

§ 16 Delitos culposos

I. Introducción. II. Evolución legislativa. III. Evolución de la doctrina. IV. Sistemática de los delitos culposos. V. Delitos de comisión culposos. 1. Tipo legal objetivo. a. Autor. b. Acción típica. c. Peligro no permitido. c.1. Criterios para determinar el peligro no permitido. c.2. Principio de confianza. c.3. Ámbito de protección del tipo legal. 2. Tipo legal subjetivo. a. Introducción. b. Individualización de la determinación de la previsibilidad. c. Culpa con representación y culpa sin representación. 3. Ilícitud. 4. Culpabilidad. 5. Tipos legales ampliados.

I. Introducción

Según el art. 11, los delitos y las faltas están constituidos por acciones u omisiones tanto dolosas como culposas. Así, se reconocen las formas tradicionales de infracciones penales: por un lado, las cometidas mediante la ejecución o la omisión de una acción y, por otro, desde una perspectiva subjetiva las realizadas con dolo o culpa¹. 1871

Las infracciones culposas han aumentado de modo notable debido, sobre todo, a la mecanización y la automatización de grandes sectores de las actividades domésticas, comerciales e industriales. Un ejemplo claro, es el del transporte, ámbito en el que los medios son cada vez más veloces y tecnificados. Estos medios, sin duda, comportan grandes ventajas; pero, al mismo tiempo, son fuente de innumerables peligros. Esta evolución ha hecho posible que nuestras sociedades, según su grado de desarrollo, sean calificadas de sociedades de riesgo y que se les considere como ámbito propicio para la proliferación de diversos comportamientos imprudentes². Esto permite comprender que las infracciones culposas, según las estadísticas, constituyan un gran porcentaje de los delitos cometidos y, por lo tanto, sean la materia de una buena parte de los procesos que ocupan a los órganos de control penal. 1872

Los tipos legales que prevén delitos culposos son una minoría en relación con los referentes a los delitos dolosos. Conforme al art. 12, rige el sistema de *numerus clausus*³ de delitos culposos: en regla general sólo se reprime a título de dolo y sólo de manera excepcional a título de culpa. Las razones son, primero, que se estima innecesaria la protección penal de todos los 1873

¹ ES del 3 de junio de 1998, Exp. N° 6329-97 Ancash, en ROJAS, p. 132.

² BECK, 1989.

³ MAZUELOS, 2003, p. 153 ss.; ES del 7 de enero de 1998, Exp. N° 6095-97, en DELGJ, p. 67 ss.

bienes jurídicos contra los perjuicios causados mediante comportamientos culposos. Sólo algunos de los bienes jurídicos más importantes (p. ej., la vida, la salud) son tenidos en cuenta. Cuando éste es el caso, el legislador debe establecer expresamente que se reprime a título de culpa.

- 1874 La segunda razón es que se les considera menos graves⁴ y que, en consecuencia, hay que tratarlos de manera desigual a los dolosos. Difieren tanto en la intensidad de la ilicitud como de la culpabilidad. Esto implica, por ejemplo, que la exclusión del carácter ilícito de la acción culposa sea admitida con mayor facilidad y que la pena sea menos severa⁵. Al respecto, basta comparar las penas previstas para el homicidio simple (pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de veinte años, art. 106) y para el homicidio culposo (pena privativa de la libertad no mayor de dos años o prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas, art. 111).
- 1875 Sin embargo estas categorías de infracción no se encuentran en relación lógica de alternatividad; es decir, en un caso concreto, negado el dolo no debe admitirse siempre la culpa. La represión a título de culpa sólo puede plantearse después de descartarse que el agente haya actuado con dolo. Esto tampoco supone una relación de subsidiaridad entre ambos, pues es, también, posible que la acción no haya sido cometida ni con dolo ni con culpa o que no sea necesario plantearse tal análisis, como sucede cuando, por ejemplo, se incurre en una causal de ausencia de acción⁶. Sin embargo, hay que admitir la graduación normativa ya que el comportamiento doloso implica mayor intensidad de ilicitud y de culpabilidad que el culposo.

II. Evolución legislativa

- 1876 El Código, a diferencia del CP de 1924, no contiene disposición alguna en la que se defina de manera general el delito culposo. Siguiendo el modelo suizo, en el art. 82, inc. 2, de este último, se disponía que “comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpa-

⁴ PEÑA CABRERA, 1995, p. 463.

⁵ Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 461; VILLAVICENCIO, 2006, p. 385; BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, p. 165 ss.; CHOCLÁN, 1998, p. 13; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 321 ss.

⁶ Cfr. *supra* N° 1079 ss.

ble, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal”⁷.

Si bien es cierto que en la ley no deben resolverse problemas doctrinales, también es cierto que ese tipo de definiciones constituyen una ayuda para quien la aplica. Por lo que no se justifica plenamente que no se defina la culpa en la ley, sobre todo en países como el nuestro. La inserción de una determinada definición no implica que el juez o el abogado estén obligados a interpretarla siguiendo de manera fiel la concepción adoptada por el legislador, aun cuando deban respetar el marco general fijado por el texto legal. En el extranjero, uno de los argumentos invocados para justificar las definiciones legales en el Código es el de considerar que es un factor de orientación para los diversos órganos encargados de aplicar la ley. Así mismo, hay que tener en cuenta que, con frecuencias, dichas definiciones son interpretadas superando los criterios teóricos que las habían inspirado. 1877

En la elaboración de los tipos legales culposos, el legislador ha continuado empleando el llamado “simple tipo causal”. Por ejemplo, en el art. 111 se describe el homicidio culposo diciendo “el que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona...”. Los cambios de terminología con respecto al art. 156 del CP de 1924 (“el que por negligencia causare la muerte de una persona...”) no tienen mayor importancia, puesto que la “negligencia” ha sido siempre entendida como sinónimo de culpa y que “ocasionar” no significa otra cosa que “causar”. Siempre se trata de “causar”, mediante un comportamiento culposo (comisión u omisión), el resultado o la acción penalmente relevante. 1878

Esta técnica legislativa ha hecho dudar sobre la conformidad de los tipos legales culposos con el principio de la legalidad, pues serían tipos legales abiertos que el juez debe completar⁸. Esta objeción, no obstante, pierde fuerza si se admite que el tipo objetivo de los delitos culposos es, en buena cuenta, el mismo que el de los delitos dolosos. Es decir, las circunstancias que fundamentan la realización del tipo objetivo del delito de homicidio simple doloso (art. 106) son las mismas que las del art. 111; la diferencia está en el tipo subjetivo. La acción en el homicidio simple (matar una persona) está más delimitada que en el caso del homicidio culposo, respecto 1879

⁷ La idea se conserva aún en diversas sentencias; por ejemplo, ES del 30 de enero de 1998, Exp. N° 5445-97, en BACA/ROJAS/NEIRA, 1999, p. 131.

⁸ WELZEL, 1967, p. 126; JORGE BARREIRO, 1990, p. 40; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, 2000, p. 322; HAVA, 2001, p. 51. En el mismo sentido, VILLAVICENCIO, 2001, p. 65.

al cual sólo se hace referencia a que se cause la muerte de la víctima. Así, la coincidencia de la voluntad de cometer un acto y la de realizar el delito permite circunscribir mejor los comportamientos que deben ser calificados de homicidio doloso. Por el contrario, en caso de culpa la determinación de los comportamientos típicos depende en mayor medida de criterios de valor que, recurriendo a toda la fuerza creadora de la interpretación⁹, el juez debe tener en cuenta. El aspecto más relevante es el de calificar el comportamiento de imprudente.

III. Evolución de la doctrina

- 1880 La atención de los juristas se había centrado, sobre todo, en los delitos dolosos. Las categorías conceptuales elaboradas respecto a éstos fueron utilizadas para explicar los delitos culposos; categoría calificada como secundaria. Esta situación ha cambiado de manera significativa. Ahora, se le considera como un tipo particular de delito, junto e independiente de los delitos dolosos¹⁰. Sin embargo, no se ha alcanzado, en materia de delitos culposos, aún el nivel y el acuerdo relativo que existe en la explicación dogmática de las condiciones de punición de los delitos dolosos.
- 1881 De acuerdo con la concepción clásica¹¹ de la teoría del delito y, por lo tanto, de la acción causal, la culpa fue considerada como una forma de culpabilidad, junto a la culpabilidad por dolo, y su contenido ilícito fue reducido a la producción de un resultado perjudicial. El agente obra equivocándose respecto a los hechos y causa el resultado perjudicial previsible. Esta manera de percibir la culpa ha sido llamada “noción unitaria de la culpa” (*einteilige Fahrlässigkeitsanerkennung*).
- 1882 Con posterioridad¹², se distinguió a nivel de la culpabilidad el hecho de que el agente no respetara el cuidado objetivo necesario y la posibilidad de que se comportara conforme a éste. Uno de los criterios decisivos consistió en afirmar que no se podía prohibir sólo la producción de resultados perjudiciales. A partir de estas afirmaciones, se concibió la teoría compleja de la culpa (*Komplexerbegriff*), según la cual ésta se estructura en dos niveles:

⁹ Cfr. *supra* N° 481 ss.; Cfr. HAVA, 2001, p. 51 ss.; FEIJOO, 2001, p. 196.

¹⁰ JESCHEK/WEIGEND, 1996, § 54 I 3; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 15 N° 105; WELZEL, 1967, p. 123.

¹¹ Cfr. *supra* N° 990 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 14 ss.

¹² EXNER, 1910, p. 193 ss.; ENGISCH, 1930, p. 268 ss.

primero, debe ser constatada de modo objetivo en el nivel de la ilicitud y, segundo, de manera subjetiva en el de la culpabilidad. En el primero, hay que considerar el doble aspecto del deber de cuidado, es decir, tanto la obligación de reconocer los riesgos que amenazan un bien jurídico y de apreciar con corrección sus alcances, como la obligación de evitar, mediante un comportamiento adecuado a las circunstancias, la producción del resultado típico. En el segundo, debe apreciarse la capacidad personal del agente para reconocer y respetar el deber de prudencia. Deber que se determina en relación con las exigencias del orden jurídico respecto a una persona cuidadosa y razonable que forma parte del mismo círculo social del agente¹³. Estos aspectos del deber de cuidado están muy relacionados, puesto que la ejecución del comportamiento apropiado para descartar el resultado perjudicial depende de la apreciación correcta del peligro que amenaza el bien jurídico.

El finalismo acentuó esta tendencia¹⁴. Sus partidarios explicaron que si el comportamiento humano, tanto el doloso como el culposo, se orientaba a la realización de un fin determinado, no podían reducirse los tipos legales de los delitos culposos a la producción del resultado. Sin aceptarse, siempre, las explicaciones de los partidarios del finalismo sobre las estructuras ónticas de la acción, se admite en la actualidad que la tipicidad de los delitos culposos, como la de los dolosos, supone también un juicio de valor negativo sobre la manera como el agente lleva a cabo la acción final que quiere ejecutar¹⁵. Esta apreciación valorativa está determinada por la violación del deber de cuidado y, en consecuencia, su inobservancia forma parte del tipo legal.

Los esfuerzos efectuados para renovar la teoría del delito recurriendo a los criterios de la imputación objetiva¹⁶ han influenciado decisivamente la evolución de las ideas sobre los delitos culposos. En esta perspectiva, la violación de un deber de prudencia no es más considerada como condición necesaria sólo respecto a los delitos imprudentes, sino también para los dolosos. Esto en razón de que dicha violación constituye uno de los criterios para determinar la imputación objetiva que es común a ambos tipos de delito. La consecuencia para la culpa es que la capacidad personal del autor

¹³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 55 I 2 b; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 669; WELZEL, 1965, p. 129.

¹⁴ Cfr. *supra* N° 1000 ss.

¹⁵ WELZEL, 1969a, p. 127 [1976, p. 92].

¹⁶ Cfr. *supra* N° 1161 ss.; ROXIN, 2006a, § 24 N° 3 ss.; JAKOBS, 1991, 9/1 ss.

para reconocer y respetar el deber de prudencia deja de ser percibida como factor de la culpabilidad (como lo hacía la noción compleja de culpa) para ser considerada en tanto que elemento del tipo legal subjetivo. Esta manera de percibir la culpa constituye, en buena cuenta, una renovación de la teoría unitaria de la culpa, en la medida en que el deber de evitar el peligro es considerado como elemento común a todo delito¹⁷. La diferencia reside sólo en el tipo legal subjetivo, así, en los delitos dolosos, el deber de prudencia es violado desde el momento en que el agente deba tomar conciencia del comportamiento previsto en el tipo legal, mientras que en los imprudentes la violación de dicho deber procede de la apreciación incorrecta, pero evitable, del peligro previsible¹⁸.

- 1885 En resumen, de acuerdo con este criterio, el tipo legal objetivo del delito culposo está constituido por los factores de la imputación objetiva que permiten atribuir el resultado al agente, mientras que en el tipo legal subjetivo se consideran las capacidades y conocimientos del autor para apreciar de modo correcto los alcances del peligro¹⁹.
- 1886 Conclusiones muy similares se obtienen mediante la aplicación de la teoría compleja y de la unitaria de la culpa, en la práctica. Ambas se superponen en aspectos esenciales como la imputación objetiva, la previsibilidad del resultado o la falta de respeto a los límites del riesgo permitido. Sus diferencias son, sobre todo, de orden sistemático en la medida en que difieren sobre el nivel en que debe tratarse la capacidad personal para reconocer y respetar el deber de cuidado.
- 1887 Ninguna de estas teorías ha sido adoptada de manera general en sus lineamientos fundamentales, lo que explica la diversidad de criterios con que se trata de comprender el contenido de los delitos culposos. De acuerdo con el criterio más difundido, se recurre a la violación del deber de cuidado, así como a la previsibilidad y evitabilidad del resultado; sin dejar de apoyarse en la imputación objetiva para explicar, sobre todo, la relación entre la producción de éste y la acción. En la medida en que se reconozca que estas categorías suponen elementos de imputación, es posible admitir que mediante su determinación pueden precisarse mejor las condiciones de punición de la culpa que invocando la fórmula general de la violación

¹⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1992, § 43, N° 112; STRUENSEE, 1987a, p. 54; HRUSCHKA, 1997, p. 82 ss.; KINDHÄUSER, 1994, p. 204 ss.

¹⁸ HAVA, 2003, p. 111 ss.

¹⁹ Cfr. MAZUELOS, 2003, p. 117 ss.

del deber de cuidado. Sin embargo, si se admite, como nosotros lo hacemos, que estas concepciones son sólo propuestas de interpretación de las disposiciones legales respectivas, la adopción de una de ellas no puede ser justificada invocando que es la científicamente verdadera; sino más bien que es la más conveniente y útil para interpretar la regulación legal y para analizarla de manera transparente, coherente e igualitaria.

IV. Sistemática de los delitos culposos

Como el delito doloso, el culposo está constituido por la tipicidad, la anti- 1888 juricidad y la culpabilidad. En razón de las características específicas de la acción culposa, el contenido de cada una de estos factores es determinado de una manera particular. Las diferencias con los delitos dolosos son, como es lógico, más marcadas respecto a la tipicidad; pero menos en cuanto a la antijuricidad o a la culpabilidad.

El delito culposo es cometido tanto por comisión como por omisión. No 1889 se trata de un delito de omisión, como a veces se ha deducido del papel destacado que juega la violación del deber de cuidado, la misma que constituye una omisión de las precauciones necesarias para evitar el resultado perjudicial.

Según la regulación legal, la tentativa y la participación criminal en los de- 1890 litos culposos no son posibles, puesto que, en estos casos es indispensable una resolución delictiva que no existe en caso de culpa.

Salvo discrepancias conceptuales en cuanto a la participación en los delitos 1891 culposos, existe amplio acuerdo sobre los diversos aspectos de la culpa. Las diferencias se presentan, no obstante, cuando se trata de fundamentar y justificar, por ejemplo, el contenido de la acción culposa, la aplicación de ciertas causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad.

V. Delitos de comisión culposa

1. Tipo legal objetivo

A pesar de que el comportamiento culposo cuenta con un aspecto externo 1892 y otro interno, la tipicidad de la infracción culposa no puede ser concebida siempre, como en el caso de la acción dolosa, distinguiendo entre tipo legal objetivo y tipo legal subjetivo. El contenido de la voluntad, alcanzar un

objetivo ilícito en el caso del delito doloso, carece en principio de relevancia penal en cuanto al delito culposo. Sin embargo, la cuestión se plantea, sobre todo, respecto a la culpa consciente²⁰. La tipicidad y, por lo tanto, el contenido ilícito de la culpa deben ser analizados de manera diferente²¹.

a. Autor

- 1893 Cualquier persona puede ser el autor de un delito culposo, salvo que la ley disponga que el agente reúna una calidad especial (delitos especiales culposos). Por ejemplo, el funcionario o servidor público que ocasiona, mediante culpa, que un tercero sustraiga caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (art. 387, inc. 3)

b. Acción típica

- 1894 De acuerdo con la índole del comportamiento, los delitos culposos pueden ser de comisión y de omisión²², así como de pura actividad o de resultado. Estos últimos son los que con mayor frecuencia se han previsto en la ley. En cuanto a los primeros, basta la realización del comportamiento y, por lo tanto, no hay que comprobar la existencia de un resultado (daños o puesta en peligro concreto de un bien jurídico). El carácter culposo de la comercialización o tráfico de productos nocivos a la salud de las personas (art. 288, inc. 3) no está, en buena medida, en relación con el mismo acto de poner en venta o en circulación, importar o tomar en depósito (comportamientos siempre intencionales), sino con el hecho de que el consumo, empleo normal o probable del producto pueda comprometer la salud de las personas.
- 1895 En caso de delitos de resultado, el autor debe, mediante su comportamiento, producir la modificación del mundo exterior previsto en el tipo legal. El juicio de valor negativo referente a la producción del perjuicio prohibido (muerte o lesiones de una persona, por ejemplo) constituye, junto al juicio negativo sobre la acción de crear o aumentar un peligro, un aspecto esencial de la tipicidad del delito culposo. Por esto, dicho resultado es un elemento constitutivo del tipo legal²³ y no sólo una condición

²⁰ Cfr. *infra* N° 1920 ss.

²¹ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 522 ss.

²² Cfr. *infra* N° 1945 ss.

²³ Cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 267.

objetiva de punibilidad. El criterio contrario no puede ser justificado afirmando que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados. Tampoco es decisivo que la represión del autor de un comportamiento culposo dependa de la materialización aleatoria²⁴ del peligro creado o aumentado mediante dicho comportamiento.

Respecto a la relación de causalidad y la aplicación de los criterios referentes a la imputación objetiva²⁵, no hay que olvidar, por un lado, que en la jurisprudencia y en la doctrina comparada se ha invocado con frecuencia la denominada causalidad adecuada y, por otro, que este criterio se encuentra en la base de la concepción de la imputación objetiva. Además, como lo venimos de señalar, la adecuación de la acción del agente a un tipo legal culposo consiste, en buena medida, en la comprobación de los criterios referentes a la imputación objetiva; los mismos que son similares a los empleados para saber si el autor ha violado el deber de cuidado. La causalidad es siempre la condición imprescindible para plantearse la cuestión de la imputación objetiva. 1896

En la jurisprudencia, a nivel de segunda instancias, se ha señalado que «se entiende por deber objetivo de cuidado al conjunto de reglas que debe observar el agente, mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, por ser indicadores de destreza o producción, como lo son, la velocidad adecuada, desplazamiento por el carril correspondiente, estado psicosomático normal, vehículo en estado electromecánico normal, y contar con licencia de conducir oficial, reglas aplicables al caso del chofer», 1897

c. Peligro no permitido

Las disposiciones que prevén los delitos culposos, de manera implícita, prohíben la realización de comportamientos que creen o aumenten un peligro para los bienes jurídicos protegidos. Por ejemplo, el tipo legal del homicidio culposo (art. 111) supone la prohibición de realizar comportamientos peligrosos para la vida de las personas. Esta prohibición implica que el perjuicio que comporta el peligro sea previsible y evitable²⁶. Si este 1898

²⁴ ES del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97 Lima, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 70.

²⁵ Cfr. *supra* N° 1161 ss.; BACIGALUPO, Arts. 12, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 85 ss.

²⁶ ESup de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97, en ROJAS, 1999, p.

no es el caso, resulta imposible exigir a las personas que actúen dándose cuenta de los efectos de su comportamiento o teniéndolos presentes. El agente debe crear una contingencia capaz de lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Por lo tanto, la prohibición está orientada a impedir la creación de riesgos para los bienes jurídicos de terceros y no de manera directa a evitar la producción de perjuicios²⁷.

- 1899 Como lo hemos explicado antes, la prohibición de realizar comportamientos que creen o aumenten un peligro para los bienes jurídicos protegidos no puede ser absoluta, porque la vida comunitaria requiere o tolera la ejecución de comportamientos riesgosos. Este peligro es calificado de permitido. Si el agente no crea peligro alguno o se comporta dentro de los límites del peligro o riesgo permitido, significa que su comportamiento es irrelevante penalmente. Es el caso del chofer que conduce su vehículo conforme a las reglas del tráfico y produce la muerte de una persona que de pronto se lanza bajo las ruedas del mismo, el hecho de que conduzca un vehículo, fuente de peligro, no crea ni aumenta un peligro no permitido. En consecuencia, su comportamiento no es el previsto en el art. 111 (homicidio culposo). De esta manera, la constatación de si el agente ha sobrepasado el límite del riesgo permitido está muy vinculada con la determinación de si ha respetado sus deberes de diligencia.
- 1900 Para respetar la prohibición de ejecutar acciones peligrosas, quien se disponga a pasar al acto debe informarse antes y reflexionar de manera debida. Así mismo, debe preguntarse si es capaz de comportarse sin dañar a terceros o si tiene la formación debida para emprender la acción peligrosa. En caso de falta de información o de capacidad para llevar a cabo la acción riesgosa, el agente debe abstenerse para que no se le reproche el haber actuado con culpa. En esta circunstancia, se habla de culpa por emprendimiento o asunción²⁸.

c.1. Criterios para determinar el peligro no permitido

- 1901 La estrecha relación con el criterio mayoritario de considerar como factor central la violación del deber de prudencia²⁹, se pone de manifiesto en el

628; ES del 18 de setiembre de 1998, Exp. N° 3019-98 Puno, en ROJAS/INFANTES, p. 69; ES del 31 de octubre de 1997 Apurimac, Exp. N° 1917-96, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 72.

²⁷ PEÑA CABRERA, 1995 p. 462; MAZUELOS, 2003, p. 167 ss.

²⁸ ROXIN, 2006a, § 24 N° 54.

²⁹ ES del 2 de abril de 1998, Exp. N° 2007-97 Cono Norte, Lima, en ROJAS, 1999, p. 305 ss.; ES

análisis de esta circunstancia. Ya que para delimitar si se ha generado un peligro no permitido o se ha desestabilizado desfavorablemente una situación de peligro existente, hay que tener en cuenta todas las circunstancias que permiten afirmar que se ha violado el deber de diligencia correspondiente³⁰.

Establecer si la acción representa un peligro relevante para el derecho penal 1902 exige tener en cuenta el contexto social en el que ésta tiene lugar: en especial, su importancia social, la gravedad del posible perjuicio que representa el peligro y la magnitud de los esfuerzos que deben hacerse para excluir del todo el riesgo. Por ejemplo, a un comerciante de alimentos no puede exigírsele que, además de la fecha de vencimiento indicada por el productor, compruebe el buen estado de cada producto enlatado que vende. Exigencias de esta naturaleza paralizarían el normal desarrollo de actividades, como la dada en el ejemplo, que si bien son socialmente importantes, comportan ciertas contingencias (peligro permitido). Por haber sido ejecutada la acción sin sobrepasar el riesgo permitido, resulta imposible plantearse la cuestión si el agente ha obrado con culpa.

Debido a que son pocas las actividades humanas que están reguladas espe- 1903 cíficamente (p. ej., la circulación en las vías públicas), es necesario recurrir al criterio de la persona media³¹ para tratar de establecer los límites en que son permitidas, aun cuando su ejecución implique peligro para terceros. Esta idea consiste en plantearse hipotéticamente, en la misma situación concreta en que actuó el agente, cómo hubiera obrado una persona consciente y prudente, perteneciente al mismo círculo social o profesional de éste.

Si de esta comparación resulta que el autor ha actuado, al menos, en los 1904 límites del riesgo permitido, no es posible considerársele como imprudente³². Sin embargo la especificación de ese modelo (chofer, arquitecto, maquinista, médico, etc.) se lleva a cabo con referencia a determinadas

del 9 de setiembre de 1998, Exp. 2505-98 Lima, en ROJAS/INFANTAS, 2001, p. 69.

³⁰ DE LA CUESTA AGUADO, 1996, p. 138 ss.; ROXIN, 2006a, § 24 N° 14; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 550 ss.

³¹ ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de setiembre de 1998, Exp. N° 3475-98, en ROJAS, 1999, p. 617.

³² ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 9 de setiembre de 1998, Exp. N° 2505-98, en ROJAS, 1999, p. 638.

normas o directivas relacionadas con la actividad realizada por el agente. En el caso de profesiones, oficios o actividades que requieren una autorización precisa, la idea del modelo o baremo medio implica, en realidad, la constatación de si ciertas normas han sido o no respetadas. Lo mismo se puede decir, aunque no de modo tan evidente, respecto a la manera cómo, por ejemplo, deben guardarse y conservarse en casa productos peligrosos (barbitúricos, fósforos, combustibles, armas, pesticidas, etc.). La forma de hacerlo sin peligro para terceros, en especial para los niños, se determinará teniendo en cuenta las indicaciones establecidas por los productores o distribuidores respecto al modo de utilización o consumo de tales artículos. Constituye una acción peligrosa no permitida, por ejemplo, debido a que se sabe por experiencia que los niños se meten en la boca lo que encuentran, dejar a su alcance objetos que puedan causarles perjuicios en su vida o salud.

- 1905 Indicios más claros de la peligrosidad de una manera de comportarse son la violación de las normas establecidas de manera expresa para regular determinadas actividades que son peligrosas, pero aceptadas y aún promovidas en razón de su utilidad social. Al respecto, vale la pena citar una vez más las normas relativas a la circulación de vehículos de motor. Mediante estos preceptos, el legislador ha prohibido, basándose en la experiencia y en la reflexión, la ejecución de actos que comportan riesgos generales para terceros, tratando de evitar la producción de situaciones peligrosas. La violación de esas normas (p. ej., las que limitan la velocidad, establecen la prioridad en la circulación, regulan la manera de sobrepasar otros vehículos) crean en general un peligro no permitido.
- 1906 Aunque sin la misma fuerza vinculante que las normas legales y debido a que, con frecuencia, son establecidas por instituciones privadas no del todo imparciales, deben ser consideradas, también, las directivas estatuidas respecto a determinadas esferas de la actividad comercial, industrial, profesional o lúdica. Las normas técnicas establecidas por los Colegios de ingenieros, arquitectos o médicos constituyen una concreción de la *lex artis*³³, aprovechando los conocimientos y la experiencia adquirida en la práctica de estas profesiones. Las prescripciones, por ejemplo, relativas a la solidez de los fundamentos y a la resistencia de las estructuras de una edificación tienen como objetivo evitar una situación de peligro para las personas. El hecho de que no sean respetadas crea esta situación y puede producir un

³³ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 177 s; CASABONA, p. 30; HAVA, 2001, p. 56 ss.

peligro no permitido que dé lugar, en caso de lesiones corporales, a un reproche por culpa contra el infractor.

El incumplimiento de estos tipos de normas³⁴ no significa siempre que se haya creado el peligro concreto no permitido. Este peligro debe ser comprobado en la situación particular en que actúa el agente. En algunos casos, la exclusión del peligro no permitido sólo puede ser posible, justamente, por una acción contraria al precepto: por ejemplo, no respetar la luz roja o el límite de velocidad para evitar atropellar un peatón. Además, bien puede suceder que la norma en cuestión sea anacrónica o no esté adecuada a la situación concreta. Sin embargo, fuera de estos casos excepcionales, en general, la violación de estas disposiciones constituye un indicio real³⁵ de la creación del riesgo no permitido y, en consecuencia, de la culpa del autor.

c.2. Principio de confianza

Todos y, en especial, quien realizan acciones reguladas de manera especial, deben respetar las normas destinadas a evitar la creación o aumentación de un peligro no permitido. Así, cada uno de los que ejecutan de manera correcta una actividad espera que los demás se comporten también de conformidad con las obligaciones de cuidado que corresponden. De este modo, se establece una relación de confianza que constituye un criterio límite para determinar el peligro no permitido³⁶. Por ejemplo, no podrá decirse que aumenta indebidamente el peligro, ínsito en el hecho de conducir un automóvil, el conductor que, ante la luz verde del semáforo, no detiene su vehículo para comprobar si otro conductor tratará de pasar el cruce a pesar de la luz roja que le ordena detenerse. Su comportamiento permanece dentro de los límites del riesgo permitido. La cuestión de un actuar culposo no se presenta.

Sin embargo, como se trata de comprobar la existencia de un peligro concreto, la creación de éste no puede deducirse de modo inmediato del criterio de confianza. Ante la evidencia de la incorrección del comportamiento de un tercero (p. ej., conducir a contramano en una carretera de doble vía), no se debe continuar ejecutando la acción correcta (conducir en el sentido

³⁴ ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 7 de setiembre de 1998, Exp. N° 3475-98, en ROJAS, 1999, p. 617.

³⁵ HAVA, 2001, p. 53; FEIJOO, 2001, p. 212.

³⁶ PEÑA CABRERA, 1995, p. 464; VILLAVICENCIO, 2001, p. 71.

debido), considerando que no se hace sino afirmar el derecho y que es el otro quien no respeta las normas, aumentando así el peligro de que se produzca un accidente³⁷. Esto se debe tener en cuenta, en particular, respecto a la manera de comportarse de ciertas personas, como los niños, ancianos, ebrios o inválidos, quienes por sus condiciones personales incurren con frecuencia en acciones que entrañan riesgos. Por ejemplo, en una zona donde se encuentra un colegio, bien señalizada, un conductor que circula a la hora de salida de los alumnos debe tener en cuenta que con frecuencia éstos invaden la calzada (en contra de lo dispuesto en las normas y a lo que espera el conductor según el criterio de confianza).

- 1910 Aun cuando el principio de confianza ha sido elaborado y aplicado, sobre todo, en el ámbito de la circulación, también es pertinente invocarlo con respecto a otras actividades³⁸. En especial, cuando éstas son ejecutadas por un grupo de personas que actúan en equipo y de acuerdo a una división de tareas. Por ejemplo, el transporte y la instalación de muros de concreto prefabricados por obreros bajo la dirección del maestro de obra o la intervención quirúrgica practicada por un equipo conformado por médicos y personal auxiliar. Cada uno de los participantes actúa confiando en que los demás cumplan sus tareas. Sin embargo, tampoco debe aplicarse en estos casos, el principio de confianza de manera automática, pues hay que considerar el supuesto de los partícipes que, por formación o experiencia, pueden señalar y corregir los errores de los demás; así como el tipo de relación que existe entre ellos. En una relación horizontal o de igualdad, el principio de confianza será aplicado, en principio, teniendo en cuenta la responsabilidad propia e individual de cada participante; ya que cada uno tiene la obligación de preservar el desarrollo de sus actividades y, así, evitar producir daños a terceros por haber sobrepasado el nivel de riesgo permitido (principio de autorresponsabilidad)³⁹. Si se trata de una relación jerárquica, habrá que considerar, además, los deberes de vigilancia o control (deberes de diligencia secundarios)⁴⁰ que puedan tener los superiores respecto a los inferiores. Así, el médico especialista y jefe del equipo no puede ampararse en la confianza de que los demás actuarán correctamente

³⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 44.

³⁸ HAVA, 2001, p. 81 ss.

³⁹ Cfr. sobre el principio de autorresponsabilidad, ZACZYK, 1993, p. 30 ss.; SCHUMANN, 1986, p. 6 ss.; JAKOBS, 1997, p. 358 ss.; idem 1991, 7/129 ss.; FRISCH, 1988, p. 162 ss.; CANCIO MELIÁ, 2001, p. 297 ss.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 31 ss.; JORGE BARREIRO, p. 381 ss.

si, sin descuidar sus propios actos, podía y debía controlar lo que hacían, o en razón a sus deberes de diligencia suplementarios. La razón está en la posición de garante fundada en el deber de vigilancia correspondiente.

De los ejemplos dados no debe deducirse que hay que tener en cuenta el principio de confianza sólo cuando se deba considerar culposo o fortuito el hecho atribuido a un tercero. También hay que valorarlo en relación con los comportamientos intencionales que éste pueda cometer. El vendedor de armas de fuego no aumenta el riesgo de que éstas sean utilizadas por el comprador para cometer un homicidio, puesto que él no debe contar con que esto suceda. Por el contrario, cabe preguntarse si no aumenta indebidamente el peligro de que se cause la muerte de una persona, quien entrega un arma a uno de los sujetos que se agreden violenta y recíprocamente. De esta manera, aumenta el riesgo de que se produzca un resultado grave, debido a que su comportamiento se da en el contexto de un peligro concreto para los bienes jurídicos en conflicto y, según las circunstancias, se le puede imputar, al menos, a título de culpa. La respuesta debe ser diferente en relación con el caso, muy citado, de la persona que con la idea de suicidarse guarda un revólver en el cajón de su mesa de noche y que es utilizado por un tercero para matar un individuo. No puede imputársele haber aumentado el riesgo de que este homicidio se produjera, ni tampoco culpa alguna. Esto último sería posible, por el contrario, si el arma hubiera sido depositada en un lugar poco seguro y si un niño la hubiera encontrado y, jugando, hubiera causado la muerte de su compañero (culpa respecto a la muerte). Lo decisivo es que el agente no promueva la propensión objetiva que pueda existir en el posible autor de un delito doloso, como sería el caso de quien entrega un arma a uno de los participantes en una riña. Lo mismo puede decirse de la amante que, sabiendo que su compañero medita sobre la posibilidad de matar a su esposa, le entrega un arma de fuego. Arma que éste utiliza para cometer después el homicidio.

c.3. Ámbito de protección del tipo legal

La creación de un peligro no permitido o su aumento son suficientes para la imputación de la culpa. No obstante, en ciertas circunstancias, esta imputación no procede cuando el resultado perjudicial no está comprendido dentro de la esfera de protección de la norma que contiene el tipo legal⁴¹. Dicho de otra manera, cuando el resultado perjudicial no sea la materia-

⁴¹ PEÑA CABRERA, 1995, p. 467.

lización directa de la infracción de la norma. La finalidad del art. 111, por ejemplo, es la de proteger la vida de una persona ante la situación de riesgo no permitida creada por un tercero, pero no la de evitar la muerte por acción responsable de la propia víctima⁴². Quien entrega heroína a un drogadicto comete un acto prohibido y crea un riesgo no permitido, pero no puede imputársele a título de culpa la muerte producida por la sobre dosis que, sabiéndolo, se inyectó el fallecido. Se trata de una forma particular de cooperar en una puesta en peligro consciente y voluntaria de la víctima por ella misma. El resultado muerte, en este caso, materialización del riesgo no permitido, no está comprendido por la finalidad de la norma. Por lo tanto, a pesar de que la entrega de la droga influyó en la creación o aumento del riesgo no permitido, no puede imputársele el resultado a título de culpa a quien la entregó.

- 1913 Desde la misma perspectiva, hay que analizar el caso de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste: el conductor ebrio que provoca un accidente y causa la muerte de su amigo que le había solicitado, consciente de los riesgos, que lo transportara a su casa. El riesgo aceptado por el acompañante impide que la acción del conductor, creadora del peligro no permitido, caiga dentro de los alcances de protección del tipo legal, pues, éste no comprende el hecho de que la víctima se exponga a sí misma en una situación de peligro⁴³. Al incendiario no se le puede imputar a título de culpa la muerte de una persona que intervino de manera temeraria para sofocar el incendio; tampoco a quien lesiona una persona, cuya muerte es provocada por una atención médica deficiente. Esto significa, en buena medida, que cada uno responde por sus hechos (principio de autorresponsabilidad). No hay responsabilidad por el hecho imprudente cometido por un tercero.

2. Tipo legal subjetivo

a. Introducción

- 1914 Cuando se analizan todos los aspectos subjetivos del comportamiento en el nivel de la culpabilidad (orden de tener cuidado y prever el perjuicio

⁴² ESup de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97, en ROJAS, 1999, p. 628.

⁴³ Cfr. CANCIO MELIÁ, 2001, p. 301 ss.

respecto a la persona del autor), se niega la existencia o, al menos, la necesidad práctica de considerar la presencia de un tipo legal subjetivo en los delitos imprudentes. De modo que el injusto en estos delitos supone tres factores: la posibilidad de prevenir el riesgo de la realización del hecho típico, el obrar sin el cuidado exigido de modo objetivo y, en caso necesario, la realización del resultado típico por la violación del deber de cuidado. El reproche de culpabilidad tiene como objeto la actitud censurable ante el derecho. Si el suceso es imprevisible, se trata de un caso fortuito⁴⁴, el mismo que está fuera del derecho penal.

En razón a la delimitación que se hace entre culpa con representación (consciente) y culpa sin representación (inconsciente)⁴⁵, cabe preguntarse si no es de matizar la afirmación de que no es posible concebir el tipo subjetivo en los delitos culposos. Tratándose de la culpa sin representación, resulta imposible hacerlo porque el agente no se ha representado los presupuestos del tipo objetivo. Respecto a los ejemplos dados, es lo que sucede cuando el chofer ni siquiera percibe la luz roja del semáforo y el ama de casa olvida apagar la cocina. Por el contrario, tratándose de la culpa con representación, el agente debe ser consciente de todas las circunstancias que hacen de su acción un comportamiento peligroso no permitido. De esta manera, él se representa la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido; es decir, es consciente de las circunstancias previstas en el tipo legal objetivo. En esto reside, en efecto, su semejanza con el dolo eventual. En este último, la decisión con que actúa el agente respecto al resultado permite decir que lo acepta, lo asume, lo hace suyo; mientras que el agente culposo confía en que no se produzca. De modo que la admisión, al menos parcial, del criterio del tipo subjetivo en los delitos culposos depende de la manera cómo se defina dicho tipo. Sin embargo, no existen razones materiales suficientes para limitarlo sólo a los delitos dolosos. Según una opinión extrema, ambas formas de culpa implican un tipo legal subjetivo en el sentido de que siempre existe una relación subjetiva entre el autor y el riesgo para el bien jurídico. Así, se alude a que el autor debe siempre conocer la acción que ejecuta y los peligros que ésta implica⁴⁶.

⁴⁴ ES del 18 de setiembre de 1998, Exp. N° 3019-98 Puno, en ROJAS, 1999, p. 111 ss.; ES del 29 de setiembre de 1997, Exp. N° 3837-96 La Libertad, en ROJAS, 1999, p. 111; ES del 3 de junio de 1998, Exp. N° 3019-98 Ancash, en ROJAS, 1999, p. 132.

⁴⁵ Cfr. *infra* N° 1920.

⁴⁶ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, II, p. 172 ss.; HAVA, 2002, p. 205 ss.

b. Individualización de la determinación de la previsibilidad

- 1916 De acuerdo con la doctrina predominante, el análisis para determinar si el tipo legal objetivo ha sido realizado debe hacerse de acuerdo a criterios objetivos. Por tanto, sólo se tendrá en cuenta la capacidad de una persona promedio; modelo que es elaborado considerando los criterios objetivos empleados para determinar el peligro permitido. Este prototipo de persona cuidadosa, prudente, debe ser caracterizada en relación con el grupo social o profesional al que pertenece el agente⁴⁷. La capacidad, formación y habilidad individuales para respetar dichas exigencias generales servirán, por el contrario, para constatar su culpabilidad. Este criterio sería, en particular, más conforme al principio de igualdad de las personas.
- 1917 Quienes rechazan este criterio, aún minoritarios⁴⁸, afirman que éste supone un desconocimiento de la realidad. En su opinión, es injusto, en caso de una persona calificada o con conocimientos especiales, exigirle que se comporte sólo de acuerdo con el modelo medio, es decir, que no haga uso de su capacidad personal particular. Consideran paradójico exigir a quien, debido a su estado personal no posee las capacidades atribuidas al modelo promedio, que se comporte de acuerdo con el criterio objetivo general. Por estas razones, por un lado, estiman que un conductor profesional y experimentado debe esforzarse más que un conductor debutante, de modo que si no lo hace puede ser responsabilizado a título de culpa, a pesar de que no lo sería una persona que no posea esas capacidades. Por otro, sostienen que quien no tenga la capacidad promedio y produzca un resultado típico no puede imputársele el tipo culposo, aunque sí procede hacerlo respecto a una persona de capacidad media⁴⁹. La realización del tipo legal depende, según este criterio, de la capacidad individual del autor
- 1918 Si se tienen en cuenta las consecuencias materiales de los criterios en conflicto, se percibe que llegan al mismo resultado respecto a la determinación de la culpa en caso de personas de capacidad inferior al promedio. Según ambas, éstas no serán reprimidas porque su responsabilidad no puede sobrepasar su capacidad personal. Se les considera no culpables (aplicación del doble baremo) o que no han realizado el tipo debido a su incapacidad. Así mismo, de acuerdo con ambos criterios, la culpa por asunción fundamenta también la punición del agente que, siendo capaz de darse cuenta de

⁴⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 54 N° 3; Cfr. ROXIN, 2006a, § 24 N° 53 ss.

⁴⁸ STRATENWERTH, 2005, § 16, N. 19; JAKOBS, 1991, 9/1; MAZUELOS, 2003, p. 174 ss.

⁴⁹ En el Perú mantiene esta postura, aunque sin argumentarla, VILLAVICENCIO, 2001, p. 70.

su propia incapacidad para realizar el comportamiento peligroso, emprende sin embargo la ejecución de la acción. Aún la diferencia material que existe entre ellos respecto al caso de quien tiene capacidades o conocimientos especiales se atenúa, en la medida en que los partidarios del criterio objetivo especifican cada vez más el prototipo medio teniendo en cuenta las características del autor del acto.

En consideración de estos aspectos comunes, se propone una vía intermedia, según la cual las “capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la ilicitud, mientras que las capacidades superiores a la media deben ser utilizadas”⁵⁰. Así, se puede generalizar el criterio respecto a los autores que tienen una capacidad inferior a la media; mientras que para quienes posean una capacidad mayor o conocimientos especiales, hay que prever criterios particulares. Como lo hemos visto, la comprobación de la conformidad del acto con el tipo objetivo depende sólo de criterios objetivos, ajenos a la persona del autor: constatar la creación o aumento del peligro, así como que el resultado sea comprendido en la finalidad de la norma implícita al tipo legal. Por lo tanto, conciernen a la culpabilidad la capacidad del agente para evitar la violación de una norma y las circunstancias personales que impiden al autor actuar de manera diferente. Sin embargo, sería contrario a la idea de justicia así como a una política criminal eficaz estimar que el agente, poseedor de una capacidad especial (médico calificado, piloto de coches de carrera, etc.), no deba utilizar las calificaciones que posea para prever el perjuicio y respetar el deber de prudencia. Es decir, éste no sólo debe referirse a las exigencias establecidas para una persona media para justificar el acto imprudente que ha cometido. Así, el criterio de la individualización muestra sus ventajas para realizar esta apreciación. 1919

c. Culpa con representación y culpa sin representación

Debido a que la expresión culpa consciente⁵¹ puede dar lugar a comprender que existe una “culpa inconsciente”, es preferible hablar de culpa con o sin representación. La importancia de este mínimo problema de terminología no debe ser exagerada. Lo decisivo es que se comprenda que la conciencia o la representación conciernen la realización del tipo legal⁵². 1920

⁵⁰ ROXIN, 2006a, § 24 N° 56 ss.; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 45.

⁵¹ ES del 3 de octubre de 1997, Exp. N° 3365-96 Piura, en ROJAS, 1999, p. 101.

⁵² ESUP de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-97, en ROJAS, 1999, p. 628.

- 1921 En la culpa sin representación, el agente, en el momento de realizar la acción peligrosa no permitida, no se da cuenta que así puede realizar un tipo legal⁵³ (matar o lesionar una persona, arts. 111 y 124, respectivamente). El autor denota una falta de atención para no crear o no aumentar el peligro. A pesar de conocer las circunstancias en que realiza su acción no percibe que es posible perjudicar bienes jurídicos de terceros. Por ejemplo, el chofer distraído que sobrepasa el límite de velocidad y no percibe la luz roja del semáforo, atropellando a un peatón que cruzaba la calzada; o el ama de casa que olvida apagar la cocina y produce un incendio en el que resulta lesionado su marido.
- 1922 La culpa con representación⁵⁴, al contrario, supone que el agente, a pesar de que se da cuenta de que mediante su acción peligrosa puede dañar a un tercero, subestima esta posibilidad y piensa poder evitar su realización⁵⁵. No basta que él hubiera debido ser consciente de esta eventualidad, es indispensable que se la represente realmente. Al no tener en cuenta el peligro que crea o aumenta, el agente manifiesta una voluntad deficiente que le impide abstenerse o no le permite tomar las precauciones necesarias para excluir las consecuencias negativas de su obrar.
- 1923 En el CP de 1924, se hacía referencia a estas dos formas de culpa. En su art. 82, se decía que “comete delito por negligencia [culpa], el que [...] obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto...”. Esta disposición no ha sido conservada en el Código vigente.
- 1924 La estructura del delito culposo no es comprometida por la diferencia practicada entre estas formas de culpa. Éstas no implican, en sí mismas, distinciones de grado en cuanto a la ilicitud o a la culpabilidad. Es en la situación concreta en la que se determina la gravedad tanto de la falta de atención como de la confianza en la no producción del tipo legal. Puede suceder que el exceso de confianza sea más grave que una leve falta de atención o, viceversa, que la primera sea de poca importancia y la segunda sea bastante grave. Resulta así incorrecto afirmar, *a priori*, que uno de los dos tipos de culpa sea más grave que el otro. Esto explica que el legislador no haya establecido, basándose en esta distinción, consecuencias jurídicas diferentes⁵⁶.

⁵³ Cfr., VILLAVICENCIO, 2001, p. 71; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 63.

⁵⁴ Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Arequipa del 10 de febrero de 1998, Exp. N° 035-98, en ARMAZA/ZAVALA, 1999, p. 27.

⁵⁵ Así también PEÑA CABRERA, 1995, p. 467.

⁵⁶ ROXIN, 2006a, § 24 N° 68; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 54 II N° 1.

En la jurisprudencia peruana⁵⁷, se ha sostenido, por ejemplo, que la diferencia entre la culpa con representación con el dolo eventual, radica en que «en el primer caso, el agente considera seriamente la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, *per se*, o por otra persona. En la culpa conciente existe por el contrario la creencia de que el peligro no va a concretarse».

La distinción entre dolo eventual y culpa con representación⁵⁸ tiene consecuencias prácticas importantes. Así, mientras que la muerte causada por imprudencia será siempre reprimida sin importar si el agente actúo con culpa con o sin representación, la represión será diferente si se considera que en lugar de culpa con representación, el autor procedió con dolo eventual.

Estas dificultades no pueden, sin embargo, ser resueltas negando simplemente la importancia penal de la culpa inconsciente, o asimilando la culpa conciente al dolo eventual o viceversa⁵⁹. Respecto a la negación de la culpa sin representación, hay que recordar que para la culpabilidad penal basta, en el caso de una persona conocedora de las circunstancias en que radica el peligro de su acción, que no haya deducido la posibilidad de lesionar un bien jurídico ajeno. En cuanto a la asimilación propuesta, hay que tener en cuenta que entre el dolo eventual y la culpa con representación hay una distinción material consistente en que el primero se fundamenta en la decisión del agente favorable al daño que se ha representado como eventual.

3. Ilícitud

Todas las causas de justificación son aplicables en el ámbito de los comportamientos culposos⁶⁰. Sin embargo, pueden plantearse algunos problemas específicos. Cuando la acción peligrosa tiene lugar en el contexto de una situación de necesidad (en sentido amplio), hay que considerar más bien la falta de tipicidad, en razón de que, tratándose de una situación excepcional, el comportamiento resulta conforme al riesgo permitido, en la medida en

⁵⁷ ESup del 24 de noviembre de 2004, Exp. N° 306-2004, en VILLAVICENCIO, 2006, p. 374.

⁵⁸ Cfr. *supra* N° 1252 ss.

⁵⁹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1992, § 42 II A 2; JAKOBS, 1974, nota 4; MAZUELOS, 2003, p. 163 ss.; Cfr. HAVA, 2002, p. 243 ss.

⁶⁰ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 54.

que éste es definido con mayor amplitud. Entonces, el comportamiento deviene adecuado socialmente. Además, resulta difícil imaginar la aplicación de ciertas causas de justificación como el ejercicio de un cargo (p. ej., en caso de detención ordenada por el juez instructor) o el obrar por disposición de la ley. En este último caso, si se actúa conforme a las reglas (p. ej., de la circulación), el comportamiento no será típico⁶¹ y, por tanto, es inútil preguntarse sobre su carácter ilícito. Por todo esto es necesario analizar cada caso en particular.

- 1929 La consideración de la legítima defensa como causa de justificación exige, en el ámbito de los delitos dolosos, que quien ejerza la defensa actúe consciente y voluntariamente contra el autor de la agresión ilícita. En el marco de los delitos culposos, por definición, tal situación no puede presentarse, puesto que el agente actúa sin voluntad de causar el resultado y, en el caso de la culpa sin representación, sin consciencia del mismo. Sin embargo, es posible imaginar supuestos en los que un actuar culposo sea justificado por la legítima defensa. Por ejemplo, la persona que es atacada por un ladrón, puede, con la intención de impedir de ser despojada de su maletín, utilizar un arma de fuego como instrumento contundente, es decir, sin intención de disparar. En este caso, el acto doloso cometido para defenderse (lesiones en agravio del agresor) está justificado en la medida en que reúne los requisitos de la legítima defensa, en particular, la racionalidad del medio de defensa empleado (arma contundente). Pues bien, si en estas circunstancias, debido a un descuido de quien se defiende, se dispara el arma y el agresor resulta lesionado, cabe afirmar que esta acción culposa será también justificada. La misma conclusión hay que admitir, por ejemplo, cuando, siendo posible la legítima defensa, se lesiona a una persona a consecuencia de un disparo de advertencia, tirado de manera imprudente al aire por quien se defiende. Si bien respecto a estos aspectos existe un amplio acuerdo, se discute mucho, por el contrario, sobre si es necesario que concurra el aspecto subjetivo de la legítima defensa. En las dos hipótesis planteadas, el agente debe saber, al menos, que actúa en circunstancias en las que puede ejercer su derecho de defensa.
- 1930 El comportamiento culposo cometido cuando se intenta salvar bienes jurídicos que están en peligro de sufrir un daño inminente (estado de necesidad) puede ser justificado. Así, son justificadas las lesiones leves causadas a un peatón por un chofer que, con la finalidad de trasladar al hospital a

⁶¹ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2001, Vorbem. §§ 32 ss. N° 92 ss.

una persona en peligro de muerte, conduce a gran velocidad su vehículo y produce el accidente. Como en el caso de la legítima defensa, el agente debe conocer la situación de necesidad en la que ejecuta su acción peligrosa.

4. Culpabilidad

En consideración a que la culpa no es más considerada como una forma de culpabilidad, sino como una forma de delito junto a la dolosa, las explicaciones sobre la culpabilidad dadas referentes a los delitos dolosos son también válidas respecto a los culposos⁶² y así mismo, su constatación debe hacerse también de la misma manera⁶³. Primero, se debe comprobar la capacidad penal del agente; luego, si éste ha actuado o no bajo la influencia de un error de prohibición; y, por último, si lo ha hecho en condiciones que permitan exigirle un comportamiento diferente al que ha cometido. 1931

El autor, en el momento de actuar, debe ser capaz, de manera total o restringida, de comprender el carácter ilícito de su acción y de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Sin embargo, no hay que olvidar que quien ya no es capaz, por ejemplo de conducir conforme a las reglas de la circulación, debe abstenerse de hacerlo si se da cuenta que puede lesionar bienes jurídicos de terceros. Si no lo hace, como ya lo hemos indicado, puede imputársele una culpa que, en este caso, consistiría en el hecho de haber emprendido la acción en esas condiciones (culpa por asunción). 1932

El agente debe haber tenido la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. En el caso de la culpa inconsciente, sin embargo, resulta complicado admitir la posibilidad de que el autor conozca el carácter ilícito de su conducta, porque éste no se representa la posibilidad de producir el tipo legal. Por el contrario, en la culpa consciente, el autor puede deducir de la representación que tiene de causar un perjuicio a terceros, el carácter ilícito de su comportamiento. Si el agente actúa, a pesar de conocer esta circunstancia y estimando por equivocación tener el derecho de hacerlo por estar amparado por una causa de justificación, habrá incurrido en error de prohibición. En este ámbito, es necesario considerar que un error sobre el carácter prohibido del peligro creado o aumentado es posible, con cierta frecuencia, debido al desconocimiento de las normas de las que se deduce tal prohibición. 1933

⁶² JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 54 I N° 4b.

⁶³ ROXIN, 2006a, § 24 N° 109.

- 1934 Los casos más frecuentes de circunstancias de exculpación pueden ser los referentes a la no exigibilidad de otra conducta, que deben ser analizados teniendo en cuenta los intereses en conflicto. En estos casos, el interés que condiciona el comportamiento del autor culposo debe ser más importante que el que va dañar. Las semejanzas con los delitos de omisión (en la medida en que la culpa implica la omisión de medidas de precaución) permiten explicar que los criterios para admitir la no exigibilidad de otra conducta sean menos estrictos que los aplicados en relación con los delitos de comisión dolosos. La menor intensidad del carácter ilícito de los primeros es un factor decisivo para que se exculpe al responsable. Como ejemplo de no exigibilidad puede mencionarse el caso del chofer de un ómnibus de una empresa de transporte de pasajeros que acepta, a pesar de conocer el mal estado en que se encuentra el vehículo, la orden de su empleador de emprender el viaje. Hecho que realiza, por un lado, pensando en la posibilidad de un accidente y confiando en poder evitarlo; y, por otro, por el temor a perder su trabajo por no obedecer al empleador. En un país como el nuestro, donde la desocupación reina y los trabajadores no están bien protegidos legalmente, es más probable que no se pueda exigir al conductor un comportamiento diferente al que realizó.
- 1935 Igualmente, debe considerarse que es bastante factible que por culpa se incurra en excesos en las acciones cometidas en legítima defensa y estado de necesidad. Estas circunstancias deben admitirse como causas de no culpabilidad debido tanto a la índole menos grave de la culpa como a la tensión y angustia con que se actúa en esas condiciones.
- 1936 Por último, hay que tener en cuenta que en muchos casos, en razón a la insignificancia del daño o a la ligereza de la culpa, aparece conveniente excluir la responsabilidad del agente culpable por falta de necesidad de castigar.

5. Tipos legales ampliados

- 1937 Consistiendo la tentativa⁶⁴ en el hecho de tratar, con intención, de realizar un delito y no consumarlo (art. 16), resulta imposible admitirla en relación con los delitos culposos. La represión de la acción culposa supone, siempre, la realización completa del tipo legal, sin importar que se trate de un delito

⁶⁴ Cfr. *infra* N° 2079 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 72; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 54 IV.

de lesión o de peligro. De la realización del resultado y de su importancia depende también la severidad de la pena prevista en la disposición legal.

Según los criterios aplicados a la participación delictuosa en los delitos dolosos⁶⁵, ésta no es imaginable respecto a los delitos culposos⁶⁶, puesto que las diferentes formas de participación suponen que tanto el autor como los partícipes actúen con dolo. Así, si en el caso de la coautoría es indispensable que los coautores obren de común acuerdo, espontáneo o premeditado, para ejecutar el delito, es imposible concebir, por ejemplo, que dos o más personas se pongan de acuerdo para causar, mediante imprudencia, la muerte de una persona (homicidio culposo). Tampoco, se puede imaginar que el autor mediato busque hacer ejecutar de manera negligente un delito mediante un tercero (“instrumento”). 1938

La imposibilidad de admitir la instigación y la complicidad respecto a la culpa resulta de la misma ley. Los arts. 24 y 25⁶⁷ prevén de manera expresa que el instigador y el cómplice actúen con dolo. El instigador sólo puede hacer nacer la idea criminal en el instigado mediante actos dirigidos a alcanzar este objetivo, así lo establece expresamente el art. 24 (“El que, dolosamente, determina a otro...”). Lo mismo sucede respecto tanto al cómplice primario como al secundario, conforme al art. 25. Ambos deben, con dolo, colaborar con el autor principal (art. 25). En la práctica, se puede imaginar que alguien, por imprudencia, haga nacer en un tercero la idea de cometer una infracción; por ejemplo, alabando ante una persona bastante influenciable el hecho de conducir a gran velocidad bajo la influencia del alcohol. Comportamiento que es cometido por esta persona, ocasión en la cual atropella un peatón. También se puede pensar que alguien, de manera negligente, realice un acto (dejar un explosivo al alcance de niños) que constituya una contribución material a la producción de un resultado perjudicial (lesiones causadas a terceros por los niños que manipulan el explosivo en cuestión). En estos casos, en que no se ha proyectado la ejecución del delito, no es factible admitir que se ha inducido al autor material o colaborado con él. La responsabilidad de quien glorifica un comportamiento peligroso o produce una de las condiciones de la realización del resultado perjudicial será determinada individualmente a título de culpa y de acuerdo con el grado de su culpabilidad. 1939

⁶⁵ Cfr. *infra* N° 1871 ss.; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 73.

⁶⁶ Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 372 ss.

⁶⁷ MAZUELOS, 2003, p. 179 ss.

- 1940 En oposición a la manera como la coautoría es definida por la doctrina, en el art. 23, se prescribe, simplemente, que serán reprimidos con la pena establecida para el delito ejecutado “los que lo cometan conjuntamente”. Lo que permite plantearse la cuestión de si el comportamiento culposo cometido y que objetivamente podría presentarse como un acto de participación, puede o no servir de fundamento para responsabilizar a las personas concernidas por un delito culposo determinado⁶⁸. Por ejemplo, en el caso de los conductores de vehículos que, en razón a su estado de ebriedad y al exceso de velocidad, provocan un accidente cuyo desenlace es la muerte de un peatón. Materialmente, se puede decir que todos ellos han contribuido a la producción de este resultado. Sin embargo, la simple causalidad no basta para, de acuerdo con las disposiciones legales, considerarlos jurídicamente como coautores de homicidio culposo⁶⁹. Debido a la similitud de esta situación con la de la denominada participación dolosa paralela o por concomitancia, se recurre a esta noción para tratar la concurrencia de varios actos imprudentes en la producción de un tipo legal culposos. Si en el caso de los delitos dolosos, significa que dos o más personas, por iniciativa propia y sin acuerdo previo, ejecutan conjuntamente actos que provocan el resultado perjudicial (muerte de la víctima), en los delitos culposos, éste es causado por el conjunto de comportamientos imprudentes cometidos. En consecuencia, cada uno es considerado responsable como autor de tal delito de acuerdo con su grado de responsabilidad personal (criterio extensivo de autor)⁷⁰.
- 1941 Cuando los comportamientos de los diversos actores no están relacionados entre sí, la solución deducida del criterio unitario de autoría (en los delitos dolosos, autoría accesoria, *Nebentäterschaft*), aparece coherente. En el caso contrario, que es el más frecuente, dicho criterio conduce a soluciones insatisfactorias. Así, surge la necesidad de plantearse de cómo tratar la mencionada conjunción de comportamientos cuando se presente en un contexto en que los agentes previeron o pudieron prever la producción del resultado.

⁶⁸ SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 514; OTTO, 1998, § 21 N° 118; RENZIKOWSKI, 1997, p. 282 ss.; Cfr. KÜHL, § 20, N° 10, 116a ss.; DONATSCH, 1989, p. 111; JAKOBS, 1991, 21/111 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 VI; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 12 N° 74.

⁶⁹ ESup de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de enero de 1998, Exp. N° 6095-97, en DELGJ, Lima, enero 2000, p. 225.

⁷⁰ PÉREZ MANZANO, 1999, p. 21; PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 272 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, p. 110 ss.

En estos últimos casos, resulta insuficiente aplicar el criterio de la participación concomitante, según el cual los sujetos concurrentes deben ser considerados como autores individuales (participación paralela o por concomitancia) que deben responder conforme a su culpa personal. El cuestionamiento de esta solución se basa en que no permite resolver con claridad, por ejemplo, el caso de los paseantes que, sin tomar las precauciones necesarias, prenden una fogata en el bosque para cocinar y causan un incendio (art. 278, incendio culposo). Esta insuficiencia resulta más significativa en el caso, señalado por Roxin, de la producción de un delito contra la salud mediante la decisión conjunta adoptada por el consejo de una empresa para poner en circulación un producto dañino para la salud y que consuma un delito por negligencia. Si en este caso, aún una determinación contraria, conforme al desarrollo de los hechos, no hubiera cambiado la situación, difícilmente podría establecerse la causalidad de la decisión respecto al hecho. Cada uno de los miembros del consejo podría alegar que si se suprime de manera hipotética su voto, el resultado hubiera sido el mismo. Por el contrario, si se admite la coautoría no habría dificultad para admitir la causalidad entre el comportamiento cometido conjuntamente y el daño o peligro producido para algún bien jurídico, puesto que no es necesario comprobar la causalidad respecto a cada comportamiento individual. 1942

En este contexto, resulta posible rechazar el argumento de que esta participación no pueda ser calificada de coautoría porque ni hay una resolución previa común ni una división de tareas entre los participantes. La razón es que no se trata, justamente, de aplicar a los delitos imprudentes los criterios de participación elaborados para los dolosos. El factor esencial consiste en que los participantes, de manera consciente, concurren con sus actos a la creación de un peligro prohibido o a su intensificación y del que se sigue un resultado típico previsible. 1943

Un caso interesante ha sido analizado por el Tribunal Federal suizo⁷¹. Los hechos juzgados consistieron en que dos personas de común acuerdo, sin darse cuenta y sin tener presentes las consecuencias de sus actos, precipitaron sucesivamente al fondo de un acantilado dos piedras grandes, una de las cuales, al menos, causó la muerte de un individuo, sin que se hubiera podido, sin embargo, determinar cuál de éstas lesionó de muerte a la vícti- 1944

⁷¹ ATF 113 IV 58/JdT 1987 IV 138; Cfr. ATF 126 IV 88; RIEDO/CHVOJKA, 2002, p. 165; STRATENWERTH, 2005, § 16 N° 55; JENNY, 2003, en NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, 2003, p. 210; ARTZ, 1988, p. 72.

ma. Según los jueces federales, habiendo cada una precipitado una piedra al fondo del barranco, poco importa saber cuál de las dos ha lesionado de muerte al perjudicado. Lo que es decisivo es la relación de causalidad entre el comportamiento en cuestión y el accidente. En su opinión, tal vínculo existe, en todo caso, cuando, como en las circunstancias presentes, la imprudencia es común y se concreta mediante actos cometidos casi simultánea y prácticamente en el mismo lugar, de tal manera que las consecuencias sólo han dependido del azar. Basan su afirmación en el criterio de la causalidad adecuada, para esto basta, siempre según los jueces suizos, la constatación de “que la muerte de la víctima ha sido producida, de todos modos, por una de las dos piedras”. Estiman así mismo que la situación sería diferente sólo si los acusados hubieran actuado de manera separada. Comprobados así los hechos y afirmada la relación de causalidad entre el comportamiento colectivo de los dos agentes, los jueces federales concluyen sosteniendo que “resulta superfluo examinar si, como lo ha admitido el Tribunal Superior, la condena se justificaría según la teoría del riesgo agravado (*Risikoerhöhungstheorie*). En efecto, es incontestable que arrojando la segunda piedra, [...], cualquiera que sea la teoría aplicada, [se] ha creado un riesgo suplementario para terceros”.

- 1945 Si bien esta sentencia ha sido criticada, los jueces con mucho sentido práctico en el manejo de las teorías (simples propuestas de interpretación), dejan de manera clara abierta la posibilidad de que se admita un cierto tipo de autoría propia a los delitos imprudentes. Este criterio gana, cada vez más, terreno entre los penalistas y supone un actuar conjunto de una pluralidad de personas, que crean conscientemente una situación de peligro o aumentan un riesgo ya existente, violando un deber de prudencia y realizando así un comportamiento previsto en un tipo legal, el cual era previsible y evitable. De este modo, se trata de superar la noción de participación paralela o por concomitancia en favor de una noción de coautores adecuada a los delitos culposos.