

# EL TIPO IMPRUDENTE Y LA LEGALIDAD ESTRICTA

POR DIEGO DEI VECCHI (\*)

I. <u>INTRODUCCIÓN</u> .....	1
II. <u>LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y RESERVA</u> .....	3
III. <u>EL TIPO IMPRUDENTE EN CUANTO NORMA PENAL</u> .....	5
IV. <u>SOBRE LA CONFLICTIVIDAD ENTRE LA IMPRUDENCIA Y LA LEGALIDAD</u> .....	9
V. <u>LA APLICACIÓN DEL TIPO IMPRUDENTE</u> .....	10
VI. <u>CONCLUSIÓN</u> .....	12
VII. <u>BIBLIOGRAFÍA CITADA</u> .....	16

## I. Introducción

La regulación de tipos penales imprudentes, en cuanto tipos aparentemente incompletos en alguna medida, ha generado la necesidad de elaborar criterios de delimitación del reproche conductual al resultar indiscutido el desfasaje –absoluto o parcial- entre la finalidad de la conducta desarrollada por el agente con respecto a la producción del resultado que causa.

En este sentido, es indispensable la delimitación de aquellas acciones humanas cuya intervención causal puede ser considerada típica respecto de aquellas que, por el contrario, no han de ser alcanzadas por la figura imprudente aún cuando *causen* el resultado desaprobado. Es que la idea de “conducta imprudente”<sup>1</sup> presenta un vacío en un sentido importante ante la falta de criterio para tal calificación.

---

\* Por razones personales justificadas el autor no pudo exponer su ponencia durante el congreso

[deivecchidm@hotmail.com](mailto:deivecchidm@hotmail.com)

<sup>1</sup> Vale la pena aclarar desde el inicio que, en primer lugar, utilizaremos preferentemente el término “imprudencia” refiriendo a todos los términos que la ley utiliza para ensayar la delimitación de las causaciones típicas de las que no lo son (v.gr. negligencia, impericia, etc.) así como también para aludir a la categoría dogmática que tradicionalmente se denominó “culpa”. En segundo lugar, como la propia preferencia terminológica explicitada lo indica, es indispensable dejar en claro que consideramos que esta categoría “imprudencia” se refiere al juicio de reproche dirigido pura y exclusivamente *a la conducta* del agente y no a su

Ante ello, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias recurren hoy en día a diversos criterios sustentándose que una determinada acción realiza el plan típico, bien porque ese accionar concreto resulta directamente violatorio de al menos *un deber de cuidado*<sup>2</sup> (ínsito en la noción de imprudencia); bien porque ese accionar trasvasa el límite del riesgo tolerado (ínsito en la imputación objetiva)<sup>3</sup>. En cualquier caso, esta necesidad de complementación típica es la que provocó que el tipo penal imprudente sea –al menos para un importante sector doctrinario y jurisprudencial- un tipo penal abierto<sup>4</sup>.

Nos ocupamos en el presente trabajo de analizar estos criterios mediante los cuales se pretende justificar tanto doctrinaria cuanto jurisprudencialmente el reproche al accionar individual centrándonos especial y exclusivamente en los casos respecto de los cuales la noción de *deber de cuidado violado* o de *transbasamiento del riesgo tolerado*, prescindida de toda norma jurídica que haya definido deónticamente a la conducta juzgada con anterioridad a su realización. Esto así ya que, creemos, esta indefinición deóntica conductual puede lesionar a los principios de legalidad y reserva.

---

relación psicológica con el hecho. En tercer lugar, y concordantemente con los dos primeros puntos, tratamos a la “imprudencia” como un problema del tipo penal.

<sup>2</sup> El hallazgo se atribuye a ENGISCH en 1930 (por todos, ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, p. 997; PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL E. “El tipo culposo - La preterintencionalidad.” En *Derecho Penal Parte General*, de Carlos J. (h) Lascano, 321-368. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 332).

<sup>3</sup> Como veremos más adelante, no hay, al menos en relación a nuestro planteo, grandes diferencias entre los dos criterios que en todos los casos recurren a un deber y a una permisión como operadores deónticos: «... si los tipos se basan en una norma de determinación, en una instrucción de conducta del legislador, entonces esa norma no puede prohibir la mera causación, sino sólo una determinada conducta contraria al cuidado debido» (ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, p. 997). Por otra parte, la realización del tipo requerirá además de la conexión entre el deber violado y el resultado causado, lo que BACIGALUPO llama “imputación objetiva del resultado”: BACIGALUPO, ENRIQUE. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 191. No nos ocuparemos de ello en este trabajo y solo analizaremos lo relativo al deber de cuidado o riesgo tolerado.

<sup>4</sup> Así ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, Y ALEJANDRO SLOKAR. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2006, p. 428; BACIGALUPO, ENRIQUE. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 191. En contra JESCHECK, HANS HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducido por José Luis Manzanares Semaniego. Granada: Comares, 1993, pp. 223-224; JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y Juan Cruz Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 388.

Por lo expuesto, partimos de hacer una serie de breves consideraciones en torno a estos dos principios y a sus implicancias; pasaremos luego a tratar al tipo imprudente y algunas aplicaciones jurisprudenciales para efectuar, en definitiva y sobre la base de todo ello, algunas consideraciones finales a modo de conclusión.

## II. Los principios de legalidad y reserva

Si bien no haremos un análisis exhaustivo respecto a todas aquellas implicancias que se han derivado de los principios que dan título a este apartado, tanto por razones de extensión cuanto por resultar seguramente inútil a los fines que nos proponemos, pretendemos hacer explícitas algunas cuestiones puntuales en relación a estos principios<sup>5</sup> que se han sintetizado históricamente con el adagio: *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penale*.

La más básica formulación del principio de legalidad permite decir que todo hecho, para ser calificado como delito, ha de estar definido como tal en una ley formal<sup>6</sup> entrada en vigencia con anterioridad a la ocurrencia de ese supuesto fáctico. Por su parte, el principio de reserva surge claramente de la última parte del art. 19 C.N. en cuanto *ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*. En concreto: «Legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno (art. 1 CN)»<sup>7</sup>.

Sin embargo, esta formulación de la garantía de legalidad es lo suficientemente abierta como para permitir derivar de ella una serie de consecuencias entre las cuales nos interesan para este trabajo, la máxima taxatividad legal y la regulatividad de la ley penal. Con respecto a lo primero se ha dicho que: «El derecho penal debe exigir de los legisladores el mayor esfuerzo de precisión semántica: el juez debe exigir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad sino la *legalidad estricta*»<sup>8</sup>. Esta derivación del principio de legalidad

---

<sup>5</sup> Establecidos en los arts. 18 y 19 C.N., y en los arts. 9 CADH y 9 PIDC que tienen, por obra del art. 75 inc. 22 C.N., la misma jerarquía que los dos primeros.

<sup>6</sup> «Conforme al principio de legalidad formal se construye el *tipo normativo de ley penal constitucional* que sirve para eliminar las restantes (leyes penales ilícitas)» (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, Y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p. 111).

<sup>7</sup> *Ib. Idem*, p. 112.

<sup>8</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, Y ALEJANDRO SLOKAR. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2006, p. 106. También

coincide con aquello que ROXIN llama “prohibición de leyes penales indeterminadas” lo cual implica la ilegalidad por violación a dicho principio, de toda ley penal en la cual el juez tuviere que fijar qué conducta infringe el bien jurídico protegido (el autor utiliza como ejemplo el “bien común”) de un modo intolerable<sup>9</sup>.

Sobre lo segundo, se ha precisado que: «... podemos afirmar que la regulatividad de las leyes penales en el sentido aquí elucidado constituye el presupuesto de las garantías de materialidad y culpabilidad, que exigen a su vez que las leyes contengan prohibiciones dirigidas a comportamientos cuya comisión u omisión sea alécticamente posible e imputable deónticamente a la elección del sujeto»<sup>10</sup>.

Sobre este punto conviene aquí detenerse y aclarar que siguiendo a FERRAJOLI, «... llamaremos *regulativa* a la norma que regula un comportamiento calificándolo deónticamente como permitido, prohibido u obligatorio y condicionando a su comisión u omisión la producción de los efectos jurídicos que prevé; y llamaremos *constitutiva* a la norma que establece inmediatamente, esto es, sin la mediación de comportamiento cuya comisión u omisión supongan su observancia o su infracción, calificaciones y/o efectos jurídicos»<sup>11</sup>.

Dicho esto, queda claro entonces como punto de partida del presente trabajo que hay un compromiso supralegal que garantiza la renuncia absoluta aplicar las consecuencias de una norma penal a cualquier conducta no calificada deónticamente –*regulatividad*-, con meridiana claridad –*máxima taxatividad*-, a través de una ley formal anterior a la exteriorización de tal conducta. En palabras de ROXIN: «... por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de la necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley»<sup>12</sup>.

---

en este sentido en ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, Y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p. 116/117.

<sup>9</sup> ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, p. 141.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2005, p. 503.

<sup>11</sup> *Ib. Idem*, p. 503.

<sup>12</sup> ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, 137.

### III. El tipo imprudente en cuanto norma penal

El objetivo que nos hemos propuesto y el punto de partida adoptado en relación al principio de legalidad, nos lleva a efectuar algunas consideraciones en torno a la regulación positiva de los delitos imprudentes<sup>13</sup> y, especialmente, a su interpretación, explicación y aplicación en los campos doctrinario y jurisprudencial según corresponda y en distinta medida.

En este aspecto, hemos adelantado que los tipos imprudentes requieren de un complemento que permita calificar de imprudente a la conducta causante. En tal sentido, se ha dicho que ese complemento está constituido por un *deber de cuidado* particular. En otras palabras: «Esto obedece a que los tipos culposos son *tipos abiertos*, es decir, que necesitan una norma de cuidado que los complete o cierre, lo que no se explica por efecto de una mera arbitrariedad legislativa, sino porque es imposible prever las innumerables formas en que la realización de una acción puede violar el deber de cuidado y crear un peligro. El tipo culposo impone, por ende, un avance en dos momentos para cerrar el juicio de tipicidad: en el primero se averigua, conforme a la acción realizada, cuál es el deber de cuidado; en el segundo se averigua si la acción lo viola»<sup>14</sup>.

Esta postura, ampliamente aceptada en la doctrina y jurisprudencia nacionales, admite entonces que el tipo penal imprudente omite<sup>15</sup>, no solo la definición modal de la

---

<sup>13</sup> Recordemos que nos dedicaremos en este trabajo a los tipos imprudentes en los cuales la determinación de la violación del deber de cuidado o transvasamiento del riesgo tolerado, prescindan de una norma jurídica que califique deónticamente la conducta.

<sup>14</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, Y ALEJANDRO SLOKAR. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2006, pp. 428-429. Al respecto había ya dicho SOLER: «Esta manera de construir la culpa está estrechamente vinculada con la idea de peligro; pero no importa identificar la culpa con el delito doloso de peligro, pues los principios se mantienen invariables, tanto si el delito es de daño como de peligro. En un caso, en el dolo, la norma transgredida intencionalmente es la que prohíbe la causación subjetivamente directa del daño o *del peligro*; en el otro, se transgrede una norma de prudencia que prohíbe dar lugar a que ese estado de daño o de peligro derive de *otras acciones nuestras*» (SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho Penal Argentino*. Vol. II. Buenos Aires: TEA, 1989, p. 166).

<sup>15</sup> En términos de ZAFFARONI, y de muchos otros, por una imposibilidad material de reglamentación de toda actividad humana que genere riesgo: «La forma concreta en que esa muerte puede causarse y su específica modalidad culposa no pueden ser establecidas por la ley pues ello conduciría a un causalismo interminable» (PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL E. «El tipo culposo - La preterintencionalidad.» En *Derecho Penal Parte General*, de Carlos J. (h) Lascano, 321-368. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 335). No obstante, no nos interesan por ahora las razones que se esgriman para justificar tal omisión.

conducta prohibida<sup>16</sup>, sino, y aquí lo grave, lisa y llanamente la calificación deóntica de cualquier conducta imaginable dejando abierto un margen de reproche tan solo limitado por la noción de *deber de cuidado*<sup>17</sup>, y admitiendo consecuentemente la reprobación y punición de conductas que no pueden ser calificadas como prohibidas *ex ante*<sup>18</sup>.

Hay paralelamente algunos autores que rechazan no solo la calificación de los tipos imprudentes como “abiertos” sino que rechazan incluso la propia categoría de tipos abiertos. Este es, entre otros, el caso de JESCHEK quien plantea de modo interesante que, «... los complementos que el juez consigue desde los juicios generales de valor, o desde la

---

<sup>16</sup> Respecto de lo cual no hay diferencias con los tipos dolosos, pero no por ello se viola el principio de legalidad. La conducta prohibida se conoce de antemano aún cuando no hay una descripción circunstanciada de ella. En rigor, hay evidentemente mucho “modos” de “matar” dolosamente y ellos quedan indefinidos por el tipo del art. 79 C.P.. Deja entrever esta idea RUSCONI cuando dice: «... también en la estructura del tipo doloso se requiere un trabajo interpretativo que reduzca el ámbito de lo no definido ya en la ley. En este sentido el legislador sólo puede indicar el núcleo duro de la materia de prohibición. El porcentaje ya definido tiende a reducirse en proporción directa a la multiplicación geométrica de hipótesis especiales de riesgo que genera el desarrollo tecnológico. Tal evolución redefine, sin duda alguna, los contornos finales de la clásica prohibición de analogía como consecuencia del mandato de *lex stricta* del principio de legalidad» (RUSCONI, MAXIMILIANO. “Ilícito negligente contra la vida y tránsito vehicular.” En *Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal*, de Julio B. J. Maier, 15-36. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 19 nota 7).

<sup>17</sup> «... lo que ocurre cuando alguna norma que regula la vida en sociedad es vulnerada por la conducta del autor» (PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL E. “El tipo culposo - La preterintencionalidad.” En *Derecho Penal Parte General*, de Carlos J. (h) Lascano, 321-368. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 343). Ahora bien, se admite que no necesariamente estamos refiriendo a *normas positivas*, de hecho, si bien no lo trataremos por no hacer a los objetivos que nos hemos propuesto, no podemos dejar de mencionar que tradicionalmente, para determinar esas normas se ha recurrido a criterios tales como el del “hombre medio” o el referente a los “conocimientos especiales del agente”. Ver por todos BACIGALUPO, ENRIQUE. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 192; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, Y ALEJANDRO SLOKAR. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2006, p. 433.

<sup>18</sup> Está en lo correcto GORANSKY al decir: «Esta característica ha sido descripta, casi con la resignación que se siente ante los sucesos fatales, como la verificación de un tipo penal “abierto”, en el que la definición legal de la conducta prohibida por la norma no encontraba en las palabras de la ley la totalidad de los elementos que permitieran ejercer con precisión la “función llamada” de los tipos penales» (GORANSKY, MIRNA. “Criterios jurisprudenciales en el ámbito de la imprudencia de la actividad médica.” En *Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal*, de Julio B. J. Maier, 117-137. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 117). No obstante, la autora también parece resignarse más adelante en este trabajo.

conexión con otros elementos, constituyen a su vez elementos del tipo, para los que, aparte el método de obtención, no rige especialidad alguna»<sup>19</sup>.

Ahora bien, aún cuando rechaza rotundamente con este argumento la posibilidad misma de hablar de *tipos abiertos*, el autor reconoce que quienes investigaron esta tesis lograron poner de manifiesto la existencia de elementos típicos que «... presuponen una situación fáctica individualizable, pero que al mismo tiempo son concebidos como juicios generales de valor...». De tal modo, «[e]l juicio de valor sustituye aquí, en cierta manera, a la descripción referente al objeto del supuesto fáctico del injusto»<sup>20</sup>.

Vemos entonces que incluso aquellos que rechazan a los tipos imprudentes como tipos abiertos requieren de un criterio de complementación de un tipo penal que, en su faceta descriptiva, es aceptado como incompleto y, por ello, complementado por un juicio de valor llevado a cabo por el juzgador que recién al momento de efectuar tal juicio valorativo y como resultado de él, calificará deónticamente a una determinada conducta.

Dentro de las posturas más modernas aparece la de ROXIN quien sostiene que: «Es correcto que el tipo de los delitos imprudentes, en la medida en que no contenga una descripción adicional de la conducta, se colma mediante la teoría de la imputación objetiva: un resultado que se imputa al tipo objetivo está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores criterios»<sup>21</sup>. En sentido similar JAKOBS sostiene que: «Los tipos de los delitos imprudentes no son tipos abiertos, y ni siquiera están menos determinados que los dolosos. Tanto en el delito doloso como en el imprudente el autor debe deducir la prohibición del comportamiento causante en concreto a partir de la prohibición de causar»<sup>22</sup>.

Por lo demás tanto ROXIN cuanto JAKOBS prescinden del deber de cuidado dada la noción de riesgo no tolerado, previa tanto en lo metodológico cuanto en lo cronológico. En concreto, la imprudencia no requiere de más que aquello que hay que afirmar en todos los casos: «...la cognoscibilidad de un riesgo ya no permitido»<sup>23</sup>. Lo prohibido es toda conducta descuidada<sup>24</sup> más allá de lo tolerado<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> JESCHECK, HANS HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducido por José Luis Manzanares Semaniego. Granada: Comares, 1993, p. 223.

<sup>20</sup> *Ib.idem*, p. 224

<sup>21</sup> ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, 999.

<sup>22</sup> JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y Juan Cruz Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 388.

<sup>23</sup> *Ib. Idem*.

<sup>24</sup> *Ib. Idem*, p. 384.

Coincidentemente, en la órbita local se sostiene que lo importante no es verificar ni la previsibilidad ni la violación a un *deber de cuidado*, sino más bien, establecer si se ha generado un riesgo no permitido. A ello sirven como indicios los dos parámetros antes mencionados: «La teoría de la imputación objetiva no niega que para que haya tipicidad objetiva culposa sea necesario que el resultado sea previsible, o que se viole una determinada norma o deber de cuidado, pero demuestra que esos elementos no son suficientes –ni idóneos– para conducir a concluir que una conducta se adecua objetivamente a un tipo culposos, o bien por demasiado extensos (...) o bien por demasiado limitados (...)»<sup>26</sup>. De este modo, se utiliza la noción de riesgo no permitido como aquel que va más allá de ciertos márgenes de seguridad<sup>27</sup> aunque no será de por sí suficiente para determinar la imprudencia en la conducta<sup>28</sup>. «La creación de un riesgo o peligro no permitido (desaprobado) permite afirmar ya, que se está ante una acción desvalorada, con independencia de la producción del resultado. Desvalor de la acción en el marco del delito culposos es, pues, creación de un riesgo desaprobado»<sup>29</sup>

En definitiva, la conducta será imprudente si: (a) se ha violado *el deber de cuidado*; (b) se la valora negativamente; o (c) ha excedido el riesgo tolerado.

---

<sup>25</sup> «Para empezar falta la contrariedad al cuidado debido cuando el sujeto desde un principio no ha creado un peligro jurídicamente relevante (...) al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado típico» (ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, p. 1000). «... y es obvio que un riesgo permitido no sólo ha de disculpar individualmente al autor (...), sino que ha de determinar que ya *la conducta en sí* no pueda ser considerada objetivamente ilícita, y ni siquiera típica, pues una conducta amparada por el riesgo permitido es jurídicamente irrelevante» (PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL E. “El tipo culposos - La preterintencionalidad.” En *Derecho Penal Parte General*, de Carlos J. (h) Lascano, 321-368. Córdoba: Advocatus, 2005, p.333).

<sup>26</sup> PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL E. “El tipo culposos - La preterintencionalidad.” En *Derecho Penal Parte General*, de Carlos J. (h) Lascano, 321-368. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 343.

<sup>27</sup> *Ib. Idem*, p. 346.

<sup>28</sup> Para ello se utilizan otros parámetros también propios de la teoría de la imputación objetiva a los que no haremos referencia en este trabajo.

<sup>29</sup> *Ib. Idem*, p. 346.

#### IV. Sobre la conflictividad entre la imprudencia y la legalidad

Dados los criterios explicitados, cabe decir que la conflictividad cuya existencia es el principal objetivo de este trabajo fue tratada expresamente por algunos de los principales defensores de esos criterios.

Se ha dicho al respecto y descartando una posible violación a los principios que nos ocupan que: «Un enjuiciamiento ponderado lleva a la conclusión de que si bien los delitos imprudentes van a la zaga de los dolosos en cuanto a determinación, los mismos cumplen sin embargo plenamente aún las exigencias constitucionales. Efectivamente no existe diferencia alguna entre los delitos imprudentes y los dolosos en cuanto que las reglas de la imputación objetiva por las se determina la imprudencia rigen igualmente para los delitos dolosos; un “dolo” que se mantenga en el marco del riesgo permitido es igual de poco imputable que la correspondiente conducta no dolosa. Sin embargo, una diferencia en cuanto a determinación o precisión se deriva del hecho de que el sujeto que actúa con dolo la mayoría de las veces subsume por sí mismo su conducta correctamente y crea peligros cuyo carácter claramente no permitido es fácil advertir y que también el sujeto advierte en el caso normal. En cambio la conducta imprudente se mueve con mucha mayor frecuencia, porque carece de finalidad delictiva, en el límite de lo imputable; la cuestión a menudo incierta de qué se halla aún dentro del ámbito de protección de la norma y qué un poco más allá del riesgo permitido se plantea aquí con mucha mayor frecuencia»<sup>30</sup>.

En este aspecto, y sin perjuicio de que ampliaremos esto en la conclusión del trabajo, conviene aclarar desde ya que creemos que este argumento mediante el cual se defiende la constitucionalidad de los tipos de imprudencia es erróneo por cuanto confunde el problema de la imputación con el relativo al carácter deóntico de la conducta. Es cierto que tanto en los tipos dolosos cuanto los imprudentes un riesgo permitido es igualmente inimputable, pero el principio de legalidad no se afecta por la imputación, sino por la falta de prohibición previa.

En el ámbito local PÉREZ BARBERÁ sostiene respecto a quienes afirman que existe el conflicto que tratamos, que «... tal punto de vista es, sin embargo, erróneo (...) tanto hay delitos dolosos como culposos que pueden ser calificados de abiertos y cerrados»<sup>31</sup>, comparando en tal sentido, los arts. 79 y 84 C.P. Tanto uno como el otro serían tipos abiertos «[p]ero ni siquiera los tipos penales –dolosos o culposos- que pueden ser calificados de

---

<sup>30</sup> ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, p. 1029-1030.

<sup>31</sup> PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL E. “El tipo culposo - La preterintencionalidad.” En *Derecho Penal Parte General*, de Carlos J. (h) Lascano, 321-368. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 335.

“abiertos” violan –por ese solo hecho- el principio de legalidad. Así, se ha sostenido que no es posible pensar en otra manera de concretar o completar esos tipos que no sea a través de la tarea de los jueces, siendo incluso más fácil para el ciudadano distinguir deberes de cuidado según sus propias nociones que a través del contenido de las leyes»<sup>32</sup>.

## V. La aplicación del tipo imprudente

Llegado este punto consideramos ilustrativo y, por ello, útil, citar brevemente, dos casos jurisprudenciales donde se han juzgado distintas conductas como imprudentes aplicando algunos de los criterios dogmáticos antes referidos:

(a) En un primer caso, se condenó<sup>33</sup> a Lamuniere, Andrés D. por homicidio culposo agravado por pluralidad de víctimas y lesiones en concurso ideal ante un hecho en el cual nueve estudiantes fallecieron y otros sufrieron lesiones como consecuencia de una avalancha causada por la sobrecarga de la placa de nieve cuando descendían de una montaña. El imputado y condenado era el guía de montaña y profesor universitario que tenía a su cargo el grupo de alumnos y que tomó la decisión de bajar de la montaña por un determinado camino en presencia de condiciones meteorológicas desfavorables. Argumentaron, entre otras cosas, los magistrados que:

a. “... violó el deber de cuidado al descender con un grupo de alumnos por la ladera de una montaña nevada, lo cual provocó un alud debido a la sobrecarga de la placa de nieve -en el caso, descendían 16 personas-, toda vez que el imputado pudo prever la avalancha pues contaba con los datos respecto del estado del cerro y atento a la experiencia que posee en esa actividad...”

b. “El guía de montaña y profesor universitario que frente a los indicios que le advertían de la probabilidad de avalanchas -en el caso, condiciones meteorológicas existentes, la pendiente, los ruidos y la presencia de cornisas-, decidió descender del cerro por ese camino, incrementó injustificadamente el riesgo de los alumnos que tenía a su cargo (del voto del doctor Ferrando)”.

c. “Atento que la actividad de montaña no se encuentra reglamentada, es procedente el nombramiento como perito de personas con conocimiento y prácticas reconocidas a los fines de expedirse sobre la existencia de un delito culposo -en el caso, varios alumnos que descendían de un cerro guiados por un

---

<sup>32</sup> *Ib. Idem*, p. 336.

<sup>33</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca, con fecha 04/05/2005.

profesor universitario, fallecieron como consecuencia de una avalancha al desprenderse la placa de nieve por sobrecarga-, de conformidad con lo dispuesto por el art. 254 del Cód. Procesal Penal (del voto del doctor Ferrando)”.

d. “Las conclusiones "ex post" que efectuaron los peritos que se expidieron sobre la existencia de un delito culposo no pueden ser cuestionadas, atento que se trata de un delito de resultado, por lo que los expertos deben colocarse en ese momento y no "ex ante" lo cual resulta física y lógicamente imposible (del voto del doctor De la Rosa)”.

(b) En el segundo de los casos, se eleva a juicio<sup>34</sup> una causa seguida en contra de la titular de una inmobiliaria de la ciudad de Carlos Paz que, sin verificar personalmente el estado fáctico del inmueble, lo alquiló temporariamente a una pareja produciéndose al poco tiempo, dentro del departamento y por una fuga de monóxido de carbono, la muerte de tres personas por asfixia y lesiones en una cuarta. La asfixia se produjo por un desprendimiento del caño del calefón solo visible desde el exterior, por haberse introducido palomas en dicha abertura y haber construido un nido y por estar, al mismo tiempo, obstruidas las rejillas del inmueble. El sustento del reproche se centró en que:

a. La ley 7191, que regula lo concerniente a los corredores inmobiliarios por extensión, establece en su artículo 13 inc. G que en esa actividad existe la obligación de “publicitar en forma clara, precisa y veraz la propiedad y estado fáctico y jurídico de los bienes que se vendan”.

b. De ese deber se derivó jurisprudencialmente el de “revisar en forma personal el estado del inmueble, en la lógica de que sólo quien haya cumplido tal control, se encuentra en condiciones de publicitar en forma veraz el estado fáctico del bien objeto de un alquiler”.

c. Se reconoció que la corredora inmobiliaria (como todo corredor inmobiliario) es un simple intermediario en la contratación cuyas partes son propietario locador y locatario.

Como puede observarse, los casos traídos a colación difieren en que, en el primero, la actividad carece de todo tipo de reglamentación en tanto que en el segundo existe una ley reglamentaria. No obstante, en ambos nos encontramos con que la construcción del deber de cuidado cuya violación se reprocha, en mayor o en menor medida, prescinde de una norma expresa que genere el deber cuyo incumplimiento se reprocha.

---

<sup>34</sup> Auto Interlocutorio Número Setenta del Sr. Juez de Control de la ciudad de Villa Carlos Paz, de fecha 20 de junio de 2009.

En el caso del guía de montaña no solo no existe norma y pauta reglamentaria apta para calificar como prohibida la conducta adoptada al decidir bajar de la montaña por la ladera en que se produjo el hecho, más aún, se llamó a peritos que determinaran la mayor o menor prudencia de la conducta. Es decir, en una materia que carece de toda reglamentación se llama a peritos, que por carecer de todo marco reglamentario tan solo pueden opinar por sus distintas experiencias. Con ello, el tipo penal, completado por peritos (cuya especialidad radica, en mayor o en menor medida, en conocer la montaña) y por jueces (que puede presumirse carecen de esos conocimientos), termina desaprobando un comportamiento permitido al momento de ser llevado a cabo y presumiendo en todos los casos que la tragedia era previsible por conocimientos que –como vimos- son indefinibles ante la falta de todo sustento reglamentario.

En el segundo de los casos la situación no es tan disímil en tanto la violación al deber de cuidado se centra en la generación pretoriana, por inferencia, de una obligación determinada. En este sentido, habida una norma que exige una publicación veraz del estado fáctico de los inmuebles a los corredores inmobiliarios, se da por hecho que todos los inmuebles serán publicitados, que la publicitación es una obligación en sí misma y que para poder efectuarse esa publicitación el corredor inmobiliario tendrá que apersonarse en el inmueble. Luego, el corredor inmobiliario tenía la obligación de ir personalmente a verificar el estado fáctico del inmueble.

En este segundo caso la violación al deber de cuidado se pretende como devenida de la violación de una norma previa que sí califica deónticamente a la conducta reprochada. Sin embargo, la realidad es que esa norma fue creada por el juzgador.

Ambos casos fueron tomados como ejemplos por la gravedad y el impacto social de los hechos. Ambos casos muestran, en más o en menos, un comportamiento de los imputados que, en términos extralegales, *puede* ser calificado como negligente o imprudente pero indiscutidamente *no prohibidos por ninguna norma válida del sistema*. Las conductas del condenado en un caso y de la imputada en el otro, fueron conductas legalmente admitidas al momento de llevarse a cabo y, por ello, si el principio de legalidad es aceptado en los términos que hemos expuesto como punto de partida, ambas conductas quedan fuera de la órbita de aplicación del Derecho Penal.

## VI. Conclusión

Hemos de concluir nuestra exposición reafirmando el punto de partida respecto al principio de legalidad y sus derivaciones como necesidad imperiosa de determinación deóntica de las conductas punibles mediante normas regulativas claramente explicitadas en la

ley. Como consecuencia de ello, creemos que la complementación del tipo imprudente, sea o no calificado de tipo abierto, en términos de determinación de violación a un deber de cuidado o de exceso respecto al riesgo permitido ha de reposar, en todos los casos, en una norma jurídica vigente que califique, antes de su comisión, a la conducta juzgada como conducta prohibida.

Creemos que ni la noción de *deber de cuidado* ni la tesis relativa al juicio de valor propio del tipo solucionan el problema de la indefinición de la acción prohibida<sup>35</sup>. En cualquiera de los dos casos la realidad es que la conducta está permitida al momento de ser llevada a cabo y lo está a tal punto que si no produce el resultado típico no tiene ningún efecto jurídico ni puede predicarse de ella ningún disvalor en esos términos. Así hubiere sido si el grupo de montañistas hubiere cruzado la montaña sin que el azaroso desprendimiento se produjese.

Por su parte, la remisión a la noción de riesgo no tolerado que efectúan los autores más modernos en nada altera la problemática ni justifica la indefinición típica de la conducta. De hecho, creemos que tal postura simplemente duplica las funciones de la imputación objetiva por cuanto esa noción de riesgo no tolerado ya no solo pretende ser utilizada para delimitar el ámbito de la imputación sino, ahora también, y creemos que ilegítimamente, para identificar el ámbito de permisión o no de la conducta misma.

En concreto según esta posición, en el homicidio doloso la generación del riesgo “no tolerado” que implicaría disparar a la frente de la víctima solo cumpliría una función que llamaremos “imputativa”<sup>36</sup>: pone un límite a las condiciones involucradas en la causalidad pero la conducta claramente prohibida por la ley es la de “matar” –o intentar la muerte de otro- sea cual sea el medio de generación de riesgo. En cambio, en el homicidio culposo la generación del riesgo “no tolerado” que implicaría *dejar* el vaso de cianuro sobre la mesada de la cocina<sup>37</sup> o bajar la montaña por la ladera nevada, no solo pondría el límite a las

---

<sup>35</sup> La cuestión es incluso puesta de manifiesto por ZAFFARONI en cuanto afirma que «[l]a característica esencial del tipo culposo finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida: a diferencia del tipo doloso activo, en que ésta se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece *prima facie* indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevado penalmente. Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción» (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, Y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p. 549.

<sup>36</sup> Función sobre la cual no nos pronunciamos en este trabajo por no contribuir a nuestro objetivo.

<sup>37</sup> El ejemplo es tomado de SOLER pero damos por hecho que sería asumido por quienes defienden la teoría de la imputación objetiva como un riesgo no permitido.

condiciones causalmente aptas para la muerte de la sobrina –función imputativa- sino que además serviría para *convertir* –y aquí, creemos, radica la ilegitimidad- en prohibida una conducta que la ley no ha prohibido –función prohibitiva-, conversión que es siempre y en todos los casos manifestada *a posteriori* de la exteriorización de la conducta y de la producción del resultado y siempre por un órgano no legitimado<sup>38</sup>.

En este sentido, todas las conductas humanas no prohibidas, relacionadas con cualquier actividad, en cuanto tengan una cierta aptitud para poner en riesgo uno o más bienes jurídicos de terceros serán susceptibles de esa *conversión* cuando el resultado típico se verifique como causalmente vinculado con ellas. La mayor o menor exigencia de “prudencia” o “cuidado” es puramente discrecional y gozará, según los casos, de más o menos aceptabilidad por parte de la comunidad pero nunca y bajo ningún punto de vista podrá decirse que tal conducta había sido prevista como prohibida por el tipo penal.

El compromiso constitucional de ley penal estricta no puede devenir condicionado por una dificultad (o incluso imposibilidad) material de regulación de todas las actividades riesgosas, de hecho, hemos visto, aquello implica justamente renunciar a la punibilidad en estos casos. Por el contrario, el compromiso constitucional de ley regulativa estricta ha de ser reafirmado buscando fuera del derecho penal la solución a todos los casos respecto de los cuales la conducta causalmente dañosa no pueda ser calificada como contraria a la ley penal. Sólo podrá intervenir el Derecho Penal si el disvalor de la acción fue previsto y regulado por una norma jurídica, aún cuando sea una que complete a la norma penal de modo tal que aún cuando su comisión u omisión no produzcan causalmente el resultado típico pueda decirse que la conducta estaba prohibida. No parece razonable que el Derecho Penal genere *a posteriori* un deber cuando verifica la producción de un resultado penalmente relevante por una acción avalorada jurídicamente *a priori*.

Por su parte, el argumento relativo a que los deberes de cuidado han de ser identificados más fácilmente por los ciudadanos en sus propias nociones que en la ley<sup>39</sup> no

---

<sup>38</sup> Ya hemos visto las remisiones constantes por la doctrina citada a “normas sociales”, criterios valorativos del juez, etc. Téngase especialmente presente la siguiente afirmación: «No obstante, en la determinación de lo que se ha de considerar “creación de un peligro no permitido”, se puede y se debe tener en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina científica han ido precisando para la constatación de la infracción al deber de cuidado» ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, p. 1001)

<sup>39</sup> El argumento fue citado al final de la página 8 del presente trabajo. En un sentido similar argumenta ROXIN: «No obstante, con ello no se pone en cuestión la suficiente determinación o precisión legal, pues los tipos imprudentes no exigen del ciudadano el conocimiento inalcanzable de innumerables “tipos de riesgo” no escritos, sino sólo una evaluación del peligro que se corresponda con las valoraciones legales; pero ésta es por

obsta a lo dicho. La facilidad o dificultad en la identificación por parte del autor respecto a una prohibición no afecta el principio de legalidad como garantía para éste. Del mismo modo y con mucha más razón debería sustentarse que las prohibiciones contenidas en los tipos penales dolosos más aberrantes son más fácilmente cognoscibles e identificables en las propias nociones de los ciudadanos, pero aún así no parece discutible el hecho relativo a que la definición legal previa y estricta es absolutamente necesaria para la punición.

Ni lo trágico de tal o cual consecuencia, ni el estrépito social que ella genere, ni el hecho de que resulte contraintuitivo eximir de condena penal comportamientos que se vinculan causalmente con esa consecuencia aludida han de ser argumentos para violar la estricta legalidad y la noción de Derecho Penal como *última ratio* del sistema. En esta orientación y paradójicamente con su posición sobre el tipo imprudente, ROXIN dice sobre el principio de legalidad: «... el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarable punible antes<sup>40</sup> del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado)»<sup>41</sup>. Nosotros cambiamos la

---

regla general plenamente posible para el individuo y al mismo se le facilita además mediante normas jurídicas, normas del tráfico, el principio de confianza, estándares profesionales, es instrucciones de administración, manejo y uso. Por tanto, un profano podrá juzgar la mayoría de las veces con mayor competencia sobre la cuestión de si una conducta es imprudente que v.gr. sobre los límites de la legítima defensa o del *dolus eventuales*» (ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, p. 1030.)

<sup>40</sup> Negritas en el original.

<sup>41</sup> ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999, 138. Si bien no compartimos sus palabras, no podemos dejar de reconocer cierta coherencia en el planteo JAKOBS de en este punto al pretender sustraerse a la crítica que aquí efectuamos al decir, sobre el «principio de sujeción a la ley» que: «Una interpretación orientada no a la pureza de las ideas, sino a la eficacia práctica de la norma, ha de tener en cuenta desde el principio el siguiente contexto: Exigir un máximo de taxatividad o determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa o interpretativa –no utópica-. Por eso, de seguirse dicha exigencia máxima, el principio degenera en una mera «idea rectora» sin vinculatoriedad en el caso concreto. La eficacia óptima sólo aparece cuando la exigencia de taxatividad tan sólo (pero también) se sitúa tan alta que critica a la praxis, sin ponerla en cuestión globalmente. Ya a partir de este sencillo dato cabe deducir que el principio de taxatividad no puede mostrar en todo el Derecho penal la misma medida de rigurosidad: En función del estándar alcanzable en la Parte Especial al describir las infracciones no sólo serían indeterminados hasta el grado de la anticonstitucionalidad amplios sectores de la determinación de las consecuencias jurídicas, sino también los principales preceptos de la teoría de la imputación» (JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal Parte General*.

palabra honrado por la de cuidadoso y el párrafo es lapidario para con la posición que criticamos.

## VII. Bibliografía Citada

- BACIGALUPO, ENRIQUE. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- DE MAIO, SILVIA ANDREA. “Ilícitos culposos en la actividad médica: un análisis de los presupuestos de la tipicidad”. En *Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal*, de Julio B. J. Maier, 139-153. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2005.
- GORANSKY, MIRNA. “Criterios jurisprudenciales en el ámbito de la imprudencia de la actividad médica.” En *Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal*, de Julio B. J. Maier, 117-137. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y Juan Cruz Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997
- JESCHECK, HANS HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducido por José Luis Manzanares Semaniego. Granada: Comares, 1993.
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL E. “El tipo culposo - La preterintencionalidad.” En *Derecho Penal Parte General*, de Carlos J. (h) Lascano, 321-368. Córdoba: Advocatus, 2005.
- PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO. *Causalidad e imputación objetiva*. Rosario : Juris, 2004.
- ROXIN, CLUS. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999.
- RUSCONI, MAXIMILIANO. “Ilícito negligente contra la vida y tránsito vehicular.” En *Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal*, de Julio B. J. Maier, 15-36. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

- SERGI, NATALIA. “Delitos imprudentes en el ámbito carcelario: responsabilidad por omisión del agente penitenciario.” En *Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal*, de Julio B. J. Maier, 39-63. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho Penal Argentino*. Vol. II. Buenos Aires: TEA, 1989.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, Y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, Y ALEJANDRO SLOKAR. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2006.