



EL CONCEPTO DE IMPRUDENCIA Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA *

The concept of imprudence and its systematic location

Leonardo Mauricio Molina Galindo**

Recepción: 15 de julio de 2017. Aceptación: 28 de noviembre de 2017.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2018.v24.a47>

RESUMEN

Con esta publicación esperamos precisar la correcta noción de imprudencia; para ello realizamos un breve análisis de los más importantes conceptos formulados por parte de los precursores de las escuelas del pensamiento penal. Esta investigación tuvo como fundamento la importancia de la norma penal concebida como instrumento de motivación normativa, lo que condujo a establecer la necesidad de admitir la naturaleza normativa de la imprudencia de la que es presupuesto la lesión de la norma de cuidado y, como elemento necesario no suficiente, la infracción del deber de cuidado.

Palabras clave: imprudencia, deber de cuidado objetivo y subjetivo, norma de cuidado.

ABSTRACT

With this publication it is sought to need the correct notion of recklessness, realizing a brief analysis of more important concepts formulated on the part of the predecessors of the schools of the penal thought. This investigation took as a foundation the importance of the penal norm designed as instrument of normative motivation, which drove to establish the need to admit the normative nature of the recklessness of the one that is presupposed the injury of the norm

* Artículo producto de investigación del proyecto titulado: El injusto imprudente en el ámbito de la responsabilidad médica, del Grupo de Investigaciones «Francisco de Vitoria», avalado por la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, Colombia.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás; máster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universitat de Barcelona y la Universitat Pompeu Fabra; máster en Criminología, Política Criminal y Seguridad de la Universitat de Barcelona; doctorando en Derecho y Ciencia Política de la Universitat de Barcelona; docente de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: leonardomolina@usantotomas.edu.co

of care and, as necessary not sufficient element, the infraction of the duty of care. The type of investigation used for this work implied the use of the dogmatic method.

Key words: imprudence, duty of objective and subjective care, norm of care

INTRODUCCIÓN

De conformidad con Hurtado, «desde finales del siglo XX el modelo clásico del derecho está viviendo un profundo agotamiento, debido a la insatisfacción de los modelos culturales y normativos. Esto ha traído como consecuencia el surgimiento de nuevas posturas que propenden hacia nuevas rutas que posibiliten la autonomía, la reconstrucción de la democracia, la redefinición de las funciones del Estado y el reconocimiento a otras formas de organización social por parte de nuevos actores emergentes» (Hurtado, 2017, pág. 19). En este orden de ideas, no es inválido manifestar que la mayor parte de delitos que se ejecutan son de naturaleza imprudente, o tal vez sea, sin lugar a dudas, una situación que se presenta exclusivamente en países desarrollados con una altísima industrialización y en los que no se presentan los problemas propios de nuestra región. No obstante, si se observa el boletín estadístico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, allí se afirma que durante el año de 2017 se registraron un total de 23.063 muertes violentas en Colombia, cifra que comprende homicidios, accidentes de transporte, muerte accidental y suicidio, y se define que el homicidio puede ser de «forma intencional o no intencional» (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2017, pág. 2). Podríamos considerar, entonces, que esta delincuencia no es ajena a nosotros al no especificar si son conductas que se ajusten a tipos dolosos o imprudentes; además, teniendo en cuenta la causa reportada de la producción de la muerte: accidental. Sin embargo, el interés de la doctrina sigue concentrado en el delito doloso y sus problemas, salvo, claro está, algunas proximidades, como la dificultad de diferenciar en la práctica el dolo eventual y la imprudencia consciente.

Es oportuno recordar la importancia del delito imprudente, el cual ha generado un gran debate doctrinal y en el que sigue siendo un cometido establecer qué se entiende por él. Desde la doctrina se repite constantemente que la esencia del injusto imprudente recae en la infracción del deber objetivo de cuidado; o como nuestro código penal lo regula, señalando que la conducta es culposa cuando «el resultado típico es producto de la infracción del deber objetivo de cuidado...» (Ley 599, 2000, art. 23), sin precisar o delimitar el

concepto y naturaleza de la imprudencia, reiterando desde la academia y la judicatura que el injusto imprudente se conforma con una conducta que contradice el deber generalmente exigible. Con todo, se hace necesario, en primer lugar y previo a la determinación de la naturaleza del cuidado que se demanda y los criterios para su selección, asignar un concepto de imprudencia que cumpla una función de acuerdo con las categorías dogmáticas del delito. Como consecuencia, debemos analizar brevemente el recorrido por el que ha peregrinado la noción de la imprudencia, identificando las incongruencias con el propio sistema jurídico-penal, de acuerdo con las doctrinas clásica, neoclásica, finalista y normativista.

La estructura de la norma y la relación con la función motivadora de la norma a través de la pena son de gran importancia para poder definir el concepto de la imprudencia y su ubicación sistemática adecuada, logrando diferenciar entre el deber de cuidado y la norma de cuidado, constituyendo el primero, la infracción del deber de cuidado un presupuesto de la lesión de la norma de cuidado.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Este manuscrito se elaboró procurando obtener respuesta a la pregunta de ¿qué se entiende por imprudencia?, puesto que se asume, descuidadamente, y valga la expresión para este trabajo, como la infracción del deber objetivo de cuidado sin otorgarle la importancia dogmática que se merece.

METODOLOGÍA

De conformidad con lo previsto por el profesor Huertas, una teoría como la que se propone en el presente manuscrito, sin método es torpe (Huertas & Otros, 2018). Es por ello que, para el estudio y desarrollo de esta investigación, se ha estimado la utilización de la metodología cualitativa desde el método de investigación analítico descriptivo. En atención a las características propias de este objeto de estudio, los argumentos que sustentan la tesis propuesta son de raigambre filosófica (Guarín & Aldana, 2016). En concordancia con lo dispuesto anteriormente y atendiendo lo dispuesto por Saidiza y Carvajal, «el tema que se propone estudiar aquí, tiene una estrecha relación con la consolidación o debate del Estado social y de derecho colombiano, teniendo siempre presente, que el derecho penal resulta ser un apéndice del derecho constitucional del Estado de derecho, y, en ese orden de ideas, un apéndice de la teoría del Estado» (2016, pág. 13).

EL CONCEPTO DE IMPRUDENCIA Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Con el propósito de cumplir con nuestros objetivos¹, es forzoso realizar una breve identificación y evolución propuesta de noción de imprudencia a partir de la doctrina clásica del delito como a continuación se expone.

La imprudencia como nexo psicológico

Conforme a esta adscripción de la imprudencia a la culpabilidad, entendida como un proceso psicológico o interno, «como la formación de la voluntad en cada individuo» (Feijóo, 2001, pág. 35), ubicación sistemática compartida junto con el dolo, conformando así las dos especies del género de la culpabilidad (Mir, 2009, pág. 528), los clásicos entendieron la culpabilidad -imprudencia y el dolo- como una pura relación psicológica entre el autor y su hecho, o mejor, un nexo entre el autor y el resultado. Así entendida la culpabilidad y sus dos especies, se exigía que la manifestación voluntaria y la producción de un resultado -acto antijurídico- fuesen producto de la «formación y ejecución de la voluntad interna» (Feijóo, 2001, pág. 36) -relación psicológica entre el autor y su resultado-. Las consecuencias derivadas de esta concepción de la culpabilidad hacen insostenible su aceptación, lo que supone rechazar la culpabilidad en la imprudencia inconsciente. Este y otros obstáculos insuperables generaron varias soluciones, una de ellas opacada por el exiguo ingenio de resolución o carencia de interés en integrar la imprudencia inconsciente en el sistema jurídico-penal.

El destierro de la imprudencia del derecho penal

Consistió en el confinamiento de la imprudencia de la teoría del delito (Serrano, 1991, pág. 47), y así lo afirmó Stübel, quien considera que «solo las acciones dolosas son acciones culpables» (Feijóo, 2001, pág. 37). Obviamente esta doctrina no tuvo acogida debido a la necesidad de la época de prevenir y sancionar conductas no dolosas que producían lesiones a bienes jurídicos, por lo que la exclusión como medida político-criminal no era la correcta.

La imprudencia y el dolo de peligro

En la búsqueda del momento volitivo en la imprudencia, procuraron encontrar el dolo en la voluntad de poner en peligro con la conducta del

1 Al respecto, es importante considerar lo dispuesto por el profesor Rodríguez, para quien «la génesis social fue dando origen a la implementación y constitución de lo que en nuestros días se conoce como el campo neoliberal y neoinstitucional como fórmulas novedosas de regulación global» (Rodríguez, 2016, pág. 11).

agente, recurriendo a la consciencia del peligro creado y querido por el sujeto sin voluntad de producción del resultado. Con esta construcción encuentran que el dolo es la base de imputación y la imprudencia es una especie de este, pues solamente las conductas dolosas son culpables (Rodríguez, 1994, pág. 115).

Según varios autores (Feijóo, 2001, pág. 36; Rodríguez, 1994, pág. 114; Núñez, 1974, pág. 71), el precursor de esta doctrina fue el autor alemán Stübel, a quien le atribuyen unificar el dolo de peligro y la imprudencia consciente, y los delitos culposos con los delitos de peligro doloso. En el tratamiento sistemático de la imprudencia consciente, según la teoría del dolo de peligro, la antijuridicidad de la conducta quedaba representada por el peligro causado con esta, y la culpabilidad fundamentada en la consciencia y voluntariedad de la actuación peligrosa que, aunque no quiere el resultado, sí lo cuenta como de probable producción. En cuanto a las conductas peligrosas no conscientes –imprudencia inconsciente–, estas no son culpables, impunes, al no poseer voluntad exigida para ser culpables. Tal y como lo afirmó Stübel (como se cita en Feijóo, 2001, pág. 37), «la peligrosidad de un hombre descuidado tiene un parecido con la peligrosidad de un enfermo mental».

La previsibilidad del peligro

Franz von Liszt, con el propósito de sistematizar la imprudencia inconsciente, manifestó que el delito culposo es «...la no previsión del resultado en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Es previsible el resultado cuando el autor hubiera podido y debido preverlo» (von Liszt, 1914, pág. 430). La previsibilidad –la posibilidad de prever– y la previsión –la advertencia actual– se convierten en el fundamento subjetivo de la culpabilidad en la imprudencia; por tanto, en los delitos dolosos el elemento central de la culpabilidad es la intencionalidad; en cambio, en los delitos culposos debe ser la previsibilidad y la previsión del peligro (Cobo & Vives, 1999, pág. 639).

La previsibilidad, así entendida o exigida, obligaría a sancionar por imprudencia a aquel que pudiendo prever la conducta lesiva la ejecute; solución que conllevaría a la total parálisis de la sociedad –no conducir, no operar, no utilizar electrodomésticos, etc.–. La previsibilidad es un requisito de la imprudencia, pero no constituye su fundamento, ni mucho menos puede ser la relación psicológica, puesto que la previsibilidad de un acontecimiento lesivo es predecible casi siempre; sin embargo, lo que no es ordinariamente «debido» es prever y evitar realizar conductas lesivas o prever determinadas lesiones derivadas de un «deber».

Inicios de la normativización de la imprudencia

A los neoclásicos se les reconoce la superación de algunos problemas planteados por la concepción de delito puramente causal-naturalística. Recordemos que al reconocer el dolo y la culpa como especies de la culpabilidad no lograban responder por qué un sujeto que actúa dolosamente pero que actúa en estado de inimputabilidad o ejecuta el comportamiento en condiciones anormales o excepcionales no era culpable. La solución fue establecer una dualidad de normas (valoración y determinación: derecho-deber: antijuridicidad y culpabilidad, respectivamente), y así reformular la culpabilidad (Molina, 2017, pág. 5), la cual pasa de considerarse como una simple constatación psicológica a exigir, además, la imputabilidad y un estado normal al momento de realizar la conducta, todo esto soportado bajo «un juicio de reproche por la realización del hecho antijurídico cuando era exigible obrar conforme al derecho» (Mir, 2009, pág. 531).

De ahí que la culpabilidad se haya entendido como la infracción de la norma de determinación, representada por la conducta contraria a la norma de valoración –injusto–, categoría en donde debe verificarse el nexo psicológico con consciencia de su antijuridicidad, la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho –norma de valoración–. Como se advierte, no hay una modificación sustancial en la culpabilidad, el dolo y la culpa pasan de considerarse la culpabilidad en sí misma a estimarse como uno de los requisitos necesarios, pero no suficientes, para realizar el juicio de culpabilidad (Mir, 2009, pág. 531).

Este cambio valorativo condujo a la exigencia, ya no de la causación de una lesión sino de la causación de una lesión producto de la vulneración de un deber, y este deber se fundamenta en la posibilidad de actuar conforme a la norma, lo que implica que el sujeto se encuentra en condiciones de cumplirla. Se le reprochará –culpabilidad– al sujeto su comportamiento –injusto– cuando, a pesar de encontrarse en capacidad de cumplir con el deber, no lo hizo, o cuando el sujeto actúa «sin cumplir el deber de advertir el peligro» (Mir, 2009, pág. 531) –imprudencia inconsciente–. No obstante, el reproche radicaría en un momento anterior al comportamiento lesivo; es decir, se le reprocharía al sujeto no haber cumplido el deber de advertir el peligro cuando aún estaba en posibilidad de cumplirlo y de actuar sin consciencia del peligro (Núñez, 1974, pág. 73).

El problema no radica en la existencia o no de consciencia del sujeto al momento de actuar; lo relevante es determinar si el sujeto vulneró el deber al que estaba llamado a cumplir. Si la norma cumplió o no sus efectos motivadores o, por el contrario, debido a su situación o las circunstancias concomitantes, no estaba en capacidad de acceder al mandato de la norma.

Bernardo Feijóo asegura que Feuerbach desarrolló las bases normativas del delito imprudente rechazando la teoría que desterraba a la imprudencia inconsciente del sistema penal. Feuerbach procuró encontrar el momento volutivo de la imprudencia. Dicho momento lo encuentra en la *obligatio ad diligentiam* – obligación de diligencia o cuidado–, fundamento o esencia del delito imprudente. De acuerdo con esta concepción, el sujeto infringe una norma de diligencia o de cuidado, así como en el delito doloso el sujeto dirige su comportamiento a la infracción de la norma que ordena la prohibición del comportamiento. «Esta norma de cuidado consiste en la obligación de hacer (u omitir) todo aquello que, aún contra la voluntad del autor, puede dar lugar a un resultado antijurídico» (Feijóo, 2001, pág. 40).

Engisch, conforme a la teoría de las normas de Binding, en concreto, empalmado con la norma de determinación o primaria, advierte que las normas y la amenaza punitiva contentiva en estas se dirigen a los individuos, a la voluntad de estos, para que se inhiban de realizar conductas que lesionan bienes jurídicos. En el delito imprudente ordena la norma que para la evitación de la lesión haga uso de los «...medios más adecuados, en otras palabras: cuidado» (Corcoy, 1989, pág. 59). Engisch comprendió que los tipos penales no describen causaciones de resultados lesivos; por el contrario, ellos contienen realidades, conductas humanas lesivas y, en el delito imprudente, el objeto de prohibición no es la causación de un resultado previsible, en él se proscriben conductas descuidadas que lesionan bienes jurídicos.

Fue Engisch el primer autor en desarrollar el elemento cuidado necesario en el tráfico² como un problema en el tipo (Feijóo, 2001, pág. 51); sin embargo, no pretendió dotar exclusivamente al delito imprudente del elemento normativo cuidado necesario en el tráfico; él entendía que la antijuridicidad en los delitos dolosos e imprudentes era igual, «...ambos incluyen un elemento típico no descrito expresamente, un tercer momento, muy esencial a caballo entre la conexión causal y la culpabilidad: la carencia de cuidado externo» (Hava, 2012, pág. 66). Este paralelismo de norma en el delito imprudente y doloso se debió a la imposibilidad de identificar la eficacia motivadora de la norma en los delitos imprudentes debido a la presencia del error en la imprudencia (Corcoy, 1989, pág. 85). Con el fin de otorgarle una función motivadora, Engisch negó la concurrencia del error en la conducta imprudente e identificó la misma norma en los delitos dolosos e imprudentes: el deber de actuar con el cuidado que

2 Extraído del artículo 276 del Código Civil Alemán que señala: «actúa culposamente el que no observa el cuidado necesario en el tráfico». No obstante, la concepción de la infracción del deber de cuidado como elemento del delito imprudente ya había sido desarrollada previamente por parte de Hippel y Frank.

exige la situación concreta, lo que conocemos hoy, y es aceptado por la mayoría de la doctrina, como el deber objetivo de cuidado. Sin embargo, la génesis del deber de cuidado se entendió subjetivamente inicialmente; es decir, determinado a partir de la actitud interna del autor, de la atención del autor y no de acuerdo al comportamiento externo adecuado al caso. Este cambio de lo subjetivo a lo objetivo se produjo a consecuencia de la realización de comportamientos ejecutados con toda la atención, la destreza y facultades con las que contaba el sujeto; no obstante, su realización estaba reprobada debido a su carencia de experticia.

A partir de las ideas de Binding, formula la siguiente identidad (entre conducta apropiada y no apropiada) a partir de la teoría de la causalidad adecuada: conducta adecuada para producir el resultado lesivo es aquella conducta que desatiende el cuidado necesario en el tráfico; conducta que atiende el cuidado necesario en el tráfico no es adecuada para producir el resultado a pesar de que causalmente lo haya producido. De esta manera, se construyen las bases de la normativización tanto de la culpabilidad como del tipo; sin embargo, Engisch mantiene la ubicación del dolo y la imprudencia en la culpabilidad, aunque expresando que la realización de una conducta que no infringe el cuidado exigido no puede ser considerada antijurídica, trasladando el deber de cuidado al ámbito de la antijuridicidad (Hava, 2012, pág. 66). En la misma dirección, Santiago Mir expresa que la concepción de Engisch es aceptada por la doctrina mayoritaria; «no puede ser antijurídica una acción ajustada a la norma de cuidado» (Mir, 2009, pág. 288; (Torio, 1974, pág. 27).

Normativización de la imprudencia

A partir de construcción imprudente elaborada por Engisch³, se da inicio a un debate que aún hoy es vigente en cuanto a la ubicación sistemática y acerca de la esencia de la imprudencia, pues hoy es entendida como la infracción del deber de cuidado; un elemento normativo que, no obstante su naturaleza, varía según los autores. Con base en Engisch⁴, la determinación del deber de cuidado debe realizarse a través de una «doble medida: 1. Objetivo-normativo

3 Al respecto, y de conformidad con Plazas y otros, es importante no olvidar «que a nivel general, es deber de toda persona (particular o servidor público) de-nunciar ante la Fiscalía la comisión de un hecho que pueda constituir un delito; y es deber de la Fiscalía investigar, perseguir y acusar a los presuntos responsables de su comisión; en desarrollo de esta actividad, ordenará los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones a que haya lugar» (Plazas, 2017, p. 50).

4 La distinción entre cuidado objetivo, que Engisch atribuye a la antijuridicidad, y cuidado subjetivo, perteneciente a la culpabilidad, quedaba asegurada en la dogmática moderna

y 2. individual» (Mir, 2009, pág. 290). El primero, el objetivo, exige determinar el cuidado exigible generalmente, es decir, aquel comportamiento debido o adecuado de acuerdo al caso concreto. En segundo lugar, una vez precisado el cuidado objetivo, es necesario determinar si dicho cuidado le era exigible al autor concreto conforme a sus capacidades individuales, es decir, si podía prevenir y evitar la lesión al bien jurídico el autor (Feijóo, 2001, pág. 44).

Naturaleza del cuidado: objetivo o subjetivo

Hasta acá, hemos llegado a la conclusión de que la esencia de imprudencia es la infracción de un deber de cuidado, posición admitida por la doctrina mayoritaria (Jescheck, 2002, pág. 622; Mir, 2009, pág. 291; Welzel, 1976, pág. 187; Luzón, 2013, pág. 498; García & Muñoz, 2004, pág. 284; Cerezo, 2005, pág. 160; Serrano, 1991, pág. 169; Stratenwerth, 2000, pág. 420; Zugaldia, 1984, pág. 323; Corcoy, 1989, pág. 84;⁵ Donna, 2012, pág. 110; Welzel, 2004, pág. 113; Cobo & Vives, 1999, pág. 639; Abraldes, 2016, pág. 441), elemento normativo que se determina exigiendo una doble medida: objetivo y subjetivo; no obstante, un sector doctrinal considera que no es necesario el cuidado objetivo, negando eficacia a este y exigiendo el cuidado subjetivo como esencia del delito imprudente. A continuación, realizaremos una breve exposición de esta postura para luego analizar las concepciones que exigen el cuidado objetivo y subjetivo y las distintas posiciones sobre la ubicación sistemática, pues en lo que sí existe consenso general, por parte de la doctrina mayoritaria, es en el fundamento del delito imprudente, es decir, en el deber de cuidado; no obstante, su determinación y la ubicación sistemática se encuentran en disputa (Zugaldia, 1984, pág. 321).

La doble medida del cuidado: el cuidado objetivo y subjetivo en la culpabilidad

Para este grupo doctrinal, el fundamento de la culpabilidad de los delitos imprudentes recae en la infracción del deber subjetivo –individual– de cuidado, rechazando el uso o medida del cuidado objetivo –general–. Con el propósito

de forma definitiva: el cuidado en sentido subjetivo se refiere a la actitud interna del autor y coincide con la aportación de concentración, el esfuerzo de los cinco sentidos, la tensión de las fuerzas espirituales, o el empleo total del aparato psicofísico; en sentido objetivo, el cuidado se refiere a la conformación externa de la acción y equivale a la aplicación de determinados medios, es decir, de modalidades concretas de comportamiento para evitar la realización del tipo del injusto» (Torio, 1974, pág. 28).

- 5 Entiende que la norma de cuidado es la esencia del delito imprudente y para considerar su infracción, exige la violación al deber objetivo y subjetivo de cuidado ubicados en el tipo y correlativamente son tipo objetivo y subjetivo del delito imprudente.

de hacer comprensible esta posición doctrinal, vamos a utilizar el siguiente caso: ¿Es correcto absolver al «automovilista que, por ejemplo, produce la muerte de un transeúnte dando cumplimiento exacto al deber objetivo (general) de cuidado regulativo de la acción peligrosa» (Torio, 1974, pág. 26) que a pesar de contar con unas habilidades o conocimientos especiales que de haberlos ejecutado podría haber evitado el resultado lesivo? Exigir el deber objetivo de cuidado determina la absolución del conductor; sin embargo, en la concepción tradicional o clásica el exigir la producción de un resultado causado por una acción humana, que a su vez es posible prever y evitar sus consecuencias lesivas, determina la condena de este, solución que se considera adecuada. Se debe compartir esta crítica realizada por Torio.

Sin embargo, la tesis central de Torio no excluye totalmente la doble medida de cuidado objetivo- subjetivo, puesto que al primero le otorga una función de limitación del juicio de la culpabilidad y, para el segundo, la fundamentación de la culpabilidad (Torio, 1974, pág. 55; Corcoy, 1989, pág. 54). Es decir, el sujeto que realiza un comportamiento incompatible con el cuidado exigido generalmente –infracción del deber de cuidado objetivo– no puede ser considerado culpable si lo realizó ejecutando toda la prudencia, diligencia y pericia con la que contaba –sin infracción del cuidado subjetivo–. Al contrario, puede suceder que el sujeto realice el comportamiento adecuado objetivamente –cuidado objetivo–, pero que sea producto de una prestación interna imprudente o negligente, en cuyo caso infringe el deber subjetivo de cuidado, fundamento de la culpabilidad.

En contra de esta exigencia de doble de cuidado en el seno de la culpabilidad, aunque manteniendo la posición sistemática en ella, Cobo y Vives manifiestan su rechazo a la utilización de un cuidado objetivo exigible generalmente, al estimarlo un requisito que no cumple ninguna función. Para estos autores, el cuidado exigible al sujeto, así sea aceptada la medida objetiva-general, siempre se determinará subjetivamente; es decir, con base en las posibilidades y capacidades personales del sujeto para el caso en concreto (1999, pág. 644 ss.).

Inspirados en la construcción sistemática de Engisch y con la ubicación del dolo y culpa en el tipo efectuada por parte de Welzel, la doctrina dominante ha procurado dar respuesta a la naturaleza de la imprudencia –infracción del deber de cuidado exigible– y su posición dogmática en el injusto. No obstante, encontramos que hay doctrinas que entienden que la infracción del cuidado se determina a través de la doble medida objetiva y subjetivamente, ambos posicionados en el tipo⁶; otros entienden que el deber de cuidado objetivo

6 Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Günter Jakobs, Günter Stratenwerth.

fundamenta la tipicidad; sin embargo, las capacidades del sujeto para cumplir con ese deber hacen parte del juicio de culpabilidad como elemento del juicio de reproche⁷; y, por último, quienes entienden que la infracción del deber de cuidado constituye una causal de justificación⁸.

Dedicaremos los siguientes apartes a la explicación de las dos primeras doctrinas al considerarlas de mayor relevancia.

Cuidado objetivo en el injusto y cuidado subjetivo en la culpabilidad

Para esta doctrina, la naturaleza del deber de cuidado es doble; sin embargo, las capacidades, experticias y formación del sujeto –deber de cuidado subjetivo– hacen parte del juicio de reproche, o sea, a la culpabilidad, mientras que el deber de cuidado objetivo es presupuesto del tipo, sistematización considerada como doctrina mayoritaria. Por tanto, «...ese cuidado se establece de un modo objetivo, independientemente de la capacidad del sujeto» (Abraldes, 2016, pág. 441), el injusto de la conducta se configura con la realización de un comportamiento no adecuado y exigido objetivamente, que causa un resultado no querido, para luego poder reprochar –juicio de culpabilidad– si la conducta adecuada para el caso concreto podía ser cumplida o no por el autor de acuerdo con sus capacidades personales.

La acción final y el delito imprudente

La teoría de Welzel lo llevó a afirmar que solo son acciones típicas las acciones finales (Feijóo, 2001, pág. 70; Serrano, 1991, pág. 45; Abraldes, 2016, pág. 439). A pesar de este error, no hay que negar que las aportaciones de Welzel en cuanto a la estructura del delito imprudente aún hoy se mantienen como doctrina dominante, aunque la fundamentación de la acción final imprudente no ha sido aceptada y, personalmente, no es posible aceptarse. Welzel, a pesar de las grandes dificultades de su teoría de la acción final imprudente, pretendió sustentar su teoría manifestando que en el delito imprudente la finalidad del sujeto no es relevante para el derecho penal; la importancia en el delito imprudente radica en que el sujeto, a través de una acción final posible, «potencial», podía y debía evitar el resultado típico. Por tanto, en el delito imprudente lo relevante no es que el sujeto haya querido algo, pues ese algo en la acción final imprudente no interesa al derecho penal, convirtiéndose la acción en un proceso causal generador de un resultado (Gimbernat, 1962, pág. 550; Gimbernat, 1990, pág. 169); la acción final imprudente es acá una expectativa de finalidad con la que se evita el resultado típico.

7 Hans Welzel, Hans H. Jescheck, Sandro Abraldes.

8 Reinhart Maurach.

Welzel afirma (como cita Feijóo, 2001, pág. 71) que producto de las dificultades de unificar en una misma estructura óptica-concepto de acción final a los delitos dolosos e imprudentes, es conducido a considerar que los tipos dolosos son «injustos finales» y los tipos imprudentes son «injustos causales evitables». Así las cosas, la desvaloración de la conducta dolosa recae en la realización de un acto dirigido a la consecución de un resultado, desvalor de acción y desvalor de resultado conectados por la intención del sujeto de producir la lesión típica; sin embargo, en los delitos imprudentes el desvalor de la acción no recae en la finalidad de la acción emprendida, que aunque reprochada por su ligereza o negligencia generadora de la lesión no constituye una finalidad penalmente relevante; por tanto, el desvalor del acto debe recaer en la posibilidad de evitar un resultado mediante una acción final posible o potencial, presentándose una carencia de nexo o conexión de intención entre el desvalor de acto y el resultado (Serrano, 1991, pág. 46). El concepto de acción final en los delitos imprudentes no corresponde con su estructura ontológica, y la finalidad potencial como solución tropieza desde varios puntos dogmáticos estructurales que son denunciados por el finalista Werner Niese (Serrano, 1991, pág. 53; Donna, 2012, pág. 71; Feijóo, 2001, pág. 77).

Para Niese, el problema no radica en la inexistencia de finalidad en el delito imprudente; en estos, como en los delitos dolosos, también se evidencia la finalidad de la acción; sin embargo, no es relevante para el derecho penal el fin perseguido, puesto que lo realmente importante es que el sujeto haya realizado la acción final ajustada al cuidado exigido. Así que si la conducta final no relevante produce o causa un resultado, la conducta no será considerada típica si se realizó «aplicando el cuidado que el deber exige» (Serrano, 1991, pág. 57), empleando como criterios delimitadores de la tipicidad la adecuación social o el cuidado exigido en el tráfico (Feijóo, 2001, pág. 76).

Este concepto de delito imprudente formulado por Niese no se estructura con base en los principios de la doctrina finalista; acá la acción imprudente no posee una configuración ontológica, prejurídica –estructura lógico objetiva–, sino que se elabora a través de criterios normativos tales como la infracción del cuidado exigido objetivamente, renunciando a los postulados welzelianos y convirtiendo al delito imprudente en un delito de comisión por omisión, puesto que lo que fundamenta el injusto imprudente es la realización de una acción final irrelevante sin el empleo del cuidado que se exige; por tanto, el desvalor de la acción recae en «... la omisión de una mejor dirección final exigida por el derecho (por la norma de cuidado) para evitar la causación de resultados» (Feijóo, 2001, pág. 80).

Finalidad relevante en los medios elegidos y empleados en una finalidad irrelevante

Con base en las acertadas críticas de Niese al modelo de acción final imprudente propuesto por Welzel, el padre del finalismo reformula su teoría sin abandonar el aporte de Niese como tampoco a sus propios postulados de la acción final.

Para Welzel, la finalidad se advierte también en la acción imprudente, contrario a lo formulado por Niese. Sin embargo, la finalidad del resultado no es el único fin en una acción; en ella debe tenerse en cuenta la finalidad en la elección y el empleo de los medios para ejecutar la acción, es decir, tener en cuenta la ejecución de la acción total.

Acertadamente, Feijóo afirma que conforme a esta formulación el contenido de las normas es distinto de acuerdo a la modalidad delictiva. En el delito doloso se prohíbe la realización de acciones finales dirigidas a causar el resultado típico; en los delitos imprudentes «se desautoriza la conducta que infringe las exigencias objetivas de cuidado que dispone el ordenamiento jurídico para la seguridad del bien jurídico protegido en el tipo penal correspondiente» (Feijóo, 2001, pág. 85), fundamentando el desvalor de la acción ya no en un resultado no perseguido, sino en la acción final en su conjunto que elige y utiliza los medios para un fin indolente.

La norma de cuidado, fundamento del delito imprudente

Un sector doctrinal minoritario considera que la esencia de la imprudencia es la infracción de la norma de cuidado, diferenciando entre norma y deber de cuidado exigido por la norma penal⁹, construcción que se fundamenta en la teoría de la normas de Binding y en la función motivadora de la norma penal.

La concepción imperativa de la norma y de la pena tiene unos efectos sistemáticos de gran relevancia. Si aceptamos que la norma penal tiene un efecto motivador, logramos concluir que cumple una función de evitación de lesiones a los bienes jurídicos. Ordena al individuo a conformar su comportamiento de acuerdo con el imperativo contenido en la norma correspondiente, no afectando, por supuesto, los deseos o pensamientos del sujeto, los cuales permanecen protegidos en su fuero interno a través del principio del derecho penal de acto. Si el sujeto, a

9 De conformidad con Buitrago y Téllez, «Por mandato legal, los jueces deben sustentar sus fallos en el acervo probatorio entregado dentro del proceso. Esto implica respeto, entre otros principios, al de legalidad, debido proceso y congruencia» (Buitrago & Téllez, 2014, p. 61).

pesar de conocer el mensaje imperativo o prohibitivo, prefiere ordenar intencionalmente su comportamiento contra la norma penal, podríamos reconocer que dicho acto niega el imperativo de la norma; acá este elemento de la conducta del sujeto es de suma importancia, puesto que la voluntad de la conducta de contradecir la norma penal se comienza a examinar desde una categoría dogmática que no pertenece a la culpabilidad. De lo anterior se logra concluir que la norma penal, de naturaleza imperativa y función motivadora, desarrolla unas consecuencias sistemáticas que fundamentan la precisión de las modalidades de conducta en el injusto; ahora, es necesario determinar las consecuencias de entender que la esencia del delito imprudente lo constituye la norma de cuidado y la función que esta cumple en relación con el deber de cuidado.

Como ha advertido el lector, se han utilizado dos expresiones que pueden ser interpretadas como sinónimos: norma de cuidado y deber de cuidado; aunque no es pertinente entenderlas así, pues la norma de cuidado es una norma jurídica de naturaleza imperativa contenida en el tipo penal imprudente correspondiente, la cual pretende motivar a los individuos para que al momento de realizar sus comportamientos empleen todos sus esfuerzos o medios para evitar la lesión de bienes jurídicos. El deber de cuidado, por el contrario, es la conducta adecuada de acuerdo a las circunstancias particulares, que se exige para evitar la lesión del bien jurídico. Con un ejemplo podemos hacer más clara la diferenciación y así precisar qué se infringe en el delito imprudente¹⁰. El uso obligatorio de gafas recetadas para conducir por parte de un sujeto que ha sufrido pérdida de visión puede ser consuetudinario de una conducta adecuada para evitar accidentes de tránsito, o sea, evitar la infracción del deber de cuidado, de una norma de tránsito; ahora bien, el incumplimiento de esa exigencia –infracción del deber de cuidado– puede fundamentar la lesión de la norma de cuidado de un tipo penal imprudente de lesiones u homicidio, siempre y cuando el riesgo creado con la conducta que infringe el deber de cuidado se concrete en la lesión de la norma de cuidado correspondiente.¹¹

10 Al respecto, es importante hacer referencia a lo dispuesto por el profesor Valderrama, para quien «Desde tiempos inmemoriales se ha establecido como necesidad la tarea de administrar justicia, la misma para lograr el equilibrio en las relaciones sociales de todos los administrados. Esa tarea, quizá, sea una de las más difíciles que puede tener un ser humano dentro de todas las demás que pueda desarrollar en una comunidad; por supuesto, la evolución de dicho proceder ha sido enmarcada en varias ramas del derecho, pero con mayor relevancia en lo que hoy se conoce como Derecho Penal» (2016, p. 160).

11 Roxin llama la atención sobre el error en el que se puede llegar con la equiparación entre norma de cuidado y deber de cuidado, utilizando las siguientes expresiones: infracción de un deber es equivalente a la infracción de la norma de tránsito, y la infracción de la norma penal es igual a lesión del deber de cuidado o norma de cuidado según nuestra posición.

Conforme a lo precedente, la imprudencia se fundamenta en la lesión de la norma de cuidado, y uno de los presupuestos para afirmar su lesión es la infracción del deber de cuidado, el cual no es una norma penal sino una forma de cumplir con el imperativo de la norma. Cuestión diferente es la clase, naturaleza o esencia del cuidado –objetivo o subjetivo– y su determinación, problema al que dedicaremos otro espacio. En cuanto a su ubicación sistemática, se encuentra ubicada en el tipo, de ahí que para que la norma de cuidado pueda considerarse lesionada sea necesario que la conducta que infrinja el deber de cuidado –objetivo o subjetivo–, es decir, la conducta constituya un injusto no amparado por una causal de justificación.

Admito oportuno señalar que para entender lesionada la norma de cuidado del delito imprudente, como en el delito doloso (Molina, 2017, pág. 88), se exija la imputación personal al autor de la lesión de la norma de cuidado. Por lo tanto, se hace imprescindible la presencia de la infracción del deber de cuidado objetivo y subjetivo ubicados en el injusto penal, la ausencia de causales de justificación y la posibilidad de atribuir dicha infracción al autor.

CONCLUSIONES

Si aceptamos que la conducta humana es un elemento prejurídico dotado de control o dominabilidad, podríamos avizorar la considerable diferencia con los tipos penales dolosos o imprudentes, los cuales son conceptos normativos y no conductas prejurídicas.

La imprudencia como modalidad de comportamiento típico es un concepto puramente normativo en el que recae un juicio valorativo y normativo que lo compone una conducta humana que causa un resultado lesivo.

No es correcto afirmar que la imprudencia es previsibilidad de los riesgos propios de la conducta, o haber previsto el riesgo y no evitar el resultado a pesar de advertir el riesgo. Poco más o menos, los riesgos de producción de resultados son previstos o previsibles; pero, a pesar de ello, no estamos obligados a evitar la lesión.

Solamente cuando existe un deber de prever los riesgos y evitar las lesiones producto de la conducta peligrosa, estamos obligados a realizar nuestros comportamientos adecuadamente, y ese deber surge exclusivamente del conocimiento que se tiene de la efectividad del riesgo que implica la conducta

La no realización de la conducta adecuada necesaria para evitar la lesión a los bienes jurídicos representa la esencia de la imprudencia. La norma de

determinación del delito imprudente nos exige ejecutar la conducta empleando todas las facultades, capacidades, y todos los poderes adquiridos y que se encuentren a nuestro alcance para evitar resultados lesivos, surgiendo así el deber de realizar la conducta correcta de acuerdo con la situación y las circunstancias concretas.

La imprudencia es lesión de la norma de cuidado –norma de determinación– que exige un deber de cuidado, entendido como la conducta adecuada o cuidadosa que impide la lesión de la norma. De esta manera, el deber de cuidado es un presupuesto necesario para impedir la lesión de la norma de cuidado, esencia de la imprudencia.

REFERENCIAS

- Abraldes, S. (2007). Consideraciones críticas sobre la teoría de la imputación objetiva: el cuidado objetivamente debido como base del delito imprudente. En García, S & Islas de González, O. *Panorama Internacional sobre justicia penal: política criminal, Derecho penal y criminología*. Universidad Nacional Autónoma de México. UNAM.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Buitrago W & Téllez R, (2014). La manipulación de la escena del delito, valoración y exclusión probatoria. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(2) julio-diciembre, 61-94. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2435/2376>
- Cerezo, J. (2005). *Curso de Derecho Penal Español, Parte General* (6 ed., Vol. 2). Madrid: Tecnos.
- Cobo, M. D., & Vives, T. A. (1999). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Colombia, R. (2018). Senado de la República. Obtenido de http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#23
- Corcoy, M. (1989). *El Delito Imprudente. Criterios de imputación del resultado* (1.ª ed.). Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A.
- Donna, E. (2012). *El delito imprudente*. Buenos Aires: Rubinzal.
- Feijóo, B. (2001). *Resultado lesivo e imprudencia*. Barcelona: Librería Bosch, S.L.
- García, M., & Muñoz, F. (2004). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Gimbernat, E. (1962). *La Causalidad en Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- Gimbernat, E. (1990). *Estudios de Derecho Penal* (3.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Guarín, E. & Aldana J. (2016). Estado jurisdiccional y bien común. *Revista Verba Iuris*, 36, julio-diciembre, 13-26. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/36/Estado-jurisdiccional.pdf>
- Hava, E. (2012). *El tipo de injusto del delito imprudente*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Huertas, O. y otros (2018). El juez de vigilancia penitenciaria en España, como referente de la ejecución penal en América Latina. *Revista IUSTA*, 48, enero-junio, 73-96. DOI: <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0048.03>
- Hurtado, M (2017). Crisis de la forma jurídica y el despertar antisistémico: una mirada desde el pluralismo jurídico de las Juntas de Buen Gobierno (jbg). *Revista IUSTA*. 47, julio-diciembre, 19-33. DOI: <http://dx.doi.org/10.15332/s1900-0448.2017.0047.01>
- Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2017). Boletín estadístico mensual. Centro de referencia nacional sobre violencia CRNV. Recuperado de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/66886/diciembre-2017.pdf/dcf95975-0da9-c270-27de-83fe295ce7a9>
- Jescheck, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal*. Parte General (5.ª ed.). (M. O. Cardenete, Trad.) Granada: Colmares, S. L.
- Liszt, F. (1914). *Tratado de Derecho Penal* (20.ª ed., Vol. 2). (L. J. Asua, Trad.) Madrid: Instituto Editorial Reus, S. A.
- Luzón, D.-M. (2013). *Curso de Derecho Penal*, Parte General. Madrid: Universitas, S. A.
- Mir, S. (1976). *Introducción a las Bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. Barcelona, Cataluña, España: Bosch.
- Mir, S. (2009). *Derecho Penal*. Parte General (8.ª ed.). Barcelona, Cataluña, España: Reppertor.
- Molina, L. (28 de septiembre de 2017). La realización de un hecho típico o del hecho positivo justificado no implica la infracción de la norma de determinación. *Revista Verba Iuris*, (38), 80-89.
- Núñez, B. (1974). La estructuración jurídica del delito culposo: problema actual de la dogmática. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1(1), 61-120.

- Plazas, R y otros (2017). El debido proceso y la cadena de custodia frente a las pruebas judiciales presentadas por el auditor forense. *Revista IUSTA*, 46, enero-junio, 43-62. DOI: <http://dx.doi.org/10.15332/s1900-0448.2016.0045.02>
- Rodríguez, E. (2016). El pasaje del estado y el derecho a la postmodernidad. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(2), julio-diciembre, 11-37. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3274/3086>
- Rodríguez, M. (1994). *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*. Madrid: Universidad Complutense.
- Romero, G. (2017). Libertad vs. Populismo punitivo: ¿deben respetarse los derechos humanos en el proceso penal? A propósito de la nueva declaratoria de estado de cosas inconstitucionales para el sistema penitenciario y carcelario colombiano. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 12(1), enero-junio, 89-117. Documento extraído el 2 de enero de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3561/3449>
- Saidiza H. & Carvajal J. (2016). «Nuevas» lógicas autoritarias y crisis del estado de derecho en Colombia. Un análisis de la legislación penal de emergencia inscrita en el manejo jurídico de la protesta social. *Revista Verba Iuris*, 35, enero-junio, 13-39. Documento Extraído el 3 de enero de 2018 de ww.unilibre.edu.co/verbaiuris/2-noticias/noticias/567-nuevas-logicas-autoritarias-y-crisis-del-estado-de-derecho-en-colombia-un-analisis-de-la-legislacion-penal-de-emergencia-inscrita-en-el-manejo-juridico-de-la-protesta-social
- Santiago, M. (2009). *Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: Reppertor.
- Serrano, G. (1991). *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- Stratenwerth, G. (2000). *Derecho Penal*. Parte General I El hecho punible. (M. C. Sancinetti, Trad.) Cizur Menor, España: Aranzadi.
- Torio, A. (1974). *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- Valderrama, I. (2016). El principio de congruencia en el proceso penal. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(2), julio-diciembre, 159-180. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3280/3092>
- Velásquez, F. (julio-diciembre de 2007). Hans Welzel: una aproximación a su vida y a su obra. *Revista IUSTA*, (27), 126-144. Recuperado de: <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3037>

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma Editor.

Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán* (11.^a ed.). (J. B. Pérez, Trad.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal*. (J. C. Mir, Trad.) Buenos Aires: B de F.

Zugaldia, J. (1984). *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.