

Vargas Pinto, Tatiana
Algunos antecedentes sobre el complejo "deber de previsión" médico
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXX, núm. 1, junio, 2017, pp. 351-375
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173752279015>

Algunos antecedentes sobre el complejo “deber de previsión” médico

*Tatiana Vargas Pinto**

RESUMEN

En esta breve exposición se indaga acerca del real carácter subjetivo de la llamada imprudencia inconsciente o sin representación, principalmente desde la práctica nacional. Se plantea como tesis que la definición normativa de imprudencia por infracción de una norma de cuidado no supone rechazar consideraciones subjetivas. También se anuncian otros problemas anexos, que únicamente se orientan desde las respuestas advertidas. Así, el cuestionamiento subjetivo central aparece solo como antecedente para posteriores estudios.

Deber de cuidado – imprudencia médica – previsión

Some background on the complex medical “duty of foresight”

ABSTRACT

This brief study investigates the actual subjective nature of the so call “unconscious” recklessness (negligence), mainly from national practice. The thesis is that normative definition of negligence by breach of a standard of care does not mean rejecting subjective considerations. Other associated problems, which are aimed solely from the responses, also warned advertised. Thus, the central subjective question appears only as background for further studies.

Duty of care – medical negligence – prevision (forecast)

* Doctora en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesora de Derecho Penal, Universidad de los Andes, Chile.

El trabajo se desarrolla dentro del marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1151103.

Artículo recibido el 31 de marzo de 2016 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2017.

I. GIRO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL CHILENO

1. Ámbito de interés

Es relativamente sorprendente el rápido cambio de perspectiva en nuestro país acerca de la responsabilidad penal que cabe al profesional de la salud, específicamente al médico. En pocos años se pasó del rechazo a una especie de *responsabilidad por todo evento*¹. Tanto es así que se transita hacia una *medicina defensiva* ante una actitud hostil generalizada². En realidad y más allá de delitos especiales cometidos por un facultativo³, se puede observar que la cualidad sanadora o asistencial de la labor médica⁴ y la complejidad de los riesgos involucrados muestran un ámbito de responsabilidad por *mal praxis* principalmente imprudente. De hecho, el reconocimiento del compromiso por obligaciones de medio y no de resultado supone exigir al médico una conducta adecuada que se describe como “obligación de prudencia”⁵.

Los comportamientos imprudentes destacan en el ámbito médico por su frecuencia⁶, al igual que por la dificultad de su determinación debida a los riesgos presentes y a parámetros de *lex artis* cambiantes y *ad hoc*. Dentro de este marco se busca indagar en la delimitación de semejantes conductas imprudentes, especialmente con atención a consideraciones subjetivas que suelen definir esta modalidad de atribución y que, sin

¹ La responsabilidad penal médica empieza a interesar en Chile en los años ochenta. Igualmente Künsemüller, C., “Responsabilidad penal del acto médico”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1986, Vol. 13, p. 260, admite preocupación internacional desde la segunda mitad del siglo XIX. También en el ámbito civil, Zelaya, P., “Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)”, en *RDJ*, T. XCIV, N° 2, 1997, pp. 47-49; Court, E., “Responsabilidad civil médica”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, t. XIX, 1998, p. 277.

² Así se revela frente al aumento de demandas, especialmente en cirugías estéticas. Así, Guzmán, F.; Arias, C.; Moreno, S., “El ejercicio de la cirugía se encuentra en peligro, a propósito de la sentencia N° 33.920 de la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre la condena a un cirujano plástico de Cali”, en *Rev. Colomb Cir.*, 2012, N° 27, pp. 104-107.

³ V. gr.: certificación falsa de enfermedad o lesión del art. 203 del CP; aborto por facultativo del art. 345 del CP.

⁴ Si bien la actividad médica no se limita a la curación, sí gira en torno a la salud, su conservación o mejoramiento. Romeo, C., *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 143-173, 210, explica la exclusión de responsabilidad objetivamente por la protección de bienes y subjetivamente por el fin de curar. Distingue igualmente la preservación directa (medidas profilácticas) de la indirecta (experimentación científica) e incluye la cirugía estética. Con primacía de lo terapéutico, Rosas, J., “La delimitación del deber de cuidado en la imputación de responsabilidad por imprudencia médica”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 5, 2011, p. 12.

⁵ Así, sentencia de la Corte Suprema de 30 de noviembre de 2009, Rol: 6384-2008; sentencia de la Corte Suprema de 15 de septiembre de 2008, Rol: 7070-2007. Art. 24 del Código de Ética Profesional del Colegio Médico de Chile indica: “Ningún médico, por la misma naturaleza de la ciencia y del arte que profesa, puede asegurar la precisión de su diagnóstico ni garantizar la curación del paciente”.

⁶ La imputación dolosa es excepcional. El límite está en el *dolo eventual*, que se admite además en pocos casos. Así, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de septiembre de 2007, Rol: 302-2005.

embargo, parecen olvidadas en la dogmática y práctica nacional⁷. La infracción de deberes o normas de cuidado subraya un aspecto normativo que aparentemente define las imprudencias penales sin contemplar elementos subjetivos. Las atenciones normativas *per se* no tienen por qué suponer el rechazo de aspectos subjetivos. Esta inquietud motiva las reflexiones que siguen.

2. ¿Un nuevo problema?

El problema central ahora en Chile es establecer la responsabilidad penal por conductas médicas imprudentes⁸. Aunque la inquietud no es realmente nueva⁹, sí es posible destacar la novedad del enfoque: el examen de ideas de *previsibilidad* y *deber de previsión* al exigir y fijar responsabilidad penal por comportamientos imprudentes¹⁰. Existe general acuerdo en negar el conocimiento directo o seguro de los hechos que cumplen un tipo penal (específicamente homicidios y lesiones en el ámbito que nos interesa) para las conductas imprudentes. Ese conocimiento es propio del dolo. Las discusiones se presentan respecto de la conciencia de riesgo, del conocimiento del hecho típico como posible. Esta conciencia, que implica previsión del hecho típico, sirve para determinar la llamada *imprudencia con representación o consciente y el dolo eventual*. Este común denominador explica tanto los diversos intentos doctrinales por separar ambos juicios de atribución subjetiva¹¹ como tesis que los conciben como una sola

⁷ En general los estudios nacionales se dirigen al deber de cuidado respecto de la conducción de la acción (externo u objetivo). Así, Náquira, J. *Derecho Penal chileno. Parte general*, 2^a edic. Thomson Reuters, La Ley, Santiago, 2015, pp. 241 y 243. Algo sobre previsibilidad trata Hernández, H., “Seminario internacional. Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”, en *REJ*, N° 10, 2008, p. 182, a propósito del problema de participación en delitos imprudentes, que a primera vista determina desde la infracción reglamentaria. Antes van Weezel, “Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes”; en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, N° 2, 1999, pp. 325 y ss., admite consideraciones subjetivas en la “previsibilidad objetiva”. Igualmente, ya se ha advertido el problema subjetivo en Vargas, T. “Peligro, peligrosidad y previsibilidad. Una breve reflexión a propósito de los delitos de peligro”, en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLI, N° 3, 2014, pp. 168, 169, 173-175. Ovalle, G., “Imprudencia y cognición”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 4, 2011, pp. 34-37, se ocupa especialmente de la “cognoscibilidad”, que veremos al indagar en el aspecto subjetivo de la llamada imprudencia “inconsciente”.

⁸ Ya no se discurre entre irresponsabilidad y responsabilidad a todo evento, sino interesa el “cuándo” y el “cómo” establecer responsabilidad. Expresamente, sentencia de la Corte Suprema de 15 de septiembre de 2008, Rol: 7070-2007. Antes Garrido, M., “Responsabilidad del médico y la jurisdicción”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1986, Vol. 13, pp. 283-285.

⁹ Se registran antecedentes en el Derecho romano, pero sin repercusiones dogmáticas y prácticas relevantes. Interesa ante la codificación del siglo XIX, aunque en bastante menor medida que el dolo. Respecto de algunas causas del fenómeno, Martínez-Pereda, J., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, Colex, Madrid, 1990, pp. 24-43. Binding, K., *La culpabilidad en Derecho penal*, traducción de Cancio Meliá, M., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 17-21, muestra la recepción tardía en Derecho germánico, a diferencia de los postglosadores italianos (que repercutiría en Alemania en la *Carolina de 1532*).

¹⁰ Algo se expuso respecto de la distinción de estos conceptos en Vargas, “Peligro...”, pp. 176 y 177.

¹¹ Desde la conocida *teoría de la voluntad* que distingue la imprudencia por falta de aprobación del hecho típico, con confianza en su no producción, se ha pasado a *tesis mixtas* que integran representaciones. Parten del grado de conocimiento de riesgos con atención a su probabilidad: si esta es menor y la conducta se

forma dolosa o imprudente¹². Con independencia de las discusiones por la previsión de riesgos, la *conciencia de riesgos evidencia un vínculo subjetivo* que no genera problemas para atribuir conductas imprudentes. Los cuestionamientos normativos no ponen en jaque la tradicional calificación subjetiva de la imprudencia.

La dificultad se presenta con la conocida imprudencia *sin representación*. Esta sola denominación la priva de toda connotación subjetiva. Sin embargo, observaremos que hay constantes referencias a la idea de *previsibilidad y deber de previsión* que rescatan su condición subjetiva. Al parecer, ese mínimo de subjetividad se exige junto con el *deber de evitabilidad* del hecho típico¹³. Normalmente resulta evidente negar la evitabilidad del hecho ante cursos imprevisibles¹⁴. Entonces, solo pueden evitarse cursos previsibles, pero no parece bastar. Interesa averiguar la dimensión subjetiva de semejantes imprudencias, si es posible hablar de un *deber de previsión*, cuál sería su rol y qué dificultades principales enfrenta. Para tal efecto se comenzará indagando acerca de los criterios generales de imputación penal de la imprudencia médica, principalmente desde la práctica nacional.

II. EL APARENTE OLVIDO DEL DEBER DE PREVISIÓN

La definición de imprudencia como infracción de una norma de cuidado deja atrás la noción psicológica que la concebía como nexo psíquico entre el autor y su hecho, propia de tesis causales de acción. El aspecto normativo da pie a la importante advertencia que se destaca desde Engisch¹⁵ respecto del vínculo con lo injusto antes que con

realiza falta conformidad con su ocurrencia y habría imprudencia, a diferencia de una gran probabilidad que muestra además tal conformidad, propia del dolo. En este último sentido parece pronunciarse la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 25 de septiembre de 2007, Rol: 302-2005, por la entidad de los riesgos conocidos: actúa “sin precaución alguna, infringiendo gravemente las reglas de la *lex artis*, en una simple consulta no habilitada para practicar ese tipo de operaciones, carente de instrumental médico e incluso de higiene, sin el concurso de un anestesista ni de una enfermera, y sabiendo que no estaría en condiciones de afrontar una emergencia, incluso una fatal, en caso de presentarse, todo lo cual es constitutivo de dolo eventual y no de una simple negligencia”.

¹² Algunos distinguen grados de conocimiento, como Van Weezel, A., *Error y mero desconocimiento en Derecho Penal*, 2^a ed., LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 45-48, 50, 57; Cuello, J., *El Derecho Penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2009, Vol. II, pp. 369-390 o Molina, F., *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, Sorites y Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 693, 695, 700, 733 y ss. Como forma de culpa agravada, Bustos, J., *Obras completas. Derecho Penal. Parte general*, 2^a ed., EJS, Santiago, 2007, t. I, pp. 612-616.

¹³ V. gr., sentencia de la Corte Suprema de 30 de enero de 2008, Rol: 6229-2006; sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 2 de noviembre de 2006, Rol: 938-2005. Ovalle, pp. 32-34, habla de “ceguera completa” ante los hechos o de falta de representación o advertencia, pero luego parece admitir una clase de conocimiento cuando se remite a la cognoscibilidad como exigencia para el “deber de evitar”.

¹⁴ Así, Künsemüller, “Responsabilidad...”, p. 264. En la práctica, sentencia de la Corte Suprema de 20 de noviembre de 1997, Rol: 376-1997; sentencia de la Corte Suprema de 2 de julio de 1998, Rol: 396-1998.

¹⁵ Engisch, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Scientia, Munich, 1995, pp. 266-283, 316 y ss. Welzel, H., *Derecho Penal alemán. Parte general*, traducción de Bustos, J.; Yáñez, S., 11^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pp. 184-186, admite que la estructura del hecho culposo

la culpabilidad. La relación aparece ya en tesis normativas amplias de culpabilidad que mantienen influencias causales al integrar en ese juicio el dolo y la culpa o imprudencia¹⁶. Goldschmidt¹⁷ apoya la teoría normativa con la distinción entre “norma de derecho” (*Rechtsnormen*), dirigida a una conducta externa, y “norma de deber” (*Pflichtnormen*) vinculada con la conducta interior. Sin embargo, admite para ambas normas funciones de valuación y determinación¹⁸ y añade un *elemento normativo* especial en la culpa: la infracción del “precepto de precaución”. Así, el “injusto objetivo” contraviene también un imperativo y la culpa viola además otro precepto jurídico, que se suma al deber de motivación y mira a la *representación* del hecho al realizar la conducta: la precaución de representarse el resultado en el momento de realizar un comportamiento determinado. Tal reconocimiento normativo considera el plano subjetivo no limitado a la culpabilidad¹⁹.

El adelantamiento del examen de la imprudencia a nivel de injusto propicia teorías normativas restrictivas de la culpabilidad, que sustraen el dolo y la imprudencia. Desde dicho examen normativo las conductas imprudentes parecen limitarse a aquellas en las que el sujeto no emplea el cuidado debido en la dirección de su acción o conducta²⁰. Lo

se basa en la “contravención del cuidado” como momento decisivo de lo injusto. Se comparte con Rosas, “La delimitación...”, p. 6, que la distinción se cimenta desde la teoría de las normas de Binding.

¹⁶ Nuestro CP habla indistintamente de culpa, imprudencia, descuido o negligencia. Algunos, como Etcheberry, A., “Tipos penales aplicables a la actividad médica”, en *Revista Chilena de Derecho* (1986), Vol. XIII, p. 271, distinguen imprudencia para formas activas, negligencia para omisiones e impericia para expertos. El art. 492 puede llevar a tal distinción entre imprudencia y negligencia, al sancionar a quien por “mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o ocurriera en una omisión”. Sin embargo, el art. 491 remite la “negligencia culpable” a “causar mal”. Los términos no dan argumentos suficientes. Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 418-427, define imprudencia por el conocimiento del riesgo; mientras que en las negligencias no se advierte el peligro de la conducta. La distinción sigue estructuras anglosajonas que separan *recklessness*, con conciencia de riesgos, de *negligence*, sin previsión. Cualquiera de las modalidades se estructura en torno a un núcleo común dado por la infracción del deber de cuidado. Para esta forma de conducta se prefiere aquí el término “imprudencia” antes que “culpa” por su sentido material y la posible confusión de esta última con la culpabilidad. Binding, *La culpabilidad...*, p. 21, rescata la conservación de la expresión imprudencia (*geverlich*) en la *Carolina* y aún en textos posteriores como el *Código de Bavaria* o la *Theresiana* austriaca, pero enfatiza el cambio de sentido por énfasis en la ley penal antes que en la norma.

¹⁷ Goldschmidt, J., *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducido por de Goldschmidt, M.; Núñez, R., 2^a ed., B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2007, pp. 96-101, 103, 114, 124 y 127.

¹⁸ Las normas de derecho no cumplen solo función de valuación y las de deber no son solo imperativos.

¹⁹ Para Goldschmidt, *La concepción...*, pp. 86, 91, 104-106, 127, 134, la culpabilidad es la atribución del hecho antijurídico a una motivación reprochable. Lo reprochable es la motivación contraria a la *norma de deber* de detenerse ante la representación del resultado prohibido, en cuanto el agente *podía* motivarse.

²⁰ Fernández, J. Á., “El delito imprudente: La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones”, en *Revista de Derecho*, 2002, Vol. XIII, pp. 105, 110, advierte que desde la reelaboración del concepto de imprudencia en la tipicidad principalmente con el finalismo se atiende al deber objetivo de cuidado como clave para fundar la responsabilidad penal. Incluso se habla de “lesión objetiva del deber de cuidado”; así, Balcarce, F., *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 64. El mismo Welzel, *Derecho...*, p. 185, define culpa por la “clase de ejecución de la acción final” en relación con el resultado. Conecta la “ejecución concreta” con una conducta modelo, independientemente de que se confíe en la no producción del resultado o que ni si quiera se piense en él. No deja de ser curioso observar esta determinación objetiva desde el finalismo.

mismo ocurre en la actividad médica. Clara en este sentido parece la sentencia del 3º TOP de Santiago de 12 de julio de 2009 (Ruc: 0600234668-9) en un particular caso de imprudencia siquiátrica por omisión, al afirmar “que todas las normas que declaran punibles comportamientos imprudentes exigen de cualquier persona el empleo del *cuidado objetivamente debido*, que resulta necesario para evitar la realización del tipo”. Luego se verá que la resolución toma en cuenta otros aspectos que cuestionan tal determinación objetiva. Montealegre²¹ se ocupa de la imprudencia por infracción del *deber objetivo de cuidado* en un caso médico, aunque no olvida lo “objetivamente previsible”²². Habla incluso del deber de advertir el peligro cuando distingue el deber de cuidado interno del deber de cuidado externo²³.

1. *Referencia objetiva y perspectiva de análisis*

La infracción de la norma de cuidado advierte una manifestación exterior, que se conecta de diversos modos con un deber externo u *objetivo* de cuidado referido a la conducción²⁴. Rosas²⁵ expone como noción predominante del injusto imprudente la “no observancia de la norma de cuidado que ordena controlar riesgos” de los que pueden resultar afectaciones para bienes protegidos jurídicamente. Lo interesante de esta fórmula es que se desvincula de terminología material (conducción externa), que parece además circunscribirse a acciones. La falta de cuidado en el control de riesgos se asocia perfectamente a acciones y omisiones. Revela que la imprudencia no se establece por la clase de conducta. De todas formas, el énfasis en el modo de actuación y en sus efectos muestra la importancia del deber objetivo de cuidado más allá de una pauta o estándar²⁶.

²¹ Montealegre, E., “La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1987, Vol. XIV, p. 282.

²² Aparece la doble noción de lo *objetivo* destacada por Struensee, E., “El tipo subjetivo del delito imprudente”, traducido por Cuello, J., en *ADPCP*, 1987, t. 40, p. 423: referida a elementos externos y a parámetros o pautas de vigencia general.

²³ Montealegre, “La culpa...”, pp. 288-290.

²⁴ Así, sentencia de la Corte Suprema de 22 de julio de 2009, Rol: 5575-2008; sentencia de la Corte Suprema de 29 de mayo de 2008, Rol: 97-2008; sentencia de la Corte Suprema de 19 de enero de 2005, Rol: 9-2003; sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 2 de febrero de 2010, Rol: 393-2009; SJC de Concepción de 7 de mayo de 2005, *CL/JUR/3698/2005*; 42239_PRI. Etcheberry, A., *El Derecho penal en la jurisprudencia*, 2^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, 1987, p. 255, manifiesta un consenso sobre la infracción de un deber de cuidado “en la ejecución de los propios actos”, pero admite que es uno de los requisitos de la culpa junto con la previsibilidad. Destaca el *deber de previsión* como esencia en varias sentencias (*Ibíd.*, p. 258). Señala que no tiene sentido hablar de deber de previsión si el resultado es imprevisible y no advierte que el deber es *un paso más* que la sola previsibilidad. La referencia al deber de cuidado objetivo se apoya en la remisión de Engisch al “cuidado externo”, ver Engisch, K., “Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht”, en *Festschrift für Edmund Mezger. Zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, Munich y Berlín, 1953, pp. 130, 131, 150 y ss.

²⁵ Rosas, “La delimitación...”, p. 6.

²⁶ Ambas ideas suelen confundirse. Romeo, *El médico...*, pp. 212, 215, 220, 223, 224, 232-243, estructura los delitos culposos sobre la infracción del deber de cuidado objetivo con atención a la dirección de la conducta y también alude a criterios *objetivos* de determinación del deber. Rosas, “La delimitación...”,

Una noción centrada en tal infracción sorprende esta vez por el rápido olvido del aspecto subjetivo de una categoría al parecer eminentemente subjetiva.

Cabe preguntar, con Cuello²⁷, si ¿no estará pasando con el deber objetivo de cuidado lo mismo que con la adecuación social, “que se van viendo vacíos de contenido” porque la imputación objetiva está limitando resultados provocados por imprudencia, a la vez que el reconocimiento de un elemento subjetivo “cumple el resto que era necesario para afirmar que el delito doloso tiene la misma estructura que el imprudente”, con desvalor de acción y de resultado paralelos? Struensee advierte sobre la relación del tipo subjetivo con las nociones de previsibilidad objetiva, adecuación social y riesgo permitido para precisamente la definición subjetiva de la imprudencia inconsciente (*imprudencia de conocimientos*). Estas consideraciones se atenderán particularmente luego de un panorama general sobre el proceder nacional. Ahora interesa su crítica sobre la generalización del uso erróneo del concepto de desvalor de acción respecto de la *lesión objetiva* del cuidado paradójicamente por explicaciones de Niese, desde postulados finalistas²⁸. Struensee toma la noción de *objetivo* restringida a la pretensión de *vigencia general*. Afirma que el hecho de que las normas de cuidado establezcan “medidas objetivas, es decir, vinculantes con carácter general, no indica nada sobre la estructura de lo medido”. Destaca la distinción entre el objeto de juicio y los parámetros de enjuiciamiento, pero la misma referencia a pautas generales motiva una de las principales discusiones respecto de la exclusión o inclusión de conocimientos especiales y las repercusiones para el injusto y la culpabilidad²⁹. Otra noción de lo *objetivo* rescata Bustos³⁰ en un sentido normativo, respecto de lo que exige el ordenamiento jurídico y que entiende estar, al parecer, más allá de esas perspectivas generalizadoras e

pp. 7, 9, 11, 15-19, cuestiona lo objetivo con relación a los parámetros de juicio, aunque para elementos o clase de deber. Igual habla del deber de conocer en la culpa por asunción y muestra distintos deberes según fase de intervención médico quirúrgica, en su mayoría sobre exigencias de examen: anamnesis (preparación e información); diagnosis (recolección de datos); prognosis (juicio sobre desarrollo actual y futuro); ejecución y posoperatoria.

²⁷ Cuello, *El Derecho...*, p. 368.

²⁸ Struensee, “El tipo...”, pp. 423 y 430. Muestra cómo en la defensa de tesis finalista, Niese termina por declarar la irrelevancia del conocimiento en esta *forma de culpa*. Paredes, J. M., *El riesgo permitido en el Derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 348, también objeta el uso confuso respecto al objeto valorado y a los criterios de juicio, y parece decantarse por el mismo sentido que Struensee al preferir remitir la expresión “objetivo” a las pautas de juicio. Corcoy, M., *El delito imprudente*, 2^a ed., B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2013, p. 70, se ocupa de separar la estructura del cuidado de su determinación.

²⁹ Reyes, I., “Sobre la construcción de la exigencia de cuidado”, en *Polí. Crim*, Vol. 10, N° 19, 2015, pp. 59 y ss., tiene claro el empleo de lo objetivo como estándar, sin oponerse a una tesis individualizadora; aunque (como imputación extraordinaria) refiere el estándar al seguimiento futuro de la norma y no actual. Antes van Weezel, “Parámetros...”, pp. 324, 326 y ss., precisa el deber objetivo de cuidado en términos de conocimientos y capacidades generales y advierte sus falencias por falta de concreción para determinar lo prohibido.

³⁰ Bustos, J., *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 40-47, 55 y 56.

individualizadoras. Considera que todo juicio debe determinar la concurrencia de elementos en concreto, según el sujeto y circunstancias. Separa así el contenido sustancial del elemento abstracto (tipo legal) y distingue un elemento objetivo-normativo *conductual* de otro *intelectual*, apreciados desde un examen concreto. Aclara que la determinación precisa, con saberes especiales, no incluye la “capacidad de respuesta”, que corresponde al sujeto responsable. Las perspectivas de Struensee y Bustos evidencian puntos de encuentro especialmente interesantes para el examen que sigue a esta presentación.

Es claro que la tesis respecto de imprudencia que se acoja depende de las nociones de conducta y norma penal que se tenga. Tales presupuestos pueden ocupar estudios completos y en esta exposición solo se busca poner de manifiesto la determinación del concepto de imprudencia inconsciente, si es que procede, y sus requisitos, desde consideraciones de la doctrina de autores y tribunales chilenos básicamente a partir de la implementación del actual proceso penal en el 2000³¹. De todas formas, se harán ciertas apreciaciones valorativas con atención a una particular idea de injusto culpable. Para tales efectos se toma por base un comportamiento personal que integra aspectos subjetivos: manifestación externa, consciente y voluntaria³². Tal comportamiento se distingue de los juicios de valor que se le dirigen con atención a diversos parámetros que permiten ir filtrando diversos aspectos relevantes según la pauta escogida. Aquí se parte de la distinción entre tipo y norma jurídica como baremos de medición. Mientras el tipo supone la descripción de una conducta personal que considera aspectos subjetivos, se distingue una norma implícita de conducta que manda o prohíbe comportamientos y una norma explícita de sanción penal³³. El cumplimiento del tipo seguido por la infracción de la norma de conducta determina la concurrencia de un injusto penal como antecedente para imponer la norma de sanción que supondrá verificar exigencias de atribución personal o imputación total.

Respecto de esta norma secundaria, es útil rescatar la idea de *deber* desde consideraciones de Goldschmidt, que supone *poder* cumplir la norma de conducta para exigir su cumplimiento. Se toma parte de su distinción entre *normas de derecho* y *normas de deber*³⁴, en cuanto ambas cumplen funciones de dirección y valuación pero con distintos contenidos y efectos. Si ambas normas dirigen comportamientos confluyen en ellas aspectos internos y externos y no cabe aceptar la separación que

³¹ Ello sin perjuicio de tomar doctrinas anteriores como refuerzo y contraste del examen que se realiza.

³² Esta base se restringe evidentemente a la persona humana y supone el reconocimiento de una realidad ontológica que se impone como límite y que se distingue de los juicios de valoración que introducen filtros principalmente normativos al enfrentar la conducta a la norma jurídica.

³³ Suele admitirse normas primarias para motivar conductas. Así, Silva, J. M., “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, en *ADPCP*, t- XXXVII, Fasc. II, 1994, p. 366. En nuestro medio, Mafalich, J. P., “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, 2011, pp. 90 y 91, no ve problema en reconocer la norma de comportamiento implícita en la ley que puede inferirse desde la norma de sanción.

³⁴ Goldschmidt, *La concepción...*, pp. 100 y ss.

afirma entre conducta externa (normas de derecho) y conducta interna (normas de deber). Sin embargo, sí puede observarse una diferencia entre normas que señalan *imperativos de conducta* generales y normas que fijen las *exigencias particulares para el cumplimiento* de esos imperativos. Estas últimas no dejan de ser imperativos jurídicos solo que entran luego de la infracción de los primeros y en función de las *consideraciones del agente* para imponer los imperativos generales, no de las valoraciones sociales. Dos argumentos de Goldschmidt son particularmente interesantes para distinguir estas normas de deber de las de conducta. Primero, el contenido de las normas de deber sería el reconocimiento jurídico de normas de autoconservación y no valores de la comunidad. Segundo, la separación de deberes de las normas de conducta por sus elementos con el ejemplo sobre cumplimiento de obligaciones por parte de incapaces, las llamadas *obligaciones naturales* que no dan acción para exigir el cumplimiento pero sí excepción para retener lo dado en caso de cumplimiento de la obligación. Habría un *deber (general)* en la norma de conducta, un imperativo de conducta general, diferente del *deber de exigir su cumplimiento*³⁵.

De lo expuesto hasta ahora, la imprudencia médica parece definirse con relación a la infracción de un deber de cuidado *objetivo* o externo, en cuanto se refiere a la realización de la conducta. Esta sola advertencia no supone desconocer consideraciones subjetivas. La conexión entre conducta y efecto es una exigencia de imputación objetiva necesaria para establecer cualquier delito. Aunque este nexo puede tener particular interés en comportamientos imprudentes por la creación de riesgos jurídicamente relevantes que involucra, las exigencias de atribución subjetiva se mantienen³⁶. Tal afirmación va más allá del reconocimiento de la culpa o imprudencia como elemento subjetivo, y de la

³⁵ La idea parece similar a la distinción entre normas y reglas de imputación como el análisis analítico de Kindhäuser, U., “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, traducción de Mañalich, J. P., *InDret*, N° 4, 2008, pp. 8 y 9. Llega al “deber de acción” que supone poder al vincular normas y reglas de imputación. La *norma de valoración* se transforma en ese deber como *norma de determinación* por elementos de la capacidad de evitación. Para determinar el deber considera parte de ese poder, la capacidad de acción, y deja para el juicio de culpabilidad la capacidad de motivación por la norma. Ciertamente, la norma de conducta tiene sentido frente a comportamientos que pueden guiarse por ella. Puede ser que hayan ciertas pautas de poder que interesen en la norma de conducta, pero como un mínimo de conocimiento para dirigir reglas de actuación determinado por la misma descripción típica. De hecho, la separación de la culpabilidad no queda tan clara cuando considera también la capacidad de motivación como presupuesto para seguir la norma, el mismo, “Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia”, traducido por De la Vega, H., en *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Vol. 4, 2012, p. 12, aunque obedeza a reglas de imputación.

³⁶ Normalmente se alude a la previsibilidad del resultado, Cury, E., “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos (cuasidelitos)”, en *Revista de Ciencias Penales*, 1981, t. XXXVII, Vol. 1, pp. 97, 98, 101-103. Aún Künsemüller, “Responsabilidad...”, p. 264, que reprocha en la imprudencia el “modo concreto de realizar la conducta”, la define con atención al resultado no deseado “previsible” y que “pudo haber sido evitado con una conducta cuidadosa”. Además de tesis finalistas, suelen encontrarse consideraciones subjetivas en las exigencias de cuidado, como el cuidado interno en Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, traducido por Mir Puig, S.; Muñoz Conde, F., Bosch, Barcelona, 1981, Vol. II, p. 797 o Corcoy, *El delito...*, pp. 64 y ss.

admisión de principios penales de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad³⁷. Interesa averiguar acerca de la noción de imprudencia en un ámbito especialmente propicio para conductas de tal índole, como el médico. En este sentido, se examina qué requieren nuestros tribunales para determinar la responsabilidad penal por conductas médicas imprudentes o culposas.

2. *Criterios generales de atribución de la imprudencia médica*

En general se aprecia una constante referencia a criterios de previsión, previsibilidad y deber de previsión³⁸. Como se advirtió, la idea de previsión no causa mayor problema, pues implica una relación subjetiva entre conducta y efecto, en cuanto este se conoció como posible³⁹. Existe una verdadera representación de peligro, una situación de riesgo en la que puede producirse el resultado acaecido. Sin perjuicio de la discusión respecto de la distinción entre esta representación y el llamado *dolo eventual*, la situación más compleja y confusa en la práctica se da cuando no se evidencia una conciencia de riesgo. En estos casos se observan muchas sentencias que aluden a la idea de previsibilidad o deber de previsión⁴⁰. La confusión entre estos dos conceptos *parece* decantarse igualmente por una idea de deber de previsión que prima con atención a la concurrencia de un deber de cuidado *subjetivo* o *interno*.

En primer lugar, destacan pronunciamientos de la Corte Suprema que atienden a argumentos de previsibilidad. En este sentido la sentencia de 5 de enero de 2009 (Rol: 4561-08) descarta los elementos del tipo fundado en que “se trató de un cuadro que no había forma de prevenir y que, producido, se arbitraron todos los medios de resguardo indicados por el deber de cuidado”. Destaca una relación entre el conocimiento de los riesgos (producido el cuadro) y el deber de cuidado en la conducta realizada. La Corte⁴¹ añade la previsibilidad como “condición objetiva” de la culpa, el límite que define en términos de deber, en cuanto supone que “el médico no lo previó, debiendo hacerlo”.

³⁷ En general, Náquira, J.; *et al.*, “Principios y penas en el Derecho Penal chileno”, en *RECPC*, 10-r2 (2008), pp. 13-17; Rodríguez, L.; De la Fuente, F., “El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, t. XIII (1989 - 1990), pp. 136 y ss.; Silva, J.M., “Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo”, en *Derecho y Salud*, Vol. 2, 1994, pp. 44 y 45.

³⁸ En ocasiones se consideran las tres ideas juntas, como la sentencia de la Corte Suprema de 20 de noviembre de 1997, Rol: 376-1997.

³⁹ También aclara Cury, “Contribución...”, p. 101, que los casos de imprudencia con representación tienen una importancia bastante limitada.

⁴⁰ Así, sentencia de la Corte Suprema de 10 de marzo de 2011, Rol: 2285-2010; sentencia de la Corte Suprema de 4 de octubre de 2007, Rol: 3299-2007; sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 5 de agosto de 2008. Rol: 951-2007; sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique de 27 de noviembre de 2007, Rol: 267-2007; sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 29 de noviembre de 2000, Rol: 18065-99; sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó de 8 de diciembre de 2006, Ruc: 0510000049-2.

⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema de 30 de noviembre de 2009, Rol: Rol: 6384-2008; sentencia de la Corte Suprema de 4 de octubre de 2007, Rol: 3299-2007.

Particularmente interesante es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 23 de julio de 2008 (Rol: 1326-2005), ratificada por sentencia de la Corte Suprema, 16 de junio de 2009, Rol: 5076-2008, cuando admite que “las acusadas obraron con culpa en la producción del resultado, no querido pero *previsible* al infringirse las *buenas prácticas médicas*”, porque “ni la médico ni la enfermera adoptaron el cuidado más elemental de verificar que el medicamento a inyectar correspondiera efectivamente a un procedimiento intratecal, pues *no han podido ignorar* que el medicamento Oncovín solo procede por vía endovenosa”. La previsibilidad se establece en relación con exigencias de verificación. Incluso se admite el conocimiento de la peligrosidad de las drogas para adoptar una conducta (leer etiquetas) que previera los efectos de su inyección. La Corte afirma que “la *falta de precaución y cuidado* de las acusadas asume el carácter de *inxcusable*, pues bastaba que cualquiera de ellas, ante la *más mínima duda*, y dada la *conocida peligrosidad* de las drogas, *leyera o hiciera leer* las etiquetas para *enterarse de la naturaleza de ellas*”. Se reconoce el conocimiento acerca de la peligrosidad de las drogas. A su vez, se aprecia la manifestación de duda respecto de la cantidad contenida en las jeringas inyectadas, que sirve para calificar la *inxcusabilidad* de la falta de precaución en la ausencia de conocimiento de los efectos producidos (concretos), que “no han podido ignorar”. Aunque falta conciencia de riesgos concretos, la posibilidad del conocimiento del contenido de las jeringas no parece mera previsibilidad frente a la duda (inxcusable), que se relaciona directamente con la conducta posterior.

Puede ser que la duda, que anula la confianza, suponga una real conciencia de riesgo, aunque no sea el conocimiento de los riesgos concretos. De todas formas, el desconocimiento de la naturaleza de las drogas que no han podido ignorar refiere a un *error evitable* en un contexto peligroso que no parece limitarse a una mera posibilidad⁴². Así se desprende especialmente al constatar derechamente dos faltas de precaución: “... por una parte existió una manifiesta falta de cuidado y diligencia de las encausadas en la administración del procedimiento intratecal al menor [...] al *no comprobar* que los medicamentos que debían serle proporcionados en ese momento correspondieran exactamente a los que *debían aplicársele* y, por la otra, existió *evidente imprudencia temeraria* de ambas al *persistir en llevarlo adelante* sin contar con todos los antecedentes y elementos de juicio para asegurar la sanidad del tratamiento”. Junto con observar dos deberes de precaución, esa segunda imprudencia relativa al procedimiento realizado se conecta con la falta de antecedentes que no pudieron ignorar por una primera falta de prudencia.

Ya antes se llega a pronunciamientos que toman derechamente el *deber de previsión*. En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 1999⁴³ dispone en

⁴² Silva, “Aspectos...”, p. 47, recoge el error vencible como el “caso arquetípico” o “quintaesencia” de la imprudencia. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 24 de abril de 2008, Rol: 188-2007, expresa que “esencialidad del error se produzca a través de la infracción de la *lex artis* exigible bajo las condiciones posibles de acuerdo a las características del caso”.

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema, 28 de enero de 1999, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 1999, N° 1, pp. 71-82. También fuera del ámbito médico, hay sentencias anteriores que se remiten al deber de previsión que destaca Etcheberry, *El Derecho...*, pp. 256-258, como esencia de la

su considerando 9), previo a la infracción de deberes de cuidado en la conducción del médico, “que ante las características de los síntomas que presentaba el niño [...] dicho facultativo, de acuerdo a los conocimientos que su profesión le proporciona, *debió prever*, a pesar de la indicación del paramédico que ‘aparentemente estaba bien’ (fs. 56), que se trataba de un caso complejo que requería su asistencia en el Servicio para examinar al paciente con el fin de que esto le *permitiera tener un diagnóstico real y directo*; más aún que había sido solicitado insistente por los padres en la misma Urgencia, a las 23:30 horas, y ante cuya negativa, concurren personalmente a su casa, con lo que habría *podido constatar la obstrucción intestinal* que presentaba el paciente y *aplicar el tratamiento adecuado*”. La Corte aprecia más que una mera posibilidad de conocer el estado del niño. La obligación de prever se conecta además directamente con el diagnóstico real que determina el tratamiento a seguir (conocimiento y acción aparecen unidos).

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago en 2001⁴⁴ no solo suma la obligación de previsión, sino que determina con ella la evitabilidad del resultado producido. Explica que las características de la profesión médica “hace que el legislador exija un cuidado especial a los exclusivos encargados de velar por ellos [bienes], tanto en orden a la previsibilidad de su lesión como a la evitabilidad de los resultados que de esta pueda derivarse. El médico debe ser sujeto del deber de conocer el efecto antijurídico que su actuación potencialmente implica. Es lo que la doctrina llama previsibilidad, la que debe ser vinculante. Ha de estar, además y en términos de responsabilidad médica, en libre disposición elusiva de esa antijuridicidad que prevé; ha de poder evadirla o rehuirla; ha de estar en situación de obviarla. Es lo que la doctrina conoce como evitabilidad”.

El deber de conocer riesgos o de previsión tiene antecedentes en nuestros tribunales aun antes del interés por la imprudencia médica, como aparece en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1936⁴⁵ al determinar un *deber de previsión* respecto

imprudencia. La sentencia de la Corte Suprema de 16 de abril de 2009, Rol: 1882-2008, toma la definición de Etcheberry para precisar que “requiere de una predecibilidad en la producción de un resultado, lo que equivale a la representación de un peligro para la vida o salud ajena, y la obligación de prever su posibilidad y conducirse de modo de evitarlo, lo que constituye el deber de cuidado”.

⁴⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 5 de junio de 2001, Rol: 35518-1998. La exigencia subjetiva aparece aun al definir imprudencias en el ámbito civil. Especialmente interesante es la sentencia de la Corte Suprema de 10 de marzo de 2011, Rol: 2285-2010. Afirma que los “requisitos de la imprudencia se construyen sobre la base de determinar la ausencia de prudencia: a) Falta de atención. El profesional actúa con ligereza, sin la cautela que aconseja la experiencia; b) Falta de previsión. Existe ausencia de planificación o estudio racional para determinar los eventos posibles que se deben enfrentar y que imponen actuar con cautela”. Incluso en casos donde parecen primar obligaciones de resultado para atribuir responsabilidad, como en cirugías estéticas, se considera fundamental el nivel de riesgos asumidos con relación al resultado producido. Particularmente interesantes son las sentencias más recientes de la CS que recogen explicaciones de Barros, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 680, que anota como antecedente más claro para establecer una obligación médica de resultado, “la notoria desproporción entre el riesgo asumido y el efecto que el paciente soporta”. Así, sentencia de la Corte Suprema de 25 de noviembre de 2013, Rol: 8.307-12.

⁴⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en *RCP*, 1936, t. IV, p. 427.

de un alambre electrificado puesto como seguridad en un gallinero, que electrificó la reja del vecino a la que estaba unida y mató a un niño que la abrió. La unión con la reja evidencia ya una situación conocida que permite exigir otro conocimiento (más concreto), a diferencia de otro caso de 1957 que Etcheberry⁴⁶ contrapone al citado, pues la protección eléctrica se instaló en el gallinero sin otra unión que revelara mayor peligrosidad. En el ámbito médico es particularmente interesante la sentencia de la Corte Suprema de 15 de septiembre de 2008 (Rol: 7070-2007). Primero atiende a la *infracción del deber de cuidado* y a la *posibilidad de prever* el resultado como mínimo⁴⁷. Precisa que esta posibilidad o previsibilidad para establecer imprudencias “requiere: a) que exista un comportamiento voluntario. b) que ese acto humano, acción u omisión, origine un resultado antijurídico. c) que ese resultado sea previsible. d) que exista la obligación de preverlo y e) que haya relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico”. Luego, resume las exigencias de imputación sobre la base de dos pilares, uno objetivo y otro subjetivo. Sin embargo, en el resumen parece limitar el subjetivo a la previsibilidad. Declara que la “Teoría de la Culpa está cimentada en dos pilares básicos, a saber, el *deber de cuidado*, que obliga al sujeto a poner en su actividad una atención suma a objeto de no dañar los bienes protegidos por el legislador y la *previsibilidad del resultado*, establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles”. Los efectos imprevisibles en el hecho se restringen a lo imposible o ilógico si no se atiende a las obligaciones de previsión. Puede ser que los “parámetros ordinarios o comunes” para determinar la previsibilidad manifiesten pautas de deber. Una interpretación coherente con los elementos de atribución exigidos supone restricción normativa.

3. Importante distinción entre deberes de previsión y de evitación

En las conductas imprudentes destaca en primer lugar la posibilidad de evitar el resultado lesivo con medidas de precaución o cuidado. Tales medidas se remiten a la conducción del agente. Podría decirse que esta evidencia vuelve a rescatar el énfasis en el deber de cuidado objetivo o externo. No parece aún que tal deber surja independientemente de toda consideración subjetiva. En tal sentido el deber de evitación se presenta como central para determinar la imprudencia en caso de previsión de resultados⁴⁸. La

⁴⁶ Etcheberry, *El Derecho....*, p. 257. El nivel de riesgo es distinto, con independencia de la conducta de la víctima (un tercero que entra descalzo). La *negligence* destaca precisamente conductas por el nivel de riesgos. Williams, G., *Textbook of criminal Law*, 2^a ed., Stevens & Sons, Londres, 1983, pp. 88 y 89, señala que ella supone asumir un riesgo de daño de tal nivel de probabilidad como para ser socialmente inaceptable. Interesa la atención que pone a todo lo que “está en juego” en esa situación y la idea de un “test de negligencia” conforme a un estándar externo a la conducta del hombre.

⁴⁷ “Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado, el que o bien no prevé, o bien previéndolo confía imprudentemente en poder evitarlo”.

⁴⁸ Fernández, “El delito...”, pp. 106-111, distingue la imprudencia por un deber de evitación mediato o indirecto, que en el dolo sería directo por el conocimiento del deber de cuidado. Cuando explica la relación

idea de evitación del resultado se relaciona con lo que se debió advertir. Varios de los pronunciamientos expuestos muestran una *relación* entre el conocimiento del riesgo y la posibilidad de evitar la conducta peligrosa finalmente lesiva. Incluso, normalmente se tiene en cuenta la sola previsibilidad del resultado para que aparezcan exigencias de precaución. La falta de conocimiento impide determinar deberes de precaución. En cambio, el desconocimiento referido a algo más que una mera posibilidad de conocer puede fundar con más sentido las medidas que se han de seguir u omitir.

En otro ámbito de riesgo se han determinado deberes de previsión respecto de los peligros presentes desde una noción normativa de imprudencia, referida a la conducción y evitación del resultado. En este sentido, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica de 22 de agosto de 2007 (Ruc: 0500506100-K) precisa que “la imprudencia o falta de cuidado no es una cuestión sicológica, sino que de índole normativa; no incide solo en la posibilidad de previsión del riesgo, sino en la infracción del deber de representárselo y de evitar su concreción. Así, el conductor ha de tener la obligación de prever el riesgo y de adoptar un comportamiento conforme al cuidado requerido por la norma, lo que en el presente caso no ocurrió”. La norma tiene sentido frente comportamientos que se pueden orientar hacia lo mandado o prohibido.

4. *Algunas conclusiones generales*

Hasta ahora interesa destacar que la evitación del resultado, o el llamado “deber de evitación”⁴⁹ del resultado, suele conectarse con la conducta cuidadosa realizada en casos de conocimiento de los riesgos. Así, el deber de evitación –en términos objetivos– se explica ante el conocimiento de los riesgos, que muestra las medidas de cuidado que han de emplearse. Sin embargo, también tiene relevancia el deber de evitar resultados para imprudencias en casos de desconocimiento de riesgos. Por supuesto tal deber de evitación no puede sostenerse con relación a situaciones imprevisibles⁵⁰. Tampoco surge aquel respecto de condiciones y efectos solo previsibles, pues la posibilidad de conocer no determina *per se* exigencia alguna. Interesa el desconocimiento evitable, error evitable, que pueda cargarse al agente y que marca otra evitabilidad no configurada como mera posibilidad. La *cognoscibilidad* parece rescatar esta idea, en cuanto el desconocimiento (evitable) se ha conectado con ciertos deberes de advertencia o normas de precaución

mediata con ese deber de evitación se funda en la infracción de un “tener cuidado”. Si esto es común con el dolo no se entiende la diferencia. Sin embargo, luego describe el elemento distintivo en el plano subjetivo por una “previsibilidad objetiva”. Ella exigiría la prueba de lo que “pudo exigírselle prever”.

⁴⁹ No interesa la evitabilidad como mera posibilidad sino un control exigible al agente en cuanto debía emplear medidas de precaución.

⁵⁰ Se ha recurrido a la *iatrogenia* para excluir resultados producidos no originados por voluntad o culpa del médico: sentencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 2011, Rol: 5849-09.

en la atención que repercuten en la conducción evitable⁵¹. Binding⁵², aunque critica la referencia (única) del “deber de diligencia” al examen previo, considera que la infracción a ese deber como examen previo insuficiente es la razón para imputar el comportamiento voluntario no doloso a la culpabilidad si muestra ese error inexcusable y que el delito era evitable. El incumplimiento del deber solo entra en consideración (inexcusable) si su seguimiento (previsión) era *conditio sine qua non* para la evitabilidad de un actuar antijurídico. Afirma que ese deber de diligencia sería un elemento del deber de omitir el injusto que era evitable por cognoscible. Aunque existan distintas tesis respecto de la configuración y determinación de la cognoscibilidad⁵³, ella evidencia una exigencia de conocimiento con atención al nivel de riesgos que explica la evitabilidad de la conducta típica realizada⁵⁴. Struensee⁵⁵ precisa que el conocimiento en la imprudencia se refiere a “una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable (‘riesgo no permitido’)”. Muestra cómo el riesgo permitido o prohibido depende de consideraciones subjetivas (“saberes especiales”), que incluyen la *cognoscibilidad objetiva*, según la teoría de la adecuación (por la experiencia y las leyes naturales al momento de actuar)⁵⁶. Esta

⁵¹ Así se habla también de deber de cuidado interno, deber subjetivo de cuidado o incluso conocimiento de la pauta de cuidado exigible respecto del examen de la situación, Hava, E., *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002, pp. 207, 208, 214 y ss.

⁵² Binding, *La culpabilidad...*, pp. 123 y 124.

⁵³ Engisch, *Untersuchungen...*, pp. 283 y ss., recurre a la idea de “cognoscibilidad” (*Erkennbarkeit*) en la culpa inconsciente y la conecta con conductas peligrosas y deberes de información similares a los que admitía Binding. Siguiéndolo, Jakobs, G., *Estudios de Derecho Penal*, traducción de Peñaranda Ramos, E.; Suárez González, C.; Cincio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997, pp. 172, 179-183, define imprudencia como deber de “evitar comportamientos que de modo cognoscible producirían un daño”, lo que pueda conducir a dolo en caso de conocimiento real. Atiende al desconocimiento evitable, individualmente determinado. Struensee, “El tipo...”, p. 433, le critica la individualización que describiría condiciones en el sujeto y no acciones que no deben producirse, con la consecuente distinción del objeto de la norma en delitos dolosos. En nuestro país, Van Weezel, A., “Autoría y responsabilidad por el producto: ¿participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?”, en Montealegre, E. (coord.), *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, Universidad Externado de Colombia, Argentina, 2007, t. II, p. 63, toma la cognoscibilidad como mínimo común a la culpa y el dolo, que si se da “actualizada” sería dolo. El mismo, *Error...*, pp. 47, 50, 53 y 54. También Corcón, *El delito...*, pp. 64, 94, 122-125, 209, 218 y ss., refiere la cognoscibilidad como deber de conocer el peligro efectivo a imprudencias conscientes e inconscientes.

⁵⁴ Hirsch, J. H., “Sobre lo injusto del delito imprudente”, traducción de Demetrio Crespo, E., en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 16, 2005, pp. 212- 216, 220, 222 y 223, anota la relevancia de lo subjetivo (“voluntad de acción”) para determinar o constituir el deber de actuar cuidadoso, sin caer en un subjetivismo que contradiga el principio del hecho.

⁵⁵ Struensee, “El tipo...”, pp. 443 y ss.

⁵⁶ Corcón, *El delito...*, pp. 209 y 210, además de destacar la vinculación de la *previsibilidad objetiva* con la determinación del deber objetivo de cuidado, considera tal previsibilidad dentro de la creación de riesgo típicamente relevante, como presupuesto de imputación objetiva. El carácter *objetivo* del aspecto subjetivo tiene relación con los riesgos presentes aun en finalistas como Zielinski, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, traducción de Sancinetti, M., Buenos Aires: Hammurabi, 1990, pp. 214-221. Reyes, “Sobre...”, p. 57, admite pasar por alto el problema de imputación objetiva por ser un mal filtro, pues o es superfluo o es un filtro contraindicado que obstaculiza aquello que hubiera sido imputable

idea subjetiva-objetiva no se distingue tanto de la tesis de Bustos⁵⁷ que admite la individualización del juicio con examen de la situación concreta y del agente con sus conocimientos especiales para participar de un específico ámbito de relación también conforme la teoría de la adecuación⁵⁸. La *previsibilidad debida*⁵⁹ se determinaría por un juicio *ex ante* desde la norma pero con atención a circunstancias fácticas y personales concretas. Como toda conducta humana es riesgosa, aclara que no interesa cualquier peligro y rescata así el conocimiento de conductas de alto riesgo como elemento subjetivo mínimo. Struensse incluso llega al error de tipo por desconocimiento de factores de riesgo para impedir crear un riesgo prohibido⁶⁰.

subjetivamente. No advierte que esta última función es precisamente la labor de un filtro, que no deja pasar aquello que el primero sí, con atención a otros parámetros, como puede ser la referencia de la imputación objetiva a la relación de riesgo entre el preligero jurídicamente relevante creado y el resultado desde el objeto de la norma. Superfluo puede ser con atención a la creación del riesgo prohibido precisamente por descuido. Un mal filtro es aquel que deja pasar lo que el primero no. Así Kindhäuser, Urs, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, en *Indret*, 2008, N° 4, p. 15.

⁵⁷ Bustos, *El delito...*, pp. 39-46. Expresamente señala que a diferencia de esta culpa en la representación “lo intelectual exigido se hace consciente” (*Ibid.*, p. 57). Tampoco Hirsch, “Sobre...”, pp. 221 y 222, ve algún problema con conocimientos especiales, no es más que la acción voluntaria desde una base de información mayor, una mera diferencia cuantitativa del contenido de la voluntad.

⁵⁸ Si el sujeto no tiene conocimientos o aptitudes para participar de un ámbito de relación debe excluirse de su participación y si tiene conocimientos especiales, que pertenecen al respectivo ámbito, debe emplearlos. Rosas, “La delimitación...”, pp. 10, 11, 14, se muestra partidario de la tesis individualizadora (subjetivo-personalizadora) porque entiende que es más honesta, coherente y “va en camino a imponerse”. Sin embargo, expresa que “tal baremo solo seguirá siendo válido para supuestos de culpa por asunción” en caso de rendimientos deficientes. Pareciera limitar la tesis individualizadora a rendimientos inferiores, aunque comparte la tesis de Van Weezel que considera capacidades especiales. Con una “individualización hacia abajo” y una “generalización hacia arriba” se observa una idea opuesta a la de Roxin, C., *Derecho Penal: Parte general*, traducción de la 2^a ed. alemana de Luzón Peña, D.; Díaz y García Conledo, M.; de Vicente Remesal, J., Civitas, Madrid, 1997, pp. 1015-1018. Sin embargo, Roxin toma la generalización hacia abajo para constatar un injusto que se resuelve por culpabilidad con especial atención a la culpa por asunción o emprendimiento, que en realidad puede suponer apreciar un deber especial de abstenerse por los rendimientos inferiores. Con ello también se admite individualización hacia abajo.

⁵⁹ Si bien habla de una “previsibilidad objetiva” determinada conforme la teoría de la adecuación, señala que se trata de peligros que “debieron ser previsibles” para la persona en las circunstancias concretas. Aclarar el carácter normativo de ese “elemento objetivo-normativo intelectual”, en cuanto el ordenamiento exige una *previsibilidad precisa* por el sujeto con atención al bien jurídico afectado. Además, vincula ese deber de previsibilidad con el *conocimiento* de la realización de conductas de alto riesgo que fundamenta un determinado cuidado. De modo que no solo sería más idóneo un *deber de previsión*, sino que está exigiendo cierto conocimiento que parece ser distinto de la representación de riesgos concretos.

⁶⁰ No parece tan distinta la tesis de Jakobs, *Estudios...*, pp. 182 y 183, cuando distingue el riesgo permitido como normativo de la *relevancia para efectos de decisión* que pertenecería a lo psíquico. Precisa que para que la norma sea susceptible de ser respetada depende de que se refiera a un “supuesto de hecho psíquico posible”. Feijoo, B., *Resultado lesivo e imprudencia*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 200 y 201, recuerda las numerosas críticas hacia esta consideración subjetiva para definir riesgos permitidos y la considera una reivindicación de dogmas superados. Sin embargo, el mismo Feijoo habla luego del conocimiento de peligrosidad general que da sentido a la norma de cuidado. Ni siquiera la teoría de la imputación objetiva se desarrolla sin consideraciones subjetivas, Kindhäuser, “El tipo...”, pp. 7 y ss.

Sin embargo, no cualquier error de tipo parece ser tolerado a modo de *riesgo permitido*. Struensee cita varios ejemplos que evidencian un error inevitable, como el caso de la herida leve al hemofílico, y que confirma al referir la “imprudencia de conocimiento” a una falta de cuidado interno. Allí constata la infracción de la “norma de cognoscibilidad”, por la posibilidad de superar el desconocimiento mediante información previa⁶¹. No se trata de la mera posibilidad de representación del resultado sino de la posibilidad misma de evitar el desconocimiento que de algún modo se carga al agente. En este sentido es admisible retomar la sentencia del 3º TOP de Santiago de 12 de julio de 2009 (Ruc: 0600234668-9) acerca de imprudencia médica siquiatriza. Luego de destacar la relevancia de la infracción del deber objetivo de cuidado, reclama que para el “facultativo era exigible conocer” y toma a Jescheck⁶² para admitir que existe un primer deber de cuidado relativo al conocimiento que además determina un segundo deber de cuidado objetivo; aunque se remita en ocasiones a un conocimiento de riesgos real. Parece distinguirse dos errores evitables⁶³: uno respecto del conocimiento y otro relativo a la conducción del agente ante la producción del resultado⁶⁴. Ovalle⁶⁵ también se remite al tipo cognoscible evitable para fundar el injusto imprudente y relaciona así el error de la representación con la evitación, aunque distingue los planos del error –en el conocimiento– y de lo evitable –en la exigibilidad–. Incluso veremos que sostiene esta relación sin distinción entre conciencia e inconsciencia del riesgo, con la admisión (implícita) de un conocimiento mínimo.

⁶¹ También Kindhäuser, “Acerca...”, p. 16, afirma que no todo error exonería, a pesar de que si existe no habría razón que apremie al agente a evitar la conducta. No exonería si era “posible y había derecho a esperar” del agente el conocimiento. Habría motivo para evitar la conducta que no deja solo a una mera posibilidad de conocer y el “derecho a esperar” el conocimiento supone la correlativa obligación de conocimiento, compatible con la idea de cognoscibilidad en términos de deber de conducta. Considera el reproche por este error (evitable) como imputación extraordinaria, que en realidad no omite consideraciones subjetivas actuales.

⁶² “...el primer deber que se deriva del mandato de cuidado consiste en identificar y valorar correctamente los peligros que acechan al bien jurídico protegido, pues todas las precauciones destinadas a evitar el daño dependen de la clase y medida del conocimiento del peligro amenazante...”. Jescheck, *Tratado...*, p. 797.

⁶³ Binding, *La culpabilidad...*, pp. 124-126, habla de dos evitabilidades, una objetiva y otra subjetiva, que generan deberes. Pese a la vinculación que realiza del *deber de diligencias*, referido al examen previo, con la conducta posterior, distingue lo objetivo y lo subjetivo con la norma y la culpabilidad y afirma que solo adquiere culpabilidad por un injusto inconsciente aquel que no lo evitó en la medida que podía evitar. En tal sentido la idea de deber se conecta con los presupuestos de poder cumplir la norma de omitir el injusto evitable. Corcoy, *El delito...*, pp. 230, 231, 239-244, considera errores las dos formas de culpa o, mejor, un error (vencible) en toda imprudencia sobre la “exacta representación del riesgo creado”, ya sea respecto de la efectiva virtualidad del riesgo o por riesgos inherentes a la conducta (su peligrosidad). Se cuestiona aquí si esto supone negar todo conocimiento para imputar esa imprudencia inconsciente.

⁶⁴ La sentencia de la Corte Suprema de 20 de agosto de 2015, Rol: 22835-2014, admite la “falla de la esfera intelectiva” en el contexto de una imprudencia supuestamente inconsciente y afirma que esta falla en el sujeto “lo lleva a desplegar una conducta sin las precauciones debidas en el caso concreto”. Concluye que la falta de previsión del resultado es una conducta descuidada de la que debió abstenerse el agente.

⁶⁵ Ovalle, G., “Imprudencia y cognición”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 4, 2011, p. 33.

III. PROBLEMA DE DETERMINACIÓN DEL DEBER DE PREVISIÓN Y ANUNCIO DE LAS PRINCIPALES DIFICULTADES

Los principales problemas expuestos en esta presentación pueden resumirse en dos preguntas: ¿Qué queda de subjetivo en la atribución de la imprudencia, definida en torno al deber objetivo de cuidado?; en caso de establecer un elemento subjetivo, ¿existirá alguna relación entre la posible clase de conocimiento debido o deber de previsión y la conducción cuidadosa? La primera pregunta parece responderse fácilmente desde el comienzo: existe un vínculo subjetivo en la previsión; por lo que la pregunta interesa ante imprudencias sin representación. Desde el reconocimiento del principio de responsabilidad subjetiva y sobre la base de un comportamiento consciente y evitable, evidentemente no interesan situaciones de riesgo imprevisibles, que el agente ni siquiera puede conocer. La sola previsibilidad de riesgos es débil para establecer responsabilidad penal. El desconocimiento de resultados posibles no debiera fundar la responsabilidad únicamente por la efectiva producción del resultado, conforme los presupuestos aceptados. Entonces se rescatan las exigencias de previsión, el deber de conocer los riesgos más allá de la mera posibilidad de hacerlo. Luego, otras dudas aparecen. ¿Cómo se determina este deber o norma de previsión?, ¿tienen lugar las reglas de imputación ordinaria respecto de este deber subjetivo o se trata de una imputación extraordinaria, una *actio libera in causa*⁶⁶?

Primero es posible atender al sí de su determinación antes que al cómo. Con independencia de las dificultades o exigencias que puede suponer la imputación de un resultado a una conducta anterior y la posible aceptación de su procedencia excepcional,

⁶⁶ Es interesante la conexión que algunos hacen de la *alic* con un pasaje de Aristóteles respecto del ebrio, pero se refiere a un supuesto de ignorancia que el sujeto provoca: "Siempre que por ignorancia se cometa algún delito, no se hace voluntariamente...", a no ser que el que lo cometa sea causa de la ignorancia..., como sucede con los ebrios...". Acerca del ebrio, De Aquino, T., *Suma Teológica*, T. V, 1-2 Q. 76 A.4, distingue dos imputaciones: "El homicidio es más grave si lo comete un hombre cuerdo que si lo comete un borracho [...] El borracho merece ciertamente doble castigo, por los pecados que comete, a saber, la embriaguez y el que de ella nace. Pero la embriaguez, por la ignorancia que la acompaña, disminuye el pecado siguiente, y acaso en grado mayor que el grado de gravedad de la misma embriaguez". Joshi, U., *La doctrina de la "actio libera in causa"* en *Derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 34-37, muestra que los escolásticos siguieron la tesis de San Agustín que solo admite responsabilidad por embriagarse, como conducta voluntaria, y no por la conducta posterior. Así fue la posición mayoritaria de la doctrina de la época y destaca casos en los que se imputó el comportamiento delictivo sobre la base de una culpa precedente que remite al *versari in re illicita*. Hruschka separa la imputación ordinaria de la extraordinaria, desde postulados de Pufendorf, aunque refería esta última solo a supuestos de falta de libertad (ebrio) realizados en un momento anterior con capacidad. Sin embargo, también Joshi (*Ibid.*, pp. 54-92) advierte distintas tesis sobre *alic*, tanto para supuestos de ininmutabilidad como de falta de acción o de cualquier otro elemento del delito. Luego se ocupa en forma particular de la culpa inconsciente. Comparte el análisis *ex ante*, sin identificarlo con una conducta precedente a la ejecución, pero comprende que el deber de examen previo remita a la *alic* (*Ibid.*, pp. 103-106). Ella es compatible con un examen previo, *ex ante*, aunque el deber de previsión no supone dirigir el juicio a comportamientos anteriores a la ejecución. Por eso admite que la culpa inconsciente no siempre tiene estructura de *alic*, aunque la acepta en algunos casos. La identificación puede entenderse por el momento de ejecución en imprudencias, que puede ser bastante anterior al resultado. Hirsch, "Sobre...", p. 211, distingue la imprudencia con atención a su ejecución ("comienzo objetivo del hecho") y no a una conducta previa a ella.

la atribución de responsabilidad penal ha de mirar al *comportamiento actual* del agente. Imputar una conducta cuya relevancia respecto del resultado no se conoce, parece débil y de dudosa justificación frente a principios penales básicos de culpabilidad y responsabilidad subjetiva, si se aceptan. Nino⁶⁷ pone atención en la efectiva elección del agente al actuar, en su decisión, como fundamento de punición. Con esta idea rechaza la atribución de responsabilidad cuando los riesgos no se conocen y, por tanto, el agente no los consiente. Sin embargo, advierte casos que están entre negligencias (cuando falta conciencia de riesgo) y las imprudencias que entiende siempre con conciencia de riesgos y que supondrían cierta atribución subjetiva. Se trata de actividades, prácticas o modos de actuar que el agente percibe como genéricamente peligrosas pero no conoce el riesgo concreto o inminente⁶⁸. Existe una conducta consciente de riesgos genéricos actuales. ¿Bastará esta conciencia de riesgos generales? Resulta sugestiva la ubicación en contextos de riesgo y el conocimiento de ellos, pero no parece ser suficiente aún. Cita precisamente el caso de un médico que prescribe una droga que conoce peligrosa para pacientes con problemas cardíacos y no advierte riesgos concretos; pero acota que él confiando en la improbabilidad de resultados, “descuida ese riesgo omitiendo investigar en cada paciente a quien prescribe la droga el estado de su corazón”⁶⁹. Quizá en estos sectores especialmente peligrosos se reclaman particulares resguardos o medidas de precaución para controlar riesgos⁷⁰. Puede ser que este conocimiento *potencie* el deber de cuidado externo, en la conducción del agente.

Feijoo⁷¹ recurre a la “previsibilidad objetiva” para fundar la imprudencia en un conocimiento presente de la peligrosidad abstracta⁷², no concreta. Precisa que si ya

⁶⁷ Nino, *Límites...*, pp. 425 y ss. Corcoy, *El delito...*, pp. 226-229, 238 y 239, señala que no es necesario llegar a la alic porque el peligro se crea con la realización de la conducta descuidada, aunque la razón para la prohibición del peligro se halle en un momento previo. Explica que en el primero y el segundo juicio de imputación se tiene en cuenta ese momento anterior pero es en el segundo momento donde se crea el riesgo típico relevante. Considera solo la infracción del cuidado objetivo y no la falta al cuidado subjetivo que entendía determinaba el deber objetivo. Si la determinación del deber subjetivo se verifica en un momento anterior a la conducción no es muy distinto de la alic. Sin embargo, luego aclara que *ex ante* tiene sentido dirigir mandatos que advierten la peligrosidad de las acciones, que se condice con su aceptación de cognoscibilidad como exigibilidad de conocer el peligro.

⁶⁸ En este sentido, Corcoy, *El delito...*, pp. 220-222, 229, 230, 231 239, 245, excluye el conocimiento del riesgo efectivo también de la imprudencia consciente y admite solo conocimiento del peligro (*posibilidad de la realización típica*); al parecer se trata de una *peligrosidad concreta*. También Kindhäuser, *Acerca...*, pp. 13 y 15, remite el conocimiento del riesgo concreto al dolo.

⁶⁹ Nino, *Límites...*, p. 428.

⁷⁰ Las exigencias de precaución van más allá de la sola sujeción a pautas o normas que determinen el riesgo permitido, como se observa del ejemplo de tráfico vial que cita Nino, *Límites...*, p. 427. Alude a quien conduce a exceso de velocidad (fuera de lo permitido) en un tráfico denso y advierte su conducción peligrosa pero no puede prever que alguien intentará cruzar y que no será capaz de controlar su conducción.

⁷¹ Feijoo, *Resultado...*, pp. 262-265.

⁷² Corcoy, *El delito...*, pp. 230, 239, parece sostener tal conocimiento respecto de la imprudencia consciente. Señala que el conocimiento de la posibilidad de realización típica supone que el agente prevé esa posibilidad en abstracto. Entonces, en la imprudencia inconsciente habría efectivamente desconocimiento. Sin embargo, entiende que existe un desconocimiento común en ambas formas de imprudencia de un elemento

advierte un peligro concreto existe dolo, pues prevé el resultado. Afirma que la previsibilidad del resultado solo tiene sentido si se conoce la idoneidad de la conducta para producirlo, de modo que existiría un conocimiento actual de las circunstancias que por peligrosas debieron evitarse. No se refiere a la conciencia de los peligros concretos, sino al conocimiento de la situación que es peligrosa y que era evitable por haber dispuesto de los conocimientos y motivos necesarios y suficientes para haberse abstenido⁷³. No se puede exigir ser cuidadoso de un riesgo si ni siquiera se conoce la peligrosidad general⁷⁴. Así concluye que si falta ese conocimiento no se puede cargar al agente con el resultado aunque se hubiera producido junto con otros causados dolosamente, como la herida leve al hemofílico que fallece. Rechaza convertir en imprudente ese resultado (muerte), como *puro versarismo*. En cambio, entiende que si hay motivos de sospecha o indicios de un peligro concreto ya existiría el conocimiento de la peligrosidad general. Especial atención merece precisamente la interpretación de Torío⁷⁵ sobre el *versari in re illicita* respecto del “caso fortuito impropio” o incompleto del art. 8 Nº 8 del CP español de

de riesgo que es cognoscible. El fundamento del tipo subjetivo sería la cognoscibilidad del concreto peligro de realización típica. Faltaría el conocimiento de la concreta virtualidad del riesgo, que en realidad rechaza el conocimiento del riesgo concreto y no de la peligrosidad concreta (a modo de idoneidad *ex ante* específica). El conocimiento del riesgo concreto es lo que une la imprudencia consciente con el dolo eventual. En este sentido, puede admitirse la mínima advertencia de la imprudencia inconsciente de modo más exigente, referido al conocimiento de la peligrosidad concreta de la conducta y no solo en una mera peligrosidad abstracta. Así, Hirsch, “Sobre...”, pp. 221, 223 y 224. Admitir en la realización de conductas altamente peligrosas el conocimiento mínimo de su idoneidad o aptitud general para amenazar bienes jurídicos es más realista y coherente con el sentido de la norma, aunque aún débil.

⁷³ Feijoo, *Resultado...*, pp. 199, 264 y 265. Cuello, *El Derecho...*, p. 369, habla de un conocimiento “disponible” por medio de “otra acción de cuidado omitida”. Silva, “Aspectos...”, p. 47, afirma que en el plano subjetivo siempre ha de considerarse, aun en imprudencias inconscientes, el mayor conocimiento sobre el riesgo.

⁷⁴ En este sentido parece entender la cognoscibilidad Ovalle, pp. 34, 35, cuando admite que el ordenamiento jurídico impone el deber de evitar desenlaces en la medida que sea cognoscible su evitabilidad y entiende debe haber “cognición” del riesgo de realización del tipo como “previsibilidad individual” en el momento de la acción, ya sea se acepte o no la distinción entre imprudencia consciente o inconsciente. Parece no haber diferencia entre imprudencias y que esta cognición es un mínimo que no supone una mera posibilidad de conocer. Sí advierte que siempre debe faltar el conocimiento de la realización del tipo, que antes había concebido como conocimiento del “riesgo desplegado”, que sería propio del dolo. Y enseña que una vez que se “toma conocimiento de la probable realización del tipo” y no se detiene la marca se fija el límite entre dolo y culpa consciente. En la imprudencia consciente habría conocimiento inicial de la probable realización del tipo sin reflexiones posteriores. Luego trata como exigencia de imprudencia sin distinción una previsibilidad individual que hace sinónimo de cognición de riesgo solo en conductas peligrosas. Esta cognición ya supone un conocimiento, aunque distinto del dolo, donde el conocimiento de ese “riesgo desplegado” sería de un peligro concreto. Este reconocimiento explica que entienda que el deber de conducta (externo) surja si concurre copulativamente la cognición del riesgo y su controlabilidad. Así quizás toda imprudencia supone el conocimiento de la peligrosidad de la conducta (*ex ante*, al momento de actuar) y la diferencia entre las llamadas consciente e inconsciente está en que en la primera se conoce la peligrosidad concreta y en la segunda la peligrosidad abstracta.

⁷⁵ Torío, A., “*Versari in re illicita* y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio”, en *ADPCP*, 1976, t. XXIX, pp. 33 y 34.

1848⁷⁶, por la clase de supuesto (límite) y su identidad con nuestro actual art. 10 N° 8, que exime de responsabilidad penal a quien “con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente”. En el caso fortuito incompleto falta la conducta lícita originaria, pero se produce un mal por mero accidente, con la debida diligencia. La sola ilicitud de la conducta excluye la eximente y puede llevar a admitir responsabilidad por todos sus efectos. Torío también considera que tal ilicitud es causa de *fundamentación* de responsabilidad penal, pero no desde la usual concepción del *versari*. No establece responsabilidad solo por el origen ilícito. Habla de una suerte de *imputación extraordinaria*⁷⁷. Reconoce que la remisión del art. 64 a los delitos imprudentes (se “observará lo dispuesto en el artículo 565”), al igual que nuestro art. 71 respecto del art. 490, no es automática⁷⁸. La imprudencia no procede si faltan sus elementos “psicológicos y normativos”, pero critica la incoherencia que supone negar

⁷⁶ El caso fortuito desaparece del CP español con la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, que exige al menos culpa para atribuir responsabilidad penal. Podría concluirse que la dificultad generada por la norma también desaparece, pero la imprudencia se vuelve esencial y hay aun modalidades de compleja precisión frente al caso fortuito. El reconocimiento del *versari* en el antiguo art. 8 N° 8 aparece en la doctrina española principalmente con la tesis de Pereda, J., *El versari in re illicita* en la doctrina y en el Código Penal. Solución suareciana, Reus, Madrid, 1948, *passim*. Virtó, M. J., *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código Penal de 1848*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1984, pp. 168-176, no cree que la propuesta de Pereda decida acerca de este punto para tal disposición, aunque admite que se presta para interpretaciones objetivas. Precisa que desde que Luzuriaga introduce la idea de culpa presunta de la Ley de Partida por el actuar prohibido inicial se admite el *versari* en los delitos culposos. *Ibíd.*, p. 330.

⁷⁷ Torío, *Versari...*, pp. 21-24, 40 y ss. Si bien Kinhäuser, *Acerca...*, pp. 16 y 17, trata la imprudencia como supuesto de imputación extraordinaria, una excepción a la imputación por desconocimiento, se refiere no solo a un error en el que era posible conocer y había *derecho a esperarlo*. Admite un conocimiento actual al reconocer que las exigencias de cuidado dependen del conocimiento del autor individual, “presupone que el conocimiento del que efectivamente dispone el autor le da suficiente motivo para adquirir conocimientos precisos o para omitir una acción sin la adquisición previa de conocimientos”. La sentencia de la Corte Suprema de 10 de marzo de 2011, Rol: 2285-2010, habla de la *imprudencia por falta de previsibilidad* como impericia, que reprime a aquel que “se sabía incapaz” (imprudencia) o ‘se debía saber incapaz’ (negligencia).

⁷⁸ Novoa, E., *Curso de Derecho Penal chileno. Parte general*, 3^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. I, pp. 502, 503 y 516, precisa que para aceptar responsabilidad por culpa no se requiere que la conducta sea lícita, fundado en el cuasidelito del art. 492 que exige infracción de reglamentos. Tampoco acepta la culpa por la sola infracción normativa, como se advierte del mismo art. 492. Rivacoba y Rivacoba, M. de, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, en Rivacoba y Rivacoba, M. (editor): *Actas de las Jornadas Internacionales de derecho penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, EDEVAL, Valparaíso, 1975, pp. 76-78, anota como manifestación del *versari* precisamente esa aplicación automática de la imprudencia. También en la práctica se rechaza la eximente del N° 8 sin aplicación automática de la imprudencia, sentencia de la Corte Suprema de 19 de enero de 2005, Rol: 9-2003. Hernández, “Seminario...”, p. 182, pareciera aceptar una configuración automática de la imprudencia al sostener que la infracción normativa la determina *per se*. Sin embargo, se preocupa de la previsibilidad que describe como “consenso normativizado sobre la previsibilidad” y conecta en realidad con cierto conocimiento cuando critica la imprevisibilidad frente a un resultado que está dentro de aquellos cuya evitación procura la norma. Incluso habla de situaciones de normal ocurrencia, que serían por tanto peligrosas, y que debieran conocerse. Aquí afirma que no se trata de un “conocimiento de la situación específica”, ni de la “posibilidad concreta”, sino de una previsibilidad genérica de la consecuencia potencial, cuando supone el conocimiento de un riesgo genérico (que está en la norma y se advierte particularmente de su ejemplo del conductor que no duerme).

la eximiente por el acto ilícito y a la vez rechazar la condena por la simple ilicitud. Así, acepta una forma *espuria* de imputación, una culpa presunta o "indirecta".

Si bien admite que esa idea puede contradecir el principio de culpabilidad⁷⁹, destaca que esta forma impropia de culpa proviene de la evolución del *versari* que confiesa un resultado previsible del acto ilícito doloso originario como "desviación" y se imputa por *presumir la previsión*⁸⁰. Existiría una responsabilidad extraordinaria por la equiparación de ciertas modalidades de *versari* a conductas imprudentes. Esos modos presumirían la previsión del resultado (falta imprudencia consciente), sin dejar de atender exigencias de previsibilidad. De hecho, Torío señala que el objeto del reproche es el desvalor del acto originario que produce el resultado, pero por la "previsibilidad personal" son aplicables las "fórmulas de la culpa". Parece admitir un modo de imputación subjetiva distinto del dolo y la imprudencia; claro que entiende esta última limitada a la culpa consciente. Así declara que también son imputables, además del resultado doloso, culposo o preterintencional, "consecuencias típicas objetivamente calculables"⁸¹. A lo mejor Torío tiene razón respecto de las críticas infundadas o superficiales hacia el *versari* y esta doctrina acepta alguna forma de determinación subjetiva que pueda servir para integrar o delimitar las exigencias de previsión⁸². De todas formas, puede ser que esta advertencia no haya de situarse dentro del caso fortuito, aun impropio o incompleto, si se caracteriza por efectos imprevisibles. Por el contrario, un rescate semejante del *versari* podría destacar precisamente una forma básica de imprudencia⁸³. Este rescate subjetivo, desde pautas de exigencia o deber por la conducta (riesgosa) realizada, tampoco supone el "sinsentido" criticado por Binding⁸⁴ a la reducción de Feuerbach a una imprudencia

⁷⁹ Torío, *Versari...*, p. 40.

⁸⁰ Torío, *Versari...*, pp. 27-34, 37.

⁸¹ Torío, *Versari...*, p. 42.

⁸² Solari, T., *Versari in re illicita*, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1977, pp. 245, 252, 253, admite en el *versari* "alguna medida de la culpabilidad", reconoce que su repudio proviene de la falta de forma alguna de culpabilidad precisamente en caso resultados imprevisibles, como rasgo distintivo del caso fortuito. Rivacoba, "El principio...", pp. 54 y 55, afirma que en el *versari* también se da la culpabilidad "de alguna manera", aunque se tenga por violación del principio de culpabilidad.

⁸³ A pesar de que Solari, *Versari...*, pp. 262-265, recoge la idea clásica del *versari* que carga al agente de un acto ilícito con sus efectos fortuitos, reconoce ciertas situaciones intermedias que provienen del acto ilícito originario y que nuestro art. 10 N° 8 contempla un supuesto particular de caso fortuito. Además, cita a Etcheberry para subrayar la naturaleza *negativa* del caso fortuito, presente si el resultado no fue previsible. Especialmente interesante es la sentencia de la Corte Suprema de 21 de abril de 1960, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 57, II, secc. 4^a, 1960, pp. 66 y 67, que habla de una "mixtura de dolo y culpa", en tanto admite una conexión subjetiva pero rechaza la consideración de dolo por estar fuera de la intención y parece no calzar con los términos tradicionales de la culpa. Se ha vinculado con la concepción actual de preterintención, que combina un delito doloso y uno culposo. Así, Künsemüller, C., "Las hipótesis preterintencionales", en *Gaceta Jurídica*, N° 204, 1997, p. 9. Sin embargo, la "mixtura" aparece con otra noción de preterintención, como lo admite la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 30 de julio de 2014, Rol: 355-2014.

⁸⁴ Binding, "La culpabilidad...", p. 119. Puede ser que el rechazo de deberes de previsión esté en la denuncia que el mismo hace respecto de la anterior usual remisión del "deber de diligencias" al examen previo al actuar del agente, como deber autónomo, que llega a prescindir del comportamiento posterior (*Ibid.*, pp. 123 y 124).

definida solo por falta de atención; aunque sea más exigente que la mera previsibilidad. La pura *interna actio* sería una reacción extrema frente a la clásica interpretación del *versari* (objetiva pura), una manifestación contraria al principio del hecho, que no se evidencia en la práctica nacional y que aquí no se sostiene, desde que se toma por base una conducta personal externa y frente a valoraciones jurídico-penales.

BIBLIOGRAFÍA

- BALCARCE, F., *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- BINDING, K., *La culpabilidad en Derecho penal*, traducción de Cancio Meliá, M., B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2009.
- BUSTOS, J., *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- BUSTOS, J., *Obras completas. Derecho Penal. Parte general*, 2^a ed., EJS, Santiago, 2007, t. I.
- CORCOY, M., *El delito imprudente*, 2^a ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2013.
- COURT, E., “Responsabilidad civil médica”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, t. XIX, 1998, pp. 277-293.
- CUELLO, J., *El Derecho Penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2009, Vol. II.
- CURY, E., “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos (cuasidelitos)”, en *Revista de Ciencias Penales*, 1981, t. XXXVII, Vol. 1, pp. 97-105.
- ETCHEBERRY, A., *El Derecho Penal en la jurisprudencia*, 2^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, 1987.
- ETCHEBERRY, A., “Tipos penales aplicables a la actividad médica”, en *Revista Chilena de Derecho* (1986), Vol. XIII, pp. 271-280.
- ENGISCH, K., “Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht”, en *Festschrift für Edmund Mezger. Zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, Munich y Berlín, 1953, pp. 127-163.
- ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Scientia, Munich, 1995.
- FERNÁNDEZ, J. Á., “El delito imprudente: La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones”, en *Revista de Derecho*, 2002, Vol. XIII, pp. 101-121.
- FEIJOO, B., *Resultado lesivo e imprudencia*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.
- GARRIDO, M., “Responsabilidad del médico y la jurisdicción”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1986, Vol. 13, pp. 281-288.
- GOLDSCHMIDT, J., *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducido por de Goldschmidt, M.; Núñez, R., 2^a ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2007.
- GUZMÁN, F.; Arias, C.; Moreno, S., “El ejercicio de la cirugía se encuentra en peligro, a propósito de la sentencia N° 33.920 de la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre la condena a un cirujano plástico de Cali”, en *Rev. Colomb Cir.*, 2012, N° 27, pp. 99-113.
- HAVA, E., *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002.
- HERNÁNDEZ, H., “Seminario internacional. Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”, en *REJ*, N° 10, 2008, pp. 175-198.
- HIRSCH, J. H., “Sobre lo injusto del delito imprudente”, traducción de Demetrio Crespo, E., en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 16, 2005, pp. 207-231.
- JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, traducción de Peñaranda Ramos, E.; Suárez González, C.; Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, traducido por Mir Puig, S.; Muñoz Conde, F., Bosch, Barcelona, 1981, Vol. II.

- JOSHI, U., *La doctrina de la "actio libera in causa" en Derecho Penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992.
- KINDHÄUSER, U., "El tipo subjetivo en la construcción del delito", traducción de Mañalich, J. P., *InDret*, N° 4, 2008, 35 pp.
- KINDHÄUSER, U., "Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia", traducido por de la Vega, H., en *Revista Jurídica – Mario Alario D'Filippo*, Vol. 4, 2012, pp. 8-18.
- KÜNSEMÜLLER, C., "Responsabilidad penal del acto médico", en *Revista Chilena de Derecho*, 1986, Vol. 13, pp. 259-269.
- KÜNSEMÜLLER, C., "Las hipótesis preterintencionales", en *Gaceta Jurídica*, N° 204, 1997, pp. 7-12.
- MAÑALICH, J. P., "El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno", en *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, 2011, pp. 87-115.
- MARTÍNEZ-PEREDA, J., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, Colex, Madrid, 1990.
- MONTEALEGRE, E., "La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado", en *Revista Chilena de Derecho*, 1987, Vol. XIV, pp. 259-311.
- MOLINA, F., *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, Sorites y Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- NÁQUIRA, J.; et al., "Principios y penas en el Derecho Penal chileno", en *RECP*, 10-r2 (2008), pp. 1-71.
- NÁQUIRA, J. *Derecho Penal chileno. Parte general*, 2^a edic. Thomson Reuters, La Ley, Santiago, 2015.
- NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- NOVOA, E., *Curso de Derecho Penal chileno. Parte general*, 3^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. I.
- OVALLE, G., "Imprudencia y cognición", en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 4, 2011, pp. 31-43.
- PAREDES, J. M., *El riesgo permitido en el Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PEREDA, J., *El versari in re illicita en la doctrina y en el Código Penal. Solución suareciana*, Reus, Madrid, 1948.
- REYES, I., "Sobre la construcción de la exigencia de cuidado", en *Polí. Crim*, Vol. 10, N° 19, 2015, pp. 56-91.
- RIVACOBA y Rivacoba, M. de, "El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno", en Rivacoba y Rivacoba, M. (editor): *Actas de las Jornadas Internacionales de derecho penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, EDEVAL, Valparaíso, 1975, pp. 49-126.
- RODRÍGUEZ, L.; De la Fuente, F., "El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, t. XIII (1989-1990), pp. 125-153.
- ROMEO, C., *El médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa*, Bosch, Barcelona, 1981.
- ROSAS, J., "La delimitación del deber de cuidado en la imputación de responsabilidad por imprudencia médica", en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 5, 2011, pp. 3-33.
- ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte general*, traducción de la 2^a ed. alemana de Luzón Peña. D.; Díaz y García Conledo, M.; de Vicente Remesal, J., Civitas, Madrid, 1997.
- SILVA, J.M., "Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo", en *Derecho y Salud*, Vol. 2, 1994, pp. 41-58.
- SILVA, J. M., "Aberratio ictus e imputación objetiva", en *ADPCP*, t- XXXVII, Fasc. II, 1994, pp. 347-386.
- SOLARI, T., *Versari in re illicita*, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1977, pp. 245-265.
- STRUENSEE, E., "El tipo subjetivo del delito imprudente", traducido por Cuello, J., en *ADPCP*, 1987, t. 40, pp. 423-450.

- TORÍO, A., *Versari in re illicita* y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio”, en *ADPCP*, 1976, t. XXIX, pp. 17-44.
- VAN WEEZEL, A., “Autoría y responsabilidad por el producto: ¿participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?”, en Montealegre, E. (coord.), *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, Universidad Externado de Colombia, Argentina, 2007, t. II.
- VAN WEEZEL, A., *Error y mero desconocimiento en Derecho penal*, 2^a ed., LegalPublishing, Santiago, 2009.
- VAN WEEZEL, “Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes”; en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, N° 2, 1999, pp. 323-336.
- VARGAS, T. “Peligro, peligrosidad y previsibilidad. Una breve reflexión a propósito de los delitos de peligro”, en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLI, N° 3, 2014, pp. 165-182.
- VIRTO, M. J., *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código Penal de 1848*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1984.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, traducción de Bustos, J.; Yáñez, S., 11^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.
- WILLIAMS, G., *Textbook of criminal Law*, 2^a ed., Stevens & Sons, Londres, 1983.
- ZELAYA, P., “Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)”, en *RDJ*, T. XCIV, N° 2, 1997, pp. 47-90.
- ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, traducción de Sancinetti, M., Buenos Aires: Hammurabi, 1990.