

CAPACIDADES INDIVIDUALES Y CONDUCTA TÍPICA.

1.- Resumen.-

El texto pasa revista a la consideración, por la doctrina dominante, de las capacidades individuales del autor, superiores a la media, al momento de determinar si con su conducta ha creado un riesgo jurídico penalmente relevante. A continuación se toma posición a favor de un criterio generalizador “hacia abajo” en esta materia, con ciertas matizaciones.

2.- La evolución del “filtro” de la teoría del delito.

Como es sabido, desde su estructuración por el llamado sistema clásico, la teoría del delito ha pretendido ser un auténtico filtro que separe tempranamente lo jurídico penalmente relevante de aquello que no lo es¹.

En efecto, la distinción metodológica entre lo objetivo y lo subjetivo, para describir injusto y culpabilidad, respectivamente, respondió a la idea de constatar primeramente la existencia de una conducta externa subsumible objetivamente en el tipo, antes de auscultar el aspecto interno del individuo, de manera de satisfacer las exigencias del cogitatio poenam nemo patitur y los cardinales principios de exterioridad, legalidad y necesidad, entre otros.

Como expresa GARRIDO “la norma punitiva tiene naturaleza aseguradora de la libertad del hombre: si el sujeto no incurre en una conducta previamente descrita en la ley, no puede ser castigado. La concepción clásica del delito se alza, así, como uno de los fundamentos de mas valor de un estado de derecho. La ley penal no es un instrumento para cimentar el poder del Estado; al contrario, su objetivo es limitarlo frente al individuo”².

Las evoluciones posteriores, operadas por el neokantismo, igualmente se orientan en esa dirección, por cuanto el reconocimiento de elementos subjetivos y normativos al nivel del tipo, miran a excluir ciertas conductas de lo jurídico penalmente relevante, ya en el injusto³.

Pero como resalta BUSTOS “la teoría causalista tanto naturalista como valorativa no distinguió a nivel de injusto o teoría del delito entre un hecho punible doloso y uno culposo, ambos tenían la misma estructura y elementos...la tipicidad de un delito doloso y uno culposo no podía diferenciarse, pues significaba en ambos casos la descripción de un proceso causal”⁴.

A su turno, las propuestas del finalismo buscaban corregir los excesos de la acción en sentido causal, formulando su teoría de la acción final, lo que le llevó a distinguir una

¹ Cfr. YÁÑEZ PEREZ Sergio, “La evolución del sistema del derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 54, 1994, pp. 1175 y ss.

² GARRIDO MONTT Mario, *Derecho Penal parte general tomo II nociones fundamentales de la teoría del delito*, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 17 y 18.

³ Cfr. GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, p. 20.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ Juan, *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 23.

faz objetiva y una faz subjetiva tanto de ésta como del tipo, incorporando en este último las nociones de dolo y culpa.

“Pero la propuesta de Welzel no se detuvo en el plano óntico...puesto que en su nueva concepción de los bienes jurídicos no interesan al derecho penal todas las lesiones a ellos infringidas, sino solo aquellas capaces de trastornar las relaciones sociales que ellos comportan; de esta manera, podría decirse, en sentido figurado, que hay lesiones a los bienes jurídicos que por ser “socialmente adecuadas” no interesan al derecho penal”⁵.

Asimismo, a partir del tratamiento de la culpa, el finalismo tropieza con que “el ingrediente de la intencionalidad de la conducta no prestaba ninguna utilidad dentro del ámbito de la tipicidad” lo que en definitiva le llevó a la noción de deber objetivo de cuidado, de acuerdo con la cual “en el delito culposo se reprocha la no observancia del deber cuidado exigible en el desarrollo de la acción”⁶.

En cambio “para la literatura penal tradicional, la presencia del elemento objetivo del delito culposo, consistente en la producción del resultado típico y del elemento subjetivo, equivalente a su previsibilidad y evitabilidad individual, agotaban los presupuestos de punibilidad de esta clase de infracciones”⁷.

Sólo “desde la publicación de la monografía de Engisch y del Tratado de Hippel...la afirmación de que el delito culposo requiere de una doble infracción –la del cuidado objetivamente debido y la del subjetivamente posible- ha ido afirmándose progresivamente en la ciencia penal alemana, hasta encontrar consolidación definitiva en las aportaciones de la doctrina finalista”⁸.

Entre tanto, la determinación de la relación causal entre acción y resultado pasa del paradigma de la *conditio sine qua non*, a teorías como las de la causa adecuada y de la causa relevante, que vienen a constituir correctivos normativos a la primera.

Mas tarde, se desarrolla la teoría de la imputación objetiva que postula que frente a un resultado lesivo, no basta con que exista una relación causal entre éste y la conducta, sino que es menester que “dicha conducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado, perteneciendo el resultado acaecido al ámbito de protección de la norma vulnerada, es decir, que fuera uno de los que dicha norma estuviera llamada a evitar”⁹.

3.- La consideración de las capacidades individuales.-

⁵ REYES ALVARADO Yesid, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45, fascículo III, 1992, p. 941.

⁶ REYES ALVARADO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo 45, fascículo III, 1992, p. 942.

⁷ TORIO LÓPEZ Ángel, “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 27, fascículo I, 1974, p. 25.

⁸ TORIO LÓPEZ, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 27, fascículo I, 1974, pp. 26 y 27.

⁹ ALCÁCER GUIRAO Rafael, “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, fascículo II, 1996, pp. 473 y 474.

Pese a la evolución señalada, orientada a oponer un filtro objetivo y normativo a nivel del tipo, para discriminar entre lo jurídico penalmente relevante y aquello que no lo es, la gran mayoría de la doctrina tiende a considerar, de una u otra manera, como factor para la determinación ya sea del cuidado objetivo o del riesgo jurídicamente desaprobado, las capacidades y conocimientos especiales del autor.

En efecto, en el ámbito de los *delitos culposos*, para WELZEL “la determinación concreta de la conducta correcta para un autor determinado no se debe hacer sin tener en cuenta su capacidad; el cuidado necesario en el tráfico se diferencia según la capacidad del autor; el que es capaz de realizar correctamente la acción planeada debe realizarla de este modo en caso de que la lleve a cabo; el que no es capaz de realizar correctamente la acción planeada debe omitirla; para él, la “conducta correcta”, o el cuidado necesario en el tráfico, es la omisión de la acción”¹⁰.

ROXIN señala que “la solución materialmente correcta discurre entre medias de las dos concepciones extremas: las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben sin embargo emplearse. Por tanto, se ha de generalizar hacia “abajo” e individualizar hacia “arriba”¹¹.

CEREZO MIR afirma que “la medida del cuidado debido es independiente de la capacidad de cada individuo”¹², pero a continuación aclara que “el problema se plantea únicamente en relación con la capacidad y no con los conocimientos especiales del individuo. Estos últimos son tenidos en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva que sirve de base, como veremos, para determinar el cuidado objetivamente debido. El juicio de previsibilidad objetiva se lleva a cabo colocándose el juez en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, mas las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, así como el saber experimental excepcional del autor (saber nomológico)”¹³.

BUSTOS expresa que “si el sujeto actuante tiene conocimientos especiales, es evidente que sería absurdo que ellos no fuesen considerados, pues ellos pertenecen al ámbito de relación en que el sujeto actúa. Precisamente la situación típica está determinada en el delito culposo por un ámbito de relación específico, de modo que si se posee especiales facultades para actuar en ese ámbito, sería un contrasentido su no consideración...A quien no tiene las aptitudes para participar se le exige no hacerlo (salvo que las supla de otra manera), y a quien tiene aptitudes superiores se le exige aplicarlas”¹⁴.

HIRSCH señala que “en los casos en los que existe un estado de información adicional del autor en relación con la concreta situación de hecho y aquellos en los que una persona especialmente capacitada actúa en un ámbito que presupone sus capacidades

¹⁰ WELZEL Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (CEREZO MIR), Julio César Faura Editor, Montevideo, 2004, p.117.

¹¹ ROXIN Claus, *Derecho Penal parte general tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (LUZÓN PEÑA), Civitas, Madrid, 1997, p. 1015.

¹² CEREZO MIR José, “El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36, fascículo III, 1983, pp. 472 y 473.

¹³ CEREZO MIR, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36, fascículo III, 1983, p. 474.

¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, pp. 40 y 41.

especiales...en la determinación de la medida de cuidado hay que considerar ese estado de información...puesto que la medida del cuidado objetivo se orienta a una persona prudente en la situación del autor, lo que comprende el estado de conocimientos respecto al riesgo concreto del resultado”¹⁵.

En relación con la *imputación objetiva*, MIR PUIG expresa que “la delimitación de la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo resulta dificultada por la necesidad de tomar en consideración conocimientos y poderes especiales del sujeto. Hace ya tiempo que se haya extendida en la doctrina la opinión según la cual la imputación del resultado sólo es posible cuando la acción que lo causó era adecuada para producirlo a los ojos de un espectador imparcial situado en el momento de la acción (ex ante) y dotado, de los conocimientos especiales del sujeto, además de los que tendría una persona inteligente. Por otra parte, según un sector doctrinal que comparto, en el tipo omisivo y en el imprudente hay que tener en cuenta también las facultades individuales del sujeto”¹⁶.

REYES señala que “desde el punto de vista de la imputación objetiva es claro que a cada portador de roles le son exigibles determinadas formas de comportamiento, las cuales, a su vez, presuponen la existencia de ciertos conocimientos que cada persona, de acuerdo con el rol que desempeñe, debe poseer; las expectativas de comportamiento se basan entonces en los conocimientos y capacidades que un garante debe poseer. Eventualmente puede serle exigida a una persona la activación de sus conocimientos o capacidades especiales, pero ello dependerá siempre de que en virtud de su posición de garante exista para él un deber de actuación frente a determinadas situaciones”¹⁷.

A su turno JAKOBS afirma que “en el ámbito de la competencia por organización, puede que el autor sea garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten ciertos standards habituales de seguridad...en estos casos, cualquier conocimiento –con independencia del modo en que haya sido adquirido- de que no se están respetando los standards obliga a desplegar una actividad en el seno del rol y, en concreto, a encargarse de restablecer la situación standard”¹⁸.

“Además, el vínculo entre conocimientos y rol también puede ser organizado de manera actual por el autor, si adapta el comportamiento propio del rol a sus conocimientos, que de este modo pierden la cualidad de ser conocimientos especiales, es decir, conocimientos al margen del rol. Esta situación concurre siempre que el autor asuma la administración de un riesgo, que haya reconocido en virtud de sus conocimientos especiales, y en particular, cuando desvía el riesgo hacia otras personas”¹⁹.

¹⁵ HIRSCH Hans Joachim, (La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en el reflejo de la ZStW) (MELENDO / RUEDA), *Derecho penal: obras completas. Libro homenaje*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 164.

¹⁶ MIR PUIG Santiago, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, fascículo III, 1988, p. 673.

¹⁷ REYES ALVARADO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo 45, fascículo III, 1992, pp. 953 y 954.

¹⁸ JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en derecho penal* (CANCIO), Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 65.

¹⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 66.

“Puede suceder que forme parte del contenido de la institución una comunidad mas o menos completa entre garante y favorecido que en casos límite incluye todo conocimiento que el garante tenga, de modo que éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados comportamientos especiales”²⁰.

KINDHÄUSER expresa que “un deber jurídico-penal de acción se constituye si y sólo si un destinatario de la norma fiel a derecho, con los conocimientos y la capacidad física del autor individual, tendría que ejecutar u omitir una acción determinada para así evitar un resultado típico. Y si el destinatario de la norma no ejecuta o no omite tal acción, comete entonces una infracción de deber, que fundamenta la imputabilidad del resultado por él causado”²¹.

“Las exigencias que definen el cuidado esperado tienen que determinarse según cuáles sean los conocimientos del estado de cosas que tiene el autor individual...Para la determinación del deber de acción en el delito imprudente debe examinarse, entonces, cómo habría podido y tenido que comportarse alguien que dispusiera de los conocimientos que efectivamente tenía el autor, en caso que él se hubiera orientado, con eficacia para su acción, según los estándares de un participante del tráfico cuidadoso”²².

La importancia de considerar o no las capacidades individuales y los conocimientos especiales, en la determinación del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos o de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer escalón de la imputación objetiva, estriba en que ello incide en el alcance del ámbito de lo punible.

En efecto, si se opera con el criterio de la individualización, esto es, considerando las capacidades y conocimientos del autor concreto, entonces no quedará abarcada por el ámbito de lo injusto la conducta de quienes se comportan utilizando únicamente sus capacidades y conocimientos, aunque se encuentran por debajo de la media. En cambio, la conducta de aquellos que comportándose conforme a la media, no utilizan sus capacidades y conocimientos que los sitúan por sobre ella y que les permitirían evitar la lesión del bien jurídico, queda abarcada por el ámbito de lo injusto.

Al contrario, el criterio generalizador, que únicamente toma en cuenta las capacidades y conocimientos medios, comprenderá dentro de lo injusto la conducta de aquel que no satisface el estándar, aunque sus conocimientos y capacidades individuales no se lo permitan, mas no la conducta de aquel que se comporta conforme al baremo medio, aún cuando cuenten con capacidades y conocimientos especiales cuya aplicación evitaría la lesión del bien jurídico.

4.- Toma de posición.

El criterio generalizador, que desde luego nos conduce a no considerar las capacidades *inferiores al estándar del hombre medio*, debe preferirse por cuanto “si cada persona estuviera obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera

²⁰ JAKOBS, La imputación objetiva, p. 66.

²¹ KINDHÄUSER Urs, (Crítica de la teoría de la imputación objetiva. El tipo subjetivo en la construcción del delito) (MAÑALICH), artículo sin publicar, p. 9.

²² KINDHÄUSER, “Crítica de la teoría de la imputación objetiva”, p. 11.