reconoce* como constitutivos del riesgo de producción del resultado. En ambos casos, el agente no tiene conocimiento de que su conducta sea descuidada en relación con el resultado lesivo producido. Para fundamentar el castigo en estos supuestos es preciso afrontar la cuestión relacionada con la posibilidad de considerar *culpable* un comportamiento practicado en estado de ignorancia con relación a su carácter peligroso para intereses de otros. En la primera parte de esta investigación, se analizaron varios intentos de fundamentar la imprudencia inconsciente desde la óptica de la culpabilidad de la voluntad y

⁸⁰⁹ Sobre esta cuestión, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *La imputación al sujeto de sus defectos de imputación*, pp. 130-133.

⁸¹⁰ KINDHÄUSER, *LPK-StGB*, p. 177.

culpabilidad del sentimiento y se llegó a la conclusión de que estos esfuerzos siempre acaban en consideraciones normativas autónomas, es decir, que sobreviven solas sin necesidad de apoyarse en las consideraciones psicológicas presuntamente determinantes.

Una maniobra para vencer la dificultad de imputar al agente su conducta como culpable a pesar del estado de desconocimiento sería buscar un comportamiento anterior, sea por acción u omisión, practicado con conocimiento de que conllevará un futuro estado de ignorancia en el que ya no le será posible al agente impedir convertirse en autor de un resultado lesivo. Este camino ha sido explorado por un área de la filosofía moral estadounidense en la discusión sobre el fundamento de la denominada “*culpable ignorance*”. El punto de partida de esta concepción reside en no admitir la responsabilidad sin conocimiento⁸¹¹, pero con la particularidad de que este conocimiento podría darse en un momento anterior al hecho que provoca inmediatamente el resultado, lo que eludiría el obstáculo que la ignorancia implicaría para la imputación. *Holly Smith* ha aclarado esta postura haciendo alusión a un primer acto, denominado *benighting act* (“acto de oscurecimiento”), en el que el agente falla en mejorar su situación de conocimiento o incluso la empeora, y un acto subsiguiente, denominado *unwitting act* (acto inconsciente), en el que el agente practica un comportamiento incorrecto debido a la ignorancia resultante⁸¹². La autora pone de relieve que el primer “acto” de oscurecimiento podría consistir en una omisión (de obtener información)⁸¹³ y ello se aplica también al segundo comportamiento, siempre que exista un deber de actuar.

Smith llama la atención en todo caso sobre la necesidad de que el *benighting act* no sea tan solo incorrecto, sino también culpable⁸¹⁴, es decir, dado que la ignorancia es en principio una excusa, para que la propia ignorancia sea culpable el agente debe saber en el tiempo del acto de oscurecimiento que la falta de obtención de información implicará un riesgo injustificado de causar un daño subsiguiente⁸¹⁵. Esta estrategia es denominada por los filósofos estadounidenses “*tracing*” (rastrear), pues en estos casos la responsabilidad de la conducta sin el estado mental de consciencia podría ser rastreada (*traced back*) hasta una decisión o acción anterior caracterizada por el estado mental consciente⁸¹⁶. *Smith* pone el ejemplo del médico que deja de leer el periódico científico donde se divulga la información de que el tratamiento tradicional para prematuros puede causar ceguera a

⁸¹¹ SMITH, *Negligence*, p. 2.

⁸¹² SMITH, *Culpable Ignorance*, p. 547; *Negligence*, pp. 2-3.

⁸¹³ SMITH, *Culpable Ignorance*, p. 547.

⁸¹⁴ SMITH, *Culpable Ignorance*, p. 548.

⁸¹⁵ SMITH, *Negligence*, p. 2.

⁸¹⁶ KING, *Problem*, p. 579; SMITH, *Negligence*, p. 2. Vargas explica el método del *tracing* de la siguiente forma: “tracing is the idea that responsibility for some outcome need not to be anchored in the agent or the agent's action at the moment immediately prior to outcome, but rather at some suitable time prior to the moment of deliberation or action” (VARGAS, *The Trouble*, p. 269)

los niños. Posteriormente, durante la asistencia médica de urgencia, el médico emplea el tratamiento tradicional que redundaría en la ceguera del niño⁸¹⁷.

Si se analiza de forma detallada esta estructura de imputación, es posible advertir, como ya se ha expuesto, que en la propuesta del *tracing* subyace la idea de que no es posible renunciar a la conciencia de la infracción de una regla de cuidado o de la creación de un peligro no permitido como condición para la atribución de responsabilidad. La peculiaridad es que los casos que se pretenden solucionar están caracterizados por la ausencia de conocimiento por el agente de que infringe una *determinada* norma de cautela en el momento del comportamiento inmediatamente lesivo, desconocimiento que, no obstante, es el resultado de la infracción consciente de una norma que ordena ponerse en estado de conocer. Con ello, se mantendría la máxima según la cual la responsabilidad dependería de la conciencia como elemento mental que se proyecta sobre los hechos relevantes que serán imputados, aunque indirectamente, lo que constituye una forma de aproximación al problema que ha sido denominada con expresividad como *searchlight view* o perspectiva de la proyección⁸¹⁸. Sin embargo, con el recurso del *tracing* no está resuelto el problema de la fundamentación de la imprudencia inconsciente, sino que la imputación en estados de desconocimiento quedaría limitada a aquellos casos en que el propio desconocimiento deriva de una infracción *consciente* de un deber u obligación de conocer⁸¹⁹. En otras palabras, la exigencia de infracción consciente de un deber subsiste, solo que esta infracción sucede en un momento anterior al hecho inmediatamente lesivo o peligroso que se quiere imputar.

La estructura del *tracing* puede compararse con la forma de comprender la *actio libera in causa* en la dogmática penal de tradición alemana y española, en la que se acude a una acción precedente (*actio praecedens*) provocadora de un estado defectuoso para poder imputar la lesión de intereses penalmente protegidos, generada inmediatamente por la acción posterior practicada durante el estado provocado⁸²⁰, cuyo defecto en la imprudencia inconsciente estaría caracterizado por el desconocimiento del carácter peligroso de la conducta⁸²¹. En ese sentido, cuando se intentan

⁸¹⁷ SMITH, *Negligence*, p. 2.

⁸¹⁸ SHER, *Who knew?*, pp. 3-9: "According to the interpretation that I have in mind, an agent's responsibility extends only as far as his awareness of what he is doing. He is responsible only for those acts he consciously chooses to perform, only for those omissions he consciously chooses to allow, and only for those outcomes he consciously chooses to bring about"; "Because this view is organized around the metaphor of consciousness as a kind of searchlight, I will from now on refer to it as the *searchlight view*".

⁸¹⁹ En ese sentido, Michael Köhler advierte correctamente que "lo que estaría claro –sin que la doctrina dominante lo haya asumido– es que no toda imprudencia inconsciente puede ser explicada recurriendo a una decisión consciente" (SILVA SÁNCHEZ, "Informe sobre las discusiones", pp. 192-193).

⁸²⁰ JOSHI JUBERT, *La doctrina de la "libera in causa"*, pp. 28-29; ÁLAMO, *La acción "libera in causa"*, pp. 55-56; ALCÁZAR GUIRAO, *Actio Libera in Causa*, p. 21.

⁸²¹ Sobre la posibilidad de extender la *actio libera in causa* más allá de los casos de provocación de ausencia de acción y ausencia de imputabilidad, y aplicar esta estructura de imputación también a los casos de errores de tipo, véase JOSHI

solucionar los casos de imprudencia inconsciente recurriendo tanto al *tracing* como a la *actio libera in causa*, las posturas están radicadas en realidad en concepciones restrictivas de la imprudencia inconsciente, según las cuales solo se admite el castigo cuando es posible hallar por lo menos una infracción anterior consciente del deber de conocer⁸²². Así, por ejemplo, *Arthur Kaufmann* sostiene que la imprudencia inconsciente solo puede conciliarse con el principio de culpabilidad en casos excepcionales en los que hay un nexo subjetivo con el resultado típico en un momento anterior a su acaecimiento, lo que constituiría una “modalidad de *actio libera in causa*”⁸²³. De forma parecida, desde la doctrina española, *Molina Fernández* afirma que “cualquier intento de basar la responsabilidad penal en hechos inconscientes, que no puedan ser reconducidos a otros conscientes, entraña la renuncia expresa al principio de responsabilidad personal”⁸²⁴. De ahí que la postura de ese autor español frente a la imprudencia inconsciente sea la de admitir solo el castigo en los casos en que la ignorancia pueda ser reconducida a un “actuar consciente previo”⁸²⁵ con aplicación de la figura de la *actio libera in causa*⁸²⁶. A partir de esta concepción, *Molina Fernández* distingue dos tipos de imprudencia inconsciente: la que encubre un acto consciente previo, en el que el castigo sería posible, y la que no puede ser remitida a ningún acto consciente previo, por lo que no podría fundamentar responsabilidad penal, de acuerdo con su opinión⁸²⁷⁸²⁸.

JUBERT, *La doctrina de la “libera in causa”*, pp. 82-87. Esta autora aclara más adelante que algunos casos de imprudencia inconsciente tienen la misma estructura de la *actio libera in causa* (*La doctrina de la “libera in causa”*, p. 106). *Alcácer Guirao* afirma asimismo que desde una noción amplia y genérica, los casos de errores de tipo podrían incluirse bajo la figura de la *actio libera in causa* (ALCÁCER GUIRAO, *Actio Libera in Causa*, p. 21).

⁸²² ALCÁCER GUIRAO, *Actio Libera in Causa*, pp. 171-172. La vinculación entre *actio libera in causa* (*alic*) e imprudencia es antigua. En el siglo XIX, *Grolman* se refiere expresamente a esto (GROLMAN, *Begriffe*, p. 33, nota a pie de página) y en las concepciones de *Feuerbach* (*Über dolus und culpa*, p. 218) y *Stübel* (STÜBEL, *gefährliche Handlungen*, §34, p. 280) la imprudencia es descrita con una estructura coincidente con la *alic* (Véase: EXNER, *Das Wesen*, p. 15; MEDER, *Schuld*, p. 134; HOLL, *Entwicklungen*, pp. 14-15; y SCHLÜCHTER, *Grenzen*, p. 51, sobre *Feuerbach*, y EXNER, *Das Wesen*, p. 24, sobre *Stübel*). Estos tres autores buscan en realidad explicar la imprudencia, especialmente la inconsciente, desde una perspectiva que permita establecer un vínculo psicológico del agente con el resultado, o un identificar un “elemento doloso en los delitos imprudentes”, como dijo *Storch* al referirse a la doctrina de *Feuerbach* (STORCH, *Bestrafung der culpa*, p. 17). Sin embargo, desde una postura consecuente, ello limitaría la imprudencia como máximo a los supuestos de imprudencia consciente.

⁸²³ “Mit Ausnahme einiger Fälle, in denen eine Schuldbeziehung zu dem bestimmten tatbestandsmäßigen Erfolg in einem Zeitpunkt vor dessen Eintritt vorliegt (eine Art *actio libera in causa*), ist die unbewusste Fahrlässigkeit keine Schuld im materiellen Sinne.” (ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, p. 162).

⁸²⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 752.

⁸²⁵ Estas posturas aquí calificadas como restrictivas son semejantes a las construcciones de *Mezger* (*Strafrecht*, p. 356) e *August Köhler* (*Fahrlässigkeit*, pp. 48, 82-83, 86-88, 96), pormenorizadas en la primera parte de este trabajo. Esta semejanza entre su opinión y la de *Mezger* fue reconocida por el propio *Arthur Kaufmann* (*Unrechtsbewusstsein*, p. 98). Sin embargo, mientras autores como *Molina Fernández* y *Arthur Kaufmann* sostienen que solamente los (pocos) casos de imprudencia inconsciente que puedan ser reconducidos a un actuar consciente previo merecen el castigo, una postura de reducción del ámbito penal, *Mezger* y *Köhler* defienden que los casos de imprudencia inconsciente pueden ser en general reconducidos a actuaciones conscientes previas, lo que no limita el castigo y transmuta de manera artificiosa la imprudencia inconsciente en imprudencia consciente, con lo que no resuelve el problema de la legitimidad, sino que lo esquiva.

⁸²⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 752.

⁸²⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 753, 755.

⁸²⁸ En la dogmática penal alemana, hay opiniones recientes en la misma línea: no admitir la imprudencia inconsciente en general, pero admitir casos de culpabilidad previa (*Vorverschulden*) en los que no se da el conocimiento en el momento de la lesión (Véase, GEHARD WOLF, *Kriminelles Versehen*, p. 1076; y WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, pp. 132-135).

Posturas como la de *Molina Fernandez* y la de *Arthur Kaufmann*, que en esencia son equivalentes a la doctrina estadounidense del *tracing*, pueden interpretarse no solo como intentos de limitar el castigo de la imprudencia inconsciente a un determinado grupo de casos, sino más bien como intentos de rechazar la responsabilidad en (auténticos) supuestos de imprudencia inconsciente. Ello porque, en realidad, estos autores quieren fundamentar la responsabilidad penal con base en un acto consciente de producción de un peligro que consiste en hacer algo sin los conocimientos necesarios, con consciencia de la ausencia de estos conocimientos y del riesgo que ello conllevará para los intereses de otras personas. Si la propuesta de estos autores es la de *no* renunciar al conocimiento de la infracción de un deber como condición para la atribución de responsabilidad y si este deber puede referirse a la obtención del conocimiento como condición para evitar lesiones en el futuro, la fundamentación del castigo solo puede ser coherente si el agente tiene consciencia del deber de conocer en relación a la evitación de determinados tipos de resultados lesivos futuros. De no ser así, no puede fundamentarse la consciencia de la infracción de un deber de conocer, puesto que el reconocimiento del deber de reunir informaciones como tal está condicionado a la comprensión de su significado como algo necesario para evitar lesiones. En otros términos, nadie puede darse cuenta de que infringe un deber de conocer si no sabe que el conocer tiene un significado para la evitación de hechos lesivos⁸²⁹. Ello implica que la imprudencia consiste en estos casos más bien en hacer algo con consciencia de la ausencia de los conocimientos necesarios y del riesgo que ello conlleva, es decir, un supuesto de imprudencia **consciente**, en la modalidad imprudencia por asunción⁸³⁰⁸³¹⁸³².

Por ejemplo, si alguien tiene consciencia de que no ha reunido los conocimientos necesarios para conducir un camión⁸³³ y sabe que estos conocimientos son necesarios para ejercer la tarea con

⁸²⁹ Con argumentación parecida, *Wolf* (GEHARD WOLF, *Kriminilles Versehen*, p. 1080).

⁸³⁰ La similitud entre la *actio libera in causa* imprudente y la imprudencia por asunción ha sido puesta de manifiesto por *Roxin* (ROXIN, *Strafrecht, AT*, p. 1105), *Alcácer Guirao* (ALCÁCER GUIRAO, *Actio Libera in Causa*, pp. 169 e 173-174) y *Joshi Jubert*, *La doctrina de la “libera in causa”*, p. 106, nota a pie de página 265. Esta última autora sostiene asimismo que algunos casos de imprudencia inconsciente tienen la misma estructura de la *actio libera in causa*, cuando “se demuestre que en el momento de emprender la acción (o justo un momento anterior) no era ya posible advertir el peligro, ni si hubiera podido advertir” y “existe algún otro momento anterior en el cual esto hubiera sido posible” (*La doctrina de la “libera in causa”*, p. 106). Esta opinión de *Joshi Jubert* no contradice la esencia del texto, pues la autora no exige la consciencia de la infracción de un deber de conocer en el momento precedente.

⁸³¹ En la doctrina, descripciones de la imprudencia por asunción en *Bockelmann* (BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, pp. 210-211) *Burgstaller* (BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 192-194), *Köhler* (KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 188) y *Roxin* (ROXIN, *Strafrecht AT*, pp. 1076, 1105) encajan perfectamente con la conclusión del texto.

⁸³² Estas consideraciones se aplican a todas las posturas calificadas como defensoras de la denominada imputación extraordinaria siempre que exijan el conocimiento de la infracción del deber o de la incumbencia de conocer como condición para imputar el comportamiento posterior. Sobre la imputación extraordinaria en general se volverá a tratar en capítulo posterior.

⁸³³ Aquí el término conocimiento tiene el sentido no solo de un saber propiamente epistémico – saber cómo operan los mandos del vehículo, para que sirven y en qué situaciones deben activarse –, sino también “saber hacer” en el sentido de tener la aptitud física correspondiente, lo que muchas veces es asimismo el producto de entrenamiento y experiencia. Sobre los conceptos y la relación entre capacidad y conocimiento, véase *Corcoy*, *El delito imprudente*, pp. 107-110.

seguridad, la conducción sin estos conocimientos implica la consciencia de la creación de un peligro para terceros⁸³⁴. En cambio, si el agente *nunca* tuvo consciencia de que debería adquirir conocimientos para conducir el camión al no haberse planteado que ello era importante para evitar riesgos, las propuestas semejantes al *tracing* ya no pueden auxiliar a fundamentar la imputación, pues no es posible hallar una infracción *consciente* anterior. En el supuesto planteado por *Smith*, del médico que deja de leer el periódico científico, solo tiene sentido hablar de consciencia de infracción del deber de conocer si el médico sabe que ponerse al día con las actualizaciones científicas de su profesión es condición para evitar cometer fallos capaces de poner en peligro la salud de las personas y entonces la prestación de asistencia médica sin la lectura del periódico ya implicaría el conocimiento del riesgo. Lo que es dudoso en este ejemplo es que la mera falta de lectura de un periódico pueda caracterizarse objetivamente como una infracción de la regla de cuidado o como fundamento para la caracterización del riesgo como no permitido. Diferente sería la situación de un médico que asume la tarea de viajar a África para tratar pacientes de ébola con consciencia de que no ha reunido informaciones sobre la enfermedad y sobre su tratamiento⁸³⁵. En este caso, al asumir la asistencia médica de enfermos, el médico ya crea un peligro consciente, y el grave error en el tratamiento que provoca o anticipa la muerte de un enfermo es el despliegue de la creación consciente del peligro (un caso de imprudencia por asunción). Un último ejemplo, también de *Smith*⁸³⁶, pero con alguna modificación: durante una mañana de niebla, un conductor con un grado medio de miopía, atrasado para llegar a un seminario al que debe acudir, decide no buscar sus gafas, pues “no tiene tiempo para ello”. Posteriormente, al conducir su automóvil, debido a su miopía, no se percató de que un niño cruza la calle por el paso de cebra, lo que resulta en un atropello con lesiones⁸³⁷. En este caso, el hecho de conducir sin las gafas ya conlleva la consciente creación de un peligro, lo que igualmente permite caracterizar el supuesto como de imprudencia consciente⁸³⁸.

⁸³⁴ Hace casi cien años, *Engelmann* se refería a estas situaciones de imprudencia por asunción o situaciones en que el agente ya no podía más controlar el riesgo: “Die Rechtsbeachtungspflicht fordert, daß er Handlungen, zu deren gefahrloser Vornahme Sachkunde gehört, unterläßt, wenn er die Sachkunde nicht hat. Die Verletzung der Rechtsbeachtungspflicht liegt schon in der Vornahme der Handlung oder schon in der Begründung der Zwangslage, sie vornehmen zu müssen, wie bei Übernahme einer Führung, der Leitung eines Fahrzeugs, einer ärztlichen Behandlung” (*ENGELMANN, Rechtsbeachtungspflicht*, p. 47). De forma parecida, *Freund*: “...si un conductor se sienta en el volante pese a saber que por un defecto físico, como epilepsia, no es capaz de cumplir con las exigencias del tráfico vial, ya está se comportando de forma imprudente” (*FREUND, Imprudencia punible*, p. 92). Asimismo, *Feijóo*: “... el deber de cuidado se concreta en ocasiones en el deber de no realizar determinadas actividades peligrosas sin disponer de determinados conocimientos, capacidades o experiencias o sin la preparación suficiente” (*FEIJÓO, Imprudencia*, p. 293).

⁸³⁵ Un ejemplo similar es propuesto por *Joshi Jubert* (*JOSHI JUBERT, La doctrina de la “libera in causa”*, p. 105).

⁸³⁶ *SMITH, Culpable Ignorance*, pp. 544-545.

⁸³⁷ Aunque en este supuesto no se dé propiamente una infracción de deber de conocer, sino una infracción consciente del deber de corregir una ineptitud física para evitar un peligro, la decisión de no usar gafas provoca una incapacidad análoga al desconocimiento.

⁸³⁸ Estos casos recuerdan en alguna medida la discusión en el ámbito de la *actio libera in causa* sobre cuál es en realidad el acto infractor de la norma y el comportamiento típico, con opiniones divergentes desde los denominados modelos de la tipicidad y de la excepción (Sobre la discusión, véanse, entre otros, por el modelo de la tipicidad, *ROXIN, Observaciones sobre la actio libera in causa*, y, por el modelo de la excepción, *HRUSCHKA, Actio libera in causa* y

Lo que se quiere poner de relieve es que los supuestos mencionados se caracterizan por la consciencia de la creación de un peligro al menos en algún momento – aunque sea para algunos el momento *anterior* al hecho – mientras que la discusión fundamental sobre la legitimación de la imprudencia inconsciente reside en la posibilidad o no de imputación sin conocimiento del riesgo (ni siquiera en el momento *anterior* al hecho). Esta discusión se refleja en la postura de *Wolf*, quien, a pesar de mostrarse crítico con la imprudencia inconsciente, sostiene la legitimidad de la imputación en los casos de conocimiento de circunstancias relevantes indicativas de un riesgo del suceso, como sucede al conducir sin observar la velocidad permitida o al cruzar el semáforo en rojo con consciencia de estas circunstancias, lo que para el autor implicaría la posibilidad de la imputación en el ámbito de lo que se denomina en la doctrina alemana *Vorverschulden*⁸³⁹. En este contexto, la propuesta del *tracing* y todas las similares no logran liberar a la imprudencia inconsciente de su dificultad básica de legitimación: la inconsciencia del peligro. En otras palabras, la discusión fundamental con respecto a la legitimidad o no del castigo de la imprudencia inconsciente está centrada en supuestos en los que el agente no tiene consciencia del peligro, ya sea porque sencillamente no advierte el peligro en el momento del hecho, ya sea porque ya no puede advertirlo en el momento de la lesión debido a la falta previa de acopio de información o preparación sin consciencia de que al emprender un comportamiento ello sería indispensable para reconocer y evitar un peligro. Debido a que el recurso a la acción anterior de oscurecimiento (*benighting act*) no es capaz de salvar la imprudencia inconsciente del problema fundamental que reside en la ausencia de proyección mental del peligro, sino que se limita a aclarar que algunos pocos supuestos⁸⁴⁰ que aparentemente serían de imprudencia inconsciente son, en realidad, casos de imprudencia consciente⁸⁴¹, no queda contestada de forma positiva la cuestión sobre la legitimidad del castigo de la imprudencia inconsciente, o, por decirlo así, de los casos clásicos de imprudencia inconsciente.

I.2. Recapitulación sobre las posturas críticas con la imprudencia inconsciente y tensión

autoría mediata; en la filosofía moral estadounidense se inclina por el modelo de la tipicidad, aunque no con esta denominación, CHAPEL, *Culpable Ignorance and Double Blame*).

⁸³⁹ GEHARD WOLF, *Kriminelles Versehen*, pp. 1075-1076.

⁸⁴⁰ *Sher* tiene razón cuando afirma que “most of the unwitting wrongdoers who seem responsible have not consciously chosen to refrain from paying attention or investigating” (SHER, *Who knew?*, p. 84).

⁸⁴¹ El propio *Molina Fernández* parece compartir esta opinión cuando afirma que “la incompatibilidad de la imprudencia inconsciente (*tomando esta expresión en sentido estricto*) con el principio de culpabilidad debería ser patente” (MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 749). En el mismo sentido, *Arthur Kaufmann* reconoce al fin que estos aparentes casos de imprudencia inconsciente son, en realidad, supuestos de imprudencia consciente (ARTHUR KAUFMANN, *Schuldgrundsatz*, p. 232). En la doctrina jurídico-penal estadounidense, a pesar de las diferentes denominaciones, *Larry Alexander* también parece estar de acuerdo con el texto: “Now, there may be times when an actor has made a culpable choice that results in later inadvertence. These cases are not instances of negligence. They are instances of recklessness” (ALEXANDER, *Crime and Culpability*, p. 80).

entre culpabilidad y política criminal

En general, los críticos del castigo en supuestos de imprudencia inconsciente comparten la idea de que la imputación penal depende de la percepción consciente de los hechos y de su calificación como peligrosos⁸⁴², postura antes aludida como *perspectiva de la proyección* (*the searchlight view*)⁸⁴³. De forma más amplia, advierten correctamente *Dohna*⁸⁴⁴ y *Pawlik*⁸⁴⁵ que cuanto mayor sea el peso atribuido al rechazo consciente a la norma y a la correspondencia entre lo querido y el contenido de la prohibición como elementos esenciales del delito, más difícil será compaginar de forma sistemática la imprudencia, especialmente en la modalidad inconsciente⁸⁴⁶. El recorrido histórico ha demostrado que esta inclinación por no abdicar de la consciencia de la lesión a la norma como elemento constitutivo de la infracción penal ha generado dos tendencias: por un lado, la de intentar acercar la imprudencia al dolo – lo que llevó a *Binding* a describir este modo de proceder como “la caza del dolo en la imprudencia”⁸⁴⁷ y a *Storch* a referirse críticamente al “elemento doloso en los delitos imprudentes”⁸⁴⁸ – y, por otro lado, la de negar directamente la posibilidad de fundamentar el castigo en supuestos de imprudencia inconsciente.

En la primera parte de esta investigación se detallaron las tentativas de acercamiento de la imprudencia al dolo, especialmente en el siglo XIX, y la conclusión fue que no lograron superar las evidentes dificultades que esa postura supone, particularmente cuando se trata de fundamentar la imprudencia inconsciente. Por otro lado, aunque formando parte de un conjunto minoritario en el Derecho penal, desde al menos el siglo XVIII⁸⁵⁰ algunos críticos han insistido en señalar problemas

⁸⁴² Así, por ejemplo, *Molina Fernández* afirma que “la imputación – al menos mientras se entienda como imputación 'subjetiva' – no puede nunca extenderse a aquella parcela de la realidad que no ha sido abarcada por el conocimiento consciente del sujeto” (MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 751-752).

⁸⁴³ SHER, *Who knew?*, p. 6.

⁸⁴⁴ DOHNA, *Stand der Schuldlehre*, p. 330: “Was unter dem Bilde der Schuld dem Zufall zunächst entgegengestellt wurde, war in der Tat nichts anderes als der Vorsatz und dieser gar in der Gestalt der römischen *dolus malus*, welcher eine bewusste Ablehnung gegen die Rechtsnorm und eine Kongruenz zwischen dem gewollten und dem gesetzlich verpönten voraussetzte”.

⁸⁴⁵ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 369: “Je nachdrücklicher sie die willentliche Absage des Täters an die Gebote der Rechtsordnung als das *constituens* des Verbrechens ansehen, desto schwerer fällt es ihnen, der Fahrlässigkeit, zumal der unbewussten Fahrlässigkeit, einen Platz in ihren System zuzustehen”.

⁸⁴⁶ De forma similar, *Quintano Ripollés*: “La concepción extremadamente subjetivista y tradicional de la culpabilidad como consciencia de lo injusto constituye un obstáculo siempre duro para la inclusión en ella de lo culposo, pero que se acredita insalvable en su modalidad inconsciente” (RIPOLLÉS, *Culpa*, p. 248).

⁸⁴⁷ “... die Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit” (BINDING, *Normen IV*, p. 328).

⁸⁴⁸ STORCH, *Bestrafung der culpa*, p. 17.

⁸⁴⁹ *Pawlik* describe esta tendencia como “die Neigung, die Voraussetzungen der subjektiven Zurechnung vom Leitbild des Vorsatzes her zu entwickeln” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 369)

⁸⁵⁰ Véase la opinión de *Hommel*, en 1786: “Es ist eben so handgreiflich, daß man bei einem geschehenen Unglücke Bosheit und Fahrlässigkeit zu unterscheiden habe. Wenn jemand durch Unachtsamkeit und bloße Nachlässigkeit dem andern schadet, so zweifelt niemand in der Welt, daß er nicht den Beleidigten den Schaden ersetzen müsse, so bald der Beschädigte darauf bürgerlich klaget und gehöret diese Sache für den Stadtrichter. Aber in wie weit nach völliger Genugthuung und hinlänglichen Ersatz des Schadens (so daß man nicht sagen könne, daß die Züchtigung des Leibes

de legitimidad en el castigo de la imprudencia inconsciente, originados principalmente a partir del principio de culpabilidad o de formas de comprender la teoría de las normas que presuponen la integración de la percepción consciente de la infracción por el sujeto. En el siglo XIX, *Temme*⁸⁵¹, *Zerbst*⁸⁵², *Roßhirt*⁸⁵³, *Luden*⁸⁵⁴ y a principios del siglo XX *Kohlrausch*⁸⁵⁵, rechazaron el castigo de la imprudencia en general o por lo menos de la imprudencia sin consciencia de un peligro. Al lado de estos opositores, *Almendigen*⁸⁵⁶, *Stübel*⁸⁵⁷ y *Hertz*⁸⁵⁸, en el siglo XIX, y *Galliner*⁸⁵⁹ y *Baumgarten*⁸⁶⁰ en principios del siglo XX, llegaron a concluir igualmente que la imprudencia inconsciente no podía conciliarse con el principio de culpabilidad, pero aun así admitían una respuesta penal – aunque no con la misma naturaleza del castigo – que consistiría en una medida de carácter pedagógico, justificada por razones de política criminal⁸⁶¹.

A mediados del siglo pasado surgen las voces críticas de *German* (1942)⁸⁶² y la de *Arthur Kaufmann* (1949), autor cuya postura ha sido anteriormente expuesta en un primer análisis⁸⁶³. *German* concibe la vinculación psíquica positiva con el resultado como fundamento de la censura de culpabilidad⁸⁶⁴. Por esta razón, en la imprudencia *inconsciente* no estaría justificado el castigo penal, que en su opinión presupone una desaprobación ética solo compatible con comportamientos culpables⁸⁶⁵. La crítica de *German* se extiende a la imprudencia *consciente*, si esta es comprendida como la previsión de la mera posibilidad del resultado, lo que tampoco podría suscitar una reprobación ética⁸⁶⁶. En cambio, supuestos de provocación consciente de un peligro expresarían indiferencia, lo que para este autor si bien no llega a configurar en todos los casos dolo eventual, permitiría de todas maneras una censura ética por medio de delitos de peligro (dolo de peligro)⁸⁶⁷. A pesar de rechazar la sanción penal en supuestos de imprudencia, *German* defiende el empleo de forma muy amplia de medidas policiales de protección y prevención complementadas por medidas

an die Stelle des Geldes trete) die Fahrlässigkeit ein Gegenstand und Geschäft für den Blutrichter sein, darüber wünschte ich, daß der Verfasser nach seinem philosophischen Scharfsinne sich herausgelassen hätte” (HOMMEL, *Werk, Hommelische Vorrede*, p. XXV).

⁸⁵¹ TEMME, *Lehrbuch*, p. 151.

⁸⁵² ZERBST, *Begriff*, p. 422.

⁸⁵³ ROBHIRT, *Grundsätze*, pp. 165-166.

⁸⁵⁴ LUDEN, *Handbuch*, pp. 261-262.

⁸⁵⁵ KOHLRAUSCH, *Schuld*, p. 208.

⁸⁵⁶ ALMENDIGEN, *Untersuchungen*, pp. 119-120.

⁸⁵⁷ STÜBEL, *gefährliche Handlung*, §37, p. 286.

⁸⁵⁸ HERTZ, *Unrecht*, pp. 153, 162-164.

⁸⁵⁹ GALLINER, *Die Bedeutung des Erfolges*, p. 29.

⁸⁶⁰ BAUMGARTEN, *Aufbau*, pp. 115-122.

⁸⁶¹ Todas las opiniones de los autores mencionados fueron analizadas en la primera parte de este trabajo.

⁸⁶² GERMANN, *Das Verbrechen*, 1942.

⁸⁶³ ARTHUR KAUFMANN, *Unrechtsbewusstsein*, 1949.

⁸⁶⁴ GERMANN, *Das Verbrechen*, p. 89.

⁸⁶⁵ GERMANN, *Das Verbrechen*, p. 90.

⁸⁶⁶ GERMANN, *Das Verbrechen*, p. 92-93.

⁸⁶⁷ GERMANN, *Das Verbrechen*, p. 93.

de seguridad, incluso para los casos de imprudencia sin resultado lesivo⁸⁶⁸⁸⁶⁹. Con esto, aunque crítica en relación con la relevancia *penal* de la imprudencia, la propuesta de este autor es sugerente en cuanto a la necesidad de una importante respuesta estatal en estos supuestos.

Un patente grado de ambigüedad a la hora de acercarse a la necesidad de reacción penal en casos de imprudencia inconsciente puede encontrarse en las sucesivas opiniones de *Arthur Kaufmann*. El punto de partida del autor es la culpabilidad de la voluntad y dado que en la imprudencia no sucedería la infracción voluntaria de la norma, en este ámbito no podría llegar a caracterizarse esencialmente la culpa⁸⁷⁰. De forma parecida a *Germann*, *Kaufmann* sostiene que los supuestos de imprudencia consciente podrían ser traducidos en delitos de peligro. Por lo que atañe a la imprudencia inconsciente, los casos o bien serían reconducidos a situaciones de *actio libera in causa*, como se ha expuesto, o bien habría que reconocer la ausencia de culpabilidad⁸⁷¹. Sin embargo, ya en un primer momento de su doctrina, *Arthur Kaufmann* llega a la conclusión de que incluso en el ámbito de la imprudencia inconsciente, en que se constata solamente la responsabilidad por el resultado sin culpabilidad, sería posible castigar por razones de política jurídica (*rechtspolitische Gründe*)⁸⁷², opinión que después (1962) se convierte en una defensa abierta de la imposición de pena en la imprudencia inconsciente – aunque para el autor siga faltando la culpabilidad – con base en razones de Política criminal⁸⁷³.

En una muestra más de la tensión experimentada por algunos de los autores críticos del carácter culpable de la imprudencia inconsciente cuando contraponen culpabilidad y Política criminal, *Bockelmann* sigue años después (1967) una línea similar a la de *Arthur Kaufmann*. También este autor concibe la culpabilidad como culpabilidad de la voluntad⁸⁷⁴. Esto sería una consecuencia de la comprensión de la norma no solamente como norma de valoración, sino también como norma

⁸⁶⁸ GERMANN, *Das Verbrechen*, pp. 94-95.

⁸⁶⁹ Pocos años después de *Germann* (1942), *Busch* (1949) comparte la misma opinión: “Der Vorschlag *Germanns*, die Fahrlässigkeit als kriminelle Schuldform aufzugeben und statt dessen vorsätzliche Gefährdungsdelikte zu schaffen oder sich auf polizeiliche Maßnahmen zu beschränken, scheint mir deshalb größte Beachtung zu verdienen” (BUSCH, *Moderne Wandlungen*, p. 43, nota a pie de página 56).

⁸⁷⁰ ARTHUR KAUFMANN, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 97-98.

⁸⁷¹ ARTHUR KAUFMANN, *Unrechtsbewusstsein*, p. 98. ARTHUR KAUFMANN, *Schuldprinzip*, p. 162.

⁸⁷² ARTHUR KAUFMANN, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 98-99.

⁸⁷³ ARTHUR KAUFMANN, *Schuldprinzip*, p. 164. En 1986, más de veinte años después de esta última opinión, *Arthur Kaufmann* parece retratarse de sus anteriores opiniones favorables al castigo en supuestos de imprudencia inconsciente: “Nach dem hier zugrundegelegte Schuldbegriff liegt im Falle der unberussten Fahrlässigkeit keine Schuld vor, jedenfalls keine kriminelle Schuld. Und wo man keinen Schuldvorwurf erheben kann, darf man auch nicht strafen. Auch maßregeln schiden aus. Es kommen allein Akte der sozialen Wiedergutmachung in Betracht, die keinen Straf- und Maßregelcharakter haben, und auch nicht im Wege eines Strafurteils verhängt werden” (ARTHUR KAUFMANN, *Schuldgrundsatz*, p. 232).

⁸⁷⁴ BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, p. 212.

de determinación que ordena a los ciudadanos configurar de determinada manera su voluntad⁸⁷⁵. Con todo, para que pueda constituir el objeto para el predicado de la culpabilidad, la voluntad tendría que ser mala⁸⁷⁶. Para *Bockelmann*, ello es así no solo en el dolo, sino también en los supuestos de imprudencia consciente⁸⁷⁷. En cambio, en la imprudencia inconsciente no hay conocimiento del actuar contra el Derecho, por lo que no se presentaría el punto de apoyo para la censura de culpabilidad⁸⁷⁸. La conclusión de este autor a partir de las ya conocidas premisas le habilita a formar parte del grupo crítico que no reconoce la culpabilidad en la imprudencia inconsciente⁸⁷⁹. Sin embargo, *Bockelmann* no se detiene en este punto y lo que llama más la atención en su postura es que después de todo el esfuerzo argumentativo para definir la imprudencia inconsciente como inculpable, el autor afirma que “el ordenamiento jurídico decreta que la imprudencia inconsciente debe ser castigada como un comportamiento culpable”⁸⁸⁰ y admite que “el descuido atrae para sí el castigo cuando no reconoce cuál era su deber de cuidado, presupuesta solamente la posibilidad de reconocerlo”⁸⁸¹. La consecuencia de todo esto es que *Bockelmann* accede al fin al castigo de la imprudencia inconsciente, a pesar de la ausencia de culpabilidad, con la ponderación de que ello debería quedar limitado a los casos de imprudencia grave⁸⁸².

En los trabajos más recientes de dogmática penal no son frecuentes las posturas que, después de negar la posibilidad de fundamentar la imputación sin conocimiento, admiten aun así el castigo penal por razones de política criminal. Pero cuando se observa de forma más detallada algunas de las propuestas de autores actuales, es posible constatar que opiniones inicialmente contrarias a la imprudencia inconsciente resbalan en algún momento y admiten la imposición de pena, aunque condicionada por la gravedad de la infracción de cuidado o por la importancia de los bienes protegidos. *Albrecht*, por ejemplo, afirma que el castigo de la imprudencia inconsciente es especialmente problemático, dada la ausencia de rechazo a las exigencias generales de comportamiento vigentes⁸⁸³. Pero de ello deriva *Albrecht* tan solo la supresión de la responsabilidad en los supuestos de imprudencia *leve* (¡y no para todos los casos de imprudencia *inconsciente!*)⁸⁸⁴. En el mismo sentido, después de criticar los intentos históricos de defender la compatibilidad entre

⁸⁷⁵ BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, p. 212.

⁸⁷⁶ BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, p. 212.

⁸⁷⁷ BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, p. 213.

⁸⁷⁸ BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, p. 213.

⁸⁷⁹ BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, p. 213.

⁸⁸⁰ BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, p. 215.

⁸⁸¹ BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, p. 215.

⁸⁸² BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze*, pp. 216-217.

⁸⁸³ ALBRECHT, *Formalisierung versus Flexibilisierung*, p. 258.

⁸⁸⁴ ALBRECHT, *Formalisierung versus Flexibilisierung*, p. 258.

imprudencia inconsciente y culpabilidad⁸⁸⁵, *Koriath* coincide con *Radbruch*⁸⁸⁶ en su dura calificación de la imprudencia como forma de responsabilidad por el acaso⁸⁸⁷. Sin embargo, invocando razones de prevención especial, *Koriath* centra su propuesta de cambio legislativo en la reducción del ámbito de la imprudencia con el propósito de proteger bienes jurídicos fundamentales⁸⁸⁸, sin que ello implique el rechazo al castigo en supuestos de imprudencia *inconsciente*, que sería posible de caso de afectación de dichos bienes jurídicos.

La postura de este sector contrario a la imprudencia inconsciente por presunta incompatibilidad con el principio de culpabilidad, seguida de la admisión de un castigo basado en puras razones de política criminal se muestra sistemáticamente insostenible. En general, los autores que se empeñan en evidenciar el supuesto antagonismo entre imprudencia inconsciente y culpabilidad parten de la idea de que el principio de culpabilidad, basado en la voluntad, expresa el contenido que permite la desaprobación ética, condición indispensable para fundamentar el castigo penal. Si ello fuera cierto, sería contradictorio admitir una o más excepciones en que no ya la culpabilidad, sino ahora la Política criminal fundamentaría directamente el castigo. De ser así las cosas, el principio de la culpabilidad ya no podría constituir el fundamento de la pena, puesto que su lugar se reemplazaría, aunque ocasionalmente, por los reclamos de la Política criminal. La inconsistencia sistemática es, por tanto, muy clara. Más coherente bajo la perspectiva de un sistema sería intentar construir un principio de culpabilidad integrado por razones de Política criminal, pero esto demandaría enfrentarse al problema de legitimación que ello supone y claramente no es una postura asumida por los defensores del castigo excepcional de la imprudencia inconsciente por puras razones de política criminal.

En este punto, es cierto que desde la publicación de la obra de *Roxin* “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*” (1970) la importancia de la Política criminal en la construcción del Derecho penal y de la teoría del delito se puso de relieve y se incorporó por la doctrina mayoritaria⁸⁸⁹. Este modo de proceder fue descrito por *Silva Sánchez* de forma amplia como la “orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito a la obtención de ciertas finalidades 'prácticas' en relación con la persecución de la criminalidad”⁸⁹⁰. Sin embargo, el propio *Roxin* aclaró que la política criminal no debe ser entendida tan solo en el sentido preventivo, con el único propósito de elegir los medios más eficaces para evitar delitos, sino que deben considerarse todos los aspectos valorativos, incluso los de

⁸⁸⁵ KORIATH, *Fahrlässigkeit und Schuld*, pp. 400-408.

⁸⁸⁶ RADBRUCH, *Aussetzung*, p. 150, nota 56: “die Fahrlässigkeit ist veschämte Zufallshaftung”.

⁸⁸⁷ KORIATH, *Fahrlässigkeit und Schuld*, pp. 408-409.

⁸⁸⁸ KORIATH, *Fahrlässigkeit und Schuld*, p. 409.

⁸⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal*, p. 17.

⁸⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal*, p. 18.

limitación de la pena, como el principio de culpabilidad, que deben ser vistos como “componentes de la política criminal de un Estado de Derecho”⁸⁹¹. De ello resulta que ni siquiera en el sistema de *Roxin*, abiertamente construido en atención a necesidades político-criminales, la culpabilidad deja de ejercer un papel de fundamento irrenunciable del castigo, hasta el punto de que llega a constituir un límite a las propias necesidades preventivas, lo que implica que la ausencia de culpabilidad configura un obstáculo insalvable a la imposición de pena.

¿Qué queda entonces de las posturas que critican el carácter inculpable de la imprudencia inconsciente, pero admiten el castigo por necesidades preventivas derivadas de los objetivos de política criminal? En realidad desde el punto de vista sistemático solamente quedan puntos de apoyo para mirar las cosas de una manera distinta. El “reto” de la imprudencia inconsciente puede ser visto como la prueba de fuego para la concepción de la culpabilidad como culpabilidad de la voluntad, cuyo resultado es la insuficiencia de esta concepción para verter el contenido de desaprobación ético-social de conductas que debe ser primeramente captado por el Derecho penal y luego traducido en su reacción, la pena. Ello quiere decir que todos los autores que no pueden admitir que la imprudencia inconsciente quede sin castigo deberán, si quieren ser coherentes, hallar otro punto de apoyo para fundamentar la pena que no sea la culpabilidad de la voluntad, especialmente si es concebida de manera estricta a partir de un fuerte sesgo “psicologicista” como conexión mental consciente entre agente y resultado de su conducta. La alternativa a ello sería mantener el concepto estricto de culpabilidad de la voluntad hasta las últimas consecuencias, lo que resultaría en no admitir el castigo de la imprudencia inconsciente. Como ya se ha expuesto, esta postura tiene sus orígenes por lo menos en el siglo XVIII con *Hommel*⁸⁹² y sigue, aunque de forma intermitente, hasta la literatura penal del final del siglo XX y de los días de hoy, como se explica a continuación.

I.3. La oposición a la imputación sin conocimiento en la doctrina penal actual

En un seminario celebrado en la Universitat Pompeu Fabra en el año 1998, durante los debates entre los ponentes con respecto a la imprudencia inconsciente, *Roxin* afirmaba en objeción a *Köhler* que en una concepción político-criminal “es suficiente para la justificación de la pena el que, con la ayuda de una conminación penal dirigida contra los homicidios imprudentes, se puedan salvar vidas que, de otro modo, se perderían”⁸⁹³. A ello contestó *Köhler* que su pretensión no sería otra que

⁸⁹¹ ROXIN, *Política criminal y dogmática penal hoy día*, p. 42.

⁸⁹² HOMMEL, *Werk, Hommelische Vorrede*, p. XXV (1786).

⁸⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *Informe sobre las discusiones*, p. 193.

“reconducir la política criminal a principios de justicia”⁸⁹⁴. Para este autor, “la política criminal no es lo primero, sino algo que debe presuponer la previa determinación de cuál es el fundamento de la justicia y cuáles los conceptos de delito y pena”⁸⁹⁵. Acerca de esta discusión, es interesante constatar que *Roxin* pretendía justificar la pena en supuestos de imprudencia inconsciente con base en razones de Política criminal relacionadas con la prevención, aunque de acuerdo con este mismo autor, como se ha expuesto anteriormente, no sería posible fundamentar el castigo con base en necesidades preventivas más allá de los límites definidos por el principio de culpabilidad. Quizá esta aparente contradicción pueda aclararse por el hecho de que *Roxin* sostenga una concepción de la culpabilidad que no se distingue en esencia del concepto normativo asumido por la doctrina mayoritaria desde hace aproximadamente un siglo⁸⁹⁶, con lo cual no surgirían obstáculos a la imputación sin conocimiento derivados de las limitaciones de la culpabilidad. Pero una vez más hay que subrayar que la referencia a la culpabilidad normativa – y su concepto base de reprochabilidad – no solventa de forma automática las dudas de legitimidad de la pena en la imprudencia inconsciente, puesto que todavía hace falta fundamentar por qué es posible imputar sin conocimiento, es decir, por qué el agente y su conducta son objeto de reproche en esta modalidad de imputación subjetiva⁸⁹⁷.

Por otro lado, la postura de *Köhler* – muy representativa del rechazo al carácter culpable de la imprudencia inconsciente – presenta *inicialmente* una mayor coherencia sistemática. Para este autor, por delito debe entenderse “la negación fundamental del Derecho a través, en especial, de la validez general negativa que se contiene en la decisión subjetiva”⁸⁹⁸. Desde una perspectiva más amplia, la determinación racional del sujeto que actúa debe ser co-constitutiva de la norma jurídica, en opinión de *Köhler*⁸⁹⁹⁹⁰⁰. De ello se desprende que, en la fundamentación del Derecho Penal basado en un

⁸⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Informe sobre las discusiones*, p. 193.

⁸⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Informe sobre las discusiones*, p. 193.

⁸⁹⁶ Para *Roxin* la culpabilidad presupone reprochabilidad, por lo que para este autor el concepto normativo tiene razón en este punto (ROXIN, *Derecho Penal*, p. 797). No obstante, en su opinión la reprochabilidad tendría que ser concretada en la idea de “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa”. Pero si bien *Roxin* afirma que la capacidad general de autocontrol es un dato empíricamente constatable y que con ella se produciría la asequibilidad normativa (ROXIN, *Derecho Penal*, p. 810), este último concepto es todavía impreciso en cuanto a la posibilidad de imputar sin conocimiento, por lo que esta ambigüedad resulta al fin en ausencia de obstáculo concreto a la imputación sin conocimiento, según el concepto de culpabilidad de *Roxin*, por lo que las cosas reflejan la misma situación derivada de la adopción de la *tradicional culpabilidad normativa*. Estas cuestiones serán analizadas de forma más detenida posteriormente.

⁸⁹⁷ En palabras del propio *Roxin*: “El concepto normativo de culpabilidad solo afirma que una conducta culpable ha de ser 'reprochable'. Pero el mismo es de naturaleza completamente formal y no responde la cuestión relativa a de qué presupuestos materiales depende la reprochabilidad” (ROXIN, *Derecho Penal*, p. 798). Así, también: HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 57.

⁸⁹⁸ KÖHLER, *Imputación subjetiva*, p. 75.

⁸⁹⁹ KÖHLER, *Zurechnung*, p. 71.

⁹⁰⁰ *Kindhäuser* contesta con precedentes argumentos esta postura, a que alude como una “variante kantiana del liberalismo racional” (KINDHÄUSER, *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*, pp. 72-77). De acuerdo con la opinión crítica de este autor, “insalvable es la objeción de que el liberalismo racional, en la forma aquí descrita, no ofrece una solución satisfactoria a la relación paradójica entre el déficit de motivación relevante para la culpabilidad y la neutralidad del derecho frente al motivo para el seguimiento de la norma” (*idem*, p. 75). Además, “en una sociedad

principio jurídico de libertad, también el delincuente deberá ser incorporado como co-constituyente del orden jurídico⁹⁰¹. Como expresión de esta subjetividad co-constitutiva de la norma, el Derecho Penal se relacionaría tan solo con la negación de validez con carácter fundamental y general que fundaría sus raíces en la consciente decisión contraria al propio sujeto reflejado en la norma como co-fundamento del orden jurídico⁹⁰². Así, la pena se legitimaría frente al agente, que atrae el castigo para sí con su consciente autonegación de la máxima jurídica de comportamiento y a la vez frente a la sociedad, dada la contradicción objetiva fundamental que representa el hecho para la generalidad⁹⁰³.

De forma coherente con este modo de ver las cosas, *Köhler* subraya la relación entre la fundamentación del Derecho penal y la imputación subjetiva, cuya configuración redundaría necesariamente en la comprensión del principio de culpabilidad⁹⁰⁴ como culpabilidad de la voluntad. De esto resultaría asimismo el necesario rechazo a la culpabilidad normativa, ya sea plasmada en el “poder actuar de otro modo”, ya sea configurada a partir de necesidades sociales⁹⁰⁵. El principio de culpabilidad estaría basado, por tanto, en la decisión autodeterminada del agente⁹⁰⁶, que solo podría armonizarse con los casos de dolo y de imprudencia consciente⁹⁰⁷. Para *Köhler*, el dolo tiene un puesto constitutivo en la imputación subjetiva⁹⁰⁸, de tal manera que la imprudencia llega a ser definida por este autor como el comportamiento objetivamente descuidado que desde el ámbito subjetivo se caracteriza por el dolo de peligro⁹⁰⁹ sin el concurso del dolo en cuanto al resultado⁹¹⁰.

pluralista y democráticamente constituida, las normas no están formuladas como resultado de un ejercicio de racionalidad individual, sino discursivamente” (*idem*, pp. 75-76).

⁹⁰¹ KÖHLER, *Strarecht AT*, p. 138.

⁹⁰² KÖHLER, *Zurechnung*, p. 81.

⁹⁰³ KÖHLER, *Zurechnung*, p. 81. EL MISMO, *Strarecht AT*, p. 349.

⁹⁰⁴ KÖHLER, *Zurechnung*, p. 81; *Strarecht AT*, p. 349.

⁹⁰⁵ KÖHLER, *Strarecht AT*, p. 349.

⁹⁰⁶ KÖHLER, *Strarecht AT*, p. 51.

⁹⁰⁷ KÖHLER, *Strarecht AT*, pp. 115, 191, 201: “Das begriffene Handlungsunrecht bewusster Entscheidung für den verbotenen Gefahrsachverhalt steht damit ähnlich dem Vorsatzdelikt im schlüssigen Begründungszusammenhang mite der Möglichkeit der Willensschuld (Unrechtseinsicht)”.

⁹⁰⁸ KÖHLER, *Zurechnung*, p. 72. EL MISMO, *Strafrecht AT*, p. 178. A pesar de *Köhler* defender una base común para la imputación subjetiva (KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, pp. 334-335), afirma que el dolo es la forma principal del injusto personal (KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 334): “Die vorliegende Unrechtsbestimmung erlaubt es nunmehr, das Fahrlässigkeitsunrecht in seiner Einheit un spezifischen Differenz mit jener Hauptform des personalen Unrechts zu erfassen”.

⁹⁰⁹ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 200: “In Phänomen des Leichtsinns liegt begrifflich ein 'doloses Moment' in Form eines Gefahrvorsatzes, was auch dogmengeschichtlich die Ansätze förderte, die 'Frevelhaftigkeit' (luxuria) in Gegensatz zum bloßen Versehen (Unvorsichtigkeit) in das Strafrecht einzubeziehen”.

⁹¹⁰ KÖHLER, *Strafrecht AT*, pp. 171-172, 178, 200-201.

Sentadas todas estas premisas, ya no es difícil concluir que de hecho la imprudencia inconsciente no puede tener ninguna cabida en el sistema de *Köhler*⁹¹¹, dado que en esta forma de imputación subjetiva no concurre la “decisión voluntaria de puesta en peligro contraria a la norma”⁹¹². El inconformismo de este autor frente a la doctrina mayoritaria, que admite la legitimidad de la reacción penal en supuestos de imprudencia inconsciente, se traduce especialmente en los casos de fallos de rendimiento, que se manifiestan en simples errores de percepción, olvidos, errores derivados de distracciones automáticas, situaciones súbitas de agotamiento o emoción, sobrecarga, etc⁹¹³. Estos fallos serían expresión de la inherente limitación de la capacidad de rendimiento humana y por ello serían parte inseparable de los típicos sistemas de peligro, que por esta razón deberían distinguirse de la falta de interés en cumplir con las normas orientadas a evitar peligros⁹¹⁴.

En un ámbito distinto de estos casos de fracaso momentáneo (*Augenblicksversagen*)⁹¹⁵, *Köhler* quiere delimitar “aquellos supuestos de imprudencia inconsciente en los que se aprecia una decisión previa”⁹¹⁶. Aunque el autor no se dedica a explicar con detalles la estructura de estos supuestos, es razonable concluir que su línea de pensamiento sobre el error de prohibición culpable es la clave para saber su opinión respecto de lo que sería “la imprudencia inconsciente culpable”. En este punto nos encontramos con propuestas dogmáticas ya conocidas. Sobre el error de prohibición, *Köhler* habla de un deber de información sobre el contenido de la norma (*Normklärungspflicht*)⁹¹⁷, lo que en la imprudencia inconsciente se traduciría en la infracción de un deber de conocer las circunstancias fácticas. Sin embargo, como se ha afirmado anteriormente sobre la doctrina de la “*culpable ignorance*”, con esta postura no se fundamenta la pena en supuestos de imprudencia inconsciente, sino más bien se aclara qué casos aparentes de imprudencia inconsciente son en realidad casos de imprudencia consciente, en la modalidad imprudencia por asunción. Por esta razón, hasta este punto no hay ninguna incoherencia o desvío en la postura de *Köhler*, que se mantiene firme con su opinión de negar la legitimidad de la imputación *sin conocimiento*.

Ahora bien, la coherencia sistemática de *Köhler* inicialmente anunciada comienza a debilitarse cuando se analiza en qué consiste precisamente la culpabilidad de la voluntad según este autor. De acuerdo con su opinión, la culpabilidad está fundada no solamente en la decisión basada en el

⁹¹¹ Köhler, *Strafrecht AT*, p. 200: “Der subjektive tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts setzt voraus die willentliche Entscheidung zu der Sorgfaltsnorm zugrundeliegenden Gefahr in (‘leichtsinniger’) Nicht-Anerkennung ihrer weiteren Realisierung – sog. bewußte Fahrlässigkeit”.

⁹¹² KÖHLER, *Imputación subjetiva*, p. 83. EL MISMO, *Starecht AT*, p. 177-180.

⁹¹³ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 179.

⁹¹⁴ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 179.

⁹¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Informe sobre las discusiones*, p. 192. EL MISMO, *Starecht AT*, pp. 190-191, 201.

⁹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Informe sobre las discusiones*, p. 192.

⁹¹⁷ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 408.

conocimiento de la ilicitud vinculada al injusto del hecho objetivo y subjetivo (dolo e imprudencia consciente)⁹¹⁸, sino también en el proceso de “contracción” de la culpa (*Verschuldenprozess*), que sería el resultado de un conjunto de decisiones continuadas. En este caso, la culpabilidad se prolongaría hasta culminar en la culpabilidad habitual allí donde la decisión por el injusto constituye, desde las perspectivas objetiva y subjetiva, la expresión de una sistemática y negativa actitud fundamental (*Grunhaltung*) contra la norma jurídica⁹¹⁹. Ello que sería el resultado de un proceso de autoconstitución personal⁹²⁰. Su conclusión es que la culpabilidad no debería reducirse a un acontecimiento momentáneo, sino que sería necesario incluir en este juicio la relación del sujeto con la observancia de las normas, determinada por el conjunto de sus decisiones continuadas y que se manifiesta en el hecho⁹²¹. Lo anterior conduce a *Köhler* a admitir la proximidad de su concepción con las teorías de la culpabilidad por el carácter y culpabilidad por la conducción de vida⁹²².

Estas consideraciones de *Köhler* suponen admitir que la consciencia por el agente de que está actuando contra el Derecho, al principio indispensable para la caracterización del lado subjetivo del hecho, puede ser relativizada hasta el punto de que, aunque el agente no se dé cuenta de que comete un injusto, aun así será culpable, siempre que este desconocimiento actual de las circunstancias sea producto de un proceso decisorio continuo y consciente de desprecio por el Derecho. Pero con ello el penalista se sujeta a tres críticas principales. En primer lugar, como crítica sistemática, la consciencia como relación directa con el hecho ya no es condición de la culpabilidad, lo que desdibuja la fuerte vinculación subjetiva del infractor con la ilicitud del comportamiento concreto por el que será penado⁹²³, algo presentado inicialmente por *Köhler* como fundamental para el sistema de legitimación de la sanción penal. En segundo lugar, no están claros los contornos ni los límites de esta culpabilidad habitual, que el agente “lleva consigo” antes incluso de cometer un delito y a la cual puede acudir como fundamento excepcional de imputación en casos de falta de conocimiento⁹²⁴. Y, por último,

⁹¹⁸ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 373.

⁹¹⁹ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 363.

⁹²⁰ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 364.

⁹²¹ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 363.

⁹²² KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 364.

⁹²³ La opinión de *Larry Alexander*, crítico de la imprudencia inconsciente en la doctrina jurídico-penal estadounidense, pone de manifiesto esta contradicción: “Even if inadvertence is sometimes the product of a culpable act is still not culpable. It is merely the nonculpable product of some prior culpable act” (ALEXANDER, *Insufficient Concern*, p. 950). Véanse también los autores citados a continuación en el texto.

⁹²⁴ Las concepciones de *Köhler* y *Wolff*, que tienen como precedente remoto la filosofía aristotélica – a la cual se ha hecho referencia anteriormente en este trabajo – también pueden ser criticadas desde el punto de vista de las dificultades para la aplicación práctica. En ese sentido, *Jerome Hall* critica la propuesta aristotélica de considerar comportamientos anteriores al hecho, que serían responsables de la construcción de un hábito, y sostiene su crítica en base a las limitaciones del sistema judicial para apreciar este contexto: “... the factual difficulties are so considerable as to preclude their use in criminal law. Here is not only a question of ethical principle; the punishment of human beings within the limits and limitations of a legal system is also involved... Is there any feasible basis to impute present criminal liability for harms caused by voluntary lapses in a distant past? Accordingly one would wish to delegate that kind of adjudication to an omniscient philosopher-king who had precise records and the wisdom to assess culpability for a major harm caused

pese a que este autor condiciona la imputación y el castigo penal a la “manifestación” de la culpabilidad en el hecho injusto, nadie puede ser considerado generalmente culpable, aunque de una forma abstracta y todavía sin efectos concretos, sin que este juicio esté relacionado directamente con un determinado injusto penal cometido⁹²⁵.

La postura de *Köhler* refleja en cierta medida un desarrollo de la doctrina precedente de su maestro *Ernst Amadeus Wolff* sobre el concepto de acción, cuya configuración depende de la “decisión consciente en un determinado instante”⁹²⁶. El propio *Wolff* reconoce, sin embargo, que una decisión de esta naturaleza no puede abarcar la imprudencia inconsciente⁹²⁷, en la que no se constata la relación mental necesaria del agente con “la posibilidad del comportamiento que expresa la cualidad de lesionar bienes jurídicos”⁹²⁸, lo que sería indispensable para definir la acción. Este penalista se enfrenta con el mismo obstáculo cuando vincula su concepto de acción a la culpabilidad de la voluntad⁹²⁹. Desde estas premisas, lo razonable sería entonces concluir que no es posible castigar en supuestos de imprudencia inconsciente. Sin embargo, también *Wolff* intentó fundamentar una excepción para casos de imprudencia grave, en los que las decisiones precedentes determinarían el distanciamiento de la consciencia del agente de la percepción de riesgos, de manera que el acto posterior sin conocimiento concomitante del peligro sería el resultado de estas decisiones preexistentes⁹³⁰, lo que posibilitaría entender estos supuestos de ausencia de conocimiento actual como una expresión de decisiones conscientes (aunque previas) y reconocer también en este ámbito acciones culpables⁹³¹.

many years later by minor actions that were completely unrelated, in human prescience, to any serious consequences” (HALL, *Ignorance and Mistake*, p. 9). En otra ocasión, el mismo autor reitera sus dudas sobre la posibilidad práctica de apreciar la responsabilidad con base en actos voluntarios pasados: “... does not the attribution of negligence to preceding voluntary wrongdoing raise additional, practically insoluble, difficulties due to the impossibility of appraising the subjective element in that view of negligent damage? ... it cannot be shown that negligence is a condition voluntarily produced and, even if the contrary be assumed, no rational basis supports determining a penalty for present negligent damage attributed to voluntary wrongs committed in the distant past, perhaps in the course of a whole lifetime” (HALL, *Negligent Behaviour*, pp. 636, 639). En el mismo sentido, ALEXANDER, *Insufficient Concern*, p. 952.

⁹²⁵ Además, *Ebert* llama la atención para el principio de legalidad – en Alemania, pero esto puede aplicarse a la mayoría de las legislaciones de los países occidentales – como obstáculo a la culpabilidad por la conducción de vida: “Das geltende Recht knüpft die Strafbarkeit an die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes, ist in diesem Sinne Tatstrafrecht. Strafrechtliche Schuld ist dementsprechend Einzeltatschuld (§20 StGB). Eine verfehlte Lebensführung erfüllt keinen gesetzlichen Tatbestand, ihre Bestrafung verstößt deshalb gegen den Grundsatz ‘nullum crimen sine lege’” (EBERT, *Charakterschuld*, pp. 152-153).

⁹²⁶ E. A. WOLFF, *Handlungsbegriff*, p. 24.

⁹²⁷ E. A. WOLFF, *Handlungsbegriff*, p. 24.

⁹²⁸ E. A. WOLFF, *Handlungsbegriff*, pp. 24-25: “Wenn nun auch hier eine Handlung vorliegen soll, dann muß sich eine geistige Beziehung des Täters nachweisen lassen zu der *einen* Handlungsmöglichkeit in ihrer Qualität als Rechtsgutsverletzung”.

⁹²⁹ E. A. WOLFF, *Handlungsbegriff*, p. 25.

⁹³⁰ E. A. WOLFF, *Handlungsbegriff*, pp. 27-28.

⁹³¹ E. A. WOLFF, *Handlungsbegriff*, pp. 27-28.

Es cierto que las teorías de la acción, injusto y culpabilidad de *E. A. Wolff* y *Köhler* se asientan sobre la base de la consciencia del sujeto, lo que es asumido como elemento de integración y legitimación de la norma. No obstante, estos autores admiten relacionar el objeto de la consciencia a las decisiones que conforman la propia manera de como cada uno lleva su vida, lo que entonces es considerado suficiente para enlazar este elemento mental con comportamientos futuros practicados por el agente sin conocimiento de su carácter peligroso. Sin embargo, con este modo de proceder se pierde el alcance razonable de la perspectiva de la proyección (*searchlight view*) inicialmente defendida por *Wolff* y *Köhler*, dado que las decisiones de llevar la vida de una u otra manera no son capaces de iluminar al agente para reconocer los peligros concretos de todos sus comportamientos futuros posiblemente arriesgados. Es incluso discutible si es lo común que las personas configuren modos de vida de una manera consciente. Por estas razones, detrás de estas propuestas de excepción late en realidad la intuición de que la exigencia de conocimiento actual como condición para la imputación debe ceder *por lo menos en algunos casos límite*, lo que permite afirmar que estos penalistas dudan de la capacidad de rendimiento y justicia de sus propias estructuras sistemáticas de imputación subjetiva⁹³².

Esta contradicción sistemática queda más clara cuando se mira la doctrina de autores que parten de premisas semejantes a las de *Wolff* y *Köhler*, pero que no transigen en ningún caso en cuanto a la exigencia de conocimiento actual del peligro como condición para imputar. Por ejemplo, para *Rath* es condición indispensable del injusto la consciencia del agente sobre la potencialidad de lesión del comportamiento en su aspecto concreto⁹³³. Ello porque el injusto exigiría necesariamente la presencia y la manifestación del sujeto en su normatividad que se traduciría en la negación de la relación jurídica⁹³⁴, lo que no podría suceder sin consciencia actual⁹³⁵. La imprescindibilidad de la consciencia actual en el momento del hecho tendría como presupuesto la previsión de la probabilidad de que el comportamiento pueda resultar en una lesión típica. En la imprudencia esto se expresaría de forma necesaria en un dolo de peligro⁹³⁶. De ahí que, para *Rath*, la imprudencia inconsciente no podría ser reconocida como forma de injusto⁹³⁷. A pesar de la similitud con las doctrinas de *Wolff* y

⁹³² Además, “la culpabilidad por el hecho vinculada a la acción antijurídica” no puede “ceder su lugar a la culpabilidad por la conducción de la vida, pues, en los momentos previos al hecho, el autor no se ha comportado antijurídicamente y, por tanto, tampoco ha actuado de un modo penalmente reprochable” (SCHÜNEMANN, *Culpabilidad penal*, p. 439). Esto refleja “el principio de coincidencia, o de simultaneidad”, que “impone una congruencia plena tanto entre la realización del tipo objetivo y su aprehensión por el dolo, de una parte, como entre el injusto y la culpabilidad, de otra” (ALCÁCER GUIRAO, *Actio Libera in Causa*, p. 25). Así también, *Roxin* (entre otros) se refiere al principio de coincidencia como “la exigencia de que el ser culpable del autor tenga que darse en el momento del hecho... y no debe derivarse de hechos previos” (ROXIN, *El principio de culpabilidad*, p. 320)

⁹³³ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, p. 532.

⁹³⁴ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, p. 528.

⁹³⁵ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, p. 532.

⁹³⁶ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, p. 532.

⁹³⁷ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, p. 532.

Köhler, lo que es importante poner de relieve ahora es que *Rath* rechaza la posibilidad de considerar comportamientos anteriores al acontecimiento lesivo, toda vez que de acuerdo con su opinión el sujeto sigue sin estar presente como sujeto autónomo en la situación lesiva concreta, por lo que el imperativo no podría ejecutarse⁹³⁸. Lo contrario, añade este autor, sería admitir la intervención en la conducción de vida del potencial agresor todavía en un momento distante del hecho. Esto sería incompatible con la consciencia de la probabilidad de la lesión concreta, condición del injusto para *Rath*⁹³⁹. De manera semejante, *Wrage* parte de la comprensión de que la censura penal presupone siempre un comportamiento contra la autonomía jurídica de otra persona, con carácter de agresión (*Angriffscharakter*), lo que no podría compaginarse con la falta de consciencia⁹⁴⁰ ni siquiera en los casos en que el agente ha configurado su conducción de vida de tal manera que esta es la razón por la que no puede reconocer el carácter peligroso de su comportamiento⁹⁴¹.

Los ejemplos anteriores permiten concluir que, ya sea por razones relacionadas con el injusto o con el principio de culpabilidad, el sector crítico de la imprudencia inconsciente considera inadmisibles la imposición de la pena sin un comportamiento que su autor reconozca como rechazo a la norma. Para el sector crítico más auténtico, ni siquiera la reiterada práctica de comportamientos y construcción de hábitos que debilitan la posibilidad de conocer las normas y las circunstancias fácticas puede fundamentar de forma excepcional la imputación sin conocimiento del carácter peligroso de la conducta. A los autores citados se suma en la actualidad *Zabel*, quien rechaza la imputación sin comprensión por el agente del menoscabo concreto a la libertad que se origina de su conducta⁹⁴², y *Seelman*, quien se basa en la terminología hegeliana para concluir que en la imprudencia inconsciente no hay la negación de reconocimiento de otro como sujeto de Derecho, condición del injusto penal⁹⁴³. Asimismo, desde el más común punto de apoyo para refutar la imprudencia inconsciente, *Börchers* sostiene que el principio de culpabilidad requiere la representación de los hechos como suficientemente probables, lo que no se da en esta modalidad de imputación⁹⁴⁴, y *Spilgies* concibe la culpabilidad como censura a la voluntad, que a su vez no existiría sin el conocimiento del carácter lesivo del hecho concreto⁹⁴⁵.

I.4. De la corriente crítica estadounidense al escepticismo en relación a la

⁹³⁸ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, p. 533.

⁹³⁹ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, pp. 533-534.

⁹⁴⁰ WRAGE, *Grenzen*, pp. 230, 350.

⁹⁴¹ WRAGE, *Grenzen*, p. 350.

⁹⁴² ZABEL, *Schuldtypisierung*, p. 407.

⁹⁴³ SEELMAN, *Bien Jurídico*, p. 379.

⁹⁴⁴ BÖRCHERS, *Schuldprinzip und Fahrlässigkeit*, p. 199.

⁹⁴⁵ SPILGIES, *Über die Aporie*, pp. 491, 493.

responsabilidad con base en la perspectiva subjetivo-psíquica (*akrasía*)

En la doctrina penal estadounidense *Jerome Hall* fue el precursor de la moderna crítica a la imputación penal en los casos de ignorancia⁹⁴⁶⁹⁴⁷. En un artículo publicado en 1957, “Ignorance and Mistake in Criminal Law”, el autor sostiene que la responsabilidad penal presupone responsabilidad moral y afirma que “la obligación moral no está determinada por los hechos reales, sino por la opinión del agente con respecto a ellos”, lo que debe incluir también sus “creencias equivocadas”⁹⁴⁸. De esto resulta que para *Hall* no concurre el elemento mental (*mens rea*) indispensable para la configuración de un delito⁹⁴⁹ cuando hay un error sobre los hechos, de manera que el agente no tiene conocimiento de que su comportamiento puede causar un daño⁹⁵⁰. En el ámbito jurídico-penal anglosajón el estado de desconocimiento de los hechos, el no advertir la posibilidad lesiva de la conducta, se define como negligencia (*negligence*), lo que según *Hall* no debe ser admitido como elemento mental legítimo del comportamiento delictivo, en concordancia con el aforismo *ignorantia facti excusat*⁹⁵¹.

Hall refuta el procedimiento común en la doctrina penal europea de averiguar si el error es vencible o invencible. De acuerdo con su opinión, aunque fuese posible afirmar ante un determinado supuesto que el agente tenía la aptitud para actuar correctamente si hubiese pensado de forma adecuada, esto no sería suficiente para fundamentar la culpabilidad por la conducta desatenta⁹⁵². Este autor norteamericano estaba convencido asimismo de que los daños resultantes de desatención o ignorancia tienen el significado de mera incompetencia o ineficiencia y por ello no pueden estar al

⁹⁴⁶ En este sentido, *James Brady* se refiere a *Hall* como “quizá el primero defensor de la contención del *mens rea*” (BRADY, *Punishment for Negligence: A Reply to Professor Hall*, p. 107).

⁹⁴⁷ Una anterior y extensiva crítica contra la imputación subjetiva en casos de inadvertencia del riesgo fue publicada en Inglaterra en 1936 por *J. W. C. Turner*. Su postura puede ser resumida en las siguientes afirmaciones: “Negligence” indicates the state of mind of the man who acts without adverting to the possible consequences of his conduct; he does not foresee those consequences. The word indicates that he is in some measure in fault, and that we should expect an ordinary, reasonable, man to foresee the possibility of the consequences and to have regulated his conduct as so to avoid them. It is however submitted with emphasis that although this negligence may be blameworthy and may ground civil liability, it is at the present day not sufficient to amount to *mens rea* in crimes at common law.” (TURNER, *The Mental Elements in Crimes at Common Law*, p. 39). El texto, citado por *Hall* (HALL, *Negligent Behaviour*, p. 634), fue probablemente una de las influencias para su postura crítica contra la imprudencia inconsciente. El artículo de *Turner* se hizo conocido también por el hecho de que sus argumentos fueron contestados años después por *H. L. A. Hart* en capítulo de su libro “Punishment and Responsibility”, publicado originalmente en 1968. En el resumen (abstract) de este capítulo, constan las siguientes informaciones: “This chapter reviews Dr. Turner’s famous essay on negligence, *The Mental Element in Crimes at Common Law*. The chapter then argues that Turner’s conceptions about the place of negligence in the common law rest on a mistaken conception, both of the in which mental or ‘subjective’ elements are involved in human action, and the reasons why we attach the great importance which we do to the principle that liability to criminal punishment should be conditional on the presence of a mental element” (HART, *Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility*, 2008: referencia a la segunda edición).

⁹⁴⁸ HALL, *Ignorance and Mistake*, pp. 3-4.

⁹⁴⁹ *Hall* sostiene que la responsabilidad penal está relacionada a la responsabilidad moral: “... legality cannot be separated from morality in a sound system of penal law” (HALL, *Ignorance and Mistake*, p. 23).

⁹⁵⁰ HALL, *Ignorance and Mistake*, p. 5.

⁹⁵¹ HALL, *Ignorance and Mistake*, pp. 5, 10.

⁹⁵² HALL, *Ignorance and Mistake*, p. 10.

lado de los comportamientos voluntarios lesivos que constituirían el verdadero objeto del Derecho Penal⁹⁵³. Además, *Hall* argumenta que la eficiencia y la competencia no se incrementarían a través del castigo, por lo que las razones de prevención tampoco justificarían la pena en estos casos⁹⁵⁴.

Pero el razonamiento de *Hall* no pudo persuadir los afiliados del *American Law Institute* a la hora de elaborar el *Model Penal Code*, publicado pocos años después, en 1962. Este conjunto articulado de preceptos es en realidad un texto en forma de código, pero sin ninguna fuerza legal, creado y divulgado por juristas del mencionado instituto con el propósito de auxiliar y estimular a los legisladores estadounidenses en la tarea de proyectar y actualizar los códigos penales de los Estados integrantes de la federación⁹⁵⁵. Pese a que no se trata de una ley, el *Model Penal Code* ha influido en el contenido de muchos códigos penales estadounidenses⁹⁵⁶, especialmente en reformas durante las décadas de los años 60 y 70⁹⁵⁷, dado que en aquel país cada estado miembro de la federación tiene competencia general para legislar en el ámbito penal, además de una legislación penal federal limitada a materias específicas⁹⁵⁸. Por esta razón, se ha reconocido que el *Model Penal Code*, más que cualquier otro, es lo más próximo de lo que sería un Código Penal estadounidense⁹⁵⁹.

En cuanto a la imprudencia inconsciente, el *Model Penal Code* admite esta modalidad de imputación subjetiva, con la siguiente descripción: “una persona actúa de forma negligente con relación a un elemento material de una infracción cuando deba ser consciente del riesgo significativo e injustificable de que este elemento material exista o de que resultará de su conducta”. El código establece asimismo el baremo para apreciar la negligencia penal, pues exige que “el riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que el fracaso del agente al no advertirlo, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de su conducta y las circunstancias por él conocidas, conlleva un craso desvío del parámetro de comportamiento que una persona cumplidora de las leyes observaría en la situación del autor”⁹⁶⁰.

⁹⁵³ HALL, *Ignorance and Mistake*, p. 11.

⁹⁵⁴ HALL, *Ignorance and Mistake*, p. 11.

⁹⁵⁵ http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=92 (17/04/2015)

⁹⁵⁶ ROBINSON/CAHILL/MOHAMMAD, *American Criminal Codes*, p. 1.

⁹⁵⁷ ROBINSON/DUBBER, *The Model Penal Code*, p. 320.

⁹⁵⁸ ROBINSON/DUBBER, *The Model Penal Code*, p. 319.

⁹⁵⁹ ROBINSON/DUBBER, *The Model Penal Code*, p. 320.

⁹⁶⁰ *Model Penal Code*, § 2.02(2) (d): “A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation” (*American Law Institute's Model Penal Code*).

Al año siguiente a la publicación del *Model Penal Code*, Hall reiteró su postura sobre la imprudencia inconsciente, en un artículo crítico contra la adopción de la denominada *negligence* como modalidad de imputación subjetiva (*mens rea*)⁹⁶¹. Una vez más este autor afirma que la acción voluntaria lesiva es la esencia de la falta ética⁹⁶² y critica el argumento de que en los casos de desconocimiento el castigo se fundamenta en la capacidad del agente no empleada en el momento del hecho lesivo. De acuerdo con Hall, si el agente de hecho tuviera la capacidad, la habría utilizado para evitar el daño no advertido⁹⁶³. El autor indaga asimismo la razón por la cual esta modalidad de imputación subjetiva solo es aplicable a ciertos delitos⁹⁶⁴, lo que en su opinión sería una muestra de que se trata de una reacción emocional en casos en que la conducta del agente tiene graves consecuencias⁹⁶⁵. Su conclusión es que el castigo en la imputación sin conocimiento de los hechos no tiene base en la reprobación moral al agente por su conducta y por esta razón sería un caso de responsabilidad objetiva (*strict liability*). Además, para Hall es una tarea imposible para el juez la de “determinar si una persona, sobre la que se conoce muy poco, tenía la competencia (sensibilidad) para apreciar ciertos deberes y peligros en una situación particular – cuando los hechos indican claramente que la persona no ha demostrado esta competencia”⁹⁶⁶⁹⁶⁷.

En la actualidad, quizá el mayor crítico de la denominada *negligence* como modalidad de elemento mental en la doctrina jurídico-penal estadounidense sea Larry Alexander. En sucesivos trabajos desde 1990 hasta los días de hoy, este autor reúne argumentos contrarios a la adopción de esta forma de imputación, conocida en nuestro ámbito como imprudencia inconsciente. Su oposición se basa principalmente en el hecho de que para Alexander no es posible distinguir la negligencia, como se concibe en el *Model Penal Code*, de la mera responsabilidad objetiva (*strict liability*)⁹⁶⁸. El

⁹⁶¹ HALL, *Negligent Behaviour*, 1963.

⁹⁶² HALL, *Negligent Behaviour*, pp. 635, 643.

⁹⁶³ HALL, *Negligent Behaviour*, p. 640.

⁹⁶⁴ *American Law Institute's Model Penal Code* (MPC): § 2.02 (3): “Culpability Required Unless Otherwise Provided. When the culpability sufficient to establish a material element of an offense is not prescribed by law, such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto”. Más allá de este requisito especial para la imputación por negligencia, el MPC prevé la posibilidad de imputación aunque sin el concurso de ninguna de las formas de imputación subjetiva (*absolute liability* o *strict liability*) para infracciones penales sancionadas con multa (*violations*) y intenta limitar proposiciones legislativas para su creación (MPC, § 2.05; § 1.04). Sobre este último tema véase ROBINSON/DUBBER, *The Model Penal Code*, pp. 335-336.

⁹⁶⁵ HALL, *Negligent Behaviour*, p. 641.

⁹⁶⁶ HALL, *Negligent Behaviour*, pp. 642-643.

⁹⁶⁷ En 1976, Hall reafirma su postura contraria a la imputación por medio de la imprudencia inconsciente, ahora en una crítica sistemática contra el sistema del Código Penal Alemán, que mantendría formas de imputación subjetiva con distintas naturalezas: “The German Penal Code, as previously noted, purports to be based on moral fault, yet it often relies on inadvertent negligence that, presumably, is regarded as a moral fault ... The difficulty is that the acceptance by german theorists of inadvertent negligence as a sound basis of criminal liability bars the way to valid generalization and thus to systematic theory ... inadvertent negligence is the contrary of the states of mind designated 'intentional' or 'reckless'; it is not characteristic of 'voluntary conduct'. Accordingly, a concept of *mens rea* or *Schuld* that includes these diverse states of mind includes contraries or contradictions; it is a confused concept, not a description of what is uniform along those states of mind.” HALL, *Comment on Structure and Theory*, p. 620.

⁹⁶⁸ ALEXANDER, *Negligence in Criminal Law*, p. 101; ALEXANDER/FERZAN, *Crime and Culpability*, p. 81.

autor desarrolla su punto de vista inicialmente a partir de la análisis del baremo utilizado por dicho código, “la persona razonable en la situación del agente” (*reasonable person in the actor's situation*). Para *Alexander*, este concepto es indeterminado y arbitrario, pues según su opinión no hay parámetro que pueda indicar cómo el juez deberá construir esta persona razonable y qué conocimientos serán atribuidos a ella en contraste con el agente concreto⁹⁶⁹.

De forma más general, *Alexander* sostiene que la culpabilidad está basada en el vicio moral de la falta de preocupación suficiente por los intereses de los otros, lo que no sería aplicable a la *negligence*⁹⁷⁰. El autor argumenta asimismo que la culpabilidad presupone control del agente sobre sus actos y sus consecuencias, lo que tampoco sería posible predicar del que actúa con negligencia, dado que para *Alexander* uno no tiene control sobre su propia ignorancia⁹⁷¹. En este sentido, en el momento de la conducta negligente, el agente no estaría en situación de hacer nada más de lo que hizo, dado que no tenía ninguna razón para actuar de otra forma, puesto que no conocía el riesgo de daño⁹⁷². El autor concluye sus ideas con la afirmación de que la culpabilidad siempre va en función de lo que creía el agente con respeto a la naturaleza y las consecuencias de su conducta y de cuáles fueron sus razones para actuar como actuó teniendo en cuenta esas creencias⁹⁷³. De ello resulta que el castigo de las conductas meramente negligentes tendría una naturaleza estrictamente consecuencialista, no basada en la respuesta a una conducta reprobable⁹⁷⁴, por lo que debería ser eliminada de la ley penal como forma imputación subjetiva⁹⁷⁵⁹⁷⁶.

⁹⁶⁹ ALEXANDER, *Negligence in Criminal Law*, pp. 98-99; *Insufficient Concern*, p. 952; *Culpability*, pp. 231-232
ALEXANDER/FERZAN, *Crime and Culpability*, p. 85.

⁹⁷⁰ ALEXANDER, *Insufficient Concern*, pp. 931-932.

⁹⁷¹ ALEXANDER, *Insufficient Concern*, p. 952; *Culpability*, p. 232; ALEXANDER/FERZAN, *Crime and Culpability*, pp. 79, 85.

⁹⁷² ALEXANDER, *Negligence in Criminal Law*, pp. 99-100; *Culpability*, p. 233.

⁹⁷³ ALEXANDER, *Insufficient Concern*, p. 953.

⁹⁷⁴ ALEXANDER/FERZAN, *Crime and Culpability*, p. 78.

⁹⁷⁵ ALEXANDER, *Insufficient Concern*, p. 932.

⁹⁷⁶ Pueden ser también citados como juristas estadounidenses contrarios a la *negligence* (imprudencia inconsciente) como forma de *mens rea*, *Finkelstein* y *Ferzan*. *Finkelstein* rechaza teorías normativas de culpabilidad y nociones utilitaristas de responsabilidad y defiende una concepción descriptiva en que los elementos mentales del delito están configurados de manera que recuerda el finalismo: “human beings act as rational animals insofar as they act according to an end. Human reasons is thus fundamentally teleological, and human behaviour is characteristically rational insofar as it is motivated in this way. The notion of responsibility we have been discussing is both characteristically human and intrinsically related to to the idea of action” (FINKELSTEIN, *Responsibility for Unintended Consequences*, p. 584). De acuerdo con *Finkelstein*, “the criminal law is just another form of ordinary, non-criminal responsibility... our ordinary responsibility practices are predicated on the notion of choice. As such, they extend only to things agents do with awareness of what they are doing or risking. I conclude that negligence is incompatible with traditional principles of criminal responsibility” (FINKELSTEIN, *Responsibility for Unintended Consequences*, p. 581). *Ferzan* niega asimismo la *negligence* como modalidad de elemento mental, pues no reflejaría una elección del agente y en esta medida no podría acomodarse a las otras formas de *mens rea*, que manifestarían indiferencia, maldad o malicia (FERZAN, *Holistic Culpability*, p. 2544).

La resistencia a la atribución de responsabilidad en casos de ignorancia o evaluación equivocada sobre los hechos con el efecto del desconocimiento del riesgo de producción de un daño está presente también en la filosofía moral estadounidense en la actualidad. En este sentido, *Matt King* pretende acercarse al problema desde dos premisas iniciales: el paradigma de la responsabilidad basada en algún elemento mental consciente y el hecho de que la ausencia de conocimiento se considera comúnmente una excusa de la responsabilidad⁹⁷⁷. Después de descartar el recurso a acciones antecedentes como fundamento de la imputación (*tracing*)⁹⁷⁸, *King* desestima la propuesta según la cual la imprudencia inconsciente (*negligence*) expresaría por sí misma una cualidad de voluntad reprobable. El autor sostiene que una voluntad de esta naturaleza – que nos recuerda la “mala voluntad negativa” de *Klein* en el siglo XIX – no podría considerarse expresada tan solo por un hecho descuidado, especialmente cuando se trata de una persona usualmente cuidadosa⁹⁷⁹. De acuerdo con *King*, a ello se agrega el hecho de que muchas conductas descuidadas producen daños a personas que no son el blanco de ningún sentimiento negativo por parte del agente, por lo que tampoco sería aceptable interpretar la cualidad de voluntad como cualidad de sentimiento⁹⁸⁰ – lo que ahora recuerda las críticas contra las teorías de la culpabilidad del sentimiento de *Exner* y *Engisch*. La conclusión del filósofo es que no sería posible hallar una fundamentación general para la responsabilidad en los casos de *negligence*, por lo que los respectivos agentes no podrían ser considerados responsables de los daños que causan⁹⁸¹.

La comprensión de la necesidad de constatación y evaluación de lo que pasa por la cabeza del agente como realidad fundamental a la hora de establecer la base de la culpabilidad puede levantar dudas sobre la posibilidad de confirmar la responsabilidad moral – desconfianza que puede extenderse a la responsabilidad penal – en cualquier caso o por lo menos puede llevar a limitar la culpabilidad a los supuestos en que el agente actúa con la consciencia, según su propio juicio, de que debería actuar de manera diferente, lo que en la filosofía se caracteriza como el fenómeno conocido bajo el nombre de *akrasía*⁹⁸². En este sentido, *Rosen* reúne argumentos dirigidos a justificar una actitud de

⁹⁷⁷ KING, *The problem with negligence*, p. 579.

⁹⁷⁸ KING, *The problem with negligence*, pp. 579-582. Los argumentos son parcialmente semejantes a los que se han expuesto anteriormente en este trabajo.

⁹⁷⁹ KING, *The problem with negligence*, p. 584.

⁹⁸⁰ KING, *The problem with negligence*, p. 585.

⁹⁸¹ KING, *The problem with negligence*, p. 595.

⁹⁸² “An akratic action is one done in the belief that one should act differently”, HARMAN, *Does Moral Ignorance Exculpate?*, p. 443. *García Ginet* define la *akrasía* como “una forma de *proairesis* derivada de la situación conflictiva entre la parte racional y la parte apetitiva del alma, de tal manera que, siendo la razón la facultad que debe dirigir los actos de *proairesis*, es derrotada por la fuerza del deseo” y, con cita a Aristóteles, informa la noción de este filósofo sobre *proairesis*: “el acto voluntario resultante de la deliberación” (GARCÍA GINET, *Aristóteles: silogismo práctico y “akrasía”*, pp.1-2). Esto se distingue de lo que denomina en Derecho penal “hechos realizados por motivos de conciencia”, marcados “por su carácter existencial, por el sentimiento interior de estar incondicionalmente obligado” (ROXIN, *Derecho Penal*, pp. 941, 943).

escepticismo frente a la responsabilidad moral, pero no un escepticismo anclado en el cuestionamiento acerca del libre-albedrío, lo que es más común, sino desde la opinión de que solo una acción *akrática* podría fundamentar la responsabilidad y una acción de esta naturaleza no podría ser reconocida con seguridad, dada la opacidad de los procesos mentales⁹⁸³.

La premisa inicial de esta perspectiva escéptica de índole subjetivo-psíquica es que la ignorancia tiene un efecto exculpatorio de la responsabilidad, por lo que jamás podría ser una fuente de responsabilidad *originaria*⁹⁸⁴. Sin embargo, *Rosen* asume la posibilidad de responsabilidad *derivada*, siempre que sea posible establecer que la ignorancia es culpable⁹⁸⁵. La culpabilidad de la ignorancia estaría basada en no cumplir con obligaciones de carácter epistémico-procedimental (*procedural epistemic obligations*), que consisten en adoptar ciertos pasos para informarse sobre asuntos relevantes relacionados con nuestros comportamientos y su licitud, de manera se asegure que cuando llegue el momento de actuar el agente deberá saber lo que tenga que saber⁹⁸⁶. A esto deberá sumarse la constatación de que el fallo a la hora de observar estas obligaciones epistémicas es asimismo responsabilidad del agente, lo que a su vez podría dar lugar a un regreso indeterminado, como admite *Rosen*, pero que puede cesar, como sostendrá el autor más adelante en su exposición⁹⁸⁷.

En cuanto a los objetos de la ignorancia – en relación con los cuales serían aplicables igualmente las nociones de responsabilidad originaria y derivada – el citado autor afirma que el desconocimiento puede referirse no solo a los hechos, sino también a la ley, al principio moral o incluso a la fuerza racional de los principios morales o a lo que debería hacerse una vez consideradas todas las cosas⁹⁸⁸. De esto resultaría la posibilidad de que, aunque consciente de que su conducta atenta contra consideraciones morales – y podría extenderse aquí, consciente de que su conducta atenta contra la ley – el agente puede llegar a la conclusión, a partir de una deliberación racional, de que los costes morales pueden ser legítimamente superados por los beneficios de carácter diverso a la moral, lo que le llevaría a razonar que “una vez consideradas todas las circunstancias, debo practicar la conducta”⁹⁸⁹. Para *Rosen*, esta auténtica creencia por parte del agente de que debe actuar sería una creencia inocente, no culpable, puesto que el agente de hecho aceptaba – con buena fe, podemos añadir para aclarar el pensamiento de *Rosen* – que no debería actuar de manera diferente, equilibrados

⁹⁸³ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, 2004.

⁹⁸⁴ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, p. 300.

⁹⁸⁵ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, pp. 298-

⁹⁸⁶ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, pp. 301-302.

⁹⁸⁷ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, p. 303.

⁹⁸⁸ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, pp. 304-305.

⁹⁸⁹ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, pp. 305-306.

los costes y los beneficios⁹⁹⁰. Desde esta perspectiva subjetivo-psíquica del agente concreto, no habría culpabilidad en el supuesto mencionado, dado que el autor no tenía – en su cabeza, por así decirlo – una mejor razón para actuar de otra manera⁹⁹¹.

Todo esto cambiará si, conociendo los hechos pertinentes y la contrariedad entre la conducta que se propone hacer y la regla moral (y eventualmente contrariedad también a la ley), el agente sabe que, “todas las cosas consideradas”, debe actuar de una determinada manera, pero aun así, pese a este conjunto de creencias, no sigue lo que sabe que debería hacer según su propio juicio y entonces actúa de manera diversa⁹⁹². En este caso, de una acción caracterizada como *akrática*, el agente no podría alegar en su defensa las excusas de desconocimiento. La conclusión de *Rosen* es que la única ubicación posible de la responsabilidad originaria sería la *akrasía*⁹⁹³, que podría también fundar responsabilidad derivada, como el extremo final y único posible del regreso de las obligaciones epistémico-procedimentales antes referidas⁹⁹⁴. Para cerrar su argumento escéptico, el autor añade que, debido a las limitaciones de nuestro acceso a los estados de conocimiento y las opiniones subyacentes, jamás sería posible confirmar con seguridad la naturaleza *akrática* de la acción, condición de la responsabilidad, lo que en definitiva restaría legitimidad a toda pretensión de hacer alguien moralmente responsable por su conducta⁹⁹⁵.

A pesar del carácter abiertamente provocativo de la argumentación de *Rosen*, el autor pone en evidencia que si la perspectiva subjetivo-psíquica del individuo es considerada determinante para el anclaje de la responsabilidad, con la consecuente comprensión de que solamente una acción que el propio sujeto entienda como no justificada y no exculpada bajo su punto de vista personal podría vincular al agente a responder por su conducta, entonces difícilmente sería posible concebir un sistema de responsabilidad penal⁹⁹⁶. En este punto, es posible recordar las palabras de *Hall* – citadas al inicio de este apartado – cuando dice que “la obligación moral no está determinada por los hechos

⁹⁹⁰ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, p. 306.

⁹⁹¹ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, p. 306.

⁹⁹² ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, p. 307.

⁹⁹³ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, p. 307.

⁹⁹⁴ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, p. 308.

⁹⁹⁵ ROSEN, *Skepticism about Moral Responsibility*, pp. 308-309.

⁹⁹⁶ Es pertinente destacar lo que dice *Robles* sobre el riesgo de disolución del Derecho Penal que implicaría la excesiva individualización de la noción de inexigibilidad (ROBLES, *La doctrina de la inexigibilidad*, p. 178), lo que puede aplicarse igualmente con respecto al excesivo peso de la opinión del agente acerca de cuál sería la conducta que se debe practicar en la situación, con independencia de lo que dice el Derecho. De modo similar, *Seavey* subraya con expresividad que el permiso de no acceder a la evaluación de la comunidad sobre los intereses y admitir la prevalencia de los estándares individuales implicaría la “destrucción de la ley” (SEAVEY, *Negligence — Subjective or Objective?*, p. 11). Asimismo, *Sher*, desde el punto de vista de la filosofía moral: “It cannot be right that blaming or holding an agent responsible requires entering *fully* into his own point of view because if it did, then no one could identify with any (non-akratic) agent in the requisite way without regarding whatever that agent took himself to have the most reason to do exactly what he *did* have most reason to do” (SHER, *Who knew?*, p. 62).

reales, sino por la opinión del agente con respecto a ellos”⁹⁹⁷. Si esta afirmación fuese interpretada a partir de su literalidad, no habría más distinción entre las posturas de *Hall* y *Rosen*, puesto que la *opinión del agente*, después de todas sus ponderaciones personales, de que no debe actuar u omitir como efectivamente actúa u omite es lo que caracteriza la *akrasía*. Pero lo cierto es que una individualización de esta naturaleza no llega a ser defendida por *Hall*, dado que en cuanto al conocimiento u opinión del agente relacionados con la ley, el autor estadounidense sostiene que debe prevalecer la ética *objetiva* de la ley penal frente a la convicción individual del infractor⁹⁹⁸. Esto nos ayuda a aclarar que el debate tiene como punto central la posibilidad de aplicar esta cierta *objetividad* también a la ignorancia sobre los hechos o los riesgos que conllevan⁹⁹⁹ y llama la atención acerca de la discusión sobre la posibilidad de una aproximación común a las exigencias de conocimiento de los hechos, de sus riesgos y de su prohibición, por un lado, y a las consecuencias del desconocimiento, por otro.

La cuestión que se revela fundamental entonces es saber si en cuanto al conocimiento de los hechos o del grado de riesgo de una determinada conducta para intereses de terceros lo que debe prevalecer en el sistema jurídico de determinación de la responsabilidad penal es la perspectiva individual-psíquica del agente concreto o si en realidad lo que cuenta para vincular el sujeto a la responsabilidad es el producto de un juicio basado en una medida parcialmente externa a este sujeto – en mayor o menor grado – y, por tanto, de carácter normativo. Sobre esta pregunta, la doctrina crítica de la imprudencia inconsciente tiene por lo menos el gran mérito de poner de manifiesto que todos los que sostengan la legitimidad del establecimiento de responsabilidad sin conocimiento del riesgo tienen la carga de fundamentar este modo de proceder. Como se ha expuesto anteriormente, no es suficiente decir que la culpabilidad es normativa desde hace muchos años, porque esta aserción no cierra la discusión, sino todo lo contrario, puesto que de lo que se trata entonces es de iniciar una nueva fundamentación, ahora sobre cuál es la explicación normativa de esta imputación personal y cuáles son sus bases. Desde esas consideraciones quedan algunas preguntas en el aire: ¿Puede una responsabilidad considerada subjetiva conciliarse con el desconocimiento del riesgo? ¿Estaríamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva? Si la imprudencia inconsciente es admitida como especie de imputación subjetiva, ¿es posible concebir una base común para las formas de imputación subjetiva?

⁹⁹⁷ HALL, *Ignorance and Mistake*, p. 3.

⁹⁹⁸ HALL, *Ignorance and Mistake*, p. 21.

⁹⁹⁹ *James Brady* contesta la diferenciación hecha con fuertes tonos por *Hall* entre ignorancia referida a la ley e ignorancia referida a los hechos por lo que atañe al significado moral y a las consecuencias aplicables (BRADY, *Punishment for Negligence: A Reply to Professor Hall*, pp. 116-121)

CAPÍTULO II. Los problemas y las bases de la imputación sin conocimiento.

Imputación extraordinaria y estructura de las normas.

II.1. Introducción

En el actual estado de la investigación es posible afirmar de una forma panorámica que los intentos de fundamentar y legitimar la culpabilidad y la imputación penal al agente que no tiene conocimiento actual de los hechos constitutivos del riesgo o del carácter peligroso de hechos conocidos han seguido básicamente cuatro líneas: buscar un elemento psicológico en el momento del hecho que sea capaz de abarcar casos de desconocimiento (voluntad en sentido amplio o sentimiento); caracterizar el comportamiento sin conocimiento como expresión de la estructura de la personalidad (culpabilidad por el carácter) o como el resultado de la configuración de determinados hábitos (culpabilidad por el modo de vida) que se reflejarían – la personalidad o los hábitos – en el hecho; describir la ignorancia como producto de una conducta anterior responsable del desconocimiento (una especie de *actio libera in causa*); o fundamentar el desconocimiento como un déficit imputable a partir de criterios normativos.

Las dos primeras vías suponen de alguna manera intentos dirigidos a hallar, incluso en el ámbito de la imputación sin conocimiento, una vinculación psíquica – más o menos próxima, de acuerdo con la teoría de que se trate – entre el agente y el resultado de su conducta. De acuerdo con estas perspectivas, este nexo psíquico sería indispensable para fundamentar la censura ética al agente por su hecho, lo que a su vez sería condición para la culpabilidad penal. Pese a tener orígenes antiguos – como se ha demostrado en la primera parte de este trabajo –, estas fundamentaciones se renuevan en posturas con matices y argumentos propios, aunque básicamente respetan las dos líneas principales apuntadas. Una manifestación de este fenómeno es que hasta la actualidad algunos autores, principalmente del círculo de habla inglesa, buscan en la imprudencia inconsciente el proceso psíquico responsable de desencadenar la acción descuidada productora del resultado indeseado. Por ejemplo, para *Garvey* el agente que crea un riesgo de causar la muerte de alguien sin ser consciente de este riesgo es culpable cuando la ignorancia es producto de un fallo en controlar deseos que influyen en la formación del conocimiento¹⁰⁰⁰. Por su parte, *Victor Ramraj* defiende abiertamente una culpabilidad por el carácter según la cual la conducta negligente (sin conocimiento del riesgo) deriva

¹⁰⁰⁰ GARVEY, *Involuntary Manslaughter*, p. 337. “The culpability of unwitting risk-creation likewise consists in the failure to exercise self-control” (365). “When the law legitimately imposes retributive punishment on an actor for involuntary manslaughter ... it punishes him if and because he failed to exercise doxastic self-control over the influence of his desires on his belief when could and fairly should have exercised such self-control” (GARVEY, *Involuntary Manslaughter*, p. 382)

de un fallo del agente en modificar su configuración moral para poder respetar los derechos e intereses fundamentales de los otros como lo haría una persona razonable¹⁰⁰¹.

Los problemas de estas concepciones han sido analizados principalmente en la primera parte de este trabajo¹⁰⁰². Aparte de los obstáculos de legitimidad que supone la culpabilidad por el carácter¹⁰⁰³, estas teorías psicológicas en general son especulativas, pues aunque tengan la pretensión de establecer una vinculación empírica entre la inadvertencia y un rasgo de la personalidad o un proceso mecánico en la mente del sujeto, no son capaces de demostrar en el mundo empírico la prueba suficiente del nexo que proponen. En este sentido, es posible afirmar que estas teorías, si bien parcialmente basadas en hechos observados, no consiguen constituir más que suposiciones, sin la fuerza y el rigor necesarios que puedan fundamentar un reproche que autorice la aplicación de la pena. Esta ya sería una razón *suficiente* para rechazar las teorías psicológicas en la fundamentación de la imprudencia inconsciente. Pero aunque estuviéramos de acuerdo con la relación propuesta por las teorías psicológicas, las dificultades para aplicarlas en el proceso penal serían insuperables. ¿Con qué herramientas debería el juez investigar si el hecho es expresión de un carácter no autoconfigurado para el respeto a los intereses de los demás o si el hecho es expresión de la ausencia de deseos no controlados? El resultado del análisis crítico de estas teorías es siempre el mismo: después de afirmar un hecho que suponen intuitivamente que debe ser reprochado, intentan explicar el proceso de formación del estado mental que sería el conductor del comportamiento a partir de la propia configuración “externa” del comportamiento. Así, el hecho en su aspecto externo sería precisamente la confirmación del proceso mental censurable del cual se origina, sin que se pruebe empíricamente el proceso de surgimiento del estado mental y su relación con el hecho. Si bien no consiguen explicar el reproche en supuestos de imprudencia inconsciente, estas teorías psicológicas hacen patente uno de los problemas nucleares para la fundamentación del castigo en este ámbito, lo que podemos llamar *el problema de la culpabilidad*¹⁰⁰⁴. Esta cuestión será analizada en el capítulo siguiente.

Paralelamente, un sector de la actual doctrina penal alemana y española ha intentado fundamentar la imputación en la imprudencia inconsciente una vez más desde el recurso a la *actio*

¹⁰⁰¹ VICTOR RAMRAJ, *A Theory of Criminal Negligence*, pp. 135, 247.

¹⁰⁰² Véanse también, en el capítulo anterior, las críticas a Köhler y su maestro Wolff.

¹⁰⁰³ Estos obstáculos pueden ser resumidos en las palabras de Michael Moore: “... no one deserves to be punished for being a poor specimen of humanity” (MOORE, *Choice, Character and Excuse*, p. 586). Además, “... character retribution is among other things inconsistent with the general principle, to which any liberal state owes allegiance, that citizens can legitimately be punished for only for what they do, not for who they are” (GARVEY, *Involuntary Manslaughter* p. 350).

¹⁰⁰⁴ En esse sentido sintetiza Sánchez-Ostiz que “el principio garantista de culpabilidad lleva a defender, cada vez com más firmeza y amplitud, que a aquel que desconoce algún dato de la situación fáctica o de la prohibición (como también de la prescripción y permisión) no se le puede imputar lo realizado” (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Defectos de Imputación*, p. 123).

libera in causa. En el capítulo anterior han sido analizados intentos de reconducir la ignorancia del riesgo en la imprudencia inconsciente a un comportamiento anterior *consciente*, es decir, un comportamiento reconocido por el agente como infractor de una prescripción de obtención de conocimiento necesaria para la prevención de daños a intereses de otras personas, lo que coincide con lo que los estadounidenses llaman “*tracing*”. En la dogmática penal *Arthur Kaufmann* y *Molina Fernández* sostienen esta postura. Sin embargo, los partidarios de la corriente de cuyo análisis nos ocuparemos a continuación, aunque comparten el método de recurrir a la acción precedente para imputar en casos de desconocimiento – lo que denominan *imputación extraordinaria* –, proponen una estructura de especial densidad normativa para justificar el castigo más allá de la *consciente* infracción de una anterior prescripción de obtención de conocimiento. En ese sentido, este segundo grupo de teorías que se refieren a la acción precedente se acerca a las demás concepciones normativas: al fin y al cabo el castigo de la imprudencia inconsciente está basado en un déficit de conocimiento imputable normativamente. *Hruschka*, en Alemania, y *Sánchez-Ostiz*, en España, son los más destacados defensores de la explicación de la imprudencia (inconsciente) como especie de *actio libera in causa* en cada país¹⁰⁰⁵.

II.2. La imputación extraordinaria en la imputación subjetiva

De acuerdo con *Hruschka*, cuya postura tiene anclaje en la teoría de la imputación de *Puffendorf*, se debe llamar extraordinaria la imputación “cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión, pero puede reprochársele precisamente que se encuentre en esta situación de imposibilidad o de incapacidad”¹⁰⁰⁶. Así, en lo que se refiere a la ignorancia, cuando es considerada en sí misma, puede verse en la situación concreta como inevitable, pero si es considerada en su causa, puede ser valorada como vencible, puesto que el agente podría haberse informado lo suficientemente antes¹⁰⁰⁷. De ello se sigue que “una imputación extraordinaria tiene lugar cuando vemos un suceso o una inactividad...como suceso u omisión de una acción que estaba al alcance del que actúa, no en sí misma, pero sí en su causa”¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁵ Sobre la secuencia de trabajos de *Hruschka* sobre la denominada imputación extraordinaria, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 533-534, nota a pie de página 87.

¹⁰⁰⁶ HRUSCHKA, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Puffendorf*, p. 57.

¹⁰⁰⁷ HRUSCHKA, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Puffendorf*, p. 62.

¹⁰⁰⁸ HRUSCHKA, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Puffendorf*, p. 63.

En los delitos imprudentes, tema que nos interesa, *Hruschka* distingue el *objeto* (*Gegenstand*) de la censura del *fundamento* (*Grund*) de la censura¹⁰⁰⁹. El objeto de la censura en el ámbito imprudente es el comportamiento que provoca inmediatamente el resultado típico – en esto no hay diferencia en comparación con el dolo¹⁰¹⁰. Pero puede suceder que en el momento de esta conducta imprudente lesiva el agente no pueda ya comportarse de una forma que evite el resultado típico¹⁰¹¹. *Hruschka* pone el ejemplo del cirujano que durante la operación no puede ya corregir su anterior fallo de diagnóstico responsable por el desconocimiento que le conduce a hacer los procedimientos incorrectos – ya que conllevan peligro innecesario al paciente – en el quirófano¹⁰¹². En este caso, aunque el *objeto* de la censura sea el comportamiento que provoca la lesión al paciente, no se podría hallar el *fundamento* de la censura en este mismo comportamiento, puesto que la conducta ya es inevitable para el agente¹⁰¹³. Sin embargo, sería posible recurrir a un comportamiento anterior, en cuyo momento el agente era capaz de evitar la producción de la cadena causal que va a redundar en el comportamiento típico¹⁰¹⁴. En el caso del cirujano, este comportamiento precedente sería la omisión de hacer el diagnóstico correcto a su tiempo, cuando esto todavía era posible¹⁰¹⁵. El *fundamento* de la censura residiría, por tanto, en esta conducta anterior, en el fallo de diagnóstico evitable que produjo el desconocimiento.

Hruschka diferencia asimismo la infracción del *deber*, que en el caso sería practicar la conducta típica que lesiona al paciente, de la infracción de una *incumbencia* (*Obliegenheit*)¹⁰¹⁶¹⁰¹⁷, que sería la vulneración del mandato de conocer¹⁰¹⁸. El comportamiento que infringe el deber es siempre el que provoca inmediatamente el resultado típico, en tanto que la infracción de la incumbencia podría suceder en el momento mismo del comportamiento típico – cuando el sujeto imprudente no advierte el riesgo en el momento de la conducta pero podía y debía haberlo advertido

¹⁰⁰⁹ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, p. 24.

¹⁰¹⁰ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, p. 24.

¹⁰¹¹ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, p. 24.

¹⁰¹² HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, p. 25.

¹⁰¹³ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, p. 25.

¹⁰¹⁴ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, pp. 24-25.

¹⁰¹⁵ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, p. 25.

¹⁰¹⁶ La traducción al castellano (*Obliegenheit* - incumbencia) es propuesta por *Sánchez-Ostiz* (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 539). El concepto ha sido traducido también como “carga” (CÓRDOBA, *La inevitabilidad del error de prohibición*, p. 153; LERMAN, *Recensión a Michael Pawlik*, p. 20).

¹⁰¹⁷ Sobre la diferencia entre deber e incumbencia, según *Hruschka*: “Auch ‘Obliegenheit’ meint die Gebundenheit dessen, dem etwas obliegt, an ein Gebot oder ein Verbot, kraft welcher Gebundenheit eine gewisse – rechtliche oder sittliche – Notwendigkeit zur Erfüllung dieser Norm besteht. Der Unterschied zwischen Pflicht und Obliegenheit ist infolgedessen ein gradueller. Man kann ihn – vergrößernd – zunächst einmal so ausdrücken, dass Recht und Moral *in erster Linien* der Erfüllung der – rechtlichen bzw. moralischen – interessiert sind, während ein Interesse an der Erfüllung von Obliegenheiten *erst in zweiter Linie* besteht. Speziell auf das Strafrecht bezogen bedeutet das: Nur die Verletzung von (Rechts-)Pflichten wird bestraft, während die Verletzung von Obliegenheiten *als solche* straflos ist” (HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 416)

¹⁰¹⁸ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, pp. 25-26.

en ese instante – o puede suceder con anterioridad, como en el caso del error de diagnóstico que precede a la intervención quirúrgica¹⁰¹⁹. En los casos en que el agente ya no puede conocer el peligro cuando este ocurre, como regla no sería posible imputarle el comportamiento productor del resultado lesivo como infracción de un deber¹⁰²⁰. No obstante, se hace una excepción a esta regla cuando el agente es responsable de su desconocimiento, porque podría haberlo evitado en un momento precedente¹⁰²¹. Con esto, la infracción de la anterior incumbencia de obtener conocimientos es el fundamento de la censura que se le hace al agente por el comportamiento que produce inmediatamente el resultado típico, que ahora sí puede ser considerado como infractor de deber¹⁰²². Este es el procedimiento que *Hruschka* llama de imputación extraordinaria¹⁰²³.

Sánchez-Ostiz comparte la opinión de *Hruschka* sobre la necesidad de una vía extraordinaria para poder imputar en los casos que describe como de defectos de imputación – entre los que se incluye la ignorancia. De acuerdo con este planteamiento, el dolo es condición necesaria para la imputación subjetiva, por lo que desaparecería la posibilidad de imputar en casos de error¹⁰²⁴. Sin embargo, sería posible recurrir a “una forma diversa de imputación, que hace posible imputar pese a no concurrir la condición necesaria para la imputación”¹⁰²⁵. Esta forma de imputar es la que se construye a partir de un nuevo título, que permite hacer responsable al agente de la falta del elemento necesario para la imputación (ordinaria)¹⁰²⁶. Por su parte, la responsabilidad por la falta de una condición para imputar deriva de la infracción de una incumbencia, cuyo contenido es “mantenerse en condiciones de cumplir, llegado el caso, con lo prescrito o prohibido por la regla en cuestión”¹⁰²⁷.

¹⁰¹⁹ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, p. 26.

¹⁰²⁰ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, p. 26.

¹⁰²¹ HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, p. 26.

¹⁰²² “Darüber hinaus ist aus jedem Verbot abzuleiten, daß es jedem Verbotsadressaten, der im Begriffe ist zu handeln, obliegt, die aus seinem Handeln resultierenden Möglichkeiten der Verwirklichung des Verbotstatbestandes zu erkennen; und aus jedem Gebot ist abzuleiten, daß es jedem virtuell Handlungspflichtigen obliegt, die die Handlungspflicht begründenden Situationen und seine eigenen Möglichkeiten zur Gebotserfüllung zu erkennen. Verletzungen dieser Obliegenheiten haben außerordentliche Imputationen auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes der primären Verhaltensanweisungen zur Folge” (HRUSCHKA, *Über Tun und Unterlassen*, p. 429)

¹⁰²³ Concepción semejante es defendida por *Dehne-Niemann*, aunque el autor prefiere denominar el sucedáneo (“Surrogat”) de la ausencia de conocimiento de las circunstancias fácticas como *contrariedad a deber* (“Sorgfaltswidrigkeit”) y no *incumbencia* (“Obliegenheit”): DEHNE-NIEMANN, *Sorgfaltswidrigkeit*, pp. 92-96. *Behrendt* también hace parte del grupo de autores que quiere explicar la imprudencia acudiendo a la *actio libera in causa*. Sin embargo, cuando habla de imprudencia y *actio libera in causa*, *Behrendt* se refiere tan solo a los supuestos en los que el desconocimiento solo sería evitable por medio de conductas *anteriores* al hecho, es decir, el desconocimiento ya es inevitable durante el comportamiento inmediatamente lesivo y por esto sería necesario acudir a un tiempo anterior (*Tatvorphase*) en que la recaudación de informaciones y la adopción de otras medidas serían todavía adecuadas para evitar el futuro desconocimiento ya inevitable en el momento de comportamiento inmediatamente lesivo (BEHRENDT, *Vermeidbarkeit*, p. 309).

¹⁰²⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Defectos de Imputación*, p. 133; *Imputación*, p. 533.

¹⁰²⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Defectos de Imputación*, p. 133.

¹⁰²⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 545.

¹⁰²⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 541. Sánchez Ostiz explica que “junto a los contenidos expresados como deber en la norma (‘primarios’), existirían otros contenidos normativos (‘secundarios’), cuya finalidad y sentido consisten, precisamente, en hacer posible el cumplimiento de los primarios” (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 541-542).

Pese a que *Sánchez-Ostiz* afirma que la incumbencia “ha de respetar lo que se dice para la acción y el hecho, la controlabilidad sobre el proceso en el que el sujeto se ve inmerso”¹⁰²⁸, añade que “no es un deber, cuya infracción exige dolo por parte del agente”¹⁰²⁹.

El recurso a la imputación extraordinaria en casos de ignorancia tiene como presupuesto, según sus defensores, la consideración de la libertad de actuación como condición para imputar algo al sujeto como su hecho¹⁰³⁰. De acuerdo con *Sánchez-Ostiz*, “para ser libre es preciso que el artífice conozca las circunstancias del obrar”, lo que constituye una “libertad básica, mínima, requerida para afirmar que alguien ha obrado”¹⁰³¹. Si esto se traduce a “las categorías de la teoría del delito, podría decirse de quien actúa con dolo (conocer las circunstancias relevantes del tipo) que es libre”¹⁰³². La consecuencia es que el concepto de hecho está integrado por el dolo, de manera que “un proceso sin conocimiento de las circunstancias, o sin dirección del proceso, no es un hecho”¹⁰³³. A primera vista, estas consideraciones pueden ser evaluadas como coherentes con la pretensión de justificar la imputación en supuestos de imprudencia, especialmente imprudencia inconsciente, como casos de imputación extraordinaria, toda vez que si bien el dolo es estimado como un elemento esencial para imputar el obrar al agente, sería posible, en ausencia de este elemento, *como excepción*, imputar extraordinariamente si el sujeto es responsable por la falta del aludido componente subjetivo debido a la infracción de una incumbencia. No obstante, la incoherencia es que para infringir una incumbencia no sería necesario conocer sus circunstancias fácticas ni su relación con el posible comportamiento peligroso posterior – es decir, no hace falta el dolo –, por lo que el actuar infractor de una incumbencia no sería un actuar libre, según la propia concepción de los defensores de la dualidad entre imputación ordinaria y extraordinaria. Que pueda admitirse extraer efectos para la imputación – aunque indirectos – de algo que, de acuerdo con ese planteamiento, no se origina de la libertad del agente, es algo que llama la atención, especialmente ante la afirmación antes destacada de que “la incumbencia ha de respetar lo que se dice para la acción y el hecho, la controlabilidad sobre el proceso en el que el sujeto se ve inmerso”¹⁰³⁴.

Lo que se observa es que, a la falta del conocimiento en el momento de la infracción del deber – lo que constituiría un obstáculo para la imputación de acuerdo con esta opinión –, se propone el recurso a la infracción de una incumbencia de conocer. Pero sin conocimiento de que infringe una

¹⁰²⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 549.

¹⁰²⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 540-541.

¹⁰³⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 516-517.

¹⁰³¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 442.

¹⁰³² SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 444.

¹⁰³³ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 515.

¹⁰³⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 549.

incumbencia, el agente no actuaría con libertad y por ello no se resuelve el problema en cuestión. El resultado es la imputación extraordinaria sin que estos autores pueden anclarla en ningún “acto de libertad”. La acción imputada no es, por tanto, ni “*libera in se*”, ni tampoco “*libera in sua causa*”¹⁰³⁵. En consecuencia, por esta vía no se podría fundamentar la imputación en la imprudencia inconsciente, cuando no hay conocimiento ni de que se infringe un deber en el momento del hecho, ni de que se infringirá un deber por falta de conocimiento en algún momento futuro. No parece que este contexto pueda cambiar mucho aun cuando se rechace la comprensión del dolo como un elemento ontológico¹⁰³⁶ o un hecho “susceptible de ser constatado objetivamente”¹⁰³⁷ y se sostenga que se trata del resultado de una imputación, un juicio adscriptivo fundado en las circunstancias externas como expresión de algo espiritual¹⁰³⁸. Esto es así porque en el caso de la imprudencia inconsciente el escenario de las circunstancias externas no autoriza a fundamentar ni la imputación del conocimiento de la infracción del deber, ni tampoco la imputación del conocimiento de la infracción de una incumbencia.

Ahora bien, las cosas cambian si el concepto esencial en la imputación extraordinaria no es ya *acción libre*, sino *evitabilidad* – comprendida de una manera normativa –, a la manera de lo que sostiene *Kindhäuser* en su teoría sobre la imprudencia. Inicialmente, de acuerdo con esta postura, el dolo es caracterizado como la consciencia de la evitabilidad de la realización típica en el momento decisivo¹⁰³⁹, o evitabilidad actual. Si el agente no tiene conocimiento de los hechos constitutivos del peligro concreto de su comportamiento, no es posible la imputación de su conducta como infracción de un deber ante el obstáculo que se expresa en el principio *ultra posse nemo obligatur*¹⁰⁴⁰. Esta sería entonces una situación de inevitabilidad y por tanto de imposibilidad de imputación¹⁰⁴¹. Con todo, el efecto impeditivo a la imputación que se origina de la *incapacidad de evitar* por ausencia de conocimiento¹⁰⁴² podría ser excepcionado si esta incapacidad era a su vez *evitable*. *Kindhäuser* explica que esta incapacidad en el momento decisivo podría ser considerada evitable cuando es

¹⁰³⁵ Con esto se hace referencia al título del artículo de *Hruschka*: “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in causa*”.

¹⁰³⁶ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 154.

¹⁰³⁷ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 155.

¹⁰³⁸ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 155. También Sánchez-Ostiz comprende el dolo como producto de una imputación (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 522). Dice Sánchez-Ostiz en otra ocasión: “... el hecho no existe fuera del juicio de imputación que instauraría el carácter doloso del proceso en el que el sujeto se ve inmerso. Así, el dolo no se constata, sino que se afirma cuando se imputa algo como hecho. Por lo que el dolo del que tratamos no puede ser – a pesar de que no siempre es así visto en la doctrina – de naturaleza meramente psicológica” (Casos difíciles, teoría del delito y doctrina de la imputación, p. 93).

¹⁰³⁹ KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, p. 203.

¹⁰⁴⁰ KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, p. 204.

¹⁰⁴¹ KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, p. 207.

¹⁰⁴² Para *Kindhäuser*, “tiene capacidad de acción quien está física e intelectualmente en condiciones de comportarse de tal manera que pueda alcanzar determinadas metas... quien realiza un tipo, pese a estar intelectual y físicamente en condiciones de evitarlo, realiza un injusto jurídico-penal” (KINDHÄUSER, *Imputación objetiva y subjetiva*, p. 157).

producto de una inobservancia del cuidado por parte del agente, situación en que este no podría apelar a su desconocimiento, dado que es responsable por él¹⁰⁴³. Hasta este punto no hay mucha diferencia entre la propuesta de *Kindhäuser* y las teorías que consideran la imprudencia como una especie de *actio libera in causa* – a lo que nos hemos referido en el capítulo anterior como *tracing*. Sin embargo, la particularidad ahora es que se establece que la inobservancia del cuidado es algo atribuido normativamente al agente, con independencia del reconocimiento por el propio agente de una posible relación entre su conducta y un peligro posterior. En ese sentido, es suficiente para la imputación de la ausencia de cuidado el hecho de que un fiel destinatario de la norma con la constitución intelectual y física del agente la habría evitado¹⁰⁴⁴, lo que se debe averiguar de acuerdo con las exigencias establecidas por el rol social ejercido en relación con las medidas de prevención necesarias¹⁰⁴⁵. El resultado es que el dolo es sustituido por un sucedáneo *normativo*, el “desconocimiento contrario a cuidado” (*sorgfaltswidrige Unkenntnis*)¹⁰⁴⁶¹⁰⁴⁷.

Por lo que se refiere a la imprudencia, la preocupación básica de estas teorías que distinguen la infracción del deber – consistente en el comportamiento típico – y la infracción de la incumbencia de adquirir conocimientos reside en la consideración de que la imputación subjetiva no puede reflejarse ordinariamente sin el concurso del dolo. Sin dolo no habría ordinariamente evitabilidad para el agente, por lo que la imputación en este caso atentaría contra el principio de que nadie puede ser llamado por la norma a hacer lo que está más allá de sus capacidades. Entonces ¿cuál es la solución? ¿Abdicar de la imprudencia como forma de imputación subjetiva? Esta podría ser la opción más atractiva ante las premisas, pero estos autores no piensan así. El camino es fundamentar la imputación en casos de ausencia de conocimiento por medio de la imputación al agente de su falta de conocimiento. Sin embargo, con este paso atrás¹⁰⁴⁸ no se encuentra el elemento voluntario buscado,

¹⁰⁴³ KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, p. 207.

¹⁰⁴⁴ KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, p. 210.

¹⁰⁴⁵ KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, pp. 213-215.

¹⁰⁴⁶ KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, p. 209.

¹⁰⁴⁷ De forma parecida, *Renzikovski* distingue el deber de no lesionar bienes jurídicos ajenos (*Verhaltenspflicht*) y la incumbencia de obtener conocimientos (*Erkenntnisobliegenheit*). En caso de infracción de la incumbencia, el que actúa sin dolo no puede alegar falta de capacidad de evitación – o inevitabilidad – por desconocimiento. La vulneración de la incumbencia y la resultante ausencia de conocimiento que impide al agente de evitar el comportamiento típico se traduce en *imprudencia*, un sucedáneo para la falta de dolo (*RENZIKOVSKI, Restriktiver Täterbegriff*, pp. 226-232).

¹⁰⁴⁸ La infracción de una incumbencia puede darse en el mismo momento del comportamiento típico, lo que sucede, por ejemplo, en los casos de mera inadvertencia durante el comportamiento, lo cual sería evitable de haber el agente advertido (por ejemplo, el anestesista no advierte las señales de que el tubo que proporcionaba el oxígeno al paciente se desconectó durante la operación, lo que tiene como consecuencia una parada cardíaca y la muerte del paciente – caso mencionado por *Simester/Sullivan*, juzgado por la *House of Lords* del Reino Unido – “*R. versus Adomako*” – [1994] 3 W.L.R. 288 - *SIMESTER/SULLIVAN, Criminal Law*, p. 140). Aun así, los defensores de la imputación extraordinaria distinguen en estos casos el comportamiento típico – lo que hace el agente –, de su inadvertencia, que caracterizaría la infracción de la incumbencia (*HRUSCHKA, Die actio libera in causa*, p. 25; *RENZIKOVSKI, Restriktiver Täterbegriff*, pp. 229-230; *KINDHÄUSER Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, p. 204 – *Kindhäuser* insiste en que en la imprudencia siempre hay una infracción de incumbencia *antes* del comportamiento típico, aunque la falta de cuidado consista en un acto del espíritu, como es el no advertir). Pero en estas situaciones ya no habría mucha ventaja en separar los dos

ya que la infracción de la incumbencia no necesita ser dolosa. Cuando hablamos de imprudencia inconsciente estamos hablando de una situación en la que en la cabeza del agente, por así decirlo, no hay peligro, descuido ni infracción de ninguna incumbencia de conocer. Es cierto que, como queda dicho, la infracción de esta incumbencia según estos autores no depende del dolo¹⁰⁴⁹, pero entonces no existe el enlace de naturaleza mental entre el agente y la norma que le daría la ocasión concreta y psíquica de obedecerla. Al fin y al cabo, como ya habíamos anticipado, la imprudencia inconsciente se caracteriza por un déficit valorado negativamente, con lo que se acercan estas teorías de la imputación extraordinaria al último de los cuatro grupos mencionados al inicio de este apartado, que caracteriza la imprudencia (inconsciente) como una falta imputable a partir de criterios normativos, un procedimiento que todavía queda por fundamentar. Sin embargo, estas teorías nos indican un segundo posible problema para legitimación del castigo en la imprudencia inconsciente: la adecuación entre esta forma de imputación y la idea mayoritaria de que las normas tendrían en mayor o menor grado una función directiva de conductas, lo que podemos llamar *el problema de la función o estructura de la norma*.

II.3. Función de la norma e imprudencia inconsciente

Lo que nos interesa en este punto es analizar los efectos que pueden desprenderse de la función o de la estructura de la norma en la fundamentación del castigo de la imprudencia inconsciente. Tradicionalmente se ha debatido sobre si las normas jurídico-penales establecen meros juicios de valor sobre conductas o si contienen también un imperativo dirigido a sus destinatarios¹⁰⁵⁰. Esta discusión tradicional en la historia de la dogmática penal está relacionada sobre todo con la existencia de concepciones antagónicas sobre el contenido de la antijuridicidad, que han debatido desde hace muchas décadas sobre si esta tendría un carácter de valoración *objetiva*¹⁰⁵¹ o si constituiría más bien una infracción *subjetiva* a la norma¹⁰⁵². De esta manera, la discrepancia no consistiría exactamente

elementos – infracción del deber e infracción de la incumbencia –, dado que el alcance de la norma no necesitaría “volver” en el tiempo para buscar un comportamiento que explique el resultado, lo que puede implicar un problema para la determinación de las fronteras de las prohibiciones o mandatos. La ventaja de la imputación extraordinaria estaría, en ese sentido, en la posibilidad de explicar la imputación abarcando acciones anteriores a lo que sería el comportamiento típico, pero este problema no tiene relación necesaria con la carga de fundamentar la imputación sin conocimiento. En ese ámbito – el de la fundamentación de la imputación sin conocimiento – no hay especial rendimiento en estas teorías, que abocan de igual manera a un acto inconsciente valorado negativamente.

¹⁰⁴⁹ En contraposición a los adeptos de la imputación extraordinaria mencionados en el texto, *Molina Fernández* afirma que el “comportamiento negligente sería en realidad la infracción dolosa de la norma subordinada de orden inferior que le obliga [al destinatario] a estar atento a la ocasión del cumplimiento de la [norma] principal” (MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 570).

¹⁰⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 334; MIR PUIG, *Introducción*; pp. 41-42; *Derecho Penal*, pp. 78-79.

¹⁰⁵¹ Este concepto (norma de valoración objetiva/injusto objetivo) está vinculado de forma predominante al neokantismo (SILVA SÁNCHEZ, *Concepto unitario de injusto*, pp. 5-6).

¹⁰⁵² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 334-335; HAVA, *La imprudencia inconsciente*, p. 8.

en precisar si la norma contiene *solo* una valoración o si es *solo* un imperativo – puede observarse un cierto consenso en los dos sectores de que se deberían tener en cuenta, *en alguna medida*, ambas perspectivas¹⁰⁵³ –, sino en decidir si a partir del peso en el carácter valorativo o en el carácter imperativo de la norma, cabría explicar la antijuridicidad desde un punto de vista objetivo – sin el dolo y la imprudencia como sus elementos – o, por el contrario, como una infracción personal, que dependería de la comprobación de que la conducta es dolosa o imprudente¹⁰⁵⁴¹⁰⁵⁵. De forma paralela a esta discusión, son todavía observables por lo menos dos tendencias: la primera, desde la defensa del carácter (predominantemente) imperativo o directivo de conductas de la norma penal, la de restar importancia al desvalor del resultado – que en la imprudencia pasaría a configurar tan solo una condición objetiva de punibilidad – y concentrar el injusto exclusivamente el desvalor de la acción¹⁰⁵⁶, y la segunda, la de relativizar o contestar la separación entre injusto y culpabilidad y no admitir una infracción no culpable a la norma¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵³ LUZÓN, *Alcance y función*, p. 42, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 80.

¹⁰⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 335-336.

¹⁰⁵⁵ De esta manera, por ejemplo, desde la concepción objetiva de la antijuridicidad, *Mezger* distingue “una norma objetiva de valoración del derecho, que materializa esa ordenación objetiva de la vida y una norma subjetiva de determinación, que se deduce de aquella norma y se dirige al individuo y le dice y le quiere decir lo que debe hacer u omitir para satisfacer dicha norma de valoración. Lo que contradice la norma objetiva de valoración es ‘antijuridicidad objetiva’ o, como se acostumbra a decir en la actualidad, ‘injusto’”, mientras que dolo e imprudencia son la forma básica de culpabilidad y la forma más leve de culpabilidad, respectivamente (MEZGER, *Derecho Penal*, pp. 134, 224). Y, desde la antijuridicidad como infracción personal de la norma, *Welzel* sostiene inicialmente que la antijuridicidad es “un predicado objetivo de valor, porque expresa el desequilibrio objetivo entre acción y orden jurídico” (WELZEL, *Derecho Penal*, p. 58), pero añade que “las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final” (WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 47), lo que para este autor tiene como consecuencia su conocida postura sobre la ubicación del dolo y de la imprudencia en el injusto. *Silva Sánchez* vincula esa concepción sobre todo a *Armin Kaufmann*, que comprende la “norma como directiva de conducta para imputables e imputables” (SILVA SÁNCHEZ, *Concepto unitario de injusto*, p. 5). De hecho, *Armin Kaufmann* sostiene que “el capaz de acción tiene el *deber* ya sea de realizar un acto concreto (deber de acción), ya sea de omitirlo (deber de omitir)” y admite la infracción del deber sin “capacidad para cumplir el deber” (ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 213 y ss – en alemán: “Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie”).

¹⁰⁵⁶ En esse sentido, *Zielinski*: “Haben die Rechtsnormen die Aufgabe, menschliches Verhalten zu regeln, dann enthalten sie an Menschen gerichtete Befehle Handlungsbeschreibungen und begründen Pflichten, Handlungen vorzunehmen bzw. zu unterlassen. Unrecht als die Nichterfüllung dieser Pflichten hat stets Handlungschakater: der Handlungsunwert, der durch die Gerichtetheit des Verhaltens auf ein wertwidriges Ziel fundiert wird, konstituiert das Unrecht. Und er allein füllt es inhaltlich” (ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, p.143). Sobre el resultado en los delitos imprudentes, véase ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, pp. 217, 309.

¹⁰⁵⁷ No tan solo los antiguos defensores de la “concepción subjetiva de la antijuridicidad”, que “entendían que los imperativos jurídicos solo se dirigen a los imputables, que serían los únicos que los pueden infringir” (Cf. LUZÓN, *Alcance y función*, p. 42) pueden inserirse en este grupo, sino también en la actualidad *Molina Fernández*, quien después de una larga investigación concluye que “el actual sistema teórico del delito, basado en la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, no está en condiciones de cumplir satisfactoriamente con la tarea para la que fue elaborado” y, de acuerdo con esto, propone un sistema alternativo que “intenta conciliar las dos necesidades contrapuestas del sistema del delito: individualización e intersubjetividad. Se trata, por un lado, de lograr un concepto de norma y de antijuridicidad coherente con su estructura directiva y, por otro, de definir las circunstancias que delimitan la lesividad del hecho para los bienes jurídicos con la mirada puesta en la actuación de terceros” (MOLINA, *Antijuridicidad penal*, pp. 862-863). Además, *Silva Sánchez* menciona autores (*Freund*, *Mir Puig*) que, también partiendo de la norma como directiva de conducta, aunque no lleguen a diluir la diferenciación entre antijuridicidad y culpabilidad, “tienden a ampliar el conjunto de elementos precisos para afirmar la concurrencia de una vulneración normativa”, lo que “se debe, en buena parte, al análisis de las consecuencias lógicas que ha de tener la concepción de la norma como mecanismo de motivación de conductas” (SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 34-35). Más referencias sobre otros partidarios de la imposibilidad de “infracción no culpable de la norma” se hallan en el próximo capítulo.

Silva Sánchez señala asimismo una discusión más reciente sobre el “papel correspondiente a la norma de conducta y la norma de sanción (o, llanamente, la sanción) en la construcción del delito”¹⁰⁵⁸. De acuerdo con esto, por un lado estarían las concepciones que ponen el acento en la norma de conducta y su contenido de determinación y de ahí sistematizan la teoría del delito como teoría de una infracción, y, por el otro, el sector que concibe la teoría del delito como teoría de imputación de responsabilidad, con anclaje en la norma de sanción¹⁰⁵⁹. El enfoque del primer grupo estaría en el aspecto prospectivo, con el propósito de dirigir conductas, y la mirada del segundo estaría en el aspecto retrospectivo, de atribución de responsabilidad y pena¹⁰⁶⁰. Dejando de lado, por ahora, el primer sector mencionado, cuando hablamos hoy de la estructura del delito basada en la teoría de la imputación, es común la alusión a los planteamientos de *Hruschka* y de *Kindhäuser*¹⁰⁶¹, autores adeptos a lo que la doctrina ha denominado “teoría clásica de la imputación” y “teoría analítica de la imputación”, respectivamente¹⁰⁶². Teniendo en cuenta la advertencia de *Silva Sánchez* de que las teorías de la imputación podrían representar una normativización excesiva en la teoría del delito, con el riesgo de conversión del individuo concreto en mero “centro de imputación de derechos y deberes”¹⁰⁶³, sin considerar la función directiva de conductas de la norma, es necesario evaluar las propuestas de las teorías clásica y analítica de la imputación sobre la imprudencia que se han expuesto en el apartado anterior y su relación con la mencionada “dimensión prospectiva” de la que habla *Silva Sánchez*¹⁰⁶⁴. Con esto se pretende averiguar hasta qué punto las diferentes concepciones sobre las normas y su función pueden afectar, desde la perspectiva de sus propios defensores, a la adecuación sistemática de la imprudencia inconsciente.

Por lo que se refiere a *Hruschka*, este autor se ha referido a la “función prospectiva” de las reglas de comportamiento, que pueden ser definidas en correspondencia con este aspecto como “prescripciones o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer” e indicándole lo que está permitido hacer o dejar de hacer, en el caso de las reglas permisivas¹⁰⁶⁵. De acuerdo con *Hruschka*, “las reglas de comportamiento poseen en la

¹⁰⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 18.

¹⁰⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 18.

¹⁰⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 35.

¹⁰⁶¹ El concepto de imputación también es la base para la construcción de la teoría de *Jakobs*, como destacan *Frisch* (FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 33) *Silva Sánchez* (SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, pp. 33-34), pero esta “ya no tiene nada que ver con la teoría tradicional de imputación de la filosofía moral que desde Aristóteles distingue para fundamentar las responsabilidad entre acciones voluntarias e involuntarias” (FEIJOO, *La normativización del Derecho penal*, pp. 537-538).

¹⁰⁶² ROBLES PLANAS, *Algunas Consideraciones*, p. 29.

¹⁰⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 35.

¹⁰⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 35.

¹⁰⁶⁵ HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, p. 28. Similar: SÁNCHEZ-OSTIZ, *Casos difíciles*, pp.78-79.

prospectiva una función de configuración”, que consiste en “influir y en conformar la vida”¹⁰⁶⁶. Sin embargo, esta función de las reglas de comportamiento ya no se mantiene *después* del hecho, sino que ahora dichas reglas poseen más bien “una función de baremo de medición”, con lo que permiten al juez valorar la conducta como antijurídica o no antijurídica¹⁰⁶⁷. En cambio, por lo que atañe a las reglas de imputación, estas *siempre* operan – según *Hruschka* – de manera retrospectiva, para imputar al sujeto su hecho, es decir, declararle como “*causa moralis*” de lo sucedido – imputación de primer nivel o *imputatio facti* – y, después de confirmada la antijuridicidad de su conducta por medio de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función retrospectiva – “*applicatio legis*” –, imputar al sujeto el demérito por su hecho – imputación de segundo nivel o *imputatio juris* –, lo que consiste en el “juicio sobre la culpabilidad del autor”¹⁰⁶⁸. De acuerdo con esta explicación, *Hruschka* da lugar en su sistema a las reglas de comportamiento con la función de configuración de conductas¹⁰⁶⁹.

Ya sabemos que cuando *Hruschka* trata de la imprudencia, se refiere a la modalidad de imputación que denomina *extraordinaria*. Para este autor, concurre en la imprudencia una causa de exclusión de la imputación de primer nivel, el desconocimiento – “*ignorantum nulla est imputatio*” –, pero aun así “se hace responsable al autor”, debido a su responsabilidad por la “situación que excluye la imputabilidad”, lo que sucede “cuando el autor hubiera podido evitar sin más el error sobre las circunstancias relevantes que excluyen su dolo referido al hecho”¹⁰⁷⁰. De ello se desprende que el dolo tiene una función constitutiva en la imputación (de primer nivel): el proceso de imputación en la imprudencia está regido por un mecanismo excepcional. Esta construcción, que depende del recurso a las incumbencias como base para la fundamentación de la imputación extraordinaria, intenta diluir las dificultades encontradas por el finalismo a la hora de explicar los delitos imprudentes¹⁰⁷¹. Las premisas del finalismo serían aplicables a los delitos dolosos, mientras que en la imprudencia, como advierte *Renzikowski*, no se trata de indagar por una finalidad potencial, ni una finalidad irrelevante o una omisión de la dirección final necesaria, sino que se admite sin más la ausencia de finalidad relevante y se hace una excepción a la exigencia de este elemento al considerarse el agente como responsable de la falta de control de su comportamiento¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁶ HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, p. 28.

¹⁰⁶⁷ HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, p. 28. Así también, *Renzikowski*: “Die Anweisung ist in die Zukunft gerichtet, denn bereits Geschehenes kann nicht mehr verändert werden. Die Bewertung erfolgt dagegen aus der antizipierten Retrospektive” (RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 238).

¹⁰⁶⁸ HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, pp. 29-35.

¹⁰⁶⁹ HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, p. 29.

¹⁰⁷⁰ HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, p. 35.

¹⁰⁷¹ HÜBNER, *Die Entwicklung*, pp. 107-108. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 219.

¹⁰⁷² RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 219.

Esta preeminencia del dolo como condición para imputar y la aceptación de la regla de comportamiento en su función prospectiva demuestran sin lugar a dudas que en la teoría del delito de *Hruschka* construida sobre la base de la teoría clásica de la imputación hay lugar para la norma como directiva de conducta¹⁰⁷³. De hecho, desde la misma teoría clásica de la imputación, *Sánchez-Ostiz* afirma que “para el agente las reglas de conducta se presentan como directivas de su proceder futuro puesto que ejercen una influencia motivadora sobre él”¹⁰⁷⁴. Es cierto que en la imprudencia inconsciente esta directiva de conducta no opera ya en relación con “una anticipación, por parte del propio sujeto, de la valoración que merece su conducta”¹⁰⁷⁵, pero que esto no sea obstáculo para concibir las directivas de conductas como pautas *asequibles* al destinatario (y no *accedidas* por el destinatario) no es una particularidad de las teorías de *Hruschka* y *Sánchez-Ostiz*, sino que es opinión mayoritaria entre los defensores de la norma como norma de determinación. Con esto, a pesar de tratarse de una teoría de la imputación, estamos ante un sistema en el que no solo tienen importancia las reglas de comportamiento, sino que precisamente a partir de ellas deriva la incumbencia del agente de adquirir informaciones o de mantener su capacidad de evitación¹⁰⁷⁶. *Renzikowski*, también partidario de la imputación extraordinaria en los delitos imprudentes, afirma que la incumbencia de adquirir conocimientos (*Erkenntnisobliegenheit*) está por un lado relacionada con la norma de conducta porque tiene el propósito de mantener las condiciones para su cumplimiento y por otro su independencia se explicaría por el hecho de que el comportamiento infractor de la norma de conducta no se confundiría con la infracción de la incumbencia¹⁰⁷⁷.

Hasta aquí se puede decir que si bien una teoría de la imputación podría verse menos limitada por la lógica de las normas, como decía *Silva Sánchez*¹⁰⁷⁸, ello parece no suceder con la teoría clásica de la imputación de *Hruschka*, puesto que se parte de la premisa de que para imputar al sujeto un comportamiento como hecho es necesario el concurso del dolo. Además, se reconoce, en primer lugar, que en la imprudencia no es posible como regla imputar el hecho que es base para la valoración como infracción de la norma de comportamiento y, en segundo lugar, que esta imputación solo sería posible por una vía excepcional, que dependería de una explicación complementaria, que en estos autores se apoya en la inobservancia de una incumbencia. La construcción de *Renzikowski* deja aún más evidente que el punto de partida de la imputación extraordinaria es la lógica de las normas – y las limitaciones

¹⁰⁷³ En ese sentido, con independencia de la discusión sobre las diferentes acepciones de *imputación* en la dogmática penal, creo que es posible decir, de acuerdo con el sentido del término imputación en la teoría de *Hruschka*, que se imputa el hecho infractor de la norma, es decir, se imputa el hecho luego desvalorado a partir de la regla de comportamiento, en su función de baremo de medición (función retrospectiva).

¹⁰⁷⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Casos difíciles*, p.84.

¹⁰⁷⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Casos difíciles*, p.84.

¹⁰⁷⁶ HÜBNER, *Die Entwicklung*, p. 110.

¹⁰⁷⁷ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 230-231.

¹⁰⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 35.

provenientes de esta –, en la medida en que este autor sostiene inicialmente la imposibilidad de que el denominado “deber de cuidado” se derive directamente de la norma de comportamiento – o de que se confunda con ella – y de ahí concluye que lo que la doctrina mayoritaria llama “infracción del deber de cuidado” tiene objeto propio: la *capacidad de evitar* la vulneración de la norma¹⁰⁷⁹. En definitiva, estas teorías de la imputación toman en serio la lógica de las normas¹⁰⁸⁰ como normas de determinación y en una medida quizá todavía más marcada en relación a las teorías tradicionales del delito¹⁰⁸¹.

Si bien la conclusión anterior se aplica a la teoría *clásica* de la imputación, no pasa exactamente lo mismo cuando se habla de la teoría *analítica* de la imputación de *Kindhäuser*. Aquí se aplica con más propiedad la referencia a una teoría de la imputación basada en la norma de sanción¹⁰⁸². *Kindhäuser* hace una distinción entre la *norma* de comportamiento y la vinculación personal a la norma, que sería el *deber*¹⁰⁸³. La valoración de un comportamiento como infractor de la norma no dependería de la capacidad del agente de comportarse de acuerdo con ella¹⁰⁸⁴. Esta capacidad solamente sería considerada a la hora de investigar si el comportamiento infractor de la norma puede ser *imputado* al agente como *contrario a deber*¹⁰⁸⁵. La medida según la cual un sujeto estaría vinculado personalmente a la norma de comportamiento infringida vendría determinada por la norma de sanción¹⁰⁸⁶. Así, el comportamiento (objetivamente) contrario a la norma es a su vez el objeto de la imputación del quebrantamiento del deber¹⁰⁸⁷. En el ámbito de la norma de comportamiento, la contrariedad ya existiría con una conducta meramente causal¹⁰⁸⁸, con lo cual se trata de normas de comportamiento que contienen prohibiciones de causación¹⁰⁸⁹, siempre que exista en la cadena causal una conducta humana¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁷⁹ “Die Beachtung einer Erkenntnisobliegenheit sichert ledig die Vermeidfähigkeit, ohne damit automatisch zu verhindern, daß die Verhaltensnorm übertreten wird” (RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 230).

¹⁰⁸⁰ Así, *Renzikowski* afirma: “Betracht werden also Personen, die durch ihr Verhalten schuldhaft eine Bestimmungsnorm verletzt haben” (RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 236).

¹⁰⁸¹ Lo que se puede discutir es la posibilidad de concebir la autonomía de las incumbencias frente a las normas de comportamiento y también la argumentación de que la inobservancia de una incumbencia podría acomodarse con la concepción de que la imputación depende de un acto libre del sujeto en el sentido descrito por *Sánchez-Ostiz* (cf. apartado anterior). La cuestión de las incumbencias será discutidas en el próximo capítulo.

¹⁰⁸² En este sentido, *Silva Sánchez* cita *Kindhäuser* como ejemplo de autor que adopta la teoría de la imputación (SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 34).

¹⁰⁸³ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 18; *Pflicht- und Obliegenheitsverletzung*, pp. 340-341.

¹⁰⁸⁴ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 18.

¹⁰⁸⁵ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 18; *Pflicht- und Obliegenheitsverletzung*, pp. 340-341.

¹⁰⁸⁶ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 18.

¹⁰⁸⁷ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 71.

¹⁰⁸⁸ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 147-148.

¹⁰⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 34; EL MISMO, *Concepto unitario de injusto*, pp. 5-6; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 255-256; HÜBNER, *Die Entwicklung*, p. 113; ROBLES PLANAS, *Algunas Consideraciones*, p. 33.

¹⁰⁹⁰ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 257.

Con razón se ha criticado esta concepción de norma y de antinormatividad, incompatible con la función de la norma de ofrecer al ciudadano una orientación de comportamiento significativa¹⁰⁹¹. En realidad, la norma de comportamiento de *Kindhäuser* se configura como una norma de valoración que no puede siquiera valorar la conducta humana¹⁰⁹², sino tan solo el estado de un bien jurídico¹⁰⁹³, o un “estado de cosas”¹⁰⁹⁴. Ante esta peculiar estructura, la teoría del delito de *Kindhäuser* traslada el análisis de la evitabilidad del comportamiento prohibido – y el centro de la discusión sobre la antijuridicidad – a la imputación de un comportamiento como contrario a deber. Es este el ámbito en el que se discuten la imputación subjetiva, el dolo y la imprudencia, y donde la teoría analítica de la imputación se acerca a la clásica. En correspondencia con esta similitud, también para *Kindhäuser* el dolo es el criterio primario para la imputación de un comportamiento prohibido como contrario a deber¹⁰⁹⁵ y es definido como conocimiento de la evitabilidad de un comportamiento prohibido en el momento decisivo. La imprudencia, como se ha expuesto en el apartado anterior, es un caso de imputación excepcional, cuando el agente es responsable de su falta de capacidad de evitación¹⁰⁹⁶.

Lo que se puede constatar en la teoría del delito de *Kindhäuser* es que la antinormatividad no tiene el mismo peso en comparación con la mayoría de las construcciones dogmáticas, dado que la indagación sobre la contrariedad a la norma ofrece un límite muy laxo a la imputación. En ese sentido, no hay ningún problema para *Kindhäuser* en incorporar la imprudencia inconsciente como conducta contraria a la norma. Sin embargo, cuando se habla de contrariedad a deber, *Kindhäuser* concibe la imprudencia en general como una forma de incapacidad o inevitabilidad de cumplir con ese deber, obstáculo solo superable por medio de la imputación excepcional¹⁰⁹⁷. Con esto, se puede decir una vez más que el punto de partida es tomar en serio la falta de conocimiento como impedimento a la imputación, de tal manera que es necesario entender la imprudencia como un sucedáneo del dolo y que se basa en la responsabilidad por la falta de conocimiento en el momento decisivo. Lo que ocurre es que la responsabilidad por la falta de conocimiento en el momento decisivo, es decir, la

¹⁰⁹¹ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 258. *Schöne* critica un concepto de norma que prohíba “toda acción que pueda llegar a tener por consecuencia una causación del resultado”. En contra de la existencia de una norma de esta naturaleza “habla la amplitud del ámbito de regulación: toda acción que ha desencadenado un resultado sería contraria a la norma – incluidos el azar y la desgracia –. Todos los esfuerzos por la imputación objetiva, el riesgo permitido, etc., hablan en contra de la posibilidad de sostener este punto de partida” (SCHÖNE, *Imprudencia, tipo y ley penal*, p. 34).

¹⁰⁹² En su crítica a la teoría de las normas de *Kindhäuser*, *Ast* afirma con razón: “Gegen diese Konzeption spricht, dass die Verursachungsnorm ihren streng normativen Charakter verliert. Vertöße gegen sie müssten immer schon als normal einkalkuliert und toliert werden. Die Einhaltung der Verursachungsnorm wäre in einigen Fällen für den Handelnden unerreichbar. Doch auch für den Beurteiler wäre die Frage nach der Normwidrigkeit des Handelns ohne Interesse, weil die Strafbarkeit neben dem Fakt des Verursachens nur die Pflichtwidrigkeit voraussetzt” (AST, *Normentheorie*, p. 63).

¹⁰⁹³ HÜBNER, *Die Entwicklung*, p. 117.

¹⁰⁹⁴ ROBLES PLANAS, *Algunas Consideraciones*, p. 35.

¹⁰⁹⁵ KINDHÄUSER, *Pflicht- und Obliegenheitsverletzung*, p. 343.

¹⁰⁹⁶ KINDHÄUSER, *Pflicht- und Obliegenheitsverletzung*, pp. 343-344.

¹⁰⁹⁷ KINDHÄUSER, *Pflicht- und Obliegenheitsverletzung*, p. 343.

responsabilidad por la inobservancia del deber de cuidado, no depende ya del conocimiento de que se está inobservando algo, con lo cual en el punto originario de la responsabilidad está un *no conocimiento*. De esta manera aunque las teorías de *Hruschka* y *Kindhäuser* llamen la atención sobre la posible dificultad para la imputación que reside en la falta de conocimiento, resbalan hasta apoyarse en el constructo estrictamente normativo de la infracción de las incumbencias, por lo que el fundamento de la imprudencia inconsciente al final consiste en que la ausencia de conocimiento se debe a la propia reponsabilidad, fundamentada en la falta de cuidado que debería adoptarse teniendo en cuenta un parámetro normativo, que en el caso de *Kindhäuser* consiste en indagar lo que haría un fiel destinatario de la norma con la constitución intelectual y física del agente¹⁰⁹⁸.

Si las aludidas teorías de la imputación no parecen enfrentarse con problemas para acomodar la imprudencia inconsciente, es necesario averiguar qué pasa bajo la perspectiva de las teorías que comprenden la antijuridicidad como *infracción* a la norma jurídico-penal. Esto nos conduce a la polémica mencionada en el inicio de este apartado, sobre la concepción de la norma penal principalmente como *norma de valoración* o como *norma de determinación*. En esta antigua discusión¹⁰⁹⁹, la concepción de la antijuridicidad como infracción de la *norma de valoración* conllevaría el desplazamiento de los elementos subjetivos hacia la culpabilidad y la adopción de un injusto objetivo¹¹⁰⁰ que por su misma naturaleza objetiva no tendrá problemas de compatibilidad con la imprudencia inconsciente. Así, el posible óbice sistemático a la imprudencia inconsciente es desplazado a la culpabilidad, en la que se centrará el debate sobre la imputación subjetiva. Desde el otro punto de vista, el de la antijuridicidad como infracción a la *norma de determinación* o la concepción de la norma de manera esencial como imperativo, el lugar de la discusión sobre la imputación subjetiva – dolo e imprudencia – es la antijuridicidad¹¹⁰¹. De acuerdo con esta postura, la norma se concibe como un imperativo o una determinación a su destinatario, lo que podría generar

¹⁰⁹⁸ KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, p. 210.

¹⁰⁹⁹ En ese sentido, *Renzikowski* se refiere a “... die ältere Differenzierung zwischen Bewertungs- und Bestimmungsnormen” (RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 257).

¹¹⁰⁰ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 235.

¹¹⁰¹ Para algunos autores, la concepción imperativa o directiva de la norma conllevaría comprender la capacidad de motivación como condición para que se dé la infracción a esa norma. Esto puede tener las siguientes consecuencias: a) por un lado, como hace por ejemplo *Mir Puig*, proceder a la distinción entre *antijuridicidad* – “valoración jurídico-penal negativa del hecho por su nocividad para un bien jurídico no justificada por un interés superior” – y *antinormatividad* – “infracción personal de una norma de determinación” condicionada por “la capacidad personal de cumplimiento de la misma por parte del sujeto”, ausente en casos de error de prohibición invencible o en ciertos casos de inimputabilidad –, categoría que a su vez sería distinta de la *responsabilidad penal*, en la que deberán ser analizados la mayoría de los casos de inimputabilidad y las causas de “no exigibilidad” (MIR PUIG, *Derecho Penal*, pp. 530-531); y, b) por otro, como hace *Molina Fernández* – la concepción de norma directiva de este autor será expuesta de forma resumida a continuación en el texto – proceder a desdibujar la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, dado que la infracción a la norma pasa a ser tan solo la infracción de acuerdo con criterios personales – infracción de una norma individual dirigida al sujeto concreto en la situación concreta –, por lo que el injusto es siempre un “injusto culpable”, o, en otras palabras, “no cabe hablar de un injusto no culpable” (MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 622 y *passim*). Esta última era también la opinión de los “imperativistas clásicos” (MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 585).

un problema para el castigo de la imprudencia inconsciente¹¹⁰². Ello porque el desconocimiento o no reconocimiento de un riesgo o de su intensidad podría interpretarse como un obstáculo que haría imposible al agente advertir en la situación concreta la incidencia de una prohibición de provocar aquel riesgo. A esto contesta *Mir Puig* que si bien la norma “no logra motivar imperativamente en esta clase de imprudencia..., esto no significa que la norma de cuidado deje entonces de querer motivar”¹¹⁰³. El no reconocimiento del imperativo no significaría que este no exista, con lo que “la imprudencia consiste en este caso, ante todo, en no haber advertido el autor el imperativo de la norma”¹¹⁰⁴.

Sin embargo, desde la comprensión de la norma como directiva de conducta, se ha llegado asimismo a la conclusión de su incompatibilidad con la transgresión del enunciado prescriptivo en casos de imprudencia inconsciente. Esta es la opinión de *Molina Fernández* a partir de la investigación de la norma como “modalidad del uso directivo (prescriptivo) del lenguaje”¹¹⁰⁵. Para este autor, el directivo sería un “acto de habla” emitido para actuar como elemento motivador¹¹⁰⁶, cuya operatividad dependería de que llegue a ser conocido por el destinatario: “el directivo solo queda completo cuando se establece una efectiva relación comunicativa con el destinatario”¹¹⁰⁷. De esta manera, si el directivo no llega a ser conocido por el destinatario, solo podría reconocerse un intento de directivo, dado que la recepción del mensaje sería condición esencial para que un acto de habla pudiese servir como guía para la acción de otro¹¹⁰⁸. Asimismo, la eficacia del directivo dependería de la recepción *correcta* de su mensaje, lo que tendría como presupuesto no solo el conocimiento del mandato, sino también su puesta en relación con la presencia de la situación de cumplimiento¹¹⁰⁹. Estos serían algunos de los requisitos mencionados por *Molina Fernández* para la “aparición de una relación normativa plena” y que condicionan la existencia de una norma¹¹¹⁰, directivo que impone obligaciones individuales a sujetos determinados¹¹¹¹ “cuando se dan en concreto las circunstancias genéricas descritas en el texto normativo”¹¹¹². Aplicada de forma específica a la imprudencia inconsciente, la caracterización de la puesta en relación de la norma con la situación concreta de su cumplimiento como una condición de la relación normativa lleva a *Molina Fernández* a negar el

¹¹⁰² En ese sentido, *Bockelmann/Volk* afirman que la teoría de los imperativos “não consegue fornecer uma explicação plausível para a punibilidade da culpa inconsciente (aqui o agente não reconhece o caráter proibido de seu ato, de forma que não se pode falar em ‘desobediência’)” (BOCKELMANN, *Direito Penal* – traducción al portugués -, p. 45).

¹¹⁰³ MIR PUIG, *Introducción*, p. 43.

¹¹⁰⁴ MIR PUIG, *Introducción*, p. 43.

¹¹⁰⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, pp. 517, 555, 572, 623.

¹¹⁰⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 524.

¹¹⁰⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 528.

¹¹⁰⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 541.

¹¹⁰⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 543.

¹¹¹⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 622.

¹¹¹¹ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 567.

¹¹¹² MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 569.

carácter de infracción criminal en estos casos, ante la inexistencia de una vulneración “consciente y voluntaria de una norma directiva”¹¹¹³.

La postura crítica de *Molina Fernández* contra la imprudencia inconsciente ha sido expuesta en el capítulo anterior. El autor no se declara de una forma tajante contrario a la imputación en “todas las formas de imprudencia inconsciente”, sino que la admite en los supuestos en los que, si bien no hay conocimiento en el momento preciso de la lesión objeto de protección penal, el desconocimiento es el producto de una infracción consciente de una obligación de conocer¹¹¹⁴. De forma semejante a la imputación extraordinaria, *Molina Fernández* se refiere a “una norma subordinada de orden inferior que le obliga [al destinatario] a estar atento a la ocasión de cumplimiento de la principal”¹¹¹⁵. No obstante, para este autor “es necesario que el directivo inferior esté consumado”¹¹¹⁶, es decir, es indispensable la recepción del mensaje normativo de orden inferior por el agente, lo que hace imprescindible para la infracción de esta norma subordinada el concurso del dolo al infringirla¹¹¹⁷. De esta forma la postura de *Molina Fernández*, en contraste con los partidarios de la imputación extraordinaria mencionados poco antes, configura un genuino intento de fundamentar la imputación indirecta basada en el conocimiento anterior de un riesgo, puesto que pretende hacer responsable al autor por su acción inmediatamente lesiva llevada a cabo sin conocimiento (del específico proceso causal que llevará el peligro a redundar en el daño) a través de un comportamiento conscientemente infractor de una obligación de obtener conocimientos necesarios para poder evitar un proceso causal derivado de la realización de una conducta sin estos conocimientos. Sin embargo, esta postura en realidad conlleva no admitir la imprudencia inconsciente, dado que o bien esta consciente omisión de adquirir conocimientos es tan remota que ya no puede de forma coherente admitirse como constitutiva de un vínculo de conocimiento (aunque indirecto) relevante con el comportamiento lesivo posterior¹¹¹⁸, o bien se trata ya de una imprudencia **consciente**, en la modalidad de imprudencia por asunción.

¹¹¹³ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 749: “La última consecuencia del planteamiento de la contrariedad a la norma seguido con esta investigación que debe extraerse es que también la denominada imprudencia inconsciente, si es una infracción criminal, debe responder al esquema básico defendido y encerrar una infracción consciente y voluntaria de una norma directiva”

¹¹¹⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 570.

¹¹¹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 570.

¹¹¹⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 542.

¹¹¹⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, pp. 570, 737. De acuerdo con *Molina Fernández*, “una violación consciente de una norma de cuidado inferior permite el reproche por una violación consciente de la superior” (MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 754).

¹¹¹⁸ Además, admitir, como hace *Molina Fernández*, que la vulneración consciente de una norma inferior permite el reproche por la inobservancia inconsciente de la norma superior “resulta incoherente con su explicación de 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 la norma inferior, pero no de la superior que no se infringió porque ni siquiera existió” (GIL GIL, *El delito imprudente*, p. 58, nota a pie de página 114).

Como quedó dicho antes, la concepción de *Molina Fernández* se inserta en el conjunto de los autores críticos respecto a la imprudencia inconsciente y tiene afinidad con todas las teorías que exigen el rechazo consciente a la norma para poder hablar de un injusto culpable. La particularidad es que su punto de partida metodológico es el análisis de la norma como un directivo de conductas en una relación de comunicación concreta e individual entre el emisor y el destinatario. Esta comprensión de la relación normativa tiene una expresión paradigmática en la imputación dolosa cuando hay asimismo conocimiento del carácter prohibido del comportamiento. Efectivamente, en este sistema que condiciona la infracción de la norma con su puesta en relación con la situación de cumplimiento concreta, es difícil dar cabida a la imputación imprudente. De acuerdo con la perspectiva de *Molina Fernández*, sería posible eludir esta dificultad concibiendo – como hace él – el delito imprudente como “un delito doloso respecto de la acción peligrosa”¹¹¹⁹. Pero aun así, lo cierto es que ni siquiera en la imprudencia consciente existe, de acuerdo con el punto de vista del agente, la provocación de un peligro prohibido por una norma penal, sino que para él el peligro tiene un grado todavía controlable y por esta razón permitido de acuerdo con su opinión, con lo cual el agente no reconoce la situación de cumplimiento de la norma, lo que debería implicar su inexistencia como directivo individual para el agente si seguimos los planteamientos previos de *Molina Fernández*.

Lo que se puede criticar principalmente en esta teoría de la norma penal es que tiene como punto de partida la equiparación entre la relación normativa y la comunicación entre dos sujetos¹¹²⁰, haciendo depender la propia existencia de la norma – y como consecuencia también su infracción – a la recepción completa de su mensaje en la consciencia del agente concreto en la situación concreta. Esta postura debe ser comprendida en el contexto de la caracterización de la culpabilidad como un reproche que se dirige al sujeto en razón de su rechazo consciente a la norma, culminando con la exigencia de un enlace mental entre el agente y el carácter infractor a la norma de su comportamiento como condición para la legitimidad de un castigo penal. No obstante, el alcance limitado e inadecuado de esta idea como anclaje para la construcción de un sistema normativo jurídico-penal se desvela en la medida en que el propio *Molina Fernández* incorpora excepciones a la exigencia de una contrariedad de esta naturaleza a la norma en los casos de error de prohibición bajo una sorprendente construcción capaz de demoler su sistema, punto en que se refiere a “la infracción de una (meta)norma que obliga a poner la diligencia adecuada para conocer otras normas, y cuya sanción es equivalente a

¹¹¹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 746.

¹¹²⁰ GIL GIL, *El delito imprudente*, p. 54.

la que se estipula para la genuina infracción de normas desconocidas”¹¹²¹. Pese a que *Molina Fernández* califica esta obligación de “elemental de la convivencia”, de ninguna manera esto puede compaginarse con las condiciones de existencia y de infracción de la norma diseñadas por este autor, que llega a admitir que se trata de una “infracción objetiva” – puesto que sin conocimiento – de una norma promulgada¹¹²², lo que de acuerdo con sus consideraciones sobre relación normativa debería traer consigo la descaracterización de la directiva de conducta y con ello de la legitimidad de la intervención penal¹¹²³.

En ese sentido, debe rechazarse la comprensión de la norma como una directiva cuya existencia dependería de la recepción del mensaje del emisor por el destinatario en la situación concreta y del reconocimiento por el destinatario de una relación entre el mandato normativo y la situación concreta de su cumplimiento. Efectivamente, esta postura de *Molina Fernández* no es compartida ni siquiera por los demás autores que también ven la norma como directiva de conducta. En cuanto a la existencia de la norma, observa *Silva Sánchez* que las representaciones del sujeto “no afectan a la ‘entidad prescriptiva infringida’ sino que, por el contrario, contribuyen a la caracterización del ‘hecho infractor’”¹¹²⁴. Es decir, la *existencia* de la norma como directiva no depende de la representación del agente¹¹²⁵, lo que ocurre más bien es que las representaciones del agente serían capaces de producir efectos a la hora de indagar sobre la *infracción* de la norma, lo que deberá analizarse a la hora de discutir la imputación subjetiva y el conocimiento sobre la ilicitud. Esto nos lleva ahora a la siguiente indagación: para los (demás) partidarios de la norma como directiva de conducta – que no comparten la opinión minoritaria de *Molina Fernández* – ¿podría darse su *infracción* en los casos de imprudencia inconsciente? La respuesta es que la mayoría de los autores

¹¹²¹ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 610.

¹¹²² MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 610, nota a pie de página.

¹¹²³ En este sentido, *Gil Gil* afirma que la postura de *Molina Fernández* “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” (*GIL GIL, El delito imprudente*, p. 59, nota a pie de página 59).

¹¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 322-323. En el mismo sentido, *Renzikowski*: “Freilich hängt die Existenz einer Verhaltensnorm nicht von der Erkenntnis des Normadressaten ab” (*RENZIKOWSKI, Strafgesetzbuch*, p. 99). Cf. también, *RENZIKOWSKI, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, p. 135: “Daran ist richtig, dass die Existenz einer Verhaltensnorm nicht von der Erkenntnis des Normadressaten abhängt: Nimenad kann sich sein eigenes Recht schaffen”. Así también, *Pawlik*: “... en la formulación de la norma de comportamiento la representación que el propio autor tenga sobre el alcance de sus debres, no debe ser tomada en consideración” (*PAWLIK, La diferenciación entre injusto y culpabilidad*, p. 132).

¹¹²⁵ Así la opinión de *Mir Puig* – ya mencionada algunas líneas antes – cuando afirma que el no reconocimiento del imperativo no significaría que este no existe (*MIR PUIG, Introducción*, p. 43). De modo similar, *Octavio de Toledo* afirma que “del grado de conocimiento de la norma depende su eficacia, pero no su carácter imperativo”. Si bien el tema se relaciona con el conocimiento de la norma, la misma lógica se aplica al conocimiento de los hechos a que se refiere la norma, puesto que quien no conoce estos hechos no podría seguir el imperativo de la norma, si esta es comprendida como una comunicación real con el sujeto. Pero en la imprudencia inconsciente el carácter imperativo de la norma persiste aun en el caso de no conocimiento de los hechos peligrosos o del carácter peligroso de los hechos.

que conciben la norma principalmente como norma directiva de conducta no encuentran problemas para categorizar la imprudencia inconsciente como un caso de infracción al directivo, puesto que si bien este fracasa en el caso concreto como instrumento efectivo de motivación, no dejaría de existir como mecanismo de configuración infringido en el caso concreto¹¹²⁶, lo que no dependería de la “consciencia de la infracción”¹¹²⁷.

Pese a que la oposición entre las concepciones directiva y valorativa de la norma ocupó un papel destacado en un cierto momento de la discusión en la dogmática penal, la opinión mayoritaria en la actualidad sostiene un carácter integrador según el cual la norma primaria contendría los dos aspectos: sirve como una medida para la valoración de comportamientos y debe motivar determinadas acciones u omisiones¹¹²⁸. En ese sentido, *Gallas* ya afirmaba que la norma que regula los comportamientos humanos revelaría dos lados: como imperativo o norma de determinación tendría la función de motivar a los ciudadanos y como norma de valoración calificaría el comportamiento prohibido con la marca de la desaprobación jurídica¹¹²⁹. Así es también para *Jescheck*, para quien “las proposiciones jurídicas tienen un doble carácter: como imperativo son normas de determinación y como escala para el enjuiciamiento jurídico de la conducta son normas de valoración”¹¹³⁰ y para *Roxin*, según el cual “la concepción actualmente dominante... considera ya la norma en la que se basa el injusto como norma de determinación” y “junto a esto... pone también en la base del injusto una norma de valoración”¹¹³¹.

¹¹²⁶ Como afirma *Gil Gil*, “un directivo ciertamente puede fracasar en su función de guía para la acción por diferentes motivos, pero ello no implica la inexistencia del directivo, que lógicamente hemos tenido que constatar para afirmar posteriormente su fracaso” (*GIL GIL, El delito imprudente*, p. 54).

¹¹²⁷ *Zielinski*, quien tiene como punto de partida la norma como norma de determinación desde la perspectiva finalista (*ZIELINSKI, Handlungs- und Erfolgswert*, p.143), intenta acercar los supuestos de imprudencia (inconsciente) a las conductas dolosas, bajo el argumento de que en estos casos el agente conoce los elementos de la acción y lo que no conoce (que omite medidas de cuidado necesarias), no sería un componente de la acción (*ZIELINSKI, Handlungs- und Erfolgswert*, pp. 174-177). Argumentos parecidos serían después manejados por el también finalista *Struensee*, que en la imprudencia orienta el conocimiento a los hechos que condicionan el resultado (*STRUENSEE, Der subjektiv Tatbestand*, p. 60). Sin embargo, *Roxin* correctamente opone a esto lo siguiente: “Cuando un conductor presta tan poca atención que ni siquiera se da cuenta del semáforo en rojo o de la curva, se le ha de imputar como imprudentemente producido el daño ocasionado, pese a que precisamente no ha realizado conscientemente las circunstancias con relevancia en cuanto al riesgo. Lo propio rige para los casos de olvido” (*ROXIN, Derecho Penal*, p. 1022). Las posturas de *Zielinski* y *Struensee* conllevarían restringir los supuestos de imprudencia inconsciente a situaciones en que el agente tiene conocimiento de los hechos que condicionan el resultado, pero no asocia ningún riesgo a estos e implicarían negar la imprudencia inconsciente cuando los propios hechos constitutivos de riesgo son desconocidos debido a la falta de cuidado. Además, lo que se desconoce en la imprudencia en general es relevante para caracterizar el comportamiento prohibido, con lo que la finalidad no abarca lo esencial de la prohibición y por esto los finalistas están obligados a recurrir a la estructura normativa de la infracción del deber de cuidado, que no se relaciona con la finalidad a pesar de todos los esfuerzos de la escuela finalista.

¹¹²⁸ *RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff*, p. 238. Desde su concepto “preventivo-social” de culpabilidad, la postura de *Nowakowski* era semejante: “Nach diesem Schuldbegriff vertößt der Schuldige gegen eine ‘Bestimmungsnorm’, einen Imperativ, ein an ihn persönlich gerichtetes ‘Du sollst’, nach jenem bleibt er hinter den Anforderungen einer Bewertungsnorm, einem unpersönlichen ‘Man soll’ zurück” (*NOWAKOWSKI, Freiheit, Schuld und Vergeltung*, p. 71).

¹¹²⁹ *GALLAS, Unrechtsbegriffs*, p. 158.

¹¹³⁰ *JESCHECK, Derecho Penal*, p. 254.

¹¹³¹ *ROXIN, Derecho Penal*, p. 322.

En este contexto pueden apuntarse dos observaciones relacionadas con esta discusión sobre la función de la norma y la imprudencia. En primer lugar, de acuerdo con la doctrina dominante que considera la norma como determinación y valoración no se derivarían dificultades de la parte directiva para acoger la imprudencia inconsciente. En esto no hay diferencia entre las concepciones híbridas (determinación y valoración) o más puras (predominio de la determinación), puesto que ambas comparten la idea ya conocida de que el directivo debe ser meramente asequible, por lo que no es elemento indispensable de la infracción la puesta en relación de la norma con la “situación infractora” en la mente del sujeto, aunque esta representación errónea pueda producir efectos¹¹³². La segunda observación es que esta concepción de la doble función de la norma coincide con el planteamiento de *Hruschka*, cuando dice que las reglas de comportamiento tienen una función prospectiva de configuración de conductas y una función retrospectiva de valoración de conductas. Aquí encontramos un punto de conexión entre las teorías de la infracción a la norma y la teoría clásica de la imputación.

De lo anterior resulta una posibilidad de mitigar determinadas consecuencias fijas que pueden extraerse de la dicotomía metodológica entre las teorías de la imputación y las de la infracción. Esto porque, aunque es cierto que en general “las teorías de la antinormatividad pueden verse, de entrada, más limitadas por datos ontológicos (en sentido amplio: psicológicos, empíricos, metafísicos)”¹¹³³, sus adeptos siempre han admitido de forma mayoritaria el carácter antinormativo de la imprudencia inconsciente como expresión de una vulneración de la norma basada esencialmente en elementos valorativos, por lo que se habla, por ejemplo, de infracción de un deber de cuidado independiente de la consciencia de la infracción. En cambio, si bien las teorías de la imputación tienden a desvincularse con más facilidad de la necesidad de constatar datos ontológicos en comparación con las teorías de la antinormatividad, *Hruschka* y *Kindhäuser* sostienen que la imputación de un hecho o de la contrariedad a deber depende del dolo, lo que podría constituir un obstáculo para admitir la imputación en la imprudencia inconsciente. Sin embargo, el proceso de imputación que inicialmente aparenta depender de un elemento empírico (el conocimiento constatable en el agente) adquiere un carácter normativo que lleva a concebir el propio dolo como el resultado de un proceso de atribución que es independiente de la averiguación de lo que de hecho pasaba por la cabeza de agente y que además admite la imputación extraordinaria en la imprudencia como un sucedáneo normativo. La situación, en otras palabras, es la siguiente: las teorías de la infracción conciben la imprudencia

¹¹³² Efectos a la hora de distinguir entre imputación dolosa e imprudente o incluso puede producir efectos exoneratorios, pero que dependen de un conjunto de valoraciones mucho más allá de la confirmación o negación de un dato empírico en la mente del sujeto.

¹¹³³ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 35.

inconsciente como vulneración a la norma mediante un elemento subjetivo fuertemente normatizado y con ello se distancian de limitaciones ontológicas, mientras que las teorías de la imputación, aunque libres de averiguaciones empíricas – si las imputaciones son comprendidas como juicios por medio de los cuales se construye la realidad¹¹³⁴ de acuerdo con una perspectiva valorativa a partir de la observación de ciertos fenómenos¹¹³⁵ –, se basan inicialmente en el dolo como fundamento de imputación¹¹³⁶, pero este fundamento luego es normatizado para que sea a su vez fruto de un proceso de atribución, que además puede ser sustituido por otro resultante de una imputación ahora considerada extraordinaria: la imprudencia.

En conclusión, lo que se quiere indicar con la comparación entre las teorías de la antinormatividad y las teorías de la imputación, por un lado, y las concepciones de la norma como norma de determinación o norma de valoración, por otro, es que más que la acomodación de las piezas objetivas y subjetivas en el sistema normativo desde una u otra perspectiva metodológica, lo decisivo a la hora de dar cabida o no a la imprudencia inconsciente es, como acertadamente observa *Molina Fernández*, la forma de comprender la responsabilidad personal¹¹³⁷. De acuerdo con esto, el elemento que clásicamente ha ejercido un papel central en la responsabilidad subjetiva (el dolo) puede situarse – lo que en general es un indicador de donde se ubica la discusión sobre el plano de la responsabilización subjetiva dolosa e imprudente – en el injusto o en la culpabilidad o puede asimismo considerarse como un problema de imputación del hecho o imputación de la contrariedad al deber, pero lo más importante no es exactamente esa ubicación, sino más bien su definición y su configuración, de acuerdo con las cuales este elemento subjetivo puede presentarse en un polo como un estado psíquico constatable en la realidad empírica hasta alejarse gradualmente de este extremo y convertirse en una construcción normativa aislada del sujeto en su sentido “zoológico-

¹¹³⁴ En esta construcción de la realidad se podría hablar de un tercero (externo, distinto al agente) como autor de esta construcción – “el tercero que imputa” – pero esto no debería confundir “el juicio ideal – que no se halla en la mente de nadie – y el hecho de la realización del juicio” (JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 573). Con esto se indica la idea de que la imputación puede originarse de distintos sujetos imputantes – para *Hruschka* incluso el propio sujeto a quien se dirige la imputación puede ser a la vez autor de la imputación, en lo que coincidirían imputante e imputado (HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 37) –, pero el resultado correcto (o justo) de esta imputación deberá corresponderse con el “juicio ideal”.

¹¹³⁵ De acuerdo con *Sánchez-Ostiz*, la imputación clásica es un juicio y “como tal es constitutivo y no meramente descriptivo de la realidad”. Este juicio, aunque tenga en cuenta “la percepción de ciertos fenómenos”, no se confunde con estos “eventos perceptibles sensorialmente”, que son el material indiciario sobre el cual, desde la “práctica cotidiana”, se podrá atribuir a alguien un proceso como su hecho. La conclusión de *Sánchez-Ostiz* en el análisis de la imputación kantiana es que estos fenómenos perceptibles sensorialmente no se confunden con lo que se imputa, que es una realidad “puesta” que pertenece más bien a lo nouménico (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 93-95). De forma semejante, *Mir Puig* afirma que “el significado lingüístico de la palabra ‘imputación’ resulta más adecuado para expresar un juicio de atribución efectuado por el hombre (siquiera sea intersubjetivamente, esto es, socialmente) que para reflejar algo previamente dado” (MIR PUIG, *Imputación objetiva*, p. 5).

¹¹³⁶ En la teoría clásica de la imputación el dolo tiene un papel fundamental como indicador de la libertad característica de una acción *libera in se* (en el primer nivel de imputación), lo que permite imputar la acción al agente como su hecho. En la teoría analítica de la imputación, el dolo constituye el indicador de la capacidad de evitación en el momento decisivo, condición para imputar al agente la contrariedad a un deber.

¹¹³⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, pp. 203, 734.

psicológico”¹¹³⁸. De forma paralela, cuanto más dependiente de la constatación empírica de estados mentales se entienda la imputación subjetiva, más difícil será acomodar la imprudencia inconsciente, y cuanto más normatizadas las modalidades de imputación subjetiva, menos fricciones enfrentará la imprudencia sin conocimiento a la hora de encontrar su sitio en el sistema¹¹³⁹.

De acuerdo con esta observación, es necesario centrar la discusión sobre el fundamento de la imprudencia inconsciente en el debate más amplio sobre el fundamento de la responsabilidad personal. Aunque de acuerdo con las consideraciones anteriores la responsabilidad personal dolosa o imprudente pueda centrarse en el concepto de acción (*Hegel*), en el injusto (injusto personal), en la culpabilidad (conceptos clásico y neoclásico de delito)¹¹⁴⁰ o incluso en la imputación de un hecho (*Hruschka*) o de la contrariedad a deber (*Kindhäuser*), lo cierto es que, con independencia de su ubicación sistemática, los elementos subjetivos correspondientes siempre tendrán que compaginarse con el fundamento integrador del delito, que en un sentido preciso acomoda todos los demás: la culpabilidad. Hasta por lo menos *Engisch* se discutía intensamente la adecuación o no adecuación entre la imprudencia inconsciente y la culpabilidad, comprendida como culpabilidad de la voluntad, culpabilidad del sentimiento o culpabilidad por el carácter (o culpabilidad por el modo de vida). Incluso *Welzel* llegó a tomar parte en este debate¹¹⁴¹. Sin embargo, la aceptación de la naturaleza “puramente normativa” de la culpabilidad en el finalismo¹¹⁴² y el desplazamiento de la imputación subjetiva al injusto soslayaron en gran medida la discusión¹¹⁴³. Pero si se busca más allá del concepto formal de reprochabilidad¹¹⁴⁴, será necesario analizar las explicaciones existentes sobre el fundamento material de legitimidad de la pena vinculado a la relación entre agente y hecho por el cual se concluye la responsabilidad del primero por el último y después averiguar si puede acomodarse a la imprudencia inconsciente.

En el próximo capítulo se analizarán las relaciones entre el principio de culpabilidad y la imprudencia inconsciente. Si bien no es posible abarcar toda la extensa y compleja discusión sobre el principio de culpabilidad, tampoco es admisible discutir el tema de la imputación sin conocimiento

¹¹³⁸ KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 145.

¹¹³⁹ En esta discusión ya es posible anticipar que una teoría de la imputación *como la de Jakobs* no encuentra ninguna dificultad para abarcar la imprudencia inconsciente, lo que será analizado en el apartado siguiente.

¹¹⁴⁰ Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 203.

¹¹⁴¹ WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, 1941.

¹¹⁴² JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 452; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 526.

¹¹⁴³ No obstante, una contribución relevante a la discusión sobre el fundamento de la imprudencia inconsciente se origina de la teoría clásica de la imputación en la línea de *Hruschka* y *Sánchez-Ostiz*.

¹¹⁴⁴ La reprochabilidad, concepto central en el nacimiento de la teoría normativa de la culpabilidad, es indeterminada, razón por la cual no está acabada la discusión sobre el fundamento de la culpabilidad con su asimilación a la reprochabilidad: “Die normative Schuld begriff sieht zwar zutreffend, dass Schuld ein normatives Konstrukt ist, das auf gesellschaftlichen Ansichten über freies und verantwortliches Handeln beruht, ist aber in hohem Maße unbestimmt und fast inhaltsleer” (KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, p. 179).

eludiendo el referido principio. La propuesta entonces es acercarse a algunos de los principales intentos de establecer el fundamento material del principio de culpabilidad especialmente bajo la mirada sobre los efectos que estas posturas proyectan sobre la imprudencia inconsciente. Es posible adelantar que el resultado es que, dado el propósito del orden jurídico de mantener un estado recíproco de libertades¹¹⁴⁵, la perspectiva individual debe adecuarse a esa función correspondiente y “recíproca” del Derecho penal. Sin embargo, la distribución de cargas que supone la delimitación de ámbitos de libertad no puede desentenderse de la legitimación frente a cada individuo considerado aisladamente. De esto resulta que debe tenerse en cuenta el individuo en su papel de ciudadano y los beneficios que de esta realidad jurídica se originan, lo que es fuente de deberes para el mantenimiento de este estado general¹¹⁴⁶, pero no hay que olvidar la necesidad de tomar en consideración en cierta medida las configuraciones individuales como base de legitimidad, de lo que se desprenden asimismo efectos funcionales¹¹⁴⁷. En este punto no es desatinado repetir lo obvio: el Derecho legítimo existe (en otras palabras, esta es su *función*) para maximizar beneficios de los individuos que viven en una determinada sociedad y que son tenidos en cuenta de acuerdo con su dignidad humana. En el momento oportuno en este trabajo, se volverá de manera definitiva sobre la adecuada configuración de las normas penales de acuerdo con lo acabado de expresar.

¹¹⁴⁵ “La función principal del Derecho, pero sobre todo del Derecho penal, consiste en respetar y garantizar el deseo de que cada uno pueda conducir su vida de acuerdo con su propio entendimiento... En consecuencia, el Derecho penal debe procurar, de un lado, la delimitación y es establecimiento de garantías de los espacios jurídicos a disposición de cada persona y, por otro, garantizar las condiciones básicas infraestructurales que permitan al individuo hacer un uso efectivo de su libertad” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 95).

¹¹⁴⁶ “... la responsabilidad del mantenimiento de un determinado estadio de juridicidad afecta directamente a cada ciudadano individual” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 85).

¹¹⁴⁷ En ese sentido, Piña sostiene que “... el sistema jurídico-penal se ha estructurado sobre la base de que castigar sin consideración a la culpabilidad es más perturbador que hacerlo considerándola” (PIÑA, *La legitimación del derecho penal*, p. 281) y que “igual que otras estructuras de legitimación material... el principio de culpabilidad” también estabiliza las expectativas dirigidas al sistema de imputación mediante la aplicación de menos pena” (PIÑA, *La legitimación del derecho penal*, p. 283).

CAPÍTULO III. Los problemas y las bases de la imputación sin conocimiento: culpabilidad e imprudencia inconsciente

III.1. El elemento empírico en la culpabilidad y la perspectiva social

No es necesario insistir en la relevancia del concepto de culpabilidad para la dogmática penal actual. Desde distintas formas de concebir el sistema penal hay un amplio consenso a la hora de afirmar el papel fundamental de la culpabilidad¹¹⁴⁸. Así, *Schünemann* habla de “su singular y sobresaliente significación para la actualidad”, cuya “función central consiste precisamente en legitimar la aplicación del cruel mal de la pena”¹¹⁴⁹ y *Jakobs* concluye que “no existe una lesión de la vigencia de la norma jurídico-penalmente relevante sin culpabilidad”¹¹⁵⁰. En la doctrina española sucede lo mismo, lo que se refleja en la opinión de *Molina Fernández* con “la afirmación del principio de culpabilidad como base de la responsabilidad penal”¹¹⁵¹. En este contexto, si la reciente (o renovada) tendencia a comprender la culpabilidad como “categoría esencial y única del sistema”¹¹⁵² – lo que implica relativizar o contestar la distinción entre injusto y culpabilidad¹¹⁵³ – puede ser interpretada como un refuerzo de la trascendencia de la culpabilidad, elevada ahora a condición de la infracción de la norma jurídico-penal, lo cierto es que desde la doctrina mayoritaria diferenciadora del injusto y de la culpabilidad no solo persiste la importante tarea de este principio¹¹⁵⁴ como “presupuesto decisivo la responsabilidad penal”¹¹⁵⁵, sino que además muchos de los partidarios de la tradicional distinción entre las aludidas categorías del delito creen que asignan a la culpabilidad una mayor solidez como fundamento de legitimación de la pena en comparación con las teorías unificadoras¹¹⁵⁶.

¹¹⁴⁸ *Roxin* analiza y rebate críticas al principio de culpabilidad emanadas desde sectores minoritarios de la doctrina alemana en su artículo “El principio de culpabilidad y sus cambios” – en alemán: “Das Schuldprinzip im Wandel” – (*Roxin, El principio de culpabilidad y sus cambios*, pp. 314-323). Cf. también, *ROXIN, Derecho Penal*, pp. 812-813. Un reciente intento de construir la teoría del delito sin recurrir a la “censura de culpabilidad” se puede ver en: *HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf* (2013).

¹¹⁴⁹ *SCHÜNEMANN, Ontologismo y normativismo*, p. 24. En otra ocasión, *Schünemann* afirmaba en el mismo sentido que “únicamente el principio de culpabilidad autoriza al Estado a hacer responsable al individuo de sus delitos e imponerle sanciones que afectan al núcleo de su personalidad” (*SCHÜNEMANN, La función del principio de culpabilidad*, p. 162).

¹¹⁵⁰ *JAKOBS, El concepto jurídico-penal de acción*, p. 74.

¹¹⁵¹ *MOLINA FERNÁNDEZ, La antijuridicidad*, p. 202.

¹¹⁵² *ROBLES, La construcción del sistema del delito*, p. 49.

¹¹⁵³ Entre otros: *ROBLES, Sobre la exclusión del injusto penal*, p. 185-187; *MOLINA, Antijuridicidad penal*, pp. 862-863; *LESCH, Injusto y culpabilidad*, p. 30; *PAWLIK, La diferenciación entre injusto y culpabilidad*, p. 135; *RENZIKOWSKI, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, pp. 134-135; *FREUND, Strafrecht AT*, p. 130; *WALTER, Der Kern des Strafrechts*, p. 116.

¹¹⁵⁴ *ROXIN, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, p. 376.

¹¹⁵⁵ *ROXIN, Derecho Penal*, p. 798.

¹¹⁵⁶ Esto se refleja, por ejemplo, en las críticas de *Schünemann* (*SCHÜNEMANN, Culpabilidad en la época de la globalización*, pp. 480-481) y *Roxin* (*ROXIN, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, pp. 364-368) al concepto de culpabilidad de *Jakobs*.

En principio, la postura que se adopte frente a la separación sistemática entre injusto y culpabilidad no deberá sortear la circunstancia de que en cualquier caso la imprudencia inconsciente deberá poder convivir con la concepción de culpabilidad adoptada¹¹⁵⁷ si esta es correctamente entendida como una estructura de legitimidad material del sistema penal¹¹⁵⁸. Esto quiere decir, por un lado, que si la imprudencia es un elemento subjetivo situado en el injusto y separado de la culpabilidad, la legitimidad de esta modalidad de imputación subjetiva dependerá en todo caso de su armonía con la configuración de la culpabilidad. Esta es la razón que explica la preocupación de *Roxin* – que admite el “injusto no culpable”, donde ubica la imprudencia – por la necesaria compatibilidad entre la imprudencia inconsciente y culpabilidad, estructura de legitimidad que, según este autor, “no se refiere solo a lesiones y puestas en peligro conscientes de bienes jurídicos”¹¹⁵⁹. Por otro lado, en la construcción del “injusto culpable” como elemento único será necesario tomar postura sobre la posibilidad o no de dar cabida a la imprudencia inconsciente, es decir, deberá aclararse si la configuración de este constructo unificado depende o no de un comportamiento consciente de rechazo a la norma y en caso de no depender será imprescindible explicar cómo se vincula el agente a la infracción a la norma como condición para legitimar la pena.

Es sabido que, ante la superación del concepto psicológico de culpabilidad, un sector de la doctrina ha intentado fundar el aspecto material de la culpabilidad normativa en un “poder actuar de otro modo”¹¹⁶⁰. Así, desde la concepción finalista, *Welzel* sostiene que “el juicio de desvalor de la culpabilidad... hace al autor el reproche personal de que no ha actuado correctamente, a pesar de haber podido actuar conforme al derecho”¹¹⁶¹. Con esta definición *Welzel* no pretendía defender propiamente el “indeterminismo tradicional” – “que convierte a los actos de voluntad en una serie completamente inconexa de impulsos aislados en el tiempo”¹¹⁶² –, sino más bien “la libertad del sujeto de la coacción causal de los impulsos”, por lo que la culpabilidad sería “la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz de ella”¹¹⁶³. En el pensamiento de *Schünemann* el poder actuar de otro modo asume un perfil distinto, vinculado directamente al libre albedrío¹¹⁶⁴ pero no definido en un sentido naturalístico, sino “como una parte de la realidad social

¹¹⁵⁷ En ese sentido, *Jakobs* afirma que “el injusto es en su totalidad objeto del juicio de culpabilidad” (*JAKOBS, Derecho Penal*, p. 574). Así también *Jescheck*: “el injusto es un presupuesto de la culpabilidad y esta siempre debe referirse a aquel” (*JESCHECK, Derecho Penal*, p. 461)

¹¹⁵⁸ *PIÑA, La (auto) legitimación del derecho penal*, pp. 264-265.

¹¹⁵⁹ *ROXIN, Derecho Penal*, p. 1020.

¹¹⁶⁰ *JAKOBS, Derecho Penal*, p. 574.

¹¹⁶¹ *WELZEL, Derecho Penal*, p. 148.

¹¹⁶² *WELZEL, El nuevo sistema*, p. 140.

¹¹⁶³ *WELZEL, El nuevo sistema*, pp. 143-145.

¹¹⁶⁴ *SCHÜNEMANN, Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 17.

constituida a través del lenguaje y la cultura”¹¹⁶⁵, de lo que resultaría su esencia ontológica como “un producto del desarrollo de la consciencia humana”¹¹⁶⁶. La complejidad del debate sobre el libre albedrío se refleja en el hecho de que se trata de un tema que ha sido discutido con mucha frecuencia y profundidad “en los 2.500 años que han transcurrido desde el primer florecimiento de la filosofía griega”¹¹⁶⁷, con opiniones de “filósofos, juristas, médicos, científicos naturales y teólogos”¹¹⁶⁸, sin que hasta hoy exista un consenso, pese a los recientes resultados de las investigaciones neurológicas¹¹⁶⁹, por lo que se puede anticipar la continuidad de la discusión durante muchas más décadas o siglos¹¹⁷⁰.

La concepción del poder actuar de otro modo en sentido empírico-naturalístico originó críticas relacionadas con que se trata de algo indemostrable¹¹⁷¹, especialmente cuando se intenta aclarar esta libertad por medio de un juicio retrospectivo sobre un determinado caso concreto¹¹⁷². Esta objeción es hoy reconocida como procedente de forma ampliamente mayoritaria en la doctrina penal¹¹⁷³, razón por la cual en Derecho Penal ya no se habla de libertad de voluntad *en una acepción puramente naturalística*, comprobable en el proceso para el sujeto en el caso concreto¹¹⁷⁴. Aparte este obstáculo

¹¹⁶⁵ SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 19.

¹¹⁶⁶ SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 32.

¹¹⁶⁷ SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 19.

¹¹⁶⁸ HIRSCH, *Willensfreiheit und Strafrecht*, p. 62.

¹¹⁶⁹ Cf. en ese sentido HIRSCH, *Willensfreiheit und Strafrecht* (2010), donde el autor hace un balance sobre los avances de las neurociencias y sus repercusiones en la discusión sobre el libre albedrío y la culpabilidad penal. Así también, entre otros, FRISCH, *Defizite empirischen Wissens*, pp. 244-245; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, p. 149. En un reciente artículo, Frisch resume la situación: “Im Ergebnis hat sich damit aus empirischer Sicht in der Frage der Fähigkeit oder fehlenden Fähigkeit des Menschen zur gesollten Entscheidung gegenüber dem Zustand vor dem hier kritisch gewürdigten Experimenten eineiger Hirnforscher nicht viel geändert” (FRISCH, *Zur Zukunft des Schuldstrafrechts*, p. 203)

¹¹⁷⁰ HASSEMER, *Neurociencias y culpabilidad*, p. 3. En 1903, von Hippel ya decía lo mismo: “Daß damit der Meinungsstreit zwischen Willensfreiheit und Determinismus in absehbarer Zeit nicht aufhören wird, daß weiß ich” (VON HIPPEL, *Willensfreiheit und Strafrecht*, 422).

¹¹⁷¹ JESCHECK, *Derecho Penal*, pp. 438-441; ROXIN, *Derecho Penal*, pp. 799-800; FRISCH, *Defizite empirischen Wissens*, p. 244; ACHENBACH, *Imputación individual*, pp. 138, 144-145; MIR PUIG, *Derecho Penal*, pp. 532-533; MUÑOZ CONDE, *Teoria Geral do Delito* (traducido al portugués) pp. 126-127; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 105; FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 33.

¹¹⁷² “Ob sich der Täter im Augenblick der Tat hätte anders entscheiden können, das läßt sich im empirischen Bereich nicht klären” (NOWAKOWSKI, *Freiheit, Schuld und Vergeltung*, p. 57). Así también, entre otros: ROXIN, *El principio de culpabilidad y sus cambios*, p. 302; GIMBERNAT, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 8. Las palabras de Hassemer a este respecto son muy expresivas (HASSEMER, *Neurociencias y culpabilidad*, pp. 10-11).

¹¹⁷³ Schönemann no está de acuerdo con la postura mayoritaria y entiende que la opinión de “que no puede demostrarse empíricamente el libre albedrío es atribuible a una visión simplista e irreflexiva de la realidad que probablemente data de 1870, esto es, de la época del positivismo científico-natural” (SCHÜNEMANN, *Culpabilidad penal*, p. 449). Sin embargo, lo que los penalistas están discutiendo tiene como objeto un elemento empírico-natural. Si la comprensión de lo que significa el libre albedrío se desplaza al plano de la construcción de la realidad social, las discordancias pueden ser más aparentes que reales. En ese sentido, por ejemplo, Hruschka aclara que su perspectiva, cuando reconoce la libertad de actuación del hombre, se aparta de la mera observación científico-natural y considera la acción como un *ens morale* – y no un *ens physicum* –, lo que permite reconocer nuestra libertad: “la aceptación de tal libertad es una condición de posibilidad de racionalidad que aceptamos para nosotros mismos” (HRUSCHKA, *Prohibición de regreso*, pp. 172-173).

¹¹⁷⁴ JESCHECK, *Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs*, p. 6; ROXIN, *Derecho Penal*, p. 799; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, p. 148; SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal*, pp. 189-190; FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, pp. 33-37, 285.

correctamente identificado por la doctrina, lo que ya sería suficiente para concluir que el *poder actuar de otro modo* en sentido naturalístico no puede verse como la base material del reproche de culpabilidad¹¹⁷⁵¹¹⁷⁶, hay que añadir, desde la perspectiva de este trabajo, la existencia de dificultades especiales para compatibilizar la imprudencia inconsciente con el aludido fundamento propuesto para la culpabilidad. *Welzel* advirtió de esta circunstancia y, por esta razón, después de asociar el poder actuar de acuerdo con la norma a la culpabilidad de la voluntad¹¹⁷⁷ – “este hombre en esta situación, hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con la norma”¹¹⁷⁸ –, admitió que esta construcción no puede dar cuenta de la imprudencia inconsciente, cuya culpabilidad residiría más bien en “la estructura defectuosa de la capa de la personalidad, es decir, en un defecto reprochable del carácter”¹¹⁷⁹. En la doctrina estadounidense, la dificultad es semejante en la obra de *Michael Moore*, quien adopta un modelo de culpabilidad basado en la elección (*choice model of culpability*), pero reconoce que los casos de imprudencia inconsciente (*negligence*) no pueden subsumirse en este concepto general, lo que le lleva a afirmar que la creación inadvertida de riesgos manifiesta una culpabilidad basada en una capacidad no ejercida y no en una elección, con lo que sostiene la existencia de dos tipos de culpabilidad¹¹⁸⁰.

Las dificultades de conciliación del poder actuar de otro modo con la imprudencia inconsciente recuerdan la larga discusión histórica en la doctrina sobre la posibilidad de adecuación de esta forma de imprudencia a la culpabilidad de la voluntad en sus variadas configuraciones. Sin embargo, cuando se indaga por la propia existencia de la libertad de la voluntad, la tarea no es únicamente la de incluir la imprudencia en el círculo de la voluntad, pues ya en el propio ámbito doloso se inician los obstáculos relacionados con la discusión del tema clásico del libre albedrío¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁵ Cf. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 410: “el poder actuar de otro modo no representa papel alguno en la culpabilidad”.

¹¹⁷⁶ Además, “El ‘poder actuar de otro modo’, que se supone en los hombres también supuestamente libres es lo que ha fracasado como concepto legitimador en la medida en que conlleva el desentendimiento respecto a la función política del Derecho penal” (GARCÍA ARÁN, *Culpabilidad*, p. 93).

¹¹⁷⁷ La culpabilidad en la obra de *Welzel* es una culpabilidad normativa en la medida en que es comprendida como reproche y además porque el dolo deja de ser parte de esta categoría del delito (lo mismo que sucede con la imprudencia). Pero en cuanto al fundamento material de la culpabilidad, *Welzel* se pone de acuerdo con el sector tradicional de la doctrina que le antecede y afirma que “toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad”, caracterizada como poder actuar de otro modo (WELZEL, *El nuevo sistema*, pp. 133-134). Esta culpabilidad normativa dependiente del elemento empírico llama la atención: “Si el tránsito de la culpabilidad normativa supuso el abandono del método empírico-descriptivo para la determinación de la culpabilidad, resulta extraño pensar que los partidarios de la teoría normativa pretendieran la constatación empírica del poder actuar de otro modo” (PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 138).

¹¹⁷⁸ WELZEL, *El nuevo sistema*, pp. 133-134.

¹¹⁷⁹ WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 151.

¹¹⁸⁰ MOORE, *Prima Facie Moral Culpability*, p. 414. Cuando toma postura sobre la culpabilidad en la imprudencia inconsciente como culpabilidad por una capacidad no ejercida, Moore rechaza a la vez la fundamentación de la culpabilidad por el carácter para estos casos (MOORE, *Choice, Character, and Excuse*, pp. 588-592).

¹¹⁸¹ Esto se expresa en la siguiente afirmación: “Willensfreiheit meint in diesem Zusammenhang nicht die Frage, ob jemand frei sei, zu tun, was er will, sondern jene traditionelle philosophische Frage, ob wir Menschen frei seien, zu wollen, was wir wollen” (SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, p. 191).

Pero aunque se llegue a la conclusión empírica de que el hombre puede actuar de otro modo – en el sentido de la libertad de la voluntad – pudiendo así (querer) evitar un daño cuando conoce el riesgo y su gravedad¹¹⁸², habría que demostrar además la posibilidad de actuar de otro modo cuando *no* conocía¹¹⁸³ el riesgo, es decir, que su voluntad libre podría dirigirle a conocer este riesgo y con esto evitar el daño, lo que asimismo está más allá de la posibilidad de una comprobación empírica. Estas dificultades se extienden a otros entes empíricos creados por la doctrina para fundamentar el reproche de culpabilidad. Esto se aplica la “actitud interna jurídicamente desaprobada”¹¹⁸⁴, dado que en la imprudencia inconsciente la actitud interna “no está dirigida a nada que sea contrario a valor”¹¹⁸⁵. Y por lo que se refiere al “dato empírico” de la “asequibilidad normativa”¹¹⁸⁶, este criterio solo tiene aptitud para auxiliar el juez a calificar comportamientos de determinadas personas como inculpables por inimputabilidad¹¹⁸⁷, pero no puede fundamentar materialmente el reproche de culpabilidad en

¹¹⁸² Esta cuestión se refleja en las preguntas de *Hörnle* cuando se dirige a los defensores de la culpabilidad como poder actuar de otro modo: “War denn dieses Wollen, das wir dem Täter zum Vorwurf machen, frei? Konnte der Täter sein Wollen kontrollieren?” (*HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 56).

¹¹⁸³ Sobre *conocimiento* y *volición* como actos integrantes de la elección básica, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad en Derecho penal*, pp. 193, 197.

¹¹⁸⁴ GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand*, p. 45: “Schuld ist somit Vorwerfbarkeit der Tat mit Rücksicht auf die darin betätigte rechtlich mißbilligte Gesinnung”; JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 457: “El objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico en atención a la actualización que en éste opera de una actitud interna jurídicamente desaprobada”; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, p. 150: “Schuld bedeutet demnach Vorwerfbarkeit der Tat im Hinblick auf die ihr zu Grunde liegende rechtliche tadelnswerte Gesinnung”.

¹¹⁸⁵ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 801.

¹¹⁸⁶ ROXIN, *Derecho Penal*, pp. 807-812.

¹¹⁸⁷ Incluso en el ámbito de la pregunta sobre la inimputabilidad, si por un lado la búsqueda por la asequibilidad normativa parece capaz de auxiliar de forma importante al juez a la hora de calificar conductas de algunos agentes (enfermos graves) como inculpables, no parece que sea posible confirmar empíricamente con seguridad la posibilidad o imposibilidad de acceso a la norma en muchos casos (los límites por lo menos). Además, el carácter valorativo de la decisión última sobre la “anormalidad” es reconocida por la doctrina actual (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 412-413). Asimismo, *Günther*: “Der medizinische Kenntnisstand trifft auf eine normativ orientierte Kriminalpolitik, die nach ihrem eigenen Kriterien darüber entscheidet, welche medizinischer Krankheitsbilder in den für die Schuldunfähigkeit relevanten Bereich einbezogen werden” (*GÜNTHER, Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, p. 120). En esta línea, el carácter normativo o funcional de la determinación de la inimputabilidad es señalado de forma incisiva por algunos autores (LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 213-214; JAKOBS, *Drei Bemerkungen*, pp. 286-287), ya que “el juicio sobre la inimputabilidad no tiene naturaleza descriptiva, sino naturaleza adscriptiva” (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *La inimputabilidad por trastorno mental*, p. 552). Lo mismo ya era reconocido por algunos autores hace muchas décadas: “Demgemäß wird man sich auch bewusst, daß es sich beim sogenannten psychologischen Element der Zurechnungsfähigkeit in Wahrheit um eine Wertungsfrage handelt” (NOWAKOWSKI, *Freiheit, Schuld und Vergeltung*, p. 74). La decisión legislativa sobre la minoría de edad penal en un marco prefijado es una prueba de que la inimputabilidad no puede determinarse en cada caso de forma empírica.

¹¹⁸⁸ *Roxin* sostiene asimismo que “el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad... pues cuando alguien no tiene posibilidad de acceder al conocimiento del injusto, no es accesible para el mandato de la norma. Por eso no es ‘asequible normativamente’” en la situación concreta (ROXIN, *Derecho Penal*, p. 878). Sin embargo, la cuestión de la vencibilidad o no del error es una cuestión normativa y no empírica, con lo cual alguien puede encontrarse en una situación de desconocimiento de la prohibición (sin el acceso psíquico actual al contenido de la prohibición) y aun así ser considerado culpable. Como afirma *Frisch*, la cuestión decisiva aquí no es empírica, “sino que lo determinante es cuánta información le exigimos al individuo” (SILVA SÁNCHEZ, “Informe sobre las discusiones”, p. 196).

general¹¹⁸⁹, es decir solucionar “el problema de por qué el autor debe responder de su hecho antijurídico”¹¹⁹⁰ y en todo caso no explica la culpabilidad en la imprudencia inconsciente¹¹⁹¹.

Ante este contexto, por lo que atañe a la posibilidad de adecuar culpabilidad penal e imprudencia inconsciente es posible vislumbrar dos alternativas básicas: renunciar a la búsqueda de un elemento empírico fijo como fundamento material del juicio de reproche – que no puede encontrarse en la imprudencia inconsciente – y expandir la comprensión de la culpabilidad hacia la dimensión social y las exigencias normativas, o simplemente negar el carácter culpable de esta modalidad de imputación subjetiva¹¹⁹². Esta última opción ha sido analizada en este trabajo y debería prevalecer en caso de que no sea posible fundamentar de forma coherente un concepto de culpabilidad conforme a la primera alternativa mencionada, que pueda por su propia naturaleza dar cabida a la imprudencia inconsciente. Desde este punto de partida, cuando se contempla la doctrina de las últimas décadas, es posible encontrar una serie de referencias a esta perspectiva abierta expandida (más allá de la mirada psicologicista o empírica) a través de la cual se debe definir la culpabilidad, ya sea entre los que conciben la pena como medio orientado a la prevención, ya entre los que la comprenden como

¹¹⁸⁹ En la propia teoría de *Roxin*, las que son consideradas causas de exclusión de la culpabilidad para otros autores constituyen causas de exclusión de la *responsabilidad*, basadas en la ausencia de necesidad preventiva del castigo. Esto demuestra que la “asequibilidad normativa” no es suficiente para legitimar la pena en la teoría de este penalista, puesto que además debe concurrir la necesidad preventiva del castigo.

¹¹⁹⁰ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 574.

¹¹⁹¹ Cuando discute el carácter culpable de la imprudencia inconsciente, *Roxin* (que sostiene el criterio de la *asequibilidad normativa*) agrega el argumento de que “toda nuestra vida social se basa en que al ser humano le es posible examinar y mantener bajo control los peligros procedentes de él”, lo que desborda en mucho el mero concepto de asequebilidad normativa (ROXIN, *Derecho Penal*, p. 1020).

¹¹⁹² Es necesario mencionar en este punto la postura de penalistas que, inspirados por la filosofía idealista en Alemania, fundamentan “el concepto de culpabilidad en la existencia de la libertad de decisión del hombre como una realidad” (JESCHECK, *Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs*, p. 5). Esta postura halla expresión, por ejemplo, en las teorías de *Wolff* y *Köhler*, pero estas tienden a culminar en la negativa de culpabilidad en casos de ausencia de conocimiento fáctico – el tema fue tratado en el capítulo anterior –, con lo que estas posturas pueden integrarse en la segunda de las alternativas mencionadas. En otra línea se hallan autores que, si bien también ven la libertad como algo real, expanden la dimensión social o normativa (y por esta razón pueden admitir la imprudencia inconsciente en sus sistemas) y con esto pueden incluirse en la primera de las alternativas indicadas en el texto. Así, *Schünemann* defiende con vigor el carácter ontológico de la libertad, pero en su pensamiento este ente (ontológico) es en un constructo social de la realidad (SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, pp. 18-19, 34-40). También *Hruschka* sostiene que “con nuestras acciones e interacciones nos afirmamos como libres” y que “no hay en ello ficción alguna” (HRUSCHKA, *Prohibición de regreso*, p. 172). Pero de la definición de dolo de *Hruschka* y de su admisión de la infracción de incumbencias en la imputación extraordinaria con independencia del conocimiento por el agente (HRUSCHKA, *Reglas de comportamientos y reglas de imputación*, pp. 35-36), se extrae el fuerte carácter normativo de su sistema delictivo. Véase lo que dice este autor: “El juego de lenguaje en el que aparece el dolo – igual que la libertad, las acciones, la responsabilidad o culpabilidad – es otro y no admite hipótesis ontológicas. El dolo – y los restantes elementos – se aceptan en la praxis de nuestro actuar cotidiano y en el trato con nuestros semejantes precisamente para que esta práctica, es decir, la vida en común, sea posible” (HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 154). En el mismo sentido, *Sánchez-Ostiz* reconoce la libertad desvinculada de empirismo en los siguientes términos: “Que el ser humano es libre forma parte de los postulados básicos que permiten entendernos como personas. La vida social parte del presupuesto de que somos libres, de que nuestro existir no se halla regido por un destino inexorable” (SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal*, p. 192). De acuerdo a *Sánchez-Ostiz*, esta concepción antropológica de libertad es transcendental solo en la medida en que “escapa al conocimiento meramente sensitivo o empírico”, pero atiende a lo social, aunque desde una mirada filosófica (SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal*, p. 192, nota a pie de página 35).

retribución, lo que es el resultado de la constatación de que el Derecho se concibe mayoritariamente o bien como un fenómeno de regulación *social* que tiene finalidades preventivas¹¹⁹³, o bien, desde las teorías retributivas, como medio de *estabilización de las normas configuradoras de la sociedad*¹¹⁹⁴ o de promoción de libertades *recíprocas* y no de la libertad máxima de un sujeto aislado del contexto social¹¹⁹⁵.

Cuando en los años cincuenta del siglo pasado *Gallas* afirma que la reprochabilidad de la culpabilidad se relaciona con la “actitud jurídicamente desaprobada”, aclara en seguida que este reproche no se dirige al modo de ser del agente, sino al “valor o desvalor de la actitud que se actualiza en el hecho concreto” y se trata de una “conclusión que debe sacarse de una observación generalizadora, orientada por criterios valorativos ético-sociales” y de lo que del acto puede inferirse sobre la postura total del agente ante las exigencias del Derecho¹¹⁹⁶. De estas palabras se desprende que la actitud es solo la etiqueta detrás de la cual lo que en esencia cuenta para definir la culpabilidad es la contrariedad a las exigencias del Derecho, a partir de cómo se interpreta desde un punto de vista ético-social el hecho del agente¹¹⁹⁷. Siguiendo a *Gallas*¹¹⁹⁸, años después *Jescheck* sostiene que el objeto del juicio de culpabilidad es “la actitud interna jurídicamente desaprobada” que se actualiza en el hecho antijurídico¹¹⁹⁹. Sin embargo, el baremo que sirve de base a esta actitud tiene naturaleza “social-comparativa”¹²⁰⁰: lo que integra la culpabilidad y “es objeto de reproche al autor es, precisamente, el mantenerse alejado de la actitud interna favorable al Derecho y de la fuerza de voluntad que se espera por parte de un ciudadano a medida”¹²⁰¹. Es cierto que *Jescheck* admite que la construcción de este parámetro normativo debe tener en cuenta las capacidades individuales del agente, pero se trata en todo caso de “una persona vinculada a medida con los valores jurídicamente protegidos”¹²⁰². Con esto, ya no hay muchas dificultades para reformular la descripción de esta

¹¹⁹³ “Die Strafe dient allen im Einzelfall relevanten Zwecken der positiven und negativen Spezial- und Generalprävention” (ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung*, p. 202).

¹¹⁹⁴ Y no como un mecanismo centrado exclusivamente en hacer justicia absoluta ante un individuo concreto. Esta es la perspectiva de *Jakobs*: “Im Ergebnis hat die Strafe die Aufgabe, die wirkliche, alltäglich orientierende Kraft der Norm zu erhalten, deren Geltung durch eine Normverletzung des Täters dergestalt in Frage gestellt wird, dass eine ‘Antwort’ erfolgen muss, wenn die Geltung sich nicht abschwächen soll” (JAKOBS, *System*, p. 15).

¹¹⁹⁵ “... a la pena se le atribuye una función precisa respecto de la teoría de la libertad. La pena sanciona toda lesión de deber de cooperación y restituye al Derecho como Derecho en tanto en cuanto confirma la reciprocidad entre cumplimiento del deber y el disfrute de la libertad” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 108).

¹¹⁹⁶ GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand*, p. 45.

¹¹⁹⁷ Como afirma *Jakobs*, “el concepto de actitud no es útil si a la cualidade de lo defectuoso aún ha de añadirse la de censurable” (JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 575).

¹¹⁹⁸ La influencia de *Gallas* es expresamente reconocida por *Jescheck* (JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 452, nota a pie de página 29).

¹¹⁹⁹ JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 457. La referencia en el texto está relacionada al “Tratado de Derecho Penal” (“Lehrbuch des Strafrechts”), 5ª edición, 1996, traducida al castellano. Sin embargo, la primera edición fue publicada en 1969.

¹²⁰⁰ JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 459.

¹²⁰¹ JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 460.

¹²⁰² JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 459.

concepción de culpabilidad como contrariedad a las expectativas referidas a la persona considerada socialmente – aunque integrada por las cualidades y capacidades del agente, pero siempre una persona normativamente configurada que tiene como característica invariable la fidelidad al Derecho¹²⁰³¹²⁰⁴.

Schünemann ha dirigido muchas críticas a este concepto, al que se refiere como “concepto social de culpabilidad”¹²⁰⁵, que caracteriza como “el que se centra en la evitabilidad del hecho por parte de un ciudadano normal”¹²⁰⁶ y no del agente concreto. De acuerdo con la crítica, esta concepción social conllevaría una “ficción inadmisibles de culpabilidad” que se basa – de acuerdo con *Schünemann* – en la equivocada “afirmación de que es indemostrable la capacidad de actuar de otro modo en un caso concreto”¹²⁰⁷. Lo que *Schünemann* busca es la base empírica del concepto de culpabilidad al que se refiere el aspecto normativo constituido por la reprochabilidad¹²⁰⁸ y sostiene que este dato empírico es la evitabilidad individual¹²⁰⁹, el poder actuar de otro modo del agente concreto¹²¹⁰, cuya comprobación sería posible en la “dimensión sociológica”¹²¹¹, ya que se trataría de “una parte de la realidad social tan real como esta”¹²¹². Sin embargo, a pesar de sus pretensiones iniciales, esta perspectiva de *Schünemann* no aporta nada en lo que atañe a las peculiaridades de cada

¹²⁰³ En ese sentido, *Gómez Jara Díez* afirma que el hombre medio de esta concepción de culpabilidad es una construcción normativa, así como lo es la persona de la concepción de la culpabilidad fundamentada en la retribución comunicativa. “Dicha construcción – el hombre medio, la persona – se determina en relación con la *función* del Derecho penal” (GÓMEZ JARA DÍEZ, *Teoría de sistemas y Derecho penal*, p. 426). La persona “vinculada con los valores jurídicamente protegidos” de *Jescheck* puede ser comparada con “el ciudadano fiel al Derecho” de *Jakobs*: “el rol cuya observación garantiza el Derecho Penal es el de ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho” (JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 30).

¹²⁰⁴ De manera semejante a *Gallas* y *Jescheck*, *Schmidhäuser* define la culpabilidad como la “actitud antijurídica en el hecho” (SCHMIDHÄUSER, *Über den axiologischen Schuldbegriff*, p. 491). Pero el sujeto de la imputación adquiere a continuación una dimensión social: “Schuld ist als unrechtlige Gesinnung geistiges Verhalten. Im ihr ist im Täter jene ‘Schicht’ des Menschen gemeint, in der er als subjektiver Geist teilhat am objektiven Geiste, also als Individuum teilhat an der Kultur der Zeit und der Gesellschaft, in der er lebt” (SCHMIDHÄUSER, *Über den axiologischen Schuldbegriff*, p. 491). La perspectiva normativa y no psicológica se confirma cuando el autor señala que: “‘Geistiger Kontakt’ meint hier nicht notwendig ein aktuelles Bewußtsein der verletzten Werte im Augenblick der Tat; dieser Kontakt ist vielmehr dann gegeben, wenn der Täter den jeweils verletzten Wert, wenn auch unbewußt, als Person zur Tatzeit verfügbar hat” (SCHMIDHÄUSER, *Über den axiologischen Schuldbegriff*, p. 492).

¹²⁰⁵ SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 30. *Stratenwerth* (STRATENWERTH, *Derecho Penal*, p. 235) y *Silva Sánchez* (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 408), entre otros, también se refieren a la denominación “concepto social de culpabilidad”.

¹²⁰⁶ SCHÜNEMANN, *Culpabilidad penal*, p. 446.

¹²⁰⁷ SCHÜNEMANN, *Culpabilidad penal*, p. 446.

¹²⁰⁸ SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, pp. 25-27; SILVA SÁNCHEZ, “Informe sobre las discusiones”, p. 194.

¹²⁰⁹ SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, p. 27; SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 30.

¹²¹⁰ SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 18.

¹²¹¹ SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 38.

¹²¹² SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 32. Para *Schünemann*, “las particularidades lingüísticas de una sociedad y, en especial, también la gramática de su lenguaje revelan una determinada visión de mundo que permite extraer de las formas más elementales de la gramática, al menos de las lenguas indogermánicas, la significación de la libertad de voluntad como concepto básico de la interpretación del mundo” (SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 36). La opinión de *Vives Antón* es similar: “Vivimos según la idea de que podemos actuar de otro modo a como lo hacemos y de que los demás también pueden hacerlo. Esa idea (la idea de que, dentro de ciertos márgenes somos libres) está anclada en lo más profundo de nuestro modo de actuar, de pensar y de hablar” (VIVES ANTÓN *El principio de culpabilidad*, pp. 231-232).

situación y su alcance está limitado a comprender la libertad de voluntad de los hombres¹²¹³ de forma general como una parte de la construcción de la realidad social. Además, no parece haber muchas diferencias entre la persona “cuya libertad reside en la reconstrucción social” de *Schünemann* y la persona como baremo de medición de la “culpabilidad social”, pues en ninguno de ambos casos se tienen en cuenta de forma vinculante los datos empírico-psíquicos de cada individuo concreto cuando actúa¹²¹⁴, llegándose en un caso a una libertad de voluntad socialmente construida y en otro a la libertad asumida como un “hecho social-psicológico fundamental”¹²¹⁵ para que el autor sea “tratado como un destinatario responsable de la norma”¹²¹⁶. Por esta razón, cuando analiza la culpabilidad en la teoría de *Schünemann*, *Lesch* concluye de forma algo provocativa que “está demostrado, en el fondo, que las diferencias con la fundamentación social (y con la funcional) de la culpabilidad, tan vehementemente reivindicadas por este autor, son un puro fraude de etiquetas”¹²¹⁷.

La perspectiva social-normativa con la que se concibe la culpabilidad también es el punto de partida de *Roxin*. En su famosa monografía “Política criminal y sistema del Derecho penal”, publicada en Alemania en 1970¹²¹⁸, este autor afirmó que “la tercera de nuestras categorías sistemáticas fundamentales – la culpabilidad – viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena”¹²¹⁹ y pocos años después (1974) sostuvo de forma aún más expresiva que “los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina culpabilidad”¹²²⁰, cuyo potencial de exclusión de responsabilidad “siempre se puede explicar (incluso mejor) por la falta de necesidad de prevención”¹²²¹. Es cierto que más tarde *Roxin* matizó esta postura¹²²², asignando ahora un contenido propio al principio de culpabilidad

¹²¹³ Quizá no de todos los hombres sino de los que hablan lenguas indogermánicas (cf. nota anterior). *Jakobs* critica con razón a *Schünemann* cuando intenta dar como “existente” el libre albedrío “al menos para el Derecho penal europeo” (*Jakobs*, *Derecho Penal*, p. 585, nota a pie de página 48).

¹²¹⁴ Esto lo evidencia *Lesch*: “si es posible concebir el ‘poder actuar de otro modo individual’ como el mero producto de una atribución social, es decir, como un dato elaborado sólo socialmente, y no como un dato síquico y real, entonces la culpabilidad no se encuentra –quod erat demonstrandum– ‘en la cabeza del autor’, sino solo en ‘la cabeza de los demás’, es decir, en la de aquellos que atribuyen la libertad de voluntad. Del mismo modo, el sujeto de la culpabilidad no se define en su individualidad concreta, es decir, como la ‘unidad zoológico-sicológica hombre’, sino simplemente como *persona*, esto es, ‘una construcción elaborada desde una óptica específicamente normativa’” (*LESCH*, *Injusto y culpabilidad*, p. 16).

¹²¹⁵ *JESCHECK*, *Derecho Penal*, p. 442.

¹²¹⁶ *JESCHECK*, *Derecho Penal*, p. 441.

¹²¹⁷ *LESCH*, *Injusto y culpabilidad*, p. 16.

¹²¹⁸ “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”, 1970.

¹²¹⁹ *ROXIN*, *Política criminal*, p. 89.

¹²²⁰ *ROXIN*, “*Culpabilidad*” y “*responsabilidad*”, p. 70.

¹²²¹ *ROXIN*, “*Culpabilidad*” y “*responsabilidad*”, p. 77.

¹²²² Quizá este cambio haya sido influenciado por las contundentes críticas recibidas, como la siguiente de *Stratenwerth*: “En lo que se refiere a la prevención general, *Roxin* ha fundamentado, en primer término, el requisito de la capacidad de culpabilidad y del conocimiento potencial de la prohibición afirmando que carecería de sentido querer intimidar a la generalidad con respecto a la realización de casos tales como aquellos en los que el autor no resulte motivable por la norma. Esto significaría que la pena presupondría ya la culpabilidad por razones de prevención general. Pero esta afirmación, evidentemente, es falsa... El hecho de que la intervención preventivo-especial del Estado en los casos de autores que obran inculpablemente, como opina *Roxin*, sea, bien innecesaria, o bien, como ocurre en el caso de los

independiente de necesidades preventivas¹²²³ – la “asequibilidad normativa”¹²²⁴, que no concurriría en los casos de falta de “posibilidad psíquica de control”¹²²⁵ y de “imposibilidad de acceder al conocimiento del injusto”¹²²⁶ –, situando la culpabilidad como una de las condiciones de la categoría más amplia de la responsabilidad al lado de las necesidades preventivas¹²²⁷. Sin embargo, como se ha afirmado antes, la búsqueda de este “fenómeno científico~empírico”¹²²⁸ no es fructífera en general¹²²⁹, puesto que no se puede contestar, bajo una aproximación estrictamente empírica, el “sí” o el “no” de la accesibilidad a la llamada de la norma en los casos limítrofes¹²³⁰ y hay que tener en cuenta que incluso la decisión sobre la “anormalidad” no deja de ser siempre normativa¹²³¹. Además, en cuanto a la posibilidad de conocer el injusto, el propio *Roxin* reconoce que “teóricamente se puede vencer cualquier error de prohibición”, por lo que en este ámbito la cuestión decisiva no es empírica, “sino que lo determinante es cuánta información le exigimos al individuo”, como correctamente advirtió *Frisch*¹²³². Por estas razones, es comprensible que *Roxin* reconozca que, al fin y al cabo, su “concepto de culpabilidad... se apoya en una justificación social de la pena”, con lo que admite la semejanza con el “concepto funcional de culpabilidad de *Jakobs*”, aunque con matizaciones que resguardarían mejor la “función de protección liberal” del principio de culpabilidad¹²³³.

Este breve recorrido por las doctrinas de la culpabilidad de algunos de los más influyentes penalistas alemanes de los últimos tiempos muestra que los principales intentos de definir el fundamento material de la culpabilidad por medio de un elemento empírico *omnicomprensible* (“poder actuar de otro modo”; “actitud interna”; “asequibilidad psíquica a la norma”) al que debería

enfermos mentales, no sea alcanzable por medio de la pena, no es acertada” (STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, pp. 110, 115). Esta opinión crítica (en lo que atañe a la prevención general) es contestada a su vez por *Achenbach*, puesto que de acuerdo con este autor, la contraposición de *Stratenwerth* tendría en cuenta “la caricatura de la prevención general meramente intimidatoria” (ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 141).

¹²²³ ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, p. 362: “Schön diese wenigen Beispiele scheinen mir zu zeigen, dass eine Bestimmung der Strafbarkeitsgrenzen nach präventiven Gesichtspunkten das Schuldprinzip nicht ersetzen können”.

¹²²⁴ ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, p. 369; ROXIN, *Derecho Penal*, p. 807.

¹²²⁵ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 807.

¹²²⁶ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 878.

¹²²⁷ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 792.

¹²²⁸ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 807.

¹²²⁹ *Hörnle* ha descrito el proceso que intenta hallar el elemento empírico a que se refiere el reproche de culpabilidad como “la extensión del reproche al mundo interior del agente” (HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 58).

¹²³⁰ Esto lo admite el propio *Roxin*, cuando dice que “sin duda existe en ello un margen de valoración” (ROXIN, *Derecho Penal*, p. 837).

¹²³¹ En ese sentido, sostiene correctamente *Silva Sánchez* que la decisión sobre la “anormalidad” con el efecto del excluir la culpabilidad será en todos los casos una decisión normativa, aunque teniendo en cuenta el dato empírico-psíquico: “La ‘anormalidad’ puede entenderse como una categoría psicológica, pero ello no implica que también haya de basarse en consideraciones meramente psicológicas, la decisión acerca de qué medida de ‘anormalidad’ es precisa para excluir la culpabilidad. A mi juicio, esta sólo puede ser una decisión normativa en la que, junto a consideraciones de igualdad (y atención a la desigualdad), humanidad, etc, entrarán, sin duda, las necesidades preventivas” (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 412-413).

¹²³² SILVA SÁNCHEZ, “Informe sobre las discusiones”, p. 196.

¹²³³ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 811.

referirse la reprochabilidad no pueden dar cuenta de la tarea propuesta¹²³⁴. Los mismos autores que sondean en busca del elemento empírico poco después trabajan con criterios normativos que no se limitan a servir de baremo para graduar el estado individual constatado empíricamente, sino que los criterios normativos son los que conducen la selección de los más variados fenómenos empíricos para determinar si las exigencias dirigidas al ciudadano fueron o no cumplidas, teniendo en consideración el conjunto de elementos observados de la realidad. Este contexto nos remite a intentos pasados de construir la culpabilidad sobre la base de elementos empíricos, modo de proceder que fue adoptado, por ejemplo, por *Exner*, cuando hablaba de culpabilidad como reprochabilidad por el sentimiento con el propósito de abarcar, más allá de las demás formas de imputación subjetiva, también la imprudencia inconsciente. No obstante, como se ha demostrado en la primera parte de este trabajo, a las consideraciones sobre el sentimiento del agente siguen en la doctrina de *Exner* criterios normativos para configurar los límites de las exigencias dirigidas a los individuos, sin necesidad de probar en cada caso la conexión empírica de la conducta y el resultado con el sentimiento del agente. Una vez más es preciso reconocer, por lo que atañe a esta investigación, que un elemento empírico fijo de naturaleza psíquica no puede fundamentar la culpabilidad en los supuestos de imprudencia inconsciente.

III.2. Culpabilidad y expectativas normativas

Hace más de cien años (1902), en la por aquel entonces alemana Universidad de Breslavia, *Frierich Sturm* defendía su tesis doctoral, con el tema “La culpabilidad penal” (*Die strafrechtliche Verschuldung*), trabajo en el que sostenía que la culpabilidad no tenía una relación general con la existencia de un estado psicológico¹²³⁵ y se caracterizaría más precisamente como la infracción de deberes¹²³⁶, que en la imprudencia se expresaría en el hecho de que el agente *debería* haber previsto el resultado o la probabilidad del resultado y en el dolo en el hecho de que el agente *debería* haber reprimido el impulso de la voluntad¹²³⁷. Si bien este penalista tenía razón cuando comprendió de forma temprana que la culpabilidad no puede caracterizarse como la conexión psíquica del agente con el hecho, la objeción más relevante contra la teoría de *Sturm* – más allá de las fundadas críticas

¹²³⁴ Esto podría resumirse con las palabras de *Silva Sánchez* al comentar las concepciones de culpabilidad de signo preventivo: “el juicio de culpabilidad no responde a la constatación empírica de un estado individual preexistente, sino a una imputación” (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 408). En el mismo sentido, *Pérez Manzano*: “Respecto de la fundamentación material de la culpabilidad, el método empírico es inadecuado para darnos una solución al problema... La culpabilidad tiene carácter normativo. El significado de este adjetivo reside en designar que el método de determinación de la culpabilidad es la imputación, puesto que la culpabilidad no existe en el sujeto como una parte de él, sino que se le atribuye” (PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 105, 139).

¹²³⁵ “Die Frage, ob Schuld vorliegt oder nicht, lässt sich gar nicht so allgemein beantworten, wie die Frage, ob ein psychologischer Zustand vorliegt oder nicht” (STURM, *Verschuldung*, p. 67).

¹²³⁶ “Der Begriff der Pflicht hat überhaupt erst den Begriff der Schuld geschaffen” (STURM, *Verschuldung*, p. 43).

¹²³⁷ STURM, *Verschuldung*, pp. 67-68, nota a pie de página 1.

de falta de sistematicidad y algunas debilidades constructivo-teóricas¹²³⁸ – está relacionada con la falta de un criterio para la determinación concreta de lo que *Achenbach* llamó “el verdadero momento fundamentador de la culpabilidad”, lo que redundaría en un decisionismo judicial¹²³⁹. La crítica de indeterminación es la que en general se dirige contra concepciones normativas de culpabilidad sin base empírica y puede resumirse en la expresión de *Schünemann* cuando alude a la “falacia normativista”, que consistiría en un “círculo vicioso”¹²⁴⁰ en el que se concluiría que “no puede ser lo que no debe ser”¹²⁴¹.

Unos diez años después de *Sturm*, también *Kelsen* sostenía una teoría normativa de la culpabilidad. De la constatación de que la imprudencia no tiene naturaleza *psicológica*¹²⁴² – aprehensible por la observación explicativa –, sino *jurídica* – situada en el mundo normativo del deber –, *Kelsen* llega a la conclusión de la esencia estrictamente normativa de la culpabilidad en general¹²⁴³. De esto resulta que nadie es culpable porque quería o sabía algo, sino más bien porque debería hacer o evitar alguna cosa¹²⁴⁴. *Kelsen* distingue la persona como construcción de la observación normativa – el sujeto de la culpabilidad y de la responsabilidad penales – de la unidad zoológico-psicológica que es el hombre con sus procesos psíquicos y que puede ser observado por el método explicativo¹²⁴⁵. Para el famoso jurista, la voluntad bajo la perspectiva de la norma no es una realidad empírica que se procesa en el interior de un individuo¹²⁴⁶, sino un punto de imputación normativamente definido que permite en correspondencia con esto atribuir a alguien un suceso externo como culpable¹²⁴⁷. En la base de esta idea está el razonamiento de que *no* es posible establecer las fronteras de las exigencias jurídicas por medio de la constatación de realidades psíquicas, sino tan solo a través de la observación de momentos externos – que pueden incluso guardar ciertas relaciones de probabilidad con procesos internos, pero no necesariamente las guardarán – y de la función social del Derecho penal.

Si bien tampoco *Kelsen* se escapa del habitual reproche de indeterminación¹²⁴⁸, su teoría puede considerarse un importante precedente de las denominadas concepciones funcionales de la culpabilidad de los días de hoy. Y a pesar de la crítica de exageración que *Binding* dirige contra

¹²³⁸ ACHENBACH, *Grundlagen*, p. 84.

¹²³⁹ ACHENBACH, *Grundlagen*, p. 84.

¹²⁴⁰ SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 33.

¹²⁴¹ SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, p. 26.

¹²⁴² KELSEN, *Über Grenzen*, pp. 40-41.

¹²⁴³ KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 137-140; *Über Grenzen*, p. 42.

¹²⁴⁴ KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 138; *Über Grenzen*, p. 43.

¹²⁴⁵ KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 142-143, 145.

¹²⁴⁶ KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 145-146, 156-157.

¹²⁴⁷ KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 143-145.

¹²⁴⁸ MOHRMANN, *Die neueren Ansichten*, p. 78: “Wenn Kelsen meint, die Fahrlässigkeit sei gar nicht auf einen psychologischen Tatbestand zurückzuführen, so ist dem entgegenzuhalten, daß dann auch die Normwidrigkeit selbst nicht feststellbar wäre”.

Kelsen en su día – puesto que la teoría de culpabilidad *kelseniana* implicaría renunciar a la voluntad en el individuo concreto¹²⁴⁹ –, *Binding* se acerca a *Kelsen* cuando sostiene que “con toda la razón el Derecho y su ciencia forman su concepto de voluntad de acuerdo con sus necesidades, con total independencia de la psicología”¹²⁵⁰. Sin embargo, mientras *Kelsen* normativiza directa e intensamente el concepto de voluntad, que deviene en un punto de imputación – y que, por tanto, podría incluso asumir otra denominación¹²⁵¹ –, *Binding* restringe la voluntad jurídica a la voluntad de un comportamiento causal, aunque sin representación del resultado prohibido¹²⁵² y llega a la controvertida conclusión de que la imprudencia consiste en una voluntad antijurídica inconsciente¹²⁵³. No obstante, también la concepción de *Binding* supone una normativización, en la que la voluntad se independendiza de la representación del resultado para poder cumplir con sus finalidades jurídicas y se convierte en mera voluntariedad de un acto u omisión, resultando que los criterios de determinación de la contrariedad al Derecho asumen una posición de preeminencia en detrimento de criterios psicológicos¹²⁵⁴.

Un salto temporal nos lleva a *Roxin* y *Jakobs* y a sus conceptos de culpabilidad desarrollados en los años setenta, por aquel entonces ya muy relacionados con la idea de prevención¹²⁵⁵. Desde el punto de vista histórico, *Amelung* relata que los *neokantianos* no tuvieron la oportunidad de elaborar un sistema teleológico completo del Derecho penal debido a la intranquilidad del periodo entreguerras y a la necesidad de despolitización de la dogmática alemana de la época de la posguerra, ambiente en que parecía apropiada la sustitución de las decisiones políticas por las “estructuras lógico-objetivas” de la doctrina finalista de *Welzel*¹²⁵⁶. Sin embargo, en 1970 el camino ya estaba despejado para “dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal”¹²⁵⁷, lo que *Roxin* propone en su “Política criminal y sistema del Derecho Penal”¹²⁵⁸. Aun así, como se ha expuesto anteriormente, el concepto de culpabilidad de *Roxin* adquiere a continuación un perfil

¹²⁴⁹ BINDING, *Normen, IV*, pp. 360-361.

¹²⁵⁰ BINDING, *Normen, IV*, pp. 360: “Mit vollem Fug formen sich also das Recht und seine Wissenschaft ihren Willensbegriff ihren Bedürfnissen entsprechend und sind darin vo der Psychologie vollständig unabhängig”.

¹²⁵¹ KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 157: “Die Natur des etisch-juristischen Willensbegriffs als einer zum Zweck der Zrechnung vollzogenen Konstruktion, dien in keiner Weise mit jenem Seelenvorgange identifiziert werden kann, den die Psychologie mit dem Worte Wille bezeichnet...”.

¹²⁵² BINDING, *Normen, IV*, p. 364.

¹²⁵³ BINDING, *Normen, IV*, pp. 366. Sobre la imprudencia y la voluntad en la obra de *Binding*, véase la primera parte de este trabajo.

¹²⁵⁴ En ese mismo sentido, *Max Ernst Mayer* ya había afirmado antes (1901) que el dolo y la imprudencia son conceptos técnico-jurídicos (M. E. MAYER, *Die Schuldhaftige Handlung*, p. 139).

¹²⁵⁵ ROXIN, “Culpabilidad” y “responsabilidad” como categorías sistemáticas jurídico-penales (1974); JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, 1976. Por lo que atañe a *Roxin*, su discípulo *Schünemann* reconoce que su maestro ha insinuado por lo menos o bien la sustitución completa de la culpabilidad por la necesidad preventivo-general de la pena, o bien la reconducción de la primera a esta última (SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad*, pp. 159-160).

¹²⁵⁶ AMELUNG, *Contribución a la crítica*, pp. 94-95.

¹²⁵⁷ ROXIN, *Política criminal*, p. 49.

¹²⁵⁸ En ese sentido: AMELUNG, *Contribución a la crítica*, p. 94.

empírico definitivo destinado a limitar las necesidades preventivas que constituyen los fundamentos rectores de su sistema teleológico. Por lo que se refiere a *Jakobs* su concepción de culpabilidad, originalmente definida en función de la prevención general como “necesidad de punir en una determinada medida para confirmar la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al Derecho” (1976)¹²⁵⁹ – es decir, *no* en el sentido de intimidación¹²⁶⁰ – sigue configurada para cumplir con las “necesidades y posibilidades de la sociedad”, definida últimamente como “no corresponder a la medida objetiva de fidelidad exigida por razones de estabilización de la validez de la norma” (2012)¹²⁶¹.

No es posible en este trabajo hacer una descripción de las innumerables teorías que se han centrado en el tema de la culpabilidad, uno de los más discutidos y problemáticos de la dogmática jurídico-penal. El propósito es el de mirar las cosas bajo el punto de vista de la imprudencia inconsciente. En ese sentido, debemos recordar una vez más que la discusión sobre la culpabilidad en el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX tuvo una relación muy cercana con la fundamentación de las formas de imputación subjetiva, especialmente la imprudencia inconsciente. Por supuesto ello se debe en gran medida al hecho de que, por aquellos tiempos, dolo e imprudencia integraban o constituían la culpabilidad, pero la migración de dichos elementos subjetivos al injusto concebido como categoría autónoma – promovida en un proceso en que tomarán parte, entre otros, *Engisch*, *Dohna*, *von Weber* y principalmente *Welzel*¹²⁶² – no debe ocultar el hecho de que, como se ha afirmado antes, ninguna de las modalidades de imputación subjetiva puede quedar fuera del soporte de legitimación del principio de culpabilidad, lo que no siempre se tiene en cuenta en la actualidad. *Roxin* se ha ocupado brevemente de la compatibilidad entre imprudencia inconsciente y culpabilidad, lo que le llevó a afirmar, en respuesta a críticas sobre la imposibilidad de coexistencia armónica de una y otra, que “toda nuestra vida social se basa en que al ser humano le es posible examinar y mantener bajo control los peligros procedentes de él”¹²⁶³, razonamiento en que es posible notar una perspectiva normativo-social de la culpabilidad, que no está relacionada directamente con el elemento empírico de “la accesibilidad a la llamada de la norma” presentado por este autor como base material de la culpabilidad.

¹²⁵⁹ JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, p. 125.

¹²⁶⁰ JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, pp. 151-152.

¹²⁶¹ JAKOBS, *System*, pp. 60, 62.

¹²⁶² Véase la primera parte de este trabajo.

¹²⁶³ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 1020.

En ese contexto, la imprudencia inconsciente suscita todavía hoy una cuestión fundamental relacionada con la naturaleza de la culpabilidad¹²⁶⁴, razón por la cual *Spilgies* llamó la atención hace pocos años sobre el hecho de que esta discusión “pone el dedo en la herida del Derecho penal de culpabilidad”¹²⁶⁵. Efectivamente, si admitimos que la imprudencia inconsciente puede existir como forma de imputación bajo la regencia legitimadora del principio de culpabilidad, debemos aceptar de forma consecuente que la culpabilidad no es, por ejemplo, poder actuar de otro modo ni una actitud interna configurada de una determinada manera¹²⁶⁶, ni tampoco puede describirse como cualquier otro elemento empírico determinado, sino que supone una falta de cumplimiento con una determinada expectativa normativamente configurada que no tiene un anclaje *necesario* en un punto específico cualquiera situado en la mente del sujeto. Por esta razón, es comprensible que *Jakobs* se quede perplejo cuando constata que su concepción de la culpabilidad es todavía considerada una “profanación” (*Frevel*) por parte de la doctrina¹²⁶⁷. Lo cierto es que quien quiere dar cabida a la imprudencia inconsciente como forma de imputación subjetiva en el sistema debe darse cuenta de que solo puede hacerlo con una fundamentación desligada de la dependencia de configuraciones individuales psíquicas determinadas, lo que solo puede tenerse en cuenta en la medida de las necesidades y posibilidades del sistema jurídico-penal, incluyéndose asimismo la necesidad de su legitimación.

Si miramos la opinión mayoritaria sobre las posibilidades de exclusión de la responsabilidad en el error de prohibición, por ejemplo, no es difícil constatar la general admisibilidad de reconocer comportamientos culpables, incluso en situaciones en las que el agente no tiene conocimiento de que infringe una norma penal, siempre que el desconocimiento sea evitable de acuerdo con exigencias jurídico-penales¹²⁶⁸. Con todo esto se pone de relieve – lo que por lo demás no comporta muchas discusiones – que debe rechazarse una vinculación extrema entre el surgimiento de la culpabilidad y la perspectiva individual del agente, de lo contrario no se podría hablar de Derecho, sino tan solo de una multitud caótica de distintas “concepciones individuales de justicia”, capaces de decidir por sí

¹²⁶⁴ La relación entre el Derecho Penal de la culpabilidad y la imprudencia inconsciente es uno de los asuntos tratados en reciente artículo de *Jakobs* (*JAKOBS, Drei Bemerkungen*, pp. 289-293).

¹²⁶⁵ *SPILGIES, Über die Aporie*, p. 490

¹²⁶⁶ Si bien la concepción de “la culpabilidad como juicio sobre la actitud interna, jurídicamente desvalorada, del sujeto” puede considerarse como una tesis ya “definitivamente superada” (*SILVA SÁNCHEZ, Aproximación*, p. 409 nota a pie de página 421), se ha puesto de relieve en el texto que el “poder individual de actuar de otro modo” es todavía defendido por *Schünemann* como base de la culpabilidad.

¹²⁶⁷ *JAKOBS, System*, p. 62.

¹²⁶⁸ En el Código Penal español, el error de prohibición *vencible* no excluye la responsabilidad penal, sino que tan solo atenúa la pena (art. 14, 3, CP español). En la doctrina, esto ya era reconocido por *Binding*: “Die vermeidbarkeit des Irrtums bestimmt sich vielmehr genau nach Maas der rechtlichen Inanspruchnahme des Könnens für die in Frage stehende Handlung überhaupt. Ein subjektiv vermeidbarer Irrtum im Rechtssinne ist ein solcher, den der Irrende bei Erfüllung jenes proportionalen Anspruches würde vermieden haben, den also nicht vermieden zu haben ihm grade in diesem Falle zum Vorwurfe gereicht” (*BINDING, Normen IV*, p. 567).

mismas sobre la responsabilización o exoneración, lo que conllevaría una “arbitrariedad subjetiva”¹²⁶⁹, sin posibilidad de *prescribir* nada al agente¹²⁷⁰. La concepción escéptica de *Rosen* expuesta en el capítulo anterior sería un ejemplo de esta individualización excesiva que negaría casi por completo la responsabilidad penal. Sin embargo, el planteamiento de que la culpabilidad o el injusto dependerían del rechazo consciente a la norma –ahora no importa la opinión que el autor tenga sobre la legitimidad, la justicia o en general sobre el contenido de la prescripción– supone versiones no tan extremas de esa subjetivización –concepciones de esta naturaleza han sido expuestas anteriormente – pero que aun así no pueden prevalecer, pues como advierte correctamente *Pawlik* “descansan sobre una insuficiente consideración de las condiciones de una forma de existencia en libertad”¹²⁷¹.

Como subraya *Pawlik*, la concepción de la libertad está vinculada a la autodeterminación del individuo¹²⁷², según la cual el Derecho tiene como tarea principal asegurar las condiciones para que cada uno pueda conducir su vida de acuerdo con sus propias razones¹²⁷³. Esto puede parecer contradictorio con el rechazo a la posibilidad de tomar como vinculante la perspectiva individual, pero esta tan solo aparente paradoja se disipa en la medida en que se tiene en cuenta que la garantía de poder desarrollar libremente su propia existencia solo puede asegurarse “bajo la condición de estricta reciprocidad”¹²⁷⁴. De acuerdo con esta idea, la normalidad que se expresa en la posibilidad

¹²⁶⁹ FREUND, *Imprudencia punible*, p. 90; LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 25. Asimismo, *Vogtgätter*: “Ein solches Ergebnis läßt sich ohne Verlust des Bezugs zur gesellschaftlichen Wirklichkeit durchhalten, da es in der Konsequenz auch heißen würde, die Verbindlichkeit der Norm letztlich vom faktischen Einverständnis des je einzelnen abhängig zu machen” (VOBGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 149).

¹²⁷⁰ *Jakobs* lo expone de la siguiente forma: “El Derecho no se ajusta ilimitadamente, sin más, a la constitución individual del autor; si fuese de otra manera, al autor no se le *prescribiría* nada, sino que solo sería registrado, es decir, descrito lo que ha ocurrido” (JAKOBS, *Sobre la función de la parte subjetiva*, p. 639). Además, la perspectiva individual extrema implicaría castigar también de acuerdo con la opinión del agente sobre su propia conducta en casos en que hoy la doctrina mayoritaria considera que no hay un injusto penal: “Bei einer Berücksichtigung allein der Täterperspektive müßte konsequenterweise trotz sozialadäquaten Verhaltens bestraft werden – ein befremdes Ergebnis” (VOBGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 148).

¹²⁷¹ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 371: “Diese Fokussierung auf den Verhaltenstypus der aktuell-bewussten Auflehnung gegen die Rechtsordnung beruht auf einer unzureichenden Berücksichtigung der Bedingungen einer freiheitlichen Existenzform”.

¹²⁷² PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 99-100.

¹²⁷³ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 101. En palabras de *Pawlik*, “la función principal de Derecho, pero sobre todo del Derecho penal, consiste en respetar y garantizar el deseo de que cada uno pueda conducir su vida de acuerdo con su propio entendimiento” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 95). Ello conlleva, entre otras cosas, la imposibilidad de castigar formas de vida supuestamente “desviadas”, como sostiene *Köhler*: “Im Hinblick auf das subjektive Recht zur eigenen Besonderheit in der pragmatischen Wohl- und moralischen Gutsverfolgung dürfen Rechts- und Strafnormen überhaupt nicht ‘abweichend’ Lebensformen (z. B. Bettelerei, Landstreicherei, Prostitution) oder individuelle Dispositionen und Verhaltensbesonderheiten als solche sanktionieren. Denn bestimmte inhaltliche (pragmatische, moralische, religiöse) Lebenskonzepte (z. B. der ‘normalen’ bürgerlichen Arbeitsgesellschaft oder der ‘normalen’ Sexualität und ihrer gesellschaftlichen Formen) sind nicht rechtsverbindlich” (KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 29).

¹²⁷⁴ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 101; EL MISMO, *La pena retributiva*, p. 95. Esto coincide con la definición del delito de *Köhler* como “negación de la libertad intersubjetivo-externa” (*Negation intersubjektiv-äußerer Freiheit*): KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, p. 67. Asimismo, *Kindhäuser*: “Da sich die Erforderlichkeit von Recht aus der für die freie Entfaltung des einzelnen notwendigen Koordination konkurrierender Handlungsspielräume ergibt, hat das Legitimationsprinzip der strikten Universalierbarkeit die Vereinbarkeit der Freiheit eines jeden mit der Freiheit eines jeden anderen zum allseitigen

de realización personal libre de violencia solo puede materializarse si cada ciudadano toma parte en este proyecto¹²⁷⁵, de manera que cada uno pueda estar seguro de que sus posiciones jurídicas serán respetadas por los demás ciudadanos¹²⁷⁶. Este razonamiento lleva *Pawlik* a concluir correctamente que cada ciudadano tiene el deber de cooperar para el mantenimiento del estado de libertades, que a su vez garantiza su propia libertad¹²⁷⁷. Esto supone una relación entre libertad de actuación y responsabilidad¹²⁷⁸, puesto que la libertad de autoadministración en una sociedad estable depende del reconocimiento de las libertades recíprocas cuyo cuestionamiento conllevará responsabilidad¹²⁷⁹. El derecho a autoadministrarse sin supervisión ajena tiene como contracara la responsabilidad¹²⁸⁰, por lo que *Jakobs* habla del “sinalagma de la libertad de organizar y el deber de evitar daños”¹²⁸¹ o “de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias”¹²⁸² y *Lesch* añade a estos el de “libertad y culpabilidad penal”¹²⁸³.

Esta autonomía reconocida como presupuesto de la convivencia social¹²⁸⁴ tiene como correlato la existencia de expectativas normativas de comportamiento recíprocas entre los ciudadanos en los múltiples contactos propiciados en sociedad¹²⁸⁵, puesto que sería paralizante tener que hacer

Vorteil zu sichern” (KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, p. 494). Por esta razón, *Kindhäuser* aclara que no se trata de maximizar la libertad desde el punto de vista de un individuo, sino de asegurar un estado de libertad como ventaja universal: “Weil das Prinzip der strikten Universalisierbarkeit keinen partikulären Freiheitsgewinn zulässt, kann man es auch als Prinzip der allseitigen oder distributiven Vorteilhaftigkeit bezeichnen... Als Gegenleistung des eigenen Verzichts auf die Beeinträchtigung konkreter Freiheit anderer erhält man deren Verzicht auf die Beeinträchtigung der von einem selbst am meisten geschätzten Freiheit” (KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, pp. 494-495).

¹²⁷⁵ *Pawlik* resume esto de la siguiente manera: “... una sociedad no puede apoyarse únicamente en el poder de las instituciones y ello porque su capacidad de actuación es muy limitada. Así, la responsabilidad del mantenimiento de un determinado estado de juridicidad afecta directamente a cada ciudadano individual” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 85)

¹²⁷⁶ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 105.

¹²⁷⁷ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 106. De forma parecida, *Zaczyk* afirma que “por medio del injusto causado el autor disuelve ese contexto de paz jurídica, en determinada medida, que al final de cuentas es el que le otorga a él el estatus en derecho” (ZACKYK, *El Estado y la pena*, p. 154). (KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, p. 495).

¹²⁷⁸ JAKOBS, *Individuo y persona*, p. 197.

¹²⁷⁹ JAKOBS, *La imputación jurídico-penal*, p. 190.

¹²⁸⁰ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 586.

¹²⁸¹ JAKOBS, *La imputación penal*, p. 852. En el mismo sentido, *Voßgätter* afirma: “Der Preis für die eigene Verhaltensfreiheit ist es, den eigenen Bereich der freien Organisation in einem für anderen Personen gefahrlosen Zustand zu halten” (VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 139).

¹²⁸² JAKOBS, *La imputación penal*, p. 861; EL MISMO, *System*, p. 83. Así, también, *Lesch*, *Injusto y culpabilidad*, p. 25 y *Piña*, *Rol social*, pp. 293, 406, 415; SÁNCHEZ-VERA, *Protección de expectativas*, p. 252. De acuerdo con *Jakobs*, la formulación de este sinalagma tiene como antecedentes trabajos de *Glaser* (1858) e *Merkel* (1867): JAKOBS, *La imputación penal*, p. 850, nota a pie de página 49.

¹²⁸³ *Lesch*, *Injusto y culpabilidad*, p. 25.

¹²⁸⁴ FRISTER, *Strafrecht AT*, p. 27.

¹²⁸⁵ Como es sabido, esta concepción tiene un fuerte anclaje en la obra de *Luhmann* como, por ejemplo, se puede constatar de una de sus varias obras: “Das Recht ermöglicht es, wissen zu können, mit welchen Erwartungen man sozialen Rückhalt findet, und mit welchen nicht. Gibt es dieser Erwartungssicherheit, kann man mit größerer Gelassenheit den Enttäuschungen des täglichen Lebens entgegensehen; man kann sich zumindest darauf verlassen, in seine Erwartungen nicht diskreditiert zu werden” (LUHMAN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 131-132). Como señala *Sánchez-Vera*, “se trata de garantizar, siquiera normativamente, que ciertos comportamientos no se van a producir, con objeto de garantizar, a su vez, y facilitar la orientación social” (SÁNCHEZ-VERA, *Protección de expectativas*, p. 220). *Sánchez-Vera* añade que la concepción de las expectativas de comportamiento en los sistemas sociales hunde sus raíces en la obra de *Max Weber* – “Kategorien der verstehenden Soziologie”, 1913, p. 111 – con lo cual no se debe vincular la idea de las expectativas en los

una evaluación individualizada y contar con posibles comportamientos (peligrosos) originados de terceros de forma incesante¹²⁸⁶, lo que además supondría un acortamiento del ámbito de libertad¹²⁸⁷. Ahora bien, tampoco es posible que estas expectativas tengan como contenido la exclusión total de riesgos, lo que no es ninguna novedad¹²⁸⁸, pero que se ha venido discutiendo intensamente en Derecho Penal en las últimas décadas en el ámbito de la imputación objetiva¹²⁸⁹ con el propósito de delimitar riesgos permitidos de riesgos prohibidos y de asignar las responsabilidades de las distintas personas que interactúan en contextos sociales. En este sentido, la teoría de la imputación objetiva moldea las expectativas normativas o, si se prefiere, delimita las competencias¹²⁹⁰ de cada ciudadano en la interacción, acotando los deberes y los ámbitos de libertad. Este filtro de imputación constituye una herramienta encauzada a desvincular la responsabilidad de la mera responsabilidad por el resultado¹²⁹¹ y en esta medida, como correctamente advierte *Roxin*, “la teoría de la imputación objetiva constituye una de las expresiones más importantes del principio de culpabilidad, y quien la reconoce está aceptando este principio”¹²⁹². Esta demarcación entre comportamientos prohibidos y

sistemas sociales tan solo a *Luhmann* – no obstante tenga un fuerte anclaje en las obras de ese autor, como se ha afirmado poco antes – (SÁNCHEZ-VERA, *Protección de expectativas*, p. 225, nota a pie de página 11 y *passim*).

¹²⁸⁶ Por esto *Jakobs* recalca que en los contactos sociales “solo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona” (*JAKOBS, Derecho Penal*, p. 9). Asimismo, *LESCH, La función de la pena*, p. 74; SÁNCHEZ-VERA, *Intervención*, p. 195; PIÑA, *Rol social*, pp. 291. La ausencia de expectativas normativas conllevaría la desorganización y la atrofia sociales: “Sozialität wäre nicht mehr denkbar, wenn jeder alle erdenklichen Folgen eines sozialen Konflikts berücksichtigen müsste, was letztlich die Konsequenz einer völlig gelähmten, in Überwachungs- und Hilfsausgelösten Gesellschaft bedingen würde: Autos und Waffen könnten nicht mehr produziert, Alkohol nicht mehr geschenkt werden” (*VOBGÄTTER, Die sozialen Handlungslehren*, pp. 132, 149). En la teoría de *Luhmann* las expectativas recíprocas son fuentes de orientación y simplificación en las relaciones en sociedad (cf. GARCÍA AMADO, *¿Dogmática penal sistémica?*, p. 240). De forma específica sobre la imprudencia inconsciente, *Jakobs* destaca que los contactos anónimos en sociedad no pueden compatibilizarse con las incertezas derivadas de los distintos estados de atención individuales: “Ginge es bei der unbewussten Fahrlässigkeit um Unvermeidbares, wäre es nicht möglich, eine Gesellschaft mit anonymen Kontakten von Personen, die ihr *individuelles* Aufmerksamkeitsquantum wechselseitig nicht kennen, zu bilden und zu verwalten” (*JAKOBS, Drei Bemerkungen*, p. 292).

¹²⁸⁷ “Die zunehmende Komplexität und Kontingenz der Verhaltensmöglichkeiten bedarf zwecks Erleichterung der Orientierung im täglichen miteinander einer ordnenden Generalisierung, um so einen für Jedermann geltenden und von Jedermann erkennbaren allgemeinen Verhaltensspielraum zu schaffen” (*VOBGÄTTER, Die sozialen Handlungslehren*, p. 132).

¹²⁸⁸ Por lo menos desde el siglo XIX, la doctrina penal admite la existencia de ciertos riesgos vitales autorizados siempre que sean adoptadas las medidas de cautela prescritas, como advierte *Löffler* ya en 1895 con el ejemplo de la actividad en las minas (*LÖFFLER, Schuldformen*, pp. 7-8).

¹²⁸⁹ O más propiamente en el ámbito de la definición del comportamiento típico, como aclara *Frisch*: “... el requisito de la creación desaprobada del peligro unido a la acción no es un presupuesto de la imputación. Si no hay creación desaprobada de un peligro unido a la conducta, entonces lo que en realidad falta es una conducta prohibida” (*FRISCH, La teoría de la imputación objetiva del resultado*, p. 49).

¹²⁹⁰ Cuando habla del riesgo permitido, *Pawlik* señala que la norma específica de comportamiento en la situación concreta es el producto de un análisis de competencias (*Pawlik, Das Unrecht*, p. 336). Esto se refleja también en la siguiente síntesis de *Jakobs*: “Was die Schädigung anderer Personen angeht, kann diesen also nicht garantiert sein, dass so etwas nie und nimmer vorkommen dürfe, sondern nur, dass im Umgang der Personen miteinander bestimmte *Standards* eingehalten werden, und wenn dann noch ein Schaden eintritt, wird dieser der Anfälligkeit des Opfers oder den Fehlverhalten anderer Personen zugeordnet” (*JAKOBS, System*, p. 29).

¹²⁹¹ *ROXIN, El principio de culpabilidad*, p. 320.

¹²⁹² *ROXIN, El principio de culpabilidad*, p. 320. En su manual, *Roxin* expresa lo mismo de la siguiente manera: “Un cometido esencial de la teoría de la imputación objetiva consiste precisamente en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia del *versari in re illicita*, por infringir el principio de culpabilidad” (*ROXIN, Derecho Penal*, p. 219). Asimismo, *Mir Puig* afirma que “los tres niveles indicados de imputación (objetiva, subjetiva y personal) constituyen exigencias del principio

comportamientos permitidos, que se corresponde con la configuración de las expectativas normativas se expresa asimismo en los deberes procedentes de los denominados “roles especiales”¹²⁹³, que pueden modificar la distribución de la responsabilidad por la evitación y control de los riesgos en comparación con la expectativa normativa general de no dañar a otros (*neminem laedere*)¹²⁹⁴ – que dimana de la libertad de organización¹²⁹⁵ – cuyos límites primarios¹²⁹⁶ se discuten básicamente en la imputación objetiva.

Esta breve referencia a las estructuras de imputación para la delimitación del comportamiento prohibido tiene el propósito de insistir en el hecho de que cuando la responsabilidad penal deja de ser la mera responsabilidad del resultado¹²⁹⁷ ya empiezan en este momento a operar los efectos del principio de culpabilidad, dado que a este “se vinculan los criterios de imputación jurídico-penal en su conjunto”¹²⁹⁸, con lo que se advierte una vez más “la fuerte relación entre culpabilidad e imputación objetiva”¹²⁹⁹. Sin embargo, para completar “la transferencia del juicio sobre un hecho de tal hecho al agente” – como *M. E. Mayer* describía “la imputación del hecho a la culpabilidad”¹³⁰⁰ – es necesario más, puesto que la fuerza legitimadora del principio de culpabilidad no puede ser

de culpabilidad, entendido en sentido amplio” (MIR PUIG, *Imputación objetiva en Derecho penal*, p. 11; EL MISMO, *Derecho Penal*, p. 145).

¹²⁹³ PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 187-189; PIÑA, *Rol social*, pp. 419-421. *Jakobs* se refiere a “los deberes en virtud de responsabilidad insitucional” (JAKOBS, *Derecho Penal*, pp. 993-1009). Ejemplos tradicionales de estos roles especiales son la asunción de funciones estatales, el matrimonio y la relación paterno-filial, igualmente referidos por los tres autores citados. En este ámbito surgen los denominados deberes positivos, que “hallan su fundamento en *un deber para con la colectividad: el deber de contribuir para el bienestar de los demás*” (ROBLES, *Deberes negativos y positivos*, pp. 107-108). Asimismo PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 186 y ss.

¹²⁹⁴ En ese sentido *Pawlik* habla de “expectativas de respeto” (*Respektierungserwartungen*): PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 179-180. Asimismo: ROBLES, *Deberes negativos y positivos*, p. 107.

¹²⁹⁵ JAKOBS, *Imputación penal*, pp. 850-851; EL MISMO, *Derecho Penal*, p. 267, 949, 972-973; PIÑA, *Rol social*, pp. 292-293; SÁNCHEZ-VERA, *Protección de expectativas*, pp. 253-254.

¹²⁹⁶ Junto a la prohibición de no dañar, aparece un mandato correlativo que tiene origen asimismo en la libertad de organización y que consiste en “eliminar peligros que surjan de tu ámbito de organización” (JAKOBS, *Imputación penal*, p. 851). *Pawlik* alude a “mandatos de neutralización” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 181) y *Piña* a “posiciones de garante emanadas del rol ‘persona’” (PIÑA, *Rol social*, pp. 415-419).

¹²⁹⁷ Incluso en la mera responsabilidad por el resultado sucede una delimitación de responsabilidad, puesto que se hace una selección de las causas consideradas en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones y no “todos los que causan” son responsables (cf. JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 85; EL MISMO, *Sobre la función*, p. 635; asimismo, CANCIO MELIÁ, *¿Crisis del lado subjetivo?*, p. 75).

¹²⁹⁸ STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, p. 119: “el principio de culpabilidad, tradicionalmente, no sólo cumple su función como principio destinado a fijar la medida de la pena. Por el contrario, a él se vinculan los criterios de la imputación jurídico-penal en su conjunto; no solo los requisitos de la culpabilidad en sentido estricto, sino toda la teoría del hecho punible, que en todas sus partes gira alrededor de la cuestión de los presupuestos y el grado en que alguien puede ser responsabilizado por un suceso jurídico-penalmente relevante”. *Mir Puig* se refiere a la distinción entre culpabilidad en sentido estricto – que coincide con el significado más tradicional en la dogmática, que alude a la última de las tres categorías del delito – y culpabilidad en sentido amplio – conjunto de los presupuestos de la responsabilidad penal –, pero prefiere el término imputación personal para la culpabilidad en sentido estricto, con el propósito de evitar ambigüedad (MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 133). En el texto hablamos de culpabilidad como el conjunto de presupuestos para la responsabilidad como un concepto fundamental de todo el sistema que no estaría en ningún sentido encarcelado en el último compartimento del análisis del delito.

¹²⁹⁹ PIÑA, *Rol social*, p. 336, nota a pie de página 1064.

¹³⁰⁰ M. E. MAYER, *Die Schuldhaftige Handlung*, pp. 24-25.

disociada de su función de individualización¹³⁰¹. Volvemos entonces a la individualización y a insistir en que existe un consenso en que esta no puede tomarse como ilimitada¹³⁰², pues la atribución de responsabilidad en cualquier caso supone un grado de desprendimiento con relación al juicio de la persona a quien se dirige¹³⁰³. En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que el individuo es “portador de una complejidad tan alta”¹³⁰⁴ como “unidad zoológico-psíquica” que ningún sistema jurídico de protección de expectativas dirigido a la protección de los ámbitos recíprocos de libertad podría procesar de forma integral¹³⁰⁵. *Hassemer* hace patente esto al preguntarse en qué condiciones le sería posible a un juez penal decir que alguien pudo actuar de otra manera en una situación concreta cuando ni siquiera personas muy cercanas al agente podrían asumir con éxito la responsabilidad de ese juicio¹³⁰⁶, o ni siquiera un psicoanalista en relación al analizado “después de largos años de tratamiento sicoterapéutico”, como señala *Gimbernat*¹³⁰⁷. Esta complejidad se manifiesta asimismo en las dificultades que en mayor o menor grado existen para acceder y enjuiciar todos los sucesos que ocurren en la mente de un ser humano¹³⁰⁸.

Las teorías de la culpabilidad por el carácter – aquí se tomará como ejemplo la concepción de *Figueiredo Dias*¹³⁰⁹ – quieren hacer frente a esas dificultades definiendo como contenido material de

¹³⁰¹ PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 107. Por esta razón afirma *Achenbach* que “en el nivel de la culpabilidad como fundamento de la pena inquirimos acerca de los elementos que nos autorizan a imputar un evento socialmente dañoso no sólo a una persona humana en general, sino a ese autor concreto, esto es, individual” (ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 136).

¹³⁰² STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, p. 119: “ciertas restricciones del programa de ilimitada individualización del criterio determinante de la culpabilidad” provienen “de la propia esencia del reproche de culpabilidad”.

¹³⁰³ SHER, *Who knew?*, pp. 63-64.

¹³⁰⁴ PIÑA, *Rol social*, pp. 150, 277-281. *Gimbernat* se refiere a esta complejidad empírica cuando habla de la imposibilidad de individualizar la motivabilidad en las distintas personas, aparte el caso de los enajenados (*Gimbernat*, *El sistema del Derecho penal*, pp. 68-69) y cuando subraya que “la conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto” (*Gimbernat*, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 8). En este sentido, la complejidad no es solo imprevisibilidad o “el conjunto de todos los sucesos posibles” (cf. GARCÍA AMADO, *¿Dogmática penal sistémica?*, p. 238), en el sentido de *Luhmann* – de acuerdo con este autor, complejidad significa la existencia de más posibilidades de las que se pueden realizar (*Luhmann*, *Sociología do Direito I* – traducción al portugués de la obra “Rechtssoziologie I, p. 45) –, sino también inaccesibilidad a la completa aprehensión empírica.

¹³⁰⁵ PIÑA, *Rol social*, p. 278.

¹³⁰⁶ HASSEMER, *Neurociencias y culpabilidad*, p. 11.

¹³⁰⁷ GIMBERNAT, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 8.

¹³⁰⁸ KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 156; DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 285; RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, p. 191. *Rosen* habla de “opacidad de la mente” (*Rosen*, *Skepticism*, p. 308). En el Derecho anglo-sajón, *Turner* mencionaba esta dificultad: “now it is obvious that it is impossible really to know for certain what was passing in the mind of the accused person; it can only be surmised by a process of inference from what is known of his conduct” (*Turner*, *The Mental Elements*, p. 33).

¹³⁰⁹ También *Herzberg* ha defendido la culpabilidad por el carácter manifestado en el hecho: “Eine reale Tat, worin sich der Charakter auswirkt, ist freilich für den strafrechtliche Schuldvorwurf unentbehrlich, so dass insoweit die Wahrheit nur in einer Synthese von Tatschuld- und Charakterschuldprinzip liegen kann” (*Herzberg*, *Vermeidenkönnen*, p. 63, nota a pie de página 85). El propio *Herzberg* informa que trató del tema de forma más detallada en artículo publicado en *FS-Achenbach* (*Herzberg*, *Vermeidenkönnen*, p. 63, nota a pie de página 85). Para una crítica a la concepción de *Herzberg*, véase: HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, pp. 46-48. De forma más neutra, *Herzberg* ha adoptado

la culpabilidad el “tener que responder por la personalidad documentada en el hecho”¹³¹⁰, puesto que “la personalidad del hombre es el puro efecto de su libertad esencial”, lo que tendría como consecuencia que la culpa jurídico-penal residiría “en la infracción por el hombre del deber de conformar su existir (de afirmar su esencia) en aras de, en su actuación socialmente relevante, respetar los bienes jurídicos protegidos”¹³¹¹. Con esta estrategia, se eluden parcialmente las dificultades oriundas de la complejidad del ser humano, en la medida en que se transfiere para cada uno el asunto de tener de conformar su propio carácter para respetar bienes jurídicos. Si bien este distanciamiento del poder psíquico del individuo en la situación concreta¹³¹² es acertado¹³¹³, con este modo de ver las cosas se busca valorar jurídicamente el proceso de configuración moral de la personalidad del individuo, lo que es problemático desde el punto de vista del principio de libertad, y esta concepción se queda asimismo atrapada cuando se vincula a un concepto de alta complejidad ontológica como es el de personalidad¹³¹⁴. El propio *Figueiredo Dias* reconoce que esta discusión sobre el contenido empírico de la culpabilidad es paralela y que al fin y al cabo cualquiera de las concepciones “termina por confirmar el punto de vista según el cual la esencia y el criterio de la culpa son entidades personales objetivo-socialmente (y no subjetivo-individualmente) determinadas”¹³¹⁵.

Hasta aquí podemos decir entonces que el proceso por el cual se confirma la culpabilidad se desarrolla con el examen de las estructuras de imputación y llega a su término con la atribución individual¹³¹⁶ del hecho al agente. Sin embargo, esta atribución individual no tiene el propósito de procesar toda la complejidad ontológica del ser humano, sino que se trata de un proceso de individualización dirigido normativamente y que no está vinculado a la constatación de un elemento empírico determinado en el sujeto. Se trata, por tanto, de un proceso de imputación¹³¹⁷ por medio del cual se concluye que un determinado individuo es responsable de la defraudación de una expectativa normativa como una expectativa “que el Derecho alberga”¹³¹⁸ con el objetivo de asegurar ámbitos de

recientemente una “definición negativa de culpabilidad” (negative Schulddefinition) que se origina de la ley (HERZBERG, *Der strafrechtliche Schuldbeffriff im 21. Jahrhundert*, GA 2015, pp. 250-259).

¹³¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 287.

¹³¹¹ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, pp. 164-165.

¹³¹² Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 285.

¹³¹³ *Roxin* reconoce una cierta aproximación de su teoría de la culpabilidad con la de *Figueiredo Dias*: “El concepto de culpabilidad aquí defendido se apoya por tanto en una justificación social de la pena y se asemeja en ello a la concepción de algunos defensores de la culpabilidad por el carácter” (ROXIN, *Derecho Penal*, p. 811).

¹³¹⁴ *Jakobs* reconoce “puntos de contacto” entre su teoría y “la teoría de la culpabilidad por el carácter”, concluyendo que “contra dicha teoría no haya nada que objetar, salvo que reformula la imputación de forma psicologicista (‘carácter’)” (JAKOBS, *Individuo y persona*, pp. 200-201, nota a pie de página 49).

¹³¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 285.

¹³¹⁶ ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 137.

¹³¹⁷ HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 37; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 106.

¹³¹⁸ LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 15. *Luhmann* se refiere a expectativas cognitivas y expectativas normativas: “as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos... as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido

libertad recíprocos¹³¹⁹. En este sentido, decir que hubo defraudación de una expectativa normativa quizá no sería en esencia muy diferente a decir que se ha confirmado una “culpabilidad de naturaleza social en el individuo”, pero refleja mejor el carácter de imputación por el cual se confirma la culpabilidad. Restaría entonces preguntar en qué medida se tiene en cuenta la constitución o situación individual en la imputación de la culpabilidad y en qué medida esto afecta la cuestión de la culpabilidad en la imprudencia inconsciente. Una vez más es preciso reconocer que la pretensión no es la de solucionar esta cuestión altamente compleja y controvertida¹³²⁰ de manera definitiva, sino tan solo la de mirar la situación desde el punto de vista de la imprudencia inconsciente.

III.3. Culpabilidad, “persona” e imprudencia inconsciente

La distinción entre individuo y persona tiene un lugar importante en la teoría de *Jakobs*. Para este autor, en el análisis jurídico-penal los intervinientes “no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas”¹³²¹. De acuerdo con esta concepción, “persona es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; este es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social”¹³²². Este concepto solo puede comprenderse de forma relacional, por lo que “una única persona es una contradicción en sí”¹³²³ y desde esta perspectiva solo pueden existir personas en una sociedad (en sentido normativo)¹³²⁴. La consecuencia es que, “en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa”¹³²⁵, puesto que el individuo asume en la convivencia social el “rol de la persona en Derecho” a la que corresponde “un baremo objetivo en lo referente al esperado

implica em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma” (LUHMANN, *Sociologia do Direito I*, traducción al portugués de la obra “Rechtssoziologie I”, pp. 56-57). De acuerdo con *Gómez-Jara*, la distinción entre expectativas cognitivas y expectativas normativas proviene de *Galtung* (GALTUNG, “Expectations and Interaction Processes”, *Inquiry* (2), 1959, pp. 213 y ss., citado por GÓMEZ-JARA, *La retribución comunicativa*, p. 11). Sin embargo, cuando se habla aquí de culpabilidad como defraudación de una expectativa normativa lo que se quiere poner de relieve es que la culpa no reside en el alma del sujeto sino que se trata de contrariedad a una expectativa oriunda del Derecho confirmada por medio de un proceso de imputación.

¹³¹⁹ *Kindhäuser* sostiene correctamente que “... die Idee allseitig vorteilhafter Freiheitskoexistenz” es la propia idea del Derecho (KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, p. 499). *Zaczyk* asume en ese sentido “la comprensión del delito como lesión de la libertad jurídica” (ZACKYK, *Sobre la justicia de la imposición de penas*, p. 105). De forma parecida, *Frisch* afirma que “injusto es, en realidad, el quebrantamiento de estas relaciones de reconocimiento, es una conducta que se manifiesta como *negación del reconocimiento* de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos” (FRISCH, *Delito y sistema del delito*, p. 206).

¹³²⁰ Recientemente, *Herzberg* ha resumido la situación de complejidad y choque de opiniones sobre la culpabilidad y las perspectivas de futuro de la siguiente manera: “Was ist zu sagen zum Schuldbegriff im 21. Jahrhundert? Zunächst, dass in dieser Zeitspanne vermutlich alles so umstritten bleiben wird, wie es dies auch im 20. Jahrhundert war; sowohl die verbalen Umschreibungen und die Bestimmungen des “Wesens” der Schuld wie die Frage, ob nicht der Schuldbegriff aus der Rechssprache getilgt werden sollte” (HERZBERG, *Der strafrechtliche Schuldbegriff im 21. Jahrhundert*, p. 250).

¹³²¹ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 23-24.

¹³²² JAKOBS, *La idea de normativización*, p. 17.

¹³²³ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 37.

¹³²⁴ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 37-38.

¹³²⁵ JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 108.

respeto al Derecho”, cuya no satisfacción “evidencia una falta de reconocimiento de la vigencia de la norma”¹³²⁶.

Esta concepción ha sido criticada en la medida en que supone un acercamiento a la teoría de sistemas¹³²⁷, “donde el sujeto individual, en tanto que sujeto de la acción social, no existe como tal ni posee atributos constantes al margen de cómo lo constituya, de cómo lo vea, el respectivo sistema”¹³²⁸. Desde esa perspectiva, “lo que el sistema jurídico-penal ve de cada individuo es solo lo que le imputa de sujeto general”¹³²⁹, por lo que no se trataría más de la persona real, como realmente es, existente de modo previo al Derecho¹³³⁰, sino del individuo como el sistema lo ve¹³³¹. Efectivamente, la primera reacción puede ser de asombro ante este modo de describir las cosas, pero quizá el concepto normativo de persona se haya convertido en lo que *Alcácer Guirao* aludió como “una oveja con piel de lobo”¹³³². Por lo que atañe al Derecho penal, el concepto de persona suele vincularse al rol mínimo o básico que el individuo desempeña en la vida social¹³³³, “cuyo contenido en términos generales está dado por el deber negativo de ‘no dañar a otros’”¹³³⁴. Hasta este punto parece no haber razones para mayores polémicas, pues todos pueden compartir la idea básica de que en la convivencia social los individuos, como personas en Derecho, deben respetarse unos a los otros, lo que contribuye al mantenimiento y protección de las libertades recíprocas. Sin embargo, el concepto de persona puede ser mucho más controvertido si es interpretado como un constructo dirigido a la “pérdida de la consciencia individual” para, o bien permitir la atribución de hechos psíquicos desde un punto de vista social o bien considerar la averiguación de hechos psíquicos como superflua o, en el mismo sentido, para atribuir culpabilidad de acuerdo con puntos de vista sociales.

Lo que parece más importante tener en cuenta en esta discusión son las consecuencias materiales para las categorías del sistema del delito y, sobre todo, sus efectos en el proceso de decisión sobre la responsabilidad penal que se derivan de los distintos conceptos de persona. Si bien admitir que el juez considera en su enjuiciamiento una persona socialmente construida y no el individuo concreto puede suponer una pérdida de referencia en la aplicación del Derecho e implicar el riesgo

¹³²⁶ JAKOBS, *Imputación jurídico-penal*, pp. 92-93.

¹³²⁷ “Psychische systeme werden dadurch zu Personen, das heißt Erwartungskollagen, die im System als Bezugspunkte für weitere Selektionen fungieren” (LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 178).

¹³²⁸ GARCÍA AMADO, *¿Dogmática penal sistémica?*, p. 249.

¹³²⁹ GARCÍA AMADO, *¿Dogmática penal sistémica?*, p. 257.

¹³³⁰ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 33, nota a pie de página 45.

¹³³¹ GARCÍA AMADO, *¿Dogmática penal sistémica?*, p. 255.

¹³³² ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 56.

¹³³³ PIÑA, *Rol social*, p. 279; SÁNCHEZ-VERA, *Protección de expectativas*, p. 245.

¹³³⁴ PIÑA, *Rol social*, p. 414.

de instrumentalizar el individuo para atender a intereses sociales¹³³⁵, lo cierto es que todos los que históricamente (desde hace mucho tiempo) han admitido –por lo que atañe al objeto de esta investigación– la responsabilidad penal en supuestos de imprudencia inconsciente y la responsabilidad penal en casos de error de prohibición vencible han tenido que colmar lagunas psíquicas con exigencias normativas originadas de las necesidades de convivencia social. Esta constatación es incluso trivial debido a la ya mencionada imposibilidad de individualización completa en el proceso de atribución de responsabilidad en que se halla ínsito el llamado a rendir cuentas ante un ente distinto del responsabilizado. Con respecto a la imprudencia inconsciente, no es posible definir en la situación concreta de forma empíricamente comprobable que el sujeto tenía unas capacidades que le permitían acceder al conocimiento fáctico¹³³⁶. Esto lo ponen de relieve los críticos de la imprudencia inconsciente, especialmente los teóricos estadounidenses. Muchos acuden entonces al hombre medio, que podría evitar el resultado de acuerdo con un juicio ideal, o el hombre medio del círculo social y profesional del autor, lo que fundamentaría asimismo la responsabilidad del individuo concreto.

Binding protestaba contra estos “baremos personificados” que constituirían “fantasmas” frente al “hombre de carne y hueso”, el “hombre vivo” que debería ser enjuiciado¹³³⁷. Lo que propone *Binding* entonces en el ámbito de la imprudencia es evaluar el poder individual del acusado de evitar el comportamiento antijurídico en la situación concreta¹³³⁸, teniendo en cuenta las capacidades, las condiciones físicas del agente en el momento del hecho, el tiempo disponible para reflexionar, la asunción de tareas sin la necesaria preparación, los deberes especiales, la utilidad del comportamiento, entre otros criterios¹³³⁹. Si bien hay que considerar estos indicadores, es preciso tener en cuenta que la medida del comportamiento del agente es el producto de una valoración¹³⁴⁰. Esto lo expresa *Kindhäuser* cuando afirma que la medida de cuidado debe determinarse de acuerdo con lo que se espera en las circunstancias de un ciudadano fiel al derecho en una decisión racional, aunque se trata del fiel destinatario de la norma “con la constitución intelectual y física del agente”¹³⁴¹. La consecuencia de este planteamiento es una individualización – la ceguera o el analfabetismo tienen

¹³³⁵ Com o resume *Alcácer Guirao*, “... la exclusión del individuo del sistema social y su sustitución, como sistema psicofísico autónomo, en el entorno de aquel, es objeto de una encendia polémica acerca del abandono de los intereses del sujeto en aras de las necesidades funcionales del sistema social” (ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal*, p. 420).

¹³³⁶ En la doctrina penal, esto ya era reconocido en 1907 por *von Bar*: “Die Frage, ob jemand etwas nach individueller geistiger Veranlagung genügend vorhersehen könnte, ist genau betrachtet unlösbar” (V. BAR, *Gesetz und Schuld, II*, p. 449). De esta manera, en el llamado juicio de previsibilidad se oculta siempre un componente normativo.

¹³³⁷ BINDING, *Normen, IV*, pp. 522-523.

¹³³⁸ BINDING, *Normen, IV*, pp. 527, 530.

¹³³⁹ BINDING, *Normen, IV*, pp. 530-569.

¹³⁴⁰ KINDHÄUSER, *Erlaubes Risiko*, p. 208. Así también, *Freund*: “la valoración de la conducta es tan objetiva como cualquier otra valoración” (FREUND, *Imprudencia punible*, p. 90)

¹³⁴¹ KINDHÄUSER, *Erlaubes Risiko*, pp. 208, 210, 215.

efectos en la configuración de las expectativas, por ejemplo –, que tiene límites, puesto que los que no pueden ver o leer tienen que observar precauciones adecuadas a su estado físico o intelectual¹³⁴², como debe hacer un ciudadano fiel al Derecho en estas condiciones.

Este panorama evidencia que “el sujeto que se considera decisivo para la imputación” en los delitos imprudentes no se corresponde integralmente con el individuo como “sistema sicofísico”, sino que siempre ha sido necesario recurrir a una construcción normativa¹³⁴³, aunque parcial, como advierte correctamente *Lesch*. Por lo que se refiere a los autores del siglo XIX, si bien buscaron con persistencia la vinculación psicológica del agente con el resultado en los supuestos de imprudencia inconsciente, no lograron encontrar el elemento doloso del delito imprudente, como quedó claro en la primera parte de este trabajo. No obstante, como se ha venido mencionando, esto no quiere decir que no se tenga en consideración la individualidad del sujeto de la imputación¹³⁴⁴. Incluso quien reconoce la aplicabilidad de la teoría de sistemas en la imputación penal puede admitir que “cualquier camino que pretenda dar alguna luz acerca de la relación entre individuo y persona no puede considerarlos compartimentos estancos”, ya que “ambos están ligados por una serie de vasos comunicantes” en “una relación de alimentación recíproca”¹³⁴⁵. En este sentido – pero ahora no más necesariamente desde la teoría de sistemas – el individuo es llamado a ocupar su papel de ciudadano y cumplir con las expectativas correspondientes para el mantenimiento de un orden jurídico destinado a asegurar la libertad¹³⁴⁶. La consecuencia de este plantamiento es que el estado psíquico del individuo en el momento del hecho no es *vinculante* para la atribución de responsabilidad, lo que no quiere decir que los fenómenos empíricos en general sean desdeñados, sino que son aprehendidos desde la observación jurídica, que les atribuye implicaciones y efectos propios adecuados a la necesidad de asegurar el orden jurídico de refuerzo de libertades.

Merkel confirma el hecho de que la indagación por el estado mental del agente en el momento del hecho no debe ser *vinculante* para la confirmación de la responsabilidad cuando sostiene que el

¹³⁴² “Das Fahren im Automobil seitens eines Schwerhörigen oder Kürzsichtigen ist für anderer Leute Gesundheit und Leben gefährlich, daher prinzipiell zu unterlassen... Für einen Blinden kommen andere Wahrnehmungsmittel in Frage als für einen Menschen mit normalen Sehkraft” (ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 353-354). Así también: LESCH, *Vebrechenbegriff*, p. 252.

¹³⁴³ LESCH, *Injusto y culpabilidad*, pp. 11-13.

¹³⁴⁴ En 1930, *Mohrmann* ya reconocía la necesidad de acomodar la exigencia al ciudadano de ponerse al día con las habilidades necesarias para la convivencia con los demás y las limitaciones de su constitución individual: “Das Zusammenleben im Staat erordert eben in diesem Sinne auch eine gewisse Selbsterziehung, die allerdings in den Fähigkeiten und Anlagen des Einzelnen ihre Grenze haben” (MOHRMANN, *Fahrlässigkeit*, pp. 56-57).

¹³⁴⁵ PIÑA, *Rol social*, p. 280.

¹³⁴⁶ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 301. Esto se expresa en las siguientes palabras de *Pawlik*: “Un ataque al estadio de la juridicidad se muestra en el hecho de que el autor, con su comportamiento quebrantador del ordenamiento penal, lesiona asimismo su papel de representante de la comunidad jurídica, en pocas palabras, su papel de ciudadano” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 86).

desconocimiento no puede siempre exonerar, puesto que “una actitud deficiente con relación a los intereses y al propio Derecho puede expresarse precisamente en no procurar el conocimiento de las normas de un determinado ámbito de la vida”¹³⁴⁷, lo que podría aplicarse asimismo al interés de prepararse, percatarse e informarse sobre las circunstancias fácticas. Esto quiere decir que incluso un penalista cuyo método básico para la confirmación de la culpabilidad pasaba por buscar la configuración psíquica reprochable del agente – una actitud defectuosa (*eine mangelhafte Gesinnung*) – puede admitir que la respuesta a esta cuestión no depende de forma necesaria de lo que el agente conocía o no conocía en el momento del hecho. La consecuencia es que el principio del *ultra posse nemo obligatur* no debe ser comprendido de forma psicologizante, sino de acuerdo con ponderaciones de exigibilidad¹³⁴⁸. Determinante será el papel de ciudadano con su connatural deber de colaborar para el mantenimiento del estado de libertad recíproca y la imputación subjetiva deberá armonizarse con esta concepción de sujeto¹³⁴⁹. Sin embargo, la exigibilidad derivada de la llamada a ejercer el papel de ciudadano no es ilimitada, se trata de demandar el empleo de las capacidades solo de forma suficiente – y en la medida de esta necesidad – para asegurar la estabilidad de un ordenamiento impulsor de libertades¹³⁵⁰. Aparte de estos límites que se dependen de la propia finalidad de las expectativas normativas, las limitaciones a la exigibilidad también se originan, como se ha afirmado, de la configuración del individuo¹³⁵¹, como manifestación del principio de culpabilidad, pero sin olvidarse de que el ciudadano es llamado asimismo a no asumir riesgos más allá de sus posibilidades de control¹³⁵². Algunos desdoblamientos de esa cuestión serán analizados en el próximo y último capítulo.

¹³⁴⁷ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 68.

¹³⁴⁸ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 301.

¹³⁴⁹ En este sentido, *Sánchez-Ostiz* llama la atención para la relación entre “el concreto contenido del subjetivo” y la forma de concebir la persona: “De nuevo el modelo de persona adoptado condiciona los contenidos de la imputación y los requisitos para ella exigidos. De cómo se conciba el término de referencia, el sujeto al que se atribuye responsabilidad, dependerán las concretas reglas de imputación” (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 397).

¹³⁵⁰ “Der Adressat einer Norm muß seine Fähigkeiten nur in dem Maß zur Normbefolgung einsetzen, das zur Sicherung der Stabilität einer freiheitlichen Ordnung hinreicht” (KINDHÄUSER, *Pflicht und Obliegenheitsverletzung*, p. 342). En el mismo sentido, PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 301-302. El reconocimiento recíproco de libertades supone tener en cuenta de forma equilibrada los papeles de “agente” y “víctima”, puesto que la extensión de las prohibiciones afectan asimismo a la libertad de actuación: “... una pretensión teórica de libertad debe tener en cuenta, desde u principio y en igual medida, las pretensiones de libertad de todos los destinatarios de una regulación penal, es decir, no sólo la voluntad del potencial perjudicado, sino también la posición jurídica de aquellos cuyas posibilidades de actuación se vean limitadas por la prohibición en cuestión” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 100). En el mismo sentido, “la exigencia de colaboración de la comunidad jurídica frente a sus miembros individuales tiene sus fundamentos y límites en su necesidad de conservar un estado de libertad” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 103).

¹³⁵¹ KINDHÄUSER, *Erlaubes Risiko*, p. 213.

¹³⁵² PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 344-345. *Engisch* retrataba esto con las siguientes palabras: “Der Gebrechliche oder Unfähige muß, um sich pflichtgemäß zu verhalten, manches unterlassen, was der Gesunde, der Sachkundige, tun darf, er muß vielfach sein Verhalten besonders einrichten” (ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 355).

A la pregunta acerca del sujeto que se considera decisivo para la imputación hay que contestar, por tanto, que es *el individuo en su papel de ciudadano*¹³⁵³. No se trata del individuo como sistema psicofísico situado al margen de la comprensión normativa¹³⁵⁴, sino como integrante de la sociedad¹³⁵⁵ que es respetado como igual y autónomo¹³⁵⁶ y que está llamado asimismo a cumplir con expectativas normativas¹³⁵⁷, lo que supone que debe situarse en condiciones para ello¹³⁵⁸. En este sentido, tampoco se trata del “hombre medio” despojado de su individualidad, como suele plantearse desde el llamado “concepto bigradual de persona de referencia” que quiere separar el injusto imprudente basado en la lesión de un deber objetivo de cuidado de la culpabilidad individual en estos

¹³⁵³ De forma parecida, *Voßgätter*: “Ist die Urteilerperson zwar der konkrete individuelle Täter, so ist er es doch in seiner Rolle als gesellschaftlich vermittelte Person” (VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 182). En el mismo sentido, *Pawlik*: “Ein Angriff auf den Zustand der Freiheitlichkeit äußert sich folglich darin, daß den Täter, indem er der strafrechtlichen Verhaltensordnung zuwiderhandelt, seine Rolle als Repräsentant der Rechtsgemeinschaft – kurz: als Bürger – bricht. Er verletzt seine Pflicht, an der Aufrechterhaltung des bestehenden Rechtszustandes mitzuwirken” (PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 106-107); “Den Täter trifft in seiner Rolle als Bürger eine rechtliche Mitverantwortung für das Allgemeine” (PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, p. 97). El concepto de delito de *Pawlik* es desarrollado de forma consecuente con esta idea: “cometer un delito supone violar la obligación ciudadana de contribuir al mantenimiento de la libertad existente” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 102). Además, sostiene *Pawlik* correctamente que “el autor acarrea en su rol de ciudadano una corresponsabilidad jurídica frente a la generalidad” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 108) y expresa que “no está dispuesto a cumplir según el orden establecido con los deberes de colaboración que nacen de su status de ciudadano” (PAWLIK, *La diferenciación entre injusto y culpabilidad*, p. 127). No debe entenderse aquí el ciudadano en una acepción estricta como titular del derecho de participar en la vida política, sino como integrante y beneficiario del contexto de una sociedad organizada, que tiene el propósito de garantizar las libertades recíprocas. De manera no muy diferente, aunque con énfasis en el modelo abstracto al que se agregan las características del agente concreto, *Kindhäuser* habla de un “destinatario de la norma fiel al Derecho con la constitución física e intelectual del agente” (KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko*, p. 210). *Lesch* prefiere acoplar al individuo el papel *normativo* de persona razonable, a quien se atribuye la voluntad de cumplir con la norma: “Straf- und Schuld- bzw. Zurechnungssubjekt ist also der konkrete, individuelle Täter in seiner objektiv-normativen Rolle als (formell) freie, vernünftige Person, der man unterstellt, daß sie – zwar nicht empirisch, wohl aber ihrem normativ-personalen Anspruch nach und damit dem Gebot der Moralität entsprechend – das Recht der Subjektivität mit dem der Objektivität vermittelt und ihren besonderen mit dem allgemeinen Willen (subjektiv) identisch gesetzt hat, der man also – mit anderen Worten – den Willen zur Befolgung der qua sozialer Generalisierung maßgeblichen Norm einfach zuschreibt” (LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 252). Debe reconocerse la proximidad entre los modelos del individuo concreto del que se espera el comportamiento racional o comportamiento como ciudadano que cumple con las normas y el modelo abstracto de hombre racional al que se agregan las capacidades individuales del agente (LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 255).

¹³⁵⁴ Aquí no se trata de experimentos naturales sino de imputación social: “Eine auf empirisches Wesen zugeschnittene Zurechnung kann schon nicht die Aufgabe der Zurechnung in der heutigen Zurechnung leisten, da ein empirisches Wesen als Natur definiert wird und Natur schon qua Definition nicht delinquieren kann” (VOßGÄTTER, *Handlungslehren*, p. 176).

¹³⁵⁵ “Insofern wurzelt das strafrechtliche Unrecht nicht in der vorrechtlichen, faktischen Selbstbestimmung des einzelnen, vielmehr ist eine jegliche Sinnäußerung des einzelnen im Bereich des Strafrechts von vornherein gesellschaftlich vermittelt zu interpretieren” (VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 162).

¹³⁵⁶ PAWLIK, *La pena retributiva*, pp. 96-97, 99. En la teoría de sistemas de *Luhmann*, esto se expresa en la idea de que, si bien el individuo desempeña funciones distintas en los respectivos sistemas, no se admiten ventajas derivadas de posiciones socialmente estratificadas: “Als Form gesellschaftlicher Differenzierung betont funktionale Differenzierung mithin die Ungleichheit der Funktionssysteme. Aber in dieser Ungleichheit sind sie gleich. Das heißt: Das Gesamtsystem verzichtet auf jede Vorgabe einer Ordnung (zum Beispiel: Rangordnung) der Beziehung zwischen den Funktionssystemen” (LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 746). Por tanto, cuando el individuo es considerado como ciudadano, esto no quiere decir pérdida de subjetividad, sino incremento de libertad: “Bei einem solchen Befund wird Subjektivität nicht geleugnet bzw. wird der einzelne nicht zum Objekt gesellschaftlicher Bedürfnisse degradiert, vielmehr erfährt er erst auf diese Weise die ihm zukommende Behandlung” (VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 162).

¹³⁵⁷ Como afirma *Otto*, el concepto jurídico de sujeto que deriva del orden del deber permite el desarrollo personal y asimismo llama a cada uno al cumplimiento del deber: “Das Recht wird als Sollens-, d. h. Pflichtenordnung verstanden. Es wendet sich an das Rechtssubjekt als Person, ermöglicht diesem die personelle Entfaltung, nimmt es aber zugleich als Person in die Pflicht” (OTTO, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, p. 563).

¹³⁵⁸ “Die Definition des einzelnen als gesellschaftlich gebundenes Wesen bedingt also gleichzeitig die Definition als Person, die für Rechtstreue selbst zuständig ist” (VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 180).

delitos¹³⁵⁹. De acuerdo con ese punto de vista, el “hombre medio” sería el sujeto que comete el injusto penal o el sujeto del injusto penal si se prefiere, y el individuo al que se le exige responsabilidad solo surgiría en el plano de la culpabilidad. *Freund* critica con vehemencia esta postura, puesto que “quien construye esta ‘persona’ de referencia (como, por ej., el tan citado ‘hombre medio’), en realidad está llevando – mentalmente– a dos personas ante el tribunal: por una parte, una de carne y hueso, y, por otra, una criatura artificial”¹³⁶⁰. En correspondencia con esta crítica, hay que subrayar el hecho de que el que infringe la norma es el sujeto como ciudadano¹³⁶¹, sobre el cual recaen exigencias derivadas de la vida en sociedad y del propósito de maximizar libertades¹³⁶² recíprocas adecuadas a su constitución y situación personal, pero *no necesariamente vinculadas a una específica situación de conocimiento en el momento del hecho*¹³⁶³ *ni a sus convicciones personales*¹³⁶⁴. De esta integración entre las exigencias normativas y la individualización surge la necesidad de plantearse las consecuencias que esta postura puede acarrear para la distinción entre injusto y la culpabilidad¹³⁶⁵. Ello porque, como se sostiene a continuación, las expectativas normativas convergen en el ciudadano concreto – o, más exactamente, en el individuo concreto en su papel de ciudadano–, en sus

¹³⁵⁹ FREUND, *Imprudencia punible*, p. 84.

¹³⁶⁰ FREUND, *Imprudencia punible*, p. 85; ELMISMO, *Strafrecht AT*, p. 168. *Renzikowski* rechaza la adopción de la persona-baremo abstracta para la definición del injusto imprudente bajo el argumento de que esto implicaría sustituir la doctrina del injusto personal por la “doctrina del injusto medio” (RENZIKOWSKI, *Restriktivtäterbegriff*, p. 244). En el mismo sentido, *Fletcher*, cuando se refiere a la doctrina de la imprudencia inconsciente (negligence) de *Holmes*: “As do most lawyers today, Holmes tried to resolve the puzzles of negligence by relying on the projected behaviour of a reasonable person – called is his idiom ‘the average man’. This language is unfortunate because it introduces an element of fiction in the ‘objective’ standard of negligence. Since the concrete defendant is not ‘the average man’ – no one embodies the average man – this way of speaking suggests that one is no longer judging the actual defendant on trial” (FLETCHER, *The fault of not knowing*, p. 277). Así, también, *Juarez Tavares*: “Ainda que muitos autores a empreguem, não estou convencido, por exemplo, da estabilidade e da correção do critério do homem prudente. Esta é uma figura de retórica que se introduz na teoria do delito ou para substituir a referência ao homem concreto, tratado como tal não apenas na culpabilidade, como também no injusto, ou para, simplesmente, projetar um certo antropofornismo de juízos de probabilidade, com base em aceções de valor, objetiváveis” (TAVARES, *Prefácio*, XIII).

¹³⁶¹ “Un ataque al estadio de la juridicidad es muestra en el hecho de que el autor, con su comportamiento quebrantador del ordenamiento penal, lesiona asimismo su papel de representante de la comunidad jurídica, en pocas palabras, su papel de ciudadano” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 86). Ya en 1958 *Maihofer* sostenía una opinión semejante: “In der Sache geht es hier um dem Maßstab weder des abstrakten Jedermann, noch des individuellen Täters mit seinen persönlichen Eigenschaften und Fertigkeiten (als Individualperson), sondern um den Täter als konkreter Jemand: in bestimmter sozial-typischer Rolle und Lage (als Sozialperson)” (MAIHOFFER, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, p. 175, nota 59).

¹³⁶² La función promotora de libertad del Derecho que legitima la pena como ataque a esta libertad es también asumida por *Köhler*: “Das Strafhandeln... ist durch den Rechtszweck definiert, d. h. Verhaltensbedingungen interpersonal widerspruchsfrei gesetzter äußerer Freiheit” (KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, p. 67). De manera semejante, *Feijoo* define el Derecho penal como un “sistema maximizador de libertades” (FEIJOO, *Recensión a Frisch, Wolfgang/Robles Planas, Ricardo*, p. 140).

¹³⁶³ “El Derecho penal no sólo espera de los ciudadanos que no decidan realizar el tipo cuando saben lo suficiente, sino que en determinados tipos penales considera que los ciudadanos deben ser cuidadosos con ciertos hechos” (FEIJOO, *Imprudencia*, p. 257). Esto significa que no es imprescindible para la imputación el conocimiento de los hechos constitutivos del peligro siempre que el agente tenga “datos suficientes a su alcance para que el ordenamiento espere que no se tome esa decisión” (FEIJOO, *Imprudencia*, p. 260).

¹³⁶⁴ “Una cosa es que el Estado respete la libertad de conciencia individual y otra distinta es que la respete hasta el punto de hacer suya la decisión de conciencia individual contraria a sus leyes, dejando condicionada su aplicación a la aceptación de las mismas por parte del individuo. Una tal pretensión estaría en contradicción con la propia esencia del Derecho, como conjunto de normas objetivas de validez general” (MUÑOZ CONDE, *La objeción de conciencia*, p. 286).

¹³⁶⁵ Como correctamente afirma *Freund*, la consecuencia de individualizar el “injusto imprudente” es restar relevancia a la distinción entre injusto personal y culpabilidad (FREUND, *Imprudencia punible*, p. 87).

circunstancias¹³⁶⁶, por lo que es necesaria la precisión que se manifiesta en la culpabilidad como individualización de esas expectativas¹³⁶⁷.

III.4. Imprudencia e integración entre injusto y culpabilidad: deber y poder

La primera parte de este trabajo contiene una breve descripción del proceso que culminó con el traslado del dolo – apartado de la conciencia de la ilicitud – y de la imprudencia de la culpabilidad al injusto. Si bien las contribuciones de autores como *von Weber* y *Dohna* tuvieron una importancia decisiva en esta transición, a *Welzel* se le asignó el protagonismo por la imposición de esta, por aquel entonces, nueva estructuración. Sus argumentos se basaban en premisas finalistas y en correspondencia con esto el cambio sistemático de lugar del dolo era más natural. *Welzel* insistía, por ejemplo, en el conocido argumento de que “si el dolo en el delito intentado pertenece al tipo de injusto y no a la culpa, debe conservar la misma función también cuando el delito intentado pasa a la etapa de consumación”¹³⁶⁸. Sin embargo, por lo que se refiere a la acción imprudente, las dificultades de su conciliación con la teoría finalista llevaron *Welzel* en un primer momento¹³⁶⁹ a reconocer que “de acuerdo con la doctrina final de la acción el tipo imprudente solo puede realizarse de forma culpable, de manera que la distinción entre injusto y culpabilidad se convierte en carente de objeto y solamente el comportamiento culpable es típico”¹³⁷⁰. Es cierto que poco tiempo después, también desde el finalismo, *Niese* se aparta de la concepción de *Welzel* y sostiene que “con la constatación de que el agente no doloso infringe el deber objetivo de cuidado y con esto actúa de forma típicamente injusta no está todavía fijada su culpabilidad”¹³⁷¹. De acuerdo con esta opinión, la reprobación de culpabilidad que se orienta a la medida objetiva de cuidado exigido en el tráfico puede no confirmarse si el agente no era capaz de cumplir con el cuidado debido según sus capacidades personales y circunstancias¹³⁷².

¹³⁶⁶ Esta es la razón por la cual “es imposible emitir el juicio de desaprobación de forma independiente al sujeto” (ROBLES, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal*, p. 93).

¹³⁶⁷ “Wenn wir einen rationalen Normgeber voraussetzen, steht die Verhaltensnorm a priori unter der Präsupposition, dass es dem Normadressaten in der konkreten Situationmöglich ist, sich an ihr zu orientieren” (RENZIKOWSKI, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, p. 135).

¹³⁶⁸ WELZEL, *Derecho Penal*, p. 69.

¹³⁶⁹ *Welzel* cambia de opinión después y se adhiere a la doctrina mayoritaria, que sitúa la infracción del deber de cuidado en el injusto y el análisis de las capacidades individuales en la culpabilidad (WELZEL, *El nuevo sistema*, pp. 119, 159).

¹³⁷⁰ “Während die Fahrlässigkeitstatbestände nach der finalen Handlungslehre nur schuldhaft verwirklicht werden können, so daß hier die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit gegenstandslos wird und nur die schuldhafte Handlung tabeständsmäßig ist, rechnet die finalen Handlungslehre den Vorsatz zur Handlung und zum Tatbestand und trennt ihn scharf von der Schuld ab” (WELZEL, *Handlungslehre*, p. 22).

¹³⁷¹ NIESE, *Finalität*, p. 63.

¹³⁷² NIESE, *Finalität*, p. 63.

Esta sistematización de la imprudencia en realidad no era desconocida, pues *Engisch*¹³⁷³ y *von Weber*¹³⁷⁴ ya habían postulado con anterioridad la ubicación de la infracción del deber de cuidado en el injusto, mientras que la culpabilidad se caracterizaba por el poder individual de cumplir con el cuidado debido. En líneas generales, esta sigue siendo la opinión mayoritaria hasta la los días de hoy¹³⁷⁵, que puede resumirse en la afirmación de que “las especiales condiciones individuales del sujeto solo pueden excluir la culpabilidad, pero no afectan a la antijuridicidad del delito imprudente”¹³⁷⁶. Lo que puede constatarse en esta discusión es que la posición mayoritaria actual se remonta al momento de la transposición al injusto de lo que eran hasta entonces elementos de la culpabilidad de conformidad con las teorías psicológica y normativa neokantiana. La transición que comienza con el prematuro reconocimiento – ya en el siglo XIX – de que las conductas adecuadas a cuidado no podrían considerarse antijurídicas y que prosigue con la ordenación de la infracción del cuidado en el injusto, culmina con la conclusión de que la imprudencia ya no era más elemento de la culpabilidad, sino elemento del tipo al lado del dolo, lo que se impone en una segunda etapa del finalismo. Sin embargo, una parte de la imprudencia se queda atrás, las capacidades individuales del agente, que permanecen en la culpabilidad, dada la pretensión de separar “deber” (*Sollen*) de “poder” (*Können*).

Paralelamente, la reacción a la teoría normativa (“pura”) de la culpabilidad se manifiesta en las críticas de “vaciamiento” de esta categoría del delito¹³⁷⁷ y de la dificultad de distinguir

¹³⁷³ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 349-350, 365.

¹³⁷⁴ VON WEBER, *Zum Aufbau*, pp. 15-16.

¹³⁷⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 293: “... la doctrina alemana dominante parte de la distinción de la infracción del deber objetivamente exigible en el tráfico y el poder individual del autor de cumplir con aquel deber, incluyendo lo primero en la antijuridicidad y lo segundo en la culpabilidad”; JESCHECK, *Derecho Penal*, p. 608: “Solo cuando está comprobada la vertiente objetiva del hecho imprudente (**tipo de injusto**) puede examinarse adicionalmente si también se ha cumplido el mandato general de cuidado y previsión dirigido al autor individual, de conformidad con su inteligencia, formación, habilidad, cualificación, experiencia vital y su posición social (**tipo de culpabilidad**)”; HIRSCH, *Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts*, pp. 526, 536: “Das individuell Mögliche ist charakteristisch für das Schuldebene... Hinter dem üblichen strafrechtlichen Fahrlässigkeitsmerkmal der individuellen Voraussehbarkeit vergibt sich der Gesichtspunkt, daß für den Täter die objektive Sorgfaltswidrigkeit erkennbar gewesen ist, also das allgemeine Schuldverfordernis der individuellen Möglichkeit der Normwidrigkeitskenntnis”; KAMINSKI, *Der objektive Massstab*, pp. 102-103: “Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß aus einer Vielzahl von Gründen Bedenken gegen die Subjektivierung der Sorgfaltsanforderungen im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts anzumelden sind”; P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 82: “Eine Verhaltensnorm, die sich an den Möglichkeiten des Individuums orientiert, ist nicht geeignet, an einer konfliktlosen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens mitzuwirken”; SCHÜNEMANN, *Fahrlässige Straftat*, p. 163: “Die Subjektivierung des Fahrlässigkeitsunrechts kann also weder durch eine Analogie zum Unterlassungsdelikt noch mit der Motivationsfunktion der Verhaltensnorm zureichend begründet werden”. Aunque crítico, también GÖSSEL informa que “la previsión individual es adjudicada mayoritariamente en la culpabilidad” (GÖSSEL, *Viejos y nuevos caminos*, p. 23), y lo mismo reconoce también desde la corriente crítica *Castaldo*: “Die h. M. ist der Auffassung, man müsse zwischen einem objektiven und einem subjektiven Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit unterscheiden: Im Unrecht sei die Sorgfaltswidrigkeit am Verhalten des Durchschnittsmenschen zu messen, in der Schuld dagegen an der Fähigkeit des Täters, um einem persönlichen Vorwurf erheben zu können” (CASTALDO, *Offene und verschleierte Individualisierung*, p. 495).

¹³⁷⁶ El resumen es de *Freund*, un crítico de esta concepción (FREUND, *La imprudencia punible*, 84).

¹³⁷⁷ La crítica es mencionada por *Zaffaroni*, quien sin embargo no está de acuerdo con ella (ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal IV*, p. 30)

antijuridicidad y culpabilidad, dado que esta última ya no tendría un sustrato psicológico¹³⁷⁸, lo que se confirmaría asimismo por la suficiencia del carácter meramente potencial del conocimiento del injusto, que permanece en la culpabilidad como uno de sus elementos. De esto resulta que “el juicio sobre la culpabilidad ha sido objetivado”, como una no correspondencia con una determinada medida¹³⁷⁹, con lo cual su distinción frente a la contrariedad al Derecho que caracterizaría a la antijuridicidad ya no sería tan clara¹³⁸⁰. Cuando *von Weber* se planteó la necesidad de ubicar el dolo y la infracción del deber de cuidado en el injusto, admitió asimismo que sería necesario aclarar en qué consistiría entonces la reprochabilidad que quedaría como la esencia de la culpabilidad¹³⁸¹. La respuesta del autor es que se le reprocharía al agente el comportamiento antijurídico cuando le era posible evitarlo: la culpabilidad se relacionaría con el poder, la antijuridicidad con el deber¹³⁸². En este planteamiento de *von Weber* puede verse el reconocimiento de que las críticas de “vaciamiento” e “indeterminación” tendrían que ser enfrentadas por la concepción normativa de la culpabilidad y que no bastaba con hablar de reprochabilidad¹³⁸³. Pero cuando *Welzel* desarrolló sus ideas en la misma línea de *von Weber* y definió el sustrato de la culpabilidad como “poder actuar de otro modo”, se desencadenó toda la discusión ya expuesta sobre la imposibilidad de comprobación de este elemento empírico.

Las concepciones críticas de la imprudencia inconsciente se aprovechan de esa indeterminación y de esas dificultades de la corriente mayoritaria a la hora de encontrar un punto de apoyo a la culpabilidad e insisten en que esta categoría presupone por lo menos la representación de la posibilidad del carácter lesivo del hecho, como han sostenido recientemente, por ejemplo, *Börchers*¹³⁸⁴ y *Spilgies*¹³⁸⁵. Efectivamente, si la definición de la culpabilidad como poder actuar de otro modo, o basada en cualquier otro elemento empírico inalterable que sería el objeto del reproche, no puede sustentarse – como se ha expuesto anteriormente – y si decir tan solo que la culpabilidad es exigibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho apenas aporta algo a la densidad que se

¹³⁷⁸ CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, pp. 14-15.

¹³⁷⁹ PAWLIK, *La diferenciación entre injusto y culpabilidad*, p. 112: “... desde que se ha impuesto un concepto normativo de culpabilidad, no se trata ya de cómo es en realidad la relación de un culpable con su hecho, sino de cómo debería haber sido. Con ello, el juicio de la culpabilidad ha sido objetivado...” (PAWLIK, *La diferenciación entre injusto y culpabilidad*, p. 112).

¹³⁸⁰ Esta crítica histórica es mencionado en: CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, p. 15.

¹³⁸¹ VON WEBER, *Zum Aufbau*, p. 11.

¹³⁸² VON WEBER, *Zum Aufbau*, p. 11.

¹³⁸³ Como subraya *Hörnle*, “Die verschiedentlich verwendete Kurzumschreibung, dass Schuld ‘Vorwerfbarkeit’ sei, ist für sich genommen gehaltlos, da offen bleibt, was dem Täter eigentlich vorgeworfen wird” (HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 57).

¹³⁸⁴ BÖRCHERS, *Schuldprinzip und Fahrlässigkeit*, p. 199.

¹³⁸⁵ SPILGIES, *Über die Aporie*, pp. 491, 493.

busca¹³⁸⁶, nos quedamos con una culpabilidad que no tiene sustancia independiente y se sujeta a las críticas de falta de concreción. La propuesta de los opositores de esta culpabilidad es entonces ofrecer este sustrato, que sería, por poner el ejemplo de la formulación de *Köhler*, la decisión libre y consciente de lesionar el Derecho¹³⁸⁷ o, de forma general, exigir el consciente rechazo a la norma sin coacción. Pero si esta postura puede inicialmente parecer atractiva, esa desmedida individualización “no atiende a las condiciones de mantenimiento de un estado de libertad”¹³⁸⁸ recíproca, como se ha expuesto anteriormente, dado que la constitución de la responsabilidad penal y el recurso a la pena no pueden depender necesariamente del estado mental determinado del agente en el momento del hecho y esto se explica porque la exigencia de contribución para el estado de libertad que se origina del papel de ciudadano supone un determinado esfuerzo del individuo por ponerse en condiciones de cumplir con las expectativas normativas destinadas a asegurar las libertades recíprocas¹³⁸⁹. La prueba de esto es que incluso las corrientes psicologicistas buscan excepcionar sus sistemas y fundamentar la imputación en casos de desconocimiento con la apelación a la voluntad previa, la voluntad de configuración de los hábitos o la voluntad con carácter muy general, pero a costa de la desestructuración sistemática y la desnaturalización de su propio concepto de partida: la voluntad.

Si bien estas teorías críticas no pueden aportar la mejor fundamentación axiológica ante el desafío de fundamentar la culpabilidad, ponen de relieve las dificultades a la hora de plantearse una culpabilidad de carácter *normativo* independiente de la antijuridicidad. *Engisch* llamaba la atención sobre el hecho de que la falta de un anclaje psicológico para la culpabilidad y su configuración como la infracción de un deber de querer tan solo lo que esté de acuerdo con el orden jurídico – lo que *Engisch* asociaba a la concepción de la voluntad negativa de *Klein* – no podría constituir un concepto de culpabilidad capaz de diferenciarse del concepto de antijuridicidad¹³⁹⁰. Esta advertencia debe ser considerada, pero no debe incitar a una búsqueda desmedida¹³⁹¹ del elemento psicológico de la

¹³⁸⁶ En este sentido, son conocidas las conclusiones de *Henkel* cuando atribuye a la exigibilidad la naturaleza de “principio regulativo”, que como tal “no entraña contenido valorativo ni medida de valor alguno, sino que es del todo neutral y, por ende, tampoco procura normas ni es constitutivo para la sentencia. Como principio puramente formal, no está en condiciones de anticipar el enjuiciamiento del caso individual, pues contiene tan solo una instrucción de recurrir, esto es, de remontarse a un concreto fenómeno vital del que ha de ser desarrollada la propia norma de juzgamiento” (HENKEL, *Exigibilidad e inexigibilidad*, pp. 126-127). Como afirma *Robles*, la exigibilidad “es una idea rectora excesivamente vaga, que no responde a la cuestión material, sino que la presume” (ROBLES, *Sobre la exclusión del injusto penal*, p. 195).

¹³⁸⁷ KÖHLER, *Strafrecht AT*, pp. 348-349.

¹³⁸⁸ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 301.

¹³⁸⁹ “Es geht also, *nota bene*, nicht um Individuen mit ihren nun einmal gegebenen Aufmerksamkeiten und Unaufmerksamkeiten, sondern um Personen und ihre Pflichten bei ihren Organisationen” (JAKOBS, *Drei Bemerkungen*, p. 292).

¹³⁹⁰ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 457.

¹³⁹¹ *Civello* recuerda que esta búsqueda “esasmódica” culminaba la negación de la imprudencia como forma de culpabilidad: “È interessante osservare, in linea di massima, come l’attenzione quasi spasmodica per gli ‘stati psichi’ conducesse sovente tali dottrine a negare persinolegittimità alla punizione della colpa” (CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, pp. 7-8).

culpabilidad en aras de mantener la separación tajante entre las categorías del delito, sino más bien puede considerarse un indicador de la debilidad de los fundamentos de la distinción entre injusto y culpabilidad. Esto queda más claro cuando se constata que en 1930 el propio *Engisch* y otros autores de su época reconocían que no era posible comprender el deber (*Sollen*) apartado del poder (*Können*). Así, de acuerdo con *Engisch*, el deber tiene un poder como presupuesto¹³⁹² y lo mismo decía *von Hippel*: “el deber evitar presupone el poder evitar, ultra posse nemo tenetur”¹³⁹³. Algunos años antes *Binding* manifestaba esto todavía con más vigor cuando rechazaba la separación entre inevitabilidad objetiva e inevitabilidad subjetiva¹³⁹⁴ y subrayaba la contraposición esencial entre culpabilidad y acaso¹³⁹⁵, criticando el concepto de injusto no culpable¹³⁹⁶.

En el ámbito de la imprudencia, la conexión entre deber y poder se manifiesta en el rechazo a la comprensión de la esencia de la conducta imprudente al margen del “contexto situacional-personal”¹³⁹⁷. Esto se refleja en la postura de la denominada doctrina individualizadora, que en contra de la opinión mayoritaria ya mencionada, sostiene que la consideración de las capacidades individuales es indispensable ya para la configuración del injusto imprudente o, dicho en otras palabras, no acepta la determinación del injusto en los delitos imprudentes – la infracción del deber de cuidado – sin tener en cuenta una medida adecuada a la capacidad del agente concreto¹³⁹⁸. Sin embargo, esta individualización para algunos de los autores que la sostienen es tan solo parcial, puesto que, en respuesta a la crítica de que con esta postura ya no sería posible mantener la distinción entre injusto y culpabilidad¹³⁹⁹, una parte de los defensores de la doctrina individualizadora ha aclarado

¹³⁹² “Ist auf diese Weise festgestellt, daß das Sollen weitgehend ein Können, speziell aber besondere Fähigkeiten und Erfahrungen des Täters zur Voraussetzung hat...” ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 356.

¹³⁹³ VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 363: “Das Vermeiden-Sollen setzt das Vermeiden-Können voraus, ultra posse nemo tenetur”.

¹³⁹⁴ BINDING, *Normen*, IV, p. 450.

¹³⁹⁵ BINDING, *Normen*, IV, p. 449.

¹³⁹⁶ BINDING, *Normen*, IV, p. 450, nota a pie de página 4.

¹³⁹⁷ La expresión es de *Robles*, quien asimismo afirma de manera general (no solo para los delitos imprudentes), que “sólo cuando la norma llega a concretarse en un deber personal puede afirmarse que la realización de la conducta prohibida o la no realización de la ordenada comporta su infracción, y solo entonces es posible hablar de un injusto penal” ROBLES, *Sobre la exclusión del injusto penal*, p. 189.

¹³⁹⁸ JAKOBS, *Derecho Penal*, pp. 384-389; EL MISMO, *Studien*, pp. 64-69; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, pp. 420-422; EL MISMO, *Zur Individualisierung*; passim; FRISCH, *Delito y sistema del delito*, p. 260; KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko*, p. 213; FREUND, *Strafrecht AT*, pp. 168-176; EL MISMO, *La imprudencia punible*, pp. 83-91; GÖSSEL, *Viejos y nuevos caminos*, p. 23; RENZIOWSKI, *Norma de comportamiento e norma de sanção*, p. 67 (traducción al portugués); DUTTGE, *Münchener Kommentar*, pp. 592-596; TRIFFTERER, *Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 201-208; CASTALDO, *Offene und verschleierte Individualisierung*, pp. 495 y ss.; FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 109; PÉREZ DEL VALLE, *Imprudencia en el Derecho penal*, pp. 153, 454-455; SCHMOLLER, *Der “subjektive Tatbestand” des Fahrlässigkeitsdelikts*, p. 448; Ritter, *Die subjektiv Sorgfaltswidrigkeit*, p. 208: “Geht man also von einem konsequenten Modell der personalen Unrechtslehre aus, so ergibt sich: die subjektive Sorgfaltswidrigkeit ist subjektives Tatbestandsmerkmal und damit bereits Kriterium auf Unrechtsebene”. *Schmoller* informa además que esta es la opinión mayoritaria en la dogmática penal de Suiza y Austria (SCHMOLLER, *Der “subjektive Tatbestand” des Fahrlässigkeitsdelikts*, pp. 437-438, 440, 454).

¹³⁹⁹ Esta es la conocida crítica de *Schünemann*: “Daß die Unfähigkeit des Einzelnen, sich nach den Regeln des sozialen Zusammenlebens zu verhalten, nicht erst – wie es gewohnten Vorstellungen entspricht – die Schuld, sondern bereits die Rechtswidrigkeit entfallen lassen soll, droht nicht nur die überkommene Fahrlässigkeitssystematik, sondern unsere

que las capacidades que se habrían de tener en cuenta en el injusto serían las “capacidades instrumentales” (*instrumentelle Fähigkeiten*), mientras la capacidad de motivarse por la norma seguiría siendo una cuestión de culpabilidad¹⁴⁰⁰. De acuerdo con esto, en el injusto imprudente debería averiguarse si el agente tenía la capacidad de reconocer el peligro y el correlativo resultado lesivo que amenaza con suceder¹⁴⁰¹ y si tenía la aptitud para evitarlo, mientras que en la culpabilidad se trataría de averiguar la capacidad del agente de reconocer que su conducta es infractora de un deber¹⁴⁰² y de motivarse de acuerdo con esta comprensión¹⁴⁰³.

No obstante, esta individualización parcial de la imprudencia en el injusto, que tendría el propósito de mantener la separación entre antijuridicidad y culpabilidad y la correspondiente distinción entre capacidades instrumentales y capacidad de motivación, ya no puede mantenerse en determinadas situaciones de inimputabilidad, en las que más allá del reconocimiento de lo que se denomina “la incapacidad de motivación” el agente es *asimismo* incapaz de reconocer el peligro o no tiene aptitud para evitarlo. Esto sucede, por ejemplo, cuando la anomalía psíquica da lugar a un error de tipo invencible¹⁴⁰⁴ – que puede expresarse en la incapacidad de la correcta percepción de los hechos o de deducir a partir de la percepción su peligrosidad¹⁴⁰⁵ – o cuando se trata de niños pequeños que, además de la “incapacidad de motivarse”, no tienen la aptitud para controlar el peligro y para evitar el resultado¹⁴⁰⁶. En estos supuestos, la incapacidad de evitar no puede concebirse de forma separada

gesamte, auf der Unterscheidung von Unrecht und Schuld aufbauenden Verbrechenslehre in Grund und Boden zu stampfen” (SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 513).

¹⁴⁰⁰ STRATENWERTH, *Zur Individualisierung*, pp. 287-289; CASTALDO, *Offene und verschleierte Individualisierung*, p. 498.

¹⁴⁰¹ *Jakobs* se refiere a la “determinación individual de la cognoscibilidad” (JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 386).

¹⁴⁰² *Stratenwerth* habla de la evitabilidad individual del resultado como componente del injusto, por un lado, y del conocimiento o cognoscibilidad del deber de cuidado y de la posibilidad de motivarse por medio de este conocimiento o cognoscibilidad como integrantes de la culpabilidad, por otro (STRATENWERTH, *Zur Individualisierung*, p. 288).

¹⁴⁰³ Sobre esta distinción, desde la doctrina individualizadora de la imprudencia, así se expresa *Triffterer*: “Es ist möglich, daß jemand zwar in der Lage ist, Tatsachen zu erkennen, daß es ihm aber dennoch an der Fähigkeit fehlt, die rechtliche Bewertung dieses Sachverhalts nachzuvollziehen und/oder gem dieser Unrechtseinsicht zu handeln” (TRIFFTERER, *Strafrecht AT*, p. 306). En otra ocasión, *Triffterer* aclara lo que de acuerdo con la doctrina individualizadora deber ser averiguado en el injusto imprudente: “Der Täter muß folglich geistig und körperlich in der Lage gewesen sein, die Elemente zu erkennen, die sein Handeln als objektiv sorgfaltswidrig erscheinen lassen; er muß dieses Verhalten aber nicht selbst als objektiv sorgfaltswidrig einstufen... Zum geistigen Bereich gehören insbesondere alle intellektuellen Fähigkeiten und das Erfahrungswissen, zu den körperlichen Verhältnissen z.B. Alter, Geschlecht, Gesundheitszustand und körperliche Trainiertheit” (TRIFFTERER, *Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 206, 208).

¹⁴⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Concepto unitario de injusto*, p. 10; MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 97, nota a pie de página 133; JOSHI JUBERT, *Algunas consecuencias*, p. 127, *passim*; RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, pp. 392-401.

¹⁴⁰⁵ *Silva Sánchez* resume la cuestión: “No hay duda acerca de la existencia de casos en los que el sujeto, como consecuencia de su enfermedad o trastorno psíquico (incluida la inmadurez), ve menguada su capacidad de percepción de la realidad o desconoce leyes causales del actuar humano, o criterios de significación social, de modo que, en definitiva, ignora el contenido de sentido último de lo que hace: se halla en erro de tipo vencible o invencible” (SILVA SÁNCHEZ, *¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?*, pp 103-104).

¹⁴⁰⁶ FREUND, *Imprudencia punible*, p. 87.

de la denominada incapacidad de motivarse por la norma¹⁴⁰⁷¹⁴⁰⁸, con lo cual la dificultad de distribuir los elementos de la imprudencia en “los tres pisos del edificio del delito”, mencionada por *Gösse*¹⁴⁰⁹, no queda resuelta, sino todo lo contrario y habría que darle la razón a quienes atribuyen a la doctrina individualizadora el potencial de cuestionar la autonomía de la antijuridicidad frente a la culpabilidad¹⁴¹⁰. Pero lo cierto es que este problema no resulta insoluble en la medida en que parte de la doctrina vuelve a reconocer¹⁴¹¹ que solo podría hablarse de infracciones *culpables* de la norma penal y que esto conllevaría restar relevancia a la caracterización de un injusto configurado de forma apartada de la culpabilidad.

Efectivamente, la pretensión de separación tajante entre “deber” y “poder” y su oclusión en categorías cerradas no es adecuada al Derecho Penal, especialmente porque el poder, incluso si es comprendido estrictamente como capacidad de motivarse conforme a la norma¹⁴¹², no es un ente empírico que pueda averiguarse concretamente en el plano de la realidad, especialmente por medio del proceso penal¹⁴¹³. Esto recuerda una vez más la discusión y las dificultades relacionadas en torno al “poder actuar de otro modo”¹⁴¹⁴. Más bien, el poder individual que correctamente se considera

¹⁴⁰⁷ De forma parecida, *Kremer-Bax*: “Entsprechendes gilt für ein zweijähriges Kind, das unbemerkt mit einer Pistole geladene spielt, wodurch sich ein Schuß löst und ein Mensch tödlich getroffen wird. Weil es die möglichen Folgen seines Handelns nicht überblicken kann, es gar nicht weiß, was er tut, kann bei ihm ein Motivationsvorgang in die entgegengesetzte Richtung nicht eintreten” (KREMER-BAX, *Das personale Verhaltensunrecht*, p. 185).

¹⁴⁰⁸ Aunque después cambió de opinión, en su conocido trabajo “Studien zum System des Strafrechts” – considerado el trabajo inaugural del finalismo –, *Welzel* sostiene que tan solo los capaces de culpabilidad, debido a su participación con sentido en la esencia colectiva que le posibilita la actitud y el comportamiento adecuado en la vida social, pueden evitar la producción del resultado en los supuestos de imprudencia inconsciente. Sin esta participación en los valores colectivos no sería posible para el enfermo mental adecuar su comportamiento a las exigencias de la vida social y, por ende, evitar el resultado en casos de ausencia de previsión final (WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, pp. 561-562).

¹⁴⁰⁹ GÖSSEL, *Viejos y nuevos caminos*, p. 12.

¹⁴¹⁰ SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 513.

¹⁴¹¹ Esto puede verse como un acercamiento a la antigua teoría imperativa, pero el actual rechazo de la distinción entre injusto y culpabilidad no supone necesariamente compartir la idea de la norma como un imperativo de conducta dirigido a configurar el comportamiento del sujeto, lo que se confirma, por ejemplo, en la postura de *Lesch* (LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 231-236).

¹⁴¹² Este concepto ya era defendido en 1930 por *Goldschmidt*, quien también quería hallar un contenido o un objeto para la reprochabilidad: “Das trotz Zumutbarkeit Sichnichtmotivierenlassen durch die Pflichtvorstellung ist Pflichtwidrigkeit oder – da hier dieser doppeldeutige Ausdruck vermeidbar ist – nach Franks Ausdruck Vorwerfbarkeit. Schuld als Modalität einer rechtswidrigen Tat ist deren Zurückführbarkeit auf vorwerfbare (tadelnswerte) Motivation” (GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, p. 442). “Frank (18 Auf.), 138, und Eb. Schimdt, Lehrb. (25 Auf.), 215, bezeichnen die rechtswidrige Tat selbst als vorwerfbar. Aber vorwerfbar ist die Motivation, die zu der rechtswidrigen Tat geführt hat” (GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, p. 442, nota a pie de página 2). Por tanto, de acuerdo con *Goldschmidt*, el “poder” es definido por la capacidad de imputación, la representación del deber (*Pflichtvorstellung*) y la normal motivación: “Dieses Können ist gegeben, sofern ‘Tatherrschaft’ im Sinne Heglers vorliegt, also Zurechnungsfähigkeit, ‘erkannte oder erkennbare Tragweite’ (d. i. Vorsatz oder Fahrlässigkeit) und normale Motivierung” (GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, p. 442).

¹⁴¹³ Si bien *Goldschmidt* tenía el propósito de delimitar la reprochabilidad por medio del concepto de motivación, *Civello* contesta la posibilidad de distinguir antijuridicidad y culpabilidad sobre la base de la motivación reprochable, debido a la dificultad de precisar este concepto: “la nozione di ‘motivazione’... costituiva un *discrimen* assolutamente incerto, evanescente ed arbitrario tra colpevolezza ed antiigiuridicità” (CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, p. 16).

¹⁴¹⁴ En ese sentido, *Pérez Manzano*: “la posibilidad de demostrar empíricamente la posibilidad de motivación es tan dudosa como la posibilidad de demostrar el poder actuar de modo distinto” (PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 140).

indispensable para la caracterización de la imprudencia y para la infracción de la norma penal es en general definido según un criterio normativo que dirige la decisión valorativa¹⁴¹⁵ a partir de la observación del conjunto de fenómenos empíricos¹⁴¹⁶, que pueden describirse como “aquella realidad a la que se enfrenta cada uno de los sujetos”¹⁴¹⁷. Esto puede resumirse con la conclusión de *Binding*, cuando afirma que “la exigencia jurídica enuncia lo siguiente: ¡debes evitar comportamientos antijurídicos en la medida en que, de acuerdo con mi parecer, puedas!”¹⁴¹⁸. Esto conlleva una integración o la “más profunda conexión interna”¹⁴¹⁹ entre exigencia general y exigencia al individuo, de manera que la indagación esencial en el Derecho penal es al fin y al cabo si la medida objetiva de exigencia ha sido atendida por el ciudadano en la situación concreta¹⁴²⁰, es decir, si la expectativa de comportamiento que se proyecta sobre el sujeto en su papel de ciudadano en la situación concreta ha sido o no infringida, sin que pueda hablarse de una infracción no culpable de la norma penal¹⁴²¹.

De acuerdo con lo anterior, lo que se denomina “poder” puede ser definido con más precisión como la medida de exigencia individual. Como se ha afirmado, la óptica normativa a través de la cual se mira el individuo, su situación concreta y la realidad que se presenta ante él permitirán contestar la pregunta sobre el “poder individual”. Si por un lado es cierto que el deber juega un papel en la decisión (normativa) sobre el poder¹⁴²², o de forma más precisa, la capacidad personal que condiciona la infracción de la norma es normativamente configurada y si bien la medida de exigencia individual puede considerarse fundamento y límite de la responsabilidad penal, es preciso llamar la atención por otro lado sobre el hecho de que la mera suposición de un poder empírico de evitar lesiones de bienes jurídicos no es fundamento suficiente para generar responsabilidad¹⁴²³. Esto es así porque el ordenamiento puede admitir (y admite) ámbitos de libertad previamente establecidos y delimitados

¹⁴¹⁵ *Frisch* habla de una capacidad atribuida – “zugeschriebene Fähigkeit” – (FRISCH, *Zur Zukunft des Schuldstrafrechts*, p. 211).

¹⁴¹⁶ Como afirma *Feijoo*, “los datos empíricos son normativamente neutros, solo son el objeto de referencia de un proceso de imputación del que es responsable solo el Derecho Penal... No existe una vinculación rígida entre datos empíricos o psicológicos y consecuencias normativas: la culpabilidad no tiene un contenido fijo o predado por la naturaleza, La culpabilidad no es algo que se constata como un hecho empírico, sino que se imputa o se adscribe” (FEIJOO, *Derecho Penal y Neurociencias*, p. 32).

¹⁴¹⁷ ROBLES, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal*, p. 89.

¹⁴¹⁸ BINDING, *Normen, IV*, p. 512: “die Rechtsforderung lautet: du sollst rechtswidriges Handeln meiden, so weit du nach meiner Auffassung kannst!”.

¹⁴¹⁹ BINDING, *Normen, IV*, p. 512.

¹⁴²⁰ BINDING, *Normen, IV*, pp. 511-512. Asimismo: PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 87. *Lesch* subraya en ese sentido el hecho de que lo que cuenta en esencia es la infracción individual del deber: “Soweit das maßgebliche Kriterium der Zurechnung damit am Ende doch wieder nur durch die individuelle Pflichtverletzung des konkreten Subjekts gebildet wird, ist die vorhergehende Feststellung der objektiven Pflichtverletzung eines abstraktes ‘Müstermanns’ offenbar eine strafrechtlich funktionslose, mithin vollkommen irrelevante und deshalb zugleich überflüssige Operation” (LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 235).

¹⁴²¹ RENZIKOWSKI, *Normentheorie*, pp. 134-135.

¹⁴²² Esto no quiere decir que el Derecho admita exigir lo imposible – lo que sería irracional, como advierte *Mir Puig* (MIR PUIG, *El Derecho penal*, p. 227) –, sino que la aprehensión del poder es una aprehensión normativa.

¹⁴²³ “Der Ressourcenbesitz des einen gibt dem anderen grundsätzlich keinen Rechtstitel auf einen Ressourceneinsatz zu seinen Gunsten” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 343).

dentro de los cuales no cabe indagar en general si el individuo podría evitar la lesión de un bien jurídico¹⁴²⁴. Estos son los ámbitos de los denominados riesgos permitidos, en los que la creación de peligros *abstractos*¹⁴²⁵¹⁴²⁶ está autorizada en beneficio del desarrollo y del normal ejercicio de la vida en sociedad¹⁴²⁷. La cuestión se complica en casos de poderes especiales – ya sean en la forma de conocimientos especiales, ya sean en la forma de aptitudes especiales – que permiten identificar peligros *concretos* y evitar que redunden en lesiones. En estos casos, los estándares de comportamiento que rijen *ordinariamente* para los ámbitos de libertad¹⁴²⁸ (riesgos permitidos) no son adecuados para alcanzar la máxima libertad recíproca y *concreta* entre los intervinientes¹⁴²⁹, de ahí

¹⁴²⁴ Por esta razón, *Lesch* considera incompatible el “dogma de la protección de bienes jurídicos” y la aceptación de riesgos permitidos, lo que considera (correctamente) equivocada la comprensión del Derecho Penal como instrumento de protección de bienes jurídicos (LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 228-231).

¹⁴²⁵ De acuerdo con *Kindhäuser* en los denominados “riesgos permitidos”, los comportamientos pueden verse como no peligrosos, por lo que en su opinión no existiría propiamente riesgos permitidos: “Insoweit gibt es unter dem Aspekt der Vermeidbarkeit kein ‘erlaubtes Risiko’. Ein Verhalten ist entweder erlaubt, weil es das Sozialeminimum nicht unterschreitet und deshalb als gefahrlos beurteilt wird, oder er ist verboten, weil es mit entscheidungsrelevanter Wahrscheinlichkeit zu einer Tatbestandsverwirklichung führt und deshalb als konkret gefährlich beurteilt wird” (KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko*, p. 215). Hace más de cien años, *August Köhler* expresaba una opinión semejante: “Erlaubt ist die Tätigkeit nur, wenn sie keine für den Täter konkret erkennbare Verwirklichungsmöglichkeit des Erfolges mit sich bringt” (A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 142). Así, también, *Feijóo*: “El riesgo permitido va referido a la peligrosidad abstracta o lejana de ciertas conductas” (FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 278).

¹⁴²⁶ Hay que resaltar la posibilidad de que un peligro abstracto permitido se convierta en un peligro concreto ya incontrolable en el momento de la conversión, supuesto en el que asimismo no habrá desaprobación de la conducta del agente por la creación de la situación de riesgo.

¹⁴²⁷ Cf. FRISCH, *Objektive Zurechnung des Erfolges*, pp. 117-119. Lo mismo rige cuando el poder de evitar está relacionado a la actuación autorresponsable de un tercero, supuestos en los que, dentro de unos límites, la creación de un riesgo de actuación desaprobada del tercero no puede considerarse un comportamiento generalmente prohibido (FRISCH, *Objektive Zurechnung des Erfolges*, pp. 119-123). Esto se aplica incluso a los casos de la posibilidad de autolesión o autopuestas en peligro: “... parece que la determinación de la atribución a la víctima del daño no es uno de los supuestos en los que es una causa – excepcional – de justificación la que permite la realización de lo que por regla general no está prohibido, sino que tal determinación afecta de modo general precisamente a lo que ‘está prohibido’ o no” (CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 541).

¹⁴²⁸ ROBLES, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal*, pp. 93-94, 96.

¹⁴²⁹ Esto tiene que ver con el hecho de que en estos casos normalmente una medida proporcionalmente pequeña de esfuerzo de un interviniente puede redundar en la evitación de una consecuencia muy gravosa al otro interviniente. Es lo que sucede, por ejemplo, en los casos en que hay que excepcionar el principio de confianza, puesto que es visible que algún otro interviniente en el ámbito de actuación no está en condiciones de mantener su estándar de comportamiento. Otra parece ser la postura de *Pawlik*: “Ein Täter, der ein leicht zu vermeidendes großes Unglück nicht abwendet, ohne daß ihm der Vorwurf einer Obliegenheitsverletzung gemacht werden kann, macht sich deshalb lediglich – aber immerhin – wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 344, nota a pie de página 528). Sin embargo, cuando *Pawlik* habla de la excepción al principio de confianza, aunque mantenga el pensamiento de la solidaridad, no parece referirse a una mera imputación equivalente a la omisión de socorro: “Da niemand davor gefeit ist, bis weilen unverständig zu handeln, entspricht es dem wohlverstandenen Interesse alle Bürger, daß jemand, der mit geringsten eigenen Aufwand – etwa durch eine Herabsetzung seiner Fahrgeschwindigkeit – die dringende Gefahr einer schwerwiegenden Schädigung von einem offenbar desorientierten Mitbürger abzuwenden vermag, davon nicht unter Verweis auf dessen Eigenverantwortlichkeit absehen darf” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 340). De forma semejante al texto, *Jakobs* afirma: “Otro requisito más del riesgo permitido está aún poco definido. Se trata de que los riesgos permitidos sólo se toleran cuando la víctima potencial está a lo sumo concretada vagamente; con otras palabras, nadie debe tener motivo para quejarse de que le ha correspondido una parte desproporcionadamente alta en desventajas (y correlativamente baja en las ventajas) de la libertad de acción” (JAKOBS, *Derecho Penal*, pp. 244-245). De forma parecida, cuando habla de riesgos permitidos como aseguramiento de ámbitos de libertad, *Frisch*: “En cambio, la situación es bien distinta – por lo que respecta a la limitaciones excesivas de la libertad – cuando se explicitan puntos de referencia concretos en la existencia de las circunstancias potencialmente lesivas o se trata de posibilidades fundamentadas en la experiencia sobre cuya base se podría orientar racionalmente la propia conducta hace la evitación del daño. Lo mismo sucede cuando, pese a no existir para los demás ningún punto de referencia de circunstancias necesarias que conduzcan a la lesión de un bien, el autor desde su perspectiva posea conocimientos especiales. Si ello es así, naturalmente, el agente, que llegado el caso, como

que la respuesta sobre la exigencia jurídica debe buscarse en la posición del sujeto frente a las circunstancias constitutivas del riesgo¹⁴³⁰, es decir, lo que se presentaba de forma concreta para el agente – que suele describirse desde el punto de vista psíquico del sujeto como conocimiento especial – es lo que deberá moldear la exigencia normativa¹⁴³¹. En cuanto a las aptitudes especiales, dado que demandar siempre el máximo rendimiento conllevaría una merma de la libertad de actuación¹⁴³² – pues esto implicaría tener que prepararse continuamente y estar siempre listo en el máximo grado para afrontar peligros –, el empleo de las habilidades especiales en su máximo potencial no debe exigirse en todos los casos¹⁴³³, sino solo en el ámbito de relaciones también especiales más allá del *neminem laedere*, o sea, el ámbito de los denominados deberes positivos¹⁴³⁴.

potencial víctima desearía la omisión de la conducta, tiene que aceptar lo mismo en la posición de autor y con ello también la limitación de la libertad en forma de desaprobación de su conducta” (FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 46); Silva Sánchez advierte además que la medida de exigencia en situaciones de solidaridad es el producto de las valoraciones sociales de una determinada comunidad (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 43-44). Jakobs habla de “legitimación histórica” de riesgos (JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 244).

¹⁴³⁰ KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, p. 92: “Erst recht wäre es verfehlt, aus der Gefährlosigkeit eines Verhaltens im Allgemeinen zu schließen, dass es allein deshalb auch im konkreten Fall (objektiv) erlaubt sei. Es mag zwar im Allgemeinen erlaubt sein, auf einer übersichtlichen Straße mit einem Pkw 100 km/h zu fahren; dies gilt aber nicht mehr, wenn im konkreten Fall ein Fußgänger die Straße überquert oder Glatteis die Fahrbahn bedeckt”.

¹⁴³¹ ROBLES, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal*, pp. 94-95. En los casos de “posiciones de garantía” no hay mucha discusión: los “conocimientos especiales” deben ser considerados. Mas allá de las “posiciones de garantía”, no hay acuerdo. En un grupo están los defensores de la idea de que fuera de los límites de los roles o competencias, no hay ningún deber general de “no contribuir causalmente para daños”, por lo que la responsabilidad solo sería posible en la forma de mera omisión de socorro (por ejemplo: LESCH, *Vebrechensbegriff*, pp. 257-262). En otro grupo, están los defensores de exigencias adicionales de evitación mas allá de la estricta observancia del rol, a ejemplo de Roxin, quien sostiene la posibilidad de imputación de responsabilidad en caso de que, aunque el comportamiento del agente esté situado en los límites del rol, contribuye a un tercero en cuya conducta sea objetivamente perceptible una inclinación al hecho delictivo: ROXIN, *A teoria da imputação objetiva*, p. 14 (“Die Lehre der objektiven Zurechnung” - traducción al portugués); EL MISMO, *Derecho Penal*, pp. 1006-1008. El tema es complejo y por esta razón la fundamentación de la postura que se adopte no es en ningún caso sencilla. Pero una posible solución sería mirar al ciudadano en una sociedad compleja y lo que puede exigírsele de forma razonable para la maximización de ámbitos de libertad recíproca. Los límites del rol o de las competencias constituyen la base de delimitación de las exigencias, pero forma parte de las exigencias al ciudadano asimismo el deber de evitar lesiones a terceros, aunque dentro de los “límites normales” de los roles, cuando esto pueda hacerse con una mínima limitación a la libertad del “organizador” en aras de impedir males especialmente graves (proporcionalidad), estableciendo una especie de “medio camino” entre la imputación “plena” y la imputación por omisión de socorro. En realidad, esta cuestión ya es debatida por la doctrina en el ámbito de las excepciones al principio de confianza en el tráfico rodado (Véase, por ejemplo: ROXIN, *Acerca del fundamento penal de la participación*, pp. 503-506; STRATENWERTH, *Zur individualisierung*, p. 301). Sobre la delimitación entre conductas neutras y conductas de participación, Robles propone, en monografía sobre el tema, los criterios de la “relación espacio-temporal” y “la disponibilidad (ubicuidad) de la aportación” como puntos de apoyo para interpretar el sentido delictivo o no de la acción del partcipe (véase un resumen final de las ideas en ROBLES, *La participación en del delito*, pp. 314-318).

¹⁴³² “Für jede menschliche Handlung die Anwendung des Höchstmaasses individueller Sorgfalt zu verlange, hiesse eine ganz unerfüllbare Rechtsforderung stellen. Das geforderte Mittel würde zum Todfeind zum Zweckes. Schon die Zahl der jedem Rechtsgenossen benötigten Handlungen muss solche Überforderung vollständig ausschliessen. Die Aufwand wäre ja auch ganz sinnlos” (BINDING, *Normen, IV*, pp. 548-549).

¹⁴³³ En esta cuestión se aplica lo que dice Freund: “Se ha objetado contra esta individualización, especialmente en lo relativo a las capacidades especiales, que no cabe esperar de quienes las reúnen un rendimiento máximo, constante y sin excepciones. Sin embargo, esta crítica no es oponible a una individualización adecuada, puesto que de ella no pueden derivarse de ningún modo exigencias exageradas” (FREUND, *Imprudencia punible*, p. 89).

¹⁴³⁴ Binding ya se refería a la necesidad del máximo cuidado (*höchste Sorgfalt*), es decir, a un cuidado por encima del criterio norma exigido, en ejercicio de determinadas actividades y funciones (BINDING, *Normen, IV*, pp. 549-550). Sobre la posibilidad de exigir el empleo de aptitudes especiales fuera de los límites del rol o competencia, véase la nota a pie de página 1429.

Lo que se quiere poner de relieve con las consideraciones anteriores es la inconveniencia de intentar averiguar el deber en la antijuridicidad y solo después, en la categoría separada de la culpabilidad, corregir el juicio de acuerdo con una medida individual de poder¹⁴³⁵. Esto es visible cuando se tiene en consideración asimismo que las formas de imputación subjetiva son estructuras de individualización de las exigencias normativas, es decir, manifestaciones ya del principio de culpabilidad¹⁴³⁶. Después de todo, esto recuerda a la postura de partida de *Welzel* antes destacada cuando afirmaba que “el tipo imprudente solo puede realizarse de forma culpable, de manera que la distinción entre injusto y culpabilidad se convierte en carente de objeto y solamente el comportamiento culpable es típico”¹⁴³⁷. En el delito imprudente, la necesidad del contenido *normativo* para la configuración de su estructura y para fundamentar la *desaprobación* es más evidente. Esto está relacionado con el hecho de que la desaprobación no se fundamenta en el estado anímico actual del agente – como aparentemente sucede con el dolo –, sino que hay que evaluar con más detenimiento el contexto de actuación y recurrir a baremos para determinar el “vicio de la imprudencia”¹⁴³⁸. Por esta razón, se presenta como más intensa la necesidad de incorporar en el juicio de desaprobación el contexto situacional-personal del autor. Pero en el dolo esto no debería ser diferente¹⁴³⁹, lo que queda todavía más claro con el proceso de normativización de la imputación subjetiva dolosa en la dogmática penal, de manera que lo que fundamenta la desaprobación no es la intención, es decir, no es propiamente el estado mental, sino una exigencia ampliada de evitación que solo puede ser

¹⁴³⁵ Como afirma acertadamente *Lesch*, el deber es solo aparente cuando apartado de la medida individual de exigencia: “Ein genuin strafrechtlich unerlaubtes Risiko liegt immer nur vor, soweit der Täter ein nicht bloß abstrakt-potentielles, sonder ein wahrhaft-konkretes strafrechtliches Sollen verfehlt hat. Wenn also der Täter – etwa mangels Erkennbarkeit dessen, was er an sich soll – nicht zurechnungsfähig ist, hat sich das zunächst als These formuliert ‘Sollen’ letztlich nur als *scheinbares*, nicht als *wirkliches* Sollen erwiesen, so daß eine reale Pflichtverletzung verneint werden muß” (*LESCH, Verbrechensbegriff*, pp. 237-238).

¹⁴³⁶ Esto ya lo ha dicho *Mir Puig*: “... los tres niveles indicados de imputación (objetiva, subjetiva y personal) constituyen exigencias del principio de culpabilidad, entendido en sentido amplio” (*MIR PUIG, Imputación objetiva en Derecho penal*, p. 11; *EL MISMO, Derecho Penal*, p. 145). No hay que olvidarse asimismo de la postura *neokantiana*, en la que dolo y la imprudencia eran elementos de la culpabilidad.

¹⁴³⁷ *WELZEL, Handlungslehre*, p. 22.

¹⁴³⁸ Como pone de relieve *Hruschka* – y aparte las peculiaridades de cada idioma –, el término *imprudencia* nos remite a algo malo, lo que no sucede de la misma manera con relación al dolo: “Die heutige Strafrechtsdoktrin hat Schwierigkeiten mit dem Fahrlässigkeitsbegriff. Diese Schwierigkeiten resultieren daraus, daß uns der Fahrlässigkeitsbegriff einerseits als Klomplementarbereich zum Vorsatzbegriff steht, wir aber andererseits mit dem Wort ‘Fahrlässigkeit’ auch die Vorstellung von der Pflichtwidrigkeit, zumindest die Vorstellung von einer gewissen Regelwidrigkeit des fahrlässigen Tuns oder Unterlassens zu verbinden pflegen. Nach heutigem Sprachgebrauch kann man nicht fahrlässig etwas Gutes tun. Solche Assoziationen stellen sich beim Wort Vorsatz nicht ein” (*HRUSCHKA, Über Tun und Unterlassen*, p. 424). *Hruschka* subraya el hecho de cuando empleamos el término “imprudencia” (*Fahrlässigkeit*), siempre nos referimos a una conducta desaprobada del agente: “Bei der Benutzung des Wortes ‘Fahrlässigkeit’ schwingen für uns immer noch die beiden Bedeutungskomponenten des alten Dolusbegriff entsprechen... Es ist kein Zufall, daß der Fahrlässigkeitsbegriff nicht ohne einen negativen Akzent, nicht frei von der Annahme einer Regelwidrigkeit gedacht werden kann” (*HRUSCHKA, Über Tun und Unterlassen*, p. 425).

¹⁴³⁹ *KAWAGUCHI, Anmerkungen zu Welzels Fahrlässigkeitslehre*, p. 115.

comprendida de forma completa con la entrada en escena del contexto situacional-personal del agente¹⁴⁴⁰¹⁴⁴¹.

En correspondencia con lo anterior, desde la perspectiva de la imprudencia *inconsciente*, es más fácil constatar que, además de no existir una culpabilidad anclada en un elemento (positivo) empírico-psíquico¹⁴⁴², la denominada culpabilidad normativa solo puede tener como sustrato el tradicional concepto de injusto¹⁴⁴³. A esto se suma el hecho de que la función de las denominadas causas impeditivas de la formación o de la consolidación de la culpabilidad (causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación o de disculpa¹⁴⁴⁴) es meramente negativa¹⁴⁴⁵, es decir, no es capaz de añadir un elemento (positivo) complementario¹⁴⁴⁶. Esta conclusión parece extenderse con más facilidad a todas las definiciones que acercan la culpabilidad al concepto general de

¹⁴⁴⁰ Parece ser esta la razón por la cual *Silva Sánchez* viene afirmando que “el concepto de injusto penalmente relevante, como presupuesto específico de la consecuencia jurídica pena, ha de tener un carácter más personal del que le atribuye la doctrina del injusto personal”: SILVA SÁNCHEZ, *Epílogo*, 135-136; EL MISMO, *El concepto unitario de injusto*, p. 3. Así, también, *Freund*: “Hinreichend gewichtiges personales Verhaltensunrecht ist danach ohne Schuld nicht vorstellbar” (FREUND, *Strafrecht AT*, p. 130) o “lo decisivo es únicamente aquello que cabe esperar jurídicamente del concreto sujeto actuante u omitente” (FREUND, *Imprudencia punible*, p. 89).

¹⁴⁴¹ Todo esto con respecto a la imputación subjetiva recuerda posturas como las de *Exner* (EXNER, *Das Wesen*, pp. 229-230) y *M. E. Mayer* (M. E. MAYER, *Glossen*, p. 511), cuando se referían a las circunstancias concomitantes – necesarias para la formulación del juicio de reprochabilidad de acuerdo con *Frank* (FRANK, *Sobre la estructura*, pp. 36-37) – y afirmaban en oposición a este autor que las circunstancias concomitantes integraban los conceptos de dolo e imprudencia como formas de la culpabilidad. La semejanza con el texto no resulta de la integración de las formas de imputación subjetiva por las denominadas “circunstancias concomitantes”, sino en la idea de que el dolo y la imprudencia no pueden fundamentar la censura necesaria para la infracción de la norma apartados de la completa individualización que supone la ausencia de las tradicionales causas que en general constituyen obstáculos a la confirmación de la culpabilidad. En ese sentido, *Fakhouri* concluye que la función de llamada del dolo se encuentra estrechamente relacionada con el conocimiento de la prohibición (FAKHOURI, *Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad*, p. 20).

¹⁴⁴² Algo situado “en el mundo interior del agente”, por citar una expresión de *Hörnle* (HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 58). En correspondencia con el texto, la reciente opinión de *Herzberg*, quien pone un ejemplo de imprudencia inconsciente con el propósito de defender la “definición negativa de culpabilidad” (negative Schulddefinition) que se origina de la ley (HERZBERG, *Der strafrechtliche Schuldbeffriff im 21. Jahrhundert*, GA 2015, pp. 250-259).

¹⁴⁴³ A principios del finalismo – si bien cambió de opinión más tarde – *Welzel* reconocía la imposibilidad de un injusto no culpable en supuestos de imprudencia inconsciente: “Wenn wir aber oben in der aktuellen Vermeidbarkeit das wirkliche Handlungsmoment erkannte, vermöge dessen allein eine Verursachung dem Täter als seine Tat spezifisch zugehört, und zugleich sahen, daß es gerade das wirkliche Handlungsmoment ist, das den strafrechtlichen Unrechtstatbestand erst voll konstituiert, so ergibt sich, daß für das Gebiet der unbewußten Fahrlässigkeit der Unrechtstatbestand abhängig ist von der Schuldfähigkeit des Täters: für sie fallen Schuld und Unrecht untrennbar zusammen, für sie gibt es kein schuldloses Unrecht” (WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, p. 562).

¹⁴⁴⁴ Sobre la nomenclatura, véase *Mir Puig*, *Derecho Penal*, p. 593; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 410-411.

¹⁴⁴⁵ HERZBERG, *Der strafrechtliche Schuldbeffriff im 21. Jahrhundert*, pp. 252, 257-259. En ese sentido, también, *Günther*: “Die Neutralität gegenüber den Gründen für das Normbefolgungsmotiv zeigt sich daran, daß die Zurechnung zur Schuld in einem negativ Schlussverfahren begründet wird. Es wird also nicht positiv begründet, worin die Schuld besteht, sondern es werden nur solche Gründe vorgebracht, die eine Schuld des Täters als Rechtsperson ausschliessen würden, wenn die Voraussetzungen in der Person und in der Lage des Täters gegeben wären” (GÜNTHER, *Individuelle Zurechnung*, p. 156). Esta ausencia de un contenido positivo propio de la culpabilidad es el resultado de su comprensión con algo añadido al injusto (véase la nota siguiente).

¹⁴⁴⁶ El texto se acerca a la postura de *Pawlik*: “El déficit de esta disponibilidad de colaboración plasmada por el autor ese día, no es, con otras palabras, algo que se añade (como ‘culpabilidad’) al injusto que ya ha sido fundamentado de otro modo. Este déficit es, antes bien, constitutivo respecto al injusto llevado a cabo por el autor” (PAWLIK, *Injusto y culpabilidad*, p. 127). Por esta razón, hay que concordar con *Lesch* cuando dice que “la culpabilidad penal no significa otra cosa que el propio injusto penal” (LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 30).

exigibilidad¹⁴⁴⁷, más que a una supuesta capacidad empírica de motivación normal. La exigibilidad se concreta en el injusto penal y cede en las causas impeditivas o disolutivas de la culpabilidad. Desde este punto de vista, la exigibilidad, o la expectativa concreta de comportamiento, concurre o no concurre, de ahí que el comportamiento o bien está de acuerdo con esta expectativa, o bien no está de acuerdo con esta expectativa – esto excluye la infracción “provisional” de la norma penal o una infracción no culpable –, con lo cual el “concepto tradicional de injusto” es un fenómeno normativo incompleto¹⁴⁴⁸, puesto que solo puede hablarse de contrariedad a la expectativa de conducta en la realidad concreta personal-situacional. Según este punto de vista, el injusto está conformado de acuerdo con el principio de culpabilidad¹⁴⁴⁹, lo que se refleja en la configuración de la imputación subjetiva (dolo e imprudencia) y en la imposibilidad de confirmar un injusto penal en los casos tradicionales de exclusión de la culpabilidad en sentido amplio¹⁴⁵⁰. Al fin y al cabo, no hay que confrontar la imprudencia inconsciente con una culpabilidad que se queda apartada del injusto, sino que las estructuras de imputación en casos de desconocimiento desarrolladas a lo largo de un lento proceso evolutivo, situadas en la doctrina de la imprudencia¹⁴⁵¹, fundamentan en estos casos el injusto culpable como categoría unificada que solo puede darse de concurrir la exigencia concreta de comportamiento al ciudadano en la situación específica¹⁴⁵²¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁷ *Silva Sánchez*, quien ha definido la culpabilidad como exigibilidad, ya sostenía hace mucho el efecto de disminución del contenido del injusto penal propio de todas las causas de exclusión de culpabilidad (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 414).

¹⁴⁴⁸ Como afirma correctamente *Silva Sánchez*, “creo que hay indicios de que el concepto de injusto personal, tal como se ha concebido, no puede constituir el concepto común de injusto jurídico-penalmente relevante. Si de lo que se trata es del injusto merecedor de pena, el injusto personal es demasiado poco personal” (SILVA SÁNCHEZ, *Epílogo*, p. 135). De forma semejante, *Freund*: “Auch das Urteil, ein Verhalten sei ‘tatbestandsmäßig-rechtswidrig’, ist nur ein **Vorbehaltssurteil**. Denn für den Strafeinsatz bedarf es nicht nur des Vorliegens personalen Verhaltensunrecht überhaupt, sondern eines hinreichend gewichtigen personalen Verhaltensunrechts” (FREUND, *Strafrecht AT*, p. 124). Aunque admite injustos no culpables, *Frisch* también reconoce que “el autor que obra sin culpabilidad... no pone en cuestión auténticamente la norma” (FRISCH, *Delito y sistema del delito*, p. 224).

¹⁴⁴⁹ Sobre lo que denomina el “concepto constitucional de culpabilidad”, *Hörnle* afirma: “Vieles von dem, was zu einem solch weiten Verständnis von Schuld gehört, betrifft Aspekte, die bereits Anforderungen an ein legitimes Unrechtsurteil sind” (HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 59).

¹⁴⁵⁰ Como sostiene *Voßgätter*, “Strafrechtliches Unrecht liegt nur dann vor, wenn eine zurechnungsfähige Person der Normgeltung widersprochen hat. Eine soziale Störung im Sinne des Strafrechts kann demnach nur durch schuldhaftes Handeln hervorgebracht werden” (VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 170).

¹⁴⁵¹ Y también en toda la doctrina del error de prohibición, es decir, en la doctrina del error en general.

¹⁴⁵² De forma parecida, *Kremer-Bax*: “Fahrlässiges Verhalten wird also nach der hier vertretene Konzeption in einer einheitlichen Systemstufe des ‘unrechtstatbestandsmäßigen Verhalten’ erfaßt und nicht in einem zweistufigen Verfahren – verteilt auf die Schubladen von Unrecht und Schuld im Sinne der traditionellen Fahrlässigkeitslehre... Darüber hinaus führt die konsequent Umsetzung der Personalität des Unrechts aber auch dazu, daß personales Verhaltensunrecht nunmehr die herkömmlichen ‘Schuld-aspekt’ einschließt. So stellt beispielweise das güterschädigende Verhalten des Schuldunfähigen bereits kein rechtlich zu mißbilligendes personales Fehlverhalten dar, auf das strafrechtlich reagiert werden könnte” (KREMER-BAX, *Das personale Verhaltensunrecht*, pp. 183-184).

¹⁴⁵³ En general – no solo en supuestos de imprudencia –, esto no sucede en casos de inimputabilidad, error de prohibición evitable, el denominado “estado de necesidad exculpante” y otras situaciones específicas de ausencia de cuestionamiento material de la norma discutidos bajo el rótulo de “inexigibilidad”. En cuanto al polémico concepto de inexigibilidad, se trata de situaciones de conflicto entre bienes jurídicos sin deberes de tolerancia en las que “la conducta del ciudadano ante el conflicto no se manifiesta como una deslealtad al Derecho”, como afirma *Robles* (ROBLES, *Injusto penal*, p. 195). Para este autor, las razones que fundamentan la exclusión del injusto en estos casos –*Robles* relativiza asimismo la distinción entre injusto y culpabilidad – no son “estrictamente psicológicas o motivacionales, sino objetivas” y tienen su fundamento

La postura expuesta tiene semejanzas con la opinión de *Hörnle*, quien recientemente ha defendido la necesidad de despedirse de la idea de censura de culpabilidad en el Derecho Penal¹⁴⁵⁴. De acuerdo con esta autora, el criterio decisivo para la confirmación de la responsabilidad penal es la constatación de que el hecho injusto es objetiva y subjetivamente imputable al agente¹⁴⁵⁵. Reconociendo la similitud de su planteamiento con el de *Pawlik*, *Hörnle* afirma que solo puede hablarse de la censura que se refleja en el propio injusto, cuya función consiste en marcar correctamente las esferas de libertad en la relación entre agente y víctima¹⁴⁵⁶. Si bien la percepción de *Hörnle* coincide con la opinión aquí adoptada de que el propio contenido *tradicional* del injusto ya se configura – aunque de forma todavía incompleta – de acuerdo con el principio de culpabilidad, la autora quiere eliminar de forma definitiva el propio concepto de culpabilidad del Derecho Penal. De acuerdo con su planteamiento, los inimputables cometen hechos injustos, pero lo que no concurre es una condición para la responsabilidad penal¹⁴⁵⁷ y en cuanto a los denominados motivos de disculpa, a pesar de que el agente lleva a cabo un injusto, sería defendible una renuncia al juicio de desvalor estatal (*staatliches Unwerturteil*) debido a la extraordinaria situación en que se hallaba el agente en el momento del hecho¹⁴⁵⁸. La diferencia en comparación con la conclusión expuesta en este trabajo es que aquí la culpabilidad no deja de existir, sino que es incorporada a la esencia del injusto penal¹⁴⁵⁹, o, en palabras de *Pawlik*, es “constitutiva respecto del injusto llevado a cabo por el autor”, de lo que resulta que, “no hay lugar para un injusto independiente de la culpabilidad como categoría general del delito”¹⁴⁶⁰.

en “una suerte de corresponsabilidad social por la situación de conflicto a la que se enfrenta el autor, de manera que no simplemente se hace comprensible su reacción desde un punto de vista psicológico, sino que expresa una pretensión de justicia distributiva”, por lo que “la comunidad no podría esperar una conducta distinta de la llevada a cabo por el autor” (ROBLES, *Injusto penal*, pp. 195-197).

¹⁴⁵⁴ HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 49.

¹⁴⁵⁵ HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 49. De forma semejante, pero sin hablar de reproche, *Gómez Benítez*: “... un derecho penal garantístico no necesita reprochar su acción al que ha delinquido para poder fundamentar la imposición de la pena, sino, simplemente, regular las condiciones objetivas y subjetivas exigibles para ello conforme a criterios racionales de política criminal” (GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre lo interno y el externo*, p. 274). Este autor evita la palabra reproche debido al “reconocimiento de que la pena no debe implicar un juicio moral o desvalor ético sobre el autor y su hecho, sino, exclusivamente, uno de contenido utilitario y social” (GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre lo interno y el externo*, p. 276).

¹⁴⁵⁶ HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 55 y p. 55 nota a pie de página 131.

¹⁴⁵⁷ HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, pp. 69-74.

¹⁴⁵⁸ HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 75. Como señala *Herzberg*, es discutible que *Hörnle* abandone efectivamente la culpabilidad: “Mir scheint dass *Tatjana Hörnle*, nach berechtigter Ablehnung des gängigen Begriffs ‘Schuldvorwurf’, mit der Zulassung eines ‘Vorwurfs’ und der inhaltlichen Gutheißung der gesetzlichen Schuldverneinungen der Sache nach dann doch im herkömmlichen Schuldstrafrecht verharrt” (HERZBERG, *Der strafrechtliche Schuldbegriff im 21. Jahrhundert*, p. 251).

¹⁴⁵⁹ Así, también, *Grünwald*: “Die Schuld tritt nicht als etwas Zusätzliches neben das Unrecht, sie steht auch nicht außerhalb des Unrechts, vielmehr ist Schuld die unrechte Tat selbst. Denn die Schuld des Täters liegt (nur) darin, ein Unrecht begangen zu haben (und sich dafür nicht entlasten zu können)” (*Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, p. 210).

¹⁴⁶⁰ PAWLIK, *Injusto y culpabilidad*, p. 127.

Sobre la discusión acerca de la separación entre injusto y culpabilidad, son necesarias todavía algunas últimas observaciones. Esta distinción entre las dos categorías del delito constituye un paradigma central en la dogmática penal alemana¹⁴⁶¹ y española¹⁴⁶² desde que se impuso la fundamentación del injusto objetivo y de la culpabilidad subjetiva en *von Liszt*¹⁴⁶³. La propuesta de *Welzel* refunda la distinción con otras bases (“deber ser” en la antijuridicidad y “poder” en la culpabilidad)¹⁴⁶⁴ y con este cambio el modelo diferenciador sobrevive en la doctrina mayoritaria. Asimismo, importantes consecuencias sistemáticas se han ido acoplado a esta estructuración. Sin embargo, la sola tradición no es fundamento suficiente para justificar la persistencia del modelo de orientación teórico¹⁴⁶⁵. En este contexto, la conclusión de esta investigación en favor de la comprensión integrada del injusto y la culpabilidad debe interpretarse en conjunto con otras aportaciones de la dogmática que han demostrado que “la lógica interna de los denominados deberes de tolerancia, de los presupuestos para la imposición de medidas de seguridad y de la teoría de la intervención no se oponen a esta conclusión”¹⁴⁶⁶. Los orígenes de esta postura son asimismo antiguos y se remontan a la antigua teoría imperativa¹⁴⁶⁷. Pero a la demanda por el abandono de la compartimentación de las categorías delictivas del injusto y de la culpabilidad ya se suman en tiempos recientes muchos autores, con argumentos renovados¹⁴⁶⁸. Por lo que se refiere a este trabajo, lo que

¹⁴⁶¹ HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 58.

¹⁴⁶² En España, *Gómez Benítez* señala asimismo el papel central que la opinión mayoritaria asigna a la diferencia entre injusto y culpabilidad (GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre lo interno y el externo*, p. 272).

¹⁴⁶³ PAWLIK, *Injusto y culpabilidad*, p. 111-112; LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 256.

¹⁴⁶⁴ PAWLIK, *Injusto y culpabilidad*, p. 113.

¹⁴⁶⁵ La opinión de *Gimbernat* llama la atención sobre la fuerza de la tradición: “a menudo se tiene la impresión de que hay algo de desesperado en el modo en que los juristas se aferran al principio de culpabilidad” (GIMBERNAT, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 7) como algo que pueda fundamentarse aparte de los criterios de política criminal (GIMBERNAT, *El sistema del Derecho penal*, pp. 75-76).

¹⁴⁶⁶ ROBLES, *Injusto penal*, p. 18, nota a pie de página 5. Pueden citarse, por ejemplo: PAWLIK, *Injusto y culpabilidad*, pp. 129-135; EL MISMO, *Das Unrecht*, pp. 259-276; RENZIOWSKI, *Normentheorie*, pp. 133-136; FREUND, *Strafrecht AT*, pp. 82-83; KREMER-BAX, *Das personale Verhaltensunrecht*, p. 185; ROBLES, *Injusto penal*, pp. 185-193.

¹⁴⁶⁷ *Peñaranda Ramos* identifica por los menos dos tendencias unificadoras: por un lado, “una concepción imperativa de las normas de conducta impulsa una unificación ‘hacia arriba’, desplazando progresivamente elementos desde la culpabilidad hacia el injusto” y, por otro, “una concepción indiferenciada de la prevención general positiva conduce a una unificación ‘hacia abajo’, desde el injusto hacia la culpabilidad” (PEÑARANDA RAMOS, *Función de la pena*, p. 408). *Alcácer Guirao* manifiesta su acuerdo con esta descripción de *Peñaranda Ramos* (ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 428, nota a pie de página 4).

¹⁴⁶⁸ ROBLES, *Sobre la exclusión del injusto penal*, p. 185-187: “es necesaria la concreción de la norma en el sujeto y sus circunstancias para saber cuándo constituye un injusto penal una determinada conducta” (Véase también: EL MISMO, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal*, p. 111); MOLINA, *Antijuridicidad penal*, pp. 862-863: “el actual sistema teórico del delito, basado en la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, no está en condiciones de cumplir satisfactoriamente con la tarea para la que fue elaborado... todos los intentos para distinguir antijuridicidad y culpabilidad desde la perspectiva de la norma han fracasado”; GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre lo interno y el externo*, p. 272: “Se intuye en tal diferencia entre injusto y culpabilidad una extraña persistencia, como si no se tratase de una cuestión meramente intelectual”; LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 30: “la culpabilidad penal no significa otra cosa que el propio injusto penal” (Véase también: EL MISMO, *Verbrechenbegriff*, pp. 205, 277); PAWLIK, *La diferenciación entre injusto y culpabilidad*, p. 135: “el hecho de superar una categoría general consistente en un injusto independiente de culpabilidad no trae consigo de ninguna forma una disminución a la hora de adoptar una solución diferenciada de la problemática. Al contrario: la renuncia a esa categoría agudiza la visión respecto de las diferencias sistemáticas entre las instituciones jurídicas que entran en juego, y posibilita con ello un tratamiento más adecuado de las cuestiones materiales concretas” (Véase también:

se ha demostrado es que, desde la perspectiva de la imprudencia y para su mejor comprensión, hay asimismo razones que indican la inadecuación de distinguir injusto y culpabilidad.

III.5. Culpabilidad, norma y pena: conclusiones bajo la perspectiva de la imprudencia inconsciente

Se ha expuesto anteriormente la postura de *Roxin* sobre la compatibilidad entre imprudencia inconsciente y culpabilidad. Sobre esta cuestión, es oportuno recordar lo que dice el autor: “La apreciación de que no está en poder de nadie el considerar las circunstancias que a uno no se le pasan por la cabeza es errónea. Toda nuestra vida social se basa en que al ser humano le es posible examinar y mantener bajo control los peligros procedentes de él”¹⁴⁶⁹. Esto lleva a *Roxin* a concluir que “la culpabilidad en el Derecho Penal no se refiere solo a lesiones y puestas en peligro conscientes de bienes jurídicos”¹⁴⁷⁰. Estas afirmaciones están de acuerdo con lo que se viene sosteniendo en este trabajo, en el sentido de que la culpabilidad en Derecho Penal no reside en la comprobación empírica

EL MISMO, *Das Unrecht*, pp. 259 y ss.); RENZIOWSKI, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, pp. 134-135: “Da Verhaltensnorm nicht etwas Unmögliches verlangen dürfen, kommt der Schuld neben dem Unrecht, versteht man es als Übertretung eines Verhaltensnorm, keine darüber hinausgehende Bedeutung zu. Eine schuldlose Übertretung einer Verhaltensnorm gibt es nicht”. FREUND, *Strafrecht AT*, p. 130: “Hinreichend gewichtiges personales Verhaltensunrecht ist danach ohne Schuld nicht vorstellbar”; KREMER-BAX, *Das personale Verhaltensunrecht*, p. 187: “Denn es sollte klar sein, daß die herkömmliche Trennung und Konstitution von Unrecht und Schuld kein unverrückbares Dogma oder eine nicht mehr zu hinterfragende Selbstverständlichkeit – im Sinne von ‘Was nicht sein kann, darf nicht sein!’ – darstellt”; WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, p. 116: “Also kommt Unrecht nicht aus ohne Schuld”. JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*, p. 74: “solo quien vulnera la norma de comportamiento siendo responsable, esto es, siendo culpable, vulnera esta norma, y en esta vulneración de la norma es donde se cristaliza la finalidad de la pena”. Aunque *Jakobs* estructura en su manual las tradicionales categorías del delito separadamente y admite un “comportamiento antijurídico, pero no culpable” (JAKOBS, *Derecho Penal*, pp. 419-420), para este autor la diferenciación no tiene un “estricto significado jurídico-penal”, lo que se desprende de la reciente aclaración de *Jakobs*: “Die Rede von einem schuldlosen ‘Töten’ oder, allgemeiner, von einer schuldlosen Tat ist keine im strengen Sinn strafrechtliche Rede; denn mangels eines kompetenten Normwiderspruchs ist strafrechtliche nichts ‘passiert’: Im Sinne der Norm ist nicht getötet worden, vielmehr hat sich Leben vernichtende Natur ereignet” (JAKOBS, *System*, p. 60). En la corriente contraria, como defensores de la importancia y actualidad de la distinción entre injusto y culpabilidad, pueden ser citados, entre muchos otros: ROXIN, *Zur neuen Entwicklung der Strafrechtsdogmatik*, pp. 692-693; SCHÜNEMANN, *La función de delimitación de injusto y culpabilidad* – en alemán: “Die Funktion der Abrenzung von Unrecht und Schuld” – *passim*; GRECO, *Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld*, *passim*; LEITE, *Dúvida e Erro sobre a Proibição*, pp. 88-94; PEÑARANDA RAMOS, *Función de la pena*, pp. 434-435. *Silva Sánchez* adopta una postura con matices que la hace distinta de las dos corrientes: “... si se trata del injusto merecedor de penal, el concepto dominante parece demasiado poco personal y es incluso discutido que pueda reconocérsele autonomía conceptual. Por otro lado, ... si se trata del injusto que ha de desencadenar la imposición de medidas de seguridad a inimputables, el concepto dominante es demasiado personal y, en consecuencia, constituye un presupuesto excesivo” (SILVA SÁNCHEZ, *Concepto unitario de injusto*, p. 4). Este autor reconoce asimismo un contenido axiológico propio a la distinción entre injusto y culpabilidad (SILVA SÁNCHEZ, *Concepto unitario de injusto*, pp. 8-9). Asimismo, la postura de *Mir Puig* tampoco puede ser categorizada en ninguno de los dos grupos. Este autor distingue “antijuridicidad objetiva” y “antinormatividad”. “Lo objetivamente antijurídico es, en ese sentido, ante todo un resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico” (MIR PUIG, *El Derecho penal*, p. 228), mientras que “la antinormatividad penal requiere no solo la antijuridicidad penal objetiva, sino también la capacidad personal de advertir y cumplir la norma primaria” (MIR PUIG, *El Derecho penal*, p. 247). En la culpabilidad, de acuerdo con *Mir Puig*, debe averiguarse, en sus propias palabras, “no la posibilidad personal de ser motivado por la norma, que entiendo presupuesto de la antinormatividad, sino la motivabilidad normal, que no concurre en los casos de inimputabilidad y inexigibilidad (MIR PUIG, *El Derecho penal*, p. 247).

¹⁴⁶⁹ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 1020.

¹⁴⁷⁰ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 1020.

del poder actuar de otro modo, sino que es un constructo social, objetivo, normativo¹⁴⁷¹, que conforma las expectativas que deben ser atendidas por el sujeto concreto en su papel de ciudadano en una determinada y concreta situación (con otras palabras, conforma el injusto penal, donde se integra). Con esto hay que reconocer que *Nowakowski* tenía la razón cuando decía hace más de cincuenta años que “la culpabilidad jurídica constituye, con independencia del ‘poder hacer diferente’ (*Auch-anders-Können*), en el no cumplimiento de una medida establecida por el Derecho”¹⁴⁷². Esta opinión también es defendida por *Achenbach*, quien – aunque propone abandonar la denominación “culpabilidad”¹⁴⁷³ – afirma que “no es que se determine individualmente un poder (actuar de otro modo o evitar), sino que este se imputa a partir de expectativas de comportamiento que la sociedad estima legítimas”¹⁴⁷⁴.

Desde otra perspectiva es posible afirmar que la medida individual de exigencia se construye a partir de la observación normativa del conjunto de los fenómenos empíricos, pero siempre será determinada según como el Derecho ve o interpreta la situación. Esto queda claro, por ejemplo, cuando se tiene en cuenta que legislaciones de muchos países establecen que las personas que no hayan cumplido una determinada edad son incapaces de cometer *delitos*. La expectativa *jurídico-penal* está absolutamente obstruida en estos casos – no existe –, aunque la apreciación de los hechos fuera de la observación jurídico-penal pueda indicar que estas personas tenían la medida de capacidad de los mayores o capaces. Por supuesto esta obstrucción de la expectativa jurídico-penal, en su formación, tiene anclaje en la realidad empírica, en la aceptación de la incapacidad de los menores a partir de la observación más sencilla sobre la evidente inmadurez hasta la constatación científica más compleja sobre diferencias fisiológicas. Pero estas mismas observaciones no normativas – de carácter profano o científico – podrían en alguna ocasión indicar que *en determinados supuestos* esto no es así, o sea, que aquel individuo que de acuerdo con la dimensión normativa es considerado incapaz no era *efectivamente* incapaz, lo que sin embargo no cambiará el hecho de que la medida de exigencia

¹⁴⁷¹ Esto lo demuestra la variación histórica del concepto de culpabilidad y de sus causas de exclusión, como pone de relieve *Günther*: “Diese Normen, die festlegen, wann Schuld ausgeschlossen wird, enthalten wiederum weder einen abschließenden Katalog noch genießen sie eine Zeit und Raum transzendierenden, universale Geltung. Vielmehr variieren sie historisch und kulturell in einem hohen Maße” (*GÜNTHER, Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, pp. 117-118). En ese sentido, *Feijoo* sostiene acertadamente que “... lo decisivo a efectos de culpabilidad no es el contenido subjetivo o las características de la acción del delincuente sino la acción del sistema social, es decir, por qué el sistema jurídico le otorga a ese hecho un significado delictivo que no queda más remedio que tratar con una pena” (*FEIJOO, La normativización del Derecho penal*, p. 536).

¹⁴⁷² “Die rechtliche Schuld besteht unabhängig vom Auch-anders-Können in der Nichterfüllung eines vom Recht gesetzten Maßes” (*NOWAKOWSKI, Freiheit, Schuld und Vergeltung*, p. 70). De forma parecida, *Pawlik*: “Der strafrechtliche Schuldvorwurf besagt, dass der Täter nicht das geleistet hat, was man von ihm als verantwortlichen Staatsbürger in der betreffenden Situation verlangen konnte – dass er, mit einem Wort, ein Unrecht des Bürgers verwirklicht hat” (*PAWLIK, Person, Subjekt, Bürger*, p. 87); Y *Günther*: “Entspricht der Beschuldigte dem Maßstab, ist er schuldig, entspricht er ihm nicht, dann liegt keine Schuld vor und er darf auch nicht bestraft werden” (*GÜNTHER, Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, p. 119).

¹⁴⁷³ *ACHENBACH, Imputación individual*, pp. 135-137.

¹⁴⁷⁴ *ACHENBACH, Imputación individual*, p. 145. Es posible decir en resumen que “la culpabilidad es una construcción de cada modelo de sociedad” (*Feijoo, Derecho Penal y Neurociencias*, p. 36).

lo dejará fuera del alcance de la norma¹⁴⁷⁵. En otro ámbito, el del error de prohibición, puede hallarse una vez más la decisiva mirada normativa, puesto que, insistiendo en las palabras de *Frisch* ya mencionadas antes, “lo determinante es cuánta información le exigimos al individuo”¹⁴⁷⁶. E incluso en los denominados casos de inexigibilidad, que suelen describirse desde un punto de vista empírico como situaciones de presión psíquica, lo que efectivamente determina la medida de exigencia es cómo el Derecho interpreta la situación y, como ha puesto de relieve *Robles*, hasta dónde puede extender sus exigencias en una situación dada en la que objetivamente se presenta un grave conflicto para el ciudadano¹⁴⁷⁷.

Frisch destaca correctamente que la evitabilidad no es algo susceptible de determinación empírica. Aunque este autor reconoce que “la *empiria* de cada momento desempeña ahí un papel”, añade que “en algún momento, en especial cuando lo empírico nos dice demasiado poco, sobreviene un salto normativo. Y aparece ahí algo decisivo, que no es empírico, sino normativo”¹⁴⁷⁸. La presente investigación se ha referido a este proceso como la decisión normativa a partir de la observación del conjunto de los fenómenos empíricos, en que no se trata, por ejemplo, en cuanto a los denominados elementos subjetivos, de acceder a determinados puntos, estados y complejos de condiciones que se sitúan y transcurren en el interior de la mente del sujeto, sino de contemplar los hechos exteriores y decidir en base a la observación normativa. Como decía *Kelsen*, “esta conexión entre sujetos y circunstancias externas que sucede con base en las normas jurídicas no es nada más que el proceso específico de la imputación”¹⁴⁷⁹. Por supuesto que el estilo de este autor austríaco llega a ser provocativo en algunos puntos, por ejemplo, cuando afirma que está por completo a discreción de la norma conferir o no la calidad de persona a cada ser humano, como sucedía con los órdenes antiguos que no reconocían a los esclavos como personas¹⁴⁸⁰. Pero *Kelsen* tenía la razón cuando afirmaba que

¹⁴⁷⁵ *Stratenwerth* informa que en Alemania (§1, II, Jugendgerichtsgezet - JGG) las personas mayores de 14 años y menores de 18 “son penalmente responsables si, en el momento del hecho, según su evolución moral e intelectual, tienen madurez suficiente como para comprender lo ilícito del hecho y actuar según esta comprensión” (*STRATENWERTH, Derecho Penal*, p. 236). Si bien con este criterio parece que lo determinante sería la constatación puramente empírica en cada caso, se puede decir aquí lo mismo que se ha dicho con relación a la inimputabilidad en caso de enfermedad mental: la decisión es normativa a partir de la observación empírica y la prueba de ello son las distintas opiniones y decisiones históricas sobre la frontera entre menores incapaces y adultos capaces incluso con independencia de su acoplamiento a constataciones psíquico-naturalísticas (*JAKOBS, Drei Bemerkungen*, p. 287).

¹⁴⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, “Informe sobre las discusiones”, p. 196.

¹⁴⁷⁷ Véase, en ese sentido: ROBLES, *Injusto penal*, pp. 193-200. *Silva Sánchez* se refiere a la configuración de la inexigibilidad como ejemplo de la “permeabilidad del sistema de imputación jurídico-penal a las valoraciones sociales concretas”, puesto que en su determinación debe considerarse si “dadas las circunstancias sociales en que la conducta tuvo lugar, la actuación de modo conforme a Derecho superaría lo que debe razonablemente esperarse de ellas”. De acuerdo con este autor, “obviamente, la medida de lo razonable se vincula de modo ineludible a las valoraciones sociales” (*SILVA SÁNCHEZ, En busca del Derecho penal*, p. 43), por lo que no se trata de investigar si hubo o no una presión psíquica, sino de fijar los límites de las exigencias del Derecho penal en función de las valoraciones sociales.

¹⁴⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, “Informe sobre las discusiones”, p. 196.

¹⁴⁷⁹ KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 144.

¹⁴⁸⁰ KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 144. En este punto, hay semejanzas entre *Kelsen* y *Jakobs*.

la constatación real de la voluntad empírica o del poder actuar de otro modo – cuya investigación pertenece al mundo del “ser” (*Sein*) – no es posible por medio de la observación jurídica, sino que la voluntad a la que se refieren los penalistas como base de la culpabilidad es una construcción llevada a cabo bajo el punto de vista de la norma, del “deber ser” (*Sollen*)¹⁴⁸¹.

Esta comprensión de la culpabilidad nos lleva a preguntarnos qué concepto de norma – del que no puede disociarse asimismo la pregunta sobre su función y la correlativa función de la pena¹⁴⁸² – se corresponde con esta perspectiva. Aunque la larga y densa discusión sobre la estructura de las normas penales y la función de la pena hace difícil el tratamiento resumido del tema y si bien hemos visto en el capítulo anterior que desde distintos modos de comprender la norma se ha fundamentado la posibilidad de su infracción sin conocimiento fáctico o sin conocimiento del propio contenido de la norma, la pretensión ahora es la de intentar tomar postura sobre el concepto de norma que subyace a las anteriores conclusiones sobre la culpabilidad y sobre la imprudencia inconsciente. En este contexto, la dificultad de aceptar que la *principal* función de la norma es la de dirigir conductas, postura que está relacionada con la idea de *prevención*, se manifiesta inicialmente en el hecho de que no se tiene claro, bajo la perspectiva de la prevención general negativa, hasta qué punto la norma y su correlativa sanción (pena) son capaces de producir influencia inhibitoria¹⁴⁸³, duda que se incrementa con respecto a la denominada prevención especial positiva¹⁴⁸⁴ – resocialización a través

¹⁴⁸¹ KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 146, 151, 155-160.

¹⁴⁸² Pawlik pone de manifiesto la importancia de la teoría de la pena para la conformación de la teoría del delito: “Si uno quiere determinar qué supone conceptualmente un delito deberá dirigirse primeramente a la teoría de la pena” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 77). Asimismo, Greco pone de relieve la importancia de la teoría de la pena: “Die Strafrechtstheorie bildet also den Maßstab und die Grundlage jeder normativen Stellungnahme zur Strafe und ihrer Legitimität” (GRECO, *Lebendiges und Totes im Feuerbachs Strafrecht*, p. 77).

¹⁴⁸³ En ese sentido, HASSEMER, *Introdução* (“Einführung in die Grundlagen des Strafrechts”, 2ª ed. – traducción al portugués), pp. 405-412. Como afirma Stratenwerth sobre la prevención general negativa, “mientras que esta idea aún juega un papel muy considerable en la opinión pública, y probablemente también en la jurisprudencia – especialmente en lo que se refiere a la medición de la pena –, en la ciencia ha perdido todo crédito... Las decisiones a favor o en contra de la comisión de un delito normalmente no se toman por una ponderación racional de ventajas e inconvenientes, ni se toman, por así decirlo, de modo puntual, de caso en caso” (STRATENWERTH, *Derecho Penal*, p. 35). Así también, entre otros, Hassemer: “la prevención general ‘especial’ está actualmente frente a problemas empíricos y metodológicamente insolubles que discuten su legitimidad” (HASSEMER, *Prevención general*, p. 79); Pérez Manzano: “la imagen del delincuente calculador que sopesa el mal de la pena con el beneficio que le reporta el delito, se aviene solo con tipos de delincuentes específicos – como el asesinato a sueldo, gerentes de empresas que realizan fraudes fiscales o delitos ecológicos – pero no con la generalidad de delincuentes” (PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 229); Lesch, *La función de la pena*, p. 47. En ese contexto, no es posible estar de acuerdo con Roxin, cuando afirma que la seguridad física para caminar por la calle en Alemania por la noche – y no ser víctima de delitos violentos –, en comparación con otros países en los que esto no es posible, reside principalmente en la eficacia de la policía y del sistema de justicia de aquel país. Roxin quiere poner aparte la influencia de la pobreza y otros factores en esta realidad (ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung*, p. 191), pero esto sencillamente no es posible. El autor desconoce la complejidad de las causas de la criminalidad violenta en países no desarrollados y llega a ser ingenuo el peso que atribuye a la actuación de la policía y del sistema de justicia en lo que se refiere a la seguridad en un país tan desarrollado desde un punto de vista socio-económico como Alemania. Como sostiene correctamente Köhler, “Die verbrechensbegünstigende Instabilität hata regelmäßig tiefer in den institutionellen Verhältnissen liegende Gründe (z. B. in einem auf Eigensucht ausgerichtem Wirtschaftssystem, sozialen Krisen, in einer Familienpathologie als Mitgrund des Rauschdrogenproblems etc.)” (KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 46).

¹⁴⁸⁴ La denominación puede verse en LESCH, *La función de la pena*, p. 38.

de la ejecución de la pena –, puesto que la pena puede no modificar o incluso puede fomentar inclinaciones delictivas¹⁴⁸⁵. *Nowakowski* reconocía que las necesidades de prevención que deberían fundamentar la pena no pueden definirse con exactitud, pero defendía que el riesgo de error estaría justificado por el interés de la sociedad¹⁴⁸⁶. Sin embargo, ante este contexto ya no se puede aceptar que la pena se legitima de forma primaria en la racionalidad instrumental, como medio para influir en las conductas de los ciudadanos para que no cometan delitos, puesto que no hay acuerdo sobre la eficacia preventiva empírica de la pena¹⁴⁸⁷ y en todo caso no sería suficiente para justificar, sin acudir a la consideración del propio “mal” que representa el delito¹⁴⁸⁸, que el coste necesario para lograr un efecto general lo pague un único individuo¹⁴⁸⁹. De ahí resulta que a *Bacigalupo* le asista la razón cuando concluye que “un derecho penal racional sólo se puede fundamentar desde una idea distinta de la racionalidad instrumental”¹⁴⁹⁰.

La postura de que la culpabilidad no se basa en la existencia de un “poder actuar de otro modo” o “poder motivarse con normalidad”, comprendidos como sus elementos empíricos positivos, tiene como consecuencia la necesidad de abandonar los intentos de fundamentar y concebir la norma como un mecanismo destinado a influir empíricamente en la voluntad o en la motivación de sus destinatarios. Pero si estas consideraciones ya indican que la norma y la pena no pueden fundamentarse de forma primaria como instrumentos de prevención *especial* y general *negativa*, en el caso de la fundamentación desde las teorías de la prevención general *positiva* es necesario analizar de forma separada distintas tendencias en torno a esta idea¹⁴⁹¹. Por un lado, si la prevención general

¹⁴⁸⁵ En ese sentido *Jescheck* y *Weigend*: “En la actualidad, las posibilidades de una influencia educadora eficaz a través de la ejecución de la pena son enjuiciadas desde un importante escepticismo, pues a pesar los grandes esfuerzos dirigidos a intensificar la ejecución de la pena aquí y en el extranjero (EE. UU., Escandinavia, Países Bajos), el porcentaje de reincidencia no ha sido capaz de reducirse de un modo esencial” (JESCHECK/WEIGEND, *Derecho Penal*, p. 74). Lo mismo afirma *Pérez Manzano*: “los malos resultados respecto de la reincidencia, obtenidos en países que han puesto grandes medios para lograr la readaptación social del delincuente, hacen dudar de que la pena sea el instrumento idóneo para la resocialización” (PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 230-231). *Lesch* resume la actual opinión generalizada sobre la ineficacia de la prevención especial en su vertiente socializadora: “Hoy día se puede afirmar con perfecto derecho que la teoría de la prevención especial positiva ha dado pruebas de ser una utopía” (LESCH, *La función de la pena*, p. 59). Además, la resocialización no consentida presenta en cualquier caso problemas de legitimidad (KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 45).

¹⁴⁸⁶ NOWAKOWSKI, *Freiheit, Schuld, Vergeltung*, p. 68.

¹⁴⁸⁷ BACIGALUPO, *Sobre el Derecho penal y su racionalidad*, p. 332. *Puppe* llama la atención sobre la imposibilidad de legitimación del castigo bajo la promesa de un efecto cuya producción no puede comprobarse: “...todavía se discute si la pena es idónea para la prevención general o especial. Por tanto, el Estado que impone la pena solo puede apoyarse en este código para la justificación de la pena si él mismo está convencido de la aptitud de esta pena para evitar futuros delitos. Si el Estado no está convencido, entonces la utilización que hace de este código acaba siendo un engaño a los ciudadanos” (PUPPE, *El Derecho penal como comunicación*, p. 113).

¹⁴⁸⁸ Esto se expresa en el hecho de que las teorías preventivas acuden también a la censura como fundamento del castigo.

¹⁴⁸⁹ *Roxin* resume el problema: “Es bedarf einer besonderen Rechtfertigung, dass jemand zur Abschreckung anderer bestraft wird” (ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung*, p. 193). Cf. KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 42.

¹⁴⁹⁰ BACIGALUPO, *Sobre el Derecho penal y su racionalidad*, p. 332.

¹⁴⁹¹ Esto lo ponen de relieve *Peñaranda*, *Suárez González* y *Cancio Meliá* (PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLES/CANCIO MELIÁ *Un nuevo sistema del Derecho penal*, pp. 58-59).

positiva se confunde con el “ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho”¹⁴⁹²¹⁴⁹³, como originalmente sostenía *Jakobs*¹⁴⁹⁴, puede criticarse esta concepción no solo por las dificultades de probar empíricamente la producción del efecto pretendido¹⁴⁹⁵, sino especialmente por atribuir al Derecho penal “funciones de conformación de conciencias, de fomento de actitudes internas de fidelidad, en lugar de limitarse a requerir un respeto externo a las normas jurídicas, sin pretender la internalización de los valores que estas incorporan”¹⁴⁹⁶, lo que conllevaría desconsiderar el mandato de neutralidad¹⁴⁹⁷¹⁴⁹⁸. Por otro lado, si seguimos el cambio de opinión de *Jakobs*, según el cual la prevención general positiva se corresponde más bien con la confirmación de la vigencia de la norma ante la contradicción propuesta en el plano comunicativo por el hecho delictivo¹⁴⁹⁹, es ya dudoso que esta teoría pueda ser efectivamente caracterizada como preventiva¹⁵⁰⁰. En todo caso, esta segunda

¹⁴⁹² JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, p. 127: “... prevención general no en sentido intimidatorio sino como ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho”.

¹⁴⁹³ *Baurmann* resume las diferencias entre la prevención general negativa y prevención general positiva (esta última en su más tradicional versión): “Staatliche Strafe als *das* Instrument einer *externen* sozialen Kontrolle soll zu einem Mittel der *internen* Verhaltenskontrolle werden... Strafe als Mittel der Abschreckung ist ein Grund für *unfreiwillige* Normbefolgung. Dagegen läßt sich die Idee der positiven Generalprävention darin sehen, daß staatliche Strafe ein Mittel sein kann, um zu *freiwilliger* Normbefolgung zu motivieren” (BAURMANN, *Vorüberlegung*, p. 1).

¹⁴⁹⁴ La evolución del pensamiento de *Jakobs* por lo que atañe a la prevención general positiva puede verse en: PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLES/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal*, pp. 20 y ss. Un detallado estudio puede hallarse asimismo en: CANCIO MELIÁ/FEIJOO SANCHEZ, “La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, pp. 27-81.

¹⁴⁹⁵ STRATENWERTH, *Derecho Penal*, pp. 36-37. Así, también, *Müller-Tuckfeld*: “Dementsprechend wird allgemein konstatiert, daß die bisherigen empirischen Untersuchungen zur positiven Generalprävention nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ gravierende Defizite aufweisen. Kann schon die Theorie negativer Generalprävention als Ganze, selbst in ihrer simplen, an Hobbes, Feuerbach, Bentham und Beccaria oder einfachsten Kosten/Nutzen-Modellen angelehnten Form, weder als empirisch belegt, noch als widerlegt angesehen werden, so gilt dies erst recht für Theorien der positiven Generalprävention” (MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 115). Por el contrario, *Silva Sánchez* no tiene dudas de que algunos de los efectos empíricos postulados por la teoría de la prevención general positiva de hecho se producen en la realidad (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 233-234).

¹⁴⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 233-234. *Köhler* destaca que la configuración moral del individuo solo puede resultar de su propia autonomía y no debe ser finalidad o contenido de la pena (KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, pp. 67-69) y *Zaczyk* añade que queda “excluida la deducción de un derecho contra el individuo a partir del provecho de muchos (por ejemplo, la estabilización de la conciencia jurídica)” (ZACKYK, *Sobre la justicia de la imposición de penas*, p. 103). Asimismo, el propio *Roxin*, quien siempre ha defendido la importancia de los fines preventivos del Derecho Penal, ha llamado recientemente la atención sobre la dificultad de castigar para producir efectos en otros: “In noch größerem Maße legitimierungsbedürftig sind die Zielsetzungen der positiven Generalprävention. Denn wenn der Täter bestraft wird, um das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit zu stärken, erfolgt die Sanktion nicht um seinerwillen. Sie diene vielmehr Zwecken, die nicht ihn betreffen, sondern auf die Beeinflussung anderer Personen abzielen” (ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung*, p. 193).

¹⁴⁹⁷ Como afirma *Kindhäuser*, “el mandato de neutralidad deja al arbitrio de la persona de derecho los motivos para el seguimiento de la norma” (KINDHÄUSER, *Retribución de culpabilidad y pena*, p. 168), lo que es incompatible asimismo con en intento de conformar los valores o la conciencia del individuo por medio de normas penales.

¹⁴⁹⁸ Además, “parece paradójico, incluso arbitrario, que se hagan responsables a personas *concretas* de las carencias de socialización de *toda* la sociedad y que se les imponga una pena con el fin de reprimir impulsos criminales *de otros*” (LESCH, *La función de la pena*, p. 50).

¹⁴⁹⁹ “La pena ha de entenderse más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada” (JAKOBS, *La ciencia del Derecho penal*, p. 730). “Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma” (JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 13).

¹⁵⁰⁰ En ese sentido, *Lesch*: “Esta teoría de la pena, que ha sido presentada brevemente, suele ser designada con el nombre de ‘prevención general positiva’. Esta denominación no me parece acertada y, debido al peligro de confusión con algún otro efecto que igualmente es decripto bajo el mismo rótulo...me parece, además, poco afortunada” (LESCH, *La función de*

forma de comprender la prevención general positiva deberá enfrentar las críticas relativas a que no podría explicar la razón por la cual la confirmación de la vigencia de la norma tendría que manifestarse por medio de un sufrimiento impuesto al agente y no sencillamente por declaraciones simbólicas de continuidad de vigencia de la norma cuestionada o de rechazo ante el comportamiento infractor¹⁵⁰¹¹⁵⁰².

Si los elementos básicos del Derecho penal, la norma y la pena, no pueden legitimarse como instrumentos empíricos de prevención de males (en el caso los delitos), sus fundamentos solo pueden hallarse en un modelo teórico distinto. En ese sentido, la norma puede verse como expresión concreta de los límites que deben ser observados por el individuo en su papel de ciudadano¹⁵⁰³ en aras de asegurar y confirmar el estado de libertades recíprocas¹⁵⁰⁴. Esta idea parte de la concepción de las normas como manifestaciones de la conformación de la sociedad¹⁵⁰⁵ – legítima, si promueve

la pena, pp. 78-79). Sobre esta cuestión, *Jakobs* afirmó en cierta ocasión: “La prevención general positiva – si es que quiere hacerse uso de ese término – no debe denominarse prevención general porque surta efecto en un gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque esta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma” (JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, p. 33). Pero esta explicación no puede contestar la crítica de *Müller-Tuckfeld*: “Fraglich bleibt allerdings, wie sich diese Immunitisierung gegen Empirie mit der gleichzeitig behaupteten präventiven Aufgabe verträgt” (MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 63). Recientemente (2012), *Jakobs* ha propuesto un cambio en la denominación, pero sigue hablando de prevención general (hora para el “mantenimiento de la validez” de la norma): “Besser als die übliche Rede von positiver Generalprävention wäre die Benennung der skizzierten Theorie als *geltungserhaltende Generalprävention*” (JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 15). La denominación deriva de la siguiente concepción: “... hier geht es jedoch um einen Begriff, nämlich um Strafe als Mittel zur *Erhaltung* (nicht: *Verbesserung*) orientierender Normgeltung” (JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 14, nota a pie de página 6).

¹⁵⁰¹ “Jakobs Theorie bietet keine zureichende funktionale Legitimation der Strafe. Da es nur um die Demonstration der Norm und die Desavouierung des Normbruchs geht, ist völlig unklar warum es dafür der Kriminalstrafe bedarf. Ebenso gut, vielleicht sogar noch besser, könnten Pressekampagnen, öffentliche Schweigeminuten oder die ZSchuldzuschreibung ohne Strafe diese Effekt erreichen” (MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 67). Así, también, SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 92. Los dos autores aluden a las críticas antes expresadas por *Hörnle/von Hirsch* en el artículo “Positive Prävention und Tadel”, p. 266 (GA 1995).

¹⁵⁰² En lo que es considerada la tercera fase y un “giro fáctico” en la teoría de la pena de *Jakobs* (CANCIO MELIÁ/FEIJOO SANCHEZ, “La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs, pp. 53-81; SILVA SÁNCHEZ, *Del Derecho abstracto al Derecho “real”*, pp. 2, 4, pássim), este autor incorpora el dolor de la pena en su teoría por medio de la distinción entre significado y finalidad de la pena: “... el dolor sirve a la salvaguarda *cognitiva* de la vigencia de la norma; este es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de vigencia por parte del delincuente es su *significado*” (JAKOBS, *La pena estatal*, p. 141).

¹⁵⁰³ *Voßgätter* también sostiene que la norma no tiene el papel (primario) de dirigir conductas: “Normen haben im Strafrecht also nicht die Aufgabe der Verhaltenssteuerung, sondern müssen vielmehr Erwartungen sichern” (VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 149).

¹⁵⁰⁴ *Pawlik* pone esto de manifiesto: “la responsabilidad del mantenimiento de un determinado estado de juridicidad afecta directamente a cada ciudadano individual” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 85); “Der Täter eines Verbrechens verletzt nach dem vorstehen Ausgeführten seine Bürgerpflicht, an der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes der Freiheitlichkeit mitzuwirken” (PAWLIK, *Das unrecht*, p. 116). De forma semejante, *Frisch*: “El Derecho es, visto de modo más profundo, una red de relaciones de reconocimiento recíproco: el reconocimiento mutuo de personas como personas en Derecho, como portadores de derechos y libertades” (FRISCH, *Delito y sistema del delito*, p. 206). Asimismo, *Hörnle*: “Nach dem hier vorgestellten Ansatz gibt es nur einen Unrechtsvorwurf, dessen Funktion darin liegt, die Freiheitssphären im Verhältnis von Täter und Opfer nachträglich richtig zu markieren” (HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 55).

¹⁵⁰⁵ En ese sentido, *Jakobs* afirma que la constitución de la sociedad tiene lugar a través de normas (JAKOBS, *Sociedad, norma y pesona* p. 8); “... la sociedad se encuentra estructurada normativamente” (JAKOBS, *Individuo y pesona*, p. 191); “Gesellschaft entsteht, wenn die Norm den die Kommunikation leitenden Maßstab abgibt, also bestimmt, an welches

libertades y asegura la igualdad material¹⁵⁰⁶ – y que, en consecuencia, contienen las pautas de comportamiento que deben ser observadas por el ciudadano en el contexto situacional-personal. Desde el primer acotamiento establecido por el principio de legalidad hasta la concreción final que se traduce en la medida de exigencia individual en la situación dada, la norma encierra, al final de todo este proceso de precisión, la indicación de la conducta que no debe ser llevada a cabo por el individuo¹⁵⁰⁷ como ciudadano que vive en la sociedad de libertades recíprocas¹⁵⁰⁸. La norma no puede garantizar la prevención de delitos¹⁵⁰⁹ y por esta razón su legitimidad no puede hallarse en este propósito, ni tampoco la finalidad de prevención de comportamientos (ajenos) puede fundamentarse como *condición suficiente* para legitimar la aplicación de la pena, puesto que esto implicaría – en la conocida crítica de *Kant* y *Hegel* – instrumentalizar al individuo para promover beneficios en otros individuos o en la generalidad¹⁵¹⁰, pero la norma sí constituye el marco delimitador de las conductas que, en palabras de *Pawlik*, “lesionan el deber del ciudadano de cooperar con el estado de libertad”¹⁵¹¹ del cual también se beneficia¹⁵¹².

Verhalten wie kommunikativ anzuschließen ist” (JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 51). Asimismo, *Müssig* advierte que las dos principales teorías sociológicas de la actualidad, la de *Luhmann* y la de *Habermas*, a pesar de sus divergencias estructurales, tienen asimismo algunas estructuras comunes, por lo que observa que “ambas teorías describen las normas con carácter general como estructuras sociales transmitidas por comunicación: de acuerdo con esta perspectiva, las normas son esquemas simbólicos de orientación que, en la medida en que se trata de normas jurídicas, determinan los caracteres fundamentales de la configuración concreta de la sociedad” (MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico*, pp. 337-338). En el mismo sentido, *Müssig* expresa “el entendimiento de la norma como una parte determinada, delimitada en su contenido, de la configuración concreta de la sociedad” (MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico*, pp. 352-353).

¹⁵⁰⁶ PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 99: “... el Derecho tiene la función de regular las relaciones entre personas de tal forma que se respete su libertad a concebir su vida de forma responsable sobre la base de su igualdad jurídica”. En este punto, hay que reconocer que la legitimidad del Derecho Penal se relaciona con la legitimidad del orden jurídico en general y con la legitimidad de la propia conformación social. En ese sentido: JAKOBS, *Protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, p. 49; EL MISMO, *Strafrecht AT*, p. 20, PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 108. *Müssig* lo expresa de la siguiente forma: “la problemática de la legitimación del Derecho Penal siempre es idéntica a la cuestión de la determinación concreta de la configuración de la sociedad” (MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico*, p. 366). La conclusión de *Jakobs* resume la idea: “Strafe, die nicht zum Erhalt der normativen Struktur einer (legitimen!) Gesellschaft dient, sollte überhaupt nicht verhängt werden” (JAKOBS, *Drei Bemerkungen*, p. 288).

¹⁵⁰⁷ El contenido de la norma en el caso concreto constituye lo que *Ast* denomina “norma de comportamiento situacional” – “Situationshandlungsnormen” – (AST, *Normentheorie*, pp. 28-32). Esta norma situacional debe ser reconocida por el agente: “Der Handelnde steht in der Handlungssituation vor der Aufgabe, die geltenden Situationsnormen zu erkennen” (AST, *Normentheorie*, p. 44). *Renzikowski* utiliza la misma denominación: RENZIKOWSKI, *Norma de comportamiento e norma de sanção* – traducción al portugués –, p. 66.

¹⁵⁰⁸ La expectativa proyectada sobre el ciudadano tiene el propósito no solo de lograr “la delimitación y establecimiento de garantías de los espacios jurídicos a disposición de cada persona”, sino también “garantizar las condiciones básicas infraestructurales que permitan al individuo hacer uso efectivo de su libertad” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 85).

¹⁵⁰⁹ Así, también, *Luhmann*: “Die Norm verspricht nicht ein normgemäß Verhalten...” (LUHMAN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 135)

¹⁵¹⁰ De modo semejante a *Kant*, *Zaczyk* sostiene que “el ser humano, como fin en sí mismo, no puede ni debe ser incorporado a un programa de fines de los otros” (ZACKYK, *Sobre la justicia de la imposición de penas*, p. 103). Como afirma Mañalich, “la punición preventiva constituye, en principio, un caso de acción estratégica...” que “... se corresponde con la adopción de una actitud objetivante, aquella bajo la cual el otro aparece como objeto de la táctica social” (MAÑALICH, *Retribucionismo expresivo*, pp. 62-63).

¹⁵¹¹ “Ein Angriff auf den Zustand der Freiheitlichkeit äußert sich folglich darin, daß den Täter, indem er der strafrechtlichen Verhaltensordnung zuwiderhandelt, seine Rolle als Repräsentant der Rechtsgemeinschaft – kurz: als Bürger – bricht. Er verletzt seine Pflicht, an der Aufrechterhaltung des bestehenden Rechtszustandes mitzuwirken” (PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 106-107).

¹⁵¹² “Kennzeichnend für die Rolle des Bürgers ist es, Mitverantwortung für den Bestand der soeben angesprochenen Realbedingungen seiner eigenen Freiheit zu übernehmen” (PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, p. 82).

En este sentido, es posible afirmar que la reacción del Estado ante la infracción de la norma tiene el propósito de asegurar su conformación¹⁵¹³¹⁵¹⁴ por medio de la calificación comunicativa de aquel comportamiento como no determinante¹⁵¹⁵, en tanto que disociado del modelo de sociedad¹⁵¹⁶

¹⁵¹³ Como afirma Puppe, "... de la interpretación de la conducta del autor como signo de una máxima de conducta inconciliable con la norma se deriva la necesidad de reafirmar la vigencia de la norma frente a dicha contradicción" (PUPPE, *El Derecho penal como comunicación*, p. 109). Esto lo pone de relieve especialmente Jakobs: "Nach einem Normbruch muss der Anschluss als Widerspruch erfolgen, wenn die Norm nicht erodieren soll" (JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 112). Así, también, entre otros, Bacigalupo: "... lo que hoy aparece como único seguro es que la imposición de una pena simboliza la ratificación de la vigencia de la norma infringida por el autor del delito" (BACIGALUPO, *Sobre el Derecho penal y su racionalidad*, p. 333).

¹⁵¹⁴ En la muy citada concepción de Hegel, se trata de la supresión de la lesión del Derecho, que mantiene en consecuencia su realidad como Derecho: "Die geschehene Verletzung des Rechts als Rechts ist zwar positive, äußerlich Existenz, die aber in sich nichtig ist. Die Manifestation dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in die Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung, – die Wirklichkeit des Rechts, als seine sich mit sich durch Aufhebung seiner Verletzung vermittelnde Nothwendigkeit" (HEGEL, *Grundlinien*, §97). Köhler lo expresa de la siguiente manera: "Rechtsgrund der Strafe ist die notwendige ausgleichende Wiederherstellung des durch die Tat in seiner Allgemeingültigkeit verletzten Rechtsverhältnisses in schlüssiger Negation/Aufhebung des Verbrechens" (KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, p. 37).

¹⁵¹⁵ "La pena – como infracción de la norma – no debe ser considerada sino como un suceso exterior (dado que entonces solo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma" (JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 13). Bacigalupo resume esta idea: "... el cambio de paradigma sociológico en el que se quiere explicar la relación entre la pena y el delito sugiere reemplazar una explicación del derecho penal basada en la racionalidad instrumental, en el que la pena como medio para alcanzar ciertas metas preventivas empíricamente demostrables, por un derecho penal apoyado en una razón dialógica, es decir en la lógica de la comunicación, en la que el delito expresa un proyecto de norma alternativo al del derecho vigente y la pena niega este proyecto, ratificando la norma infringida" (BACIGALUPO, *Sobre el Derecho penal y su racionalidad*, p. 334). Para un breve panorama histórico acerca de las teorías comunicativas de la pena desde la perspectiva sociológica véase FEIJOO, *La normativización del Derecho penal*, pp. 514-525.

¹⁵¹⁶ "El contexto de comunicación debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes, si se quiere evitar que toda divergencia se tome como comienzo de una evolución" (JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 9).

cuya legitimidad está basada en la orientación a la promoción de libertades recíprocas¹⁵¹⁷¹⁵¹⁸. Con esto se preservan las pautas de comportamiento que deben ser observadas por el ciudadano¹⁵¹⁹. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la medida de aseguramiento de la conformación social solo puede llegar a expresar su significado o considerarse expresiva¹⁵²⁰ si guarda un *cierto* grado de

¹⁵¹⁷ En ese sentido, *Habermas*: “Un orden jurídico no solo tiene que garantizar que cada persona sea reconocida en sus derechos por todas las demás personas; sino que el reconocimiento recíproco de los derechos de cada uno por todos los demás tienen que descansar en leyes que serán legítimas en la medida en que garanticen iguales libertades a todos” (HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 94). De forma parecida, *Zaczyk*: “Un primer principio del estado jurídico tiene que ser la libertad jurídica del ser humano” (ZACKYK, *Sobre la justicia de la imposición de penas*, p. 102). La legitimación de las exigencias de comportamiento que se expresan en la norma penal puede aclararse con la siguiente fundamentación de *Kindhäuser* sobre la reciprocidad de la libertad o coexistencia libre orientada a maximizar ventajas universales: “Das Gerechtigkeitskriterium allseitig vorteilhafter Freiheitskoexistenz nimmt der Verbindlichkeit des Sollen den Zwang. Eine Verhaltensanforderung, die für mich *sub specie* Freiheit mehr Vor- als Nachteile bringt, kann ich zustimmen, und wenn ich ihr zustimmen kann, fehlt ihr das Zwangsmoment, als Moment der Einbuße an Freiheit” (KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, p. 495). Este autor llama la atención asimismo sobre el hecho de que el abuso de la libertad por el sujeto que goza de esta libertad es lo que fundamenta la reacción del Estado por medio de pena: “Erst und gerade der in nachhinein vergeltende Charakter der Strafe ermöglicht es also, der Täter in vorhinein Freiheit zu gewähren, und zwar eine Freiheit, die er als moralische Person beanspruchen darf, die aber auch ihren Mißbrauch in sich birgt” (KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, pp. 504). *Perez Barberá* intenta hallar el fundamento deontológico de la pena como institución frente al autor del delito desde una perspectiva discursiva, pero no parece que la opinión de *Barberá* pueda verse como muy diferente de lo que dice *Kindhäuser*, dado que cuando en el diálogo entre “el ciudadano que se imagina como autor de un delito” y el Estado – como propone *Barberá* – el primero se pone de acuerdo con la irrogación de un mal en caso de comportamiento desleal respecto de las demás reglas acordadas (PÉREZ BARBERÁ, *Problemas y perspectivas*, p. 33), lo que está en la base de este “acuerdo” son las ventajas para su estado de libertad del que se beneficia el ciudadano cuando las “reglas acordadas” son observadas por los demás ciudadanos. En definitiva, el que dialoga con el Estado se pone de acuerdo con la menor restricción real y actual de su libertad que supone no infringir las reglas y con la eventual y más intensa restricción de su libertad en caso de infringir las reglas porque este acuerdo ampliará en general sus ventajas en la medida en que su ámbito de libertad asegurado por las reglas deberá ser respetado por los demás. La reciente fundamentación de *Frisch* con respecto a la culpabilidad y la pena también recurre a la teoría del discurso que alude a la configuración del Derecho Penal y de sus institutos como el resultado de un acuerdo entre personas racionales (FRISCH, *Zur Zukunft des Schuldstrafrechts*, pp. 210-212). Desde la perspectiva de ventajas y desventajas, *Luhmann* afirma que El Derecho no solo limita la libertad, sino que asegura, posibilita o capacita llevar a cabo comportamientos que no serían posibles sin el Derecho, es decir, no es solo “Einschränkung der Verhaltensmöglichkeiten”, sino también “Befähigung zu einem Verhalten” (LUHMAN, *Das Recht der Gesellschaft*, 136).

¹⁵¹⁸ Aunque con enfoque en la pena como reacción ante un “error moral”, *Michael Moore* pone de manifiesto que la legitimidad de la retribución depende de la posibilidad de legitimar la prohibición del comportamiento previsto en la norma, cuando afirma que “... retributive justice is achieved only when morally wrong actions are punished, not when morally permissible or morally obligatory actions are punished” (MOORE, *A Theory of Criminal Law Theories*, p. 71). De acuerdo con lo que se sostiene en este trabajo, esta legitimidad de determinadas restricciones de la libertad resultantes de la expectativa normativa tiene como base la caracterización de la conducta infractora de la norma como desestabilizadora de las condiciones de coexistencia libre. Esto conlleva una postura más allá de la perspectiva funcional, dado que en la base de esta concepción está la identidad jurídico-constitucional (así, MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico*, pp. 353-354) de una sociedad promotora de libertades.

¹⁵¹⁹ “Beim Begriff der normativen Verständigung geht es um die Feststellung, dass die Norm verbindliches Interpretationsmuster ist... Eine Norm ist wirklich, wenn sie das maßgebliche Interpretationsmuster für das Verhalten von Personen liefert” (JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 53, 67). Asimismo, *Lesch*: “la pena tiene un significado muy concreto, consistente en aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia” (LESCH, *La función de la pena*, p. 77).

¹⁵²⁰ En palabras de *Jakobs*, “... es muß deutlich werden, dass es unmöglich ist, durch den Normbruch zur Gemeinsamkeit zu gelangen” (JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 112). *Kahan* resume la idea sobre el carácter expresivo de la pena: “To recognize that punishment is a convention for signifying condemnation is to understand punishment as a special kind of language” (KAHAN, *Punishment Incommensurability*, p. 707).

proporcionalidad¹⁵²¹ con la intensidad de la lesión del deber de cooperación¹⁵²², lo que fundamenta el carácter aflictivo de la pena¹⁵²³. El límite inferior de este “sufrimiento” generado por la (re)acción estatal puede verse incluso antes de la pena, ya en la manifestación de disconformidad del comportamiento con el parámetro normativo, esto es, en su calificación como comportamiento infractor en la propia condena penal¹⁵²⁴. Desde este punto de partida, la intervención estatal se acentúa

¹⁵²¹ No en el sentido del “ojo por ojo”, sino “según el espíritu de la ley penal”, como afirmó *Kant*: “Nur dann kann der Verbrecher nicht klagen, daß ihm Unrecht geschehe, wenn er seine Übelthat sich selbst über den Hals zieht, und ihm, wenn gleich nicht dem Buchstaben, doch dem Geiste des Strafgesetzes gemäß, das widerfährt, was er an anderen verbrochen hat” (KANT, AA, VI, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 363).

¹⁵²² “Para poder transmitir el mensaje de que el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de colaboración son dos caras de una misma moneda es imprescindible disponer de medios coercitivos” (PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 103). Pawlik destaca acertadamente que el agente del injusto debe tolerar que a su coste se confirme la indisolubilidad del vínculo entre gozo de la libertad y cumplimiento del deber de colaboración y ello se da a través de la sustracción de una parte de su libertad como consecuencia de la infracción del deber a la colaboración al estado general de libertad (PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, pp. 90-91). En estas consideraciones está implícita la idea de que solo puede llegar a considerarse delito aquello que suponga una importante afectación de la libertad, como advierte *Frisch*: “si lo que acompaña a la pena es una afectación de la libertad..., solo puede llegar a ser delito lo que se manifieste como un no reconocimiento de las libertades de los demás bienes igualmente comparables a esta y la afectación a estos bienes sea similar a la afectación que supone la pena (privativa de libertad)” (FRISCH, *Delito y sistema del delito*, p. 209).

¹⁵²³ Como afirma correctamente *Feinberg*, “... the unpleasant treatment itself express the condemnation” (FEINBERG, *The expressive function of punishment*, p. 402). De forma parecida, sobre el carácter de la privación de libertad como expresión de la desaprobación, *Kahan*: “Punishment is not just a way to make offenders suffer; it is a special social convention that expresses moral condemnation... The message of condemnation is very clear when society sentences an offender to prison... Because liberty is such a powerful symbol of what individuals are due in a democratic society, taking it away leaves no doubt about society’s condemnation of a criminal wrong doer” (KAHAN, *Punishment Incommensurability*, pp. 693, 697). *Jakobs* vincula la realidad de la expectativa normativa con la necesidad de su confirmación cognitiva por medio del dolor de la pena: “el dolor que produce la pena provoca que la cimentación cognitiva, que necesita toda expectativa normativa para poder ser real, no quede erosionada” (JAKOBS, *Individuo y persona*, p. 199). En reciente edición de su obra “Norm, Person, Gesellschaft” (2011) es posible hallar la afirmación de *Jakobs* de que la pena no es solo comunicación, sino también un “acto real mudo” (“ein stummer Realakt”) y el dolor de la pena solo podría comprenderse desde este “lado mudo”, es decir, no como comunicación. Sin embargo, el autor reafirma poco después en la misma obra que el dolor de la pena es necesario para anular el peligro de erosión de la fundamentación cognitiva de la norma, lo que podría implicar un menoscabo de la realidad normativa (JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 114). En estas palabras puede verse la propuesta de “transmitir un mensaje por medio de una intervención cognitiva”, con lo que se mantiene la idea de expresión de la vigencia de la norma como sentido *por medio* del dolor de la pena. Esto queda más claro cuando se constata que en su reciente “System der strafrechtlichen Zurechnung” (2012) *Jakobs* dice: “... auch der Strafschmerz ist Träger eines Sinns” (JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 13). No es que la pena no tenga su sitio en el mundo real, sino que hay un enlace entre la comunicación y el mundo cognitivo. Esta vinculación entre comunicación y mal de la pena ha sido expuesta de forma precisa en reciente trabajo de *Hörnle*: “Auf das Element der Übelszufügung kann nicht verzichtet werden. Der Grund dafür ist, dass die Möglichkeit begrenzt sind, notwendige Differenzierung des Grades an Tadel mit einer nur in Worte gefassten Missbilligung auszudrücken. Schon auf der sprachlichen Ebene würde es schwer fallen, das Unwerturteil nach quantitativen Kriterien zu präzisieren. Die Feststellung, dass der Täter Unrecht getan hat, bereitet keine Probleme, anders aber Feinabstufungen jenseits einiger grober Kategorien (sehr groß, groß, mittel...). Und vor allem ist das Gewicht einer nur verbalen Botschaft in unserem sozialen Kontext limitiert. Das gilt sowohl für lobbende Kommunikation als auch für Missbilligungen” (HÖRNLE, *Straftheorien*, p. 42).

¹⁵²⁴ Esto ha sido reconocido por *Feinberg*: “Reprobation is itself painful, whether or not it is accompanied by further ‘hard treatment’” (FEINBERG, *The expressive function of punishment*, p. 400). Lo mismo afirma *Ashworth*: “A conviction may be bad enough in itself: it is a form of public censure” (ASHWORTH, *Criminal Law*, p. 18). Por supuesto la magnitud de este sufrimiento derivado ya de la manifestación de culpabilidad será variable de persona a persona, pero lo mismo puede decirse respecto a la privación de la libertad, por ejemplo, como advierte *Silva Sánchez* (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 263, con más referencias). *Klaus Günther* [Festschrift Lüderssen, 2002, p. 219, citado en ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung*, p. 201] pone de relieve la importancia de esta declaración de responsabilidad cuando afirma que la aplicación de la pena como imposición de un mal sería innecesaria – la declaración de responsabilidad ya sería una respuesta suficiente. De forma contraria, *Mañalich* distingue la declaración de culpabilidad, que para él constituye “mera condición procedimental” para el merecimiento del reproche, de la irrogación del mal como “expresión del reproche”. Con todo, luego afirma que “esto no excluye, ciertamente la posibilidad de que una declaración de culpabilidad pudiera, bajo ciertas circunstancias, expresar adecuadamente un reproche punitivo” y añade que “lo que

gradualmente, lo que se expresa en las penas de distinta naturaleza – pecuniaria, suspensión o pérdida de derechos, privación de libertad – y con distinta intensidad – mayor valor, mayores restricciones, mayor tiempo – hasta llegar, en algunos ordenamientos jurídicos, a la privación de la vida. Teniendo en cuenta esta escala, la discusión sobre la legitimidad del sistema jurídico-penal no debe residir solamente en la dicotomía “imponer dolor” o “no imponer dolor”¹⁵²⁵, sino también en el grado de intervención, que en modelos legítimos se caracteriza por la humanidad, la moderación y la proporcionalidad también en su carácter limitador de la pena¹⁵²⁶. En definitiva, el recurso a la pena encuentra su legitimación en el propio comportamiento infractor del deber de contribución al estado de libertad¹⁵²⁷ y su potencial aflictivo deriva de la necesidad de reaccionar¹⁵²⁸ de forma proporcionalmente expresiva¹⁵²⁹¹⁵³⁰ frente a esta lesión que no debe prevalecer como pauta de

habría que reconocer, sin embargo, es que, bajo tales condiciones, esa declaración ya tendría que contar como la irrogación de un mal” (MAÑALICH, *Retribucionismo expresivo*, pp. 58-59). Al fin y al cabo, su opinión es parecida a la que se sostiene en este trabajo. *Silva Sánchez* va más allá y con razón considera no solo la declaración de culpabilidad (condena), sino también el proceso proceso penal como fuente de padecimiento (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 73-78).

¹⁵²⁵ También desde la perspectiva de las teorías preventivas habría que explicar la razón del dolor de la pena, ya que no es sencillo explicar la razón del sufrimiento de uno para la producción de efectos en otros.

¹⁵²⁶ Asimismo, *Jakobs* habla de la proporcionalidad como limitación de la pena: “Damit wird nicht jede irgendwie nützliche oder gar willkürliche Strafe legitimiert, sondern einzig eine solche, die den spezifisch von Normbrecher zu verantwortenden Schaden ausgleicht und mehr nicht” (JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 114). Sobre esta cuestión de la intensidad del dolor, *Kahan* duda de la posibilidad de que las medidas alternativas a la privación de libertad puedan expresar el sentido social de desaprobación de la conducta infractora sin que estén acompañadas de medidas adicionales dirigidas a “avergonzar públicamente” (“shaming penalties”) al infractor (KAHAN, *Punishment Incommensurability*, pp. 707-708). Sin embargo, el ejercicio de actividades orientadas a fines sociales útiles, si bien usualmente comprendidas como meritorias, como afirma *Kahan*, cuando observado en el contexto de una imposición pública como alternativa a la privación de libertad, sí puede expresar la concreción y la fuerza de la norma penal y de la pena como respuesta para determinados delitos en determinados contextos, sin que sean necesarias otras medidas destinadas a promover una especie de “humillación” del infractor.

¹⁵²⁷ PAWLIK, *La pena retributiva*, p. 87; EL MISMO, *Das Unrecht*, p. 110.

¹⁵²⁸ No es que la pena sea siempre una consecuencia irrenunciable, puesto que el Estado puede condicionar la reacción, lo que sucede cuando entiende que el decurso del tiempo o otras circunstancias relevantes indican que la infracción de la norma no es capaz de “provocar su erosión” en el plano comunicativo. Asimismo, en los casos menos graves las medidas de composición pueden expresar la “restauración o preservación comunicativa” de la norma. De forma semejante: SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia jurídico-penal*, p. 200; EL MISMO, *En busca del Derecho penal*, p. 65; PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 109, EL MISMO, *Person, Subjekt, Bürger*, pp. 96-97.

¹⁵²⁹ El carácter comunicativo del delito como infracción de la norma casi siempre se expresa de forma drástica en la realidad cognitiva, por lo que su negación comunicativa debe operar asimismo por medio de esta misma realidad cognitiva, pero bajo la perspectiva del Derecho (es decir, no como venganza, sino como medida expresiva dirigida a la restauración de la norma). En los casos de delitos contra el honor, por ejemplo, en los que el aspecto comunicativo se expresa solo de forma ligera en el mundo cognitivo (es decir, el *significado* de la conducta es lo inmediatamente determinante para afectar a la víctima), la pena podría asimismo expresar la restauración de la norma reduciendo el aspecto cognitivo de la intervención (es decir, por medio de una declaración judicial y su publicidad a costa del agente, etc.). *Hörnle* parece estar de acuerdo con esto en su reciente trabajo sobre las teorías de la pena: “Vorstellbar sind zwar Formen der Reaktion auf eine Straftat, bei denen die kommunikative Funktion konsequent in der Vordergrund gestellt und das Element der Übelszufügung herabgestuft oder eliminiert wird” (HÖRNLE, *Straftheorien*, p. 41). En el mismo sentido, *Ashworth* sostiene que la multa penal es la reacción suficiente para algunas infracciones penales: “For many offences a fine will be the normal punishment: the size of the fine should reflect the seriousness of the offence, adjusted in accordance with the means of the offender” (ASHWORTH, *Criminal Law*, p. 18).

¹⁵³⁰ *Gómez-Jara* explica la relación entre el delito y su dolor como comunicación y la pena y su dolor también como comunicación: “la concepción del delito como comunicación que lleva aparejada el dolor como constructo comunicativo implica una concepción de la pena igualmente comunicativa que lleva aparejado idéntico constructo” (GÓMEZ-JARA, *La retribución comunicativa*, p. 18). De forma parecida, *Jakobs*: “Die direkte Normwiderspruch erfolgt also durch die Verletzung des betreffenden Rechts, nicht durch seine bloße Leugnung, und das Recht hat immer auch eine äußere Seite:

comportamiento¹⁵³¹, pero esta legitimidad está asimismo condicionada al empleo moderado, proporcionalmente limitado y humano de la reacción estatal¹⁵³², lo que excluye desde luego la posibilidad de admitir la pena de muerte.

Si bien estas consideraciones sobre los fundamentos de la norma y de la pena – que deben verse tan solo como una breve toma de postura en medio de las teorías presentes en el debate jurídico-penal – no tienen relación inmediata con el objeto central de esta investigación – la imprudencia inconsciente – es posible constatar una vez más cuando se tiene en cuenta y se considera legitimada esta modalidad de imputación¹⁵³³ que la norma no puede ser concebida como un instrumento

Die Manifestation der Person in der Welt” (JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 14). No muy diferente, Mañalich: “La irrogación de un mal es el modo por el cual tiene lugar la expresión del reproche... En un contexto social donde no todo es asunto de todos, una mera declaración de reproche puede padecer de un déficit de objetivación...” (MAÑALICH, *Retribucionismo expresivo*, p. 59). Para el mismo autor – lo que está de acuerdo con lo que se ha dicho aquí – “que es posible que una manifestación lingüística cuente, de hecho, como la irrogación de un mal lo muestra, de modo suficientemente plástico por lo demás, la tipificación penal de delitos contra el honor” (MAÑALICH, *Retribucionismo expresivo*, p. 59).

¹⁵³¹ “La defraudación de una expectativa normativa no daña la orientación (la vigencia del Derecho, la realidad del Derecho) si la expectativa se mantiene firme en la evolución real de la sociedad, es decir, la defraudación es tratada (y no solo designada) como tal defraudación” (JAKOBS, *Individuo y persona*, pp. 198-199).

¹⁵³² La intensidad de la reacción que una sociedad entienda necesaria para contradecir un hecho infractor de la norma dependerá de lo que vea como necesario para *expresar* esta negación (o más tradicionalmente, reprobación). Esto lo ha puesto de manifiesto Feinberg: “Given our convictions, of course, condemnation is expressed by hard treatment, and the degree of harshness of the latter expresses the degree of reprobation of the former; still this should not blind us to the fact that it is social disapproval and its appropriate expression that should fit the crime, and not hard treatment (pain) as such. Pain should match guilt only insofar as its infliction is the symbolic vehicle of public condemnation” (FEINBERG, *The expressive function of punishment*, p. 402). De forma parecida, Hörnle: “Wie stark die Unterfütterung des Verbalen durch handfeste Übelzüfung aus fallen muss, ist eine Frage der historisch geprägten Sensibilität einer Gesellschaft” (HÖRNLE, *Straftheorien*, pp. 42-43); y Gómez-Jara Díez: “el dolor solo forma parte del concepto de pena en la medida en que la comunicación sobre el dolor – no el dolor en sí – sea considerado, normativamente, como relevante, lo cual, por supuesto, va variando con la evolución de la sociedad” (GÓMEZ-JARA, *La retribución comunicativa*, p. 16). Por esta razón, Silva Sánchez cree que “el crecimiento de la idea de Derecho y la madurez de las naciones conllevaría la extinción de las penas” (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 66). Ejemplo de esta tendencia evolutiva es que según Frisch en Alemania el 85% de las penas aplicadas en la actualidad son penas de multa, sin privación de libertad y solamente el 70% de las penas de privación de libertad son ejecutadas (FRISCH, *Zur Zukunft des Schuldstrafrechts*, pp. 205-206). Dicho esto, es preciso reconocer que el problema de lo que la sociedad reputa legítimo y la incorporación de garantías al ciudadano tiene relación con su desarrollo – lo que Piña denomina logros evolutivos, dado que las garantías “tienen un carácter emergente, de modo que aparecen en cuanto el sistema alcanza determinados grados evolutivos” (PIÑA, *La (auto) legitimación del derecho penal*, p. 264) – y la respuesta a la legitimidad aquí ofrecida es derivada de la comprensión de la sociedad del modelo democrático-liberal con su función de promoción de libertades recíprocas y aseguramiento de las condiciones para el desarrollo personal. Bacigalupo denomina este problema de legitimidad como el problema político y no el dogmático del Derecho Penal (BACIGALUPO, *Sobre el Derecho penal y su racionalidad*, p. 339). La perspectiva de la legitimidad como producto de la sociedad puede verse, por ejemplo, en la siguiente observación de Achenbach: “La noción de culpabilidad, como concreción de la idea de Derecho, remite al principio rector de la justicia, siendo este por su parte, la condición esencial para la aceptación social de la reacción estatal concreta, básica para la confirmación del Derecho” (ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 146). Asimismo, Nowakowski llama la atención sobre el hecho de que la aplicación de un castigo demasiado severo puede socavar el respeto por la norma, puesto que lo que quedará evidente será la injusticia sufrida por el acusado y no la “llamada de la norma” (NOWAKOWSKI, *Freiheit, Schuld und Vergeltung*, p. 65-66). En ese sentido, solo el castigo legítimo será funcional. Así, Freund, *Richtiges Entscheiden*, p. 405. En sentido parecido, Silva Sánchez: “...también las garantías político-criminales, en cuanto determinan una percepción del castigo impuesto como ‘justo’, pueden contribuir a la prevención comunicativa” (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 70).

¹⁵³³ La legitimación de la imputación en supuestos de imprudencia inconsciente ha sido defendida con anterioridad en este trabajo, y por esta razón es posible en este punto dejar de lado esta discusión. Con esto se quiere eludir la crítica de una posible petición de principio al afirmar que la imprudencia inconsciente es incompatible con las teorías primariamente

destinado a alcanzar fines preventivos por medio de la consideración del individuo como un ser sensitivo que actúa conforme al directivo para evadirse del dolor de pena. En este ámbito de imputación sin conocimiento actual del carácter peligroso del comportamiento, el sujeto no accede directamente a la norma en el momento de la conducta y por esta razón “la amenaza normativa” no podría operar como mecanismo de contención psíquica¹⁵³⁴. No obstante, la afirmación de que la pena tiene el propósito de mantener el estatus de la norma como modelo de conformación de la sociedad no está divorciada de la finalidad de control social o mantenimiento del orden social¹⁵³⁵, es decir, de la finalidad de que la norma sea efectivamente observada por los ciudadanos. En ese sentido, *Müller-Tuckfeld* habla de la misión primaria de la norma de asegurar expectativas y de la función secundaria de dirección de conductas¹⁵³⁶, idea que puede considerarse equivalente, aunque expresada de una manera distinta, en la reciente opinión de *Jakobs*¹⁵³⁷, cuando afirma que la fuerza orientativa de la norma necesita de una cimentación cognitiva en el día a día, por lo que la pena tiene la finalidad de dar una respuesta al hecho infractor que no puede convertirse en algo demasiado probable si se quiere para mantener la vigencia de la norma¹⁵³⁸. En España, esta preeminencia de la función de la pena de reestablecer la vigencia de las normas – pero sin renunciar al efecto preventivo secundario o derivado

preventivas si todavía no se ha enfrentado la cuestión de la legitimidad del castigo de la imprudencia inconsciente, que podría verse debilitada precisamente por el hecho de no ser compatible con las teorías primariamente preventivas. Sobre esto: KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, p. 499.

¹⁵³⁴ *Kindhäuser* ha puesto de manifiesto esta dificultad de la teoría de la prevención general: “Schließlich kann durch eine drohende Strafe nur abschreckt werden, wer zum Tatzeitpunkt in Kenntnis der Strafbarkeit seines Verhaltens handelt, also nicht der Täter, der fahrlässig oder ohne Unrechtsbewusstsein agiert” (KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, pp. 498-499).

¹⁵³⁵ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 109.

¹⁵³⁶ “Zum zweiten aber kann die Erwartungssicherung zwar analytisch als primäre Aufgabe des Rechts gesehen werden, sie kann aber nicht von der Verhaltenssteuerung völlig abgekoppelt werden... Verhaltenssteuerung ist damit eine zweite, abgeleitete Funktion des Rechts” (MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 64).

¹⁵³⁷ En el camino de la incorporación de una función de la pena más allá del mero sentido comunicativo, *Jakobs* habló de las funciones manifiestas – “confirmar la identidad de la sociedad” y latente – “dirección de la motivación” – de la pena (JAKOBS, *La ciencia del Derecho penal*, p. 730). De forma parecida: JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 19. Luego, distinguió entre significado y finalidad: “... el dolor sirve a la salvaguarda *cognitiva* de la vigencia de la norma; este es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de vigencia por parte del delincuente es su *significado*” (JAKOBS, *La pena estatal*, p. 141). El texto refleja una formulación reciente (2012) de la opinión de *Jakobs* (JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 14-15). De acuerdo con *Silva Sánchez*, *Jakobs* ha incorporado la función de prevención general negativa en su teoría de la pena (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 78-80).

¹⁵³⁸ *Jakobs* aclara que su teoría no empaqueta diversos conceptos de pena, sino que adopta solo un concepto de pena como “medio para la conservación de la validez orientadora de la norma”: “Eine Vereinigungstheorie bündelt mehrere *Begriffe* der Strafe (Vergeltung plus negative Generalprävention etc.); hier geht es um *einen* Begriff, nämlich um Strafe als Mittel zur *Erhaltung* (nicht: Verbesserung) *orientierender* Normgeltung” (JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 14, nota a pie de página 6).

– es sostenida, entre otros, por Peñaranda Ramos¹⁵³⁹ y Bacigalupo¹⁵⁴⁰ y en Inglaterra por Andrew von Hirsch¹⁵⁴¹¹⁵⁴².

En conclusión, la norma refleja el modelo de orientación para el comportamiento del ciudadano en una sociedad de promoción de libertades recíprocas¹⁵⁴³. La existencia jurídico-formal de la norma y la amenaza de la pena en caso de su incumplimiento no pueden garantizar la prevención de delitos. Pero la pena sí contradice expresivamente el comportamiento infractor como modelo de orientación¹⁵⁴⁴. En ese sentido, la norma *no* establece un diálogo *pedagógico* con el ciudadano – “quiero enseñarte a comportarte”¹⁵⁴⁵ –, *ni tampoco* establece un diálogo *amenazador* – “no hagas esto, de lo contrario sufrirás”¹⁵⁴⁶ –, sino que manifiesta el modelo de comportamiento esperado y es el indicador para la calificación del comportamiento divergente como apartado de la expectativa jurídico-social concretamente proyectada sobre el ciudadano, es decir, para su calificación como jurídicamente reprobable (es decir, como un injusto culpable)¹⁵⁴⁷. La pena es la negación expresiva del modelo de comportamiento infractor con el propósito de mantener “las condiciones fundamentales de la coexistencia social”¹⁵⁴⁸ libre¹⁵⁴⁹. Como modelo de orientación, la norma da a

¹⁵³⁹ “El punto de partida habría de ser, por razones de principio, que la norma penal no se dirige tanto a producir una intimidación general como a señalar y poner a todos de manifiesto el grave desvalor que comporta el correspondiente hecho delictivo. Pero que, con ello, la correspondiente norma penal anuncia también un mal a quien infrinja lo que prescribe, es algo tan evidente que no puede ser seriamente discutido. Por lo tanto se ha de ver asimismo en la conminación e imposición de la pena un elemento de desincentivación, de desaliento del hecho negativamente desvalorado, aunque subordinado a aquella dimensión simbólica o expresiva” (PEÑARANDA RAMOS, *La pena: nociones generales*, pp. 244-245).

¹⁵⁴⁰ BACIGALUPO, *Sobre el Derecho penal y su racionalidad*, pp. 333-334.

¹⁵⁴¹ “La estructura de mi justificación propuesta para el castigo es una en la cual la función reprobatoria tiene primacía... Por ello la función preventiva opera solo dentro del marco de la censura” (VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, p. 41).

¹⁵⁴² Por el contrario, aunque convencidos de la “doble misión” de las penas, Roxin (ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung*, pp. 190, 202) y Alcácer Guirao (ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 123) consideran la prevención como la finalidad primaria.

¹⁵⁴³ En otras palabras, cuando infringe la norma, el ciudadano “verletzt seine Pflicht, an der Aufrechterhaltung des bestehenden Rechtszustandes mitzuwirken” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 82).

¹⁵⁴⁴ “Mediante la pena se refuta esta afirmación del autor y se demuestra para todos que, tanto antes como ahora, la norma tiene vigencia, y que aquel se orienta de acuerdo con ella está actuando correctamente, en consonancia con el Derecho” (LESCH, *La función de la pena*, p. 77).

¹⁵⁴⁵ En ese sentido, la pena no tiene un propósito educador ni mucho menos penitencial, en contra de lo que sostiene Duff: “I then sketched an ambitiously communicative account of punishment, as a penitential process that aims to bring the offender to repent her crime and, through her repentance, to repair those relationships that it damaged” (DUFF, *Penal Communications*, p. 88). Para una crítica a esta concepción, véase VON HIRSCH, *Censurar y Castigar*, pp. 119-124, donde este autor concluye que “es discutible, en el mejor de los casos, el hecho de que el Estado deba adoptar el papel del abad al tratar la conducta delictiva y es muy previsible que no pueda cumplir este papel” (VON HIRSCH, *Censurar y Castigar*, p. 124).

¹⁵⁴⁶ De forma similar, Jakobs: “por lo tanto, no se trata de intimidar a personas – de todos modos dispuestas a cometer el hecho – mediante un tratamiento duro del autor, y tampoco de intimidar al autor para que no cometa ulteriores hechos, sino de lo único que se trata es de una compensación por el daño producido por el autor en la vigencia de la norma primaria” (JAKOBS, *Protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, p. 40)

¹⁵⁴⁷ Por esta razón, la norma expresa expectativa y valoración: “Die Norm bringt insofern gleichzeitig eine Erwartung und eine... Bewertung zum Ausdruck” (MIKUS, *Die Verhaltensnorm*, p. 22)

¹⁵⁴⁸ LESCH, *La función de la pena*, p. 79.

¹⁵⁴⁹ En este sentido, no se trata de una teoría absoluta, como ponen de relieve Jakobs (JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 15) y Lesch (LESCH, *La función de la pena*, p. 79).

conocer al ciudadano cuáles son sus deberes de colaboración para el mantenimiento del estado de libertades e indica las conductas que son consideradas atentatorias a este deber. En este punto, ya está a disposición de cada ciudadano un motivo para el cumplimiento de las normas¹⁵⁵⁰. En la negación expresiva por medio de la pena del modelo de comportamiento divergente, el modelo de orientación se asegura, por lo que una vez más hay a disposición del ciudadano un motivo para mantenerse cooperando en el mantenimiento de las libertades recíprocas. Finalmente, en el carácter aflictivo de la medida expresiva, es decir, en el mensaje de negación del comportamiento por medio de la intervención cognitiva, se robustece el modelo de orientación establecido en la norma¹⁵⁵¹, en el que reside asimismo un potencial motivo para su cumplimiento¹⁵⁵². Como afirma *Kindhäuser*, “puesto que el mandato de neutralidad deja al arbitrio de la persona de derecho los motivos para el seguimiento de la norma, también el temor a la imposición de pena puede ser un motivo legítimo para un comportamiento conforme a la norma”¹⁵⁵³. En definitiva, el motivo por el cual el ciudadano venga a cumplir con la norma es asunto suyo¹⁵⁵⁴, lo que debe establecer el Derecho son las condiciones para exigir la evitación del comportamiento en pro del mantenimiento de la libertad recíproca teniendo en cuenta el individuo en su papel de ciudadano y la situación que se presenta ante él.

¹⁵⁵⁰ Lo que transcurre en la mente del sujeto no es directamente constitutivo para el Derecho Penal, pero es posible describir esta disposición psicológica que la norma aporta con las palabras de *Müssig*: “las normas constituyen – desde la perspectiva psicológico-individual – esquemas de orientación para la configuración de contactos sociales” (*MÜSSIG, Desmaterialización del bien jurídico*, p. 340). Pero no es que la norma constituya un “esquema de orientación psicológica”, sino que coloca a disposición del individuo la posibilidad de conectarse psíquicamente con el contenido de la norma y orientarse de forma correspondiente.

¹⁵⁵¹ Así, *Jakobs*: “Im Ergebnis hat die Strafe die Aufgabe, die wirkliche, alltäglich orientierende Kraft der Norm zu erhalten, deren Geltung durch eine Normverletzung des Täters dergestalt in Frage gestellt wird, dass eine ‘antwort’ erfolgen muss, wenn die Geltung sich nicht abschwächen soll” (*JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 15). Con esto se acepta un hecho que por lo demás es obvio: la pena tiene una inegable dimensión real.

¹⁵⁵² Como afirma *Gómez-Jara*, con remisiones a la teoría de la pena de *Jakobs*, “el dolor es una suerte de *additio* que juega un papel fundamental a la hora de asegurar la realidad del Derecho – la idea de Derecho –. Su rol está referido al aseguramiento cognitivo de expectativas normativas, por lo que quien no encuentre ninguna razón normativa para preocuparse de ser fiel al Derecho – es decir, lo mínimo que se exige de una persona en Derecho para poder seguir considerándola como tal – tiene por lo menos una razón cognitiva - ‘la pena duele’” (*GÓMEZ-JARA, La retribución comunicativa*, p. 16).

¹⁵⁵³ *KINDHÄUSER, Retribución de culpabilidad y pena*, p. 168.

¹⁵⁵⁴ En ese sentido, *Jakobs*: “... es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma” (*JAKOBS, El principio de culpabilidad*, p. 115); “Desde la perspectiva del esquema de deber, la pregunta que entonces se impone, acerca de cómo siquiera podrá producirse un comportamiento de determinada configuración sin encontrar una condición suficiente en el esquema satisfacción/insatisfacción, es contestada afirmando que es asunto de la persona misma procurarse las condiciones de esa configuración; cuando la persona no logra una acción debida o ejecuta una acción no debida, ello le es imputado como defecto... ¿Cómo llega la persona al cumplimiento del deber? Como se expuso al principio, esto es asunto suyo, y puede considerarse que la gracia del orden normativo está en que lo convierte en asunto suyo” (*JAKOBS, Sobre la génesis de obligación jurídica*, pp. 662, 683). Asimismo, *Günther*: “... auf der anderen Seite gilt es als selbstverständlich und als eine gut begründete Errungenschaft des modernen Rechts, daß es sich gegenüber den Gründen, aus denen der Normadressat das Motiv für seine Normbefolgung bildet, neutral verhält. Die Adressaten des Rechts sollen nur überhaupt das Motiv der Normbefolgung haben, der Inhalt dieses Motivs, seine Begründung und seine Genese sind dem Recht gleichgültig” (*GÜNTHER, Individuelle Zurechnung*, p. 148); *Peñaranda Ramos* (*PEÑARANDA, La pena: nociones generales*, p. 245) y *Feijoo* (*FEIJOO, La normativización del Derecho penal*, p. 543).

De lo anterior resulta que en la relación normativa no se establece un diálogo con el ciudadano concreto en la situación concreta condicionado por la recepción psíquica del mensaje por el destinatario, como en la propuesta de *Molina Fernández*¹⁵⁵⁵. Más bien, la norma encierra indicativos de comportamientos que deben ser evitados, en la medida en que, de acuerdo con su observación de los fenómenos empíricos puedan efectivamente ser evitados, y, como modelo de orientación cuya vigencia se confirma por medio de la pena, de ella se desprenden potenciales motivos para su cumplimiento por los ciudadanos. La norma es, en esencia, un modelo de orientación, una moldura concreta de las expectativas sociales que le tocan a cada uno de los ciudadanos en la situación¹⁵⁵⁶ y *no* es primariamente un mecanismo inductor de conductas¹⁵⁵⁷. Sin embargo, como fuente de orientación dirigida al mantenimiento de la configuración social que se confirma por medio de la pena, norma y pena son capaces de producir en cierta medida efectos preventivos que contribuyen a la preservación de las libertades recíprocas y que con esto corroboran las pautas normativas de comportamiento¹⁵⁵⁸. Esta mirada retrospectiva que caracteriza a la determinación de responsabilidad¹⁵⁵⁹ no deja de incorporar, por tanto, la función de configuración¹⁵⁶⁰, asegurando efectos prospectivos, como pone de relieve *Köhler* cuando se refiere a la pena justa como el fundamento del contexto de prevención de comportamientos¹⁵⁶¹. Aunque la postura de *Robinson* y *Darley* parece tener como base la búsqueda primaria de la optimización de la prevención – opinión distinta de la defendida en este trabajo –, es posible al fin y al cabo ponerse de acuerdo con estos autores cuando concluyen que la distribución de responsabilidad basada en el merecimiento orientado

¹⁵⁵⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, pp. 515-572.

¹⁵⁵⁶ En ese sentido, *Mikus* pone de relieve que que el comportamiento humano es valorado de acuerdo con modelos normativos que deben asimismo posibilitar la orientación de los ciudadanos, con lo cual las normas de comportamiento son modelos de orientación (“Orientierungsmuster”) (MIKUS, *Die Verhaltensnorm*, p. 19).

¹⁵⁵⁷ En ese sentido es posible estar de acuerdo con *Hruschka* cuando se refiere a la “función de configuración” de la regla de comportamiento, en la dimensión prospectiva, que coexiste con su “función de baremo de medición”, en su función retrospectiva, siempre y cuando la función de configuración no signifique dirigir la conducta del ciudadano sino dar a conocer al “virtual agente” (o poner a su disposición medios de conocer), “con anterioridad (y con ello a tiempo, oportunamente)” cual es el contenido de su deber “de hacer y omitir desde el punto de vista del sistema” (HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento*, p. 29).

¹⁵⁵⁸ Esto es lo que *Jakobs* denomina cimentación cognitiva (JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 14): “Dieser Geltung der Norm ist nicht eine rein geistige Angelegenheit, indem sie sich etwa allein aus der inhaltlichen Richtigkeit der Norm oder ihren korrekten Ableitung aus einer höherrangigen Norm ergäbe, vielmehr bedarf sie als eine im alltäglichen Leben orientierende Geltung einer kognitiven Untermauerung, und das heißt, ihre übertretung dürfe nicht allzu wahrscheinlich sein”. Asimismo, PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 105: “... die Rechtsnormen bedürfen der kognitiven Untermauerung”. De forma similar, en otra ocasión *Jakobs* afirmó sobre la pena que “mediante el dolor que ella inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma”, pero su conclusión es siempre que “lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma” (JAKOBS, *Protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, p. 34).

¹⁵⁵⁹ “But criminal responsibility is retrospective: we are held responsible for our alleged past criminal conduct” (DUFF, *Who is Responsible*, p. 443). Asimismo, *Lesch*: “... lo seguro es que mediante la pena se causa un mal como reacción a la lesión de una regla jurídica. El punto de vista jurídico-penal es, pues, primeramente – como el civil y a diferencia del Derecho de orden público – retrospectivo y no prospectivo” (LESCH, *La función de la pena*, p. 14).

¹⁵⁶⁰ HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento*, p. 29.

¹⁵⁶¹ “Die gerechte Strafe ist mithin zugleich die Grundlage präventiver Handlungszusammenhänge... Allgemeine normbewahrung, sei es durch ‘abschreckende’ Gegenmotivierung, sei es durch die Bestätigung gelebter Normtreue, verwirklicht sich legitimerweise nur aufgrund und in Grenzen gerechten Strafens” (KÖHLER, *Strafrecht AT*, pp. 50-51).

por estándares sociales resulta la forma de distribución que puede producir los mejores efectos preventivos¹⁵⁶²¹⁵⁶³.

¹⁵⁶² “... we have argued that people obey the law not so much because they are fearful of being apprehended by the criminal justice system, but because they care about what their social group thinks of them and because they regard obedience as morally appropriate. Criminal laws based on community standards of deserved punishment enhance this obedience. We conclude that desert distribution of liability happens to be the distribution that has the greater utility, in the sense of avoiding crime” (ROBINSON/DARLEY, *The Utility of Desert*, p. 498).

¹⁵⁶³ Desde un punto de vista algo distinto, *Silva Sánchez* sostiene una concepción integradora, pues no concibe la posibilidad de disociar expectativa de directiva: “si la norma puede ser, para unos, fuente de orientación contrafáctica... ello es porque para los otros es directiva de conductas” (SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 27). De forma semejante, *Alcácer Guirao*: “el Derecho sólo podrá llevar a cabo el fin de protección de las expectativas normativas en la medida en que persiga asimismo un fin directivo de conductas” (ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal*, p. 433); y *Sancinetti*: “... no puede haber una expectativa normativa de conducta, si no es porque se presupone que la norma, como *modelo del contacto social*, dirige al autor aquel imperativo (modelo) que, *si es observado*, hará que la conducta del autor se corresponda con la expectativa, y que, si es desobedecido, requerirá de una estabilización contrafáctica mediante la pena” (SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, p. 55).

CAPÍTULO IV. Imprudencia (inconsciente) y la medida de la evitabilidad

IV.1. Introducción

Los dos capítulos anteriores trataron la cuestión de cómo la aceptación de la imprudencia consciente puede convivir y cómo puede repercutir en la comprensión de la teoría de las normas y del concepto de culpabilidad. En este último capítulo del presente trabajo se tratará de forma más específica de la imprudencia como forma de evitabilidad normativa. En primer lugar, la normativización de los conceptos conlleva la carga de buscar criterios para su concreción. En cuanto a la imprudencia, esto ha sido discutido especialmente en Alemania, donde no existe una definición extensiva de la imprudencia en el Código Penal. Sin embargo, en contra de la opinión de algunos (pocos) autores alemanes, las dificultades para la determinación de la imprudencia son parecidas a las que el penalista se enfrenta cuando opera con otros conceptos normativos de la teoría del delito (A). En este contexto, los criterios para la determinación de la imprudencia se han aislado y se han ido consolidando desde los principios de la moderna dogmática penal¹⁵⁶⁴, como demuestran los debates relacionados con las instituciones de la infracción del deber de cuidado y de la imputación objetiva (B). Finalmente, si bien el proceso de imputación del conocimiento juega un papel importante en la definición de la evitabilidad en el Derecho penal, esta evitabilidad no está condicionada por el resultado positivo de este proceso, sino que resulta de una valoración integrada de las competencias del agente y de la situación concreta en la que se encuentra, esto es, de las exigencias que se le dirigen al individuo en su papel de ciudadano (C).

IV.2. Imprudencia y evitabilidad individual: el “problema” de la indeterminación

De acuerdo con *Schünemann*, “toda la parte general del Derecho penal puede ser desarrollada desde dos principios básicos que determinan el hecho punible: el principio de dañosidad y el principio de culpabilidad”¹⁵⁶⁵. Por lo que se refiere al principio de culpabilidad, el autor sostiene que sus presupuestos son el deber de evitar y el poder de evitar¹⁵⁶⁶. A partir de esta idea, su conclusión es que “el denominado concepto de culpabilidad normativo, introducido desde hace cien años, supone dos cosas: la evitabilidad individual del hecho y la exigibilidad de su evitación”¹⁵⁶⁷. *Schünemann* desarrolla su análisis con el propósito de evaluar la “relación entre ontologismo y normativismo en

¹⁵⁶⁴ Incluso antes, ya desde *Aristóteles* se discute la responsabilidad por los actos practicados en estado de desconocimiento, como se ha mencionado en este trabajo.

¹⁵⁶⁵ SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, p. 24.

¹⁵⁶⁶ SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, p. 25.

¹⁵⁶⁷ SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, p. 25.

la dogmática jurídico-penal¹⁵⁶⁸. Si bien este autor relaciona la dañosidad con la protección de bienes jurídicos¹⁵⁶⁹, al identificar el “principio de protección del bien jurídico” con el “principio de dañosidad social”¹⁵⁷⁰ su opinión al fin y al cabo no parece tan alejada de la postura que se opone a la “doctrina del bien jurídico” con base en lo que sus detractores consideran una pérdida de relevancia de la perspectiva normativa¹⁵⁷¹. Pero lo que sobre todo nos interesa aquí es lo que dice este autor sobre el principio de culpabilidad, como evitabilidad individual y exigibilidad de evitación. Por un lado, en esta composición de la culpabilidad por la evitabilidad y la exigibilidad, lo que debe reconocerse una vez más es la tendencia a la integración entre el concepto tradicional de injusto y el concepto tradicional de culpabilidad – aunque esto no lo reconozca *Schünemann* – dado que no es posible comprender un injusto penal sin acudir a lo que era evitable y a lo que era exigible. Por otro lado, es preciso reconocer que la evitabilidad individual *no es un concepto puramente empírico*, al contrario de lo que sostiene el autor alemán¹⁵⁷², sino que, como se viene afirmando en este trabajo, es el resultado de una decisión normativa que incorpora la observación del conjunto de los fenómenos empíricos. En este sentido, se trata de la evitabilidad *jurídica (o normativa)* individual.

En correspondencia con las conclusiones anteriores de esta investigación, evitabilidad y exigibilidad no son conceptos separados. Exigible solo puede ser lo jurídicamente evitable. Además, la evitabilidad meramente empírica sin exigencia de evitación es irrelevante. En definitiva, la evitabilidad jurídico-penal es un concepto construido desde la perspectiva normativa y que tiene como componente la *exigencia* de evitación. A partir de esta observación, es posible acercarse al problema de la imprudencia bajo su comprensión como modalidad de evitabilidad individual (¡exigible!)¹⁵⁷³ o sencillamente como medida de exigencia individual. En este punto nuestra atención se detiene en lo que se discute actualmente bajo el rótulo de imputación subjetiva en el ámbito de la tipicidad, es decir,

¹⁵⁶⁸ En ese sentido, el título del artículo citado en las notas anteriores.

¹⁵⁶⁹ SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, p. 27.

¹⁵⁷⁰ SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, p. 28.

¹⁵⁷¹ *Peñaranda* subraya la semejanza de las concepciones contrarias a la función de la pena de protección de bienes jurídicos con “la doctrina del ‘daño intelectual del delito’, muy difundida en Alemania a lo largo del siglo XIX”. Además, el autor destaca que Carrara ya afirmaba asimismo que “el delito, más allá del daño material que pueda causar a un individuo particular, provoca un daño de otra naturaleza, ‘un daño mediato o reflejo’ sobre el orden externo de la sociedad, que explica el ‘carácter político’, esto es, público, de todos los delitos y legítima con ello la intervención penal”. De acuerdo con esta perspectiva del autor italiano, todavía de acuerdo con la descripción de *Peñaranda*, “la función de la pena sería, pues, reparar no aquel daño material, sino este intelectual, restaurando el orden conmovido por el delito (la vigencia de la norma, se dice ahora)” (PEÑARANDA RAMOS, *Sobre la influencia del funcionalismo*, p. 254).

¹⁵⁷² Para *Schünemann*, “el concepto de evitabilidad individual como una premisa más del reproche de culpabilidad es en sí un concepto puramente empírico” (SCHÜNEMANN, *Ontologismo y normativismo*, p. 27).

¹⁵⁷³ *Jakobs* concibe el dolo y la imprudencia como formas de evitabilidad individual: “La causación del resultado individualmente evitable es el supraconcepto que engloba el actuar doloso e (individualmente) imprudente... Así como el dolo no pertenece a la acción en tanto que hecho psíquico, sino como forma de evitabilidad cualificada, en la imprudencia tampoco se trata directamente de una disposición del autor que haga posible el conocimiento, sino de esta disposición como forma de evitabilidad... Tanto el dolo como la imprudencia son formas de evitabilidad” (JAKOBS *Derecho Penal*, pp. 174, 381-382).

en dolo y la imprudencia como modalidades de imputación subjetiva. En la primera parte de este trabajo se ha demostrado que en el siglo XIX dolo e imprudencia eran formas de culpabilidad, que hasta *Liszt* no se distinguía del injusto. La culpabilidad (o evitabilidad, en el lenguaje también utilizado por *Schünemann*)¹⁵⁷⁴ como culpabilidad de la voluntad estaba bien reflejada en el dolo. Desde este punto de vista, lo esperado sería de hecho la búsqueda de la voluntad en la imprudencia, para que también pudiese ser vista como culpabilidad de voluntad. De esto se deriva que un comportamiento era considerado evitable cuando fuese posible confirmar la conexión psíquica con el resultado, de no concurrir causas específicas de exclusión de la culpa (como la inimputabilidad, por ejemplo). En el dolo esta conexión psíquica estaba clara, mientras que en la imprudencia todos los esfuerzos se dirigían a la explicación del comportamiento y del resultado causado *también* como productos de la voluntad, lo que conllevaría reconocer la aludida vinculación mental entre agente, conducta y resultado en los delitos imprudentes.

El paso del tiempo llevó a la dogmática jurídico-penal a cambiar de perspectiva y a comprender la imprudencia como forma de evitabilidad (culpabilidad) *normativa*, aunque de forma conceptual ha permanecido la tendencia a hablar de culpabilidad de la voluntad en un sentido mucho más abstracto¹⁵⁷⁵ o de la culpabilidad de la voluntad en sentido negativo¹⁵⁷⁶. Si en la imprudencia, o al menos en la imprudencia inconsciente, ya se reconocía que no era posible hallar un enlace mental (¡positivo!) entre la conducta y el resultado que amenaza suceder, la comprensión normativa de esta modalidad de imputación aportaría la solución al problema y por esta razón se ha puesto de relieve en la primera parte de esta investigación que las dificultades para la comprensión de la imprudencia como un fenómeno psíquico reprochable fueron puntos de apoyo, entre otros, para el reconocimiento de la culpabilidad normativa¹⁵⁷⁷. Pero la cuestión ahora es distinta. Si la imprudencia no puede ser caracterizada como un elemento psíquico, la objeción a la concepción normativa, que ya se mencionó

¹⁵⁷⁴ La equivalencia entre los conceptos de evitabilidad y culpabilidad puede verse también en la obra de *Binding*: “In der Vermeidbarkeit des Delikts liegt stets der Grund, warum es seinem Täter zum Vorwurf gereicht, warum es selbst 'Schuld' und zur Schuld im subjektiven Sinne zurechenbar ist” (BINDING, *Die Normen IV*, p. 344).

¹⁵⁷⁵ Así, pese a que *Welzel* es reconocido como un autor fundamental para el reconocimiento de la culpabilidad normativa, afirma que “culpabilidad es la reprochabilidad por la resolución de la voluntad... Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de voluntad” (WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 126).

¹⁵⁷⁶ “En la medida en que la responsabilidad en el moderno Derecho Penal de la culpabilidad se vincula a la falta de fidelidad jurídica, es decir, a la falta de voluntad de cumplimiento del Derecho, se habla habitualmente de culpabilidad por la voluntad” (JAKOBS, *Individuo y persona*, p. 198).

¹⁵⁷⁷ Sobre esta cuestión, se puede añadir ahora la interesante observación de *Silva Sánchez*: “... quizá no estamos en condiciones de realizar una opción segura entre los modelos alternativos que se nos ofrecen en el presente, pero sí podemos afirmar que algunos modelos pasados son incorrectos. Un ejemplo especialmente claro de ello es el constituido por la ‘concepción psicológica de la culpabilidad’ cuya no acogida del universo de cuestiones de la exigibilidad o de la culpa inconsciente la hacía impracticable como modelo” (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 166).

por *Mohrmann*, es que tampoco la contrariedad a la norma sería algo susceptible de comprobación¹⁵⁷⁸. Esta necesidad de hallar criterios para la determinación de la imprudencia como imputación normativa llevó a la dogmática penal a poner en primer plano el constructo de la infracción del deber de cuidado¹⁵⁷⁹. Es cierto que el concepto de infracción del deber de cuidado no era desconocido por los defensores de la imprudencia como expresión de la voluntad¹⁵⁸⁰ y en la obra de *Engisch*¹⁵⁸¹, cuando el autor aún defendía la culpabilidad del sentimiento¹⁵⁸², este elemento llega incluso a adquirir un papel fundamental, ya como infracción de un deber *objetivo* de cuidado situado en la tipicidad (deber de cuidado externo)¹⁵⁸³. Con todo, a pesar de las paradojas del finalismo – acento en la estructura óptica de la acción como acción final y, a la vez, culpabilidad e imprudencia normativas – , durante su predominancia como sistema teórico del delito es cuando la discusión sobre la determinación de la imprudencia se halla relacionada en mayor medida con “la falta de observancia del cuidado *objetivo*”¹⁵⁸⁴, lo que significa que “el concepto del cuidado necesario en el tráfico es un concepto objetivo y normativo”¹⁵⁸⁵. El desarrollo posterior de la dogmática llevó a muchos autores, especialmente a los críticos del finalismo, a “propugnar la desaparición de la referencia a la norma de cuidado o su difuminación entre los criterios de imputación objetiva”¹⁵⁸⁶, al modo de *Roxin*: “es correcto que el tipo de los delitos imprudentes en la medida en que no contenga una descripción adicional de la conducta, se colma mediante la teoría de la imputación objetiva”¹⁵⁸⁷.

A pesar de la aparente actual uniformidad de opiniones en cuanto a la posibilidad de determinar la imprudencia penal, ya sea por medio de la infracción del cuidado objetivo, ya sea por la teoría de la imputación objetiva¹⁵⁸⁸, no todos están convencidos de que esto sea tan evidente,

¹⁵⁷⁸ “Wenn Kelsen meint, die Fahrlässigkeit sei gar nicht auf einen psychologischen Tatbestand zurückzuführen, so ist dem entgegenzuhalten, daß dann auch die Normwidrigkeit selbst nicht feststellbar wäre” (MORHMANN, *Fahrlässigkeit*, p. 78).

¹⁵⁷⁹ “Para constatar la existencia de injusto el juzgador tiene que valorar objetivamente si una determinada persona ha infringido una norma de conducta penalmente relevante que en el delito imprudente es definida como norma de cuidado... Injusto imprudente equivale a infracción de la norma de cuidado” (FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 242). El Código Civil alemán, desde su entrada en vigor – 1900 – (https://de.wikipedia.org/wiki/B%C3%BCrgerliches_Gesetzbuch), ya definía la imprudencia en su §276, 2, como la inobservancia del cuidado exigido en el tráfico: “fahrlässig handelt, wer die in Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt”.

¹⁵⁸⁰ Véase, por ejemplo, *Hälschner*: “Die Pflicht welche durch die Handlung verletzte wird, ist die Pflicht mit Vorsicht, Aufmerksamkeit zu handeln” (HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 311).

¹⁵⁸¹ “Untersuchungen über Vorsatz und *Fahrlässigkeit* im Strafrecht” (1930).

¹⁵⁸² En otra etapa de su producción jurídica, Engisch defendería la culpabilidad por el carácter que se manifiesta en el hecho (ENGISCH, *La teoría de la libertad de voluntad*, pp. 108, 125 y pássim).

¹⁵⁸³ PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, pp. 100-104. Defensor de la culpabilidad de sentimiento, *Exner* (1910) también hablaba del “im Verkehr erforderliche Sorgfalt” (EXNER, *Das Wesen*, pp. 192-193).

¹⁵⁸⁴ WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 119.

¹⁵⁸⁵ WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 113.

¹⁵⁸⁶ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 243.

¹⁵⁸⁷ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 999.

¹⁵⁸⁸ O incluso a través de otros criterios como la cognoscibilidad definida por medio de parámetros normativos. Así, *Schroeder*: “Ich habe daher schon 1974 in der 9. Auflage des Leipziger Kommentars den Verzicht auf das Merkmal der Sorgfaltspflichtverletzung bei der Fahrlässigkeit empfohlen und die Fahrlässigkeit auf die Erkennbarkeit aufgebaut”

especialmente si estas dudas se originan a partir de la convicción de que hay una deficiencia en la formulación legal del ordenamiento jurídico determinado que se tiene como referencia. En Alemania las dificultades para la determinación de la conducta imprudente han sido destacadas por algunos autores que sostienen la incompatibilidad entre la regulación de la imprudencia en aquel país (§§ 15 y 16, Strafgesetzbuch - StGB) y el mandato de determinación constitucional (art. 103, 2, Grundgesetz; §1, StGB). Esta discusión resulta favorecida por el hecho de que, como advierte *Schroeder*, el Código Penal alemán “no contiene una definición de imprudencia”¹⁵⁸⁹. En ese sentido, de acuerdo la opinión de *Schmitz* manifestada hace pocos años, la inexistencia en Alemania de una especificación en la ley penal de lo que debe verse como imprudencia en una situación concreta impediría el castigo en este ámbito de imputación subjetiva¹⁵⁹⁰. De forma semejante, *Duttge* critica el legislador por darse por satisfecho con la mención al vocablo “imprudencia” (“Fahrlässigkeit”) en materia penal, término que no tendría contenido, y por no ofrecer indicaciones de cómo debe comprenderse este concepto¹⁵⁹¹. Pero si bien *Duttge* considera que, en lo que se refiere a la previsión de la imprudencia penal, la ley contraría el mandato de determinación¹⁵⁹², afirma que una posible interpretación conforme a la constitución podría subsanar el problema¹⁵⁹³. Con esa opinión, y desde las premisas de su larga investigación, el autor propone una interpretación que califica como admisible y de ahí concluye que el núcleo de la imprudencia *no* consiste en emprender un comportamiento peligroso, sino en *no* alejarse del curso causal que se dirige al menoscabo del bien jurídico *a pesar de una sólida ocasión* (“trotz triftigen Anlasses”) para hacerlo¹⁵⁹⁴.

(SCHROEDER, *Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit*, p. 780); “Grundlegendes Merkmal der Fahrlässigkeit ist die Kenntnis oder Erkennbarkeit der Möglichkeit der Verwirklichung des äußeren Tatbestandes” (SCHROEDER, *Leipziger Kommentar*, p. 68). De forma parecida: SCHMIDHÄUSER, *Fahrlässige Straftat*, pp. 142-143. Una exposición de variadas concepciones de imprudencia penal disociadas de la infracción del deber de cuidado puede hallarse en: DUTTGE, *Zur Bestimmtheit*, pp. 91-104.

¹⁵⁸⁹ SCHROEDER, *Die Fahrlässigkeitsdelikte*, p. 261. *Schroeder* informa que la ausencia de definición de la imprudencia tuvo el propósito de no limitar el posterior desarrollo dogmático (SCHROEDER, *Die Fahrlässigkeitsdelikte*, p. 261). *Puppe* valora de forma positiva esta postura del legislador alemán (PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 43)

¹⁵⁹⁰ SCHMITZ, *Nullum crimen sine lege*, pp. 182, 190: “Meine Zweifel an der ausreichend Bestimmtheit der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gründen darauf, dass der Gesetzgeber überhaupt keine Regelung darüber getroffen hat, was unter ‘fahrlässig’ zu verstehen ist”; p. 198: “Wenn man sowohl die Lenkungsfunction des Strafgesetzes als auch den Bestimmtheitsgrundsatz ernst nehmen will, kommt man nicht an dem ergebnis vorbei, dass die fehlende Regelung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im deutschen StGB mit ihnen nicht vereinbar ist”.

¹⁵⁹¹ “Dann verletzt der Gesetzgeber aber seine Pflicht zur legislativen Festlegung dieser so entscheidenden Grenze, wenn er sich wie bisher mit der inhaltsleeren Vokabel ‘Fahrlässigkeit’ begnügt und keinerlei Hinweise gibt, in welcher Weise er diese eigentlich verstanden wissen will” (DUTTGE, *Zur Bestimmtheit*, p. 206).

¹⁵⁹² “Die derzeit vorfindliche Gesetzlage widerspricht eindeutig dem dort verankerten Bestimmtheitsgebot” (DUTTGE, *Zur Bestimmtheit*, p. 206).

¹⁵⁹³ “Allerdings ist damit nicht etwa schon eine Entscheidung über die sich daraus ergebende Rechtsfolge getroffen: Den eine Nichtigkeit der hiervon betroffenen Strafvorschriften läßt sich erst annehmen, wenn selbst eine im Verhältnis dazu vorrangige und deshalb zwingend vorab zu prüfende verfassungskonforme Auslegung ausscheiden sollte” (DUTTGE, *Zur Bestimmtheit*, p. 206). “Solange sich der Gesetzgeber aber der Aufforderung in Richtung einer Klarstellung des Fahrlässigkeitsbegriffs verweigert, können und müssen die hier herausgearbeiteten Grundsätze, die ihren Ausgang in der kritischen Fragestellung des Bestimmtheitsgebots genommen haben, zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Rechtslage im Wege der verfassungskonforme Auslegung Geltung beanspruchen” (DUTTGE, *Zur Bestimmtheit*, p. 487).

¹⁵⁹⁴ “Kern der Fahrlässigkeit ist es somit nicht überhaupt eine gefährliche Verhaltensweise internommen zu haben; Gegenstand dieses Vorwurfs ist es vielmehr, trotz triftigen Anlasses nicht oder nicht rechtzeitig vor dem weiteren Verlauf

Sobre esta cuestión, *Herzberg* advierte correctamente que la conclusión de *Duttge* evidencia que al fin y al cabo el propio autor admite que el “problema” de la imprudencia es de interpretación del concepto legal y no de una indeterminación que llegue a contrariar la regla constitucional¹⁵⁹⁵. Solo es posible interpretar conforme a la constitución lo que no llegue a contrariar su mandato de determinación¹⁵⁹⁶. En este punto, la postura de *Duttge* es distinta en comparación con la de *Schmitz*, quien no intenta interpretar la ley de conformidad con la constitución, pues no cree que esto sea posible ante lo que concibe como una indeterminación insalvable de los preceptos legales que prevén la imprudencia en el Código Penal alemán, tal y como están configurados hoy. Como se puede notar, la objeción de *Schmitz* se dirige de forma específica al tratamiento de la imprudencia en la ley penal alemana, puesto que según la opinión de este autor habría sido posible definir los presupuestos de la imprudencia en la ley y de hecho su parecer es que ciertos ordenamientos jurídicos de otros países lo hacen sin atentar contra la exigencia de determinación¹⁵⁹⁷. En otras palabras, *Schmitz* sostiene que es posible definir la imprudencia en la ley sin infringir el mandato de determinación, pero de acuerdo con su opinión esto no ha sucedido todavía en Alemania.

Aunque este debate esté relacionado con la situación legislativa alemana, lo que se discute de forma paralela es la propia posibilidad de delimitar la imprudencia en el Derecho Penal evitando un concepto tan abstracto y relativo que no pueda determinarse con la necesaria seguridad en los casos concretos. En su polémica con *Duttge*, que ha generado una pluralidad de trabajos de cada uno de los autores¹⁵⁹⁸, *Herzberg* argumenta que con la propuesta de aquel autor no se obtiene ninguna mejora en la determinación de la imprudencia¹⁵⁹⁹ en comparación con los recursos teóricos ya utilizados por la dogmática penal. Cuando, por ejemplo, *Duttge* ataca el criterio de la inobservancia del cuidado

in richtung einer Rechtsgutsbeeinträchtigung Abstand genommen zu haben” (DUTTGE, *Zur Bestimmtheit*, p. 493; *Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot*, p. 34; EL MISMO, §15 - *Münchener Kommentar*, p. 607; EL MISMO, *Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebots*, p. 266).

¹⁵⁹⁵ HERZBERG, *Ein neuer Begriff*, p. 572. *Herzberg* resume su conclusión: “Genauer besehen wird aber von *Duttge* die These der Verfassungswidrigkeit gar nicht vertreten” (HERZBERG, *Die Fahrlässigkeit als Delikt Voraussetzung*, p. 444).

¹⁵⁹⁶ “Verfassungskonform auszulegen (und anzuwenden) ist eine Strafnorm nur, wenn sie kein Nullum ist, d.h. am Bestimmtheitsgebot gemessen für genügend befunden ist” (HERZBERG, *Grundprobleme der deliktische Fahrlässigkeit*, p. 594).

¹⁵⁹⁷ “Selbstverständlich wäre der Gesetzgeber in der Lage (gewesen), die Voraussetzung des Fahrlässigkeitsdelikts zu normieren, mindestens teilweise und damit mehr als gar nicht; verschieden ausländische Rechtsordnung machen es – mehr oder minder gut – vor” (SCHMITZ, *Nullum crimen sine lege*, p. 189).

¹⁵⁹⁸ DUTTGE, “Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot” *FS-Kohlmann* (2003); EL MISMO, “Die Kunst, Recht zu behalten – oder: Über die Redlichkeit im juristischen Diskurs (am Beispiel von Herzberg, *NStZ* 2004, 593 ff. und 660 ff.)”, *NStZ* (2005); EL MISMO, “Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebots”, *JZ* (2014); HERZBERG, “Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit”, *GA* (2001); EL MISMO, “Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch”, *NStZ* (2004); EL MISMO, “Die Fahrlässigkeit als Delikt Voraussetzung und die Bestimmtheitsgebot”, *ZIS* (2011).

¹⁵⁹⁹ HERZBERG, *Grundprobleme der deliktische Fahrlässigkeit*, p. 595.

exigido en el tráfico¹⁶⁰⁰¹⁶⁰¹, ignora, como correctamente advierte *Herzberg*, que su definición tampoco puede verse como apta para lograr mejor determinación en los casos concretos, pues se plantearán problemas semejantes con la pregunta acerca de la concurrencia de una “sólida ocasión para alejarse de la dirección lesiva”¹⁶⁰². *Duttge* dirige sus críticas asimismo contra el criterio del traspaso del riesgo permitido, que califica como muy abstracto e inseguro¹⁶⁰³. Además, este autor destaca que con el criterio de la superación del riesgo permitido no puede valorarse la situación desde el punto de vista de la evitabilidad concreta¹⁶⁰⁴. Es cierto que *Duttge* tiene la razón cuando concluye que la teoría de la imputación objetiva, en su configuración tradicional como la sostiene *Roxin*, no es capaz de determinar de forma completa la imprudencia, pues no tiene en cuenta la evitabilidad individual¹⁶⁰⁵. Pero siguen las objeciones contra las supuestas ventajas de la propuesta de *Duttge*, lo que queda evidenciado en la réplica de *Roxin*: “la ‘inobservancia de una sólida ocasión’ no es un criterio más determinado en comparación con la ‘realización de un riesgo no permitido’”¹⁶⁰⁶ e incluso el traspaso del riesgo permitido ya podría verse como una “sólida ocasión” para no realizar un comportamiento peligroso¹⁶⁰⁷.

Hemos visto que *Schmitz* critica la actual legislación alemana sobre la imprudencia, pero cree que sería posible modificar la ley y concretar esta modalidad de imputación de acuerdo con el mandato de determinación como se hace, según este autor, en leyes de otros países. Esta postura también es criticada por *Herzberg*, pues de acuerdo con su opinión no es posible llegar a un grado de precisión mucho mayor en el caso concreto acerca de la línea que separa la imprudencia de lo que el Derecho Penal considera como acaso¹⁶⁰⁸. *Herzberg* pone el ejemplo del código penal suizo, que prevé de forma más extensiva la imprudencia penal haciendo alusión a la falta de cuidado contraria a deber y a la determinación de esta contrariedad a deber de acuerdo con las circunstancias del hecho y del sujeto¹⁶⁰⁹. El autor llega a la conclusión de que tampoco este concepto legal puede indicar, *sin*

¹⁶⁰⁰ DUTTGE, *Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot*, pp. 30-31.

¹⁶⁰¹ El Código Civil alemán delimita la imprudencia con apoyo en este criterio (BGB, § 276, S. 2: “Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt”), muy utilizado también en la dogmática penal como evidencia cualquier estudio sobre la imprudencia penal.

¹⁶⁰² HERZBERG, *Ein neuer Begriff*, p. 576; EL MISMO, *Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung*, pp. 450-451.

¹⁶⁰³ DUTTGE, *Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot*, pp. 31-32.

¹⁶⁰⁴ DUTTGE, §15 - *Münchener Kommentar*, p. 599.

¹⁶⁰⁵ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 342 y nota a pie de página 517; ROBLES, *La “teoría de la imputación objetiva”*, p. 36.

¹⁶⁰⁶ ROXIN, *Strafrecht AT*, p. 1081: “Die ‘Nichtbeachtung eines triftigen Anlasses’ ist kein bestimmteres Kriterium als die ‘Verwirklichung eines unerlaubtes Risikos’”.

¹⁶⁰⁷ ROXIN, *Strafrecht AT*, p. 1080: “Denn da das Gesetz auch die leichte Fahrlässigkeit unter Strafe stellt, ist nicht einzusehen, warum nicht schon die Überschreitung des erlaubten Risikos einen ‘triftigen Anlass’ geben sollte, von einem derart gefährbringenden Verhalten Abstand zu nehmen”.

¹⁶⁰⁸ HERZBERG, *Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung*, pp. 451-452.

¹⁶⁰⁹ HERZBERG, *Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung*, p. 451. El código penal español tiene una disposición semejante cuando trata del error: “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente” (Art. 14, 1, CP español).

necesidad de interpretación, lo que es o no imprudencia en un determinado supuesto¹⁶¹⁰. El argumento central de *Herzberg* en esta discusión es que la apertura de espacios de valoración al intérprete no es algo específico y exclusivo de las reglas sobre imprudencia, sino que lo mismo sucede en distintos grados con respecto a casi todos los presupuestos de la punibilidad¹⁶¹¹. En ese mismo sentido, *Roxin* afirma correctamente que “un profano podrá juzgar la mayoría de las veces con mayor competencia sobre la cuestión de si una conducta es imprudente que sobre otras cuestiones, como los límites de la legítima defensa o el *dolus eventualis*”¹⁶¹².

Puede parecer tentadora la idea de que las leyes deberían contener solamente o de forma predominante elementos descriptivos y evitar conceptos valorativos y cláusulas generales¹⁶¹³. Sin embargo, si bien normas con estas características quizá pudiesen aportar un grado de determinación mayor desde el punto de vista de la posibilidad de la comprobación empírica de sus elementos¹⁶¹⁴, esto no significa que ello comporte la existencia de normas más adecuadas para orientar y valorar comportamientos y, en definitiva, de normas más idóneas para cumplir con sus funciones en el sistema jurídico-penal¹⁶¹⁵. Quedó atrás hace mucho la tendencia de acercar el Derecho penal a las ciencias de la naturaleza¹⁶¹⁶ intentando limitar los conceptos valorativos¹⁶¹⁷. Un significativo sector de la dogmática penal actual reconoce que no sucede solo que la imprudencia no pueda traducirse en

¹⁶¹⁰ HERZBERG, *Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung*, p. 451.

¹⁶¹¹ HERZBERG, *Grundprobleme der deliktische Fahrlässigkeit*, p. 595; EL MISMO, *Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung*, p. 452. *Ida* menciona la dificultad de determinación en los delitos omisivos impropios para defender que la semejante dificultad en la imprudencia no debe verse como contrariedad a la exigencia de suficiente determinación de la norma: “Die Kontext- bzw. Situationsabhängigkeit der Fahrlässigkeitsnormen hat jedoch nicht zur Folge, daß die Fahrlässigkeitsnorm keinen typisierten Inhalt hätte und deshalb in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise unbestimmt wäre. Die Normen der sog. unechten Unterlassungsdelikte sind genauso durch Kontextabhängigkeit gekennzeichnet, und doch findet sich die herrschende Lehre mit der beschränkten Vertypung ihres Unrechtsgehalts ab” (*IDA, Inhalt und Funktion*, p. 233).

¹⁶¹² ROXIN, *Derecho Penal*, p. 1030.

¹⁶¹³ *Mikus* se refiere de forma crítica a este pensamiento (*MIKUS, Die Verhaltensnorm*, p. 37).

¹⁶¹⁴ *Silva Sánchez* advierte que “el problema metodológico en la teoría de la ciencia adquiere tal complejidad que no cabe esperar siquiera una descripción aproximada” en pocas líneas (*SILVA SÁNCHEZ, Aproximación*, p. 164). Sin embargo, parece seguro afirmar que el método jurídico no se resume a “constatar” y que ni siquiera en la “mera” aprehensión de los fenómenos empíricos es posible prescindir de valoraciones.

¹⁶¹⁵ Así, *Roxin*: “Por lo general se admite que el legislador no puede renunciar por completo a dichos conceptos valorativos en forma de cláusulas generales, porque los mismos hacen posible una resolución justa del caso individual. Si las leyes solo pudieran contener conceptos descriptivos y no valorativos, entonces, o bien tendrían que ser infinitamente largas o que presentar tal rigidez en su aplicación que podrían producirse resultados sumamente desafortunados a efectos político-criminales” (*ROXIN, Derecho Penal*, p. 170).

¹⁶¹⁶ El Derecho Penal como ciencia o disciplina social no puede ya confundirse con las disciplinas o ciencias de la naturaleza. Una y otra vez es preciso recordar esta discusión, como lo hizo *García Amado* hace pocos años: “Esa es la diferencia entre los tipos de ciencias o disciplinas que solemos distinguir, las naturales y las sociales o las duras y las blandas: que unas tienen un patrón bastante ‘real’, en tanto que eminentemente empírico, mientras que las otras deben construir los patrones ideales con los que medir los hechos peculiares cargados de valoraciones con los que trabajan” (*GARCÍA AMADO, ¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica?*, p. 444).

¹⁶¹⁷ “...en la actualidad se reconoce que, si bien existen proposiciones dogmáticas descriptivas (las resultantes de operaciones de análisis lingüístico y lógico-estructural, por ejemplo), las que expresan propuestas de tratamiento jurídico penal son proposiciones prescriptivas, que derivan de unas premisas valorativas fundamentales... En los enunciados prescriptivos de la dogmática se trata, como ya se ha apuntado, de juicios de valor: de decisiones ‘político-criminales’ en sentido amplio, o, en todo caso, de proposiciones derivadas de estas” (*SILVA SÁNCHEZ, Aproximación*, pp. 151, 155).

un concepto descriptivo puro – lo que se advierte hace ya más de un siglo –, sino que tampoco es posible esto con respecto al dolo¹⁶¹⁸, puesto que ni el dolo ni la imprudencia no son hechos ni estados mentales¹⁶¹⁹, sino el resultado de adscripciones¹⁶²⁰ o valoraciones¹⁶²¹ relacionadas con conceptos normativos¹⁶²². Es interesante observar que ya en 1902 *Sturm* afirmaba de forma crítica que desde el punto de vista estrictamente psicológico la imprudencia consciente puede verse como más semejante al dolo que a la imprudencia inconsciente¹⁶²³. Sin embargo, como concluía el autor, esto solo indica que el criterio psicológico no puede ser determinante, dado que si se realiza una segmentación dentro del ámbito de una misma modalidad de imputación (imprudencia), las subcategorías resultantes (consciente e inconsciente) no pueden ser consideradas más alejadas entre sí en comparación con la distancia entre una de esas subcategorías (imprudencia consciente) y otra modalidad de imputación (dolo)¹⁶²⁴. En la secuencia del desarrollo dogmático otros autores reconocerían de forma semejante que los conceptos de dolo e imprudencia no deben ser construidos de acuerdo con contenidos psicológicos, sino que se trata más bien de “conceptos técnico-jurídicos” (*Max Ernst Mayer*)¹⁶²⁵ o “títulos para los presupuestos de la formación de la censura”¹⁶²⁶ (*Engisch*), puesto que a fin de cuentas “aun donde las calificaciones jurídicas suenan iguales en comparación con los nombres

¹⁶¹⁸ Como afirma *Feijóo*, “el dolo y la imprudencia no son conceptos ontológicos o psicológicos, sino conceptos normativos que deben ser determinados por la ciencia dogmática y por la jurisprudencia mediante la interpretación del derecho positivo” (*FEIJÓO, El dolo eventual*, pp. 15-16).

¹⁶¹⁹ Además, con respecto al dolo, aun cuando se parta de la búsqueda del elemento psíquico, se aplica especialmente lo que afirma *Díez Ripollés*: “Los segmentos de la realidad que se manejan ya no pueden calificarse como realidad empírica sino como realidad valorada, dado el papel determinante de las perspectivas axiológicas en su configuración y comprobación y la rareza de las verificaciones experimentales” (*DÍEZ RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos del delito*, pp. 51-52).

¹⁶²⁰ En ese sentido, con relación al dolo: *HRUSCHKA, Sobre la difícil prueba*, pp.154-155; *RAGUÉS, El dolo y su prueba*, p. 521; *DÍAZ PITA, La presunta inexistencia*, pp. 66-71; *MARTÍNEZ-BUJAN, El concepto ‘significativo’ de dolo*, pp. 359, 362-364; *BUSATO, Direito Penal*, p. 404.

¹⁶²¹ *JAKOBS, Indiferencia como dolo directo*, pp. 207-208; *PUPPE, El Derecho Penal como comunicación*, pp. 129-130; *PEREZ BARBERÁ, El dolo eventual*, p. 519; *EL MISMO, Dolo como reproche objetivo*, p. 12.

¹⁶²² En general, esta normativización se expresa de las siguientes maneras, de acuerdo con *Díaz Pita*: “en primer lugar, la recepción de la realidad que nos rodea, no ya como realidad empírica (y, por tanto, asequible a la percepción directa de la misma, a través de los métodos de investigación normalmente utilizados por las ciencias de la naturaleza), sino como una realidad *valorada*; en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los conceptos subjetivos (como es el dolo) se consideran *títulos de atribución*; por último, en esta concepción, el Derecho Procesal adquiere un papel relevante en cuanto a la propuesta de definición de estos elementos así considerados: en efecto, el objetivo del proceso penal no será ya el descubrimiento de la verdad empírica, sino de la verdad forense” (*DÍAZ PITA, La presunta inexistencia*, p. 65). *Ragués* es preciso cuando afirma que la normativización del dolo puede incidir sobre su *concepto* o sobre su *determinación*: “es necesario distinguir entre una concepción normativa sobre el concepto de dolo, en los casos en que se niega la conveniencia de construir un concepto de dolo ‘psicológicamente adecuado’, y una concepción normativa sobre la ‘determinación del dolo’, para los casos en que se rechaza que la correcta aplicación de esta figura dependa de la averiguación de fenómenos psíquicos” (*RAGUÉS, La prueba del dolo*, p. 287).

¹⁶²³ *STURM, Die strafrechtliche Verschuldung*, p. 54.

¹⁶²⁴ *STURM, Die strarechtliche Verschuldung*, pp. 54-55.

¹⁶²⁵ *M. E. MAYER, Die schuldhaftige Handlung*, p. 39: “Deswegen geht es nicht an, Vorsatz und Fahrlässigkeit aus dem ursprünglichen psychologischen Gehalt dieser Begriffe zu entwickeln; sie kommen vielmehr den reinen Rechtsbegriff äusserst nahe. Sie sind juristisch-technische Begriffe”.

¹⁶²⁶ *ENGISCH, Untersuchungen*, pp. 27-28: “Die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit sind nur Titel für Voraussetzungen der Vorwurfsbegründung”.

correspondientes de los ámbitos de la moral o la psicología”, los conceptos jurídicos “no tienen la tarea de designar teoremas éticos o psicológicos” (*Bockelmann*)¹⁶²⁷.

Cuando se reconoce que dolo y la imprudencia son conceptos normativos ya no se puede asociar de forma tan sencilla el problema de la determinación solamente a la imprudencia, dado que también respecto al dolo el intérprete deberá enfrentarse con cuestión semejante¹⁶²⁸. La tesis de que dolo e imprudencia no se sitúan en planos distintos en cuanto a la posibilidad de determinación ya fue defendida en un trabajo de *Bohnert*, muy citado cuando se discute el tema. Este autor analizó de forma crítica la opinión de *Welzel* sobre los tipos imprudentes como tipos “abiertos” o “requeridos de complementación” (“ergänzungsbedürftige Tatbestände”) si son comparados con los tipos dolosos como tipos cerrados¹⁶²⁹. Sin embargo, *Bohnert* llega a una conclusión distinta de la de *Welzel*, y afirma que “amplitud jurídica y posibilidad de determinación de las descripciones típicas son iguales para ambas categorías de delitos”¹⁶³⁰. De acuerdo con *Bohnert*, lo que distingue los delitos dolosos de los imprudentes es tan solo la actitud interna con relación a las circunstancias en las que el agente actúa, pero la conexión psíquica no formaría parte del alcance de la determinación de la norma¹⁶³¹. De esto resulta que, respecto a la descripción del comportamiento típico, no existirían diferencias entre ambos tipos de delitos y en consecuencia tampoco podría hablarse de una indeterminación problemática tan solo en la imprudencia¹⁶³². El parecer final de *Bohnert*, ya manifestado antes de

¹⁶²⁷ BOCKELMANN, *Über das Verhältniss*, p. 253: “Die Begriffe des Strafrechts haben, auch dort, wo ihre Bezeichnungen ebenso klingen wie die Namen korrespondierenden Phänomene aus den Bezirken der Moral und Psychologie (man denke nur und ‘Schuld’ oder ‘Vorsatz’), nicht die Aufgabe, ‘ethische oder psychologische Lehrsätze aufzustellen’”. De forma parecida, ya antes, *Kelsen*: “Dieser Wille der Ethik und Jurisprudenz ist aber etwas völlig anders als dasjenige, was die Psychologie mit diesem Terminus heute bezeichnen” (*KELSEN, Hauptprobleme*, p. 146); y *Binding*: “Mit vollem Fug formen sich also das Recht und seine Wissenschaft ihren Willensbegriff ihren Bedürfnissen entsprechend und sind darin von der Psychologie vollständig unabhängig” (*BINDING, Normen IV*, p. 360). Esto es reconocido en la doctrina actual: “Juristen brauchen ihre Begriffe von Vorsatz oder Schuld nicht nach dem zu richten, was in den empirischen Wissenschaften gerade als mainstream gilt” (*GRECO, Lebendiges und Totes im Feuerbachs Strafrecht*, p. 369).

¹⁶²⁸ La igual dificultad de determinación en delitos dolosos e imprudentes también es reconocida, entre otros, por *Herzberg*: “Man muss weiter gehen und betonen, dass eben diese Voraussetzung selbst, also die Fahrlässigkeit, für schlechthin alle Delikte Geltung beansprucht und sachlich allgemein anerkannt wird, wenn sie auch bei Vorsatzdelikten als eine ‘ungeschriebene’ meist einen anderen Namen erhält” (*HERZBERG, Die Fahrlässigkeit als Delikt Voraussetzung*, p. 448) y *Silva Sánchez*: “... la verdad es que esta indeterminación no constituye ninguna peculiaridad de los tipos imprudentes. En realidad, lo mismo puede afirmarse de los delitos dolosos, en la medida en que en ellos se dan elementos no escritos que aluden al desborde del riesgo permitido y, por tanto, al carácter jurídico-penalmente desaprobado de la conducta del sujeto” (*SILVA SÁNCHEZ, En busca del Derecho penal*, p. 182).

¹⁶²⁹ WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pp. 14-15.

¹⁶³⁰ “Rechtweite und Bestimmtheit der tatbestandlichen Deliktsbeschreibung sind für beide Deliktstypen gleich” (*BOHNERT, Die Bestimmtheiterfordernis*, p. 77).

¹⁶³¹ BOHNERT, *Die Bestimmtheiterfordernis*, p. 80.

¹⁶³² BOHNERT, *Die Bestimmtheiterfordernis*, p. 80.

igual manera por *Nowakowski*¹⁶³³, es que los tipos imprudentes no son más abiertos que los tipos de los delitos dolosos¹⁶³⁴.

Jakobs coincide con la opinión de que “los tipos de los delitos imprudentes no son tipos abiertos, ni siquiera están menos determinados que los delitos dolosos”¹⁶³⁵. El autor añade que “hay tantas modalidades de actuar imprudente como de actuar doloso”¹⁶³⁶. Pero hay que darle la razón a *Schöne* cuando afirma que este problema sobre la determinación de la imprudencia “no queda resuelto con la reducción del tipo del delito imprudente a la causación del resultado, aun cuando *este* esté descrito de forma precisa”¹⁶³⁷. Imprudencia y dolo son medidas de exigencia, modalidades de imputación, formas de evitabilidad normativa o atributos normativos de la desvaloración de la conducta. A pesar de las discusiones y los contornos particulares de cada punto de vista, estas expresiones en realidad son reformulaciones de la determinación de dolo e imprudencia de acuerdo con la óptica normativa. Y lo que cuenta en los delitos de resultado no es sencillamente causar el resultado¹⁶³⁸, sino causar el resultado de forma desvalorada o imputable¹⁶³⁹, lo que debe definirse de acuerdo con parámetros normativos. Como afirma correctamente *Feijóo*, “desde una concepción normativa y objetiva que considera que el juzgador siempre valora la calificación de la conducta desde el prisma de la norma, el tipo imprudente es tan abierto o tan cerrado como el doloso”¹⁶⁴⁰. Este autor advierte con razón que lo que se manifiesta en todas las discusiones sobre los límites entre imprudencia inconsciente y dolo eventual es el grado igual de dificultad de determinación en ambas formas de imputación subjetiva¹⁶⁴¹.

Es común aceptar una cierta flexibilidad en los conceptos de la Parte General por lo que se refiere a la exigencia de determinación legal. En ese sentido, *Jakobs* sostiene que “la prohibición de generalización no rige para la teoría de la imputación de la Parte General, dado que la generalidad de

¹⁶³³ Geht man dagegen davon aus, daß sich die die fahrlässigen Begehungsdelikte ebenso wie der vorsätzlichen als Verbotswidrigkeit darstellen, so sind die Tatbestände hier und dort in gleicher Weise ‘gescholossen’” (NOWAKOWSKI, *Zu Welzels Lehre*, p. 390).

¹⁶³⁴ BOHNERT, *Die Bestimmtheiterfordernis*, p. 80.

¹⁶³⁵ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 388. ASIMISMO, FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 252.

¹⁶³⁶ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 388.

¹⁶³⁷ SCHÖNE, *Imprudencia*, p. 30.

¹⁶³⁸ “Weil Veursachungsnormen, anders als Handlungsnormen, kein konkretes Handeln beschreiben, wird fraglich, wann eigentlich ein Verstoß gegen eine Verursachungsnorm gegeben ist... Wenn ein Handelnder etwa die im Verbot bezeichnete Veränderung nicht verursacht hat, muss ein Beurteiler entscheiden, ob darin ein Verstoß gegen die einschlägige Verursachungsnorm zu sehen ist” (AST, *Normentheorie*, p. 55).

¹⁶³⁹ “Die Annahme eines Verstoßes gegen eine Verursachungsnorm macht den Handelnden zugleich für den Eintritt bzw. Nichteintritt einer Veränderung verantwortlich. Die Veränderung bzw. deren nicht Eintritt wird ihm angelastet oder angekreidet. Diese Operation heißt Zurechnung” (AST, *Normentheorie*, p. 55).

¹⁶⁴⁰ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 250.

¹⁶⁴¹ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 248.

esta materia ya representa una protección frente a decisiones arbitrarias”¹⁶⁴². Sin embargo, es necesario que estos conceptos normativos relacionados con los criterios de imputación puedan llegar en los casos concretos a una medida delimitada para asegurar la existencia de las normas como modelos de orientación desde los cuales sea posible derivar deberes determinados¹⁶⁴³. La dificultad cuando se habla de dolo e imprudencia como modalidades de evitabilidad es que su determinación no puede dissociarse del “contexto en el que se desarrolla la acción”¹⁶⁴⁴ y de las exigencias que se le pueden hacer al autor concreto de acuerdo con sus circunstancias y características¹⁶⁴⁵, bajo la óptica normativa. Por esta razón, especialmente en cuanto a la imprudencia, la dogmática penal viene reconociendo hace mucho desde las más variadas estructuraciones del sistema del delito que no es posible hallar una fórmula capaz de hacer innecesaria la valoración en función de las particularidades del caso concreto¹⁶⁴⁶¹⁶⁴⁷. De ahí que la evitabilidad se determinará según el caso, de acuerdo con lo que se espera del sujeto en su papel de ciudadano establecido desde una medida *ex ante*¹⁶⁴⁸. A cada uno le compete la tarea de precisar la norma de comportamiento¹⁶⁴⁹¹⁶⁵⁰ – para esto el agente hallará indicaciones en reglas administrativas o de los sectores de actividades en ciertos ámbitos, pero que

¹⁶⁴² JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 106.

¹⁶⁴³ MIKUS, *Die Verhaltensnorm*, pp. 34-35.

¹⁶⁴⁴ FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 246; CORCOY, *El delito imprudente*, p. 99.

¹⁶⁴⁵ CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 97-98.

¹⁶⁴⁶ MERKEL, *Lehrbuch*, p. 87; BINDING, *Die Normen*, IV, p. 548, 569; ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 296; ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, p. 51; QUINTANO RIPOLLÉS, *Culpa*, pp. 226-227; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, pp. 223-224; BINAVICE, *Die Vier Momente*, pp. 52-53; P. FRISCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 60; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, pp. 169-170; SCHROEDER, *Leipziger Kommentar*, p. 78; LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 250; CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 96, 127-131; FEIJÓO, *Imprudencia*, pp. 245-247. Puppe resume: “Eine abstrakte Regel, aus der sich ableiten ließe, welches Verhalten bzw. welcher Zustand unter welchen Voraussetzung sorgfaltswidrig ist, besitzen wir nicht; wir besitzen nur einzelne Kriterien zur Bestimmung einer Sorgfaltspflicht, die auch nur für bestimmte Sorgfaltspflichten gelten, also nicht ausnahmslos” (PUPPE, *Das system der objektiven Zurechnung*, p. 206). Desde la filosofía moral estadounidense, ROSEN afirma asimismo: “We are under a standing obligation to see to it that as we blunder through the world we do not create unjustifiable risks of harm to others. To violate this obligation is to act negligently (or perhaps recklessly or malicious if one is aware of the violation). These obligations of ‘due care’ are impossible to codify” (ROSEN, *Skepticism*, p. 301).

¹⁶⁴⁷ Sobre esta circunstancia, SILVA SÁNCHEZ afirma que “el mandato de determinación constituye un principio en sentido estricto, para el que rige la idea de ‘máxima determinación posible’ a la vista de los demás fines que debe cumplir el tipo en cuestión” (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 182).

¹⁶⁴⁸ Como afirma Corcoy, “... en cada caso concreto, el deber objetivo de cuidado abarcará todas aquellas reglas de cuidado, regladas o de común experiencia, que *ex ante*, aparecen como adecuadas para evitar la lesión del bien jurídico” (CORCOY, *El delito imprudente*, p. 93).

¹⁶⁴⁹ Ast distingue las *normas generales* de las *normas relacionadas a la situación*. En las primeras, las normas describen directamente los comportamientos que deben ser evitados, lo que sucede con los ámbitos regulados, y por esto la operación del agente de derivar el comportamiento prohibido desde el contenido de la norma es más sencilla. En cambio, en las últimas, el propio agente debe reconocer el comportamiento que debe ser evitado en la situación desde el punto de vista de la prognose sobre el curso causal (AST, *Normentheorie*, pp. 28-32). De forma parecida, PUPPE, *Das system der objektiven Zurechnung*, p. 206: “Schließlich gibt es Situationen, in denen der Betroffene die für ihn geltende Sorgfaltnorm selbst entwickelt muss, nach dem Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, also selbst erkennen muss, welche Vorsichtsmaßnahmen sein Handlungsprojekt im Einzelfall erfordert”. Asimismo, CORCOY, *El delito imprudente*, p. 96.

¹⁶⁵⁰ Sin embargo, “se duda en algunos ámbitos vitales de las capacidades de los ciudadanos para evitar a través de su autogobierno consecuencias indeseadas de sus conductas... de modo que uno no se puede remitir a la individualidad de los intervinientes, sino que precisa de pautas interpretativas más fácilmente manejables”, lo que fundamenta la creación de delitos de peligros abstractos (JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo*, pp. 410-412).

de todas maneras no serán absolutas¹⁶⁵¹ –, pero esta exigencia de reconocimiento del deber en la situación dada no es arbitraria, sino que se apoya en criterios normativos desarrollados a lo largo de historia de la dogmática de la imprudencia, basados en la realidad social¹⁶⁵², y que indican un proceso de concreción que solo se agota una vez que se ha considerado el contexto y de forma específica con relación a la doctrina individualizadora, también el autor¹⁶⁵³.

Con respecto a estos parámetros normativos, en la impudencia la discusión se ha centrado sobre todo en los ya mencionados criterios de la inobservancia del cuidado debido en el tráfico y, posteriormente, de la superación del riesgo permitido o imputación objetiva. En toda esta rica discusión se refleja la búsqueda del contenido de la imprudencia penal que, descrita bajo la óptica de la teoría de la argumentación jurídica, podría caracterizarse como la estructuración de fundamentos capaces de alcanzar un cierto “consenso intersubjetivo”¹⁶⁵⁴ por medio de una “argumentación racional”¹⁶⁵⁵, lo que constituiría un “elemento de control” de la dogmática penal¹⁶⁵⁶. Ejemplos del desarrollo de la dogmática penal de acuerdo con la fuerza de los “mejores argumentos”¹⁶⁵⁷ serían la

¹⁶⁵¹ KAMINSKI, *Der objektive Massstab*, pp. 51-52.

¹⁶⁵² Esto es así porque “el derecho es un complejo de conceptos de la praxis referido al comportamiento (externo) de los seres humanos. Por tanto, los dogmas del derecho contienen siempre –transmitida de la forma que sea– realidad de la vida del ser humano en la socialidad” (ZACZYK, *¿Qué es la dogmática del Derecho Penal?*, p. 206). De forma específica sobre la imprudencia, CORCOY, *El delito imprudente*, p. 98: “El deber objetivo de cuidado es aquello que en ese tiempo y lugar se estima adecuado socialmente”. Asimismo, FEIJÓO: FEIJÓO, *Recensión a Frisch, Wolfgang/Robles Planas, Ricardo*, p. 140. Exner ya lo había expresado antes, pero este autor comete el error de limitar el condicionamiento histórico a la imprudencia y excluir la misma relación con respecto al dolo: “Der Umfang des Vorsatzesbegriffes ist alle Zeit der gleiche. Der Umfang der Fahrlässigkeit dagegen variiert mit dem Wechsel der Zeiten und Anschauungen. Denn das Wollen bezeichnet jetzt wie ehemals denselben psychologischen Tatbestand, das Vermeiden-können und –sollen aber ändert seinen Inhalt nach Individuen und Umständen und je nach den Anforderungen, die man zu verschiedenen Zeiten an den Menschen stellt” (EXNER, *Das Wesen*, p. 229).

¹⁶⁵³ En cuanto a la posibilidad de que el ciudadano necesite la norma de comportamiento, hay que mencionar la observación de Zaczyk cuando afirma que los conceptos jurídicos “son conceptos que han de contemplar con vistas a la praxis humana y que han de referirse a esta última, pues de ella obtienen su significado” (ZACZYK, *¿Qué es la dogmática del Derecho Penal?*, p. 203). Robles está de acuerdo con Zaczyk, y por esto sostiene que “los conceptos jurídico(-penales) no pueden surgir desde la fría distancia hacia las personas y a su praxis vital” (ROBLES, *La identidad de la dogmática jurídico-penal*, p. 6).

¹⁶⁵⁴ Silva Sánchez llama la atención sobre la complejidad del tema, “que ha sido objeto de una intensísima discusión, básicamente filosófica, a partir de las fundamentales aportaciones de Habermas y su ‘teoría del discurso racional’ y de Rawls y su ‘modelo del contrato’” (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 167). La pretensión del texto debe ser, por tanto, limitada, la de observar la discusión dogmática sobre la imprudencia e intentar sacar algunas conclusiones sobre su método de concreción en la dogmática penal.

¹⁶⁵⁵ García Amado explica que de acuerdo con Alexy “el consenso solo es racional cuando es la culminación de una argumentación racional, y la racionalidad de la argumentación viene dada por la satisfacción de ciertas condiciones ideales que hacen posible tal consenso” (GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, p. 173). Como aclara el propio Alexy, “a racionalidade do discurso é definida pela observação das regras do discurso” (ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 302 – traducción al portugués). Este autor reconoce asimismo que “a teoria do discurso é uma teoria procedural. Segundo ela, uma norma é correta quando o resultado do processo pode ser definido pelas regras do discurso” (ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 302 – traducción al portugués, p. 301).

¹⁶⁵⁶ Así, Mir Puig: “...existe un elemento de control que diferencia a la Dogmática de las opiniones vulgares sobre el Derecho: se trata de la argumentación racional capaz de pretender un consenso intersubjetivo” (MIR PUIG, *Sobre la posibilidad y límites*, p. 23). De forma semejante, Mikus: “Begriffe sind nicht deshalb bestimmt, weil ihnen ein objektiv eindeutiger Bedeutungsgehalt eigen ist, sondern weil ihr Bedeutungsgehalt intersubjektiv gleich gesehen wird” (MIKUS, *Die Verhaltensnorm*, p. 37).

¹⁶⁵⁷ ROBLES, *La identidad de la dogmática jurídico-penal*, p. 19.

superación de la concepción psicológica de la culpabilidad¹⁶⁵⁸ o “la superación del dogma causal mediante la denominada teoría de la imputación objetiva”¹⁶⁵⁹. No obstante, cuando la dogmática trabaja para la concreción de conceptos jurídicos, la validez de una tesis no dependerá de un “logro efectivo del consenso”, sino que lo decisivo es que “disponga del arsenal argumentativo que determina que la misma puede tener una ‘aspiración objetiva’ a la obtención del consenso”¹⁶⁶⁰. En correspondencia con esto, el significado de los conceptos jurídicos, y en particular del concepto de imprudencia, se establece a través de una “argumentación dogmática”¹⁶⁶¹, que no puede confundirse con una “interpretación en sentido estricto”¹⁶⁶².

Teniendo en cuenta lo anterior, si miramos de forma específica la cuestión de la imprudencia penal, parece posible afirmar asimismo que la argumentación en este ámbito no se orienta tan solo por la pretensión de lograr consenso por medio de reglas del discurso racional como elemento de control, sino de forma particular por la pretensión de reflejar la realidad y las prácticas sociales¹⁶⁶³ con el propósito de cumplir con una función relacionada con la subsistencia de la configuración de la sociedad¹⁶⁶⁴. Al contrario que con una perspectiva más limitada en cuanto a la interpretación de las leyes, esto supone aceptar de forma dinámica “la función de la Dogmática como medio de participación en la creación del Derecho”¹⁶⁶⁵ y, de acuerdo con este punto de vista, “la necesidad de una auténtica Dogmática, entendida en su justo significado, como preparación y complemento de la ley positiva: esto es, como instrumento auxiliar de *creación* del derecho positivo”¹⁶⁶⁶. En esta creación dentro del marco de la ley, “el jurista ha de ‘concretar’ el alcance preciso de la norma, en base a las exigencias del sector de la realidad objeto de regulación”¹⁶⁶⁷, pues los conceptos jurídicos “no pueden mantenerse a una distancia teórica y fría de los seres humanos y su vida práctica, sino que más bien han de reflejar esta realidad también desarrollada históricamente y culturalmente

¹⁶⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 166.

¹⁶⁵⁹ ROBLES, *La identidad de la dogmática jurídico-penal*, p. 18.

¹⁶⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 168. Como afirma *García Amado* al referirse a las teorías de la argumentación jurídica, “... racional es aquella decisión que tendencialmente se orienta al consenso. Se piensa que no todo acuerdo sirve de pauta de lo correcto, pues cabe el consenso manipulado o circunstanciales acuerdos respecto de injusticias evidentes” (GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, pp.172-173).

¹⁶⁶¹ ROBLES, *La identidad de la dogmática jurídico-penal*, p. 7.

¹⁶⁶² ROBLES, *La identidad de la dogmática jurídico-penal*, p. 7.

¹⁶⁶³ ROBLES, *La identidad de la dogmática jurídico-penal*, p. 24.

¹⁶⁶⁴ *Jakobs* vincula la legitimidad del Derecho Penal o la respuesta acerca del “discurso verdadero” a la conformación de la sociedad: “... la ciencia del Derecho Penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de qué Derecho Penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es. En otras palabras, debe señalar qué discurso acerca de lo justo y injusto es un discurso verdadero en una época determinada, la verdadera expresión de la constitución normativa de la sociedad” (JAKOBS, *El Derecho penal*, p. 22). De manera semejante, *García Amado*: “La racionalidad alcanzable para la decisión es siempre relativa a un contexto histórico y social determinado” (GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, p. 181). Y *Silva Sánchez* reconoce que “el Derecho penal no puede mantenerse muy distante de los mecanismos ordinarios de valoración e imputación social” (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 61).

¹⁶⁶⁵ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático*, p. 13.

¹⁶⁶⁶ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático*, pp. 13-14.

¹⁶⁶⁷ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático*, p. 22.

determinada, para poder convertirse entonces en parte determinante de esa realidad”¹⁶⁶⁸. En cuanto a la imprudencia, una vez más se constata que es trascendente este punto de vista de la realidad social para la determinación de sus límites¹⁶⁶⁹ dentro de unas pautas discutidas por la “comunidad interpretativa”¹⁶⁷⁰, lo que se refleja en las teorías del cuidado necesario en el tráfico o del grado de riesgo aceptado en sociedad.

IV.3. Imprudencia como infracción de un deber de cuidado o creación de un riesgo desaprobado

Hace mucho que la dogmática penal busca indicar criterios o principios para determinar el comportamiento imprudente. Sin dejar de lado que solo la consideración de las circunstancias del caso concreto puede aportar la respuesta final sobre el carácter imprudente de un comportamiento, muchos trabajos se han dedicado a esta cuestión con el propósito de hallar las medidas con las cuales el intérprete podrá valorar la situación. *Exner* advierte que no se trata de concentrar la elección de parámetros en manos del juez, sino que este deberá contar con criterios dogmáticos para decidir si una conducta es o no imprudente – e incluso para decidir si es dolosa o imprudente –, puesto que “uno debe tener la medida para poder medir”¹⁶⁷¹. Al menos desde finales del siglo XIX, el punto de partida ha sido la convicción de que no es razonable concebir un deber ilimitado de omitir todos los comportamientos que puedan producir consecuencias gravosas, como observaba *Hälschner* (1881)¹⁶⁷². Aunque esta idea estaba relacionada con el propósito de no considerar un grado muy leve

¹⁶⁶⁸ ZACZYK, *¿Qué es la dogmática del Derecho Penal?*, p. 204.

¹⁶⁶⁹ Como sostiene correctamente *Ida*: “Inhaltlich können die Normen, die im Gesellschaftsleben funktionieren sollen, nicht ohne sozialen Bezug bestimmten werden” (*IDA, Inhalt und Funktion*, p. 236).

¹⁶⁷⁰ En esta discusión sobre las dificultades para la determinación de la imprudencia, “no pueden cerrarse los ojos a que los interlocutores reales del legislador son sujetos versados en Derecho que pueden reducir la indeterminación desde la existencia de una comunidad interpretativa” (*SILVA SÁNCHEZ, En busca del Derecho Penal*, p. 182).

¹⁶⁷¹ *EXNER, Das Wesen*, p. 178: “Man pflegt bisweilen zu erklären, die Bestimmung der unteren Kulpagrenzen sei Sache des arbiträren Ermessens, es müsse der freien Würdigung des Richters überlassen bleiben, ob im Einzelfalle pflichtwidriges Verhalten oder Zufall und Schuldlosigkeit vorliege; ein ‘unbefangenes Gefühl’ werde hier das Richtige treffen. Allgemeine Richtlinien können nicht aufgestellt werden, alles ist *questio facti*. Damit ist nun freilich das Problem nicht gelöst, sondern nur seine Unlösbarkeit behauptet. Die Frage, deren theoretische Beantworten unmöglich sein soll, wird dem Richter zur Lösung zugeschoben. Denn dieser kann sie ja nicht umgehen; er legt seiner konkrete Entscheidung allgemeine Prinzipien zu Grunde, die er, um sie anwenden zu können, wissen und als richtig erkennen muß. Die Entscheidung des Einzelfalles setzt die Lösung im Prinzip voraus, und es geht nicht an, unter Hinweis auf das richterliche Ermessen die prinzipielle Frage abzutun. Man muß da Maß haben, um messen zu können. Um die Auffindung dieses Maßes, dieses Prinzips, handelt es sich hier”.

¹⁶⁷² “Eine unbeschränkte Pflicht jede Handlung zu unterlassen, aus der sich als möglich erkannte üble Folgen ergeben können, würde den Menschen zu absoluter Unthätigkeit verurtheilen, denn sein Handeln ist überall von Gefahren umgeben” (*HÄLSCHNER, Strafrecht*, pp. 317-318). De acuerdo con *Robles*, ya “a partir del siglo XIII” empieza la discusión “en torno del problema del *versari in re illicita*” y especialmente en el siglo XVI “muchos de los juristas de la Escuela de Salamanca superaron requisitos objetivistas” y “exigieron la necesidad de constatar ciertos vínculos (hoy diríamos ‘normativos’) entre la primera actuación y los resultados producidos, no bastando la mera causalidad ni la ilicitud inicial” (*ROBLES, La “teoría de la imputación objetiva”*, pp. 21-26).

de “imprudencia” (es decir, riesgos leves) como relevante para el Derecho Penal¹⁶⁷³, el desarrollo de este planteamiento lleva a una ponderación entre el grado de riesgo de lesión y el interés social en la realización de la actividad, que a fin de cuentas puede ser autorizada por el Estado siempre que se cumplan las medidas de seguridad, como aclaraba *Löffler* (1895)¹⁶⁷⁴. *Brütt* (1907) también destaca que las exigencias de cuidado no deben ser establecidas en un grado que venga a paralizar el funcionamiento de la vida en sociedad y propone la adopción de una medida de exigencia cultural (“Kulturförderungsmaßstab”)¹⁶⁷⁵. En este contexto, la mera previsibilidad de un daño no puede determinar la medida del comportamiento incorrecto, sino que deben admitirse en cierta medida comportamientos peligrosos necesarios en la vida, como sostenían *von Bar* (1907)¹⁶⁷⁶, *Exner* (1910)¹⁶⁷⁷, *August Köhler* (1912)¹⁶⁷⁸ y *Binding* (1919)¹⁶⁷⁹.

Ni un grado de riesgo cualquiera, ni la mera previsibilidad pueden indicar si una conducta es imprudente. Con el propósito de restringir la teoría causal de la equivalencia de las condiciones¹⁶⁸⁰, surgió la teoría de la adecuación, según la cual “únicamente serán causa del resultado aquellas condiciones que no solo han contribuido a surtir efectos, sino que poseen una idoneidad genérica para realizar tales resultados”¹⁶⁸¹. Después de su fundación por *von Kries*¹⁶⁸² a finales de siglo XIX, *Engisch* destacó como uno de sus defensores¹⁶⁸³. Si bien la teoría de la adecuación fue criticada por confundir causalidad e imputación¹⁶⁸⁴, ya en 1912 *Max Müller* llamaba la atención sobre la necesidad

¹⁶⁷³ STRATENWERTH, *Arbeitsteilung*, p. 385, nota a pie de página 3. Sin embargo, *Hälschner* habla también de la previsión de la posibilidad del resultado no imputable en razón del cuidado que el agente estaba autorizado (“durfte”) a considerar suficiente: “Diese Zurechnung ist ausgeschlossen, wenn der Handelnde durch die erkannte Möglichkeit sich bestimmen ließ mit der Vorsicht zu handeln, die er als ausreichend erachten durfte um den Erfolg zu vermeiden” ((HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 317).

¹⁶⁷⁴ LÖFFLER, *Schuldformen*, pp. 7-8 y nota a pie de página 4.

¹⁶⁷⁵ BRÜTT, *Rechtsanwendung*, pp. 153-154.

¹⁶⁷⁶ VON BAR, *Gesetz*, pp. 452-453.

¹⁶⁷⁷ EXNER, *Das Wesen*, pp. 191-195.

¹⁶⁷⁸ A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, pp. 140-141. Este autor ya llamaba la atención sobre el límite para la producción de riesgos si en la situación hay indicativos de peligro concreto para el bien jurídico.

¹⁶⁷⁹ BINDING, *Normen*, IV, p. 441.

¹⁶⁸⁰ “Der Begriff der adäquaten Kausalität macht deutlich, daß die Vertreter der Adäquanztheorie diese zunächst als einschränkende Kausaltheorie verstanden haben” (HÜBNER, “Die Entwicklung der objektiven Zurechnung”, p. 83).

¹⁶⁸¹ FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 30.

¹⁶⁸² *Johannes von Kries* es reconocido como el fundador de la teoría de la causalidad adecuada, a finales de siglo XIX (ENGISCH, *Causalidad*, p. 85; SCHROEDER, *Der Blitz als Mordinstrument*, p. 12). Véase nota 693.

¹⁶⁸³ Así, primero en su obra *Untersuchungen*, pp. 283 y ss. De acuerdo con *Engisch*, “una conducta es la causa adecuada de un resultado de determinada naturaleza si, bajo las circunstancias imperantes que se divisan como base del enjuiciamiento en relación con él, permite esperar resultado como consecuencia no simplemente improbable” (ENGISCH, *Causalidad*, p. 93).

¹⁶⁸⁴ HÜBNER, *Entwicklung*, p. 131; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, p. 63. En el mismo sentido, *Gimbernát*: “Como expuse ya hace muchos años y es hoy doctrina prácticamente unánime, tanto la teoría de la adecuación como la de la interrupción del nexo causal acuden a criterios que no tienen nada que ver con el concepto fisiconatural de causalidad” (GIMBERNÁT, *Fin de protección de la norma*, p. 20). *Gimbernát* menciona su obra “Delitos cualificados por el resultado” (1966), pero ya antes (1962) destacaba la necesidad de distinguir las teorías de la causalidad del pensamiento de la adecuación (GIMBERNÁT, *La causalidad*, pp. 578-579).

de evitar el error de concebir la adecuación como elemento de la causalidad¹⁶⁸⁵, lo que incluso ya parecía reconocer el propio *von Kries*¹⁶⁸⁶. *Müller* defendía que la discusión debería darse en el ámbito de la antijuridicidad objetiva y la cuestión sería si desde el punto de vista *ex ante* era cognoscible el aumento de la probabilidad de producción del resultado con frustración de la finalidad de la norma¹⁶⁸⁷. También *Engisch* destacaba que en la pregunta sobre la adecuación residiría en realidad ya la cuestión sobre la conformidad a Derecho, relacionada con la posibilidad de orientación del ciudadano desde la perspectiva *ex ante*¹⁶⁸⁸.

Müller incidía en que no se debe determinar la antijuridicidad de un comportamiento por la mera relación causal confirmada desde la perspectiva *ex post*, sino que es necesario tener en cuenta la realidad desde punto de vista de la prognosis¹⁶⁸⁹, puesto que las normas jurídicas constituyen exigencias de comportamientos – acciones u omisiones – a personas que se establecen en función de las circunstancias que se presentan en el momento de actuar u omitir para cumplir con la finalidad de la norma¹⁶⁹⁰. Esta postura indica que lo importante para *Müller* es determinar si el peligro que se origina a partir del comportamiento es uno de los cuales la norma busca evitar¹⁶⁹¹. *Hübner* subraya una cierta semejanza entre la postura de *Müller* y las concepciones de *Rudolphi* y *Frisch*¹⁶⁹², en las que lo que se busca determinar desde una perspectiva *ex ante* son las conductas infractoras de la

¹⁶⁸⁵ “Die adäquaten Kausaltheorie begehen den Fehler, die Adäquanz als Merkmal des Kausalbegriffs zu verteidigen. Sie sind falsch, sofern sie Kausaltheorien sind” (MÜLLER, *Die Bedeutung*, p. 30).

¹⁶⁸⁶ En ese sentido, SCHÜNEMANN, *La teoría de la imputación objetiva*, p. 381. Este autor se refiere a la página 533 de artículo publicado por *von Kries* en la ZStW, donde este autor rechaza la utilidad de la teoría causal afirma que la imputación dependería de la adecuación (VON KRIES, *Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit*, p. 533).

¹⁶⁸⁷ “Nach unserem bisherigen Ergebnis ist objektiv rechtsnormwidrig nur ein solches Verhalten, welches unter Berücksichtigung der für abstrakt menschliche Erkenntnis *ex ante* erkennbaren Umstände die objektive Möglichkeit der Vereitelung des einer Norm gesetzten Zwecks erhöht, insbesondere bei Verboten ein solches Verhalten, welches die objektive Möglichkeit einer Verwirklichung der Erfolgsart, deren Nichtverwirklichung das Verbot zum Zweck setzt, erhöht” (MÜLLER, *Die Bedeutung*, p. 31).

¹⁶⁸⁸ “La norma jurídica puede exigir la evitación del resultado típico solo en correspondencia con aquella situación real que, *en el momento y en el lugar* del actuar o del deber de actuar, es conocida o conocible (como dada al menos en forma no improbable). Pues solo según *esta* situación puede orientarse un hombre que se esfuerza por ser cuidadoso y por evitar el resultado típico, conforme el ordenamiento jurídico. De ahí se sigue que la cuestión de si alguien se ha comportado de modo *contrario* a derecho (si no ha observado el cuidado requerido), y, en correspondencia, la cuestión de si este alguien ha producido el resultado típico de forma adecuada, solo puede contestarse partiendo de la base de aquellas circunstancias fácticas que ‘*ex ante*’ y en el lugar del hecho ya eran conocidas o conocibles (como dadas al menos en forma no improbable)” (ENGISCH, *Causalidad*, p. 106).

¹⁶⁸⁹ “Die Beziehung zu einem Erfolg, durch welche die Normen das von ihnen erforderte Verhalten bestimmen, kann nie aus dem nachträglichen tatsächlichen Verlauf sich ergebende wirkliche Kausalbeziehung, sondern nur ein unter den gleichzeitig gegebenen Umständen – in einer noch näher zu bestimmende Weise – möglich erscheinende Kausalbeziehung sein. Der für die Beurteilung des Rechtsnormwidrigkeit eines Verhalten allein richtige Standpunkt ist also der Standpunkt der Prognose” (MÜLLER, *Die Bedeutung*, p. 24).

¹⁶⁹⁰ MÜLLER, *Die Bedeutung*, pp. 25-28. En resumen: “Nach dem Gesagten läßt sich gemeinsam für die Gebots- und Verbotsnorm formulieren: rechtsnormwidrig kann sich ein Mensch nur verhalten durch die Unterlassung einer Handlung, deren Vornahme, oder durch die Vornahme einer Handlung, deren Unterlassung unter den gleichzeitig gegebene Umständen zu dem ihm in einer Norm gesetzten Zweck erforderlich erscheint” (MÜLLER, *Die Bedeutung*, pp. 27-28).

¹⁶⁹¹ HÜBNER, *Entwicklung*, p. 135: “Entscheidend kann für *Müller* nur sein, ob die von der Tathandlung ausgehende Gefährdung zu denjenigen zählt, die die Norm verhindern sucht”.

¹⁶⁹² HÜBNER, *Entwicklung*, p. 135.

norma de comportamiento¹⁶⁹³¹⁶⁹⁴. Sin embargo, bajo la concepción del fin de protección de la norma, *Rudolphi* no parece distinguir la infracción de la norma de cuidado y la realización del riesgo en el resultado¹⁶⁹⁵, mientras *Frisch* rechaza el aludido criterio del fin de protección¹⁶⁹⁶ y distingue, por un lado, la creación desaprobada de un riesgo que *ex ante* se muestre apropiado para menoscabar bienes jurídicos, lo que conlleva la infracción de la norma de conducta¹⁶⁹⁷, y, por otro lado, la exigencia de la realización del peligro desaprobado en el resultado¹⁶⁹⁸. En este ámbito de las conductas infractoras de la norma de conducta – en otras palabras: conductas desaprobadas –, es donde se ha desarrollado la discusión sobre la determinación de la conducta imprudente, incluso antes de que *Frisch* procediera a sistematizar la cuestión¹⁶⁹⁹.

La teoría de la adecuación llamó la atención sobre el hecho de que no toda conducta causal puede ser considerada imprudente, sino solo las apropiadas en general para producir resultados de la clase de la que se ha originado¹⁷⁰⁰. Además, el interés social reflejado en la necesidad de no erigir obstáculos al tráfico y al desarrollo de la vida en comunidad es el punto de apoyo para admitir la realización de ciertas conductas que generan un determinado grado de riesgo, como ya reconocían los autores tempranos citados¹⁷⁰¹. En este punto está instalada ya la discusión sobre los riesgos permitidos. Debido al reconocimiento de que determinadas actividades permitidas conllevan riesgos, deben observarse las medidas especiales de prevención establecidas por los distintos sectores de

¹⁶⁹³ RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal*, pp. 87-89; FRISCH, *Comportamiento típico*, pp. 85-86; EL MISMO, *Objektive Zurechnung*, p. 116.

¹⁶⁹⁴ Con todo, *Hübner* advierte que la perspectiva *ex ante* de *Müller* y el intento de identificar los comportamientos antijurídicos están basados en la finalidad de protección que se origina de la norma de resultado (Erfolgsnorm): HÜBNER, *Entwicklung*, p. 135.

¹⁶⁹⁵ RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm*, p. 552: “Es ist der konkrete, den tatbestandsmäßigen Erfolg verursachende Geschehensablauf mit dem vom Täter übertretenen Gefährdungsverbot wertenden zu vergleichen und festzustellen, ob es gerade die sorgfaltspflichtwidrige Gefährdung ist, die sich in dem späteren Unrechtsfolg verwirklicht hat oder nicht, d. h. ob das konkret erfolgesverursachende Geschehen noch in den Schutzbereich der verletzen Sorgfaltsnorm fällt oder nicht”. Y por esta razón es criticado por *Hübner*: “Die Bewertung des Erfolgs anhand des Schutzzwecks der Norm kann daher entgegen der Auffassung von Rudolphi nicht mit der Risikorealisierung gleichgesetzt werden” (HÜBNER, *Entwicklung*, p. 179)

¹⁶⁹⁶ *Frisch* considera el criterio del fin de protección de la norma sería inespecífico y unilateral (FRISCH, *Comportamiento típico*, pp. 94-100). Pero de acuerdo con *Gimbernat*, “no obstante el rechazo de principio por parte de *Frisch* del criterio del fin de protección de la norma, la realidad es que, cuando se enfrenta a casos concretos, acude continuamente a este criterio para alcanzar una solución” (GIMBERNAT, *Fin de protección de la norma*, p. 5)

¹⁶⁹⁷ FRISCH, *Comportamiento típico*, pp. 85-86.

¹⁶⁹⁸ FRISCH, *Objektive Zurechnung*, p. 205.

¹⁶⁹⁹ Lo que sucede con su conocida y quizá obra más importante “Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges” (1988). En este contexto, *Schünemann* distingue “imputación objetiva en sentido estricto (es decir, la discrepancia entre la consideración *ex ante* y *ex post*)” y “la imputación objetiva en sentido amplio (referencia general al resultado efectuada por la norma de conducta)” (SCHÜNEMANN, *La teoría de la imputación objetiva*, p. 403). El ámbito del comportamiento prohibido en la doctrina de *Frisch* corresponde a la imputación objetiva en sentido amplio de *Schünemann*.

¹⁷⁰⁰ GIMBERNAT, *Causalidad*, p. 545.

¹⁷⁰¹ En ese sentido, por ejemplo, *Exner*: “Der Staat verlangt eben nicht, daß man alle, irgendwie voraussehbaren Schäden vermeide, er kann es nicht verlangen, denn das würde die Unterbindung des Verkehrsleben bedeuten, die Negation jedes wissenschaftlichen und technischen Fortschrittes, die Ausschaltung unendlich vilere auf diesem Gebiete gemachten Errengungenschaften, mit allem ihrem Nutzen für die Gemeinschaft” (EXNER, *Das Wesen*, p. 199).

donde surgen estos peligros, ya sea en la forma de reglas expresas, ya sea en la forma de reglas de experiencia, como explicaba *Exner* ya en 1910¹⁷⁰². En la significativa obra de *Engisch* sobre el dolo y la imprudencia (1931), estos criterios se reflejan en el cuidado exigido, cuya determinación el autor concreta con la necesidad de *omitir acciones externas adecuadas para producir un resultado típico*¹⁷⁰³ – pero sin desconsiderar la existencia de riesgos permitidos¹⁷⁰⁴ –, la exigencia de un *comportamiento externo en situaciones de peligro*¹⁷⁰⁵, lo que se aplica especialmente a los casos de control de riesgos en actividades peligrosas permitidas a través de la observancia de reglas sectoriales¹⁷⁰⁶, y en la *exigencia de averiguación e información*¹⁷⁰⁷.

Como puede notarse en la obra de *Engisch*, la discusión sobre el cuidado objetivo exigido en el tráfico representa la continuidad de la busca de los criterios para definir el comportamiento imprudente, es decir, el comportamiento contrario a la norma de conducta¹⁷⁰⁸. En ese sentido, cuando *Welzel* intenta concretar la imprudencia con arreglo a la infracción del cuidado objetivo en el tráfico¹⁷⁰⁹, se refiere una vez más al juicio de adecuación y a la consideración de que no todo comportamiento peligroso es contrario a cuidado¹⁷¹⁰, puesto que hay casos de “riesgos permitidos”¹⁷¹¹. Este autor menciona asimismo el criterio de la adecuación social para la determinación de la medida del riesgo¹⁷¹², la necesidad de tener en cuenta “las reglas del arte o

¹⁷⁰² “Darum wird bei sog. gefährlichen Gewerben und Dienstleistungen ein höheren Grad von Vorsicht zu fordern, ein strengerer Maßstab anzuwenden sein. Die Behörden erlassen hier meist Instruktionen und Verordnungen, um die notwendig drohenden Gefahr zu beschränken. Wer eine derartige Verordnung übertritt, handelt fahrlässig. Un was nicht durch ausdrückliche Vorschriften geordnet ist, ist meist durch alte, in langer Übung bewährte Erfahrungsregeln bestimmt” (EXNER, *Das Wesen*, p. 200). En este punto *Exner* se refiere en un cierto punto a una obra de *Rotering*, 1892: “Fahrlässigkeit und Unfallgefahr”.

¹⁷⁰³ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 283.

¹⁷⁰⁴ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 285-290.

¹⁷⁰⁵ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 290-306.

¹⁷⁰⁶ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 291-292.

¹⁷⁰⁷ ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 306-326.

¹⁷⁰⁸ Por esto *Kaminski* afirma correctamente que en la discusión sobre la contrariedad a cuidado está relacionada a la determinación del comportamiento prohibido: “Der Begriff Sorgfaltswidigkeit ist damit das Synonym für die verbotene Handlung des in Rede stehenden Fahrlässigkeitstatbestandes” (KAMINSKI, *Der objektive Massstab*, p. 15).

¹⁷⁰⁹ WELZEL, *Fahrlässigkeit*, pp. 16-17. WELZEL, *Derecho Penal*, p. 141.

¹⁷¹⁰ WELZEL, *Fahrlässigkeit*, p. 17. WELZEL, *Derecho Penal*, p. 141: “Quizá no solamente en los casos tantas veces tratados de del riesgo permitido de empresas peligrosas, sino en la mayoría de las acciones de la vida diaria, no se pueden evitar lesiones de bienes jurídicos comprensivamente conocibles”

¹⁷¹¹ WELZEL, *Derecho Penal*, p. 142. También en la década de los años 50, desde la corriente crítica al finalismo, *Nowakowski* afirmaba: “Man weiß seit langem, daß nicht jede Rechtsgutgefährdung rechtswidrig ist und daß besonders im Bereich des fahrlässigen Verhaltens viele Handlungen trotz dem mit ihnen verbundenen Risiko rechtmäßig sind” (NOWAKOWSKI, *Zu Welzels Lehre*, p. 390).

¹⁷¹² “El deber objetivo de diligencia no espera que evitemos en absoluto estos peligros socialmente adecuados, sino solamente que no los aumentemos por encima de la medida socialmente adecuada... Diligencia objetiva significa observancia de la medida socialmente adecuada del peligro de bienes jurídicos” (WELZEL, *Derecho Penal*, p. 141). Para *Cancio Meliá* el criterio de la adecuación social en su configuración original en la obra de *Welzel* – tal y como este autor lo trató en su “Studien zum System des Strafrechts” (1939) – debe ser considerada como antecedente de la teoría de la imputación objetiva (CANCIO MELIÁ, *Líneas Básicas*, pp. 29-30, 35-40). En el mismo sentido, GRECO, *Introdução*, pp. 30-31, 33-34.

profesión”¹⁷¹³ y sostiene la importancia del principio de confianza – originado a partir de decisión del “Reichsgericht” alemán de 1935 (RGSt 70,71) en el ámbito del tráfico rodado¹⁷¹⁴ – para la determinación de la conducta cuidadosa¹⁷¹⁵. *Jakobs* rebate “la existencia de un deber de cuidado o infracción de cuidado que caracterice la imprudencia”¹⁷¹⁶, pues “en el delito de comisión el autor no es que deba obrar cuidadosamente, sino que debe omitir el comportamiento descuidado”¹⁷¹⁷. Sin embargo, esta objeción es parcialmente eludible, en la medida en que si bien *Jakobs* tiene la razón cuando afirma que “no hay más deber que el que surge de la norma”¹⁷¹⁸, el cuidado puede concebirse también como la omisión de acciones peligrosas, a modo de lo que hace *Engisch*. Además, si uno decide ejecutar acciones peligrosas dentro del ámbito de permisión – quedando a salvo de una imputación penal en caso de producción de ciertos resultados – hay que observar las reglas de cuidado que condicionan su admisibilidad jurídico-penal, siempre que no se presenten circunstancias concretas que indiquen la ineficacia de estas prescripciones abstractas para controlar el riesgo¹⁷¹⁹. Por esta razón se ha afirmado que el cuidado objetivo es una medida y no un deber¹⁷²⁰, con lo cual se obviaría la crítica de incorrecta identidad entre imprudencia y omisión¹⁷²¹.

¹⁷¹³ WELZEL, *Derecho Penal*, p. 142.

¹⁷¹⁴ KIRSCHBAUM, *Der Veräuensschutz*, p. 21: “Der 2. Strafsenat des Reichsgerichtes war der Auffassung, im allgemeinen werde ein Kraftfahrer kaum damit zu rechnen brauchen, daß erwachsene Personen bei Tageslicht an einer auf geraume Strecke übersichtlichen Örtlichkeit ohne lebhaften Verkehr von einer Bordschwelle auf die Fahrbahn einer städtischen Straße hinüberträten, ohne sich vorher auch nur im geringsten nach den auf dieser etwa nahenden Fahrzeugen umgesehen zu haben. Dies gelte namentlich dann, wenn keine Umstände erkennbar seien, die ihre Aufmerksamkeit ablenken oder sie in Verwirrung setzen könnten”

¹⁷¹⁵ WELZEL, *Fahrlässigkeit*, pp. 18-19; WELZEL, *Derecho Penal*, pp. 142-143.

¹⁷¹⁶ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 384.

¹⁷¹⁷ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 384. En el mismo sentido, *Schroeder*: “Die Anknüpfung der Fahrlässigkeit an die objektive Sorgfaltspflichtverletzung verführt dazu, die Banalität der Sorgfalt durch Unterlassen zu übersehen und das Wesen der Fahrlässigkeit in einer Unterlassung zu sehen... Diese Auffassung verfehlt jedoch das Wesen der fahrlässigen Begehungsdelikte” (*SCHROEDER, Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit*, p. 779).

¹⁷¹⁸ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 384.

¹⁷¹⁹ Sería posible afirmar que hay un deber de adoptar medidas de cuidado para evitar riesgos, pero esto debe reformularse con la afirmación de que está prohibido producir un peligro de una cierta naturaleza (incontrolable debido a la ausencia de medidas de cuidado). En este punto se manifiesta también el hecho de que desde el punto de vista naturalístico (del contexto) la norma que prohíbe dañar a otros puede exigir una acción o una omisión, como reconoce hoy la dogmática penal. En ese sentido, *Ida*: “Im Fall der fehlgeschlagenen Gefahrkontrolle kann es sich nicht nur um ein Begehungs-, sondern auch um ein Unterlassungsdelikt handeln. Ob das betreffende Verhalten als Tun oder Unterlassung zu qualifizieren ist, kann erst ex post in Bezug auf den eingetretenen konkreten Erfolg entscheiden” (*IDA, Inhalt und Funktion*, p. 236).

¹⁷²⁰ En ese sentido, *Otto*: “Erfolgsvermeidspflicht und Sorgfaltspflicht sind damit aber nicht zwei selbständige elemente des Fahrlässigkeitsdelikts, vielmehr konkretisiert die Sogfaltspflicht das Maß der aufzuwendende Sorgfalt bei der Erfüllung der Erolgsvermeidpflicht. Eine selbständige Bedeutung kommt der Sorgfaltspflicht innerhalb des Fahrlässigkeitsdelikts nicht zu” (*OTTO, Grundlagen*, p. 91). Asimismo, *Gössel*: “el perjuicio a un bien jurídico puede ser calificado como evitable tan sólo cuando hubiera sido evitado empleando un cuidado adecuado: un comportamiento sin el cuidado debido en relacion con el bien jurídico perjudicado constituye, pues, una necesaria característica objetiva del elemento de la evitabilidad” (*GÖSSEL, Viejos y nuevos caminos*, p. 18); y *DEDES, Die Konkretisierung*, p. 439. Sin embargo, es necesario advertir que la evitabilidad es un concepto jurídico y no naturalístico, pues se trata de determinar la evitabilidad de acuerdo con criterios normativos.

¹⁷²¹ *DEDES, Die Konkretisierung*, p. 441. En el mismo sentido, *Kaminski*: “Wenn man von sorgfaltswidrigen Handeln spricht, so wird das Handeln – also ein Tun – zum Objekt der Bewertung gemacht, und die Außerachtlassung der Sorgfalt bei diesem Handeln ist lediglich der Begrif, dessen man sich bei der Verhaltensbewertung bedient” (*KAMINSKI, Der objektive Massstab*, p. 17)

Si se observan las obras actuales de la dogmática penal pueden hallarse autores partidarios de la imputación objetiva y de la idea de los riesgos permitidos que siguen concretando la imprudencia con arreglo a la exigencia de cuidado¹⁷²². Pero lo cierto es que, más que la referencia al cuidado exigido, la imputación objetiva y la mención a la superación del riesgo permitido han estado mucho más presentes que la referencia al cuidado exigido en la discusión desarrollada en las últimas décadas sobre la tipicidad (objetiva) con relación a delitos dolosos e imprudentes. El surgimiento de la imputación objetiva en Derecho Penal suele vincularse a la necesidad de distinguir causalidad e imputación. En ese sentido, en su estudio sobre “la génesis de la teoría de la imputación objetiva”, *Schroeder* subraya el papel de *Kelsen* en la construcción del concepto de imputación¹⁷²³¹⁷²⁴ (distinto de la causalidad) y la importancia de la aportación de *Larenz*, quien amplía el concepto de imputación de *Hegel*¹⁷²⁵ hacia una comprensión objetiva de la voluntad basada en el concepto de persona como

¹⁷²² *Schürer-Mohr* fundamenta este pensamiento de forma extensiva (SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, pp. 164-168), lo que se expresa en una de sus afirmaciones: “Das ‘erlaubte Risiko’ findet somit im Bereich des Fahrlässigkeitsdelikte eine systematische einordnung in der Verbrechensaufbau als unrechtskonstitutives Momen bei der Frage der Sorgfaltspflichtverletzung” (SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 167). También expresiva es la postura de *Schünemann*: “La formulación que se ha puesto de moda en Alemania, de que el autor debe haber creado con su conducta típica un riesgo jurídicamente no permitido, no es más que una reformulación ostentosa – que nada agrega materialmente– de un presupuesto más antiguo. Este consiste en que la acción que es causa del resultado debe ser objetivamente contraria a cuidado” (SCHÜNEMANN, *La teoría de la imputación objetiva*, p. 395). De acuerdo con *Feijóo*, “el riesgo permitido es un instituto básico de la teoría del delito para determinar cuál es el cuidado necesario en el tráfico” (FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 270). En el mismo sentido, por ejemplo, *Silva Sánchez*: “La jurisprudencia y la doctrina tienden a considerar imprudente aquella conducta que infringe deberes de cuidado” (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 183). Así también, WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, pp. 263 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, pp. 291 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Derecho Penal*, pp. 622 y ss. *Frisch* aclara que la imputación objetiva está ampliamente admitida en los delitos imprudentes, aunque bajo la denominación de la infracción del deber de cuidado: “en el ámbito de los delitos imprudentes, creo que los pilares fundamentales de la teoría de la imputación objetiva están ampliamente admitidos. Las diferencias son esencialmente de carácter terminológico... Unos hablan de creación del peligro desaprobado por parte del autor; otros utilizan el vocablo o tradicional de la dogmática del delito imprudente y exigen la presencia de una conducta contraria al deber de cuidado por parte del autor” (FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, pp. 33, 43-44, 51).

¹⁷²³ SCHROEDER, *Blitz als Mordinstrument*, p. 45. Así, KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 72 y ss.

¹⁷²⁴ Precedentes filosóficos del concepto de imputación, basada en la voluntad, constituyen las obras de *Aristóteles* y *Pufendorf*: “En su teoría de la imputación, *Aristóteles* roza en un segundo ámbito de estructuras jurídicas a priori, todavía más fructífero que el primero. En él desarrolla resumidamente por primera vez los principios de la imputación que en los siglos siguientes, aportarían dos veces – por Santo Tomás, en la Edad Media, y por *Pufendorf*, en la Edad Moderna – ideas permanentes en torno a las estructuras jurídicas materiales... ya *Aristóteles* nos proporciona las ideas centrales, ideas esenciales acerca del principio fundamental de la imputación” (WELZEL, *Introducción*, pp. 30-33). Asimismo: MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, pp. 24-25; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 17-19, 21-25. Otros autores citados son *Thomasius*, *Christian Wolff* (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 16-17, 22) y, sobre todo, *Kant* (SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación*, pp. 57 y ss.; ROBLES, *La “teoría de la imputación objetiva”*, p. 37). Lo que se puede advertir es que el concepto de imputación como algo distinto de la mera causalidad surge de la imputación subjetiva, conectada a la voluntad (*Aristóteles*) o a la libertad (*Pufendorf*, *Kant*). Sobre *Kant*, *Pufendorf* y el concepto de “causa libera” en la construcción de la imputación, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp.147-153 y pássim; HRUSCHKA, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*, pp. 55-77; KÖHLER, *Imputación subjetiva*, pp. 73-74. *Köhler* se refiere a la filosofía de *Aristóteles* como el precedente más antiguo de la imputación subjetiva en el “patrimonio cultural europeo” (KÖHLER, *Imputación subjetiva*, p. 72).

¹⁷²⁵ *Reyes Alvarado* sostiene que “el principio fundamental sobre el que se edifica la teoría de la imputación objetiva fue formulado a comienzos del siglo XIX por *Hegel*, al señalar que solo puede llamarse imputación – en sentido estricto – a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío” (Reyes Alvarado, *Fundamentos teóricos*, pp. 933-934).

ser racional¹⁷²⁶, capaz de abarcar también la imprudencia¹⁷²⁷. En el Derecho Penal, *Honig* es citado como el precursor de la actual teoría de la imputación objetiva¹⁷²⁸. Con base en *Larenz*, también *Honig* distingue causalidad e imputación objetiva. Según este autor, la causalidad no debe ser confundida con la especial relación entre comportamiento y resultado que deriva más bien de las exigencias del orden jurídico¹⁷²⁹, es decir, debe distinguirse, por un lado, la causalidad, y por otro, el juicio independiente sobre la imputación objetiva, una cuestión axiológica que deriva de medidas establecidas por el orden jurídico¹⁷³⁰. Para *Honig*, esta relación jurídica debe determinarse según el criterio de la “finalidad objetiva”¹⁷³¹ o “perseguibilidad objetiva de una finalidad”¹⁷³² (“objektive Zweckhaftigkeit”)¹⁷³³, en cuya base está la “posibilidad de dominio a través de la voluntad humana” (“Beherrschbarkeit durch den menschlichen Willen”)¹⁷³⁴¹⁷³⁵, lo que permite excluir del concepto de imputación “los procesos causales irregulares y no dominables de antemano... incluso aunque se produzcan conforme se deseaba”¹⁷³⁶.

Otros autores se consideran continuadores de esta tendencia¹⁷³⁷, pero la predominancia del finalismo en Alemania sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial conllevó un cierto

¹⁷²⁶ “*Larenz* passa a pô o foco sobre uma nova idéia, bastante presente na Filosofia do Direito de Hegel: a de pessoa... A noção de sujeito individual, homem físico, presente em Hegel, dá lugar à idéia normativa de pessoa, ser racional. Com base nessa idéia, que se desvincula do indivíduo específico, colocando-se em um nível genérico, objetivo, também a finalidade deixa de ser aquilo que o indivíduo efetivamente previu e quis, para passar a abranger tudo aquilo que objetivamente a ação tendia a atingir” (GRECO, *Introdução*, p. 18). *Greco* resume enseguida: “*Larenz* acaba por erigir ‘a possibilidade de previsão’ (previsibilidade) em critério de imputação. Esta possibilidade não deve ser analisada subjetiva, mas objetivamente: não é o autor concreto, mas a pessoa, o ser racional, que deve estar em condições de prever um determinado acontecimento. As consequências objetivamente previsíveis são, portanto, atribuíveis à pessoa, enquanto ser racional” (GRECO, *Introdução*, p. 19).

¹⁷²⁷ SCHROEDER, *Blitz als Mordinstrument*, pp. 45-46. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 30-33. La obra de *Larenz* a la que se refieren los autores es “*Hegels Zurechnungslehre*” (1927). De acuerdo con *Schroeder*, *Larenz* concretó el carácter objetivo de la imputación con base en la teoría de la adecuación, que consideraba una teoría de la imputación (SCHROEDER, *Blitz als Mordinstrument*, pp. 47). Como explica *Greco*, “*Larenz* desea, fundamentalmente, corregir a estreiteza do conceito hegeliano de ação, que desconhece a responsabilidade fora dos casos de dolo” (GRECO, *Introdução*, p. 17). En la primera parte de este trabajo se ha mencionado el debate sobre la interpretación del concepto de acción de *Hegel* por lo que se refiere a la posibilidad o no de abarcar la imprudencia.

¹⁷²⁸ FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 22; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 29.

¹⁷²⁹ HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, p. 175.

¹⁷³⁰ HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, pp. 178-180.

¹⁷³¹ La traducción es de *Luzón Peña*, quien vierte al castellano el artículo de *Roxin*, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, FS-Honig (ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, pp. 128-148).

¹⁷³² La traducción es de *Mariana Sacher*, quien vierte al castellano el artículo de *Schünemann*, “Über die objektive Zurechnung”, GA-1999 (SCHÜNEMANN, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 382).

¹⁷³³ HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, p. 184.

¹⁷³⁴ La traducción es de *Luzón Peña*, quien vierte al castellano el artículo de *Roxin*, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, FS-Honig (ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, pp. 128-148).

¹⁷³⁵ ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, p. 130.

¹⁷³⁶ ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, p. 130.

¹⁷³⁷ *Schünemann* (SCHÜNEMANN, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 383-385) menciona *Engisch*, con su obra “Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen tabestand” (1939), desde la teoría de la adecuación, y *Welzel*, “Studien zum System des Strafrechts” (1939), con su teoría de la adecuación social. La importancia de *Hardwig* y su concepto de imputación como precedente de la imputación objetiva también es destacada (GRECO, *Introdução*, p. 48-53): “Damit ist

obstáculo al desarrollo de las teorías objetivas del tipo ancladas en criterios normativos¹⁷³⁸¹⁷³⁹. Sin embargo, cuando se mira la dogmática referida a los delitos imprudentes, el panorama resultante de esta victoria provisoria del finalismo es curioso. La teoría fundada por *Welzel* sufre ataques contra su fundamentación de la imprudencia de los cuales no puede zafarse con éxito, pero, de forma paralela, adopta la mencionada teoría de la infracción del cuidado con un carácter normativo y objetivo (aunque conectada a débiles intentos de integrarla de forma armónica en el concepto finalista de acción). Con esto, la tendencia objetiva “sobrevive” en los tiempos del finalismo – protegida por las propias contradicciones de esta teoría¹⁷⁴⁰ – en el ámbito de la discusión sobre la infracción del deber de cuidado y, en cierta medida, en la adecuación social. Cuando la imputación objetiva resurge, principalmente a partir de trabajos de los años 60 y 70 del siglo pasado¹⁷⁴¹, la determinación de la imprudencia vuelve a hallar su sitio normativo natural – pues entonces es posible afirmar sin rodeos que la imprudencia no se confunde ni con la causación ni con la conexión mental entre agente y resultado – tendencia normativa que además puede extenderse ahora también al dolo¹⁷⁴². La acomodación sistemática de la imprudencia se beneficia, por tanto, de dos momentos importantes en

das Kausaldogma gestürzt und der Kausalbegriff von dem Platz gestoßen, auf den er niemals hingehört hatte. An seiner Stelle ist der Begriff der Zurechnung getreten, der dem Recht bei weitem angepaßter ist” (HARDWIG, *Die Zurechnung*, p. p. 239). Es posible citar también, entre otros, *Oehler* (1959), en cuya obra puede hallarse el criterio de la “objektive Bzweckbarkeit”: “Der Kausalzusammenhang muß zwar nach der Bedingunstheorie dahin geprüft werden, ob er überhaupt gegeben ist, er ist aber nu tatbeständsmäßig und damit strafrechtliche relevant, soweit die objektive Bezweckbarkeit der Handlung überhaupt reicht” (OEHLER, *Das objektive Zweckmoment*, p. 72).

¹⁷³⁸ SCHROEDER, *Blitz als Mordinstrument*, p. 52. En este momento, *Welzel* ya había cambiado su teoría en comparación con su postura tal y como fue expresada en 1939. Es necesario mencionar una vez más las palabras de *Cancio Meliá* cuando afirma que “fue solo en un momento posterior cuando la rama ‘finalista’ del árbol de la dogmática de *Welzel* asfixió a su hermana normativa” (CANCIO MELIÁ, *Adecuación social*, pp. 38-39). Así, también, SCHÜNEMANN, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 384-385. *Greco* informa que en sus orígenes, la teoría finalista de *Welzel* (expresada aunque de forma incompleta en el artículo “Kausalität und Handlung”, de 1931) sufre influencia de la teoría de *Larenz* (GRECO, *Introdução*, pp. 19-20). Sin embargo, la teoría finalista cambió de rumbo hacia una subjetivización acentuada como ya se ha advertido.

¹⁷³⁹ Las primeras teorías de la imputación objetiva, desde su matriz penal en la propuesta de *Honig* (anclada en anterior formulación de *Larenz*), pueden ser criticadas por basarse en una idea de voluntad objetiva, que todavía no abre el espacio necesario para la necesaria valoración jurídico-penal. En ese sentido, la crítica de *Hübner* a la denominada “imputación objetiva voluntativa” (“objektiv voluntative Zurechnung”): “*Larenz* und *Honig* gehen somit von einem Verständnis menschlicher Verantwortlichkeit aus, welches außerhalb der rechtlichen Normen begründet und diesen vorausgesetzt ist. Sie entwickeln ein vom konkreten Willen losgelöses und damit abstrakt subjektives Zurechnungskriterium. Die Grundlage der von ihnen entwickelten Zurechnung – der menschliche Wille – bleibt jedoch trotz der von ihnen vorgenommenen Objektivierung deutlich erkennbar. Zweckhaft handelt der Täter dann, wenn er seine Handlung für die Herbeiführung eines Ziels zielstrebig eingesetzt, um den Zweck des Willens zu realisieren. Hierzu ist es erforderlich, daß der Täter das Kausalgeschehn durch seinen Willen beherrscht... Jedoch ist mit der objektiven Zweckhaftigkeit einer Handlung in bezug auf einen Erfolg die Deliktsprüfung noch nicht abgeschlossen. Vielmehr soll hierdurch die rechtliche Bewertung des Erfolgs ermöglicht werden” (HÜBNER, *Entwicklung*, pp. 69-73).

¹⁷⁴⁰ En relación a esta cuestión, *Gimbernat* se refiere a “la ambigüedad del planteamiento finalista, que unas veces hablaba –fundamentalmente cuando de lo que se trataba era del delito imprudente o de consideraciones genéricas sobre la acción– de la acción en sí, acontecimiento dirigido a una meta (cualquiera), y otras veces hablaba – fundamentalmente cuando se ocupa del delito doloso – de la acción típica como obrar dirigido a una meta (previamente seleccionada sobre la base de consideraciones normativas de desvalor) de un resultado típico” (GIMBERNAT, *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 170).

¹⁷⁴¹ SCHROEDER, *Blitz als Mordinstrument*, pp. 52-67.

¹⁷⁴² Como subraya *Greco*, “enquanto a teoria do crime culposo, tal como a conhecemos, tem seu âmbito de aplicação restrito ao delito culposo, a imputação objetiva quer ser aplicada a todos os tipos, culposos e dolosos. Assim, o maior progresso da imputação objetiva foi levar os critérios do crime culposo para o bojo do doloso, mostrando que inexiste dolo sem culpa, que o dolo pressupõe culpa” (GRECO, *Introdução*, pp. 45-46).

la historia de la moderna dogmática penal: la adopción de la culpabilidad normativa a partir de los neokantianos y la imputación objetiva, que no por casualidad tiene como precursor en el Derecho Penal también a un neokantiano: *Honig*¹⁷⁴³. Con el descenso del prestigio del finalismo, al menos en Alemania, el hilo de la discusión sobre la determinación de la conducta imprudente ha seguido su curso en la segunda etapa¹⁷⁴⁴ de la imputación objetiva¹⁷⁴⁵, ahora basada en el “principio del riesgo”¹⁷⁴⁶, como se advierte en el artículo de *Roxin* “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, publicado en el “Festschrift-Honig” en 1970, considerado por muchos como la fundación de la “moderna imputación objetiva”¹⁷⁴⁷.

Con respeto a la imputación objetiva, en el ya mencionado trabajo de *Frisch* de 1988¹⁷⁴⁸, el autor investiga la cuestión de manera profunda y llega a la conclusión de que lo que *Roxin* y otros discuten en este tema en realidad oculta dos ámbitos distintos: el de la determinación del comportamiento prohibido y el de la imputación del resultado propiamente dicha¹⁷⁴⁹. Para el problema de la determinación de un comportamiento como imprudente, la discusión está centrada en el primer aspecto, como se ha afirmado en este trabajo pocas páginas antes, lo que puede denominarse como la infracción del cuidado o la creación de un riesgo prohibido. En primer lugar, no puede verse como desaprobado un comportamiento que, desde la perspectiva *ex ante*, disminuye el riesgo¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴³ Con respeto a la imputación objetiva de *Honig*, *Roxin* afirma: “Como es sabido, esta solución tiene sus raíces históricas en la teoría de la imputación de *Hegel*, pero, como acertadamente señaló *Honig*, se puede desarrollar igual de consecuentemente desde el punto de vista de la metodología neokantiana a la que él estaba próximo” (*ROXIN, Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, p. 130).

¹⁷⁴⁴ *Robles* se refiere a una segunda etapa de la teoría de la imputación objetiva, ya que la primera había sucedido con la imputación objetiva de *Honig* y teorías próximas a esta (*ROBLES, La participación*, pp. 183-184).

¹⁷⁴⁵ Por esto afirma *Greco*, con objetivos didácticos: “Creio nunca ser demais que se sublinhe a identidade entre a teoria do crime culposo, essa nossa velha conhecida, e a moderna teoria da imputação objetiva” (*GRECO, Introdução*, p. 46).

¹⁷⁴⁶ *ROBLES, La participación*, p. 184.

¹⁷⁴⁷ *SCHÜNEMANN, La teoría de la imputación objetiva*, pp. 385-386; *MARTÍNEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva*, pp. 35-36; *GRECO, Introdução*, p. 61. Según *Schroeder*, esta conclusión de *Schünemann* es incompleta, pues autores como *Jescheck*, *Wessels* y *Schmidhäuser* deben citarse como cofundadores de la moderna imputación objetiva por sus contribuciones en los años 1969 y 1970, presentes en sus respectivos manuales (*SCHROEDER, Blitz als Mordinstrument*, pp. 55-60).

¹⁷⁴⁸ “Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs”.

¹⁷⁴⁹ Aunque la “realización del riesgo en el resultado”, también denominada históricamente “nexo de antijuridicidad”, “nexo de infracción de deber” y “nexo de riesgo” (*GÖSSEL, Viejos y nuevos caminos*, p. 21), sea indispensable para poder afirmarse la imprudencia – *Robles* resalta la importancia de la discusión sobre la realización del riesgo en el resultado en los delitos imprudentes “en los casos de concurrencia de aportaciones entre autor y víctima o entre autor y un tercero” (*ROBLES, Conducta típica*, p. 64) –, la determinación del comportamiento adecuado a la norma está sobre todo relacionado a la discusión sobre la conducta infractora del deber de cuidado o el comportamiento desaprobado, como indica *Frisch*. Sin embargo, es posible considerar también que cuando el riesgo no se realiza en el resultado, lo que se constata es que la conducta no era prohibida de antemano en función de aquél resultado. En ese sentido, *Robles*: “Toda responsabilidad por el resultado que no pueda reconducirse al quebrantamiento de una norma de conducta previamente dispuesta a tal fin, y cuya infracción convierte a la conducta del sujeto en injusta, es una atribución de responsabilidad inadmisibles” (*ROBLES, Normatividad e imputación objetiva*, pp. 156-160).

¹⁷⁵⁰ *FRISCH, Derecho Penal*, pp. 365-366; *FRISCH, Objektive Zurechnung*, pp. 116-117; *GRECO, Imputação Objetiva*, pp. 33-36.

Además, queda admitida la creación de determinados riesgos por su utilidad social¹⁷⁵¹ o su legitimación histórica¹⁷⁵². No están prohibidos asimismo comportamientos que, desde la perspectiva *ex ante*, pueden verse como conectados tan solo a la creación de riesgos mínimos¹⁷⁵³ a los que todas las personas se exponen continuamente y de forma voluntaria¹⁷⁵⁴, lo que no está muy lejos del pensamiento de la adecuación (riesgos mínimos) y de la adecuación social (interpretación como prácticas sociales aceptadas y usuales por toda la comunidad). En estos casos es posible advertir que, más allá de la mera relación causal, es necesario valorar riesgos.

Pero el punto de partida para la determinación de los comportamientos imprudentes reside en un dato que puede verse, a la vez, como (parcialmente) constitutivo y (absolutamente) limitador¹⁷⁵⁵: la norma solo puede prohibir comportamientos que, desde la perspectiva *ex ante*, conllevan peligros a los intereses jurídicamente protegidos¹⁷⁵⁶. Las descripciones abstractas de comportamientos de esta naturaleza y de las medidas de cuidado dirigidas al control y a la neutralización de riesgos están establecidas en reglas jurídicas sectoriales, reglas técnicas de las distintas actividades profesionales – como la *lex artis* de la medicina – o sencillamente se originan de las reglas de experiencia de cada sector¹⁷⁵⁷. Estos modelos de conducta se extraen de la observación y de la investigación de determinados fenómenos y comportamientos en general capaces de aumentar la probabilidad de resultados lesivos y de las medidas apropiadas también en general para controlar los riesgos de ciertas

¹⁷⁵¹ FRISCH, *Objektive Zurechnung*, pp. 118-119. De acuerdo con *Jakobs*, en estos casos el riesgo permitido deriva de la ponderación de intereses (JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 243).

¹⁷⁵² JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 244: “Determinadas formas de actividad permitida han sido consagradas por el uso históricamente, a veces forzando e marco (tráfico rodado) y por ello se aceptan como socialmente adecuadas”.

¹⁷⁵³ FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 27. GRECO, *Imputação Objetiva*, pp. 31-32.

¹⁷⁵⁴ FRISCH, *Objektive Zurechnung*, p. 117.

¹⁷⁵⁵ Es decir, se trata de una condición necesaria, pero no suficiente para la infracción de un deber de cuidado.

¹⁷⁵⁶ PUPPE, *Das system*, p. 206: “Eine unerlaubte Gefahr ist ein Zustand, dessen Herbeiführung durch die Rechtsordnung wegen seiner abstrakten Gefährlichkeit verboten ist”. Por supuesto esto es solo un punto de partida. Por un lado, hay que considerar que el carácter peligroso de una conducta no es suficiente para su prohibición: “O que irá caracterizar a conduta como típica não é, propriamente, o fato de ela ser perigosa ou lesiva ao bem jurídico, mas que essa lesão ou esse perigo decorram do fato de que aquela conduta tenha sido realizada fora dos limites do risco autorizado e, assim, lesiva ao cuidado concretamente imposto” (TAVARES, *Teoria do Crime Culposos*, p. 382). Por otro lado, no debe olvidarse que la evitabilidad debe verse como la evitabilidad individual, en la situación concreta, para el individuo y las exigencias que se proyectan sobre él en su papel de ciudadano. En ese sentido, *Stratenwerth*: “El punto de partida de todos los deberes de cuidado está configurado por la prohibición básica de poner en peligro intereses jurídicamente protegidos. Pero, de antemano, esta prohibición no puede abarcar más que la capacidad humana de dominar los cursos del acontecer” (STRATENWERTH, *Derecho Penal*, p. 422).

¹⁷⁵⁷ PUPPE, *Das system*, p. 206; FRISCH, *Comportamiento típico*, pp. 105-125; ROBLES, *La participación*, pp. 201-202. Estas reglas se construyen a partir de la experiencia de que determinadas acciones pueden aumentar la probabilidad de producir resultados que se quiere evitar y que ciertas medidas pueden controlar o disminuir estos riesgos. Hay que considerar asimismo que “el riesgo permitido no puede quedar limitado a empresas tecnificadas, desde la aviación a los aparatos domésticos; sin él, se generan también en otros ámbitos vitales normas inhumanas, que eliminan la libertad de actuación” (JAKOBS, *El delito imprudente*, p. 318). Con este pensamiento lo que se debe tener en cuenta es que en actividades cotidianas, como la educación de niños o los juegos que conllevan intervención física, ciertos riesgos son considerados permitidos de acuerdo con prácticas sociales legitimadas por su común aceptación en la estructura de la sociedad.

actividades peligrosas autorizadas¹⁷⁵⁸. Pero la doctrina reconoce acertadamente que la observancia de estas reglas¹⁷⁵⁹ solo constituye un indicio de la conducta apropiada para evitar el peligro en la situación concreta desde la perspectiva *ex ante* que se presenta ante el agente, y esta conducta es la que debe al fin y al cabo verse como adecuada a la norma para evitar un peligro concreto¹⁷⁶⁰. Hay que añadir que el “incapaz de mantener dentro de los límites permitidos los riesgos ligados a determinadas conductas”, bien por falta de conocimiento o bien por incapacidad, debe abstenerse de asumir esta actividad¹⁷⁶¹, de lo contrario podrá caracterizarse como una “imprudente asunción de una actividad” (“*fahrlässige Tätigkeitsübernahme*”), tal y como concluye *Schroeder*¹⁷⁶².

Por lo que se refiere a la necesaria valoración de riesgos, es preciso tener en cuenta asimismo que el ciudadano no tiene el deber de adoptar medidas de cuidado para controlar comportamientos de otros en el contexto de las interacciones sociales o profesionales¹⁷⁶³, lo que se expresa en el denominado principio de confianza¹⁷⁶⁴. Este límite a la responsabilidad queda desvirtuado si las

¹⁷⁵⁸ “Geschriebene Sorgfaltsregeln sind nichts anderes als die Fixierung der Erkenntnisse aus häufig auftretenden, gefährträchtigen Situationen” (KAMINSKI, *Der objektive Massstab*, pp. 15-16). Las reglas jurídicas de control de riesgo indican que se trata de una actividad peligrosa autorizada si son respetadas las medidas de cuidado: “... en la autorización general de determinadas conductas con limitación simultánea a un catálogo de reducción de riesgos, se halla la expresión de las conductas toleradas” (FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 107). En el mismo sentido, *Stratenwerth*: “Las reglas de cuidado que rigen para las actividades más diversas (como las reglas de tránsito, las de la *lex artis* médica, las de la construcción, etc.), tienen la importancia de precisar la medida de este riesgo permitido” (STRATENWERTH, *Derecho Penal*, p. 423).

¹⁷⁵⁹ De todas maneras, las reglas jurídicas tienen mayor peso en el proceso de determinación del comportamiento adecuado a la norma en comparación con las reglas sociales en general (IDA, *Inhalt und Funktion*, p. 238).

¹⁷⁶⁰ FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 106; IDA, *Inhalt und Funktion*, p. 237. Por esto afirma *Silva Sánchez* sobre la imprudencia médica que “el incumplimiento de normas administrativas todavía no implica infracción de un deber jurídico-penal de cuidado, aun cuando pueda constituir un indicio de ello..., por otro lado, tampoco puede afirmarse que el cumplimiento de protocolos internos o normas de conducta del centro sanitario excluya necesariamente la infracción de deberes jurídico-penales de conducta, ni, en consecuencia, la sanción penal por imprudencia” (SILVA SÁNCHEZ, *Imprudencia médica*, p. 16).

¹⁷⁶¹ STRATENWERTH, *Derecho Penal*, p. 424. *Neumann* aclara el contexto de la discusión: “Die Annahme eines Verbots der Tätigkeitsübernahme bietet sich vor allem dort an, wo die konkrete Handlungssituation die Möglichkeit, bestimmte Fähigkeiten zu erwerben oder zu vervollkommen, nicht als Bestandteil der real gegebenen Handlungsalternative erscheinen läßt. Das ist der Fall bei Handlungen, die zeitliche so weit individualisiert sind, daß ein zeitlicher Aufschub sie als andere Handlungen erscheinen lassen würde.” (NEUMANN, “*Vorverschulden*”, p. 198). Por lo menos desde principios del pasado siglo ya se discutía en tema, como puede advertirse en el artículo de *Leonhard* de 1913: “Wer reitet, Rad oder Auto fährt, ohne die erforderlichen Fähigkeiten des Sehens und Hörens zu besitzen, muß für die entstehenden Schäden haften. Dies ist sicherlich richtig. Aber der Grund liegt eben einfach darin, daß er (regelmäßig) sehr fahrlässig handelt, wenn er trotz seiner Sinnesfehler so gefährliche Dinge unternimmt” (LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit* p. 52). *Exner* (1910) y *August Köhler* (1912) llegaron a conclusiones semejantes: EXNER, *Das Wesen*, pp. 187-189; A. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 92.

¹⁷⁶² SCHROEDER, *Leipziger Kommentar*, p. 73. Las denominaciones más usuales para referirse a estas situaciones son “imprudencia por asunción” o “imprudencia por lo emprendido”. Sobre el tema: JAKOBS, *Derecho Penal*, pp. 389-390.

¹⁷⁶³ Desde la perspectiva de los roles sociales, esto tiene una explicación convincente: “... no forma parte del rol el control permanente del desempeño ajeno. La conducta conforme a rol permite confiar en que los demás se comportarán de acuerdo con las prescripciones de sus propios roles” (PIÑA, *Rol social*, p. 354).

¹⁷⁶⁴ Como se ha mencionado, el principio de confianza se origina de la decisión del Reichsgericht de 1935, en el ámbito del tráfico rodado. En 1971, *Stratenwerth* describe el contenido del principio en artículo de forma más amplia, con extensión a las interacciones de la vida social en general: “Wo sich im sozialen Leben die Verhaltensweisen mehrere Personen berühren, muß in der Regel jeder der Beteiligten darauf vertrauen dürfen, daß die anderen sich sorgfältigstgemäß verhalten, weil auch sie unter den Anforderung der Rechtsordnung stehen” (STRATENWERTH, *Arbeitssteilung*, p. 382). De

circunstancias de la situación concreta indican que el tercero no se comportará de acuerdo con la medida general de cuidado¹⁷⁶⁵, lo que exigirá del agente la adopción de medidas especiales de control del riesgo delimitadas en proporción a la magnitud del daño que amenaza con suceder. El descargo del control de comportamientos ajenos que se expresa en el principio de confianza no rige asimismo en los casos de deberes específicos que tengan precisamente este contenido de evitar y controlar peligros originados a partir de conductas de terceros¹⁷⁶⁶. Además, de acuerdo con el principio de autorresponsabilidad¹⁷⁶⁷, no hay un riesgo desaprobado en caso de mera producción de ocasiones para que terceros responsables se pongan en peligro¹⁷⁶⁸ en el ejercicio de la autonomía de cada uno¹⁷⁶⁹ sin

acuerdo con *Jakobs* – este autor se refiere a la mencionada publicación de *Stratenwerth* de 1971 –, “ha sido especialmente *Stratenwerth* quien ha elaborado la conexión entre el principio de confianza y la posibilidad de imputar a otro” (*JAKOBS, La prohibición de regreso*, p. 363). *Puppe* habla del principio de confianza en los siguientes términos: “Auch wenn die Erfahrung lehrt, dass die anderen an einem Schadenprozess Beteiligten sich oft sorgfaltswidrig verhalten, ist der Bürger doch nicht immer dazu verpflichtet, eigenes Verhalten so einzurichten, dass in Verbindung mit dem sorgfaltswidrigen Verhalten anderer nicht zu einem Schaden führen kann. Er darf bei der Bestimmung seiner eigenen Sorgfaltspflichten darauf vertrauen, dass die anderen Beteiligten ihre Sorgfaltspflichten einhalten werden” (*PUPPE, Strafrecht*, p. 79).

¹⁷⁶⁵ *PUPPE, Das system*, p. 206. De acuerdo con *Martínez Escamilla*, “los participantes en el tráfico no necesitan amoldar su conducta para neutralizar la imprudencia ajena a no ser que exista un indicio que haga aparecer dicha imprudencia como previsible” (*MARTÍNEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva*, p. 138).

¹⁷⁶⁶ *PUPPE, Das system*, p. 206. Como sostiene *Jakobs*, “todos pueden considerar como cuidadoso el comportamiento de los demás, en la medida en que no deban supervisarlos en virtud de deberes especiales” (*JAKOBS, El delito imprudente*, p. 320).

¹⁷⁶⁷ *Cancio Meliá* explica que “el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes” (*CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima*, pp. 539-540).

¹⁷⁶⁸ “Ein Grund für die Akzeptanz der Verursachung einer Gefahr als erlaubt, kann auch sein, dass der Gefährdete selbst in der Hand hat, sich dieser Gefahr auszusetzen oder sie zu meiden” (*PUPPE, Strafrecht*, pp. 87-88). Aunque no idénticos desde el punto de vista naturalístico, los casos de autocolocación en peligro responsable (“Eigenverantwortliche Selbstgefährdung”) tienen proximidad con las situaciones de creación de peligros para terceros de manera consentida (“Einverständliche Fremdgefährdung”), como señala *Renzikowski* (*RENIKOWSKI, Strafgesetzbuch*, pp. 118-120). Para estos últimos casos, *Greco* informa que la mayoría sostiene la necesidad de aplicar los principios del consentimiento (*GRECO, Imputação objetiva*, p. 67). En Alemania, el §228 del Código Penal (StGB) regula el tema del consentimiento en caso de lesiones corporales. Además, matar a pedido es conducta típica de acuerdo con el Código Penal alemán (§216), aunque la doctrina mayoritaria no considera punible la *participación* en el suicidio: “An Handlungen, die keinen Straftatbestand erfüllen (wie der Suizid)..., ist keine strafbare Teilnahme möglich” (*WESSELS/BEULKE, Strafrecht*, p. 209). Sobre el consentimiento para la creación de peligros para la *vida* de terceros, *Neumann* ha afirmado recientemente (2014): “Was die Konstellation der Einwilligung in eine bloße Lebensgefährdung betrifft, so hängt die Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung in eine fahrlässige Tötung (§222 StGB), die aus dieser Lebensgefährdung gegebenenfalls resultiert, wiederum davon ab, ob – bzw. unter welchen Umständen – die ratio der Einschränkung der rechtfertigenden Kraft der Einwilligung, die §216 für die *vorsätzliche* Tötung statuiert, auch in den Fällen einer fahrlässigen Tötung greift” (*NEUMANN, Nichtdispositivität*, pp. 581-582). *Neumann* reconoce que la cuestión no está totalmente aclarada, pese a la existencia de importantes investigaciones sobre el tema (*NEUMANN, Nichtdispositivität*, p. 582).

¹⁷⁶⁹ El fundamento de la autonomía personal lo explica *Frister*: “Unsere Rechtsordnung betrachtet es nicht als Aufgabe des Staates, die Menschen zu bevormunden. Diese haben grundsätzlich das Recht, selbst darüber zu entscheiden, ob und inwieweit sie ihre Rechtsgüter durch eigenes Verhalten gefährden wollen. Dementsprechend kann die Rechtsordnung auch Handlungen, die anderen lediglich eine solche Selbstgefährdung ermöglichen, nicht generell missbilligen” (*FRISTER, Strafrecht*, p. 112). *Frisch* es preciso cuando conecta la autonomía y la libertad a la exclusión de la autopuesta en peligro responsable del ámbito de las conductas jurídicamente desaprobadas: “allí donde la producción de determinada consecuencia depende de la conducta delictiva de terceros autorresponsables o de la propia conducta errónea, pero en todo momento evitable, no se podrá en general desaprobado la conducta, limitando así la libertad de actuación, sino solo contemplar la racionalidad o responsabilidad del tercero o de la propia víctima como garantía suficiente ante la producción de un daño” (*FRISCH, La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 47).

ocultación o fraude respecto de las circunstancias de la realidad¹⁷⁷⁰. Es consecuencia también del principio de autorresponsabilidad la conclusión de que, como regla, “nadie tiene el deber de tener en cuenta lo que otro, en tanto que sujeto también autorresponsable, haga con la propia conducta de uno”¹⁷⁷¹. Opera en estos casos la “prohibición de regreso”¹⁷⁷² o “prohibición de retroceso”¹⁷⁷³, cuyo límite se halla en la creación de “un riesgo especial de continuación delictiva”¹⁷⁷⁴ o en la existencia de deberes especiales de control de peligros¹⁷⁷⁵.

Desborda el objetivo del presente trabajo analizar de forma detenida cada uno de los criterios utilizados por la doctrina para la caracterización y la exclusión de admisibilidad de la creación de un riesgo. Lo que se quiere poner de relieve es que en esta discusión lo que se analiza es la determinación de las reglas de cuidado que hacen evitables perjuicios a intereses jurídicos¹⁷⁷⁶, y este debate por supuesto no se inicia con la moderna teoría de la imputación objetiva, sino que ya se desarrollaba por lo menos desde principios del pasado siglo un consistente trabajo en la dogmática penal dirigido a la concreción de las medidas de cuidado, lo que queda reflejado, por ejemplo, en la obra *Exner*. Más recientemente, la dogmática penal viene afirmando con especial vigor que este tema está relacionado

¹⁷⁷⁰ PUPPE, *Das system*, p. 206; FRISCH, *Objektive Zurechnung*, pp. 119-120. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 85-93; Greco expresa esta idea de la siguiente manera: “... inexistente riesgo jurídicamente desaprobado caso o autor se limite a contribuir para que a víctima se coloque em perigo” (GRECO, *Imputação objetiva*, p. 69).

¹⁷⁷¹ ROBLES, *La participación*, p. 291. Como sostiene Jakobs, “El Derecho Penal no puede estabilizar como expectativa respecto del comportamiento de otros que nadie le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo. Esto no significaría otra cosa que esperar que casi ningún comportamiento tenga lugar, ya que prácticamente todo puede convertirse en una pieza funcional de algún plan delictivo” (JAKOBS, *La prohibición de regreso*, p. 370).

¹⁷⁷² Robles advierte que “el desarrollo de la teoría de la ‘prohibición de regreso muestra que se trata de la teoría de la imputación aplicada a la participación’” (ROBLES, *La participación*, p. 80). En otro trabajo Robles afirma que “el problema que subyace a la teoría de la prohibición de regreso es hacer responsable a alguien como autor de un delito imprudente cuando materialmente, se trata de contribuciones secundarias, de menor importancia que las de autoría, y que, por consiguiente, deberían ser constitutivas de mera participación imprudente en un delito doloso” (ROBLES, *Imprudencia*, pp. 225-226).

¹⁷⁷³ ROBLES, *La participación*, p. 291.

¹⁷⁷⁴ ROBLES, *La participación*, p. 291. El concepto de riesgo especial lo explica Robles: “... para poder afirmar la imputación será necesario exigir que el sujeto configure su conducta de tal manera que esta pase a formar parte inequívoca del hecho delictivo, o con otras palabras, será necesario que realice una conducta de adaptación al hecho delictivo posterior. Sólo así surge el riesgo especial de continuación delictiva que fundamenta el injusto de la intervención en el delito” (ROBLES, *La participación*, p. 306). Robles concreta esta idea: “cuanto más cercana esté la producción del delito más fácil será determinar si estamos o no ante una conducta de adaptación... cuanto más disponible para cualquiera y más ubicua sea la aportación, más fácil será negar la presencia de intervención punible... resultará más fácil negar la adaptación en contextos altamente regulados. En ellos será, por regla general, el estándar normativo el que marque de manera objetiva la frontera entre lo que cae dentro de lo permitido y lo que ya puede interpretarse como conducta de adaptación a las necesidades de otro” (ROBLES, *La participación*, pp. 306-307,315). Sobre este tema, Jakobs afirma que “en los casos en que concurre un comportamiento que no es directamente lesivo, es necesario averiguar cuándo hay razones para que el plan de otro ataña a quien causa de manera mediata... si la garantía jurídico-penal de la norma ha de garantizar seguridad de expectativas, la pena debe reaccionar frente a un comportamiento que no pueda ser interpretado como compatible con el modelo de mundo esbozado por la norma” (JAKOBS, *La prohibición de regreso*, p. 371). En otro artículo, Jakobs señala la importancia del significado del comportamiento en el contexto en el que se realiza (JAKOBS, *Acesoriedad*, p. 755).

¹⁷⁷⁵ ROBLES, *La participación*, pp. 292-299. JAKOBS, *Acesoriedad*, p. 753: este autor habla de “la existencia de una posición de garantía que sirve justo para que se eviten daños del bien implicado”

¹⁷⁷⁶ GÖSSEL, *Viejos y nuevos caminos*, p. 18: “La observancia de reglas de cuidado es lo que hace evitables perjuicios a bienes jurídicos”.

con la delimitación de la libertad de actuación¹⁷⁷⁷. Los peligros son ubicuos en la vida social¹⁷⁷⁸ y por esta razón “el mandato fundamental de no lesionar bienes jurídicos ajenos (*neminem laede*) no puede reclamar validez ilimitada en la sociedad actual”¹⁷⁷⁹. El establecimiento de exigencias muy extensivas para evitar riesgos mínimos implicaría una sobrecarga para el ciudadano y el esfuerzo sería constante y excesivo, como ya advertía *Binding*¹⁷⁸⁰, lo que resultaría en una intolerable limitación de la libertad¹⁷⁸¹. La consecuencia de esta medida tan rígida sería que todo participante en el tráfico rodado y en la actividad quirúrgica quedaría de forma continua con “más de un pie en la cárcel”¹⁷⁸². En atención a estas ponderaciones, la dogmática penal viene construyendo a lo largo de más de un siglo criterios normativos para atribuir y limitar la responsabilidad distinta de la mera referencia a la causación del resultado o la previsibilidad abstracta. Esto se refleja directamente en el ámbito de la determinación de la imprudencia, pues en este punto ni siquiera los antiguos adeptos de la culpabilidad de voluntad ni los finalistas lograron ocultar – pese a sus esfuerzos – que son los criterios objetivo-normativos los que determinan la desaprobación de la conducta.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la imputación objetiva requiere una comprensión adaptada a las nuevas concepciones de delito que, como advierte *Robles*, “lo definen, ante todo, como infracción de un deber, a saber, como lesión de la norma que obliga al ciudadano a comportarse respetando las fronteras de la libertad jurídicamente reconocida”¹⁷⁸³. En ese sentido, de acuerdo con el mismo autor, “la ‘teoría de la imputación objetiva’ tiene ante sí la compleja tarea de desentrañar el significado de la conducta en cuestión para el mundo de las normas jurídico-penales”¹⁷⁸⁴ y este significado del comportamiento como infractor de la norma solo puede derivar de la situación concreta, es decir, “del contenido expresivo de la propia conducta a la luz de la norma”¹⁷⁸⁵. Para responder a esta cuestión, no solo es determinante la delimitación de las competencias del ciudadano

¹⁷⁷⁷ FRISCH, Comportamiento típico, pp. 86-87; EL MISMO, *Imputación objetiva*, pp. 25-28; KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko*, p. 212; JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 243; ROBLES, *Reflexiones*, pp. 75-76;

¹⁷⁷⁸ Como señala *Frisch*, “toda acción (conducta) puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien” (FRISCH, *Imputación objetiva*, p. 25). Así, también, *Zielinski*: “Erfahrungsgemäß bergen fast alle Handlungen im sozialen Raum Gefahren für Rechtsgüter in sich” (ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, p. 169). *Exner* afirmaba algo parecido: “... der Mensch ist unaugesetzt umgeben von zahllosen Möglichkeiten, fremde Rechtsgüter zu verletzen und zu gefährden” (EXNER, *Das Wesen*, p. 81).

¹⁷⁷⁹ SCHÜRER-MOHR, *Erlaubten Risiken*, p. 165: “Das grundsätzlich Gebot, fremde Rechtsgüter nicht zu beeinträchtigen (*neminem laede*), kann in der heutigen Gesellschaft keine ungeschränkte Geltung beanspruchen”. Como afirma *Stratenwerth*, “no se puede prohibir... toda conducta que ponga en peligro intereses jurídicamente protegidos” (STRATENWERTH, *Derecho Penal*, p. 423).

¹⁷⁸⁰ BINDING, *Normen*, IV, pp. 548-549. Asimismo, HÄLSCHNER, *Strafrecht*, pp. 317-318; EXNER, *Das Wesen*, p. 81; WELZEL, *Derecho Penal*, p. 141

¹⁷⁸¹ SCHÜRER-MOHR, *Erlaubten Risiken*, p. 165. Entre otros, *Gössel* pondera correctamente que “una reflexión timorata de todas las posibles reglas de cuidado conduciría a una considerable paralización del progreso técnico, inclusive del social, pues condenaría al hombre, en gran parte, a la inactividad” (GÖSSEL, *Viejos y nuevos caminos*, p. 24).

¹⁷⁸² MIKUS, *Verhaltensnorm*, p. 33.

¹⁷⁸³ ROBLES, *La “teoría de la imputación objetiva”*, pp. 31-32.

¹⁷⁸⁴ ROBLES, *La “teoría de la imputación objetiva”*, p. 35.

¹⁷⁸⁵ ROBLES, *La “teoría de la imputación objetiva”*, p. 36.

en el contexto de interacciones sociales, sino también las circunstancias relacionadas con la situación concreta y su autor¹⁷⁸⁶, datos empíricos que recibirán tratamiento normativo ante las exigencias jurídicas que se pueden hacer al individuo en su papel de ciudadano. La insuficiencia de la comprensión de la imputación objetiva y de la imprudencia desconectada de la situación individual es lo que explica, por ejemplo, que *Roxin*¹⁷⁸⁷ se vea obligado a “extender mediante una analogía cuidadosa la exculpación en los hechos imprudentes”¹⁷⁸⁸ y admitir la inexigibilidad “en el ejemplo académico de la mujer que, al comunicársele que su marido ha sufrido un accidente grave, corre al lugar de la desgracia y olvida, en su estado de agitación, apagar la plancha, que provoca entonces un incendio”¹⁷⁸⁹. En realidad, de lo que se trata es de la pregunta sobre la desconsideración de la exigencia de cuidado por el individuo en la situación concreta¹⁷⁹⁰ en su papel de ciudadano – es decir, lo que se busca es determinar si hay infracción de la norma penal en la situación concreta –, que en el caso debe ser negada, puesto que en la situación lo que se expresa no es un incumplimiento de reglas de cuidado, sino la inevitabilidad del comportamiento (es decir, la falta de exigencia individual de evitación dadas las circunstancias concretas).

IV.4. Conocimiento y desconocimiento: ¿imprudencia inconsciente?

En 1856, *Herrmann* se refería al concepto histórico-jurídico de “luxuria” como la forma más grave de imprudencia, pero destacaba que esta calificación no estaba relacionada con la previsión o no previsión del resultado¹⁷⁹¹: “una imprudencia condenable puede pasar por alto las consecuencias más cercanas y aun así permanece como luxuria; mientras que el recelo y la preocupación pueden

¹⁷⁸⁶ En ese sentido, *Lesch*: “Die Definition des unerlaubten Risikos ist aber, wie schon angedeutet, nicht nur von konkreten Handlungskontext, sondern darüber hinaus auch von der Person des konkreten Täters, genauer: von seinen ‘geistigen und körperlichen Verhältnissen’, noch genauer: von seiner physischen und intellektuellen Fähigkeit zur Normbefolgung resp. von seiner Zurechnungsfähigkeit abhängig” (*LESCH, Verbrechensbegriff*, p. 251). Esta perspectiva se aleja de la comprensión de la teoría de la imputación objetiva criticada por *Duttge* por su falta de consideración de las peculiaridades del caso concreto (*DUTTGE, §15 - Münchener Kommentar*, p. 599).

¹⁷⁸⁷ *Pawlik* critica la concepción de imprudencia de *Roxin* pues no tiene en cuenta la perspectiva subjetiva (*PAWLIK, Das Unrecht*, p. 342 y nota 517. También de forma crítica, *Sauer* llama la atención sobre la semejanza entre la concepción de *Roxin* y la imprudencia objetiva (*SAUER, Fahrlässigkeitsdogmatik*, pp. 201-203), sin integrar la perspectiva del sujeto en la situación concreta.

¹⁷⁸⁸ *ROXIN, Derecho Penal*, p. 1041.

¹⁷⁸⁹ *ROXIN, Derecho Penal*, p. 1041.

¹⁷⁹⁰ En ese sentido, *Jeschek, Derecho Penal*, p. 643. Sobre el deber de cuidado, *Jeschek* afirma: “dicho deber puede, por tanto, no solo ser restringido a través de déficits en la persona del autor sino también, aunque en casos excepcionales, por medio de las especialidades de la situación de hecho”. Sobre el ejemplo académico citado por *Roxin* (de acuerdo con este autor, el ejemplo es de *NOWAKOWSKI*, en *Juristische Blätter*, 1953, 509), *Hoyer* sostiene que el comportamiento de la mujer ya no puede verse como infractor del cuidado individual (*HOYER, Systematischer Kommentar*, p. 48). *Hoyer* critica la “analogía cautelosa” propuesta por *Roxin* en base al §35 del Código Penal Alemán, pero acepta la comprensión individualizada del deber de cuidado, con lo que parece posible afirmar que en su opinión la exigibilidad/inexigibilidad es incorporada a la concreción del deber individual de cuidado, tal y como se sostiene en el texto.

¹⁷⁹¹ “Die Quellen sprechen von **luxuria** dann, wenn ein leichtsinniges, frivoles Spiel, ein **lusos perniciosus**, mit dem fremden Wohle getrieben worden ist, – was offenbar mit dem Voraussehen oder Nichtvoraussehen des Erfolges gar nicht wesentlich zusammenhängt” (*HERRMANN, Absicht und Vorsatz*, p. 475).

imaginarse previamente como posibles –aunque sin contar con que sucedan– una complicada relación causal que realmente acaece de la manera prevista, pero aun así el caso no será de luxuria”¹⁷⁹². De acuerdo con *Herrmann*, sostener lo contrario conllevaría premiar la irreflexión¹⁷⁹³. La misma opinión sobre la ausencia de relación de gravedad entre la imprudencia consciente y la inconsciente la expresaron en las primeras décadas del pasado siglo por *von Bar*¹⁷⁹⁴, *Exner*¹⁷⁹⁵, *von Hippel*¹⁷⁹⁶, *Dohna*¹⁷⁹⁷, *von Liszt*¹⁷⁹⁸ y *Binding*¹⁷⁹⁹. Lo que esta postura manifiesta es que la mera previsión psicológica de un resultado lesivo no debe considerarse condición suficiente para desvalorar este comportamiento y tampoco puede verse como un indicador de mayor gravedad en el ámbito de los delitos imprudentes¹⁸⁰⁰. Como sostiene *Jakobs*, “la imprudencia grave no se determina con base en la

¹⁷⁹² “Ein frevelhafter Leichtsin kann die nächstliegenden Folgen übersehen, und bleibt dennoch Luxuria; und die Aengstlichkeit und Bedenklichkeit kann einen complicirten Causalzusammenhang, der sich wirklich so fügt, vorher als möglichen sich vorgestellt, aber auf sein Nicheintreten gerecht haben, und wird dadurch noch nicht Luxuria” (HERRMANN, *Absicht und Vorsatz*, p. 475).

¹⁷⁹³ “Es hieße eine Prämie, auf den Leichtsin setzen wenn man seinen Höhepunkt, den er eben in dem das Denken an die Folgen ausschließenden Uebermüthe erreicht, aus dem Gebiete der Luxuria verweisen, und diese nur eintreten lassen wollte, wenn das Denken die in der Handung eingeschlossene Möglichkeit des Erfolgs sich vergegenwärtigt hat” (HERRMANN, *Absicht und Vorsatz*, p. 476)

¹⁷⁹⁴ “Dagegen ist die Einteilung der Fahrlässigkeit in unbewußte und bewußte mit der Bedeutung, daß letztere die strafbare Form sein soll, innerlich völlig unrichtig und zugleich unpraktisch” (VON BAR, *Gesetz*, p. 459).

¹⁷⁹⁵ EXNER, *Das Wesen*, p. 215.

¹⁷⁹⁶ “Die Einteilung in bewußte und unbewußte ist wertvoll zum psychologischen Verständnis des Wesens der Fahrlässigkeit, sie bietet aber keinen Maßstab für die Bestrafung. Insbesondere ist die bewußte Fahrlässigkeit nicht, wie gelegentlich immer angenommen wird, der regelmäßig strafwürdigere Fall” (VON HIPPEL, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 584).

¹⁷⁹⁷ “Nicht nur kann die Sorglosigkeit, mit der ein Mensch von der unmittelbar drohenden Folgen seines Tuns die Augen verschließt, einen viel größeren Schuldgehalt aufweisen, wie die Zuversicht, mit der ein anderer die als möglich erkannte Folge innerlich ablehnt, sondern es grenzt sogar die bewußte Fahrlässigkeit dort unmittelbar an die Strafflosigkeit an, wo die Unwahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts eine so große ist, daß die Vornahme der Handlung trotz der Voraussicht jener entfernten Möglichkeit als Verschulden nicht mehr in Anschlag zu bringen ist” (DOHNA, *Schuldlehre*, p. 327).

¹⁷⁹⁸ Falsch aber wäre es, die bewusste Fahrlässigkeit als die schwerere Schuldform zu betrachten. Denn danach würde der umsichtige Täter, der die entferntesten Folgen ängstlich zuvor abwägt und nach sorgfältiger, aber zu einem unrichtigen Ergebnis gelangender Prüfung die Kausalität ablehnt, ungleich strenger behandelt, als der gedankenlose Bummler” (VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 188, nota a pie de página 1).

¹⁷⁹⁹ Contra la concepción de la imprudencia consciente como la forma principal de culpa, *Binding* afirma: “sie missachten die Wahrheit, dass die Nichtberucksichtigung einer als sehr entfernt erkannten oder wenigstens angenommenen Möglichkeit eine minimale, umgekehrt die vollständige unterlassene Erwägung sehr nahe liegender grosser Gefahr eine unübertrefflich höchste Stufe der Fahrlässigkeit bedeuten kann” (BINDING, *Normen IV*, p. 470).

¹⁸⁰⁰ En ese sentido, entre otros, *Tenckhoff*: “Vor allem kann aber die bewußte Fahrlässigkeit nicht als grobe, also als graduell schwerwiegendere angesehen werden, wenn Fälle denkbar sind, in denen der Leichtsin des bewußt Fahrlässigen, der nur ganz entfernt mit der Möglichkeit des Erfolgseintritts gerechnet hat, weniger schwer wiegt als die Gleichgültigkeit dessen, der an einer Gefahr überhaupt nicht gedacht hat” (TENCKHOFF, *Die leichtfertige Herbeiführung*, p. 904); *Schroeder*: “Bei der Strabemessung gilt die bewußte Fahrlässigkeit nicht regelmäßig als schwerer als die unbewußte” (SCHROEDER, *Die Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 266); *Hirsch*: “Man hat bereits verschiedentlich darauf hingewiesen, daß Fälle unbewusster Fahrlässigkeit nicht notwendig leichter sein müssen als die bewußten. Die Unbewußtheit kann gerade auf besonderer Skrupellosigkeit oder Gleichgültigkeit beruhen” (HIRSCH, *Unrecht*, p. 535); *Stratenwerth*: “... a la diferencia entre imprudencia consciente e inconsciente no se vincula una graduación de gravedad del ilícito” (STRATEWERTH, *Derecho Penal*, p. 426); *Vogel*: “In der Tat kann das Vertrauen darauf, die als möglich erkannte Tatbestandsverwirklichung vermeiden können berechtigt und nachvollziehbar sein, was dazu führen kann, dass der Unrechts- und Schuldgehalt geringer als bei grober oder gröbster unbewusster Fahrlässigkeit (Tatsachenblindheit) ist” (VOGEL, *Leipziger Kommentar*, pp. 1052-1053); *Mir Puig*: “Puede constituir imprudencia grave tanto la culpa consciente como inconsciente” (MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 288). La consecuencia irrazonable del pensamiento contrario también se expresa en las siguientes palabras de *Voßgätter*: “Ein skupellhafter Autofahrer, der ständig über die Gefährlichkeit seines Verhalntes siniert und immer an die Möglichkeit einer Tötung eines anderen Verkehrsteilnehmer

cercanía de la evitación que se actualiza (en el prever) psíquicamente, sino con base en la cercanía de la evitación que deriva de la situación (conocida)”¹⁸⁰¹. Por supuesto, esta cercanía se reflejará la mayoría de las veces en el reconocimiento del peligro¹⁸⁰², pero la prueba de este reconocimiento psicológico no es constitutivo para la caracterización de la imprudencia ni determinante para su mayor gravedad, puesto que, como advertía con vehemencia *Hart* hace algunas décadas, lo que fundamenta el castigo en la imprudencia inconsciente no es el estado mental del agente¹⁸⁰³ –conclusión que se aplica de la misma forma a la imprudencia consciente¹⁸⁰⁴ –, sino el no cumplir con la exigencia de evitación que recae sobre el sujeto concreto en la situación dada¹⁸⁰⁵.

Cuando *Köhler* afirma que la constatación de la tipicidad interna (subjetiva) puede comprobarse en el caso concreto por las circunstancias externas indicativas de una imprudencia grave¹⁸⁰⁶, lo que hace es operar en la conocida línea tenue entre prueba y concepto, tan discutida en el ámbito del delo¹⁸⁰⁷. Este modo de proceder, que expresa una tendencia hacia la objetivación de la imputación subjetiva¹⁸⁰⁸, no es compatible con la opinión tajante de *Köhler* cuando rechaza de

denkt, müßte trotz Einhaltung aller Verkehrsvorschriften bestraft werden, wenn es zum tödlichen Unfall kommt” (VOBGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren*, p. 149).

¹⁸⁰¹ JAKOBS, *El delito imprudente*, p. 335; El mismo, *Derecho Penal*, p. 382

¹⁸⁰² JAKOBS, *El delito imprudente*, p. 335, nota a pie de página 84: “Si bien el hecho de que las consecuencias sean palmarias frecuentemente conducirá a la imprudencia consciente”. Asimismo, *Bockelmann*, quien sostiene que la forma más grave de imprudencia (“Leichtfertigkeit”) normalmente coincidirá con la consciencia del peligro, pero el autor advierte que esta coincidencia no sucede de forma necesaria en todos los casos (BOCKELMANN, *Aufsätze*, pp. 217-218).

¹⁸⁰³ HART, *Negligence*, pp. 147-148.

¹⁸⁰⁴ De forma similar a lo que sostenía *Herrmann*, *Pérez del Valle* ha afirmado recientemente que “en una solución de carácter psicológico, o que pretenda obtener con criterios normatizados la realidad interna del sujeto, resultaría seriamente perjudicado el sujeto escrupuloso, frente al descuidado” (PÉREZ DEL VALLE, *Tipo subjetivo*, p. 152).

¹⁸⁰⁵ En la imprudencia, al contrario de lo que sucede en los supuestos dolosos –evitabilidad jurídica calificada–, la evitabilidad es valorada como “no calificada”. En ese sentido, *Jakobs*: “Así como el dolo no pertenece a la acción en cuanto hecho psíquico, sino como forma de evitabilidad cualificada, en la imprudencia tampoco se trata directamente de una disposición del autor que haga posible el conocimiento, sino de esta disposición como forma de evitabilidad” (JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 381). Asimismo, *Pérez del Valle*: “La culpa, como el dolo, son manifestaciones diferentes de evitabilidad personal, y es esto lo que fundamenta la sanción y la diferencia de sanción; en ese sentido, la imputación de la culpa en términos de evitabilidad no es irregular ni, por tanto, excepcional, sino simplemente una medida de evitabilidad menos grave que la del dolo... la imprudencia tiene un contenido concreto y no significa simplemente excepción al dolo o ausencia de dolo; más bien, significa, cuantitativamente, evitabilidad distinta a la del dolo y con una carga de responsabilidad distinta” (PÉREZ DEL VALLE, *Tipo subjetivo*, pp. 145, 148-149, 169).

¹⁸⁰⁶ “Der objektive Tatbestand des schweren (groben) Fahrlässigkeit und der subjektive Tatbestand bewußter Fahrlässigkeit müssen einander entsprechen. Hinsichtlich der Feststellung des inneren Tatbestands im Einzelfal kann freilich der äußere Sachverhalt grober Fahrlässigkeit ein Beweisgrund sein” (KÖHLER, *Strafrecht*, pp. 191, 201).

¹⁸⁰⁷ Véase Véase HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, pp. 145 y ss.; y RAGÜES, *El dolo y su prueba*, pp. 362-377 y pássim.

¹⁸⁰⁸ Si bien es preciso reconocer que el tema es muy discutido, lo que se destaca en esta tendencia es la expresividad de las circunstancias objetivas y no la prueba de un dato psíquico en la mente del sujeto. Cuando habla del antiguo concepto de “dolos ex re”, *Volk* sostiene el carácter intercambiable de las reglas procesales y las reglas materiales: “Man kann allerdings darüber streiten, ob diese neuen Zuordnungsregeln eine materiellrechtliche Bedeutung haben und den Begriff des Vorsatzes betreffen, oder ob sie von seinem Beweis handeln und neue Indizienschlüsse kreieren. Siche ist, daß solche ‘Indikatoren’ des Vorsatzes den Begriff erst ‘anwendbar machen’. Es hängt im Grunde nicht davon ab, wie man sich entscheidet – wir befinden uns in einem Bereich in dem prozessuale und materiell-rechtliche Regelungsweisen austauschbar sind” (VOLK, *Dolus ex re*, p. 618). Esta postura parece reconocer que al fin y al cabo se trata de buscar el reconocimiento de circunstancias objetivas y su valoración para la imputación dicha subjetiva.

forma vehemente la imprudencia inconsciente y exige una decisión voluntaria dirigida al peligro¹⁸⁰⁹. La consecuencia es que este autor se ve obligado a matizar su postura y a admitir supuestos en los que las circunstancias objetivas no deben ser determinantes¹⁸¹⁰, pero sin aclarar de forma suficiente cómo identificar estos supuestos “especiales”. Lo que debe subrayarse entonces en el ámbito de los delitos imprudentes es que la (des)valoración se basa en el comportamiento del autor ante las circunstancias concretas que se presentan en función de quién es este agente concreto y qué se le puede exigir en su papel de ciudadano. Esto lleva a la conclusión ya expresada de que el conocimiento o reconocimiento de las circunstancias fácticas del peligro y del carácter peligroso de los hechos no coincide con el fundamento de la imprudencia y no sirve como baremo para determinar su gravedad. En definitiva, es posible coincidir con la opinión de *Puppe* y concluir en este capítulo final del trabajo que “la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente solo tiene importancia teórica desde el punto de vista clasificatorio, pero carece de importancia normativa”¹⁸¹¹.

Para la determinación del comportamiento imprudente – lo que se aplica asimismo al comportamiento doloso –, deben considerarse todos los criterios ya mencionados con anterioridad para la determinación del riesgo permitido o infracción del deber de cuidado en el contexto de la situación y del agente. Esto puede reformularse con las nociones de competencia¹⁸¹² y evitabilidad jurídica individual, conceptos cuya integración resultará en la cuestión definitiva sobre la exigencia de evitación en la situación dada o la desconsideración de las exigencias para el mantenimiento de un estado de libertad, en la perspectiva de *Pawlik*¹⁸¹³. Del ámbito de las competencias se originan marcos para las exigencias al ciudadano, ya sea para descargar al agente en la situación concreta, ya sea para indicar las condiciones apropiadas en la realización de actividades o en las distintas situaciones de la vida social, lo que incluye la búsqueda de preparación y conocimientos. Pero la exigencia que procede de la competencia halla su límite en la evitabilidad (normativa) individual¹⁸¹⁴, y a su vez, de forma recíproca, la evitabilidad jurídica individual puede ampliar también el ámbito de las competencias¹⁸¹⁵

¹⁸⁰⁹ KÖHLER, *Strafrecht*, pp. 200-201.

¹⁸¹⁰ KÖHLER, *Strafrecht*, p. 200.

¹⁸¹¹ PUPPE, *Dolo e imprudencia*, p. 40.

¹⁸¹² En ese sentido, *Jakobs* sostiene que “el criterio clave de la teoría de la imputación jurídico-penal” es “la ‘competencia’, el ‘ser-competente’, ya sea competencia a consecuencia de un *status* negativo – el deber de no dañar a los demás –, ya sea consecuencia de un *status* positivo – el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común” (*JAKOBS, La imputación penal*, pp. 198-199). Asimismo, *PAWLIK, Das Unrecht*, pp. 157-158.

¹⁸¹³ Cuando se refiere a la naturaleza del delito, *Pawlik* afirma: “...er besteht in einer Mißachtung der von Rechtsgemeinschaft erhobenen Forderung, sich an der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes der Freiheitlichkeit zu beteiligen” (*PAWLIK, Das Unrecht*, p. 157).

¹⁸¹⁴ Como advierte *Hart*, “if our conditions of liability are invariant and not flexible, i.e., if they are not adjusted to the capacities of the accused, then some individuals will be held liable for negligence though they could not have helped their failure to comply with the standard” (*HART, Negligence*, p. 155). Hay que resaltar que esta evitabilidad individual tiene en cuenta la realidad del sujeto bajo la óptica normativa.

¹⁸¹⁵ Como sostiene *Jakobs*, “individualizar la imputación también entraña generar responsabilidad” (*JAKOBS, La imputación penal*, p. 468).

en determinadas situaciones¹⁸¹⁶. Por esta razón no es conveniente hablar de perímetros segregados (espacialmente) y de etapas sucesivas (temporalmente), sino de ámbitos que se integran para responder a la indagación sobre la exigencia de evitación en la situación concreta en aras al mantenimiento del estado de libertad¹⁸¹⁷.

En la imprudencia, “son los estándares (formulados en reglas escritas o no) del sector correspondiente los que determinan el ámbito de lo jurídicamente garantizado”¹⁸¹⁸. Estos estándares que han de ser cumplidos se corresponden con las expectativas que recaen sobre quienes se hallan en determinadas posiciones¹⁸¹⁹ en la vida cotidiana, en otras palabras, están asociados a los roles ocupados en el contexto de que se trate¹⁸²⁰. Desde la perspectiva sociológica, “el rol será un constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan al comportamiento de los portadores de posiciones en una sociedad dada”¹⁸²¹. Estas expectativas sociales se reflejan en el Derecho, que “adscribe a quienes ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción determinados cometidos”. En cuanto a la imprudencia, *Merkel* ya postulaba (1889) que su contenido preciso debe resultar de la representación de la vida en común¹⁸²². Este autor sostenía que cada uno está vinculado a tomar en consideración, en las situaciones de la vida, las condiciones de compatibilidad de su comportamiento con los intereses de los demás, en correspondencia con las reglas de experiencia de los distintos sectores y profesiones, los conocimientos científicos y las reglas jurídicas sectoriales¹⁸²³. Estos estándares existentes en los distintos ámbitos de la vida en común están asociados a disposiciones orientadas a la prevención y el control de riesgos cuya adopción tiene muchas veces como presupuesto la posesión de conocimientos consolidados por la experiencia. Por esta razón, el agente que actúa en un cierto ámbito social está llamado a acceder a estas instrucciones y asimismo a observar las reglas de experiencia que indican los medios apropiados para la obtención de

¹⁸¹⁶ Esto sucede con los casos de “conocimientos especiales”, en los que el ámbito de competencia del agente es ampliado cuando en la situación concreta puede evitar un resultado proporcionalmente grave con un comportamiento que proporcionalmente conlleva una pequeña limitación de su libertad, regla que, al fin y al cabo, amplía la libertad general de todos los participantes de la vida social. Por tanto, no debe ser absoluta la regla según la cual la consideración de los “conocimientos especiales” depende de su relación con el rol específico del sujeto en la situación dada. Para mantener el pensamiento de los roles, puede afirmarse que el rol de ciudadano puede extenderse en estos casos en función de la evitabilidad jurídica individual.

¹⁸¹⁷ La pregunta, de acuerdo con *Pawlik*, es la siguiente: “Welche Art und Weise des Umgangs mit jenen Freiheitsbelangen aber wird dem einzelnen Bürger in einer bestimmten Situation von Strafrecht abverlangt?” (*PAWLIK, Das Unrecht*, p. 157).

¹⁸¹⁸ ROBLES, *La “teoría de la imputación objetiva”*, p. 36.

¹⁸¹⁹ PIÑA, *Rol social*, p. 352.

¹⁸²⁰ JAKOBS, *Sobre el tratamiento*, p. 467: “Por lo general, en la vida cotidiana, las personas se encuentran como sujetos que desempeñan un rol, por ejemplo, el de médico, artesano, policía, etc. Las expectativas que se generan en relación con el rol dependen del rol, o expresado de manera precisa, *forman parte* del mismo”.

¹⁸²¹ PIÑA, *Rol social*, p. 145.

¹⁸²² Sobre la imprudencia y las leyes, *Merkel* decía: “Sie verwenden den Begriff der Fahrlässigkeit, ohne ihn zu entwickeln, und weisen uns damit an, den genaueren Inhalt dieses Begriffs den Vorstellung des gemeinen Lebens zu entnehmen” (*MERKEL, Lehrbuch*, p. 87)

¹⁸²³ *MERKEL, Lehrbuch*, p. 87.

conocimientos fácticos sobre la situación concreta¹⁸²⁴ que suelen ser relevantes para evitar y controlar riesgos (v.g., parar y observar los alrededores antes de realizar una conducta potencialmente lesiva)¹⁸²⁵. De esto resulta que del rol ocupado por el sujeto en el contexto que actúa se derivan expectativas de conocimiento.

En algunos ámbitos tradicionales de garantía derivados de roles especiales¹⁸²⁶, esta expectativa de conocimiento surge con especial relevancia. Como destaca *Pawlik*, quien se decide a operar en un ámbito de actuación vinculado a una relación jurídica especial debe asumir la carga de buscar los conocimientos necesarios para el ejercicio de esta actividad¹⁸²⁷. El sujeto que se presenta como portador de unas determinadas competencias especiales no podrá beneficiarse de la alegación de ausencia de estas mismas competencias en la discusión sobre su responsabilidad¹⁸²⁸. En ese sentido, la observación de *Binding* tiene actualidad cuando afirma que determinados ramos profesionales exigen el máximo cuidado¹⁸²⁹. Lo mismo dijo *Engisch* con expresivas palabras: “quien elige una profesión que conlleva peligros no puede quejarse de estar sufriendo una carga muy intensa resultante del deber de prestar atención al Derecho”¹⁸³⁰. En estos casos, las expectativas de conocimiento y capacidad derivan del ejercicio de autonomía del ciudadano cuando decide operar en el ámbito de un determinado rol especial. Las reglas sectoriales juegan un papel decisivo, en la medida en que contienen en general los procedimientos adecuados para evitar riesgos y adquirir los conocimientos fácticos necesarios para identificar y controlar riesgos (por ejemplo, la prescripción al médico de realizar un determinado examen ante un determinado síntoma del paciente). Pero la especial expectativa de conocimiento de las prácticas sectoriales de control de peligros no se origina

¹⁸²⁴ Por ejemplo, el cumplir con los controles de seguridad puede aportar el conocimiento sobre el riesgo que quedaría oculto de no observar la reglas que imponen los controles (BURKHARDT, *Conducta típica y perspectiva ex ante*, p. 182).

¹⁸²⁵ En estos ámbitos regulados existen lo que *Ast* denomina *normas generales*, que ya describen los comportamientos que deben evitarse, lo que facilita la tarea de reconocimiento de la norma en la situación concreta por el ciudadano y que, a la vez, repercute en la exigencia de conocimiento: “Die einfachere Operation ist die Ableitung von Situationshandlungsnormen aus generalisierten Handlungsnormen. Der Handelnde muss dann nur die Handlungssituation richtig deuten. Er braucht keine Prognose über die möglichen Wirkungen seines Handelns zu treffen, sondern diese ist mit der Handlungsnorm bereits gegeben. Bei einfachen Verhältnissen oder zur Vereinfachung lässt sich sagen, dass der Normgeber selbst diese Prognose getroffen und die normativen Folgen daraus gezogen hat. Generalisierten Handlungsnormen sind zum Beispiel Straßenverkehrsregeln oder die Regeln der ärztlichen Kunst” (*AST, Normentheorie*, pp. 28-29).

¹⁸²⁶ PIÑA, *Rol social*, pp. 419-421.

¹⁸²⁷ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 331. En el mismo sentido, *Ast*: “Andererseits gelten für Handelnde, die wie zum Beispiel Ärzte auf bestimmte Aufgaben spezialisiert sind, h’here, rollenspezifische Anforderungen, weil andere Fähigkeiten und Kenntnisse voraussetzen sind” ((*AST, Normentheorie*, p. 30)

¹⁸²⁸ PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 331, 344: “Eine Verschiebung des generellen Erwartungsniveaus kann sich freilich ebenso wie im Bereich der Verbotsirrtümer im engeren Sinne aus der vom Täter an den Tag gelegten Selbstdarstellung ergeben. Wer als Expert auftritt, der muß sich als experte behandeln lassen”.

¹⁸²⁹ BINDING, *Normen, IV*, pp. 549-550.

¹⁸³⁰ ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 321: “Für manche Berufe ist die ständige Erfüllung der Rechtsbeachtungspflicht ebenso Bestandteil der Berufsausübung wie mit anderen Berufen Konzentration, Nachdenken, Überlegung und Aufmerksamkeit in anderer Richtung notwendig verbunden ist. Hat man einen solchen gefahrbringenden Beruf gewählt, so kann man sich nicht über eine zu starke Belastung durch die Rechtsbeachtungspflicht beklagen”.

solo a partir de una relación profesional, sino que recae sobre quien decide actuar en ámbitos de creación de riesgos que se sitúan por encima de la media – ello porque en los ámbitos de actividades que conllevan estos peligros suele existir una serie de reglas dirigidas a la captación y control de estos riesgos, como se ha mencionado antes –, de lo que una vez más resulta la conexión entre regulación sectorial y carga de obtención de conocimientos. En definitiva, puede afirmarse que en términos generales de quien ocupa un determinado rol social se espera que posea los conocimientos inherentes a él¹⁸³¹.

Pero la garantía jurídica que deviene de esta estandarización no es absoluta. El no haber alcanzado el estándar no genera *ipso facto* responsabilidad, puesto que la individualidad que resulta de la situación y del agente puede generar obstáculos a la formación de la expectativa normativa de comportamiento¹⁸³². Como afirma Piña, “la propia diferenciación funcional de los roles dentro de los sistemas sociales no puede desentenderse por completo de los individuos llamados a cumplirlo porque ello, bajo el disfraz de funcionalismo (y constructivismo) radical, no encubre sino la mera disfuncionalidad”¹⁸³³. Esto quiere decir, por una parte, que del titular de un rol se esperan los conocimientos y capacidades que forman parte de este rol. Además, cuanto más está especializado el rol, mayor será la exigencia de conocimiento como condición para evitar y menor la posibilidad de descargarse bajo la alegación de desconocimiento. Sin embargo, por otra parte, las exigencias que resultan del rol no generan responsabilidad de forma aislada del sujeto concreto¹⁸³⁴. Si bien el ciudadano no debe asumir actividades peligrosas sin la preparación y obtención de las informaciones necesarias¹⁸³⁵ – este problema está relacionado con la culpa por asunción – los ciudadanos pueden verse involucrados en posiciones sociales en contextos total o parcialmente determinados por la casualidad. En consecuencia, se tienen en cuenta normativamente las dificultades individuales para desempeñar de forma completamente inocua el rol en el que casualmente pueda verse inmerso el sujeto. Hay que tener en cuenta asimismo la incapacidad que constituye obstáculo a la formación de cualquier expectativa jurídico-penal de comportamiento, como sucede con los niños pequeños y los adultos que vengan a ser reconocidos como inimputables¹⁸³⁶. Asimismo, la situación concreta puede

¹⁸³¹ En ese sentido, Pawlik: “Ein Täter, dem unbekannt ist, was zu wissen von einem Bürger in seiner Rolle erwartet werden darf, muß es sich deshalb grundsätzlich gefallen lassen, daß ihm sein zuständigkeitswidriges Verhalten als Pflichtverletzung zugerechnet wird” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 311).

¹⁸³² JAKOBS, *La autoría mediata*, p. 596.

¹⁸³³ PIÑA, *rol social*, pp. 280-281.

¹⁸³⁴ MANSO PORTO, *Normunkenntnis*, pp. 100-105.

¹⁸³⁵ En palabras de Pawlik: “Jemand, der... im Zuge der Begründung oder Aufrechterhaltung seiner Selbstdarstellung aus belastenden Gründen verkennt, daß er den Rollenanforderungen nicht genügt, begeht bereit dadurch eine Obliegenheitsverletzung, die als Anknüpfungspunkt für seine Strafbarkeit dienen kann” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 345).

¹⁸³⁶ Más allá de estos casos, y respetada la formación de culpa que resulta de la asunción, es preciso considerar que no sería legítimo limitar de forma muy estricta y casi paralizante la libertad de actuación de personas menos capaces. Por esta razón, en el ejercicio de roles usuales y no muy complejos de la vida social, es posible admitir el efecto descargante de desconocimientos e incapacidades, con reducción de la expectativa de comportamiento proporcional a la situación y la

encerrar una dificultad especial de evitabilidad que debe ser considerada bajo la perspectiva normativa¹⁸³⁷.

Más allá de los ámbitos en los que hay reglas jurídicas y reglas de experiencia consolidadas, la evitabilidad individual que caracteriza la imprudencia dependerá todavía más del contexto en que se halla el agente, es decir, de cómo se presenta la situación ante el agente¹⁸³⁸. Sin embargo, esta ausencia de regulación conlleva una expansión de la esfera de libertad del ciudadano en la medida en que su margen de apreciación (“Beurteilungsspielraum”)¹⁸³⁹ a la hora de especificar el comportamiento adecuado a la expectativa normativa en la situación concreta será mayor. Como sostiene *Mikus*, esto conllevará aceptar que no hay tan solo una decisión correcta en la situación, sino que lo más importante será la posibilidad de interpretación de la conducta como “plausible” o “racional”¹⁸⁴⁰, teniendo en cuenta al individuo en su papel de ciudadano. De forma paralela, en cuanto a la responsabilidad por el reconocimiento y control de peligros, tiene importancia el pensamiento de la libertad de organización como contracara de la responsabilidad por las consecuencias, según destaca *Jakobs*: “cuando una persona configura su ámbito de organización tiene que prestar atención para no lesionar a otras personas”¹⁸⁴¹. Además, en general, criterios como *la proximidad del daño* – en otras palabras, la forma más o menos evidente como el peligro se presenta en la situación –, *el valor de los intereses amenazados* – en función de cómo puede interpretarse la situación como una situación de peligro a estos bienes – y *la intensidad del peligro* – es decir, la magnitud con que el peligro se presenta al agente en la situación – vienen siendo utilizados por la dogmática penal a lo largo de al menos tres siglos para determinar la exigencia de evitación en el ámbito del delito

dificultad que acomete el agente. De forma parecida, *Pawlik*: “Von jenen Tätern, die sich zwar Mühe geben, aber aufgrund von kognitiven oder technischen Defiziten nicht das rechtlich Gebotene treffen, sind Deliquenten zu unterscheiden, die psychisch so disponiert sind, daß sie nicht daran imstande sind, das von einem rechtstreuen Bürger in ihrer Lage erwartete Maß an Sorgfalt zu bringen” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 345).

¹⁸³⁷ Esto sucede, por ejemplo, en los casos de inexigibilidad.

¹⁸³⁸ En estos casos, *Ast* se refiere a la necesidad del propio agente de llegar a la determinación del comportamiento adecuado a la norma *de acuerdo con la situación*, para evitar el resultado: “Der Handelnde hat somit eine Prognose über mögliche Kausalverläufe zu treffen. Er muss das projizierte Handeln aus seine Wirkungen hin beurteilen und entsprechende Situationshandlungsnormen ableiten. Das ist nicht nach der Art einer Subsumtion möglich. Es geht nicht nur um das bloße Erkennen und Interpretieren gegebener Handlungssituationen, sondern auch um das Abschätzen von Chancen oder Risiken aktueller oder geplanter Handlungen. Erforderlich ist das Aktivieren von Erfahrungswissen und das Entwerfen und Anpassen von Strategien zum Verursachen oder Vermeiden von Veränderungen” (AST, *Normentheorie*, p. 29).

¹⁸³⁹ MIKUS, *Die Verhaltensnorm*, pp. 174 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 341.

¹⁸⁴⁰ “Nach dem bisherigen Ergebnissen müßte ein strafrechtlicher Beurteilungsspielraum bewirken, daß das Täterverhalten nicht am Vergleichmaßstab der einzig richtigen Entscheidung gemessen sondern vielmehr auf seine Vertretbarkeit stellt darauf ab, ob eine Entscheidung in Anbetracht der vorliegenden Argumente pro und contra noch als plausible oder vernunft bewertet werden kann. Gleichermaßen wäre das Täterverhalten nicht bereits als verboten oder rechtswidrig zu qualifizieren, wenn nicht die optimale Entscheidung getroffen, sondern nur eine unter mehreren (noch) akzeptablen Handlungsoptionen ausgewählt wurde” (MIKUS, *Die Verhaltensnorm*, pp. 176-177).

¹⁸⁴¹ “Wenn eine Person ihren Organisationskreis gestaltet, hat sie darauf zu achten, dass sie andere Personen nicht schädigt” (JAKOBS, *Drei Bemerkungen*, p. 290).

imprudente¹⁸⁴². Por supuesto, estos criterios deberán asociarse a otros aspectos normativos ya mencionados. Hay que considerar los riesgos permitidos, lo que conlleva autorizar la creación de determinados peligros por su utilidad social o legitimación histórica y despalazar el límite del peligro que puede ser generado en la realización de determinadas actividades¹⁸⁴³, como ya reconocía *Exner*¹⁸⁴⁴. Asimismo, es preciso considerar el reparto de las responsabilidades por el peligro entre los sujetos que interactúan.

Cuando en el ámbito de la imprudencia se discuten las expectativas de conocimiento, surge la cuestión de la existencia de un deber jurídico de procurarse conocimientos. En este punto, la opinión de *Jakobs* es correcta cuando afirma que “no hay deber alguno de obtener conocimiento”, sino solo deber de evitación, lo que puede efectuar “el autor obteniendo conocimiento o, cuando no merece la pena el empleo de su atención necesario para ello, omitiendo a ciegas”¹⁸⁴⁵. La exigencia de conocimiento solo adquiere relevancia como condición del deber de evitar¹⁸⁴⁶. Esto es así tanto en los casos en los que el conocimiento del peligro está allí, directamente “al alcance de la mano”, como cuando el agente no adopta las medidas dirigidas a ampliar el conocimiento de las circunstancias

¹⁸⁴² HÄLSCHNER, *Strafrecht*, p. 324: proximidad de la posibilidad del resultado lesivo, valor del bien jurídico y medida de la lesión; EXNER, *Das Wesen*, pp. 199-201: “die Größe der Verletzungsmöglichkeit” y “die Größe der möglichen Verletzung”; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 288: “el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado”; PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 343: “die Größe des drohenden Schadens y “die Intensität der Gefahr”.

¹⁸⁴³ Sin embargo, en ciertas actividades permitidas con potencial de peligro muy intenso para intereses esenciales, en que la posibilidad de anticipación y el conocimiento de métodos de dominio de cursos causales es limitada, como el ámbito atómico, genético o de manipulación de determinadas sustancias químicas o elementos biológicos – *Mikus* se refiere a una inseguridad cognitiva (MIKUS, *Die Verhaltensnorm*, p. 173) –, hay que adoptar la idea de precaución, común en el Derecho ambiental. De acuerdo con *Bottini*, “el principio de precaución tiene su ámbito de aplicación en el conjunto de técnicas o productos en relación a los cuales no existe certeza científica o constatación estadística sobre sus efectos potenciales. Por lo tanto, el principio de precaución surge en el campo de lo científicamente desconocido” (BOTTINI, *El principio de precaución*, pp. 8-9). De forma parecida, *Romeo Casabona*: “Mientras que de acuerdo con el principio de precaución se desconoce tanto el resultado que podría llegar a producirse como el mecanismo de producción, bien es cierto que lo que quiere evitarse es un hipotético resultado grave, catastrófico o irreversible” (ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa*, p. 111). *Bottini* observa que “en la actualidad, el principio de precaución extrapola el ámbito de referencia al cual estaba originalmente enlazado, que era el del medio ambiente, para incidir sobre los terrenos más variados” (BOTTINI, *El principio de precaución*, p. 10). *Romeo Casabona* defiende la aplicación del principio de precaución por medio de las regulaciones sectoriales: “... el principio de precaución entraría en juego cuando una disposición legal o reglamentaria estableciera – o encomendara a la autoridad su establecimiento – la observancia de ciertas cautelas y comportamientos en relación con determinada actividad, respecto a la cual no es objetivamente previsible la producción de un resultado concreto y predeterminado ni es conocida la posible conexión causal, pero, indudablemente, siempre que aquél forme parte del tipo de lo injusto de alguna figura delictiva imprudente” (ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa*, p. 111).

¹⁸⁴⁴ “Je sozialer der Zweck der Handlung, desto ‘milder’ ihre Beurteilung. Hierher gehört der oben besprochene Fall einer rechtlich erlaubten Gefährdung” (EXNER, *Das Wesen*, p. 202). De forma parecida, *Mir Puig*: “la valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgos permitidos: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos” (MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 288).

¹⁸⁴⁵ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 381. Asimismo, *Córdoba*: “no hay deber jurídico alguno de procurar conocimiento, sino tan solo de evitar comportamientos típicos... el autor se comporta también de modo conforme a Derecho cuando, sin cumplir este supuesto deber, omite la acción por comodidad” (CÓRDOBA, *La evitabilidad*, p. 149).

¹⁸⁴⁶ Como advierte *Córdoba*, “... el autor no tiene un deber jurídico de procurar conocimiento, sino tan solo de evitar comportamientos antijurídicos” (CÓRDOBA, *La evitabilidad*, p. 151).

fácticas¹⁸⁴⁷. Aunque, en efecto, no exista un deber – en todo caso no un deber principal si se quiere aceptar el concepto de deberes complementarios o subsidiarios con distinta naturaleza deóntica¹⁸⁴⁸ – de conocimiento, *Córdoba* observa con razón que “algún vínculo normativo tiene que existir entre el autor y la adquisición de conocimiento”¹⁸⁴⁹. Esto es así porque la valoración del comportamiento lesivo del agente como evitable (culpable) está condicionada a la atribución de un conocimiento suficiente para poder evitar o a la conclusión acerca de una falta de conocimiento suficiente para poder evitar que pueda ser desvalorada (o imputada al agente)¹⁸⁵⁰, todo esto bajo la mirada normativa de los fenómenos empíricos. En la actualidad, muchos autores buscan la naturaleza de este vínculo normativo al que se refiere *Córdoba* acudiendo al concepto de “*Obliegenheit*”¹⁸⁵¹, traducido al castellano como “incumbencia”¹⁸⁵² o “carga”¹⁸⁵³¹⁸⁵⁴, como se ha mencionado antes en este trabajo al tratar de la imputación extraordinaria.

De acuerdo con *Hruschka*, la incumbencia se caracteriza como una prohibición secundaria – en forma de un imperativo hipotético – de convertirse en incapaz de¹⁸⁵⁵ cumplir con el mandato o la prohibición primarios¹⁸⁵⁶, cuyo incumplimiento permitiría la imputación extraordinaria. De forma parecida, las incumbencias han sido caracterizadas como “deberes que uno tiene para consigo mismo”, pues su cumplimiento no es exigible, pero quien las incumple “no puede luego agravarse

¹⁸⁴⁷ Estas dos situaciones parecen coincidir de forma aproximada con la división que *Ast* hace entre “*Kenntnisgebote*” y “*Nachforschungsgebote*”: “*Kenntnisgebote* betreffen ausschließlich die kognitive Disposition des Handelnden... Teleologisch folgen aus *Kenntnisgebote* weitere Gebote, die auf eigenständige Handlungen gerichtet sind. Der Handelnde soll sich gegebenenfalls über die geltenden Normen informieren, die Handlungssituation aufklären oder verursachungsgerechte Handlungen ausfindig machen. Diese Handlungsgebote kann man als *Nachforschungsgebote* bezeichnen” (*AST, Normentheorie*, pp. 44-45).

¹⁸⁴⁸ En ese sentido, *Montiel* habla de deberes principales y complementarios, y, como especie dentro de los deberes complementarios, deberes subsidiarios, que corresponderían al ámbito de la entidad deóntica infringida en los casos denominados como de imputación extraordinaria (*MONTIEL, Obliegenheiten*, p. 20).

¹⁸⁴⁹ *CÓRDOBA, La evitabilidad*, p. 151.

¹⁸⁵⁰ Si bien el tema es muy complejo – la cuestión es discutida en la obra “Desvalorar e Imputar”, de *ROBLES/FRISCH* –, por lo menos una determinada manera de comprender la imputación permitiría su acercamiento a la operación de desvaloración. En ese sentido, las ideas serían intercambiables: solo se le imputa al agente la conducta que se desvalora y la conducta que se desvalora en relación con un agente se le imputa a este agente. Parece que la siguiente afirmación de *Ast* puede reforzar esta conclusión: “*Zurechnung ist aber nichts anderes als die Annahme eines Normverstößes*” (*AST, Normentheorie*, p. 55).

¹⁸⁵¹ *HRUSCHKA, Über Tun und Unterlassen*, pp. 425-426; *NEUMANN, Vorverschulden*, p. 263; *KINDHÄUSER, Gefährdung*, p. 65; *RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff*, p. 228; *PAWLIK, Das Unrecht*, p. 310; *CÓRDOBA, La evitabilidad*, p. 153. *Montiel* informa que en el ámbito del Derecho Penal, “las primeras referencias al concepto de *Obliegenheit* se conocen por medio de Joachim *HRUSCHKA*, quien en los años setenta empleó dicha idea para fundamentar la imputación extraordinaria” (*MONTIEL, Obliegenheiten*, p. 20), pero el concepto tiene origen en el Derecho Civil y Derecho de seguros (*MONTIEL, Obliegenheiten*, p. 9).

¹⁸⁵² Conforme traducción de *Córdoba* (*CÓRDOBA, La evitabilidad*, p. 153) y *Lerman* (*LERMAN, Recensión a Michael Pawlik*, p. 5).

¹⁸⁵³ Conforme traducción de *Sánchez-Ostiz* (*SÁNCHEZ-OSTIZ, Imputación*, p. 539).

¹⁸⁵⁴ Se ha traducido asimismo como “obligación” (*ALCÁZER GUIRAO, Actio libera in causa*, p. 42), aunque parece que esta es la menos utilizada por la doctrina.

¹⁸⁵⁵ O un mandato de mantenerse en condiciones de.

¹⁸⁵⁶ *HRUSCHKA, Über Tun und Unterlassen*, pp. 422-428.

de las desventajas que de ello derivan y para cuya evitación la carga fue justamente instituida”¹⁸⁵⁷. *Neumann* critica la definición de *Hruschka* de las incumbencias como modalidades deónticas distintas de los deberes¹⁸⁵⁸. Desde el propósito de acercar las reglas de imputación a las reglas del discurso práctico¹⁸⁵⁹, el autor sostiene que hay una regla de imputación social (de la moral del día a día) que reza que quien provoca una situación de forma reproblable no puede ampararse en esta situación en su defensa¹⁸⁶⁰. Para *Neumann*, una grave divergencia entre las reglas de imputación moral del día a día y las reglas de imputación penal implicaría de forma necesaria menoscabar la confianza en el orden jurídico¹⁸⁶¹. Lo que este autor concluye es que, en la estructura dialogal del proceso penal¹⁸⁶², esto es, en la estructura del hacer a alguien penalmente responsable¹⁸⁶³, la argumentación defensiva del agente que invoca un estado que provocó de forma reproblable está prohibida¹⁸⁶⁴. En ese sentido, la consecuencia del incumplimiento de la incumbencia sería “perder una defensa en su favor”¹⁸⁶⁵.

A pesar de todos los esfuerzos doctrinales dirigidos a la fundamentación de la incumbencia como una entidad deóntica distinta de los deberes¹⁸⁶⁶, esta construcción es problemática, puesto que, como observa *Silva Sánchez*, “no sabemos muy bien cuál es su fundamento y cual es su naturaleza específica”¹⁸⁶⁷. *Binding* rechazaba la existencia de un mandato de atención como norma autónoma independiente¹⁸⁶⁸ o como norma accesoria dependiente de una norma principal¹⁸⁶⁹. Según *Binding*, este deber de atención no es nada más que una parte constante de los deberes individualizados que se fundamentan en la norma¹⁸⁷⁰. Desde una comprensión normativa de la imputación que prescinda de

¹⁸⁵⁷ CORDOBA, *La evitabilidad*, p. 153.

¹⁸⁵⁸ NEUMANN, *Vorverschulden*, pp. 263-270.

¹⁸⁵⁹ Esta descripción sobre el pensamiento de *Neumann* es de *Nieto Martín* (NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho*, pp. 261-262).

¹⁸⁶⁰ NEUMANN, *Vorverschulden*, p. 275.

¹⁸⁶¹ NEUMANN, *Vorverschulden*, p. 274.

¹⁸⁶² NEUMANN, *Vorverschulden*, pp. 276 y ss.

¹⁸⁶³ NEUMANN, *Normtheorie*, p. 400.

¹⁸⁶⁴ “Die Angeklagte kann sich auf eine Position, die er arglistig oder sonst in zurechenbarer Weise erworben hat, nicht mit Erfolg berufen; seine Verteidigung mißlingt” (NEUMANN, *Vorverschulden*, p. 283). De forma parecida, *Pawlik*: “Zwar wird ihm in diesem Fall die fehlende Kenntnis nicht etwa kontrafaktisch zugeschrieben; ihm wird aber die Möglichkeit abgeschnitten, sich zu einer Entlastung aus die obliegenheitswidrig zustande gekommene Fehleinschätzung zu berufen” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 311).

¹⁸⁶⁵ MONTIEL, *Obliegenheiten*, p. 12.

¹⁸⁶⁶ Pueden citarse como ejemplos, entre otros, HRUSCHKA, “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”, *FS-Bockelmann*; RENZIOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 226-232; SÁNCHEZ-OSTIZ; “¿Incumbencias en Derecho Penal?. - Depende”, *Indret*, 1/2015.

¹⁸⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 239. También críticos, entre otros: SEEBAB, *Fahrlässigkeit*, p. 403, nota a pie de página 53; FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 304, nota a pie de página 907.

¹⁸⁶⁸ BINDING, *Normen II*, pp. 238-240. Asimismo, *Tavares*: “a infração do dever de cuidado, que caracteriza o excesso de risco, não tem existência autônoma em relação à norma de proibição” (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 297).

¹⁸⁶⁹ BINDING, *Normen II*, pp. 240-241.

¹⁸⁷⁰ BINDING, *Normen II*, p. 241: “Jene Aufmerksamkeitspflicht ist weiter gar nichts anderes als ein konstanter Teil aller einzelnen durch die Normen begründeten Pflichten, nie ein selbständiges Gebot”; EL MISMO, *Schuld*, p. 123: “Die sog. Diligenzpflicht ist also gar nichts anderes als ein Bestandteil der Pflicht, vermeidbares weil erkennbares Unrecht zu unterlassen, ihre Verletzung fällt nur als Bestandteils der Verletzung dieser Pflicht in des Richters Wagschale”.

la comprobación de una vinculación psicológica entre agente y resultado, la noción de incumbencia parece perder importancia¹⁸⁷¹. Esto es así por lo menos en los supuestos en los que, si bien no es posible atribuir al sujeto el conocimiento necesario para evitar la realización típica en el momento mismo en que esta sucede, la situación indica que este conocimiento estaba a su alcance¹⁸⁷². Sin embargo, en los supuestos en los que, en el momento de la realización típica, el conocimiento no puede ser atribuido al agente ni estaba a su alcance, la cuestión es más compleja¹⁸⁷³, dado que se suele invocar el principio de coincidencia¹⁸⁷⁴ para impedir la inclusión de hechos pasados en el proceso de imputación. En estos casos, los defensores de las incumbencias buscan de forma indirecta una ampliación temporal de los hechos relevantes para la imputación. Aunque la desconsideración de la incumbencia ocurriría en el pasado, posibilitaría de todas maneras la imputación de la infracción al deber que se deriva de la norma de forma extraordinaria. En ese sentido, dado que la incumbencia solo puede derivarse de la propia norma¹⁸⁷⁵, quien sostiene la existencia de esta modalidad deóntica no puede ocultar la ampliación del alcance de la norma más allá del momento en el que sucede el hecho o, más concretamente, la producción de ciertos efectos de la norma antes mismo de su “plena infracción”, aunque bajo la denominación de imputación extraordinaria.

Por otro lado, quien sostiene la existencia de un deber de conocimiento cuya infracción ya constituye el comportamiento que la norma quiere evitar tiene problemas, principalmente a la hora de desvalorar el resultado lesivo, que sería una especie de mera condición del castigo ajena al proceso de imputación. La superación de este dilema parece residir en una consideración normativa del fenómeno temporal relacionado con las prohibiciones y los mandatos que se originan de la norma¹⁸⁷⁶. La restricción de la libertad sería demasiado amplia si se prohibiera y castigara la infracción a todos los deberes de preparación y conocimiento que puedan en el futuro acarrear comportamientos lesivos.

¹⁸⁷¹ Ello porque no hay necesidad de buscar un sucedáneo normativo para el dolo comprendido como elemento psicológico.

¹⁸⁷² En ese sentido: AST, *Normentheorie*, p. 47. Contra: RENZIKOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 229-230.

¹⁸⁷³ *Engish* se refiere a estos casos: “Es ist daher insbesondere nicht darauf abzustellen, ob der Täter im letzten Augenblick richtig oder falsch gehandelt hat, sondern auch darauf, ob er nicht schon in einem früheren Zeitpunkt etwas geeignetes zur Abwendung der Tatbestandverwirklichung tun konnte. Dies wird namentlich dann von Bedeutung, wenn der Täter im letzten Moment kein taugliches mittel mehr zur Verfügung stand, um der Tatbestandsverwirklichung zu begegnen” (Engisch, *Untersuchungen*, p. 299).

¹⁸⁷⁴ Sobre este principio, Alcácer Guirao afirma: “exige, como requisito de la responsabilidad penal, una congruencia temporal entre la acción realizada y los requisitos subjetivos – dolo o culpabilidad en sentido estricto – que se remiten a dicha acción” (ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 25).

¹⁸⁷⁵ “Gegen die Eigenständigkeit der normativ bestimmten Obliegenheitsnorm gegenüber der Verhaltensnorm spricht auch deren Begründung. Da Hruschka und Renzikowski die Obliegenheit unmittelbar aus der Verhaltensnorm ableiten, tritt ihre Abhängigkeit deutlich hervor” (HÜBNER, *Die Entwicklung*, p. 119).

¹⁸⁷⁶ En ese sentido, Pawlik: “Ob der Täter der gennanten Erwartung unmittelbar vor seiner verhaltensnormwidrigen Tat oder zu einem früheren Zeitpunkt, etwa vor der Aufnahme seiner beruflichen Tätigkeit, zuwidergehandelt hat, ist unter axiologischen Gesichtspunkt unerheblich” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 309, nota a pie de página 337). De forma parecida, Feijóo, aunque este autor habla de “ampliación de deberes”: “Los deberes de cuidado se pueden intensificar y ampliar (también temporalmente) en la medida en que ello sea deseable para la protección de bienes jurídicos” (FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 304, nota a pie de página 907).

Es cierto que en algunos casos el peligro estadístico de ciertos comportamientos que tienden a repetirse en determinados ámbitos de la vida social es muy elevado, y por esta razón están prohibidos de antemano (delitos de peligro). Pero en los demás casos, de forma general, el agente tiene la libertad de decidir sobre la adquisición de conocimientos y la preparación orientados a la evitación en su ámbito de competencia. Por esta razón Pawlik afirma que “el ciudadano tiene solamente el deber de no cometer injustos penales, es decir, de no comportarse de manera que contraríe su competencia de manera imputable”¹⁸⁷⁷ y que “el significado jurídico de la falta de esfuerzo solamente se revela cuando sucede un comportamiento objetivamente contrario a su competencia”¹⁸⁷⁸. En ese sentido, la averiguación acerca de la evitabilidad jurídica no está limitada al momento en que se provoca inmediatamente la lesión a los intereses relevantes, esto es, “la evitabilidad del error puede derivarse de un momento anterior al hecho” bajo determinadas condiciones¹⁸⁷⁹.

De acuerdo con lo anterior, en el ámbito de la competencia por organización y de las competencias especiales, el agente tiene la libertad de configuración cuya contracara es la responsabilidad por las consecuencias. Cómo el agente administra este ámbito de competencia es asunto suyo, protegido por su espacio de libertad. Sin embargo, llegada la hora de averiguar la responsabilidad por la lesión a intereses ajenos, será posible valorar la forma de administración de sus ámbitos de competencia con la estricta finalidad de llegar a la respuesta sobre la evitabilidad jurídica que fundamenta la responsabilidad¹⁸⁸⁰. La diferencia entre esta concepción y la “culpabilidad por la conducción de vida” es que aquí la forma de administrar los ámbitos de competencia solo puede valorarse como condición de la evitabilidad de la lesión de intereses ajenos¹⁸⁸¹. En palabras de *Binding*, “la infracción del denominado deber de diligencia solamente tiene importancia en la medida en que su cumplimiento era *conditio sine qua non* para la evitabilidad del comportamiento

¹⁸⁷⁷ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 310.

¹⁸⁷⁸ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 311. De forma muy parecida, *Binding*: “Die unterlassene oder ungenügend angestellte Vorprüfung wird vielmehr kriminell bedeutsam nur unter einer Voraussetzung: wenn der Täter den objektiven Tatbestand eines Delikts verwirklicht hat” (*BINDING, Schuld*, p. 122).

¹⁸⁷⁹ NIETO MARTÍN, *El conocimiento*, p. 269. Asimismo, SEEBAB, *Fahrlässigkeit*, pp. 405-408.

¹⁸⁸⁰ Pese a las diferencias de terminología, especialmente en cuanto al uso de la palabra “deber”, esto no es muy diferente de lo que decía *Engelmann* cuando hablaba del “Rechtsbeachtungspflicht”: “Aus dem Wesen dieser Pflicht als allgemeinste Verpflichtung der Rechtsordnung als normgebendes Wertgesetz des Verhaltens gegenüber, kann sie keine ‘selbständige’ Pflicht sein und deshalb unmögliche eine ‘normierte’ Pflicht sein. Denn sie kommt als grundsätzlich vorausgesetzte Verpflichtung jedes Rechtuntertanen nur als Grund und Maß der Beurteilung des Verhaltens in Betracht, wenn durch ein Verhalten eine bestimmte Normwidrigkeit verwirklicht worden ist” (*ENGELMANN, Rechtsbeachtungspflicht*, pp. 39-40).

¹⁸⁸¹ De forma parecida, *Pawlik*: “Erstens wird der Täter nicht für seine rechtliche Fehleinschätzung als solche, sondern für die aus ihr erwachsende zuständigkeitswidrige Tat bestraft” (*PAWLIK, Das Unrecht*, p. 309, nota a pie de página 337). De forma parecida, *STRATENWERTH, Literaturbericht*, p. 495. De acuerdo con *Burkhardt*, la infracción del “deber de adquisición de conocimiento” es un “criterio de imprudencia, ya que es presupuesto para que se pueda imputar la valoración errónea al autor”. Esto puede explicarse de otra manera: el no adquirir conocimientos en su ámbito de competencia no constituye infracción de un deber, pero es elemento idóneo para valoración de la evitabilidad jurídica (*BURKHARDT, Conducta típica*, p. 179).

antijurídico”¹⁸⁸². Esto supone cambiar la comprensión del principio de coincidencia, pero hay que advertir que esta forma de proceder es antigua y muy extendida en la dogmática penal en cuanto a los delitos imprudentes¹⁸⁸³. Una vez más hay que subrayar que en el fondo el recurso a las incumbencias no es sino una manera alternativa de promover la inclusión de realidades previas al comportamiento inmediatamente lesivo en el ámbito de la imputación pero cuya consideración, desde distintas estrategias dogmáticas, ha sido siempre común en el ámbito de la imprudencia¹⁸⁸⁴.

Lo que se sostiene en este trabajo coincide con el modelo de imputación que *Pérez del Valle* denomina “modelo de imputación adscriptivo”¹⁸⁸⁵. Como sostiene este autor, “no se trata de la imputación de elementos internos”, sino de “la determinación de las condiciones en las que puede imputarse subjetivamente un comportamiento como imprudente”¹⁸⁸⁶. Dolo e imprudencia constituyen formas de evitabilidad que tienen como presupuesto la superación del riesgo permitido¹⁸⁸⁷. En cuanto a la imprudencia, modalidad menos grave de evitabilidad¹⁸⁸⁸, la situación que se presenta al agente no permite atribuirle el conocimiento “del riesgo que entraña su actuación”¹⁸⁸⁹. Este juicio se mantiene con independencia de la previsión psíquica del resultado por el que actúa u omite, puesto que la valoración no tiene relación con la mera previsión de un resultado remoto¹⁸⁹⁰. Más bien, se parte de la presencia de un peligro normativamente relevante, de los datos objetivos que se presentan al agente y de cómo este se comporta en la situación, esto es, si su conducta puede ser interpretada o no como manifestación del conocimiento del peligro.

Sin embargo, la valoración debe integrar asimismo el contexto de actuación y el agente concreto para llegar a la evitabilidad jurídica individual. En la imprudencia, pese a la imposibilidad de atribuir el conocimiento del riesgo, esta ausencia de conocimiento deberá ser interpretada

¹⁸⁸² BINDING, *Schuld*, p. 122. Binding se refiere también a este deber de comprobación previa como “presupuesto del comportamiento leal” (BINDING, *Normen*, IV, p. 501). En el mismo sentido, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 308.

¹⁸⁸³ En ese sentido, Pawlik: “Für die Tatumstandsfahrlässigkeit ist die Möglichkeit, den Vorwurf der Sorgfaltswidrigkeit in das Vorfeld der eigentlichen tathandlung vorzuverlagern, seit jeher anerkannt” (PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 309, nota a pie de página 337).

¹⁸⁸⁴ Por esta razón, sobre las incumbencias, afirma Feijóo que “esta construcción compleja no añade nada a la doctrina tradicional del injusto imprudente ni resuelve ningún problema que no se pueda resolver con una referencia única al deber de cuidado” (FEIJÓO, *Imprudencia*, p. 304, nota a pie de página 907). Para Burkhardt, la distinción entre incumbencias y “deberes de adquisición de conocimientos” es meramente terminológica (BURKHARDT, *Conducta típica*, p. 179). En la filosofía moral estadounidense, Rosen se refiere a “procedural epistemic obligations”: “The procedural obligation is not itself an obligation to know or believe this or that. It is an obligation to take steps to ensure that when the time comes to act, one will know what one ought to know” (ROSEN, *Skepticism*, p. 301).

¹⁸⁸⁵ PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 154.

¹⁸⁸⁶ PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 154.

¹⁸⁸⁷ Esto supone admitir la relación “plus-minus” entre el dolo y la imprudencia, como sostiene un sector de la doctrina: PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p. 35; HERZBERG, *Der Vorsatz*, pp. 58-64; SEEBAB, *Fahrlässigkeit*, p. 392.

¹⁸⁸⁸ PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 145.

¹⁸⁸⁹ PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 166.

¹⁸⁹⁰ BINDING, *Normen*, IV, pp. 560-561.

normativamente – no se trata de averiguar disposiciones mentales – como falta de esfuerzo para cumplir con la norma¹⁸⁹¹. Aquí se integran algunos de los criterios ya mencionados: el grado de exigencia que se origina de las competencias (en supuestos de competencias especiales el ciudadano deberá esforzarse en un grado mayor), la forma en que el peligro se presenta en la situación (su intensidad, intereses afectados), el tiempo disponible para el reconocimiento del peligro¹⁸⁹² y las características del agente concreto. Esta forma de imputar está vinculada a la realidad social en la que el contenido de la consciencia no es constitutivo para la imputación, sino que lo relevante es el significado del comportamiento del agente en el plano comunicativo¹⁸⁹³. Esta individualidad “socialmente interpretada”¹⁸⁹⁴ no se aleja del mundo real, sino que se acerca a él, en la medida en que incorpora el principio socialmente válido del *ultra posse nemo tenetur*¹⁸⁹⁵, pero lo interpreta de acuerdo con criterios normativos y no con el conocimiento psicológico del agente¹⁸⁹⁶. Por otro lado, se incorporan en la valoración de la evitabilidad las incapacidades aceptadas bajo la perspectiva normativa (aunque se derivan de la observación normativa de los fenómenos empíricos, como en los supuestos de inimputabilidad¹⁸⁹⁷), las dificultades especiales de cumplimiento de la norma en la situación originadas de conflictos de intereses (exigibilidad), el grado de rendimiento que el agente puede prestar de acuerdo con su configuración como individuo¹⁸⁹⁸ – una vez más, interpretado de manera normativa y teniendo en cuenta la necesidad de no asumir actividades que producen peligros que el agente no puede controlar –, la fatiga¹⁸⁹⁹ o el control simultáneo de una pluralidad de fuentes de peligro (respetados los límites de la imprudencia por asunción).

Finalmente, aunque esto vaya más allá del ámbito de este trabajo, el modelo adscriptivo de imputación a que se refiere *Pérez del Valle* y que, como se ha mencionado, se sostiene también aquí, conllevará dos consecuencias importantes, como se viene sosteniendo recientemente en la

¹⁸⁹¹ *Pérez del Valle* sostiene que “desprecio por el derecho existe ya cuando quien es destinatario de las normas no contempla el riesgo que le era exigible considerar” (PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 177). Este autor sostiene además que “el entendimiento es libre” y por esta razón “su ausencia puede ser un acto al que se le pueden reconocer consecuencias” (PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 159).

¹⁸⁹² BINDING, *Normen*, IV, p. 534.

¹⁸⁹³ VOBGÄTTER, *Handlungslehren*, pp. 181-182.

¹⁸⁹⁴ De forma parecida, Müssig afirma: “Individuelle Deutung ist zurechenbar nur als kommunikativ relevant; die Strukturen dezentralen Organisation sind bezogen auf gesamtgesellschaftliche Rationallitätvorellungen” (MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, p. 431).

¹⁸⁹⁵ VOBGÄTTER, *Handlungslehren*, p. 179. A pesar de la advertencia de *Yacobucci* sobre la relación entre los aspectos subjetivos del delito y la dignidad humana (YACOBUCCI, *La importancia de los principios*, p. 466), la forma de comprender la imputación que se sostiene en este trabajo no contraría la dignidad humana, puesto que tiene en cuenta las individualidades, pero no bajo la perspectiva puramente psicológica actual en que se encuentra el agente.

¹⁸⁹⁶ Por ejemplo, el conocimiento cuando el agente es un niño o un enfermo mental no resulta un dato suficiente para configurar la evitabilidad.

¹⁸⁹⁷ EXNER, *Das Wesen*, p. 203.

¹⁸⁹⁸ EXNER, *Das Wesen*, p. 215; BINDING, *Normen*, IV, p. 532.

¹⁸⁹⁹ EXNER, *Das Wesen*, p. 203. BINDING, *Normen*, IV, p. 533.

doctrina¹⁹⁰⁰. La primera es que el dolo no está configurado por un elemento psicológico¹⁹⁰¹, sino que se trata de un proceso de imputación del conocimiento¹⁹⁰² basado en la observación de la realidad según como se interpreta socialmente el comportamiento¹⁹⁰³. Y la segunda es que la imposibilidad de imputación de conocimiento a partir de la observación y de la interpretación de la realidad no constituye obstáculo insuperable para el reconocimiento de la forma de evitabilidad calificada que caracteriza el dolo. Ello porque hay casos en los que, si bien no se imputará el conocimiento a partir de la observación normativa¹⁹⁰⁴, la evitabilidad calificada se derivará de un grave fallo en la administración de las competencias que puede interpretarse como “desconocimiento inexcusable”, esto es, derivado de grave indiferencia o falta de consideración, pero no como disposiciones mentales, sino como conclusión que se origina de la observación normativa, esto es, de cómo se interpreta el comportamiento del agente¹⁹⁰⁵. Al fin y al cabo, ante esta forma de comprender la teoría del delito, es más que razonable que se haya cuestionado la corrección de seguir hablando de una imputación subjetiva separada de la imputación objetiva¹⁹⁰⁶.

¹⁹⁰⁰ Sin embargo, hay que tener en cuenta que la idea no es nueva, sino que está relacionada con la muy antigua discusión sobre el “*dolus ex re*” (HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, pp. 150-154).

¹⁹⁰¹ PÉREZ BARBERÁ, *Dolo como reproche objetivo*, pp. 14-15.

¹⁹⁰² Aquí no se trata de atribuir un elemento psicológico al agente, pues el proceso de atribución no busca un punto naturalístico en la mente del que actúa u omite. En consecuencia, cuando se atribuye conocimiento no se afirma que un elemento psicológico está presente, dado que la investigación normativa que hace el juez no se utiliza de métodos originados de la psicología ni de las ciencias naturales, sino los métodos propios de la imputación basada en criterios normativo-sociales. Esto es muy parecido con lo que decía Kelsen hace casi cien años atrás (KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 154-160). No se trata de experimentos naturales sino de imputación social: “Eine auf empirisches Wesen zugeschnittene Zurechnung kann schon nicht die Aufgabe der Zurechnung in der heutigen Zurechnung leisten, da ein empirisches Wesen als Natur definiert wird und Natur schon qua Definition nicht delinquiren kann” (VOBGÄTTER, *Handlungslehren*, p. 176).

¹⁹⁰³ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, pp. 145 y ss.; SÁNCHEZ OSTIZ, *Casos difíciles*, p. 93; PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 166. De forma parecida, *Nobre Porciúncula* afirma que “el dolo no es una entidad psicológicamente real situada en el ‘ámbito interno’ del autor, sino un componente de sentido exteriorizado... el contexto social constituyente del significado de la acción se convierte en el criterio para la constatación del conocimiento requerido por el dolo; todo se vuelve, así, un *dolus in actio ipsa*” (*Nobre Porciúncula*, *La “exteriorización de lo interno”*, pp. 424-425).

¹⁹⁰⁴ Esto es, de la observación normativa de los fenómenos empíricos no resultará la imputación del conocimiento. De forma parecida, Pawlik afirma: “Zwar wird ihm in diesem Fall die fehlende Kenntnis nicht etwa kontrafaktisch zugeschrieben”. Si bien el conocimiento no será atribuido en estos casos, la alegación de desconocimiento no descargará al agente: “... ihm wird aber die Möglichkeit abgeschnitten, sich zu seiner Entlastung auf die obliegenheitswidrig zustande gekommene Fehleinschätzung zu berufen” PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 311.

¹⁹⁰⁵ JAKOBS, *Indiferencia como dolo indirecto*, pp. 189 y ss.; EL MISMO, *Vorsatzbegriff*, pp. 306-308; GONZÁLES-RIVERO, *Defektzuständen*, pp. 176-178; VOBGÄTTER, *Handlungslehren*, p. 186; KAWAGUCHI, *Dolus indirectus*, pp. 260-265; MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, pp. 431-432; HSU, *Vorsatzgefahr und dolus indirectus*, pp. 541-545; PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 387-397; PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 167; SÁNCHEZ OSTIZ, *Casos difíciles*, p. 95

¹⁹⁰⁶ ROBLES, *Conducta típica*, pp. 92 y ss; MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, pp. 429, 432.

RESUMEN DE LAS PRINCIPALES CONCLUSIONES

Primera parte

1. En principios del siglo XIX, momento considerado como el del nacimiento de la ciencia del Derecho penal, surgen de la mano de *Feuerbach* y sus contemporáneos los primeros intentos sistematizados en la dogmática penal de fundamentar el castigo de la imprudencia inconsciente pero sin éxito debido al punto de partida anclado o bien en teorías preventivas con énfasis en la intimidación psicológica o bien en la manipulación del significado de *voluntad*.

2. En la mitad del siglo XIX predomina la influencia de la filosofía de *Hegel* en el Derecho penal, lo que se manifiesta en la doctrina de un grupo de autores después denominados *hegelianos*. Con el protagonismo del concepto hegeliano de *acción* fundado en la voluntad, estos autores buscan acercar las conductas imprudentes a las conductas dolosas. Sin embargo, las soluciones presentadas para explicar la imprudencia inconsciente – como por ejemplo la voluntad de una condición del resultado – fracasan dado que se trata de una modalidad de imputación en la que ni el riesgo ni el resultado se conocen o se prevén por el agente, por lo que no es posible su vinculación a la voluntad.

3. En el siglo XX la dogmática penal se orienta hacia un proceso de independencia con respecto a la filosofía y por ello busca concentrar su objeto de investigación en el propio Derecho y sus normas. Es la época de influencia del positivismo, que en el Derecho penal se expresa en los esfuerzos para construir la dogmática a partir de las normas establecidas, ya existentes en el ordenamiento. Sin embargo, una determinada vertiente del positivismo jurídico-penal quiere dar cabida a explicaciones de índole naturalista, esto es, a aquello que se origina del estatus de las ciencias de la naturaleza como las verdaderas o únicas ciencias por aquellos momentos. Representante más importante de esta tendencia fue *Franz von Liszt*, que adopta un concepto psicológico de culpabilidad incompatible con la imprudencia inconsciente. La otra vía del positivismo, liderada por *Karl Binding*, asume un perfil más normativo pero tampoco logra imponerse como doctrina mayoritaria. Esto es así porque *Binding* intenta concebir la imprudencia inconsciente como una “voluntad inconsciente”. Es lo cierto que este autor presenta una explicación más densa de la imprudencia e intenta construir una base común para las formas de imputación subjetiva. Con todo, *Binding* se queda a medio camino, pues insiste en fundamentar todas las formas de imputación a partir del elemento voluntad, incompatible con la imprudencia inconsciente. De ello resulta que, a pesar de defender una interpretación estrictamente jurídica del término “voluntad”, este autor se contradice al pretender legitimar su tesis con base en la culpabilidad de la voluntad, ya alejada de su propia esencia.

4. La reacción al positivismo viene con el *neokantismo*, que también ejerce su influencia en el Derecho penal. Ahora las ciencias de la naturaleza y su método propio no constituyen ya las únicas formas de hacer ciencia. Las ciencias de la naturaleza pueden convivir con las ciencias culturales o ciencias del espíritu, que no están atadas por la mera observación y explicación de la naturaleza. Más bien, estas ciencias culturales trabajan con un método normativo propio de aproximación a su objeto específico. En este contexto la imprudencia inconsciente puede ser aclarada con más facilidad, puesto que se trata aquí de una forma de imputación estrictamente normativa. La reprochabilidad y la contrariedad a deber pasan al centro de la culpabilidad, cuya esencia no depende ya de forma necesaria de la constatación de un estado mental en el agente. Se despeja así el camino para una fundamentación sin mayores dificultades de la imprudencia inconsciente, en la que el resultado no tiene relación psicológica con su autor. Sin embargo, el sistema no tiene una estructura acabada, pues mezcla en la culpabilidad elementos normativos y anímicos – la culpabilidad del sentimiento de *Exner* y *Engisch* refleja esta dualidad – y no alcanza a establecer una base común sólida para toda la imputación subjetiva.

5. En la segunda mitad del siglo pasado el finalismo adquiere protagonismo en Derecho penal, si bien en las siguientes décadas irá perdiendo fuerza gradualmente. De acuerdo con sus premisas básicas, el Derecho tiene que respetar primero las categorías ontológicas para luego hacer su labor normativa sobre ellas. En el mundo del ser, el concepto de acción solo puede ser comprendido según la perspectiva de la finalidad, dado que la acción humana se caracteriza necesariamente por la persecución de fines. Desde este punto de vista resulta posible explicar la imputación dolosa pero no la imprudente, en la que el resultado que el Derecho quiere evitar no es perseguido por el agente. Por ello los finalistas se ven obligados a dar muchos rodeos para intentar incluir la conducta imprudente en su concepto de acción. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se refieren a la finalidad de los medios elegidos por el agente para llegar a un resultado por él pretendido en el mundo real. No obstante, tampoco a partir del finalismo es posible establecer una base para la imputación subjetiva capaz de abarcar el dolo y la imprudencia. Por mucho que se quiera ocultar, en esta última modalidad de imputación y especialmente en la imprudencia inconsciente el resultado producido y jurídicamente desaprobado no es perseguido por el agente, no es, pues, objeto de su finalidad.

Segunda parte

1. La segunda parte se inicia con el análisis de las críticas actuales a la imputación en el ámbito de la imprudencia inconsciente procedentes de autores alemanes, españoles y estadounidenses. En muchos de ellos se constata una tensión entre las consideraciones de justicia y de Política Criminal. Esto es un indicativo de que estos autores advierten el carácter problemático de la negativa general a

la imputación penal en los casos de ausencia del conocimiento del riesgo por el agente. La consecuencia es que surgen intentos de fundamentar la imputación en casos de imprudencia inconsciente recurriendo a una acción consciente anterior (“tracing” o “actio libera in causa”). Sin embargo, con esta construcción ya no se puede mantener más la estricta postura psicológica de la que parten, pues la representación del agente no abarca ni el comportamiento típico ni el resultado.

2. A continuación se analizan los problemas y los fundamentos de la imputación en la imprudencia inconsciente. La legitimidad del castigo en supuestos de imprudencia inconsciente va a depender de la postura que se adopte ante la cuestión de la función directiva de las normas penales y de la estructura de la culpabilidad. Por lo que se refiere a la forma de concebir la teoría de las normas, se ha constatado que desde distintas perspectivas los autores llegan a la misma conclusión: la posibilidad de imputar incluso en los supuestos de ausencia de conocimiento de circunstancias fácticas por el agente. Un obstáculo a esta forma imputación podría hallarse en la comprensión de la relación entre norma y agente como un diálogo directo que se desarrolla en el momento concreto de la acción, dependiente de la recepción del mensaje por el destinatario de la norma. Sin embargo, la inadecuación de esta concepción de la teoría de las normas radica en que sobrevalora la necesidad de representación mental de todas las circunstancias fácticas y normativas por el agente en el momento del hecho e ignora la exigencia normativa de cooperación recíproca para el mantenimiento de la libertad.

3. La discusión sobre la compatibilidad entre la imprudencia inconsciente y el principio de culpabilidad se inició mucho antes del nacimiento de la moderna dogmática penal en el siglo XIX. Sobre este tema, juega un papel decisivo la cuestión acerca de la importancia de los aspectos normativos y de los empíricos en la construcción de la culpabilidad. El análisis de algunas de las más importantes teorías de la culpabilidad de las últimas décadas indica que los principales intentos de definir el fundamento material de la culpabilidad por medio de un elemento empírico al que debería referirse la reprochabilidad no pueden dar cuenta de la tarea propuesta. La esencia de estas teorías de la culpabilidad reside, más bien, en sus aspectos normativos que orientan la selección y la valoración de los variados fenómenos empíricos. En ese sentido, la atribución individual de la responsabilidad penal no depende de la constatación de un elemento empírico *omnicomprensible*, sino que se trata de la individualización normativa de la responsabilidad. De forma consecuente con esta concepción, en el debate sobre el concepto de persona que utiliza el Derecho penal, esta postura conlleva sostener que “no se trata del individuo como sistema psicofísico situado al margen de la comprensión normativa” ni tampoco del “hombre medio”, sino del “individuo en su papel de ciudadano”.

4. La distinción entre injusto y culpabilidad en la doctrina finalista de *Welzel* se basaba en la separación entre “deber” y “poder”. Sin embargo, no es posible llegar a la comprensión de la imprudencia sin tener en cuenta el “contexto situacional-personal” del agente. Especialmente en los delitos imprudentes se revela la inconveniencia de intentar averiguar el deber en la antijuridicidad y solo después, en la culpabilidad como una categoría separada, corregir el juicio de acuerdo con una medida individual de poder. Desde la perspectiva de la imprudencia *inconsciente* es más fácil constatar que la culpabilidad no está anclada en un elemento (positivo) empírico-psíquico y que la denominada culpabilidad normativa solo puede tener como sustrato el tradicional concepto de injusto. Además, hay que tener en cuenta que las formas de imputación subjetiva en general son estructuras de individualización de las exigencias normativas, esto es, manifestaciones ya del principio de culpabilidad. Esto indica que conviene cuestionar la separación entre injusto y culpabilidad y postular la integración de los conceptos, como viene haciendo un sector creciente de la dogmática penal.

5. De acuerdo con la opinión sostenida en este trabajo la culpabilidad en el Derecho penal no reside en la comprobación empírica del poder actuar de otro modo, sino que se trata de un constructo social, objetivo, normativo, que conforma las expectativas que deben ser atendidas por el sujeto concreto en su papel de ciudadano en una determinada y concreta situación (con otras palabras, conforma el injusto penal, donde se integra). Esta concepción de la culpabilidad está vinculada a la forma de comprender la norma como expresión concreta de los límites que deben ser observados por el individuo en su papel de ciudadano “en aras de asegurar y confirmar el estado de libertades recíprocas”. En consecuencia, la norma refleja el modelo de orientación para el comportamiento del ciudadano en una sociedad de promoción de libertades. En este sistema, la pena está concebida como la negación expresiva del modelo de comportamiento infractor con el propósito de mantener “las condiciones fundamentales de la coexistencia social” libre. Como fuente de orientación que se confirma por medio de la pena, norma y pena son capaces de producir en cierta medida efectos preventivos que contribuyen a la preservación de las libertades recíprocas y que con esto corroboran las pautas normativas de comportamiento.

6. Como modalidad de evitabilidad normativa, la imprudencia no presenta problemas de determinación mayores en comparación con otros conceptos normativos de la dogmática penal. Esta determinación en el ámbito imprudente se ha beneficiado sobre todo de los trabajos dogmáticos relacionados con la “infracción del deber de cuidado” y la “teoría de la imputación objetiva”, donde lo que se busca es la demarcación de los ámbitos de libertad. Sin embargo, estas teorías deben complementarse con la perspectiva del individuo en la situación concreta, de lo que resultarán las exigencias concretas que se le pueden hacer como ciudadano. El proceso de imputación de

conocimientos juega un papel importante en la construcción de esta exigencia (personal) al individuo como ciudadano en la situación. No obstante, la evitabilidad y su gravedad no están condicionadas de forma necesaria por el resultado positivo de este proceso de imputación del conocimiento. Más bien, la evitabilidad normativa y su gravedad resultan de una valoración integrada de las competencias del agente, de sus características personales y de la situación en la que se halla.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABBEG, Julius Friedrich Heinrich, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt, 1836.

EL MISMO, *System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen über das gemeine und Preussische Criminal – Recht*, Königsberg, 1826.

ACHENBACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.

EL MISMO, “Imputación individual, responsabilidad y culpabilidad”, en SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, (trad. SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 1991, pp. 134-146.

ALBRECHT, Peter-Alexis, “Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht quo vadis?”, en BÖLLNER/LAUTMANN (coord.), *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, Frankfurt am Main, 1993, pp. 255-267.

ALEXANDER, Larry, “Reconsidering the Relationship Among Voluntary Acts, Strict Liability, and Negligence in Criminal Law”, en *Social Philosophy and Policy*, vol. 7, nº 2, 1990, pp. 84-104.

EL MISMO, “Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability”, en *California Law Review*, 88, 2000, nº 3, pp. 931-954.

EL MISMO, “Culpability (Capítulo 9)”, en *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, en DEIGH/DOLINKO (coord.), 2011, pp. 218-238.

ALEXANDER, Larry/FERZAN, Kimberly, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*, New York, 2009.

ALEXY, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica*, (traducción al portugués), (trad. SCHILD SILVA, Zilda), São Paulo, 2001.

ÁLAMO, Mercedes Alonso, “La acción 'libera in causa’”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T.XLII, Fasc. I, Enero-Abril 1989, pp. 55-108.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LI, 1-3, 1998, pp. 365-587.

EL MISMO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, 2003.

EL MISMO, *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Barcelona, 2005.

ALLER, Germán, “Estudio Preliminar acerca de Karl Binding y de su obra”, en BINDING, *La culpabilidad en Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. XI-XXXVII.

ALMENDIGEN, Ludwig Harscher von, *Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen*, Giesen, 1804, pp. 1-251.

AMELUNG, Knut, “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin”, en SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, (trad. SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 1991, pp. 94-107.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômano* (traducido al portugués por PIETRO NASSETTI), São Paulo, 2000.

ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 3ª edición, New York, 1999.

AST, Stephan, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 2010.

BACIGALUPO, Enrique, “Sobre el Derecho penal y su racionalidad”, en *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, en GÓMEZ-JARA (ed.), Granada, 2005, pp. 319-340.

BAR, Carl Ludwig von, *Gesetz und Schuld im Strafrecht: Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, tomo II, Berlin, 1907.

BAUMGARTEN, Arthur, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Tübingen, 1913.

EL MISMO, “Die Verbrechensformel”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 34, 1921, pp. 58-104.

BAURMANN, Michael, “Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention”, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG, (eds.), Heidelberg, 1998, pp. 1-16.

BEHRENDT, Hans-Joachim, “Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, en VOGLER et. al., (coord.), Berlin, 1985, pp. 303-311.

BEKKER, Ernst Immanuel, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1859.

BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.

EL MISMO, *Schuld, Unschuld und Schuldstufen*, Darmstadt, 1971 (nueva impresión de la edición de Leipzig, 1910).

BERISTAIN, Antonio, “Objetivación y Finalismo en los accidentes de tráfico”, en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, 1979, pp. 92-138.

- BERNER, Albert Friedrich**, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843.
- EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5ª ed., Leipzig, 1871.
- BINAVINCE, Emilio**, *Die vier Momente der Fahrlässigkeit*, Bielefeld, 1969.
- BINDING, Karl Ludwig Lorenz**, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Band II*, Darmstadt, 1991 (nueva impresión de la 2ª edición de Leipzig, 1914).
- EL MISMO, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Band IV*, Darmstadt, 1991 (nueva impresión de la edición de Leipzig, 1919).
- EL MISMO, *Die Schuld im deutschen Strafrecht. Vorsatz. Irrtum. Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919.
- BOBBIO, NORBERTO**, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito* (“Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto” traducido al idioma portugués), (trad. PUGLIESE, BINI y RODRIGUES), São Paulo, 1999.
- BOCKELMANN, Paul**, *Verkehrsstrafrechtliche Ausätze und Vorträge*, Hamburg, 1967.
- EL MISMO, “Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie”, en ARTHUR KAUFMANN, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968, pp. 252-259.
- BOCKELMANN, Paul/ VOLK, Klaus**, *Direito Penal. Parte Geral* (“Strafrecht. Allgemeiner Teil” – 4ª ed. - traducido al idioma portugués), (trad. MENDES, Gercélia), Belo Horizonte, 2007.
- BOHNERT, Joachim**, “Die Bestimmtheitserfordernis im Fahrlässigkeitstatbestand”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 94, I, 1982, pp. 68-83.
- BÖRCHERS, Katrin**, *Schuldprinzip und Fahrlässigkeit*, Berlin, 2010 (publicado *on line*) http://scidok.sulb.uni-saarland.de/volltexte/2010/2881/pdf/Dissertation_Katrin_Boerchers_neu.pdf.
- BOTTINI, Piperpaolo Cruz**, “Principio de precaución, Derecho penal y sociedad de riesgos”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 7, mayo-2007, pp. 1-63 (consultado en iustel.com).
- BRADY, James A.**, “Punishment for Negligence: a Reply to Professor Hall”, en *Buffalo Law Review*, 22, nº 3, 1972, pp. 107-122.
- BRÜTT, Lorenz**, *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Gesiteswissenschaften*, Berlin, 1907.

BURGSTALLER, Manfred, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974.

BURI, Maximilian von, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873.

BURKHARDT, Bjorn, “Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo, (trad. PASTOR MUÑOZ), en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, 2004, pp. 153-192.

BUSATO, Paulo Roberto, *Direito Penal. Parte Geral*, São Paulo, 2013.

BUSCH, Richard, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, Tübingen, 1949.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Culpa y Finalidad. Los delitos Culposos y la Teoría Final de la Acción*, Santiago, 1967.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Bogotá, 1998.

EL MISMO, *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, 1ª reimposición, Buenos Aires, 2004.

EL MISMO, “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor”, en QUINTERO/POLAINO-ORTS (coords.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2007, pp. 515-570.

EL MISMO, “Sozialadäquanz”, en FRISCH ET. AL., *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, Tübingen, 2015, pp. 69-86.

CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar”, en JAKOBS, *La pena estatal, significado y realidad*, Cizur Menor, 2006, pp. 15-81.

CARDENAL MOTRAVETA, Sergi, *Tipo Penal en Beling y los Neokantianos*, Barcelona, 2002 (publicado *on line*: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/41555/1/TOL77.pdf>).

CASTALDO, Andrea, “Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1993, pp. 495-510.

CATHREIN, Viktor, *Die Grundbegriffe des Strafrechts: Eine rechtsphilosophische Studie*, Freiburg im Breisgau, 1905.

CEREZO MIR, José, “El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXVI, fascículo III, septiembre-diciembre, 1983, pp. 471-504.

- CIVELLO, Gabrielle**, *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, Torino, 2013.
- CÓRDOBA, Fernando Jorge**, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, 2012.
- CÓRDOBA RODA, Juan**, *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista*, Barcelona, 1963.
- CORCOY, Mirentxu**, *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- CHAPPEL, Richard**, *Culpable Ignorance and Double Blame*, consultado en <http://www.philosophyetc.net/2009/02/culpable-ignorance-and-double-blame.html> (en 22/11/2014).
- DÍAZ PITTA, María del Mar**, “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”, en *Revista Penal*, vol. 17, 2006, pp. 59-71.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis**, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- DECIANVS NICOLAVS**, *Tractatus Criminalis, Tomus Primus*, Frankfurt, 1613.
- DEHNE-NIEMANN**, “Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung. Zur normtheoretischen Reformulierung der ‘Risikoerhöhungstheorie’”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2012, pp. 89-107.
- DEDES, Christos**, “Die Konkretisierung der Sorgfalt”, en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, en ARTHUR KAUFMANN, GÜNTER BAMMAN, DETLEF KRAUSS, KLAUS VOLK (coord.), *München*, 1979, pp. 437-441.
- DOHNA, Alexander Graf zu**, “Zum neuesten Stand der Schuldlehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 32, I, 1911, pp. 323-338.
- EL MISMO, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ª edición, Bonn, 1947.
- DUFF, R. A.**, “Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment”, en *Crime and Justice*, vol. 20, I, 1996, pp. 1-89.
- EL MISMO, “Who is Responsible, for What, to Whom?”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2, 2005, pp. 441-461.
- DUTTGE, Gunnar**, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001.
- EL MISMO, “Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot” en *Festschrift für Günter Köhlmann zum 70. Geburtstag*, HIRSCH/WOLTER/BRAUNS (coords.), Köln, 2003, pp. 13-35.

EL MISMO, “§ 15. Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, en Joecks/Miebach (coords.) München, 1ª edición, 2003, pp. 548-648.

EL MISMO, “Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebots”, en *Juristen Zeitung (JZ)*, 6/2014, pp. 261-270

EBERT, Udo, “Charakterschuld” en *Festschrift für Günter Köhlmann zum 70. Geburtstag*, HEGER/KELKER/SCHRAMM (coords.), München, 2003, pp. 137-157.

ENGELMANN, Woldemar, *Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld. Ein Beiträge zur strafrechtlichen Schuldlehre*, Berlin, 1926.

ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Darmstadt, 1964 (nueva impresión de la edición de Berlin, 1930).

EL MISMO, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, (trad. SANCINETTI, Marcelo), traducción de la edición alemana de Tübingen (1931), Buenos Aires, 2008.

EL MISMO, *La teoría de la libertad de voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, (trad. GUZMÁN, José Luis), traducción de la edición alemana de Berlin (1965), Montevideo-Buenos Aires, 2008.

EXNER, Franz, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig y Viena, 1910.

FAKHOURI, Yamila, “Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, 4/2009.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del 'fin de la norma de cuidado'*, Barcelona, 2001.

EL MISMO, *El dolo eventual*, Bogotá, 2004 (reimpresión de la 1ª edición de 2002).

EL MISMO, “La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, en *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, en GÓMEZ-JARA (ed.), Granada, 2005, pp. 435-544.

EL MISMO, “Recensión a Frisch, Wolfgang/Robles Planas, Ricardo”, en *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2006, pp. 113-147.

EL MISMO, “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, 2/2011.

FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, vol. 49, num. 6, 1965, pp. 397-423.

FERZAN, Kimberly, “Holistic Culpability”, *Cardozo Law Review*, vol. 28:6, 2007, pp. 2523-2544.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm, “Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere”, en ALMENDINGEN, GROLMAN y FEUERBACH (coord.), en *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde*, t. II, Göttingen, 1800, pp. 193-243.

EL MISMO, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, Erfurt, 1799.

EL MISMO, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. II, Chemnitz, 1800.

EL MISMO, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 5ª edición, Giessen, 1812.

FICHTE, Johann Gottlieb, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, Jena und Leipzig, 1796.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Schuld und Persönlichkeit. Für eine rechtsethische Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 95, I, 1983, pp. 220-255.

EL MISMO, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3ª ed., Coimbra, 1995.

FINKELSTEIN, Claire, “Responsibility for Unintended Consequences”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2:2, 2005, pp. 579-599.

FISCHER, Sigfrid, “Das Vergessen als Fahrlässigkeit”, en SCHOETENSACK (coord.), *Strafrechtliche Abhandlungen, Cuaderno 346*, Breslau-Neukirch, 1934.

FLETCHER, Georg, “The Fault of Not Knowing”, en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 3.2, 2002, pp. 265-282.

FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, (trad. EDUARDO ABOSO/TEA LÖW), Montevideo-Buenos Aires, 2001 (reimpresión 2002).

FREUND, Georg, “Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertungs aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Relativität objektiver Daten”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1991, pp. 387-410.

EL MISMO, “Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana”, (trads. DOPICO GÓMEZ-ALLER/POZUELO PÉREZ), en *Revista de Derecho Penal*, 2002 – 2: *delitos culposos II*, Buenos Aires, 2002, pp. 79-117.

EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2ª edición, Berlin/Heidelberg, 2009

FRISCH, Peter, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin, 1973.

FRISCH, Wolfgang, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, CLAUS ROXIN *et alii*, Madrid, 2000, (trad. ROBLES PLANAS), pp. 19-67.

EL MISMO, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLES DE MURILLO), Barcelona, 2004.

EL MISMO, “Delito y sistema del delito”, (trad. ROBLES PLANAS), en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, 2004, pp. 193-280.

EL MISMO, “La teoría de la imputación objetiva de resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, (trad. RICARDO ROBLES PLANAS), en FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2006, pp. 1-60.

EL MISMO, “Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht”, en BLOY/BÖSE/HILLENKAMP/MOMSEN/RACKOW, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, pp. 239-261.

EL MISMO, “Objektive Zurechnung des Erfolges”, en *Juristische Schulung (JuS)*, 51, 2011, pp. 19-24, 116-123, 205-211.

EL MISMO, “Zur Zukunft des Schuldstrafrechts – Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften” en *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, HEGER/KELKER/SCHRAMM (coords.), München, 2014, pp. 187-212.

FRISTER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., München, 2009.

GALLAS, Wilhelm, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, en ARTHUR KAUFMANN, GÜNTER BAMMAN, DETLEF KRAUSS, KLAUS VOLK (coord.), München, 1979, pp. 155-179.

EL MISMO, “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 67, I, 1955, pp. 1-47.

GALLINER, Moritz, “Die Bedeutung des Erfolges bei der Schuldformen des geltendes Strafgesetzbuchs: unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch”, en VON LILIENTHAL, Karl (coord.), en *Strafrechtliche Abhandlungen*, Cuaderno 116, Breslau, 1910.

GARCÍA AMADO, Juan António, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, 3, pp. 151-182.

EL MISMO, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en *Funcionalismo, teoría de sistemas y Derecho penal – DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, num. 23 (2000), pp. 233-264.

EL MISMO, “¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso”, en *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, num. 33 (2010), pp. 451-460.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Culpabilidad, legitimación y proceso”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLI, fascículo I, enero-abril, 1988, pp. 71-114.

GARCÍA GINET, Antonio, “Aristóteles: silogismo práctico y 'akrasía””, *A Parte Rei*, vol. 50, 2007, disponible en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/ninet50.pdf>

GARVEY, Stephen, “What’s Wrong with Involuntary Manslaughter”, *Texas Law Review*, tomo 85, 2006, pp. 333-383.

GERMANN, Oscar Adolf, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942.

GIL GIL, Alicia, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La causalidad en Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XV, fascículo III, septiembre-diciembre, 1962, pp. 543-579.

EL MISMO, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* (Monografías jurídicas), en GIMBERNAT, Bogotá, 1983, pp. 1-45.

EL MISMO, “*El sistema del Derecho penal en la actualidad*”, en *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* (Monografías jurídicas), en GIMBERNAT, Bogotá, 1983, pp. 47-87.

EL MISMO, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios penales y criminológicos*, 10, 1985-1986, págs. 168-185.

EL MISMO, “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXI, fascículo I, 2008, pp. 5-30.

GOLDSCHMIDT, James, “Normativer Schuldbegriff”, en *Festgabe für Reinhard von Frank*, en HEGLER (coord.), *Aalen*, 1969, pp. 428-468 (nueva impresión de la edición de Tübingen, 1930).]

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad”, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*, SILVA SÁNCHEZ (ed.), Barcelona, 1997, pp. 269-277.

GÓMEZ-JARA Díez, Carlos, “Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal”, en *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, en GÓMEZ-JARA (ed.), Granada, 2005, pp. 385-434.

EL MISMO, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿el dolor penal como constructo comunicativo?”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, 2/2008.

GONZÁLES-RIVERO, Pilar, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzustände. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, Berlin, 2001.

GÖSSEL, Karl Heinz, “Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia”, en *Revista de Derecho Penal, 2002 – I: delitos culposos I*, Buenos Aires, 2002, pp. 9-28.

GRECO, Luis, “Imputação objetiva: uma introdução”, en ROXIN, en *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*, pp. 1-180, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002.

EL MISMO, *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*, Rio de Janeiro, 2007.

EL MISMO, “Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2009, pp. 636-650.

EL MISMO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009.

EL MISMO, “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, 4/2010.

GROLMAN, Karl von, “Über die Begriffe von Dolus und Culpa”, en ALMENDINGEN, GROLMAN y FEUERBACH (coord.), en *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde*, t. I, parte 1, pp. 3-50, Göttingen, 1797.

GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, 2010.

GÜNTHER, Klaus, “Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE)*, tomo 2, 1994, pp. 143-157.

EL MISMO, “Hirnforschung und strarechtlicher Schuldbegriff”, en *Kritische Justiz*, cuaderno 2, 2006, pp. 116-133.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, (trad. JIMÉNEZ REDONDO), 4ª edición, Madrid, 2005.

HALL, Jerome, “Ignorance and Mistake in Criminal Law”, *Indiana Law Journal*, tomo 33, nº 1, art. 1, 1957.

EL MISMO, “Negligent Behaviour Should Be Excluded from Penal Liability”, en *Columbia Law Review*, 1963, pp. 632-644.

EL MISMO, “Comment on Structure and Theory”, en *The American Journal of Comparative Law*, tomo 24, nº 4, 1976, pp. 615-620.

HÄLSCHNER, Hugo Phillipp Egmont, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1881.

HARDWIG, Werner, *Die Zurechnung. En zentrales Problem des Strafrechts*, Hamburg, 1957.

HARMAN, Elizabeth, “Does Moral Ignorance Exculpate?”, *Ratio*, tomo 24, nº 4, 2011, pp. 443-468.

HART, H. L. A., “Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility”, en HART/GARDNER, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., New York, 2008, pp. 136-157 (consultado en “Oxford Scholarship Online”, acceso a través de la Universitat Pompeu Fabra).

HASSEMER, Winfried, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2ª ed. traducido al idioma portugués), (trad. AFLÉN, Pablo), Porto Alegre, 2005.

EL MISMO, “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, 2/2011.

HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821.

EL MISMO, *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política* (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*), (trad. VERMAL, Juan Luís), Barcelona, 1988.

HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, (trad. GZMÁN DALBORA), Montevideo-Buenos Aires, 2008.

HERRMANN, Emil, “Ueber Absicht und Vorsatz überhaupt und über unbestimmte oder indirecte Absicht insbesondere. Zweite Abtheilung”, en *Archiv des Criminalrechts*, ABEGG ET. AL., 1856, pp. 441-478.

HERTZ, Eduard, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, Hamburg, 1880.

HERZBERG, Rolf Dietrich, “Setzt strafrechtliche Schuld ein Vermeidenkönnen voraus?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 124, 1, 2012, pp. 12-63.

EL MISMO, “Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2001, pp. 568-582.

EL MISMO, “Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 2004, pp. 593-600, 660-668.

EL MISMO, “Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103, Abs. 2 GG)”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 5/2011 – www.zisonline.com, pp. 444-452.

EL MISMO, “Die strafrechtliche Schuldbegriff im 21. Jahrhundert”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2015, pp. 250-259.

HIMMELREICH, Klaus, *Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit*, Berlin, New York, 1971.

HIPPEL, Robert von, “Willensfreiheit und Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 23, 1, 1903, pp. 396-422.

EL MISMO, “Vorsatz und Fahrlässigkeit in den Entwürfen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 31, 1, 1911, pp. 562-596.

EL MISMO, *Deutsches Strafrecht, II*, Darmstadt, 1971 (nueva impresión de la edición de Berlin, 1930).

HIRSCH, Andrew von, *Censurar y castigar*, (trad. ELENA LARRAURI), Madrid, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim, “Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts”, en *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, en DÖLLING, Dieter (coord.), Berlin, 2003, pp. 515-536.

EL MISMO, “Acerca de la teoría de la imputación objetiva”, (trad. DANIEL R. PASTOR), en *Revista Brasileira de Ciências Criminas (RBCCRIM)*, año 12, número 50, 2004, pp. 9-37.

EL MISMO, “Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht” en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 2/2010 – www.zisonline.com, pp. 62-67.

HOBBS, Thomas, *Leviathan*, London, 1651 (texto disponible en <http://www.luminarium.org/renascence-editions>)

EL MISMO, *Elementa Philosophica De Cive*, Lausanne, 1782.

HOLL, Thomas, *Entwicklungen der Fahrlässigkeitsdogmatik im Strafrecht von Feuerbach bis Welzel*, Bonn, 1992.

HOMMEL, Karl Ferdinand, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen (Hommelische Vorrede, pp. III-XXXVII)*, Wien, 1786.

HONIG, Richard, “Kausalität und objektive Zurechnung”, en *Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag*, en HEGLER et al. (coord.), Aalen, 1969, (nueva impresión de la edición de Tübingen, 1930), pp. 174-201.

HÖRNLE, Tatjana, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Baden-Baden, 2013.

LA MISMA, *Straftheorien*, Tübingen, 2011.

HOYER, Andreas, “Anhang zu § 16. Das Fahrlässigkeitsdelikt”, RUDOLPHI ET. AL., en *Systematischer Kommentar zum Stragesetzbuch*, 8ª ed., Köln, 2008.

HÜBNER, Cristoph, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004.

HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin/New York, 1976.

EL MISMO, “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”, en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, en ARTHUR KAUFMANN, GÜNTER BAMMAN, DETLEF KRAUSS, KLAUS VOLK (coord.), München, 1979, pp. 421-436.

EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª edición, Berlin/New York, 1998.

EL MISMO, “Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten”, en *Juristen Zeitung (JZ)*, 1997, pp. 22-27.

EL MISMO, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, (trad. FRANCISCO BALDÓ LAVILLA), en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (coord. SÁNCHEZ OSTIZ) Navarra, 2005, pp. 27-39.

EL MISMO, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Puffendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in causa*”, (trad. NURIA PASTOR), en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (coord. SÁNCHEZ OSTIZ) Navarra, 2005, pp. 55-88.

EL MISMO, “Sobre la difícil prueba del dolo”, (trad. RAMON RAGUÉS), en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (coord. SÁNCHEZ OSTIZ) Navarra, 2005, pp. 145-156.

EL MISMO, “Actio libera in causa y autoría mediata”, (trad. JOSHI JUBERT y BOLEA BARDON), en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (coord. SÁNCHEZ OSTIZ) Navarra, 2005, pp. 157-168.

EL MISMO, “Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias”, (trad. SÁNCHEZ OSTIZ), en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (coord. SÁNCHEZ OSTIZ) Navarra, 2005, pp. 169-195.

HSU, Von Yu-An, “Inhalt und funktion der Norm bei fahrlässigen Erfolgsdelikt”, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER/STÜBINGER/VERREL/ZACZYK (coords.), Berlin, 2010, pp. 531-545.

IDA, Makoto, “Inhalt und funktion der Norm bei fahrlässigen Erfolgsdelikt”, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, WEIGEND/KÜPER (coords.), Berlin/New York, 1999, pp. 225-240.

IHERING, Rudolph, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867.

ISLER SOTO, Carlos, “Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXV, Valparaíso, Chile, 2013, pp. 681-706.

JAKOBS, Günther, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972.

EL MISMO, “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLII, fascículo II, mayo-agosto, 1994, pp. 633-652.

EL MISMO, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIX, fascículo III, septiembre-diciembre, 1996, pp. 835-874.

EL MISMO, *Derecho Penal – Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. CUELLO CONTRERAS/GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª edición, Madrid, 1997.

EL MISMO, *Sobre la teoría de la pena*, (trad. CANCIO MELIÁ), Bogotá, 1998.

EL MISMO, “La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal”, (trad. CANCIO MELIÁ), en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Ciudad de México, 2003, pp. 13-33.

EL MISMO, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, (trad. CANCIO

MELIÁ), en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Ciudad de México, 2003, pp. 34-51.

EL MISMO, “El concepto jurídico-penal de acción”, (trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMES-TRELLES/REY SANFIZ) en *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, 2004, pp. 149-170.

EL MISMO, “Indiferencia como dolo indirecto”, (trad. CARLOS PEREZ DEL VALLE) en *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, 2004, pp. 189-208.

EL MISMO, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, (trad. SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-JARA), en *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, en GÓMEZ-JARA (ed.), Granada, 2005, pp. 177-196.

EL MISMO, “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, (trad. CANCIO MELIÁ/ FEIJÓO SÁNCHEZ), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 1-41.

EL MISMO, “El concepto jurídico-penal de acción”, (trad. CANCIO MELIÁ), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 42-76.

EL MISMO, “El principio de culpabilidad”, (trad. CANCIO MELIÁ), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 77-116.

EL MISMO, “Culpabilidad y prevención”, (trad. SUÁREZ GONZALES), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 118-153.

EL MISMO, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, (trad. SÁNCHEZ VERA), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 156-200.

EL MISMO, “El delito imprudente”, (trad. CANCIO MELIÁ), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 305-345.

EL MISMO, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, (trad. CANCIO MELIÁ), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 348-387.

EL MISMO, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (trad. PEÑARANDA RAMOS), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 390-431.

EL MISMO, “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, (trad. SUÁREZ GONZALES), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 464-489.

EL MISMO, “La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva”, (trad. CANCIO MELIÁ), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 593-615.

EL MISMO, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, (trad. CANCIO MELIÁ), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 659-690.

EL MISMO, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, (trad. MANSO PORTO), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 713-738.

EL MISMO, “Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización”, (trad. QUADRADO, María Ángeles), en *Moderna Dogmática Penal*, Ciudad de México, 2006, pp. 739-761.

EL MISMO, “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, (trad. FEIJÓO SÁNCHEZ), en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ/ FEIJOO SÁNCHEZ, Cizur Menor, 2008, pp. 169-206.

EL MISMO, *El Derecho Penal como disciplina científica*, (trad. Alex van Weezel), Cizur Menor, 2008.

EL MISMO, “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, en *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, enero-2010, cuaderno 1, pp. 283-315.

EL MISMO, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª edición (“erheblich veränderte Aufgabe”), Berlin, 2011.

EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, 2012.

EL MISMO, “Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff”, en *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, HEGER/KELKER/SCHRAMM (coords.), München, 2014, pp. 281-293.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich*, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología (RECPC)* 05-01 (2003) – <http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01vo.pdf>.

JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, (trad. Alex van Weezel), 5ª edición, Granada, 2002.

JOHN, Richard Eduard, *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz für Praktiker und Theoretiker*, Berlin, 1860.

JOSHI JUBERT, Ujala, *La doctrina de la “actio libera in causa”*, Barcelona, 1992.

LA MISMA, “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLII, fascículo I, enero-abril 1989, pp. 125-140.

KAHAN, Dan M., “Punishment Incommensurability”, en *Buffalo Law Review*, vol. 1, n° 2, 1998, pp. 691-708.

KAMINSKI, Ralf, *Der objektive Massstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts: Struktur und Inhalt*, Berlin, 1992.

KANT, Immanuel, *Werke: Akademie-Textausgabe, Band 6, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft; Die Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1968.

KAUFMANN, Armin, “Das fahrlässige Delikt”, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)*, 5, 1964, pp. 41-55.

EL MISMO, *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna (Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik)*, (trad. BACIGALUPO/GAZÓN VALDÉS), Buenos Aires, 1977.

KAUFMANN, Arthur, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1949.

EL MISMO, *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961.

EL MISMO, “Einleitung”, en Gustav RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Darmstadt, 1967, pp. VII-XII.

EL MISMO, “Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht”, en *Juristische Ausbildung (Jura)*, mayo, 1986, pp. 225-233.

KAWAGUCHI, Hirokazu, “Dolus indirectus im Spiegel der japanischen Rechtssprechung”, en *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, PAWLIK/ZACZYK (coords.), Köln, 2007, pp. 259-272.

EL MISMO, “‘Damit waren die Weichen von vornherein falsch gestellt’ – Anmerkungen zu Welzels Fahrlässigkeitslehre”, en FRISCH ET. AL., *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, Tübingen, 2015, pp. 111-117.

KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1923.

EL MISMO, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Aalen, 1970 (nueva impresión de la edición de Tübingen, 1911).

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat: rechts-theoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main, 1989.

EL MISMO, “Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1989, pp. 493-507.

EL MISMO, “Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1994, pp. 197-223.

EL MISMO, “Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik* (JRE), tomo 2, 1994, pp. 339-352.

EL MISMO, “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, en *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 66-114.

EL MISMO, “La retribución de culpabilidad y pena”, en *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 147-179.

EL MISMO, *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxis Kommentar*, 4ª ed., Baden Baden, 2010.

EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Baden Baden, 2011.

EL MISMO, “Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, tomo 100, 2013, pp. 155-173.

KING, Matt, “The Problem with Negligence”, en *Social Theory and Practice*, tomo 35, n. 4 (Oct, 2009), pp. 577-595.

KIRSCHBAUM, Klaus, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, Berlin, 1980.

KLEIN, Ernst Ferdinand, *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, Halle, 1796.

EL MISMO, “Vom Unterschiede zwischen dolus und culpa in Beziehung auf Verbrechen und Strafe”, en KLEIN y KLEINSCHROD (coord.), en *Archiv des Criminalrechts*, t. I, parte 2, 1799, Halle, pp. 56-66.

EL MISMO, “Über dolus und culpa, ein Nachtrag zu Nr. 7. St. 2. Bd. I und Nr. 9. St. I. Bd. II. S. 316. ff. von E. F. Klein”, en KLEIN, KLEINSCHROD y KONOPAK (coord.), en *Archiv des Criminalrechts*, t. III, parte 1, 1800, Halle, pp. 119-136.

EL MISMO, “Über das Verschulden (reatus) überhaupt, und über böser Vorsatz und bloße Schuldhaftigkeit (culpa) insbesondere”, en QUISTORPS y KLEIN (coord.), en *Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts*, 1/1, Rostock und Leipzig, 1809, pp. 434-445.

KLEINHEYER, Gerd/SCHRÖDER, Jan, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, 5ª edición, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2008.

KOCH, Arnd, *Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung*, Berlin, 1998.

EL MISMO, “Zur Strafbarkeit unbewussten Fahrlässigkeit: ein Strafzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 3/2010 – www.zisonline.com, pp. 175-182.

KÖHLER, August, *Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, München, 1912.

KÖHLER, Josef, “Ueber die strafrechtliche Fahrlässigkeit”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozess (GA)*, 1916, pp. 241-251.

KÖHLER, Michael, *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1982.

EL MISMO, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986.

EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg, New York, 1997.

EL MISMO, “Der Begriff der Zurechnung”, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, WEIGEND y KÜPER (coord.), Berlin/New York, 1999, pp. 65-81.

EL MISMO, “La imputación subjetiva: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, CLAUS ROXIN *et alii*, Madrid, 2000, (trad. SÁNCHEZ-OSTIZ), pp. 69-90 (observación: este texto es muy similar – pero no idéntico – al artículo “*Begriff der Zurechnung*” – citado – del mismo autor).

KOHLRAUSCH, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903.

EL MISMO, “*Die Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung)*”, en ACHROTT y VON LISZT (coord.), en *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Band I: Allgemeiner Teil*, Berlin, 1910.

EL MISMO, “Der Allgemeine Teil des Entwurfs”, en ACHROTT y KOHLRAUSCH (coord.), en *Reform des Strafrechts: Kritische Besprechung des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs*, Berlin/Leipzig, 1926.

KORIATH, Heinz, “Fahrlässigkeit und Schuld”, en *Festschrift für Heinke Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*, MÜLLER-DIETZ, MÜLLER, KUNZ, RADTKE, BRITZ, MOMSEN y KORIATH (coord.), Baden-Baden, 2007, pp. 65-81.

KÖSTLIN, Christian Reinhold, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845.

EL MISMO, *System des deutschen Strafrechts, Erste Abtheilung, Allgemeiner Theil*, Tübingen, 1855.

KREMER-BAX, Alexandra, *Das personale Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeitstat – Zur Individualisierung des Bewertungsgegenstands*, Marburg, 1999.

KRIES, Johannes von, “Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 9, 1889, pp. 528-537.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito (Methodenlehre der Rechtswissenschaft* traducido al idioma portugués), (trad. JOSÉ LAMEGO), Lisboa, 2005.

LARRAURI, Elena, “Notas preliminares para una discusión sobre la teoría de la imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLI, fascículo III, septiembre-diciembre, 1988, pp. 715-775.

LEITE, Alaor, *Dúvida e Erro sobre a Proibição no Direito Penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, 2ª ed., São Paulo, 2014.

LEONHARD, Franz, “Fahrlässigkeit und Unfähigkeit”, *Festgabe für Enneccerus*, Marburg, 1913, pp. 3-76.

LERMAN, Marcelo, “Recensión a Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre*”, en *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, nº 4, 2014, pp. 14-23 (www.indret.com).

LESCH, Heiko Hartmut, *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.

EL MISMO, *La función de la pena*, (trad. SÁNCHEZ-VERA), Bogotá, 1999.

EL MISMO, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, (trad. RAMON RAGUÉS), Bogotá, 2001.

LISZT, Franz von, *Tratado de Direito Penal Allemão (Lehrbuch des deutschen Strafrechts* traducido al idioma portugués), (trad. DUARTE PEREIRA), Rio de Janeiro, 1899.

EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18ª edición, Berlin, 1911.

- LÖFFLER, Alexander**, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, Leipzig, 1895.
- LUDEN, Heinrich**, *Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes*, Jena, 1847.
- LUHMANN, Niklas**, *Sociologia do Direito I*, (“Rechtssoziologie I” traducido al portugués), (trad. BAYER, Gustavo), Rio de Janeiro, 1983.
- EL MISMO, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeiner Theorie*, 4ª edición, Frankfurt am Main, 1991.
- EL MISMO, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1995.
- EL MISMO, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1997.
- LUZÓN, Diego-Manuel**, *Alcance y función del Derecho penal*, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Tomo XLII, fascículo I, enero-abril 1989, pp. 5-53.
- MAIHOFFER, Werner**, “Zur Systematik der Fahrlässigkeit. Die sogenannte vier maßstäbe der Fahrlässigkeit als Grundelemente einer personalen Zurechnungslehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 70, II, 1958, pp. 159-195.
- MAÑALICH, Juan Pablo**, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 29-65.
- MANSO PORTO, Teresa**, *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*, Baden-Baden, 2009.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita**, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro**, *La inimputabilidad por trastorno mental. Un estudio de su determinación a partir de la racionalidad comunicativa y la teoría de sistemas*, Tesis Doctoral – Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2009.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos**, “El concepto significativo de dolo: un concepto volitivo-normativo”, en MUÑOZ CONDE (dir.), en *Estudios Penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 323-367.
- MATT, Holger/RENIKOWSKI, Joachim**, *Strafgesetzbuch - Kommentar*, München, 2013.
- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz**, *Derecho Penal, Parte General, I* (traducción de la 7ª edición alemana), (trad. BOFILL GENZSCH/AIMONE GIBSON), Buenos Aires, 1994.
- MAYER, Max Ernst**, *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Leipzig, 1901.

EL MISMO, “Glossen zur Schuldlehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 32, I, 1911, pp. 492-514.

EL MISMO, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Heidelberg, 1923.

MEDER, Stephan, *Schuld, Zufall, Risiko: Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung*, Frankfurt am Main, 1993.

MERKEL, ADOLF, *Kriminalistische Abhandlungen (I)*, Leipzig, 1867.

EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889.

MEZGER, Edmund, “Glossen zur Schuldlehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 32, I, 1911, pp. 492-514.

EL MISMO, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, München-Leipzig, 1931.

EL MISMO, “Die Straftat als Ganzes”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 57, I, 1938, pp. 675-701.

EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, (trad. FINZI), Buenos Aires, 1958.

MICHELET, Charles Louis, *Naturrecht oder Rechts-Philosophie als die praktische Philosophie*, Berlin, 1866.

EL MISMO, *Das System der philosophischen Moral: mit Rücksicht auf die juristische Imputation, die Geschichte der Moral und das christliche Moralprinzip*, Berlin, 1828.

MIKUS, Rudolf Alexander, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, Berlin, 2002.

MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982.

EL MISMO, “Sobre la posibilidad y límites de una Ciencia Social del Derecho Penal”, en MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra (Barcelona), 1982, pp. 9-31.

EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994.

EL MISMO, *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (RECPC) 05-05 (2003) – <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>

EL MISMO, “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (RECPC) 07-18 (2005) – <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>

EL MISMO, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª edición, 2ª reimpresión, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

EL MISMO, *Derecho Penal – Parte General*, 7ª edición, 4ª reimpresión, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

MAIHOFFER, Werner, “Zur Systematik der Fahrlässigkeit: Die sog. vier Maßstäbe der Fahrlässigkeit als Grundelemente einer personalen Zurechnungslehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 70, 2, 1958, pp. 159-195.

MITTERMAIER, Wolfgang, “Zur Frage des Schuldcharakters der Fahrlässigkeit”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 32, 1, 1911, pp. 415-435.

MOHRMANN, Gottlieb, “Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht”, en *SCHOETENSACK, August* (coord.), en *Strafrechtliche Abhandlungen*, Cuaderno 265, Breslau, 1929.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bogotá, 2003.

MONTIEL, Juan Pablo, “¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal?”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, 4/2014.

MOORE, Michael, “A Theory of Criminal Law Theories”, en *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997, pp. 3-80.

EL MISMO, “Prima Facie Moral Culpability”, en *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997, pp. 403-419.

“Choice, Character and Excuses”, en *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997, pp. 548-592.

MÜLLER, Gerd, *Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung: Strukturanalyse der Handlung und ihre Auswirkung auf das Strafrecht, insbesondere die Zurechnung*, München, 2001.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoria Geral do Delito*, (“Teoría General del Delito” traducido al portugués), (trads. TAVARES, Juarez/RÉGIS PRADO, Luiz), Porto Alegre, 1988.

MÜNZBERG, Wolfgang, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt am Main, 1966.

MÜSSIG, Bernd, “Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis. Zu den normativen Grundlagen der objektiven Zurechnung im Strafrecht”, en *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, PAWLIK/ZACZYK (coords.), Köln, 2007, pp. 405-433.

EL MISMO, “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal”, (trads. CANCIO MELIÁ/PEÑARANDA RAMOS) en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2-2001, pp. 317-366.

NETTELBLADT, Daniel, *De homicidio ex intentione indirecta commissio*, Halle/Magdeburg, 1763.

NEUMANN, Ulfrid, *Zurechnung und Vorverschulden. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1985. GOLT

EL MISMO, “Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1985, pp. 389-401.

EL MISMO, “Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 99, 4, 1987, pp. 567-594.

EL MISMO, “Das sogenannte Prinzip der Nichtdispositivität des Rechtsguts Leben” en *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, HEGER/KELKER/SCHRAMM (coords.), München, 2014, pp. 569-583.

NIESE, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951.

NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona, 1999.

NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980.

NOWAKOWSKI, Friedrich, “Freiheit, Schuld und Vergeltung”, en *Festschrift für Theodor Rittler zum seinem achtzigsten Geburtstag*, HOHENLEITNER/LINDNER/NOWAKOWSKI (coord.), Aalen, 1957, pp. 55-88.

EL MISMO, “Zur Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit”, en *Juristen Zeitung*, 1958, pp. 336-341, 388-394.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981.

OEHLER, Dietrich, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, *La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea*, Madrid, 2007.

OTTO, Harro, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 87, III, 1975, pp. 539-597.

EL MISMO, “Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für Fahrlässigs Verhalten”, en *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, DUTTGE ET. AL. (coords.), Köln/Bonn/Berlin/München, 2002, pp. 77-97.

PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004.

EL MISMO, “La pena retributiva y el concepto de delito”, en PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, (trad. GONZÁLES RIVERO), Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010, pp. 75-108.

EL MISMO, “¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?. Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho Penal”, en PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, pp. 109-135, (trad. SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES), Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010.

EL MISMO, *Das Unrecht des Burgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2-2001, pp. 401-442.

EL MISMO, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito” en *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, en GÓMEZ-JARA (ed.), Granada, 2005, pp. 223-255.

EL MISMO, “La pena: nociones generales” en *Introducción al Derecho penal*, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), Cizur Menor, 2011, pp. 221-260.

PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLES/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá, 1999.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, 2010.

EL MISMO, “Dolo como reproche objetivo. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*, año 20, número 95, 2012.

EL MISMO, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, 4/2014.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona, 2012.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona, 2005.

EL MISMO, “Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?” en *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, en GÓMEZ-JARA (ed.), Granada, 2005, pp. 257-293.

PORCIÚNCULA NETO, José Carlos, *La “exteriorización de lo interno”. Sobre la relación entre lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*, Tesis Doctoral – Universitat de Barcelona, Barcelona, 2012.

PUFENDORF, Samuel, *Of The Law of Nature and Nations (De Jure Naturae et Gentium* traducido al idioma inglés), (trad. BASIL KENNETT), London, 1729.

PUPPE, Ingeborg, “Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1994, pp. 297-318.

LA MISMA, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al §15 del Código penal alemán*, (trad. SANCINETTI, Marcelo), Buenos Aires, 2010.

LA MISMA, *Strafrecht. Allgemeiner Teil – im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden Baden, 2011.

LA MISMA, “El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho penal” en *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, en PUPPE – NURIA PASTOR (coord.), (trad. BERMEJO, Mateo), Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 101-136.

LA MISMA, “Das System der objektiven Zurechnung”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2015, pp. 203-218.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, 1958.

RADBRUCH, Gustav, “Über den Schuldbegriff”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 24, I, 1904, pp. 333-348.

EL MISMO, “Aussetzung (§ 221 RstrGB.), 1905”, en *Gustav Radbruch. Gesamte Ausgabe. Band 15. Rechtsvergleichende Schriften*, ARHUR KAUFMANN (coord.), Tübingen, 1999, pp. 131-152.

EL MISMO, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag am 16. August 1930*, AUGUST HEGLER (coord.), Aalen, 1969 (nueva impresión de la edición de Tübingen, 1930), pp. 158-173.

EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Darmstadt, 1967.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

RAMRAJ, Victor, *A Theory of Criminal Negligence*, Toronto, 1998 (Tesis Doctoral – University of Toronto – disponible en: <https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/12333/1/nq35293.pdf>).

RATH, Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement. Zur kriminalrechtlichen Relevanz eines subjektiven Elements in der Ebene des Unrechtsausschlusses – auf der Grundlage einer Rechtsphilosophie im normativen Horizont des Seins. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, Berlin, 2002.

RENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997.

EL MISMO, “Normentheorie und Strafrechtsdogmatik”, en ALEXY (ed.), *Juristische Grundlagenforschung (ARSP Beiheft 104)* Stuttgart, 2005, pp. 115-137.

EL MISMO, “A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*, año 22, número 110, 2014, (“Straftheorie bei Hobbes und Bentham – zur Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen” traducido al portugués), (trad. TEIXEIRA, Adriano), pp. 51-73.

REYES ALVARADO, Yesid, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fascículo III, septiembrediciembre-agosto, 1992, pp. 933-968.

RITTER, Daniel Patrick, *Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit der unbewussten Fahrlässigkeit*, Wien, 2009.

ROBINSON, Paul/CAHILL, Michael/MOHAMMAD, Usman, “The Five Worst (and Five Best) American Criminal Codes”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 95, 2000, pp. 1-89 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=183290> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.183290>).

ROBINSON, Paul/DARLEY, John, “The Utility of Desert”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 91, n. 2, 1997, pp. 453-499 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=183290> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.183290>).

ROBINSON, Paul/DUBBER, Markus, “The American Model Penal Code: A Brief Overview”, en *New Criminal Law Review*, tomo 10, 2007, pp. 319-341 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=661165> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.661165>).

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Participación en el delito e imprudencia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 6, 2000, pp. 223-251.

EL MISMO, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Madrid, 2003.

EL MISMO, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, en FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2006, pp. 61-114.

EL MISMO, “Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijóo Sánchez a Frisch/Robles Planas”, en FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2006, pp. 149-175.

EL MISMO, “La construcción del sistema del delito en *La aproximación al Derecho penal contemporáneo*”, en ROBLES PLANAS/SÁNCHEZ-OSTIZ, *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2010, pp. 41-61.

EL MISMO, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, 4/2013.

EL MISMO, “La identidad de la dogmática jurídico-penal”, en ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito, y derecho penal económico*, 2014, pp. 3-26.

EL MISMO, “Sobre la exclusión del injusto penal”, en ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, Buenos Aires/Montevideo, 2014, pp. 185-200.

EL MISMO, “La teoría de la imputación objetiva: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro”, en FRISCH, *La Imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, Barcelona, 2015, pp. 19-40.

RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo, “Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo VI, fascículo II, mayo-agosto, 1953, pp. 207-230.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Granada, 2005.

ROSEN, Gideon, “Skepticism about Moral Responsibility”, *Philosophical Perspectives*, tomo 18, n° 1, 2004, pp. 295-313.

ROSENFELD, Ernst, “Schuld und Vorsatz im v. Lisztchen Lehrbuch”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 32, 1911, pp. 466-491.

ROBHIRT, Johann Conrad Eugen Franz, *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts*, Heidelberg y Leipzig, 1828.

ROTH, Frank, *Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens*, Mannheim, 1995.

ROXIN, Claus, “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 74, 3, 1962, pp. 411-444.

EL MISMO, “Zur Kritik der finalen Handlungslehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 74, 4, 1962, pp. 515-561.

EL MISMO, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación objetiva en el Derecho penal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, (trad. LUZÓN PEÑA), Madrid, 1976, pp. 57-92.

EL MISMO, “‘Culpabilidad’ y ‘responsabilidad’ como categorías sistemáticas jurídico-penales”, en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, (trad. MUÑOZ CONDE), Madrid, 1981, pp. 57-92.

EL MISMO, “Zur Problematik des Schuldstrafrechts”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 96, 3, 1984, pp. 641-660.

EL MISMO, “Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, 104, 1987, pp. 356-376.

EL MISMO, “Observaciones sobre la ‘actio libera in causa’”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLI, fascículo I, enero-abril 1988, (trad. MUÑOZ CONDE), pp. 21-38.

EL MISMO, “A teoria da imputação objetiva”, (*Die Lehre der objektiven Zurechnung* traducido al idioma portugués), (trad. LUÍS GRECO), en *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*, año 9, número 38, 2002, pp. 11-31.

EL MISMO, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, 2ª edición, 2ª reimpresión, (trad. MUÑOZ CONDE), Buenos Aires, 2002.

EL MISMO, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL), Madrid, 2007.

EL MISMO, “Política criminal y dogmática penal hoy día”, en *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. ABANTO VÁSQUEZ, Lima, 2007, pp. 41-68.

EL MISMO, “El principio de culpabilidad y sus cambios”, en *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. ABANTO VÁSQUEZ, Lima, 2007, pp. 296-324.

EL MISMO, “Acerca del fundamento de la participación”, en *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. ABANTO VÁSQUEZ, Lima, 2007, pp. 485-509.

EL MISMO, “Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2011, pp. 678-695.

EL MISMO, “Finalismo: Um Balanço entre seus Méritos e Deficiências”, en *Novos Estudos de Direito Penal*, (“Vorzüge und Defizite des Finalismus. Eine Bilanz” - traducido al idioma portugués), (trad. PINHÃO COELHO), Madri/Barcelona/Buens Aires/São Paulo, 2014, pp. 116-128.

EL MISMO, “Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2015, pp. 185-202.

RUDOLPHI, Hans Joachim, “Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre”, en *Juristische Schulung (JuS)*, 9, 1969, pp. 549-557.

EL MISMO, “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, en SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, (trad. SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 1991, pp. 81-93.

SACHER, Mariana, *Evolución del Tipo Subjetivo*, Bogotá, 1998.

SAFFERLING, Cristopher J. M., *Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Tübingen, 2008.

SALAS, Jaime Couso, *Fundamentos del Derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*, Valencia, 2006.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y Teoría del Delito: La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

EL MISMO, “Casos difíciles, teoría del delito y doctrina de la imputación. Un análisis desde la diferenciación entre reglas de conducta y reglas de imputación”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, pp. 77-103.

EL MISMO, “La imputación al sujeto de sus defectos de imputación”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, pp. 119-138.

EL MISMO, “La libertad del Derecho penal”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, pp. 179-208.

SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier, “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVIII, fascículo I, enero-abril, 1995, pp. 187-264.

EL MISMO, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho Penal”, en QUINTERO/POLAINO-ORTS (coords.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2007, pp. 217-258.

SANCINETTI, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, 1996.

SAUER, Dirk, *Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung*, Hamburg, 2003.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen: in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Darmstadt, 1973.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, “Zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1957, pp. 305-314.

EL MISMO, “Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung”, en *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (coord.), Göttingen, 1975, pp. 129-158.

EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1984.

EL MISMO, “Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtlige Tatgesinnung”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Erster Halbband*, VOGLER ET. AL. (coords.), Berlin, 1985, pp. 485-502.

SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1965.

SCHMITZ, Roland, “Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns”, en *Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, JOECKS ET. AL. (coords.), Berlin, 2010, pp. 181-199.

SCHOPENHAUER, Arthur, *Die beiden Grundprobleme der Ethik*, Frankfurt am Main, 1841.

EL MISMO, *Die Welt als Wille und Vorstellung, Zweiter Band (welcher die Ergänzung zu den vier Büchern des erstens Band enthält)*, Leipzig, 1844.

SCHÖNE, Wolfgang, *Imprudencia, tipo y ley penal*, (trad. ZIFFER, Patricia), Bogotá, 1998 (reimpresión de la edición de 1996).

SCHRÖDER, Horst, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, en *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*, ed. WILHELM SAUER, Berlin, 1949, pp. 207-248.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Die Fahrlässigkeitsdelikte. Vorbeugung und Behandlung der Täter”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 91, II, 1979, pp. 257-269.

EL MISMO, “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, en *Juristen Zeitung*, 1989, pp. 776-780.

EL MISMO, “§ 16. Irrtum über Tatumstände”, en *Stragesetzbuch. Leipziger Kommentar*, en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (coords.), 11ª edición, Berlin, 2003.

EL MISMO, *Der Blitz als Mordinstrument: Ein Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässikeits- und Gefährdungs-delikte”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1975, pp. 389-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724 y 787-798.

EL MISMO, “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? — Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechenaufbau”, en *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (coord.), Göttingen, 1975 pp. 159-176.

EL MISMO, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, (trad. SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 1991, pp. 31-80.

EL MISMO, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo”, en SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, (trad. SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 1991, pp.147-178.

EL MISMO, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, (trad. MARIANA SACHER), en *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*, año 11, número 44, 2003, pp. 11-33.

EL MISMO, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, (trad. SACHER, Mariana), en SCHÜNEMANN, *Bernd Schünemann. Obras*, Tomo I, Buenos Aires, 2009, pp. 385-415.

EL MISMO, “”, (trad. SUÁREZ GONZÁLES), en SCHÜNEMANN, *Bernd Schünemann. Obras*, Tomo I, Buenos Aires, 2009, pp. 327-376.

EL MISMO, “Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad penal”, (trad. FELIP I SABORIT/RAGUÉS I VALLÈS), en SCHÜNEMANN, *Bernd Schünemann. Obras*, Tomo I, Buenos Aires, 2009, pp. 437-464.

EL MISMO, “La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización”, (trad. MARIANA SACHER), en SCHÜNEMANN, *Bernd Schünemann. Obras*, Tomo I, Buenos Aires, 2009, pp. 465-490.

SCHÜRER-MOHR, Wiebke, *Erlaubten Risiken. Grundfragen des erlaubten risikos im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1998.

SEAVEY, Warren, “Negligence – Subjective or Objective?”, en *Harvard Law Review*, 47, nº 1, 1927-1928, pp. 1-28.

SEELMAN, Kurt, “El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena”, en *La teoría del bien jurídico*, coord. ROLAND HEFENDEHL, (trad. MARTÍN LORENZO), Madrid-Barcelona, 2007, pp. 373-382.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992 (reimpresión 2002).

EL MISMO, “Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y sus límites”, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*, SILVA SÁNCHEZ (ed.), Barcelona, 1997, pp. 17-29.

EL MISMO, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de ‘reparación’”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 45, 1997, pp. 183-202.

EL MISMO, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, 1999.

EL MISMO, “Informe sobre las discusiones”, en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, CLAUS ROXIN *et alii*, Madrid, 2000, pp. 179-207.

EL MISMO, “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la culpabilidad”, *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, 2003, pp. 15-39.

EL MISMO, “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?”, *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, 2003, pp. 97-133.

EL MISMO, “Del Derecho abstracto al Derecho real. Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal, significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez),

Thomson Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, Editorial 4/2006.

EL MISMO, “Honeste vivere”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, Editorial 3/2010.

EL MISMO, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona, 3/2014.

EL MISMO, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Montevideo-Buenos Aires, 2015.

SIMESTER, A.P./SULLIVAN, G.R., *Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford- Portland Oregon, 2000.

EL MISMO, *Desvalorar e Imputar (Prólogo)*, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. XI-XXI.

SINN, Arndt, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Tübingen, 2007.

SMITH, Holly, “Culpable Ignorance”, en *The Philosophical Review*, tomo 92, n. 4 (Oct, 1983), pp. 543-571.

LA MISMA, *Negligence*, ----- consultado en (09/11/2014)
<http://fas-philosophy.rutgers.edu/hsmith/Papers/Smith,%20Negligence,%20Webpage%206-08-11.pdf>.

SPILGIES, Gunnar, “Über die Aporie der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 7-8/2010 – www.zisonline.com, pp. 490-493.

STORCH, Heinrich, *Über den Begriff, die Arten und die Bestrafung der culpa: nach der deutschen strafrechtliche Literatur von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, Breslau, 1913.

STRATENWERTH, Günter, “Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht”, en *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, BOCKELMANN/GALLAS, Aalen, 1971 (nueva impresión de la edición de Göttingen, 1961), pp. 383-400.

EL MISMO, “Literaturbericht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 85, II, 1973, pp. 469-496.

EL MISMO, *El futuro del principio jurídicopenal de culpabilidad*, Madrid, 1980.

EL MISMO, “Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßtabes beim Fahrlässigkeitsdelikt”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, VÖGLER/HERRMANN/KRÜPELMANN/MOOS/TRIFFTERER/LEIBINGER/SHAFFMEISTER/MEYER/HÜNE (coord.), Berlin, 1985, pp. 285-302.

EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General I: el hecho punible*, (trads. CANCIO MELIÁ/SANCINETTI), Cizur Menor, 2005 (título original: *Strafrecht, Allgemeines Teil: Die Straftat*, 4ª ed., 2000).

STRUEENSEE, Eberhard, “Der subjektiv Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, en *Juristen Zeitung*, 1987, pp. 53-63.

STÜBEL, Christoph Carl, *System des allgemeinen Peinlichen Rechts: mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze, besonders zum Gebrauche für academische Vorlesungen*, t. I, Leipzig, 1795.

EL MISMO, “Über gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen”, en KONOPAK, MITTERMAIER y ROßHIRT, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. VIII, Halle, 1825, pp. 236-323.

STURM, Friedrich, *Die strafrechtliche Verschuldung*, Breslau, 1902.

TAVARES, Juarez, “Prefácio”, en GRECO, en *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*, 1986, Rio de Janeiro, 2007, pp. IX-XVI.

EL MISMO, *Teoria do Crime Culposo*, Rio de Janeiro, 2009.

EL MISMO, *Teoria dos Crimes Omissivos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2012.

TEMME, Jodocus Donatus Hubertus, *Lehrbuch des preußischen Strafrechts*, Berlin, 1853.

TENCKHOFF, Jorg, “Der leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 88, IV, 1976, pp. 897-922.

TESAR, Otto, “Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 32, I, 1911, pp. 379-414.

THON, August, *Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878.

TORÍO LOPEZ, Angel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, fascículo I, enero-abril, 1986, pp. 33-48.

TRIFFTERER, Otto, “Die 'objektive Voraussehbarkeit' (des Erfolges un des Kausalverlaufs) — unverzichtbares Element im Begriff oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?”, en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, en ARTHUR

KAUFMANN, GÜNTER BAMMAN, DETLEF KRAUSS, KLAUS VOLK (coord.), *München*, 1979, pp. 201-224.

EL MISMO, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wien/New York, 1985.

EL MISMO, “Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte und ihre Bedeutung im Verbrechenssystem”, en *Tom specjalny wydany dla uczczenia pracy naukowej Igora Andrejewa (Studia iuridica 16)*, en GARDOCKI, LECH (coord.), *Warszawa*, 1988, pp. 189-211.

TURNER, J. W. C., “The Mental Elements in Crimes at Common Law”, en *The Cambridge Law Journal*, tomo 6, n° 1, 1936, pp. 31-66.

VARGAS, Manuel, “The Trouble with Tracing”, en *Midwest Studies in Philosophy*, XXIX, 2005.

VIVES ANTÓN, Tomás S., “El principio de culpabilidad”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, DÍEZ RIPOLLÉS ET. AL. (eds.), Madrid, pp. 211-233.

VOGEL, Joachim, “§15, Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, en LAUFHÜTTE/SAAN/TIEDMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12ª ed., Berlin, pp. 991-1115.

VOLK, Klaus, “Dolus ex re”, en *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, HAFT/HASSEMER/NEUMANN/SCHILD/SCHROTH, Heidelberg, 1993, pp. 611-624.

VORMBAUM, Thomas, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, publicación on line, Berlin, Heidelberg, 2011.

VOßGÄTTER, Isabel, *Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, Frankfurt am Main, 2004.

WÄCHTERS, Carl Georg von, *Deutsches Strafrechts. Vorlesungen*, Leipzig, 1881.

WALTER, Tonio, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen, 2006.

WEBER, Hellmuth von, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.

WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 58, I, 1939, pp. 491-566.

EL MISMO, “Persönlichkeit und Schuld”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 60, I, 1941, pp. 428-474.

EL MISMO, *Um die finale Handlungslehre: Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Tübingen, 1949.

EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlin, 1949.

EL MISMO, *Derecho Penal – Parte General* (trad. CARLOS FONTÁN BALESTRA), Buenos Aires, 1956.

EL MISMO, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte: Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961.

EL MISMO, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXI, fascículo II, mayo-agosto, 1968, pp. 221-229.

EL MISMO, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, (trad. GONZÁLES VICEN), Madrid, 1971.

EL MISMO, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la teoría de la acción finalista*, (trad. CEREZO MIR), Montevideo-Buenos Aires, 2004.

WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg/München/Frechen/Hamburg, 2012.

WOLF, Christian, *Philosophia Practica Universalis, methodo scientifica pertractata, pars prior, theoriam complectens, qua omnis actionum humanarum differentia, omnisque juris ac obligationum omnium, principia, a priori demonstrantur*, I, Halle/Magdeburg, 1744.

WOLF, Gehard, “Kriminelles Versehen? Verbrecherische Unaufmerksamkeit? Die bloß objektive Nichteinhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist *de lege lata* nicht strafbar!”, en *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, PAEFFGEN *et al.* (coord.), Berlin, 2011, pp. 1067-1088.

WOLFF, Ernst Amadeus, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, Heidelberg, 1964.

WRAGE, Nikolaus, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt: Überlegungen zur einer Renaissance des materiellen Verbrechensbegriffs*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2009.

YACOBUCI, Guillermo, “La importancia de los principios en el razonamiento dogmático”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 3-2002, pp. 429-468.

ZABEL, Benno, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation*, Berlin, 2007.

ZACZYK, Rainer, “Sobre la justicia de la imposición de penas a los seres humanos”, (trad. NURIA PASTOR MUÑOZ), en Zaczyk, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Bogotá, 2010, pp. 87-107.

EL MISMO, “El Estado y la pena: consideraciones sobre el denominado ‘ejemplo de la isla en la Metafísica de las Costumbres de KANT’”, (trad. PERDOMO TORRES), en Zaczyk, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Bogotá, 2010, pp. 135-156.

EL MISMO, “¿Qué es la dogmática del Derecho Penal?”, (trad. NURIA PASTOR MUÑOZ), en Zaczyk, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Bogotá, 2010, pp. 195-210.

ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, vol. IV*, Buenos Aires, 1999.

ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin, 1973.

ZERBST, Emil, “Über den Begriff des culposen Verbrechens”, en ABEGG, ARNOLD, BIRNBAUM, HEFFTER, HERRMAN, MITTERMAIER y ZACHARIA (coord.), en *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge*, 2ª y 3ª partes, Braunschweig, 1856, pp. 214-227 (2ª parte) y pp. 405-427 (3ª parte).