

DOCTRINA

## Determinación legal de la punibilidad en los delitos imprudentes<sup>1</sup>

*Legal determination of punishability in negligent crimes*

Georg Freund

*Philipps-Universität Marburg, Alemania*

**RESUMEN** Este artículo está dividido en dos partes. La primera busca introducir la problemática de la determinación legal de la punibilidad en general. La segunda expone cómo la ley penal sirve de fundamento habilitante abstracto-general para configurar la declaración de culpabilidad y la imposición de pena en casos concretos y para destinatarios específicos.

**PALABRAS CLAVE** Determinación de la punibilidad, delitos imprudentes, norma de conducta, norma de sanción, norma de decisión, declaración de culpabilidad y pena.

**ABSTRACT** This paper is consists of two parts. The first part seeks to introduce the problem of legal determination of punishability in general. The second part explains how criminal law serves as a general-abstract enabling basis to configure the declaration of culpability and the imposition of punishment in particular cases and for specific recipients.

**KEYWORDS** Determination of punishability, negligent crimes, rule of conduct, sanction rule, decision rule, declaration of culpability and punishment.

---

1. Traducción del profesor doctor Lautaro Contreras con el apoyo de Amelie Otto, estudiante de Derecho de la Philipps-Universität Marburg. Este artículo se basa en una conferencia que, en el contexto de la ejecución del Proyecto Fondecyt de Iniciación 11160021, fue impartida en junio de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

## Fundamentos generales e introducción a la problemática de la determinación legal de la punibilidad

### Fundamentos generales

La distinción entre norma de conducta y norma de sanción tiene una importancia fundamental para la comprensión del derecho penal. Las normas de conducta son prohibiciones o mandatos que reglamentan el comportamiento humano.<sup>2</sup> En tanto limitación de la libertad de los ciudadanos, las normas de conducta requieren legitimación. Ellas deben satisfacer el principio constitucional de proporcionalidad.<sup>3</sup> Esto significa que deben perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y adecuadas para alcanzar ese fin. Las normas de conducta tienen la función de evitar determinadas posibilidades de daño. Las prohibiciones impiden, por ejemplo, la creación de determinadas posibilidades de daño para la vida de otras personas. Los mandatos exigen evitar, a través de una conducta, aquellas posibilidades de daño que ya están presentes.

Las normas de conducta, que tienen que ser fundadas exclusivamente a través de una finalidad legítima semejante, reciben el nombre de normas de conducta legitimadas monísticamente. Un ejemplo de ello es el deber de socorro general.<sup>4</sup>

En la mayoría de las normas de conducta, hay un segundo pilar legitimador junto con la finalidad como fundamento de legitimación: la responsabilidad especial del destinatario de la norma para la evitación de la posibilidad de daño que está en juego, sirve como fundamento de legitimación complementario. Estas normas de conducta se denominan normas de conducta legitimadas dualísticamente. Una norma de conducta semejante, legitimada también a través de la responsabilidad especial del destinatario de la norma —o sea, dualísticamente— obliga, por ejemplo, a los padres a no dejar morir de hambre a su pequeño hijo o al conductor de un vehículo a frenar cuando un peatón cruza delante de él la calzada, pero también a aquel que está a punto de estrangular a otra persona. Los padres del niño tienen una responsabilidad de protección especial. En los otros casos se trata de responsabilidades por fuentes de peligro especiales.<sup>5</sup>

---

2. A veces se utiliza el concepto «norma de determinación». Este concepto es equivalente al de norma de conducta. A través de esta se motiva («se determina») al destinatario a comportarse (a actuar o a omitir) de una manera muy específica.

3. Acerca del principio de proporcionalidad constitucional véase, por ejemplo, BVerfGE 23, 127, 153; 30, 292, 316; asimismo Appel (1998: 569 ss.); Kaspar (2014: 27 ss., 351 ss., 619 ss.); Lagodny (1996: 10 ss.). Acerca de la importancia del principio de proporcionalidad para la legitimación de normas de conducta, véase Freund y Rostalski (2019: § 1 nm. 51 ss.).

4. Más en detalle acerca del deber de socorro general en situaciones de peligro grave —legitimado monísticamente—, véase Freund y Rostalski (2019: § 2 nm. 18, § 6 nm. 40 ss.).

5. Acerca de la responsabilidad especial como segundo pilar de las normas legitimadas dualísticamente, más en detalle Freund y Rostalski (2019: § 2 nm. 17 ss.); Freund (2017: nm. 171 ss.).

Normas como por ejemplo «no debes matar» o «no debes robar» no son en ningún caso normas de conducta finalizadas. Están concebidas de manera abstracta y general, y todavía no dicen nada vinculante acerca de qué es lo que jurídicamente se espera de manera exacta de una determinada persona en una situación concreta. Estas normas son únicamente productos intermedios en la configuración de una norma de conducta concretizada en un contexto y destinatario específico. Una norma semejante es, sin embargo, necesaria para poder decidir, por ejemplo, si el aparato de soporte vital al cual está conectado un paciente gravemente enfermo puede ser desconectado, o incluso debe serlo si el paciente lo exige. Del mismo modo, es necesaria la configuración de esta norma de conducta concretizada cuando hay que decidir cuán rápido se puede conducir un vehículo motorizado si hay poca visibilidad en la carretera. Esa norma de conducta concretizada se denomina en ocasiones «deber individual». Sin embargo, en cualquier caso se trata de una norma jurídica que puede generalizarse y que pretende regir siempre en estas situaciones. Crear primero esa norma y a continuación acatarla constituye la tarea propia del destinatario de la norma potencial, o sea, del ciudadano responsable.<sup>6</sup>

En el contexto del derecho penal, las normas de sanción son normas que ordenan una declaración de culpabilidad y una determinada pena como reacción a la infracción de una norma de conducta (y a sus consecuencias, si las hubiera). Estas órdenes de sanción concretas también tienen que cumplir, en tanto intervención en un derecho, las exigencias del principio de proporcionalidad.<sup>7</sup>

Las normas contenidas en leyes penales, como por ejemplo «quien mate a una persona será castigado», no son normas de sanción finalizadas. Están concebidas de un modo abstracto-general y todavía no dicen nada vinculante respecto de si y bajo qué presupuestos concluyentes que tienen que ser observados una determinada persona tiene que ser declarada culpable por homicidio, y cómo tiene que ser penada exactamente. Estas normas son solamente fundamentos habilitantes para la configuración de una norma de decisión referida al caso específico, que tiene como contenido una orden de sanción concreta.<sup>8</sup> Esa norma de decisión tiene que ser configurada por el tribunal penal competente. Naturalmente, como norma jurídica ella exige ser generalizable.<sup>9</sup>

---

6. Acerca de las condiciones de vigencia de normas de conducta concretizadas para un contexto y destinatario específico, más detalladamente Freund y Rostalski (2018: 270 ss.).

7. Acerca de la importancia del principio de proporcionalidad también para el ordenamiento sancionatorio, más en detalle Freund y Rostalski (2019: § 1 nm. 28 ss.).

8. Acerca de las condiciones de legitimación de órdenes de sanción concretas sobre la base de fundamentos habilitantes contenidos en leyes penales, más en detalle Freund y Rostalski (2018: 264 ss.). El destinatario de la norma habilitante naturalmente no es el ciudadano, sino el órgano del Poder Judicial. Ver al respecto, por ejemplo, Rostalski (2018: 157, 162 con ulteriores referencias).

9. Acerca de la concretización del derecho a través de la configuración de una «norma de decisión»,

## Introducción a la problemática de la determinación legal de la punibilidad

«Ninguna pena sin ley. Un hecho solo puede ser castigado mientras que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes de que el hecho se cometiera».<sup>10</sup> No es esta la oportunidad para tratar todos los aspectos del principio de legalidad.<sup>11</sup> En todo caso, según una de sus razones fundamentales, se trata de una manifestación especial de una exigencia importante en una comunidad democráticamente constituida: las intervenciones estatales en los derechos de las personas requieren una ley emanada del parlamento que habilite para ello.<sup>12</sup>

Tratándose especialmente de los hechos imprudentes, se niega a veces su determinación legal.<sup>13</sup> La conducta no permitida no estaría determinada de manera suficiente

---

ver Müller y Christensen (2013: 242 [nm. 233]). La norma de decisión regula el caso concreto. En comparación con la norma jurídica abstracto-general, la norma de decisión «es su estado individual de agregación que depende respectivamente de un determinado caso y de su solución vinculante». Correctamente destacan Müller y Christensen el carácter de la norma de decisión como norma (que no corresponde únicamente a regulaciones abstracto-generales). Con razón destacan también (2013: 280 [nm. 275]) que en la concretización necesaria se trata de «la producción de una norma jurídica general en el marco de la solución de un determinado caso». «No se puede demostrar una norma jurídica ya existente, que pueda contener factores de efectos distribuibles, órdenes, expresiones sustantivas de cualquier tipo». Acerca de la capacidad de generalización de la norma jurídica que tiene que ser creada y que sirve de base a la norma de decisión que regula el caso concreto, cfr. Müller y Christensen (2013: 42 [nm. 16]); además Möllers (2017: § 14 nm. 7 ss.).

10. Cfr. al respecto, por ejemplo, BVerfG NJW 2010, 3209, 3210; Hecker (2019: § 1 nm. 6); Roxin (2006: § 5 nm. 7 ss.); Kuhlen (2007: 89 ss.; 2012: 431). En Chile se destaca especialmente el *mandato de determinación*; los incisos 8 y 9 del artículo 19 número 3 de la Constitución chilena señalan que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

11. Por ejemplo, la prohibición de retroactividad contenida en el principio de legalidad muestra que también se trata de una limitación para el legislador penal, que no puede convertirse en juez de hechos penales *cometidos*. El legislador penal solo puede crear fundamentos habilitantes generales —independientes del caso concreto— para intervenciones penales de los tribunales de justicia; véase al respecto Freund (2013: 36 y s.).

12. Acerca de la razón que sirve de fundamento a ello, véase Freund (2013: 36 ss.). Lo dicho vale también para las agravaciones de la pena. Continuando con un concepto de agravamiento de la pena legalmente más determinado y también más ajustado a la *ratio*, Heinrich (2016). Con este modelo se alcanza un justo equilibrio entre la técnica tradicional consistente en normar tipos penales calificados (que garantizan una seguridad jurídica mayor, pero que son demasiado rígidos) y la técnica de normas que contienen reglas a modo de ejemplo (que facilitan resultados para el caso concreto más flexibles y, por tanto, más adecuados).

13. A modo de ejemplo, Schmitz (2010: 181 ss.). Además, por ejemplo, Duttge (2017: § 15 nm. 33 ss.); cfr. también el mismo (2001, pp. 29 ss., 135 ss. con ulteriores referencias).

en el correspondiente tipo.<sup>14</sup> A menudo, se afirma que el principio de legalidad tiene por tarea asegurar la protección de la confianza.<sup>15</sup>

Aquí hay un gran malentendido: la protección de la confianza legítima tiene que lograrse a través de un orden de conducta jurídico concebido adecuadamente. Exigencia básica irrenunciable de todo hecho punible es la infracción de una norma de conducta legitimada ya en el momento del comportamiento (!), que esté concretizada en un contexto y destinatario específico. Ya esta exigencia garantiza de manera óptima que ningún inocente pueda ser sorprendido por el derecho penal.<sup>16</sup>

### **Declaración de culpabilidad y pena sobre la base de fundamentos habilitantes legales-penales**

La restitución del derecho como tarea de la declaración de culpabilidad y de la pena

Con la brevedad que obliga esta contribución: tarea de la declaración de culpabilidad y de la pena es reaccionar adecuadamente desaprobando la infracción de una norma de conducta determinada. La infracción de la norma de conducta por parte del autor significa un cuestionamiento de la vigencia de la norma. Este cuestionamiento tiene que ser contradicho para que el derecho reciba la confirmación necesaria.<sup>17</sup> Esta concepción puede denominarse teoría de la pena retributiva.<sup>18</sup>

---

14. Ver también, por ejemplo, Duttge (2017: § 15 nm. 35) y Schmitz (2010: 181 ss.), ambos con ulteriores referencias.

15. En este sentido, por ejemplo, Schmitz (2017: § 1 nm. 9 con ulteriores referencias); cfr. acerca de este aspecto de protección a menudo (sobre)acentuado también Jarass y Piroth (2011: artículo 20 GG nm. 67 ss.); además, por ejemplo, BVerfGE 48, 48 56 (considerando los arts. 2 II y 20 III de la constitución alemana, se destaca la protección de la confianza especialmente en BVerfG NJW 2006, 3483, 3484). Crítica al respecto Rostalski (2018: 157 ss.).

16. Coincidente al respecto, por ejemplo, Remde (2012: 33 s.) y Rostalski (2018: 158 ss.).

17. Acerca de la comprensión de la declaración de culpabilidad y de la pena como contradicción frente a la infracción de la norma de conducta del autor, véase Jakobs (1991: 1/9 ss.; 2004: 28 ss.); al respecto Frisch (2015: 67 s., 75 ss.).

18. Acerca de mi *teoría de la pena retributiva*, más en detalle Freund y Rostalski (2019: § 1 nm. 24 ss., 28 ss.; ver también número 37 ss. acerca de la teoría de la pena expresiva retributiva de Rostalski; a pesar del enfoque diferente llega a las mismas consecuencias para la declaración de la culpabilidad y la imposición de la pena: la prevención general y especial no son razones admisibles para el castigo).

## La ley penal como fundamento habilitante abstracto-general para la configuración de una orden de sanción referida al caso concreto (declaración de culpabilidad y pena)

Las leyes penales no contienen órdenes de sanción para personas concretas acusadas por un determinado hecho punible cometido. Esto está estrictamente prohibido al legislador penal en virtud del principio de legalidad, que se basa en la separación de poderes.<sup>19</sup> El legislador penal no puede ser juez de hechos punibles cometidos. Antes bien, el legislador tiene que crear, con la distancia requerida, una regulación independiente del caso concreto para una «clase» de casos futuros, determinada según características abstractas.<sup>20</sup> Él tiene que crear un fundamento habilitante legal para los tribunales penales que autorice su intervención. De esta manera, la corrección de las intervenciones penales puede apoyarse en una base más amplia de legitimación. Solo se puede castigar si existe un fundamento habilitante expreso para el castigo concreto en forma de ley, creado antes del hecho y, adicionalmente, se puede justificar que ese castigo representa una reacción adecuada al hecho cometido.<sup>21</sup>

Las leyes penales no contienen normas de conducta. Ellas se refieren a infracciones de normas de conducta de determinada cualidad. Las normas de conducta pueden estar legitimadas monística o dualísticamente.<sup>22</sup> En la gran mayoría de preceptos penales se sobrentiende (casi) por sí mismo que estos captan únicamente infracciones a normas de conducta legitimadas dualísticamente, es decir, también a través de la responsabilidad especial del destinatario de la norma.

La ley penal como fundamento habilitante para la intervención penal fija, en este contexto, un indicador importante para la norma de decisión con orden de sanción, que tiene que ser configurada para el caso concreto sobre la base de aquella. La ley penal menciona el suceso o acontecimiento a cuya evitación debe tender la norma de conducta, que tiene que ser legitimada mediante los criterios generales. De esta manera, se establece el fin legítimo de las normas de conducta, en las que está desaprobadada una infracción típica específica.<sup>23</sup>

Un ejemplo simple: el § 222 del Código Penal alemán es una ley penal que habilita una declaración de culpabilidad y una pena por homicidio imprudente. La norma reza: «Quien cause a través de imprudencia la muerte de una persona, será castiga-

---

19. Al respecto y en lo que sigue, véase Freund (2013: 36 ss.).

20. En el sentido de esta interpretación, especialmente de la prohibición de retroactividad, de manera correcta, por ejemplo, Remde (2012: 34).

21. Sobre la interacción entre el concepto de delito material y las limitaciones formales de la punibilidad, cfr. Freund (2017: nm. 27 ss., 31 ss., con ulteriores referencias). Acerca del reparto de tareas entre el legislador y los tribunales penales, véase, por ejemplo, Freund (2007: 64 s.) y Reus (2010: 174 ss.).

22. Véase en la primera sección de este artículo.

23. Sobre el particular, véase Freund y Rostalski (2019: § 1 nm. 11 ss.).

do». De esa manera, se determina exactamente la finalidad legítima de las normas de conducta, que, en caso de contravención, pueden fundar una infracción de norma de conducta típico-específica. De este modo, la ley penal determina el alcance de la punibilidad en una forma abstracta-general con una precisión que no puede ser superada.

Con estas determinaciones legales, el legislador penal ha cumplido con sus «deberes» de manera íntegra. Ya no recae en su ámbito de tareas aclarar si las exigencias abstracta-generales de la ley penal se cumplen realmente en el caso concreto. Semejante tarea no podría ser cumplida adecuadamente por ningún legislador del mundo. En este contexto queda claro que las razones de legitimación de una norma de conducta quebrantada —protección de bienes jurídicos específica y responsabilidad especial— son los dos aspectos específicos de la conducta típica. Precisamente, estos aspectos tienen que poder desprenderse clara e inequívocamente de la norma de sanción.

No se entiende otra cosa cuando el mandato de determinación del principio de legalidad exige describir de manera exacta la conducta que tiene que ser castigada en el precepto penal. No se trata, por ejemplo, de describir alguna o incluso todas las formas de aparición de comportamiento concretas que cumplen con los presupuestos de la conducta típica. Eso sería un naturalismo equivocado y, desde el punto de vista práctico, apenas realizable. Solo para el catálogo de comportamientos que satisfacen el tipo penal de injurias sería necesario un libro grueso, que quedaría obsoleto a más tardar con su aparición. Lo mismo vale para la enumeración de todas las formas de conducta que pueden llevar a una responsabilidad por homicidio imprudente. Cuando el mandato de determinación exige la descripción de la conducta que tiene que ser castigada, se trata única y exclusivamente de proceder a una clara e inequívoca definición de criterios que tienen que cumplirse para que una conducta concreta y determinada esté desaprobada típico-específicamente.<sup>24</sup> El legislador penal no puede determinar con mayor precisión qué tiene que ser punible exactamente.

No existe una diferencia relevante entre las leyes penales que captan los hechos imprudentes y aquellas que se refieren a hechos dolosos. Por ejemplo, cuando en la sección primera del § 212 del Código Penal alemán se dice: «quien mate a una persona», esto de ninguna manera tiene que interpretarse como una norma de conducta que regule o incluso concrete la prohibición de matar. La expresión «mate» no es más precisa o restrictiva que las expresiones «por imprudencia» o «imprudente». Como norma de sanción que cumple por completo el principio de legalidad, el tipo de homicidio adquiere contornos claros exclusivamente a través de la definición que este hace del correspondiente resultado: tiene que haberse producido la muerte de una persona y, obviamente, debido a la infracción de una norma de conducta correspondiente, legitimable típico-específicamente.

---

24. Coincidente al respecto Rostalski (2018: 157, 167 ss.).

La infracción de una norma de conducta concretizada como presupuesto de aplicación de la ley penal abstracta-general y como criterio de la norma de decisión que tiene que ser configurada por el tribunal penal

La ley penal no puede decidir por sí misma si sus presupuestos de aplicación se reúnen en el caso concreto. Para ello, el tribunal penal competente tiene que configurar una norma de decisión adecuada.<sup>25</sup> El fundamento habilitante abstracto-general para determinadas sanciones con declaración de culpabilidad y pena tiene regularmente dos presupuestos. En el primero se trata del resultado necesario: en los delitos de homicidio es la muerte de una persona debido a una acción u omisión, y en los delitos de lesiones la afectación a la integridad corporal atribuible a una conducta humana. Para los daños materiales y el hurto no vale algo distinto. Este resultado puro puede ser captado fácilmente a través de la mera lectura de una ley penal. Esto vale por igual para los hechos dolosos y los imprudentes.<sup>26</sup>

En el segundo requisito de habilitación de sanción de la ley penal abstracto-general, se trata de la infracción de una norma de conducta que hay que legitimar en un específico contexto y destinatario, y que (con una responsabilidad especial dada) tendría que evitar el curso concreto que lleva al resultado. También este segundo requisito, como tal, se deduce regularmente sin dificultad de la ley penal. Debido a su referencia al curso que hay que evitar por el derecho —por ejemplo, la muerte de una persona— se define claramente qué clase de infracciones a normas de conducta están desaprobadas típico-específicamente. Incluso, un lego en temas jurídicos no debería tener problemas para comprender que en los delitos de homicidio se trata de la infracción de normas de conducta que pueden legitimarse en interés de la protección de la vida de otras personas.

En este contexto, es importante liberarse de representaciones equivocadas: las normas de conducta no están —como ya se dijo— contenidas como tales en las leyes penales. Por el contrario, ellas se infieren de los principios generales del comportamiento jurídicamente correcto, teniendo en cuenta las normas existentes del derecho positivo.<sup>27</sup> Con todo, es insuficiente quedarse con expresiones abstracto-generales, ya que ellas están sujetas a reservas de aplicación concreta que no se han especificado con más detalle. Para la obtención del derecho práctico se necesitan normas de conducta concretizadas que rijan (como deber individual) en una situación muy concreta para una persona muy determinada. Solo deberes semejantes pueden asegurar una protección de bienes jurídicos efectiva y, sobre todo, adecuada.

---

25. Ver al respecto *supra* nota 7 y s.

26. Por ejemplo también para el perjurio (§ 154 del Código Penal alemán) y para el juramento falso culposo (§ 161 I en relación con el § 154 I, ambos del Código Penal alemán): el resultado consiste en «la declaración falsa bajo juramento».

27. ¡En la medida que ellas existan!



La norma eficaz para la conducta, directamente necesaria en el caso concreto, tampoco está de alguna manera o en algún lugar ya presente. Por el contrario, ella tiene que ser configurada en la vida diaria por el ciudadano responsable, ya que él es el destinatario de la norma potencial. Para él, la base de enjuiciamiento solo puede ser la situación en la que se encuentra. Lo que él no sabe, o al menos no puede reconocer, no es capaz de influenciar *a priori* su conducta en un determinado sentido. En consecuencia, la configuración de la norma de conducta necesaria para guiar el comportamiento depende de las circunstancias individuales de la persona en cuestión. Solo cuando una norma de conducta puede ser configurada y acatada es capaz de cumplir su fin legítimo: la evitación de afectaciones a bienes jurídicos a través de una conducta que se ajusta a la norma.<sup>28</sup> De lo contrario, se trataría de una exigencia sin sentido. Esto es lo que señaló correctamente Karl Binding hace mucho tiempo.<sup>29</sup>

### Definiciones aclaratorias

#### *Infracción a norma de conducta típico-específica y definición de comportamiento defectuoso imprudente*

Hace algún tiempo, propuse una definición aclaratoria del comportamiento defectuoso imprudente.<sup>30</sup> Así, imprudentemente se comporta quien, en vista de la situación que ha encontrado, crea o no impide la posibilidad de realización del tipo no justificada, que es previsible, evitable y que tiene que ser evitada de acuerdo con el derecho según sus condiciones individuales.

Previsibilidad significa que el autor tiene que estar individualmente en condiciones de reconocer la inminente realización del tipo no justificada en los delitos de resultado, especialmente los daños inminentes. Representaciones concretas del curso no tienen que configurarse, es suficiente con que ciertos eventos no puedan ser descartados.

---

28. El fin legítimo de una norma de conducta no puede ser permitir una condena penal. Es cierto que la legitimación de una condena después del hecho cometido guarda estrecha relación con la legitimación de la norma de conducta. Sin embargo, hay que distinguir claramente ambos planos de fundamentación: la norma de conducta no puede ser creada por el tribunal penal con efecto retroactivo para legitimar la condena. Teniendo en cuenta sus efectos, una norma de conducta únicamente puede evitar posibilidades de daño hacia el futuro. Ella debe poder desarrollar su efectividad en el momento de la conducta. Por ello, tiene que descartarse una legitimación de las normas de comportamiento realizada *ex post* por los tribunales penales.

29. Binding (1885: 158): «Lo que no tiene sentido, sin embargo, no lo intenta una persona razonable» y (1885: 159): «la contrariedad a la norma y la contrariedad a la norma culpable son idénticas». Al respecto, véase también Freund y Rostalski (2019: § 2 nm. 29, con ulteriores referencias en la nota al pie 40).

30. Freund (2007: 78 s.). Ver también Freund y Rostalski (2019: § 5 nm. 91 ss.).

Evitabilidad significa que al autor le tiene que ser posible, con la ayuda de sus capacidades y conocimientos individuales, no crear el peligro o evitar este.

«Tener-que-evitar» significa que, en el marco de una ponderación global, el interés que tiene que ser protegido debe preponderar sobre los intereses del autor (ponderación de bienes e intereses).

En contra de la concepción más extendida, no existe entre la conducta defectuosa dolosa y la meramente imprudente ninguna relación de exclusividad. A pesar de la diferencia cualitativa, el injusto de esta última está contenida en la primera como un *minus*. En relación con la conducta imprudente, el injusto de comportamiento del autor doloso abarca un plus específico.<sup>31</sup> El autor doloso expresa su menosprecio a la vigencia de la norma en forma ideal-típica más pronunciada.<sup>32</sup>

Sobre la base de esta relación *plus-minus* entre el hecho doloso y el imprudente, resulta evidente que es posible, en caso de no poco frecuente prueba fracasada del dolo en el proceso penal, condenar por un hecho imprudente.<sup>33</sup> Cuando los partidarios de la tesis de la exclusividad quieren condenar, en esos casos de dolo posiblemente dado de todos modos, también por imprudencia,<sup>34</sup> infringen sobre la base de su concepción de manera evidente el principio de legalidad.

De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta ahora, tampoco es problemático determinar las exigencias que tienen que imponerse al hecho consumado, más exactamente a las consecuencias específicas de la conducta defectuosa.

### *Definición de las consecuencias específicas («imputables») de la conducta defectuosa imprudente*

Los requisitos de un hecho imprudente consumado no se diferencian de aquellos que tienen que cumplirse también en los hechos dolosos. En los hechos dolosos consumados tienen que cumplirse solamente presupuestos adicionales especiales de la responsabilidad dolosa por las consecuencias.<sup>35</sup> Las consecuencias «imputables» de la conducta defectuosa imprudente son la forma básica de responsabilidad por las

---

31. Coincidente al respecto, por ejemplo, Frisch (1988: 40); Hardtung (2017: nm. 1 s.); Puppe (2017a: nm. 154; 2017b: nm. 5) («dolo como caso especial de la imprudencia»); Rostalski (2016: 73, 79 ss.). Sin embargo, en el sentido de una relación de exclusividad o de *aliud*, por ejemplo, Duttge (2017: nm. 102 ss.).

32. Fundamental acerca de la prestación defectuosa personal calificada del autor doloso, Frisch (1983: 102 ss. *et passim*); ver también Freund (2017: nm 204 ss., 298, 370 ss.).

33. Llama la atención acertadamente sobre este aspecto procesal que a menudo se descuida, Puppe (2017b: nm. 5.).

34. Así, por ejemplo, Duttge (2017: nm. 104).

35. Freund (2010, pp. 217 ss.); ver también Freund y Rostalski (2019: § 7 nm. 124 ss.).

consecuencias.<sup>36</sup> Para esto, no tienen que considerarse «relaciones» diferentes e independientes.<sup>37</sup> Más bien, solo hay un único criterio: el suceso dañoso que ha acontecido realmente tiene que haber sido evitable de acuerdo con el derecho.<sup>38</sup> Dicho de otra forma: la evitación del suceso dañoso que se ha convertido en una realidad tiene que haber operado en el momento del comportamiento *ex ante* como razón de legitimación de la norma de conducta infringida. Uno también puede decir: el suceso dañoso que se ha vuelto realidad tiene que estar abarcado por el fin de protección de la norma de conducta infringida, concretizada en un contexto y destinatario específico. En general, se puede definir que el resultado (imputable a la conducta imprudente) existe cuando se realiza la posibilidad de ejecución del tipo no justificada previsible y evitable para el autor, según sus condiciones individuales, y que tiene que ser evitada de acuerdo con el derecho.

En los delitos de resultado se puede decir que el resultado acaecido (por ejemplo, la muerte de una persona) tiene que ser la consecuencia específica de la conducta defectuosa imprudente. Esto es así cuando el resultado constituye la parte final de un suceso dañoso que de acuerdo con el derecho habría podido y debido evitarse.

### Claro cumplimiento de los presupuestos de la punibilidad y límite inferior del derecho penal

La configuración de la norma de conducta concretizada en un contexto y destinatario específico es a menudo una tarea difícil. Es la labor muy personal del ciudadano responsable (en interés de la protección de bienes jurídicos) aportar esta prestación de concretización y acatar también la norma conformada por él. En el contexto del derecho penal debe aclararse en cada caso si el destinatario de la norma ha infringido realmente una norma de comportamiento que tenía que ser configurada y acatada por él. Esto vale tanto para los hechos dolosos como para los imprudentes.

---

36. Ver respecto de esta forma básica de responsabilidad por las consecuencias Freund (2010: 217); Freund y Rostalski (2019: § 2 nm. 55 ss.).

37. Así se encuentra, por ejemplo, el examen de la relación causal (o de la relación cuasi-causal) junto con la relación de imputación. Dentro de esta última se encuentran aspectos yuxtapuestos desconectados como, por ejemplo, la relación de adecuación, la relación del fin de protección, la relevancia típica de la lesión al deber de cuidado, el principio de autorresponsabilidad como principio que interrumpe la imputación. Cfr. Wessels y Beulke (2007: nm. 875); Wessels, Beulke y Satzger (2019: nm. 1112, 1127 ss.) («relación del fin de protección», «relación de contrariedad al deber», «principio de autorresponsabilidad», «consideración de la conducta contraria a deber de la víctima o de otros terceros»). Está extendida la distinción entre relación del fin de protección y relación de contrariedad al deber; cfr. Kühl (2017: § 17 nm. 45 ss. y 68 ss.); Jescheck y Weigend (1996: § 55 II 2 b [583 ss.]) (bajo el término genérico de «relación de antijuricidad»); ver al respecto también Hoyer (2017: nm. 66).

38. Ver al respecto y en lo que sigue a Freund y Rostalski (2019: § 2 nm. 55 ss., § 5 nm. 65 ss.).

Las dificultades para fundar la existencia de un quebrantamiento a una norma de conducta típico-específica nunca conducen a una infracción de la correspondiente norma de sanción en contra del mandato de determinación. Lo que se deduce de esto no es más que una limitación casi evidente de su campo de aplicación a los casos claramente abarcados, o sea los casos en los cuales es posible afirmar sin ninguna duda y de manera convincente que existe la infracción a la norma de conducta típico-específica necesaria.

No se trata solo de excluir los casos de duda en relación con el cumplimiento de los presupuestos de la punibilidad en el ámbito puramente fáctico. Solo se puede sancionar cuando el siguiente resultado inequívoco de valoración puede ser fundado convincentemente: la persona afectada tendría que haber podido y debido ella misma, en el momento relevante de la conducta, llegar a la conclusión de que no podía comportarse como lo hizo (Freund, 1991: 387, 396 ss.). También dudas de valoración, basadas en que existe otra posición dentro de los límites de lo que todavía es razonable, impiden la sanción basada en la ley penal. ¡Su requisito de aplicación central no concurre inequívocamente! Como se trata de la restitución del derecho, solo puede y debe ser restituido aquello que efectivamente, y en todos los aspectos inequívocamente, ha regido.<sup>39</sup> En caso de duda, no se puede aceptar ningún hecho punible. Esto también vale para la valoración pura del hecho comprobado. El derecho penal tiene que limitarse a los casos claros de infracción a normas de conducta.

Hay que agregar algo más: teniendo en cuenta la especial intensidad de la intervención en forma de declaración de culpabilidad y de pena, no basta con que se pueda fundar una infracción a una norma de conducta típico-específica clara e inequívoca. Por el contrario, del principio de proporcionalidad constitucional se deriva una exigencia adicional que tiene que ser cumplida en todos los hechos punibles: la infracción a la norma de conducta típico-específica tiene que ser también lo suficientemente grave para la declaración de culpabilidad y la pena (Freund y Rostalski, 2019: § 2 nm. 45 s., § 4 nm. 92.).

Este criterio del hecho punible general del derecho material tiene que cumplirse naturalmente también en los delitos imprudentes. Cuando esto sucede, el ámbito de aplicación de los tipos imprudentes se restringe todavía más. Solo quedan entonces captados aquellos casos en que el contenido de injusto del comportamiento defectuoso, necesario para la declaración de culpabilidad y la pena, ya no se puede poner seriamente en duda.<sup>40</sup> Finalmente, en vista de lo anterior, hay que constatar: en los

---

39. También Jakobs (2004: 47) destaca con razón que la pena solo puede servir a la mantención de la vigencia de la norma y no a su establecimiento.

40. A modo de aclaración: las leyes penales —también los delitos imprudentes— no se vuelven demasiado vagas porque a causa del principio de proporcionalidad una conducta defectuosa suficientemente importante se erija como presupuesto de aplicación. Para el manejo correcto de dudas fácticas y de

delitos imprudentes clásicos, ¡la determinación legal de la punibilidad ha sido lograda correctamente y sin falla!

## Referencias

- APPEL, IVO (1998). *Verfassung und Strafe, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*. Berlín: Duncker & Humblot.
- BINDING, Karl (1885). *Handbuch des Strafrechts, Band 1*. Leipzig: Duncker & Humblot.
- DUTTGE, Gunnar (2001). *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- DUTTGE, Gunnar (2017). «StGB § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln». En Wolfgang Joecks y Klaus Miebach (editores), *Münchener Kommentar zum Strafrecht*. 3.ª ed. München: C.H. Beck. Disponible en <https://bit.ly/2uywFWA>.
- FREUND, Georg y Frauke Rostalski (2018). «Normkonkretisierung und Normbefolgung, Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 5: 264-273. Disponible en <https://bit.ly/37oFlor>.
- FREUND, Georg y Frauke Rostalski (2019). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 3.ª ed. Berlín: Springer.
- FREUND, Georg (1991). «Richtiges Entscheiden - am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Relativität objektiver Daten». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 138 (8): 387-410.
- FREUND, Georg (2007). «Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Zur Funktion gesetzlicher Begriffe und ihrer Definition bei der Rechtskonkretisierung». En Michael Hettinger, Thomas Hillenkamp y Michael Köhle (editores), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag* (pp. 63-82). Heidelberg: C.F. Müller.
- FREUND, Georg (2010). «Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat». En René Bloy, Martin Böse, Thomas Hillenkamp, Carsten Momsen, Peter Rackow (editores), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (pp. 213-240). Berlín: Duncker & Humblot.
- FREUND, Georg (2013), «Nicht „entweder - oder“, sondern „weder - noch“ - Zum Verstoß gesetzalternativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG». En Mark Zöllner, Hans Hilger, Wilfried Küper, Claus Roxin (editores), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013* (pp. 35-59). Berlín: Duncker & Humblot.

---

valoración rige lo que ya se ha dicho: si subsisten dudas, los presupuestos de aplicación, que se deducen de la ley penal en relación con las directrices constitucionales, no se reúnen.

- FREUND, Georg (2017). «Vorbemerkung zu § 13». En Wolfgang Joecks, Wolfgang y Klaus Miebach (editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3.<sup>a</sup> ed. Múnich: C.H. Beck. Disponible en <https://bit.ly/34e7LHT>.
- FRISCH, Wolfgang (1988). *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: C.F. Müller.
- FRISCH, Wolfgang (1983). *Vorsatz und Risiko*. Colonia: Carl Heymanns.
- . (2015). «STRAFE, Straftat und Straftatsystem im Wandel». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 162 (2): 65-85.
- HARDTUNG, Bernhard (2017). «StGB § 222 Fahrlässige Tötung». En Wolfgang Joecks, Wolfgang y Klaus Miebach (editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3.<sup>a</sup> ed. Múnich: C.H. Beck. Disponible en <https://bit.ly/37rmeCH>.
- HEINRICH, Julia (2016). *Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen. Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre*. Berlín: Duncker & Humblot.
- HECKER, Bernd (2019). «StGB § 1 Keine Strafe ohne Gesetz». En Adolf Schönke y Horst Schröder (editores), *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30.ª ed. Múnich: C.H. Beck. Disponible en <https://bit.ly/3oYXSxK>.
- HOYER, Andreas (2017), «Ahn zu § 16». En Jürgen Wolter (editor), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1*. 9.<sup>a</sup> ed. Neuwied: Carl Heymanns.
- JARASS, Hans y Bodo Pieroth (2011). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*. 11.<sup>a</sup> ed. Múnich: C.H. Beck.
- JAKOBS, Günther (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 3.<sup>a</sup> ed. Berlín: Walter de Gruyter.
- JAKOBS, Günther (2004). *Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck*. Paderborn: Schöningh.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend (1996). *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5.<sup>a</sup> ed. Berlín: Duncker & Humblot.
- KASPAR, Johannes (2014). *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- KÜHL, Kristian (2017). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 8.<sup>a</sup> ed. Múnich: Vahlen.
- KUHLEN, Lothar (2007). «Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot». En Gerhard Dannecker y Harro Otto (editores), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (pp. 89-105). Colonia: Carl Heymanns Verlag.
- KUHLEN, Lothar (2012). «Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes». En Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel y Jan C. Schuhr (editores), *Gesetzlichkeit und Strafrecht* (pp. 429-444). Berlín: Duncker & Humblot.
- LAGODNY, Otto (1996). *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- MÖLLERS, Thomas (2017). *Juristische Methodenlehre*. Múnich: C.H. Beck.

- MÜLLER, Friedrich y Ralph Christensen (2013), *Juristische Methodik, Band I Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*. 11.ª ed. Berlín: Duncker & Humblot.
- PUPPE, Ingeborg (2017a). «Vorbemerkungen zu §§ 13 ff». En Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen (editores), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1*. 5.ª ed. Baden-Baden: Nomos. Disponible en <https://bit.ly/2EfpZOy>.
- PUPPE, Ingeborg (2017b). «§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges handeln». En Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen (editores), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1*. 5.ª ed. Baden-Baden: Nomos. Disponible en <https://bit.ly/2LOmbYz>.
- ROSTALSKI, Frauke (2016). «Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes». *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 163 (2): 73-89.
- ROSTALSKI, Frauke (2018). «Bestimmtheit der Sanktionsnorm bei bestimmbarer Verhaltensnorm. Zugleich ein Beitrag zu Inhalt und Aufgabe des verfassungsrechtlichen Gebots gesetzlicher Bestimmung der Strafbarkeit». *Rechtsphilosophie Zeitschrift für Grundlagen des Rechts* (2): 157-171. DOI: 10.5771/2364-1355-2018-2-157.
- REMDE, Carina (2012). *Die Zukunft präventiven Freiheitsentzugs vor dem Hintergrund der EMRK*. Hamburgo: Kovač.
- REUS, Katharina (2010). *Das Recht in der Risikogesellschaft. Der Beitrag des Strafrechts zum Schutz vor modernen Produktgefahren*. Berlín: Duncker & Humblot.
- ROXIN, Claus (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4.ª ed. Múnich: C.H.Beck.
- SCHMITZ, Roland (2010). «Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns». En Wolfgang Joecks y Erich Samson (editores), *Recht - Wirtschaft - Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag* (pp. 181-198). Heidelberg: C.F. Müller.
- SCHMITZ, Roland (2017). «StGB § 1 Keine Strafe ohne Gesetz». En Wolfgang Joecks, Wolfgang y Klaus Miebach (editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.ª ed. Múnich: C.H. Beck. Disponible en <https://bit.ly/2PF9pNr>.
- WESSELS, Johannes y Werner Beulke (2007). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*. 37.ª ed. Heidelberg: C.F.Müller.
- WESSELS, Johannes, Werner Beulke y Helmut Satzger (2019). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*. 39.ª ed. Heidelberg: C.F.Müller.

## Sobre el autor

GEORG FREUND es abogado, doctor en Derecho y profesor titular de la cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal y filosofía del Derecho en la Philipps-Universität Marburg, Alemania. Su correo electrónico es [strafrfr@jura.uni-marburg.de](mailto:strafrfr@jura.uni-marburg.de) o [freund@jura.uni-marburg.de](mailto:freund@jura.uni-marburg.de).

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

---

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

### DIRECTOR

Álvaro Castro  
([acastro@derecho.uchile.cl](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

### SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

### CORREO ELECTRÓNICO

[cej@derecho.uchile.cl](mailto:cej@derecho.uchile.cl)

### LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía  
([www.tipografica.cl](http://www.tipografica.cl)).