

(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia «inconsciente»

Diego González Lillo

Universidad de Barcelona

Abstract*

*El artículo ofrece una vía de solución alternativa para constelaciones normalmente reconducidas a la así llamada imprudencia inconsciente, pues, según la tesis que será defendida aquí, la opinión dominante no satisface correctamente los requerimientos del principio jurídico *ultra posse nemo obligatur*, esto es, “deber exige poder”. Para ello, en primer lugar, en el presente trabajo se expondrán brevemente la estructura y fundamento de la imprudencia como criterio de imputación extraordinaria. A continuación, sobre la base de un concepto de consciencia disposicional se explicarán casos cotidianos de imprudencia inconsciente. Finalmente, se aplicará como herramienta auxiliar la estructura de la *actio libera in causa*, especialmente para solucionar los casos de olvido.*

*Der Aufsatz bietet einen alternativen Lösungsweg für Konstellationen an, die von der vorherrschende Meinung normalerweise als unbewusste Fahrlässigkeit behandelt werden. Dieser gewöhnliche Vorgang ist kritisierbar, weil er den rechtlichen Grundsatz des *ultra posse nemo obligatur* — das heißt: „Sollen erfordert Können“ — nicht richtig erfüllt. In der vorliegenden Arbeit werden zunächst die Struktur und den Grund der Fahrlässigkeit als außerordentliches Zurechnungskriterium kurz skizziert. Danach werden auf der Basis einem dispositionellen Bewußtseinsbegriff tägliche Fälle von unbewussten Fahrlässigkeit erklärt. Schließlich wird als Hilfswerkzeug die Struktur der *actio libera in causa* verwendet, um insbesondere Fälle des Vergessens zu lösen.*

*The article offers an alternative solution for cases usually led to the so called negligence, since, according to the thesis that will be defended here, the dominant opinion does not correctly fulfill the requirements of the *ultra posse nemo obligatur* principle, that is to say, “ought demands can”. With this purpose, first, the structure and ground of negligence as an extraordinary imputation criterion will be briefly explained. After that, daily cases of negligence will be explained from a dispositional notion of consciousness. Finally, as an auxiliary tool, the structure of the *actio libera in causa* will be used, especially to solve cases of forgetting.*

Titel: Neubetrachtungen über die sogenannte unbewusste Fahrlässigkeit

Title: Reconsiderations about the so-called negligence

Palabras clave: imprudencia inconsciente; imputación extraordinaria; consciencia disposicional; actio libera in causa

Stichworte: unbewusste Fahrlässigkeit; außerordentliche Zurechnung; dispositionelle Bewußtsein; actio libera in causa

Keywords: negligence; extraordinary imputation; dispositional consciousness; actio libera in causa

* Sobre el autor: Becario CONICYT PFCHA/Doctorado Becas Chile - 72160266.

Por sus valiosas observaciones y sugerencias, agradezco a la Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo y al Dr. Vicente Valiente Ivañez, como también al Dr. José Luis Guzmán Dalbora y a mis compañeros del Seminario permanente de Derecho penal, que dicho profesor dirige en Valparaíso, Chile. Agradezco asimismo al Dr. Fernando Molina Fernández por los agudos comentarios que formulara a un borrador preliminar.

Sumario

1. Culpabilidad y personalidad del Derecho
2. ¿Imprudencia inconsciente como pseudoproblema a la luz del debate actual? Algunas manifestaciones de una resistencia dogmática discontinua
3. El *ultra posse nemo obligatur* como piedra de toque en la adscripción de imprudencia
4. Breve esbozo de la estructura y fundamento del injusto imprudente
5. Consciencia fenoménica *versus* consciencia disposicional
6. Imprudencia “inconsciente” y *actio libera in causa*
7. Dos consideraciones finales
8. Bibliografía

1. Culpabilidad y personalidad del Derecho

Comoquiera que sea: en la dilucidación de un asunto estrictamente técnico, a propósito de los límites del *ius puniendi*, discurriendo sobre el sentido de la pena, o en la articulación de un programa político-criminal, cuando se habla de un Derecho penal de la culpabilidad parece enarbolarse algo más que un predicado de valor puramente descriptivo. Pues tal expresión, ampliamente extendida en el discurso criminalista contemporáneo, en última instancia evoca una de las principales condiciones de legitimidad a las que se halla sometido un Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho. Frente a ello, sin embargo, podría válidamente consultarse si acaso existe otro Derecho penal que no fuese *de* la culpabilidad; o, en lo que es prácticamente igual, que, supuesto que lo hubiese, si éste merecería ser sustantivado como tal. Si es certero decir que el principio de culpabilidad opera como *principia essendi* de la realidad jurídico-punitiva, y que, en virtud de su índole constitutiva, de la adecuación a él depende el carácter jurídico-penal de un sistema normativo¹, el enunciado en cuestión sería estrictamente pleonástico. Con todo, la recién planteada es una pregunta de metafísica jurídica que, para los propósitos de esta investigación, puede permanecer abierta. En cambio, lo importante del contrapunto reside en explicitar que, tanto en uno como en otro caso, un Derecho penal que prescindiera de la vinculación subjetiva del agente con el hecho por el cual se le responsabiliza constituye, bien algo que no pasa de ser una práctica punitiva, bien un Derecho penal ayuno de legitimación; y que la razón para semejante reprobación habría de ser fundamentalmente la misma: preterir la personalidad del individuo².

La imprudencia inconsciente presenta problemas tan antiguos como recalcitrantes a este último respecto. Pues, en ella, el agente carece de las condiciones epistémicas mínimas que le permitirían *reconocerse* siquiera en alguno de los contextos fácticos relevantes para la configuración de un injusto imprudente (estos son: la infracción de una exigencia de cuidado y la ejecución de un comportamiento antinormativo), condiciones que a su respecto cumplen la “función prospectiva

¹ GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, 2015, pp. 140 ss.

² En concreto, su faz intelectual. Compárese GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, 2015, p. 141.

de anticipar el juicio retrospectivo” que se posará sobre su acción³. Según veremos, la necesidad de que el agente pueda identificarse cuando menos con el primero de tales contextos está íntimamente ligada a la noción de evitabilidad, en torno de la cual giran dolo e imprudencia, aunque también concierne a una limitación de orden superior que podría inmediatamente asociarse a lo que, en un ámbito más general, se ha denominado posibilidad de “autoadscripción del saber de la acción”⁴. Puesto en palabras de Hegel, se trata de que:

“[e]n la medida en que la acción atañe inmediatamente a la existencia, lo mío es [aún] formal en la medida en que la existencia exterior es también autosuficiente [independiente, D. G.] ante el sujeto. Esta exterioridad puede tergiversar la acción del sujeto y hacer aparecer algo distinto de lo que él puso en su acción. Aunque todo cambio en cuanto tal que sea puesto por la actividad del sujeto, sea un acto [un hecho, D. G.] de éste, no por ello lo reconoce él como su acción, sino que de hecho sólo aquella existencia que estuvo en su saber y querer, y era su propósito, es lo que reconoce como suyo y como su culpa”⁵.

Ahora bien, dicho desiderátum no deriva en que el significado del contenido del hecho imputable al sujeto termine dependiendo exclusivamente de lo que éste decida – pues también contiene una objetividad externa, aspecto universal indisponible para su artífice en cuanto ser pensante –, mas sí en que, previo a su atribución, sea cuando menos factible que el agente haya tenido consciencia del suceso que eventualmente le será imputado como acción, toda vez que a dicho reconocimiento se supedita la posibilidad de que ulteriormente esté en reales condiciones de ser designado sujeto responsable de ella, y no meramente como alguien que tiene que hacerse cargo de sus consecuencias. En lo que aquí interesa, de no ser posible dicha operación interna de autoadscripción por parte del candidato a destinatario de la imputación, devendría manifiestamente forzada la afirmación de su efectiva capacidad de evitación, justamente por haber desconocido éste, en el momento pragmáticamente relevante, cuál era el objeto sobre el que habría debido aplicarla.

Conforme se verá, la infracción genuinamente inconsciente de una exigencia de cuidado está fuera del alcance de dicha autoadscripción, ya que sólo puede contemplarse desde la perspectiva del sujeto imputante. De esta forma, el problema en torno del castigo de la imprudencia inconsciente parece revestir los visos de un dilema. Por un lado, el principio de culpabilidad (*lato sensu*) tendría que alzarse categóricamente contra todo ejercicio del aparato punitivo que

³ BLÖSER, *Zurechnung bei Kant. Zum Zusammenhang von Person und Handlung in Kants praktischer Philosophie*, 2014, pp. 117 ss., 127 ss., en detalle, además, sobre el rol de la consciencia en la operación de “autoimputación” a cargo del propio agente, y de cómo ésta, a su vez, delimita las posibilidades de una imputación externa legítima.

⁴ QUANTE, *El concepto de acción en Hegel* (trad. Barreto González), 2010, pp. 83 ss., 122, 163 ss., 186 ss. El “derecho del saber” incluye una determinada medida de saber (que posibilita la imputación), pero ésta debe estar a disposición del actor. Así, se erige esta idea cual límite para quien está a cargo de la valoración del comportamiento eventualmente atribuible al agente, y, de modo correlativo, como un “derecho” de éste.

⁵ HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio* (ed. por Valls Planas), 2005, § 504. (Cursivas del original). Para los efectos expositivos aquí perseguidos, lo transcrito en el texto puede condensar el contenido de los §§ 117 a 120 de sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. En la discusión actual, la distinción analítica entre hecho (*Tat*) y acción (*Handlung*) sigue siendo técnicamente relevante, pues la acción tiende a considerarse una clase de hecho: aquel que es intencional al menos bajo una de sus posibles descripciones. Como se observa, ya para Hegel, con arreglo al “derecho de la intención”, sólo por una acción puede culparse al sujeto, quedando así establecida una demarcación con la mera responsabilidad objetiva derivada de algún hecho (§ 116).

prescinda de la necesidad de que el agente se reconozca en el decurso fáctico en que se funda su responsabilidad. Ello apoyado, en consonancia con lo antedicho, por la premisa fundamental de que ser *tratado como responsable* habría de representar una parte constitutiva del hecho de *ser responsable*⁶. Pues una disociación entre ambos extremos determinaría la imposibilidad de que, materialmente, el agente esté en condiciones de *responder por* el objeto que se le imputa —esto en términos de dar razones de por qué se ha verificado tal evento; faz explicativa de la idea de responsabilidad—, aun cuando se le someta a la aspereza de la pena, y pondría, por consiguiente, en entredicho la racionalidad de un castigo cuyo sujeto pasivo está impedido de identificarse con la base que lo sustenta. Formulado en breve: devendría en una falta de correspondencia entre el agente y el sujeto pasivo de la imputación, en circunstancias de que debiesen ser uno solo. Por otra parte, con todo y esto, librar de dicha responsabilidad a quien desencadena un suceso lesivo desde un estado de ignorancia que le es por entero adjudicable, contradiría sensiblemente nuestras intuiciones a la vez que algunas de nuestras prácticas más cotidianas (institucionalizadas y no) de atribución de responsabilidad. Inquirir qué posibilidades hay de conciliar ambos aspectos es el objeto central de este trabajo. La iteración insertada en su título anticipa que algunas de las mejores de ellas han sido exploradas antes, aunque aún permanezcan necesitadas de cierta concreción.

2. *¿Imprudencia inconsciente como pseudoproblema a la luz del debate actual? Algunas manifestaciones de una resistencia dogmática discontinua*

Desde que fuera superada la concepción psicológica por otra normativa de la culpabilidad, el desenvolvimiento teórico de la imprudencia inconsciente parecía haber vencido sus principales obstáculos⁷. En la discusión contemporánea es sólito que a dicha taxonomía —por cierto, todavía de talante representacional— se atribuya un significado académico (tan solo) clasificatorio, cuando más con incidencia en la medición de la pena, pero carente de connotaciones normativas, en las que pudieran decidirse asuntos de orden material⁸. De hecho, la diferenciación a menudo sirve de forma instrumental como vía de introducir la delimitación entre dolo (eventual) e imprudencia (consciente), único asunto que, en cambio, parecería reclamar al dogmático un pronunciamiento inexcusable.

⁶ Ser tratado como sujeto responsable dignifica al agente a la vez que opera como presupuesto para la (legítima) afirmación de su responsabilidad. Para la aplicación de estas categorías, véase QUANTE, «Being Identical by Being (Treated as) Responsible», en KÜHLER/JELINEK (eds.), *Autonomy and the Self*, 2013, pp. 253-255, 267 ss.

⁷ Detalladamente sobre ello CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., 2005, pp. 12 ss., 20 ss.

⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 2016, p. 294: “Generalmente esta clasificación no tiene mayor repercusión práctica, porque la infracción imprudente puede darse tanto si la imprudencia es consciente como inconsciente”. Para una conclusión similar, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2015, lecc. 11, nm. 9. En la dogmática alemana, FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2009, § 5/9, la considera relevante sólo para efectos de medición de la pena, pero, “para la tipicidad del comportamiento desaprobado, en cambio, no juega ningún rol”. En el mismo sentido, PUPPE, *NK-StGB*, 4ª ed., 2013, § 15, nm. 9, para quien también sólo exhibe “significado teórico clasificatorio, pero no normativo”. De otra opinión, con razón, SAUER, *Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung*, 2003, p. 216, pues la diferencia adquiere relevancia sobre todo si la imprudencia es desenvuelta a partir de o junto con la teoría del error.

Que, aparentemente, la posibilidad de una imprudencia inconsciente no ofrezca ningún problema especial con respecto a la constitución del injusto imprudente es un aserto cuya explicación reconduce ineluctablemente a la noción de deber de cuidado. Habiendo anclado el injusto imprudente en el quebrantamiento de un mandato consistente en omitir acciones peligrosas, nada de extraño tiene notar que ya para Engisch resultase innecesaria – por no decir inoficiosa – la búsqueda de un momento consciente en toda infracción⁹.

Al socaire del llamado “deber de cuidado interno” – esto es, de aquel que concierne al agente con respecto al reconocimiento del curso causal de su comportamiento y del peligro asociado a éste –¹⁰, hoy se torna especialmente evidente que el mero hecho de no advertir tal peligro podría contar desde ya como fundamento suficiente para la adscripción de imprudencia. El incumplimiento de dicho mandato, que encuentra un temprano antecedente en el “deber de examen previo” acuñado por Binding¹¹, y otro algo menos célebre en el que Fischer denominase “deber de concentración”¹², aplicable especialmente a casos de olvido, parecía (y sigue mostrándose) lo bastante flexible como para justificar el castigo de quien, pese a no representarse en absoluto cierto riesgo, debió hacerlo. Es probable, por lo demás, que una decisiva influencia a este respecto ejerza la creciente tendencia sistemática de unificar, vía imputación objetiva, el tipo objetivo de los delitos imprudentes y dolosos, pero que acaba por presentar a la cognoscibilidad como categoría básica de imputación subjetiva¹³. En apretada síntesis, sobre estas bases se ha construido y consolidado la doctrina que todavía hoy se muestra ampliamente dominante, desde cuya visión panorámica la imprudencia inconsciente podría etiquetarse – sin excesiva violencia – como un pseudo problema, toda vez que su solución vendría prenunciada ya en la articulación del concepto de imprudencia recibido.

Ciertamente, que exista vasto acuerdo en torno de la diferencia, en principio, nada más que informativa entre imprudencia consciente e inconsciente, y, con ello, de la indiscutida

⁹ ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pp. 393 ss.

¹⁰ Sobre el “deber de cuidado interno” véanse JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal* (trad. Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 622. Respecto de su concreción en un deber de “adquisición de conocimiento” o de “preparación o información previa”, véase por todos CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., 2005, pp. 139 ss.

¹¹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1919, pp. 501-505, quien, empero, enfáticamente destacara el carácter secundario y auxiliar de ese llamado deber de preexamen, de naturaleza idéntica al deber de conocimiento de la doctrina del error, cuyo “cumplimiento imposibilita imputar la acción objetivamente antijurídica a la culpabilidad”. Como se sabe, la inclusión de ese deber en la antijuridicidad es justamente aquello que una década después postularía Engisch, en un giro sistemático que se dejaba advertir ya en Radbruch.

¹² FISCHER, *Das Vergessen als Fahrlässigkeit*, 1934, pp. 81 ss. El propósito de la investigación de Fischer básicamente consistió en mostrar que en los casos de olvido el resultado sigue siendo evitable para el agente, en la medida en que, antes de incurrir en él, tiene un deber de concentración con respecto a la actividad que actualmente despliega, fundado en su capacidad intelectual para reproducir (y así mantener controlado) el objeto de eventual olvido.

¹³ Esto es especialmente evidente en teorías partidarias de la relación *plus-minus* entre dolo e imprudencia, pues la posibilidad abstracta de lesión del bien jurídico en la que se yerguen, tratándose de la imprudencia inconsciente, es puramente normativa. Crítico sobre ello VOGEL, *LK*, 12ª ed., 2007, § 15, nm. 215.

justificación de esta última, no implica, desde luego, que su desarrollo dogmático siempre se haya abierto paso exento de dificultades. Manifestaciones de tales se reconocen a partir de antecedentes remotos. A causa de identificar la acción con un suceso querido, ya para los hegelianos la caracterización del resultado causado culposamente como uno “querido indirectamente” hubo de representar, desde un prisma conceptual, una dificultad paladina, hasta el punto de que, bajo tales términos, probablemente se tornara inconcebible la variable inconsciente diferenciada desde Feuerbach¹⁴. Por faltar una actuación voluntaria, también M. E. Mayer consideró incompatibles el concepto de acción con la omisión culposa inconsciente, rotulando como “delitos por olvido” a ciertas constelaciones punibles a la sazón en el Código penal alemán –según el autor neokantiano– sólo por mor de su tipificación expresa¹⁵. Sin embargo, conforme se verá, salvo que en la situación del agente no entre en consideración siquiera la posibilidad de atribuirle un estado intransitivo de consciencia, ésta interesará más en lo atingente a la capacidad de acción del sujeto, que a la constitución de ella propiamente tal.

Como se sabe, la polémica profunda con respecto a la justificación del castigo de la imprudencia inconsciente yace íntimamente ligada al principio de culpabilidad, entendido éste en sentido amplio¹⁶. La oposición más paradigmática en dicha línea acaso siga siendo la que hace medio siglo atrás formulara Arthur Kaufmann, con base en que, desde un sentido material de culpabilidad, la ponderación de las capacidades concretas del sujeto constituiría una exigencia de la que tampoco puede escapar la imprudencia inconsciente¹⁷. En sentido análogo, en la dogmática hispanoparlante Molina Fernández se ha manifestado categórico en cuanto a que la única solución respetuosa del principio de responsabilidad subjetiva sería la de imputar al sujeto aquello que queda abarcado por su representación de la realidad¹⁸. Recientemente, en forma monográfica, Guanais de Aguiar Filho ha insistido sobre la necesidad y urgencia de volver a tratar este importante asunto, en una tesis dirigida a controvertir la legitimidad del castigo en casos de inconsciencia del peligro¹⁹. En el debate angloamericano, algunas voces minoritarias rechazan lo que en dicho contexto se conoce como *negligence*, por entender que, en ella, al no ser consciente del riesgo injustificado que genera con su comportamiento, el agente se encuentra

¹⁴ Sobre las dificultades que enfrentó la aplicación del concepto de acción de los hegelianos a los delitos imprudentes puede aún revisarse el circunstanciado análisis de RADBRUCH, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal* (trad. Guzmán Dalbora), 2011, pp. 132 ss. Por cierto, que importantes penalistas del siglo XIX, seguidores de Hegel, hayan conocido semejante obstáculo no significa en modo alguno que el concepto de acción hegeliano, y, especialmente, el llamado “derecho del saber”, se muestren inoperantes con respecto a la responsabilidad fundada en la culpa. Véase en favor de esta última vía QUANTE, *El concepto de acción en Hegel* (trad. Barreto González), 2010, p. 168, en particular nota 41.

¹⁵ Véase MAYER, M. E., *Derecho penal. Parte general* (trad. Politoff Lifschitz), 2007, p. 171. Así, el antiguo § 368 n° 4 StGB, por entonces referido al “propietario que olvida de hacer limpiar oportunamente la chimenea”.

¹⁶ Críticas en tal sentido se retrotraen al siglo XIX con autores como Germann, Baumgarten y Kohlrausch. Para un repaso histórico véase KOCH, «Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit», *ZIS*, (3), 2010, p. 176.

¹⁷ KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 156 ss., 223 ss.

¹⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 725 ss.

¹⁹ GUANAIS DE AGUIAR FILHO, *Imprudencia inconsciente y derecho penal de la culpabilidad* (tesis doctoral inédita), 2015, *passim*, especialmente, pp. 141 ss., 194 ss., con múltiples referencias.

impedido de la posibilidad de motivarse en orden a evitarlo²⁰. Sobre estos extremos habrá oportunidad de volver.

Otros han desafiado la pertinencia del reproche por imprudencia inconsciente a partir de una idea metafísica de libertad²¹. Articulando el delito imprudente como “decisión voluntaria de puesta en peligro contraria a la norma”, Köhler considera que aquél solamente deja espacio para una infracción de cuidado consciente, que, estructuralmente, por lo demás, vendría a corresponderse con un dolo de peligro²². Hasta cierto punto similar es la propuesta de Spilgies, según la cual la culpabilidad implica culpabilidad de voluntad. Puesto que la voluntad está siempre referida a un conocimiento, al que presupone, la formación de voluntad se halla a su vez delimitada por la extensión del primero. De otra guisa — protesta Spilgies —, la pretensión de un Derecho penal de la culpabilidad deviene en aporía²³.

Tras un repaso histórico del argumento, la conclusión a la que arriba Koriath no difiere cualitativamente de las reseñadas. Luego de examinar críticamente las posibilidades de cohonestar el castigo de la imprudencia inconsciente con el principio de culpabilidad, Koriath ha sugerido que su compatibilidad con los principios del Código penal alemán debe vincularse con las funciones preventivas que las leyes penales estarían llamadas a cumplir, de lo cual se extraería (tan sólo) la necesidad de restringir su punición a casos de afectación de bienes jurídicos elementales²⁴. Desde un enfoque y tradición distintos, también Moore — para quien la *negligence* en sí misma no fundamenta ningún reproche, por cuanto sólo contingentemente descansará en una elección o carácter culpable del agente — ha podido insinuar que la sanción legal por la creación inadvertida de un riesgo está arraigada a razones utilitaristas²⁵.

A reserva de la tesis que será defendida en lo sucesivo, resulta por lo pronto notable que, a pesar de la amplia difusión que últimamente ha alcanzado en sus distintas variantes la construcción individualizadora del debido cuidado (o, mejor dicho, del juicio relativo a la imputabilidad de su

²⁰ Así, por ejemplo, ALEXANDER/KESSLER, *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*, 2009, pp. 69 ss.

²¹ Aunque debe registrarse que, justamente al abrigo de la idea de libertad, hay autores que arriban a la conclusión opuesta. Así PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, 2012, pp. 154 ss., 176 ss., quien desarrolla la idea de abuso en el ejercicio de la libertad de entendimiento. Tratándose de la imprudencia inconsciente en particular, Pérez del Valle considera, por un lado, que “hablar de falta de conciencia no implica negar la subjetividad” y, por otro, que, quien por pura desidia no contempla cierto riesgo, con ella “pone de manifiesto su desprecio por las normas”.

²² KÖHLER, «La imputación subjetiva: estado de la cuestión» (trad. Sánchez-Ostiz), en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 83-85; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 177, 178, 201.

²³ SPILGIES, «Über die Aporie der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht», *ZIS*, (7-8), 2010, p. 491.

²⁴ KORIATH, «Fahrlässigkeit und Schuld», en MÜLLER-DIETZ *et. al* (coords.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*, 2007, pp. 408 s. Cabría registrar, sin embargo, que, independientemente del enfoque prevencionista que se adopte, el nudo central del argumento no se dejaría desatar, pues si el agente no reconoce la medida de cuidado que debe adoptar — presuponiendo aquí que la idea de prevención general tampoco puede escapar a la evidencia de que, en el momento pragmáticamente relevante, es un agente concreto quien decide —, a su respecto no hay función persuasiva o disuasiva que pueda venir en consideración.

²⁵ MOORE, *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, 1997, p. 591.

infracción), se siga acudiendo exclusivamente a conceptos normativos, como la previsibilidad y la cognoscibilidad, para fundamentar la adscripción de imprudencia inconsciente. Pues aun cuando ellas se adjetiven como subjetivas, o se afirmen construidas sobre la base de las capacidades y conocimientos individuales del agente, en estricto rigor, no constituyen categorías epistémicas de orden inferior al conocimiento, susceptibles de suplir una carencia plena de representación de las circunstancias fácticas relevantes para la decisión del agente, y que, en el caso de la imprudencia, habrían de recaer (cuando menos) sobre la necesidad de adoptar cierta medida de cuidado. La infracción *auténticamente inconsciente* de una exigencia tal se identifica a partir de una descripción secundaria del comportamiento desplegado por el agente, descripción que, de manera simultánea a la realización de éste, sólo se halla disponible desde la perspectiva de un tercer espectador²⁶. Que el prisma de primera persona no sólo sea el único funcional de cara a la posibilidad (teórica) de una autoadscripción del hecho por parte del agente, con la ganancia legitimadora del castigo que ella comporta, sino también aquel cuya asociación con las ideas de control y evitabilidad nos resulta más inmediata, son aspectos sobre los que ya se ha dicho algo y acerca de los cuales enseguida se retornará.

3. El ultra posse nemo obligatur como piedra de toque en la adscripción de imprudencia

La conjugación entre deber y poder admite superposiciones metodológicas. Ello rige tanto para la articulación de la antinormatividad como categoría general del hecho punible, lo mismo que para la construcción de la exigencia de cuidado cuya infracción daría pábulo a una posible imputación de imprudencia. Según la visión que aquí se patrocina, la relación trabada entre deber y poder es de índole pragmática, antes que lógico-deductiva²⁷; esto significa que la ausencia de capacidades para el cumplimiento de cierto estándar de conducta no frustra el surgimiento de éste — porque tales déficits son constatables sólo *a posteriori* —, pero sí bloquea la imputabilidad de su infracción. Así, las reglas de cuidado tienen un carácter objetivo en el sentido de que su *contenido* no depende de las capacidades y conocimientos concretos del sujeto al que se aplican, *existen* aun cuando éste, debido a sus circunstancias personales o situacionales, no pueda acceder o comportarse conforme ellas²⁸. Pero el juicio relativo al quebrantamiento de la exigencia en que se

²⁶ STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, p. 409.

²⁷ No se trata de una implicación conceptual, pues lo que se encuentra en liza no es una explicación genética del ser de la materia del deber ser (basculación que acompañaría un círculo vicioso), sino las posibilidades de su imputabilidad. Por ello, en lugar de un “deber implica poder”, es preferible discurrir en torno de un “deber exige poder”. Compárese STOPPENBRINK, *Verantwortung für unabsichtliches Handeln. Rechtsphilosophische und handlungstheoretische Grundlagen der Fahrlässigkeit*, 2016, p. 275, con nota 446. Para un panorama sinóptico de las dos tesis en disputa, KÜHLER, «Resultant Moral Luck, „Sollen impliziert Können“ und eine komplexe normative Analyse moralischer Verantwortlichkeit», *Grazer Philosophische Studien*, (86), 2012, pp. 188 ss. Véanse también HARE, *Freedom and Reason*, 1964, pp. 51 ss., quien puntualiza que no es que el deber mismo implique poder, sino que es su uso (práctico) el que lo presupone; y MARTIN, «Ought but Cannot», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (109), 2009, pp. 106 ss., quien, por su parte, analiza crítica y detalladamente la posibilidad de que el propio Kant se haya propuesto establecer una relación lógico-deductiva. Para su aplicación a la estructura interna del delito, y fundamental para la tesis aquí sostenida, MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 49 ss., 65 s.

²⁸ Como señalara MAYER, *Derecho penal. Parte general* (trad. Politoff Lifschitz), 2007, p. 317: “(...) subjetivo es únicamente el “poder” como objeto del juzgamiento; objetiva es aquí, como de ordinario, la delimitación del “deber””.

concretan tales reglases individualizador, pues no es posible definir si un determinado agente podía obrar conforme cuidado, y, por ende, contar con la posibilidad de evitar la realización del tipo, si no es a la luz de sus capacidades individuales; formulado brevemente: tales aptitudes no representan condiciones para la constitución del parámetro, pero sí para la aplicación del parámetro al agente²⁹.

Precisamente porque la existencia del deber no autoriza a dar por supuesto el poder para satisfacerlo, la infracción de una regla (objetiva) de cuidado no resuelve aún lo concerniente a las aptitudes concretas del agente para asegurar su futura capacidad de evitación. Si la indagación culminara con la constatación del deber infringido, entonces se interrumpiría arbitrariamente el ejercicio, pues cabría aún verificar que el acceso a aquél no se encuentre bloqueado. Con otras palabras, se trata de no incurrir en un salto en las conclusiones, pues, de que el agente haya infringido una regla de cuidado, no se sigue, inmediata y necesariamente, que el comportamiento sea imprudente³⁰. Para ello es preciso imputar dicha infracción, y esto, a su turno, se supedita a la siguiente condición: que, al reconocerse en ella, el sujeto haya tenido *oportunidad* de cumplir con la exigencia de cuidado cuya falta de adopción pretende atribuírsele. Y exactamente lo mismo ha de regir si el cumplimiento de esta última dependiese, a su vez, del seguimiento de una regla previa, pues tampoco podría imputarse la infracción de una medida de cuidado₁ –cuyo seguimiento era necesario para mantenerse en condiciones de evitar la realización de algún tipo delictivo–, si ésta dependía de aplicar una medida de cuidado₂, cuya adopción estuviera fuera del alcance del sujeto en cuestión.

Cuando el agente carece de cierto contenido epistémico del que depende su capacidad para ejecutar o no algo, la doctrina dominante suele sin más imputar dicho déficit a la infracción de algún estándar de cuidado, en lo que exhibe visos de un círculo vicioso donde “deber” y “poder” devienen en categorías recíprocamente solapadas. Lo que ahora interesa enfatizar es que si una posición individualizadora en torno de la infracción del “deber de cuidado” –tesis aquí seguida– no terminase de inquirir si acaso el agente, efectiva y no sólo hipotéticamente, podía darle seguimiento, entonces, bajo la etiqueta de individualizadora, no estaría más que pasándose de contrabando un tratamiento generalizador de las capacidades individuales del agente. Pues a este último respecto, como ya lo advirtiera Honoré³¹, también es hacedero distinguir entre un

(Cursivas del original). Ahora bien, dicho carácter objetivo no ha de entenderse como incompatible con el hecho de que la especificación de la concreta medida de cuidado que debe adoptar el agente sea esencialmente situacional. Sobre este último extremo véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, p. 26 con nota 35.

²⁹ Así, por ejemplo, y desde distintas perspectivas, CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, 2011, pp. 152 ss., 178 ss.; DUTTGE, *Müko-StGB*, 3ª ed., 2017, § 15, nm. 96; HERSTEIN, «Responsibility in Negligence: Why the Duty of Care is not a Duty “To Try”», *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (23), 2010, pp. 422 ss.; REYES ROMERO, «Sobre la construcción de la exigencia de cuidado», *Política criminal*, (19), 2015, pp. 60 ss., 76 ss.

³⁰ Tal como registra ZIMMERMAN, *Living with Uncertainty. The Moral Significance of Ignorance*, 2008, p. 178, decir que alguien “debió haber sabido aquello que no supo, es presumiblemente atribuir ya a la propia ignorancia algún injusto de su parte”, sin embargo, con este dato objetivo aún nada se ha dicho con respecto al vínculo personal del agente con el hecho.

³¹ HONORÉ, «Can and Can't», *Mind*, (292), 1964, pp. 463 ss., consciente de la ambigüedad de la noción “poder”, se sirve de la distinción recogida en el texto para denunciar que su oscuridad se ve agravada cuando el “poder

“poder general” y un “poder particular”: el primero está referido a cierta clase de acciones que un sujeto normalmente está en condiciones de realizar; mientras que el segundo vincula una acción concreta de dicha clase (lo que en un tiempo y lugar preciso puede realizar). Lo relevante de la distinción es que, nuevamente, del hecho de que un agente concreto cuente con cierto poder general no se sigue que éste, en efecto, se haya materializado en un poder particular. Dicho de otra forma: estar habilitado para p no implica (aún) estar en posición de realizar p ³². En aras de no incurrir en semejante *non sequitur* es necesario introducir una cláusula conforme la cual el poder del agente no sea meramente hipotético, sino efectivo. Esto entra en conexión inmediata con el carácter contrafáctico en torno del cual se articula la imprudencia como herramienta adscriptiva³³, esto es, como un juicio construido sobre la expectativa de que, si el agente hubiese cumplido con la medida de cuidado respectiva, habría podido evitar (con más precisión: habría estado en condiciones de poder evitar) la realización del tipo³⁴. Precisamente aquí se torna capital insistir en que lo hipotético no reside en las capacidades del agente para cumplir el deber, que más bien se presuponen, sino en el hecho de que éstas, de haber sido ejercidas por aquél, mediatamente, le habrían conferido oportunidad tal de no contradecir la norma de comportamiento. Y así, por ejemplo, resulta distinto afirmar “X habría podido llegar a tiempo al hospital si hubiese ido en su coche”, que, por otro lado, “X habría podido llegar a tiempo al hospital si hubiese estado en condiciones de conducir”; asumiendo que en este trivial supuesto únicamente un traslado en coche al hospital habría habilitado al agente para ejercer eficazmente un poder actual de evitación, en el primer caso lo condicional sólo recae en el resultado que podría haberse derivado del ejercicio de dicha capacidad, mientras que en el segundo es la propia capacidad la que queda en entredicho. Con ello, en los juicios relativos a la capacidad del agente (y, específicamente, en los que acaban afirmando una imputación de primer nivel, atingente a la acción), se trata de constatar si acaso, a pesar de que en el mundo real aquél no ha ejercido en

general” del agente es empleado para evaluar escenarios particulares, que es precisamente lo que aquí se critica del proceder dogmático dominante.

³² Compárese HONORÉ, *Mind*, 1964, p. 466. Desde otra perspectiva, aplicando la fórmula “estar-capacitado-para” (*in-der-Lage-sein*) como presupuesto para la imputación de una acción, véase LENK, «Handlung als Interpretationskonstrukt», en EL MISMO (coord.), *Handlungstheorien interdisziplinär*, t. II, 1978, pp. 314 ss.

³³ Esta formulación descansa no sólo en el hecho de que, como correctamente afirma un sector de la doctrina, el nexo de infracción de deber es un juicio normativo (no causal), sino también en que el cumplimiento de la respectiva medida de cuidado no tiene por qué excluir la imputación del hecho típico a título doloso. Para la formulación del juicio de adscripción de imprudencia a partir de una oración condicional irreal, véanse ya KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, p. 223; BURKHARDT, «Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo objetivo y lo subjetivo”» (trad. Pastor Muñoz), en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, pp. 181 s.; y, más recientemente, REYES ROMERO, *Política criminal*, 2015, p. 69. Ahora bien, la contrafacticidad como tal es sólo un elemento lógico-estructural del actuar del agente; que un evento pueda serle adscrito *qua* acción dependerá, en cambio, de si fue o no capaz de influir en el suceso debido, formulado este juicio en términos contrafácticos. Así ya KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, (96), 1984, pp. 17, 22.

³⁴ Así, fundamentalmente, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 77-80, con nota 111; KINDHÄUSER, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit», *GA*, 1994, p. 207; MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», *RCP*, (3), 2015, p. 18. Coincidente en lo medular, pero rechazando la noción de “incumbencia” (*Obliegenheit*), HAAS, «Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung», *GA*, 2015, pp. 92 ss.

plenitud sus capacidades psicofísicas, y, por ende, no ha estado en condiciones de evitar la realización de un tipo delictivo, contaba, sin embargo, con tales aptitudes. Si y sólo si dicho presupuesto se satisface, entonces en un mundo alternativo, pero perfectamente factible —a causa de estar en consonancia con el contexto situacional en que se hallaba envuelto el sujeto—, el comportamiento lesivo materializado admitirá ser redescrito como un evento que el agente podría haber estado en condiciones de evitar³⁵.

En el terreno de la Filosofía moral —donde la plausibilidad de dirigir un juicio de reproche hacia la (mal llamada) ignorancia culpable ha suscitado una impercedera controversia —quienes defienden el carácter indisponible de la “condición epistémica” como presupuesto de responsabilidad suelen recurrir a una vía similar a la que se ha anticipado. El aserto se basa en la idea de control y básicamente reza: “no controlo lo que ocurre atrás de mí, cuando no sé qué ocurre atrás de mí”, para explicitar así que un tal suceso se encuentra más allá de las posibilidades del agente³⁶. Por supuesto, esto no significa que el solo conocimiento asegure la capacidad de control de éste. Podría ocurrir que se encuentre afectada no la capacidad cognitiva del agente, sino su control físico de evitación; si él conociera tales limitaciones, y éstas le resultaran imputables, una eventual adscripción de imprudencia no tendría que enfrentar ninguna dificultad especial³⁷. Más bien, se trata de reconocer en el agente, a partir de los datos epistémicos con que dispone, un control siquiera indirecto respecto del comportamiento que se le reprocha. De manera adicional, con ello se intenta favorecer una visión más realista en torno de lo que razonablemente puede esperarse de un individuo en función de su actual capacidad racional de agencia³⁸. Si el ejercicio de ésta se encuentra supeditado a ciertas condiciones (en este caso, epistémicas), no es factible confiar en que el agente actuará conforme lo que se le exige hasta no verificar que, efectivamente, cuenta con ellas; únicamente cuando esto sea así, el juicio de imputación de primer nivel (relativo a la capacidad de acción) podría concluir con que el agente no ha ejercido sus capacidades psicofísicas de control como correspondía³⁹. Según se verá más adelante, en los casos de “olvido” es frecuente imputar sin más la infracción de una regla que exhorta a los sujetos a advertir o reconocer fuentes de peligro, cuando en tales constelaciones —al menos, en el momento en el cual se tiende a centrar el reproche— ya no es razonable presumir

³⁵ En forma similar véanse MOORE/HURD, «Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak, and the Selfish: The Culpability of Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, (2), 2011, pp. 160 s.

³⁶ LEVY, *Consciousness and Moral Responsibility*, 2014, p. 110.

³⁷ Si el agente pierde la capacidad de controlar físicamente la realización del tipo, aunque sea actualmente consciente de estar perpetrándolo, aun podrá imputársele a título imprudente si, en un momento previo, aquél conocía la medida de cuidado cuyo cumplimiento habría neutralizado o impedido el surgimiento de la ulterior incapacidad. Dado que la capacidad de evitación que se juzga en el primer nivel de imputación no se reduce sólo a las aptitudes psíquicas del agente, para captar casos de esta laya parece innecesario construir una especie de “error ejecutivo”. Así, empero, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, 2009, pp. 371 ss., 591 ss.

³⁸ LEVY, «Methodological Conservatism and the Epistemic Condition», en ROBICHAU/WIELAND (eds.), *Responsibility: The Epistemic Condition*, 2017, pp. 254 s.

³⁹ Para la diferenciación entre los juicios de imputación de primer y segundo nivel, referidos a la capacidad de acción y motivación del agente, respectivamente, véanse KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 24 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 48 ss.

que el agente podría haberse comportado de otra forma, justamente en virtud del vacío mental que padece.

Desde luego, bajo ningún aspecto se está sugiriendo con esto que la indisponibilidad de la llamada condición epistémica que sustenta la responsabilidad (moral y jurídica) de un sujeto *tenga* que conducir a exonerarlo en casos de ignorancia, olvido o desatención que le son enteramente reprochables. Así y todo, como es en este último extremo donde yace el *quid* del argumento, lo único que hasta ahora ha pretendido adelantarse es que hay buenas razones para reconsiderar lo siguiente: el mero desconocimiento no puede fundar autónomamente responsabilidad penal alguna.

Previo a descender en el análisis concreto de la llamada imprudencia “inconsciente” es necesario abordar, siquiera brevemente, la economía interna de la imprudencia en tanto que criterio de imputación subjetiva, cualitativamente diferenciable del dolo, así como el anclaje normativo y la función que están llamadas a cumplir las exigencias de cuidado, especialmente cuando éstas asumen la forma de precauciones epistémicas. A ello está destinado el apartado siguiente.

4. Breve esbozo de la estructura y fundamento del injusto imprudente

El dolo y la imprudencia constituyen criterios heterogéneos de imputación subjetiva. Su núcleo común reside en la función que están llamados a cumplir, a saber, posibilitar la atribución al agente de cierto objeto cuya verificación era directa o indirectamente evitable, paradigmáticamente constituido por un comportamiento antinormativo, cuyo contenido es independiente del criterio de imputación que resulte aplicable⁴⁰. Su diferencia, en cambio, estriba en el diverso fundamento en que descansa dicha adscripción. El dolo es un criterio de imputación ordinaria, sustentado en la capacidad de agencia racional de que dispone un sujeto, favorecida por la creencia de que existe una alta probabilidad de que el comportamiento que ejecuta o se dispone a ejecutar satisfaga el supuesto de hecho de un tipo delictivo. Dicha actitud proposicional determina que el agente cuente *in actum* con la alternativa en favor de su evitación⁴¹. En la imprudencia, en cambio, el agente padece un déficit físico y/o cognitivo el cual determina que, al tiempo de contradecir la norma de comportamiento, carezca de una plena

⁴⁰ Para una nítida distinción entre objeto y fundamento de imputación, desde modelos distintos, pero congruentes en este punto, que es cardinal, véanse KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 ss., 83 ss.; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 289 ss.

⁴¹ Para el tratamiento del dolo como criterio de imputación ordinaria véanse HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 313 ss., 327 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 105 s. Compárese EL MISMO, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, 1994, pp. 342 s., quien enfatiza la índole “decisoriamente relevante”, característica del contenido epistémico que se imputa al agente mediante el dolo. Respecto de la idoneidad funcional de la creencia, en sentido técnico, como actitud proposicional en torno de la cual articular la imputación de dolo, fundamental, MAÑALICH, «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 471 ss. Compárese asimismo STARK, *Culpable Carelessness*, 2016, pp. 92, 129, 140, quien con todo acierto advierte que el concepto de conocimiento, tal cual ha sido entendido canónicamente en la epistemología (como creencia *verdadera* y justificada sobre algo), muestra caracteres que lo tornan inapropiado para su teorización jurídico-penal.

capacidad de evitación; y, sin embargo, puesto que dicha limitación es reconducible al no seguimiento *imputable* de una medida de cuidado, que el agente pudo y debió adoptar, la realización del tipo le es imputable extraordinariamente⁴².

A partir del elemento intelectual del dolo puede trazarse su delimitación con la imprudencia (incluyendo la “inconsciente”). En efecto, el dolo viene en consideración cuando el agente abraza la creencia (verdadera o falsa) de que las circunstancias fácticas del caso, si se verificaran, satisfarían la descripción de un tipo penal. Dicha creencia no es puramente teórica —como lo sería si el agente se reconociese como parte de una pura probabilidad estadística relativa a un peligro general—, sino práctica, ya que éste *anticipa* la realización del tipo delictivo *a través de* su comportamiento⁴³. Esta actitud doxástica tiene un efecto disposicional, ya que quien, más que sospechar, da crédito a la verificación del resultado lesivo (creencia asertiva), tiene razones inmediatas para evitarlo (por ser ella “decisoriamente relevante”)⁴⁴. No ocurre lo mismo en la imprudencia, en donde, con relación a la verificación del tipo, la creencia del agente es

⁴² Sobre la imprudencia como sucedáneo del dolo faltante y/o modalidad de imputación extraordinaria, véanse, entre otros, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 325 ss.; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 46; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 91 ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen erfolgsdelikt*, 1992, pp. 23 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, 1993, pp. 77-79; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 211; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 300; SCHUHR, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, 2006, p. 209; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 543 s.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 72 ss.; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2010, pp. 252-257; DEHNE-NIEMANN, «Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung. Zur normtheoretischen Reformulierung der „Risikoerhöhungstheorie“», *GA*, 2012, p. 92; REYES ROMERO, «Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva», *Ius et Praxis*, (1), 2015, pp. 144 ss.; VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, 2016, pp. 568 ss.; VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria. Elementos conceptuales y normativos para un modelo de responsabilidad jurídico-penal*, (tesis inédita), 2018, pp. 313 ss.

⁴³ Con un heterogéneo sector de la doctrina, esto obedece a la suposición de un “riesgo concreto”. Así, entre muchas variantes, véanse CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., 2005, pp. 244 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 443 ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen erfolgsdelikt*, 1992, pp. 28-31; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 289-292. Es importante advertir, sin embargo, que la noción de riesgo no está siendo entendida aquí cual objeto del dolo, como operan algunas teorías de la probabilidad, que, para hacer coincidir éste con el primer nivel de imputación objetiva, refieren el conocimiento a la creación de un riesgo típico. Pues, para guardar la correlación entre el objeto y su criterio adscriptivo, no es preciso alterar las condiciones de la antinormatividad por vía de una “flexibilización” del contenido prescriptivo de la norma. La noción de riesgo como alta probabilidad de que una acción llegue a ser instancia de cierta descripción típica no es aquí discernida, al menos en los delitos resultativos, como objeto de referencia del dolo (porque tampoco lo es del tipo), sino como un indicador que habilita al sujeto imputante para adscribir como creencia justificada la actitud doxástica que, frente a cierta proposición (la idoneidad de una conducta para ejemplificar lo descrito en el tipo), se entiende que ha asumido el sujeto pasivo de la imputación; ello, en tanto en cuanto el resultado es una categoría que se constata *ex post*, pero que —para efectos de poder calibrar la clase de compromiso cognitivo del agente con respecto a la ulterior verificación de cierto suceso— puede anticiparse *ex ante* mediante factores de peligro.

⁴⁴ En cambio, los límites entre la creencia dubitativa y la suposición errónea aparecen más desdibujados. Aunque, en contrapartida, la taxonomía de aquélla con la creencia asertiva puede ofrecerse como una herramienta auxiliar que permitiría reconsiderar la corrección de aquellas tesis —en el debate actual, nada peregrinas— que tienden a imputar sin más a título de dolo (eventual) algunas constelaciones de duda o de ignorancia deliberada.

exactamente la contraria; y puesto que aquí se trata, o bien de una suposición errónea, o bien de completa ignorancia, las condiciones epistémicas deficitarias con que cuenta el agente son pragmáticamente equivalentes toda vez que ambas constituyen formas de desconocer el objeto de referencia propio del dolo. Ello determina que dolo e imprudencia sean criterios de imputación mutuamente excluyentes, pues la operación adscriptiva que guían termina resolviéndose siempre en *uno de dos modelos descriptivamente opuestos*, desde que no es plausible – por inconsistente – imputar simultáneamente a un sujeto el creer e ignorar algo a la vez⁴⁵.

Pues bien, que la imprudencia constituya un criterio de imputación extraordinaria solicita clarificar cuando menos dos puntos: por un lado, por qué representa una categoría adscriptiva, antes que prescriptiva; y, por otro, por qué opera cual criterio sucedáneo del dolo faltante.

Por lo que hace al primer aspecto mencionado, resulta capital considerar que, desde un prisma normológico, debe diferenciarse nítidamente entre norma de comportamiento y exigencia de cuidado⁴⁶. Pues del contenido semántico de la norma de comportamiento únicamente puede inferirse el deber de no realizar aquello que integra la materia de prohibición, no así la exigencia de desplegar conductas que eventualmente constituirían un medio para su evitación. De lo contrario, amén de verse seriamente amenazado el principio de legalidad, se corre el riesgo de fundir en una misma categoría (en el llamado deber de cuidado) tanto el objeto como el fundamento de la imputación; este ejercicio, analíticamente incorrecto, no sólo distorsiona la función de algunos institutos (como la del riesgo permitido, que adquiere así un sentido autorreferencial), sino que, además, convierte el contenido prescriptivo de los tipos resultativos en uno axiológicamente demasiado exigente⁴⁷. De ahí que la infracción de una regla de cuidado que no reproduce a su vez el contenido proposicional de alguna norma de comportamiento no pueda configurar objeto autónomo, sino sólo fundamento de una eventual imputación. Aun

⁴⁵ Acoger la teoría de la probabilidad no implica necesariamente asumir que la diferencia entre dolo e imprudencia (creer y desconocer algo) se reduzca a una de mera cuantía, pues, aunque el tránsito de una categoría a la otra –exagerando al máximo su formulación– viniese determinado por el ascenso o descenso en un solo “grado”, según se ha dicho, la probabilidad es únicamente una herramienta procedimental en la labor de adscribir al agente cierta actitud proposicional, que, una vez decidida por parte del sujeto imputante, se resuelve (porque tiene que hacerlo) en una de dos opciones incompatibles entre sí. De ahí que la delimitación del par dolo-imprudencia sea un problema de orden conceptual, mientras que la especificación del indicador concreto que hace transitar de una categoría a la otra es de orden aplicativo (el cual da por resuelto el primero, que ha de servirle justamente de orientación). Aun cuando, según algunos, sea factible que un sujeto localmente abrace creencias contradictorias –en cuyo caso, en estricto rigor, el contenido de ninguna de ellas estará propiamente fijado–, lo que ha de excluirse es la posibilidad de que, no siendo un inimputable, se le adscriban creencias mutuamente excluyentes. Frente un escenario tal, antes que endosar al agente un compromiso doxástico incoherente, habría que reconsiderar si los antecedentes de hecho habilitan al sujeto imputante a realizar semejante atribución –por su propia índole, siempre derrotable–, teniendo de toda forma presente que, para que a un agente se impute creer “que (p)”, no es en absoluto necesario que le haya asistido una plena convicción en torno de ello, sino simplemente que esté implicado un grado mayor de verdad con respecto a la posibilidad de “que no (p)”.

⁴⁶ Fundamental KINDHÄUSER, *JRE*, 1994, pp. 343 ss. Así también VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, 1993, p. 75; DEHNE-NIEMANN, *GA*, 2012, pp. 92 ss.; MAÑALICH, *RCP*, 2015, pp. 15 ss.

⁴⁷ HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 290 y 299; EL MISMO, «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental» (trad. García de la Torre), *InDret* (1), 2016, pp. 19-21.

cuando sea certero afirmar que las reglas de cuidado se articulan estructuralmente como estándares de conducta, semejante índole prescriptiva no viene en consideración para efectos de subsumir el comportamiento en un tipo delictivo en concreto, por cuanto la contradicción de las medidas en que situacionalmente se concretan sólo adquiere relevancia en tanto que mecanismo de imputación⁴⁸.

La condición de sucedáneo del dolo faltante que presenta la imprudencia, según la visión que aquí se patrocina, se deja sintetizar en la siguiente premisa: el comportamiento ejecutado desde el desconocimiento no puede ser *locus* originario de responsabilidad⁴⁹. Ésta podrá derivarse del comportamiento que el agente ejecuta desde una posición de ignorancia o padeciendo un error evitable, pero su justificación no la hallará en él; para encontrarla será necesario remitirse a un comportamiento (lógicamente previo) que explique la merma de condiciones que padece el agente al momento de realizar el tipo. Con otras palabras, un “agente imprudente” A es responsable *de X* (comportamiento antinormativo), *en virtud de Y* (infracción de una exigencia de cuidado); en circunstancias de que, por un lado, X no puede fundamentar por sí mismo responsabilidad, y de que, por otro, Y no constituye un objeto autónomo de responsabilidad.

De ahí se sigue que las reglas de cuidado, ligadas a una faz prospectiva del concepto de responsabilidad, tienen por finalidad, fundamentalmente, asegurar una ulterior capacidad de agencia racional: *respice finem* (“considera las consecuencias”)⁵⁰. Esta capacidad incluye las aptitudes tanto físicas como cognitivas del agente. Cuando éste dispone de ellas, entonces puede orientar su comportamiento en determinada dirección y mantenerlo, dentro de un curso normal de acontecimientos, bajo cierto dominio⁵¹. Por el contrario, el ejercicio deficitario de estas aptitudes, su pérdida frente a situaciones que ameritarían conservarlas, o la falta de adopción de las medidas necesarias para reforzarlas, compromete la capacidad de control del agente

⁴⁸ Compárese NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985, p. 202, quien ya especificara que en el contexto de la imprudencia este peculiar “deber ser” aparece sólo en el irreal del pasado, pero no levanta ninguna obligación autónoma, en tanto que se despliega, como recogemos en el texto, cual mecanismo de imputación.

⁴⁹ ROSEN, «Skepticism about Moral Responsibility», *Philosophical Perspectives*, (1), 2004, p. 300.

⁵⁰ Una formulación descriptiva de este brocardo puede hallarse en HOBBS, *Leviathan*, 1965, I.3, p. 20: “*Respice finem*; es decir, en todas tus acciones, mira a menudo lo que obtendrías, como aquello que dirige la totalidad de tus pensamientos en el camino para alcanzarlo”. Dicho principio es traído a este contexto también por RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 227; y DEHNE-NIEMANN, *GA*, 2012, p. 95.

⁵¹ Véase al respecto RAZ, *From Normativity to Responsibility*, 2011, pp. 227 ss., quien complementa el que rotula “principio de funcionamiento racional” con otros principios de responsabilidad derivativa, que precisamente tienen por objeto captar las manifestaciones de un mal funcionamiento en la capacidad de agencia racional. En cualquier caso, ha de advertirse que un tal funcionamiento defectuoso no implica que el “agente imprudente” actúe de manera irracional; pragmáticamente, su comportamiento es racional en la medida en que se apoya en razones epistémicas que justifican que obre como lo hace, lo singular a su respecto es que dichas razones no son reales (o genuinas), sino aparentes, en tanto en cuanto se levantan desde el error o la ignorancia. En cambio, si el sujeto, pese a no perseguirlo, *sabe* que lo que realiza conspira contra su propio interés o el de terceros, sí devendría comprometida la racionalidad de su comportamiento. Sobre esta última cuestión véase PARFIT, *On What Matters*, t. I, 2011, pp. 32 ss., 47 ss., 111 ss.; EL MISMO, *Razones y personas* (trad. Rodríguez González), 2004, pp. 555 ss.

(evitabilidad), y lo convierte en candidato para la imputación de sucesos ulteriores que tienen lugar bajo condiciones, *prima facie*, infértiles para el surgimiento de responsabilidad.

Con ello queda retratada la impronta instrumental que, en general, caracteriza a las reglas en que se concreta el cuidado exigido. En tanto necesidades prácticas que exhortan al agente a considerar las consecuencias lesivas eventualmente derivables de su comportamiento (*respice finem*), aquéllas favorecen mediatamente que no se quebranten las prohibiciones ínsitas en sendos tipos delictivos (*neminem laede*). Las precauciones epistémicas, *subspecie* de tales medidas de cuidado, reclaman especial importancia para los casos que suelen ser tematizados como imprudencia inconsciente, por tratarse de las medidas dirigidas a resguardar las capacidades cognitivas del agente *par excellence*⁵². La ignorancia o la suposición errónea que fundan el desconocimiento respecto de la siquiera posible realización del tipo asiduamente son reconducibles al hecho de que el agente ha dejado de observar oportunamente una exigencia de cuidado de esta clase, manifestándose ello, por ejemplo, en carencia o insuficiencia de información, irreflexión, desatención, falta de anticipación con respecto a posibles olvidos, etc. La adopción de estas precauciones es exigible en la medida en que, a pesar de que el sistema cognitivo humano es ciertamente limitado, y de que, por ende, no puede ser sobrecargado con requerimientos de concentración y preocupación meticulosa en todo lo que despliega un sujeto —so riesgo de hacer colapsar su actividad mental—, ello no obsta de modo alguno a que se encuentre sometido cuando menos a la necesidad de bloquear errores importantes, superar restricciones en su capacidad reactiva, o de disponer de cierta información que le sea presumiblemente indispensable, todo ello con respecto a su desenvolvimiento en contextos que, por estar situados en un primer orden de relevancia, puedan llegar a comprometerlo en sus relaciones recíprocas⁵³.

⁵² Así ROSEN, *Philosophical Perspectives*, (1), 2004, pp. 301-303, quien acertadamente señala que el aludido estándar deóntico —*tener que* observar la respectiva precaución epistémica— reviste más bien un carácter procedimental. Pues, en efecto, no se trata aquí de “deberes del intelecto”, en tanto en cuanto la formación de una creencia no se puede imponer a los sujetos en términos de una obligación; más bien, se trata de una regla de cautela. Crítico contra dicha posibilidad ya BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1919, pp. 502 ss., para quien el “deber de preexamen”, cuya infracción justifica una adscripción de imprudencia, no tiene por qué ser entendido como un “deber de pensar”, sino como parte integrante de su capacidad de previsión.

Una razón adicional para asignarles la calidad de necesidad práctica, antes que la de un deber *strictu sensu*, es la altamente discutida viabilidad de levantar obligaciones doxásticas —las de abrazar específicas creencias, como sería, por ejemplo, la de reconocer ciertos peligros— habida consideración del control nada más que relativo y, en todo caso, mediato, que respecto de la elección de sus creencias se tiende a atribuir a los sujetos. El núcleo de la controversia yace en una posible contradicción del “principio de las posibilidades alternativas” (en un contexto epistemológico, equivalente a un “poder creer de otro modo”), debido a la falta de control voluntario que algunos predicen respecto de las decisiones en el sistema creencial de los individuos. Crítico sobre la posibilidad de que efectivamente se pueda elegir al respecto, PARFIT, *On What Matters*, t. I, 2011, pp. 47 ss. Menos categórico ante el rechazo de posibles obligaciones doxásticas, pero limitando el rol de la voluntad sólo al ejercicio de una influencia en la formación de creencias, y no en la elección de la creencia concreta, PEELS, *Responsible Belief*, 2017, p. 100.

⁵³ Respecto del juego coordinado de un sistema cognitivo reactivo o automático y otro de carácter reflexivo, que ejerce un control de filtro con relación a la información que le suministra el primero, paradigmático, KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio* (trad. Chamorro), 2013, pp. 45 ss., p. 543. Formulado en términos sintéticos, lo importante no es, naturalmente, estar atento a todo —porque no es posible—, sino reconocer cuando nos

Con todo y esto, según se anticipó, en virtud del principio *ultra posse nemo obligatur*, tampoco la infracción de la necesidad práctica bajo cuya forma se articula una precaución epistémica de cuidado puede imputarse al agente si su adopción hubo de resultar impracticable por mor de sus limitaciones personales o situacionales. Con otras palabras, para que la regla de cuidado vincule al sujeto – al igual que para que una norma de comportamiento se concrete en deber – es necesario que éste se encuentre en una posición tal de poder seguirla exigencia que se infiere de ella⁵⁴. La imputación extraordinaria del comportamiento antinormativo presupone una imputación ordinaria de la infracción de la regla de cuidado. Teniendo en vista dicho requerimiento, se descenderá enseguida en el análisis crítico de constelaciones asiduamente tratadas como imprudencia “inconsciente”.

5. *Consciencia fenoménica versus consciencia disposicional*

Tanto el desarrollo de la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente, como las posibles observaciones o correcciones a las que ésta eventualmente podría verse sometida, presuponen acrisolar cuál es el preciso objeto de referencia con respecto al cual ambas especies toman sendas separadas. El prolegómeno se justifica – más allá de lo que rige para el análisis de cualquier taxonomía – en la medida en que el proceder corriente parecería susceptible de reparos.

En efecto, para bifurcar a la imprudencia bajo tales rótulos, las formulaciones al uso, aunque de forma variable, tienden a referenciarla al objeto de imputación del hecho punible, con lo cual se emplea el mismo parámetro que el consagrado a la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente. Por ejemplo, según un parecer general, el autor obraría con culpa inconsciente “cuando, al momento de realizar el hecho, no piensa en que podría infringir un precepto penal”, “no advierte la realización de un tipo”, o, respecto del resultado lesivo, “ni siquiera se prevé su posibilidad”⁵⁵. Frente a esto, sin embargo, cabría partir precaviendo que ningún objeto puede “definir o delimitarse a partir de algo que no representa su ser o su razón de ser”⁵⁶, y que, tratándose de la imprudencia, el desconocimiento de estarse realizando el tipo, al margen de ser presupuesto para la elaboración conceptual de todas sus clases, por lo pronto, no la distingue del error ni excluye el *casus*. Antes bien, su instancia definitoria es de índole normativa: la infracción (imputable) de una exigencia de cuidado. Que el sujeto se represente la posibilidad de que el riesgo que genera derive en la satisfacción del supuesto de hecho de algún tipo delictivo, pero, aun así, suponga erróneamente que éste no se verificará, en términos disposicionales, no

movemos frente a un campo cognitivo minado, para entonces detenernos y, a través del ejercicio dosificador de la atención, pedir refuerzo al sistema de reflexión.

⁵⁴ Fundamental KINDHÄUSER, *JRE*, 1994, pp. 345 s.

⁵⁵ Así, respectivamente, GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2015, § 12/24; ROXIN, *Derecho penal. Parte general* (trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal), t. I, 2ª ed., 1997, § 24/59; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2015, lecc. 11, nm. 8.

⁵⁶ GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, 2015, p. 138.

introduce ninguna variante al desconocimiento que le afecta⁵⁷. En virtud de la equivalencia pragmática del error y la ignorancia –sobre la que habrá oportunidad de volver a incidir–, en ambos casos el sujeto tiene una razón epistémica aparente para no ejecutar aquello que, en forma mediata, habría favorecido su capacidad de evitar la realización del tipo. Por lo demás, la opinión dominante descansa en la conjetura de que la imprudencia es una “forma a través de la cual se realiza el tipo”, cuando, en estricto rigor, lo descuidado no es predicable de esta última circunstancia –pues al momento de contradecir la norma de comportamiento el sujeto ya yace en un estado de incapacidad–, sino de la (anterior) falta de adopción de una medida precautoria⁵⁸.

Este aserto se confirma a partir de la estructura contrafáctica que, según se dijo, da forma a la adscripción de imprudencia, en tanto que lo que se trata de averiguar a partir de ella no es si el agente pudo evitar la realización del tipo, sino si pudo mantenerse en condiciones tales de ser capaz de evitarlo. Por ello, en realidad, lo descuidado está referido a la falta de adecuación a una regla auxiliar que hubiese asegurado la capacidad de acción del agente, y no se predica directamente de la realización del tipo, aunque sea dicho incumplimiento el que fundamenta que el objeto en cuestión pueda imputarse *qua* imprudente al agente⁵⁹. Desde semejante perspectiva, lo consciente e inconsciente, constituye, pues, la forma como se infringe el estándar objetivo que permite configurar un criterio alternativo de imputación subjetiva de la realización del tipo; con ello, la imprudencia, discernida cual título de imputación extraordinaria de un comportamiento antinormativo, sólo en términos elípticos podría someterse a la taxonomía en liza. Así, y siempre con esta prevención en mente, podría sostenerse que obra con imprudencia “consciente” –y, en contraposición, con imprudencia “inconsciente”– quien se representa que ha dejado de adoptar una medida de cuidado (consciencia fenoménica), o advierte, cuando menos, las circunstancias fácticas que habrían demandado de él la adopción de dicha medida (consciencia disposicional), y, sin embargo, confía seguir *en posición* de evitar el resultado⁶⁰.

⁵⁷ La cualidad de “disposicional” ha de ser entendida en este contexto como la tendencia de un sujeto a comportarse de cierta forma. Si, por ejemplo, se atribuye a X creer “que (p)” o “que no (p)”, se está atribuyendo, además, una disposición a comportarse como si (p) fuese verdadero o falso, respectivamente. De ahí que, desde el punto de vista de su comportamiento, no haya una diferencia cualitativa en que un sujeto suponga erróneamente algo o lo ignore.

⁵⁸ Fundamental para esta precisión KINDHÄUSER, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado» (trad. Mañalich), *REJ*, (22), 2015, pp. 19 ss.

⁵⁹ En esta dirección VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), 2018, pp. 289 ss., 321 ss., 337 ss., quien propone designar “objeto secundario de imputación” a la infracción de la exigencia de cuidado que incapacita al agente, único comportamiento que, en sentido estricto, es imprudente.

⁶⁰ Se utiliza como base la definición ofrecida por KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar*, 6ª ed., 2015, § 15, nms. 90 s., a la cual se añade como alternativa de imprudencia consciente que el agente se reconozca situado en una posición tal que haga exigible de él la aplicación de una medida de cuidado. Al respecto véase ya MAÑALICH, *RCP*, 2015, pp. 33 s., quien enfatiza como aspecto crucial que el agente haya contado con una “representación de las circunstancias bajo la cual pudo adoptar la respectiva medida de precaución”. Anteriormente HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, 2002, pp. 244 ss., ya había defendido una tesis próxima, caracterizando, empero, como hipótesis de imprudencia inconsciente aquella en que el agente “desconoce que está infringiendo la pauta de cuidado que debía observar en ese instante”, pero de cuya “existencia es co-consciente”. Conforme intentará mostrarse *infra*, los casos que esta autora reconduce a la co-consciencia –especialmente los de olvido– también pueden ser abordados a partir de un concepto estipulativo de consciencia que no comprometa la capacidad de evitación actual del agente.

Aquilatado el objeto de referencia de la clasificación, toca ahora someter a revisión la “intensión” del concepto de consciencia del que se sirve tradicionalmente la dogmática penal, y que, por añadidura, ha conducido a un sólito reduccionismo en cuanto su “extensión”. No es éste, por supuesto, un tema sencillo de abordar. Y no lo es, básicamente, porque se dan cita aquí cuestiones atingentes tanto a la psicología, al psicoanálisis, como a la Filosofía de la mente, desde las cuales, como no podía esperarse de otra forma, se han desarrollado un variado conjunto de aproximaciones, a menudo con tal abstracción teórica, que las torna difíciles de aplicar a problemas prácticos.

Aun así, y so riesgo de simplificar una fecunda discusión⁶¹, la que mayor rendimiento revela para los efectos que aquí interesan es la contraposición entre “consciencia fenoménica” y “consciencia disposicional”. La fenoménica está asociada, generalmente, a representaciones que comunican, en espacio y tiempo, de manera intensa al agente con el mundo circundante; la disposicional no ostenta dichas propiedades cualitativas, pero igualmente se encuentra disponible para su uso como guía de comportamiento. De ahí que sólo la “consciencia fenoménica” tenga carácter reflexivo, lo cual significa: si se experimenta *p*, ser capaz de ir acompañada por una representación –no inferencial– que tenga el efecto de que “se está en *p*”⁶². Como podrá intuirse, las definiciones dogmáticas estándar de imprudencia “consciente” se hallan ancladas a este último sentido (representacional) de la expresión, aunque probablemente ampliado por la vía de captar percepciones. Pues cuando se acostumbra a presentar ejemplos de imprudencia consciente en los que el agente “advierde un riesgo” a partir de la inmediatez suministrada por la experiencia sensorial, la voz “representación” pasa a ser empleada de modo laxo, en tanto que ella, como término técnico, implica figurarse algo, anteponiéndolo al intelecto.

Corresponde en este momento interrogarse si acaso tal reduccionismo encuentra justificación y, especialmente, qué utilidad podría prestar, a fines de explicar el comportamiento pragmáticamente relevante de los sujetos, un concepto de “estado mental consciente” que acabe por identificarse con “el estado respecto del cual uno es consciente”⁶³, es decir, con un estado meta-intencional o autorreferencial. El próximo ejercicio supone no perder de vista que, en el ámbito de la imputación subjetiva, según se afirmó, la condición epistémica importa en la medida en que de ella dependen directamente las capacidades de control del agente, advirtiendo desde

⁶¹ Para una visión panorámica véase VAN GULICK, «Consciousness», en ZALTA (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/consciousness/> (última visita: 16 de septiembre de 2018).

⁶² BLOCK, *Consciousness, Function, and Representation*, t. I, 2007, pp. 111 ss., 159 ss. No es necesario que la consciencia fenoménica alcance visos de alta subjetividad experiencial, como la visión paradigmáticamente defendida por NAGEL, *Mortal Questions*, 1979, pp. 165 ss., para quien estar consciente implica sentir vívidamente “que se es alguna cosa”, o sea, experimentar algo que determine “ser ese organismo *para* el organismo”. Así, ilustra Nagel, para saber qué es ser un murciélago para un murciélago, tendríamos que experimentarlo; y, sin embargo, dado que no somos uno de ellos, no tenemos acceso disponible a cómo un murciélago experimenta el mundo.

⁶³ Crítico al respecto CARRUTHERS, *Phenomenal consciousness. A naturalistic theory*, 2000, pp. 233 s.

ya que, si ésta es su *ratio*, consideraciones de otro género (como el lenguaje ordinario o el valor didáctico de la doctrina recibida) debiesen quedar confinadas a un lugar postrero.

Un pianista talentoso puede ejecutar una pieza compleja mientras decide en qué lugar cenará tras su función, lo mismo que un conductor experimentado, casi de manera automática, tiende a cumplir las señales de tránsito. A la inversa, un cirujano que participa en una intervención quirúrgica de alto riesgo, o un estudiante que intenta resolver un complejo caso propuesto por su profesor de Derecho penal, probablemente, empeñen un grado de concentración mayor. A despecho de lo anterior, esto no implica que sólo los dos últimos sujetos estén conscientes de lo que realizan, sino nada más que en ellos asiste una conexión explícita con lo circundante. En su seminal *Content and Consciousness* advertía Dennett acerca de la necesidad de distinguir entre contextos en los que se está “consciente de” (*p*), de otros que, en cierto momento, se convierten en un estar “consciente que” (*p*). Por ejemplo, dice Dennett, el “estoy consciente de una manzana sobre la mesa”, puede devenir en un “estoy consciente de que hay aquí una manzana sobre la mesa”; y así —si continuamos con esta imagen— sería razonable conjeturar que, después de una hora, cuando he dejado de prestar atención al hecho de que hay una manzana sobre la mesa, sigo consciente de ello, y, si tengo hambre, casi sin percatarme iré por ella⁶⁴. Con esto último, sin embargo, acaso sólo se esté explicitando una antigua tesis, en la actualidad ampliamente extendida y aceptada, a saber: que la mente humana se ocupa ordinariamente de una multiplicidad de tareas a la vez, y que son más bien excepcionales las ocasiones en que un sujeto centra exclusiva atención en la ejecución de alguna, como excepcional es también que aquél “se esté rindiendo cuenta a sí mismo o a los demás” respecto de aquéllas⁶⁵. Pero sirve tenerlo presente, pues, de insistirse en un enfoque reduccionista de los estados conscientes, nos veríamos impelidos a la conclusión —resistible por contraintuitiva— de que sólo extraordinariamente obramos en forma consciente.

Por otro lado, que sólo la llamada consciencia fenoménica ofrezca al agente la posibilidad de reportar lo que realiza —criterio que podría revestir interés en términos de evaluar la evitabilidad de aquello que se está ejecutando— es algo altamente dudoso, en la medida en que, si un estado de consciencia disposicional efectivamente está guiando el comportamiento de un agente, para confirmarlo únicamente bastaría con preguntar a éste —a través de un ejercicio hipotético— qué está haciendo. Pero aun así habría que considerar un aspecto que hace de la capacidad de reporte nada más que una herramienta heurística con respecto a la averiguación concerniente al estado

⁶⁴ DENNETT, *Content and Consciousness*, 2ª ed., 1986, pp. 114 ss. Por su lado, CARRUTHERS, *Consciousness. Essays from a Higher-Order Perspective*, 2005, p. 163, ejemplifica dicho extremo a partir de la noción de dolor: los pacientes bajo la influencia de ciertos tipos de morfina pueden reportar que la sensación de dolor permanece todo el tiempo exactamente igual, aunque, llegado un momento, la presencia de esas cualidades ya no les incomodarán de la misma manera. Pese a ello, no sería razonable decir que tales pacientes eran conscientes del dolor sólo cuando empezaron a experimentarlo, sino que, a la inversa, todo el tiempo lo estuvieron, aunque a ratos posaban su atención sobre él.

⁶⁵ Se parafrasea en el texto un pasaje de SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación* (trad. López Santa María), t. II, 2005, § 14/148, quien había anticipado esta idea —recuperada y desarrollada luego por Sigmund Freud—, al parangonar la actividad mental con una masa de agua de cierta profundidad, en donde lo que se deja asomar a la superficie, los pensamientos vívidos, son sólo su corteza.

intencional de un agente: a saber, que, respecto de aquél, su explicitación sólo es una vía de conocimiento que carece de valor constitutivo. Así como a un sujeto que habiendo meditado nunca en torno de la superioridad del número 1906 con respecto al 1, desde ya —es decir, sin reporte—, se puede atribuir este conocimiento si es elementalmente versado en matemáticas, lo mismo también a otro que, conociendo la nocividad de la gasolina para la salud humana, sin necesidad de representárselo explícitamente, sabe qué resultados podrían derivarse si da de beber ésta a un lactante. Desde luego, todo ello siempre que se trate de un contenido epistémico latente no inferencial, es decir, *actualmente disponible* para el agente en cuestión, sin necesidad de desplegar mayor esfuerzo intelectual. Cotidianamente nos comportamos guiados por una multitud de creencias de las que estamos conscientes sólo en forma latente o implícita, pero ello, en puridad, tampoco viene a denotar nada misterioso⁶⁶.

Constatadas las limitaciones que en el ámbito del razonamiento práctico exhibe un concepto reduccionista de consciencia, ha de concederse decidida ventaja a la alternativa en favor de alguna aproximación fundamentalmente de índole pragmática a este problema, es decir, funcional y consistente con lo que, según nuestras prácticas cotidianas, se atribuye a alguien como comportamiento consciente. Por ejemplo, según se señala en la literatura especializada, de esta clase es el concepto de consciencia de acceso que patrocina Block, esto es, de la que está preparada para su uso libre en el control directo del razonamiento y la acción del sujeto⁶⁷. De otro lado, a partir de un enfoque resueltamente disposicional, también Carruthers ha enfatizado como núcleo central de los estados conscientes su disponibilidad para generar no inferencialmente representaciones de orden superior (cuya cláusula de no inferencialidad tiene por objeto excluir contenidos epistémicos que no son de inmediato acceso), la generación de tales representaciones, empero, sólo es contingente, pues no requerimos necesariamente —puntualiza Carruthers— de una representación de orden superior para efectos de actuar⁶⁸.

Como se sabe, a propósito del concepto de co-consciencia, en la dogmática penal ya se ha debatido en torno de la posibilidad de incluir en el dolo ciertos elementos que no son objeto de una representación expresa por parte del agente⁶⁹. Por ejemplo, el funcionario público que al momento de cometer algún tipo

⁶⁶ MOSTERÍN, *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*, 2008, pp. 166 s., ofrece un ejemplo cotidiano a la par que concluyente: cuando me siento con tranquilidad y energía en una silla, creyendo implícitamente que resistirá mi peso, pero no lo resiste y caigo al suelo, un observador podría comentar: “él creía que la silla resistiría, no sabía que estaba rota. Y, sin embargo, yo nunca había pensado en la silla”.

⁶⁷ BLOCK, *Consciousness, Function, and Representation*, t. I, 2007, pp. 166 ss.

⁶⁸ CARRUTHERS, «Higher-Order Theories of Consciousness», en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/consciousness-higher/> (última visita: 16 de septiembre de 2018).

⁶⁹ Paradigmático sobre este punto PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 81 ss., entendiendo que elementos de dicha índole *siempre* quedarían integrados implícitamente por vía de una síntesis psíquica. Justamente porque no se puede presumir la presencia de dicho contenido, la doctrina mayoritaria acoge con celosas reservas este aporte. Para una ponderación favorable véase KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 2012, § 5/98 ss.; para un análisis crítico pormenorizado, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, pp. 58 ss. Véase también STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 135, quien advierte que, por su propia naturaleza, la co-consciencia no es susceptible de avenirse con actividades que presuponen intención, como, por

de corrupción no reconsidera la calidad que reviste, lo mismo el homicida que no tiene en mente la relación de parentesco que lo liga con el sujeto pasivo. Sin embargo, este argumento, aunque similar, no es exactamente idéntico al problema que nos ocupa, pues el concepto de co-consciencia importado por Platzgummer tiene ante todo un anclaje psicológico, referido a contenidos alojados en zonas periféricas de la consciencia, y que, por ende, permanecen allí en forma estática. Es justamente esta marca la que torna aventurada su recepción sin más en la dogmática del dolo, pues se ampliaría así el ámbito de éste por la vía de imputar al sujeto todo lo que de algún modo yazga en su sistema creencial, con riesgo de pasar de contrabando como actual un contenido nada más que actualizable, o lo que es igual, de identificar conocimiento con información disponible⁷⁰. Que, a propósito del dolo, la doctrina restrinja la plausibilidad de la llamada co-consciencia a los elementos concomitantes del tipo, sin extenderla al verbo rector, viene a confirmar que esta categoría carece de la función motivadora (cual guía de comportamiento) de la que arriba se predica respecto de la consciencia disposicional.

Pues bien, a partir de estas disquisiciones conceptuales, considérense los siguientes supuestos cotidianos:

[Caso 1]: Mientras C conduce de regreso a casa, medita tan profundamente sobre un serio problema laboral que lo aqueja, que no disminuye la velocidad, según aconsejaba hacer la pronunciada curva que en tal momento enfrentaba, razón por la cual termina colisionando un coche dirigido en dirección contraria a la suya.

[Caso 2]: Desde la tercera planta de un edificio en construcción, T, un trabajador momentáneamente distraído, arroja materiales a la acera sin tomar la elemental precaución de cerciorarse que no caminen transeúntes por ella.

Lo que mancomuna a ambas hipótesis es que ni C, por su parte, se percató que está infringiendo la medida de cuidado que le ordena mantenerse atento a las condiciones del tránsito, ni T, por la propia, se representa el hecho de que infringe una medida de cuidado consistente en no arrojar materiales pesados a la vía o, en su defecto, de cerciorarse al menos que nadie transite por ella. Como consecuencia de esto, tampoco se representan los riesgos respectivos que dichas actividades comportan.

Pues bien, según se ha señalado, a propósito de la imprudencia lo radicalmente relevante es que el agente haya podido seguir la respectiva medida de cuidado, lo cual, a su vez, se supedita a la condición de que aquél disponga *in actum* de un bagaje cognitivo que lo habilite para identificar la medida de cuidado aplicable. En ambos casos ello es posible. Pues, a pesar de que ninguno de estos agentes se ha representado fenoménicamente su respectiva falta del cuidado exigido, sí están conscientes disposicionalmente de que realizan las circunstancias fácticas que ameritaban su adopción; esto es suficiente para cumplirlas, pues, según se ha dicho, la atención es sólo un

ejemplo, tratar arbitrariamente algún objeto (o persona), a lo cual podrían agregarse una multitud de acciones, tales como injuriar o engañar a otro, agredir sexualmente, apoderarse de una cosa ajena, etc.

⁷⁰ Sobre la distinción entre conocimiento e información disponibles, RESCHER, *Epistemic Logic*, 2005, pp. 14 s. Véase también LEVY, *Consciousness and Moral Responsibility*, 2014, p. 33, quien coincide en que para que un estado mental sea consciente debe versar sobre una información que sea inmediatamente accesible, y no, por tanto, meramente recuperable (aunque dicha recuperación no revista esfuerzo), pues entonces no contaría como personalmente disponible para el agente sino hasta el momento en que efectivamente se recupere.

grado especialmente intenso de consciencia, mas la falta de ella no elimina el carácter consciente de un estado mental que, por mor de permitir articular premisas (aunque sean erróneas) para un razonamiento práctico, continúa sirviendo como guía de comportamiento⁷¹. Nuevamente, para confirmar lo dicho podría recurrirse al ejercicio hipotético de consultar a cada uno de los agentes qué está haciendo. En el [Caso 1] puede partirse de la base que *C* sabe que, en general, al conducir debe mantenerse en condiciones de cumplir las reglas del tránsito y que, de lo contrario, podría provocar o participar en alguna clase de accidente. Frente a nuestra pregunta, *C* (de modo presumible) responderá: conduzco de regreso a casa y a la vez me concentro en solucionar mis problemas. En el [Caso 2] puede partirse de la base que *T* sabe que el impacto de materiales contundentes podría causar un daño severo a la integridad de las personas. Frente a nuestra pregunta, *T* (de modo presumible) responderá: estoy trabajando y, en este preciso instante, arrojo materiales pesados a la acera. Ello informa que, puesto que pueden reportar sus respectivas actividades, *C* y *T* son conscientes disposicionalmente de que su comportamiento es una instancia particular de un riesgo general, aun cuando no se lo hayan *representado explícitamente* como tal⁷².

El recurso explorado conoce límites. Pese a que atribuir a un sujeto un bagaje de creencias generales sea una práctica perfectamente habitual⁷³, ella sólo será plausible (y, por añadidura, legítima) en la medida en que tales contenidos estén efectiva y actualmente disponibles para el agente en cuestión, aunque ello implique hurgar en la red que envuelve el respectivo estado intencional⁷⁴. Por ejemplo, una persona corriente dispone de un set de creencias generales el cual le informa que en condiciones normales el agua conduce la electricidad, con lo cual, aun si no se lo representara explícitamente, podría afirmarse que, en términos disposicionales, está consciente de que si manipula un artefacto electrónico en la bañera existe alta probabilidad de desencadenar un accidente. Pero ello no siempre será así. Al efecto, considérese el siguiente ejemplo propuesto por Corcoy Bidasolo, que condensa probablemente la solución dominante:

⁷¹ En situaciones como la del [Caso 1], tal cual señala DENNETT, *Content and Consciousness*, 2ª ed., 1986, p. 120, el conductor que no pone atención en la ruta acaso no esté consciente “de las curvas, pero sí lo estará del hecho de que hay curvas” (y de que está conduciendo).

⁷² En tal sentido también MOORE/HURD, *Criminal Law and Philosophy*, (2), 2011, p. 154, destacando que la consciencia disposicional con que cuenta el agente (refiriéndose al caso prototipo del conductor desatento) le ofrece la oportunidad de (re)dirigir su atención consciente en otra dirección, si así lo necesitara.

⁷³ La expresión creencia no se corresponde aquí con su uso ordinario, sino que es empleada como una clase de “estado intencional” (uno de tipo cognitivo) referido a un contenido proposicional. Puedo creer que llegaré al hospital; temer que llegaré al hospital; desear que llegaré al hospital; esperar que llegaré al hospital, etc. Sobre ello véase SEARLE, *Creando el mundo social* (trad. Bostelmann), 2017, pp. 49 ss. Lo importante al respecto es que este estado intencional cognitivo es distinto al conocimiento, en cuanto la proposición sobre la cual recae una creencia no ha de ser necesariamente actual (o real), ni justificada, ni verdadera.

⁷⁴ Puesto que los estados referidos a un objeto intencional no se presentan como unidades aisladas, su atribución a un sujeto requiere aquello que SEARLE, *Creando el mundo social* (trad. Bostelmann), 2017, pp. 55-57, ha llamado una “red” de estados intencionales, cuyos hilos conducirían a un haz complejo de otros estados interrelacionados, que para ser aplicada presupondría, además, un “trasfondo” dado por un conjunto de habilidades, capacidades, disposiciones y formas de hacer cosas. Fundamental en el contexto jurídico-penal respecto de la estructura holista de los contenidos mentales y de la gravitante influencia que ello ejerce a la hora de adscribir actitudes proposicionales, MAÑALICH, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, pp. 16 s., con múltiples referencias. Especialmente instructivo para el ámbito de la imprudencia, STARK, *Culpable Carelessness*, 2016, pp. 229 ss.; 233 ss.

[Caso 3]: “En el caso de la campesina, intelectualmente primitiva, que practica en la persona de su hija un aborto sin la necesaria esterilización, sin prever la muerte de ésta, el problema que se plantea es el específico de la culpa inconsciente: la cognoscibilidad, como posibilidad de conocer, y, por tanto, de prever. En particular, la clase de deber de cuidado que, en su caso, infringiría la madre es el de 'información y preparación previa para realizar actividades peligrosas'”⁷⁵.

La exigencia de cuidado convocada, esto es, la de información y/o preparación previa para la realización de alguna actividad, halla su razón de ser justamente en que dicha actividad se adjetiva como peligrosa. Según se ha indicado, las reglas de cuidado tienen un carácter objetivo, desde que su existencia no depende de las capacidades del agente para cumplirlas. No obstante, a esto último sí se supedita la posibilidad de imputar su infracción. Con ello, en un contexto de imputación subjetiva, la noción de riesgo reclama y encuentra su auténtica utilidad cuando es empleada no en un *sentido óntico* (como, sin embargo, sí ha de ser razonada a propósito de los delitos de peligro), sino más bien en un *sentido epistémico*, en términos de indicar qué es aquello que el agente da o tiene por peligroso. Así, cuando en casos extremos, como el que se comenta, el agente no tiene el bagaje cognitivo para siquiera disposicionalmente estar consciente de que el comportamiento que ejecuta es la instancia de una acción peligrosa general (ni, por ende, para reconocer la necesidad de adoptar cierta medida de cuidado), y dicha ignorancia supera el correspondiente examen de invencibilidad, la alternativa en favor de una eventual exención de responsabilidad no debiese quedar exclusivamente confiada a una (sólo posible) exclusión o disminución de imputabilidad, pudiendo detenerse el análisis ya a nivel de capacidad de acción. Visto que, por una parte, el principio *ultra posse nemo obligatur* parecería inconciliable con la adscripción de imprudencia a casos en que el agente carecía ya del insumo epistémico básico que le hubiese provisto siquiera de la *posibilidad* de articular premisas verdaderas en su silogismo práctico (oportunidad de la que, en cambio, sí disponen los protagonistas de los [Casos 1 y 2]), y que, por otro lado, dicha carencia no hablará necesariamente en favor de un compromiso de las capacidades cognitivas de orden general que le permitirían motivarse conforme la norma (inimputabilidad).

El concepto de consciencia disposicional estipulado también se muestra funcional con respecto a casos caracterizados por un control deficitario de la motricidad fina (el que, como condición habitual en un sujeto, conduce a su calificación ordinaria de torpe). Imagínese el siguiente caso:

[Caso 4]: C, coleccionista de ornamentos lujosos, invita a su amigo A a contemplar el valioso conjunto de cerámicas que adquirió en un viaje reciente a China y que ahora exhibe, junto con otros, en una sala de su hogar. No bien C acaba el relato de una cómica anécdota, A, cuya risibilidad se manifiesta en exagerada gesticulación, sin notarlo, desplaza con su codo hacia el suelo una cerámica que resulta irreparablemente dañada.

En un caso como el descrito es plausible sostener que el cuidado exigible se concretaba situacionalmente en la necesidad de dominar las habilidades motrices con el mayor escrúpulo posible, en tanto que un descuido de ellas podía redundar en la destrucción o deterioro de

⁷⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., 2005, p. 216.

objetos circundantes. Ciertamente, la celeridad con que tiene lugar el suceso determina que *A* no se percate de la pérdida de su capacidad física de evitación ni, en consecuencia, de la inmediatamente sucesiva realización del tipo⁷⁶. Pero que, por tales razones, no se haya representado experiencialmente la infracción de la medida de cuidado en cuestión no implica que, en términos disposicionales, no haya sido consciente de que se encontraba en un lugar cuyas características ameritaban dirigirse cuidadosa y coordinadamente, en aras de no poner en riesgo objetos cuyo elevado valor bien conocía⁷⁷.

6. Imprudencia “inconsciente” y *actio libera in causa*

Existe un segundo grupo de casos especialmente problemáticos en razón de que, aparentemente, la falta de seguimiento de una medida de cuidado no podría reconducirse a ningún comportamiento consciente. Es decir, constelaciones de olvido o de auténtica ignorancia en las que no vendría en consideración siquiera una consciencia disposicional, por lo que la cuestión sobre la “inconsciencia” de la imprudencia se manifestaría en toda su gravedad. Considérense esta vez los supuestos que siguen:

[Caso 5]: Mientras plancha su ropa en casa, *A* recibe la llamada telefónica de un viejo amigo. Luego de hablar durante 15 minutos, y habiendo decidido entretanto cenar fuera de casa, *A* —que ha olvidado por completo la plancha aún conectada— abandona su hogar. Una hora más tarde se desencadena un incendio.

[Caso 6]: *E* es enfermera en una pequeña clínica traumatológica. A ella y a sus demás compañeros cada 10 días les es encomendada la lectura de un dossier con información general relativa a los pacientes internados en rehabilitación. Confiando conocer las condiciones de quienes se encuentran a su cargo, *E* omite leer la información contenida en el dossier, por lo que no se entera de la alergia alimentaria recientemente diagnosticada al paciente *P*. Puesto que durante una semana *E* continúa proveyendo a *P* del alimento regular, éste desarrolla un serio daño intestinal.

⁷⁶ Por cierto, de recurrirse a casos como éste para intentar mostrar que el tipo objetivo se realiza “a través de” la infracción de la medida de cuidado —y reivindicar así la ubicación tradicional del “deber de cuidado” en la antinormatividad—, habría que reconsiderar que, aunque manifiestamente efímero, todavía sería diferenciable el lapso que media entre ambas: en el [Caso 3], la destrucción de la cerámica viene precedida por una pérdida de parte de *A* del dominio sobre su capacidad física reactiva. Para confirmar la falta de simultaneidad, bastaría imaginar que *C*, en ejercicio de legítima defensa de su propiedad, rápida y ágilmente consigue empujar el brazo de *A*, desviándolo de la cerámica. Así resultaría que, a pesar de que *A* infringió el cuidado que le era exigible, no realiza el tipo de daños, ni hay, por ende, objeto que pueda imputarse como injusto imprudente.

⁷⁷ Especialmente instructivos con relación a estos casos de “torpeza” (*clumsiness*), MOORE/HURD, *Criminal Law and Philosophy*, (2), 2011, pp. 165 ss., quienes la diferencian de la lentitud en las habilidades motoras con base cognitiva, motivacional o conativa, para luego sugerir que a veces un déficit de tal naturaleza parecería una desgracia en el agente antes que algo por lo cual realmente pueda juzgársele. Este aspecto es dogmáticamente relevante, en cuanto hace retornar a la intrincada pregunta —que aquí únicamente ha de quedar formulada— de si acaso una inimputabilidad manifiesta en el agente no podría ya comprometer su capacidad de acción; ello, supuesto que la condición que le acompaña no sólo sea óbice para que se motive conforme a la norma, sino ya para ejercer el autocontrol físico que cierto escenario ameritaría de él.

Por lo pronto, en las hipótesis ejemplificadas los estándares de cuidado más inmediatamente vinculados a la realización de los respectivos tipos son los siguientes: en el [Caso 5], *A* infringe una medida de cuidado que se concreta en no abandonar el hogar dejando cierta clase de aparatos electrónicos enchufados; en el [Caso 6], *E* incurre en la infracción de una medida que le imponía proporcionar a cada paciente alimentos apropiados en función de su condición. Para efectos de una posible atribución de responsabilidad a título de imprudencia, es de esperar que prevalezca el razonamiento en torno de aquellas reglas de cuidado que, en cada caso, *A* y *E* “han debido” guardar. Probablemente se añadiría también que tales riesgos eran lo suficientemente cognoscibles para sus respectivos agentes, por cuanto éstos contaban con las capacidades necesarias para hacerse del conocimiento cuya ausencia se les imputa.

Ciertamente, la cognoscibilidad es un expediente normativo que, mediado por la infracción imputable de una exigencia de cuidado, permite fundamentar la inevitabilidad evitable que caracteriza a la imputación de la realización del tipo *qua* imprudente⁷⁸, empero, su punto de apoyo no puede ser puramente especulativo. Bajo el desiderátum de someter la imputación subjetiva al *ultra posse nemo obligatur*, para que la infracción de una regla de cuidado sea, a su turno, imputable al agente, no basta con que ésta haya sido cognoscible sin más. Si ello fuese así, entonces la imputación extraordinaria del comportamiento antinormativo se estaría fundamentando, a su vez, en la imputación extraordinaria de la infracción de una regla de cuidado. La cognoscibilidad no permite clausurar lo que amenazaría con devenir en un *regressus ad indefinitum*, pues, según se anticipó, ésta no es una categoría epistémica de orden inferior al conocimiento, sino que una de talante normativo. Lo cognoscible –que por potencial es también hipotético– no suprime el desconocimiento implicado⁷⁹. En el [Caso 5], al abandonar casa, *A* ya ha olvidado que instantes atrás estaba planchando, por lo que el riesgo que genera no es propiamente cognoscible a la luz de la infracción de dicha medida de cuidado; exactamente lo mismo rige para el [Caso 6], en el que, para *E*, el riesgo al que se expone la salud de *P* no es cognoscible si se lo referencia al suministro contraindicado de alimentos, pues a este respecto *E* yace en un estado de completa ignorancia.

Si esto es así, en principio, habría de quedar vedada la alternativa de radicar la imputación subjetiva del agente en el incumplimiento de una medida de cuidado cuyo seguimiento, *prima facie*, no le era posible. Pero de los casos que revisamos, naturalmente, no se deriva semejante imposibilidad. Si bien *A* y *E* ignoraban el riesgo generado con su comportamiento, lo cual se debe a que, asimismo, desconocían el estar infringiendo las reglas de cuidado más inmediatamente vinculadas a la realización del tipo, estaban conscientes, en contrapartida, de qué necesitaban ejecutar para no haber visto comprometida posteriormente su capacidad de evitación.

⁷⁸ Así MAÑALICH, *RCP*, 2015, p. 18. Compárese KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito» (trad. Mañalich), *InDret*, (4), 2008, p. 24, quien en esta sede invoca una doble evitabilidad: “la evitabilidad de la realización típica que se sigue de una falta de cuidado evitable”. Sobre la relación entre imprudencia y evitabilidad, véase en detalle VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), 2018, pp. 329 ss.

⁷⁹ Véase ya en esta dirección la crítica que KINDHÄUSER, *GA*, 1994, p. 209, notas 42-43, dirigiera a las tesis que centran la imprudencia en la pura idea de cognoscibilidad.

Como se intuye, la solución de los [Casos 5 y 6] se organiza como una indagación acerca de la existencia de algún comportamiento previo que permita explicar el estado defectuoso (en sí mismo, inimputable) en que versa el agente ya antes de la realización del tipo⁸⁰. Sin embargo, para su desarrollo es medular no desatender que una indagación tal sigue atañendo al enjuiciamiento de la capacidad de acción del agente, lo que, formulado de otro modo, sugiere proceder con el recaudo de no adelantar a partir de ella consideraciones de corte motivacional, cuyo enclave sistemático corresponde a la culpabilidad del agente. Esta indicación permite reconocer aquello que, respectivamente, acerca y distancia a la tesis aquí defendida de otra herramienta de rastreo –desarrollada en la Filosofía moral de tradición analítica, pero reconducible hasta Aristóteles– conocida precisamente como *tracing*, a saber: por un lado, que, en efecto, la ignorancia como tal no fundamenta responsabilidad; pero que, por otro, la *actio praecedens* no necesariamente tiene que dejar a su vera un acto culpable (en sentido jurídico-penal estricto) y, sobre todo, que, supuesto que exista, dicha culpabilidad no es lo que habría de dar pábulo a una posible imputación de imprudencia⁸¹. De ahí también que viejas y hodiernas construcciones dogmáticas, tales como la culpabilidad por el sentimiento, la culpabilidad por el carácter, la indiferencia, o el abuso en la libertad de entendimiento, entre muchas otras, no puedan constituir una exitosa válvula de escape de cara a los problemas suscitados por la imprudencia a nivel de imputación subjetiva. Pues bien, advertido lo cual, puede retornarse al análisis de las últimas constelaciones enunciadas.

⁸⁰ La tesis que empieza a desarrollarse en el texto reconoce remotos antecedentes en Stübel, Thon, Kohler y Engelmann. Véanse al respecto EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit: eine strafrechtliche Untersuchung*, 1910, p. 66; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pp. 393 ss. De especial interés es el estudio de MEZGER, «Die Subjektiven Unrechtselemente», *GS* (89), 1924, pp. 254-257, quien, no bien reconocer que el concepto de imprudencia se funda en el de deber, insiste en que el autor “también tiene que ser capaz de cumplirlo, y sólo es capaz de hacerlo, quien conoce tal deber”. De ahí que, para los casos de olvido, señalase que el reproche al agente no puede estar dirigido al hecho mismo de olvidar algo, sino, antes bien, al de no hacer lo necesario para no incurrir en dicho olvido; con ello, se mantendría un nexo psicológico entre el hechor y el delito que se le imputa, y podría fundamentarse –concluye Mezger– un querer “indirecto” con respecto al resultado. Desde luego, tanto esta última idea, que supone razonar la imprudencia en los términos del dolo, como la impronta psicologicista que todavía se respira en Mezger, no restan mérito a lo central de su tesis.

⁸¹ Así, empero, ROSEN, *Philosophical Perspectives*, (1), 2004, pp. 306 ss., quien sostiene que en los casos de ignorancia dicho fundamento sólo podría hallarse en un acto acrático previo, cuando en realidad la presencia de una tal debilidad de voluntad es contingente. En una línea similar, en el debate jurídico-penal angloamericano, ALEXANDER/KESSLER, *Crime and Culpability*, 2009, pp. 81 ss., sostienen que el olvido en sí es involuntario, pero a menudo deja traslucir en el agente una preocupación insuficiente con respecto al bienestar de los demás. Sin embargo, amén del reparo sistemático apuntado en el texto, extraer una conclusión de este género sería apresurado, ya que no es inusual que el propio agente (o algún allegado a él) sea quien resulte afectado por el descuido, dando lugar así a una eventual instancia de “pena natural”.

Por otro lado, cabe registrar que no todo desenvolvimiento teórico del llamado *tracing* redundaría en aspectos de culpabilidad. Por ejemplo, FISCHER/TOGNAZZINI, «The Truth about Tracing», *Noûs*, (3), 2009, pp. 550 s., correctamente, toman distancia de las así llamadas “tesis volicionistas”, enfatizando en su lugar la capacidad de control del agente. Desde coordenadas como éstas u otras afines, el rastreo no tiene por objeto buscar una decisión contraria al bien jurídico a partir del emprendimiento de la actividad riesgosa –manobra que, por cierto, es la empleada cuando se articula la imprudencia como dolo de peligro–, sino que encontrar un momento en el cual el sujeto hubiese tenido la posibilidad de realizar algo que torne menos probable incurrir en olvido.

Los casos de olvido, que siempre pueden multiplicarse a placer, son probablemente los de más difícil solución, pues antes que una mera desatención, retratan un absoluto desentendimiento con respecto de cierta acción de la que ya no es posible seguir predicando en el agente una conciencia disposicional. En el [Caso 5], A padece un estado de incapacidad cognitiva de evitación no sólo cuando tiene lugar el incendio, sino incluso antes de abandonar su hogar. Sin embargo, y dado que el olvido ya conceptualmente viene definido por la pérdida (pasajera o no) de un conocimiento que antes se tuvo, los casos de esta índole encuentran su *momento de imputabilidad* en el instante en que el agente sustituye intencionalmente la acción que ejecuta por otra distinta sin adoptar las precauciones necesarias para controlar, supervisar o mitigar el riesgo con carácter permitido que generaba con la primera, y que, abandonada ésta, deja de estarlo. Cuando A suspende la acción consistente en planchar ropa, para en su lugar atender una llamada telefónica, lo hace bajo la creencia errónea de que enseguida retomará la acción interrumpida, suposición ésta que incluso degradaría a la condición de pragmáticamente poco económico el esfuerzo por desenchufarla (lo mismo que si hubiese estado cocinando). En cambio, de no confiar en su inmediata reanudación, lo más probable es que A —como cualquier sujeto que disposicionalmente está consciente de que es peligroso dejar conectados ciertos electrodomésticos— anticipadamente hubiese dado por terminada la acción de planchar, desenchufando el aparato.

Ahora bien, reviste importancia advertir que si antes de la sustitución de actividades no se adoptan las medidas precautorias que cada caso aconseja, el estatus descuidado predicable de ellas no queda condicionado al peligro o resultado en el que contingentemente podrían concretarse. Ello se explica a partir de la distinción entre error procedimental y error sustantivo⁸². El primero descansa en la falta de confiabilidad de una creencia o en su posibilidad inherente de falsedad; el segundo —que normal mas no necesariamente viene precedido por el primero— mira a los resultados, y básicamente consiste en suponer *p*, cuando *p* no es el caso (o viceversa). La taxonomía permite constatar que si X, por ejemplo, deja la plancha conectada o encendido el horno de la cocina mientras sale de casa por breves instantes—error procedimental que constituye la infracción de una regla de cuidado— para volver enseguida, y nada de ello se materializa en algún suceso lesivo —ausencia de error sustantivo dada, en este caso, por la falta de realización de algún tipo delictivo—, no significa que el obrar de X haya sido pragmáticamente correcto, pues esta última circunstancia, en sí contingente, no suprime el primer descuido. Bajo tales condiciones, pues, habría de quedar neutralizado como posible reparo contra la tesis aquí ofrecida el hecho de que las actividades cotidianas ejemplificadas se subsumen en la esfera del riesgo permitido, en cuanto se trataría de “riesgos propios de la vida”⁸³, y que, en virtud de ello, supuestamente, no sería sino hasta el momento en que el agente

⁸² Para esta clasificación véase RESCHER, *Error (On Our Predicament When Things Go Wrong)*, 2007, pp. 6 s.

⁸³ Así, sin embargo, SANCINETTI, *Casos de Derecho penal*, 2005, pp. 896 s., quien, aun tras criticar (y muy razonadamente) la compatibilidad de la imprudencia inconsciente (*stricto sensu*) con el principio de culpabilidad, sostiene: “[s]i se produce cualquier acontecimiento que saca del centro de la atención del que plancha el hecho de que efectivamente está planchando (...), desde luego podría ser recomendable apagar la plancha, pero seguiría siendo un riesgo permitido dejar un segundo la plancha enchufada, puesto que, generalmente, uno no se olvida la plancha enchufada”. No obstante, ponderar si el agente excede el riesgo permitido en función de si olvida (o no) la tarea que estaba ejecutando, naturalmente, enfrenta el problema de que sólo *ex post* podría calificarse a dicho

padece del respectivo olvido –momento ya inimputable, según se ha dicho– cuando éste excedería dicha esfera permisiva. A la inversa, el exceso del riesgo permitido se predica respecto de una acción desplegada por el agente, no de un suceso que meramente le sobreviene; de ahí que deba situársele justo en el instante previo a que el agente incurra en olvido, esto es, cuando aún dispone de la posibilidad de evitarlo.

Por cierto, hay casos en los que el objeto del olvido lo constituyen actividades que ya desde un inicio podrían considerarse no abarcadas por el riesgo permitido.

[Caso 7]: Cada tarde *P* recoge a su hijo de 10 años del colegio. Un día, uno de los profesores solicita a *P* que se quede un momento para conversar sobre el mal comportamiento del niño. La charla se extiende durante una hora. Sin embargo, *P* ha olvidado que ese día, de forma excepcional, acudía acompañado de *H*, su hija de 1 año, a quien ha dejado en el coche confiando regresar enseguida. La alta temperatura de ese día adelanta la muerte por asfixia de *H*.

Estructuralmente, aquí también puede distinguirse entre un momento₁, en que el agente ya ha incurrido en cierto olvido, y el momento₀, cuando el agente despliega la actividad luego olvidada. La diferencia fundamental entre el [Caso 5] y el [Caso 7] reside en que, en el primero de ellos, existe una zona de penumbra necesitada de esclarecer, esto es, identificar el momento en que se sustituye una actividad por otra, y que determina, a su vez, el tránsito de un riesgo permitido a otro que deja de estarlo; mientras que, en el [Caso 7], la actividad de *P* consistente en dejar a *H* sola en el coche en un día caluroso representa en sí misma una infracción consciente

comportamiento como contrario al cuidado exigido, es decir, cuando aquél ya carece de capacidad de evitación. Tampoco puede compartirse la opinión de HAVA GARCÍA, *La imprudencia consciente*, 2002, p. 233, en cuanto a que el agente debe ser “como mínimo co-consciente de su carácter despistado”, pues, al margen de que dicho elemento, nuevamente, sería candidato de análisis para la culpabilidad –y acaso un mal candidato, si ésta ha de recaer sobre el hecho, y no sobre cómo un sujeto suele conducirse por la vida–, si se trata de un “despistado”, difícilmente éste podría percatarse cuándo es necesario o cuál es el momento relevante para adoptar una medida preventiva.

Por su lado, STOPPENBRINK, *Verantwortung für unabsichtliches Handeln*, 2016, p. 247, señala que el recurso a un momento culpable previo puede derivar en consecuencias inaceptables. En el caso del conductor que genera una colisión debido al defectuoso estado de los neumáticos de su coche, habría de rastrearse su responsabilidad – crítica Stoppenbrink – no al momento del olvido de la inspección (T_1), sino a un momento previo (T_0) en el que el agente omite hacer una nota para recordarlo posteriormente. La misma reducción al absurdo emplea CLARKE, «Negligent Action and Unwitting Omission», en MELE (ed.), *Surrounding Free Will*, 2015, pp. 300 ss., para criticar la tesis favorable a la condición epistémica como requisito de responsabilidad (moral), señalando que – en el caso de una persona que olvida comprar la leche que su pareja le encarga – sería propio de alguien obsesivo recurrir a ese género de medidas. La diferencia capital con los casos que se comentan en el texto es que, en estos últimos, dada la estrechez espacio-temporal entre el comportamiento que se ejecuta y el riesgo generado, puede fundamentarse sin dificultad una consciencia disposicional respecto de éste por parte del agente. Por lo demás, en ellos, es del todo esperable que un sujeto tome las precauciones del caso – desenchufar una plancha; apagar el horno de la cocina –, mientras que la expectativa que puede cifrarse en que un sujeto inspeccione constantemente el estado de los neumáticos de su coche es inferior. Ni qué decir tiene con respecto al hecho de no olvidar una compra cualquiera, pues, en general, el juicio en torno de lo que nos preocupa (o debiese preocupar) viene inmediatamente condicionado por la importancia que, a su vez, puede predicarse respecto del objeto de la preocupación (importancia que, en el caso de la compra de la leche, más allá del hecho mismo de la decepción, parece ser nimia).

(cuando menos disposicionalmente) de una regla genérica que dicta omitir la ejecución de acciones peligrosas⁸⁴.

Otros supuestos pueden explicarse a partir de una todavía más patente “infracción escalonada” de medidas de cuidado, en las que la primera es abiertamente consciente, mientras la última, no⁸⁵. Así ocurre en el [Caso 6]. Pues *E* desconocía la especial condición de *P* ya antes de comenzar a proveerle de los alimentos que gestaron su intoxicación. Pero en un momento anterior, *E* omite conscientemente la lectura del dossier instructivo, cuya revisión, sin embargo, le habría permitido ulteriormente estar en condiciones de advertir la necesidad de discriminar el alimento a dar a sus pacientes. Aunque mediada por la infracción inconsciente de una medida de cuidado, la incapacidad actual de *E* para evitar la realización del tipo de lesiones sigue explicándose a partir

⁸⁴ Cuando ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 398, en el contexto de su crítica a Mezger y Engelmann, propone los ejemplos del asistente al teatro que olvida alertar al encargado del guardarropía que en su abrigo porta un revólver, con lo cual “ocurre una desgracia”, así como el de la madre que deja solo a su hijo en la cocina, en donde hay una olla con agua hirviendo, de manera que aquél resulta herido, hace radicar tales infracciones en una falta de advertencia interna, de reparos o reflexiones, ninguna de las cuales —piensa aquel autor— es consciente. Dicha solución muestra que Engisch parecía estar enfocándose en un momento ulterior, en el que, efectivamente, el agente ya desconoce la infracción en que incurre. Pero sucede que los casos que propone Engisch ya inician con sendas infracciones —por lo demás, conscientes— del deber de omitir acciones peligrosas, pues de la literalidad de los ejemplos se desprende que, por un lado, el asistente al teatro sabe que carga un revólver en su abrigo —y, por ello, olvida advertírsele al guardarropa—, mientras que la madre sabe que ha puesto agua a hervir en una olla y que ha dejado a su hijo en la cocina.

⁸⁵ Véanse fundamentalmente sobre esto KINDHÄUSER, *JRE*, 1994, pp. 345 s., nota 23; MAÑALICH, *RCP*, 2015, p. 33, quienes discurren en torno del prototípico caso de un conductor que supera los límites de velocidad permitidos mientras conversa distraídamente con su acompañante, frente a lo cual coinciden en que hay una infracción primaria no imputable, esto es, la de exceder los límites de velocidad permitidos, pues el sujeto desconoce dicha circunstancia; pero existe a la vez la infracción de una exigencia de cuidado adicional (o secundaria): la de prestar atención a las condiciones del camino, que sí sería infringida conscientemente. Para arribar a dicha conclusión, sin embargo, todavía es necesario explicar la razón por la que la imputación de la infracción de la exigencia de cuidado secundaria es conciliable con el *ultra posse nemo obligatur*, para lo cual habría de venir en consideración el recurso a una consciencia disposicional que justifique por qué el sujeto sabe que infringe esta última medida, pese a que su atención se concentra en otro asunto. Como se apunta en el texto, existen otras constelaciones en que la infracción (consciente) de una medida secundaria es más difícil de identificar, pues, en el que podría rotularse como momento₀, el agente obra dentro del riesgo permitido.

Véase también MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 729 ss., quien caracteriza casos semejantes a los que aquí nos ocupan como hipótesis de “imprudencia consciente de orden inferior”. Según este autor, se podrían diferenciar normas de nivel inferior cuya finalidad es advertir la presencia de situaciones de peligro, situadas en la base de normas de un nivel inmediatamente superior. Estructuralmente, la formulación normológica propuesta por Molina Fernández se corresponde con la aquí seguida, en la medida en que debe distinguirse la norma de comportamiento de la respectiva exigencia de cuidado que posibilita al agente mantenerse en condiciones de cumplirla; no obstante, de dicho nexo funcional no se sigue que la infracción de ésta cuente como partícula de antinormatividad, toda vez que ambas traen implicadas cuestiones analíticamente diversas (una de índole prescriptiva; la otra, adscriptiva). Por esta razón, el “orden inferior” atribuido a la medida de cuidado podría resultar (normológicamente) equívoco, de manera que basta con puntualizar la relación de instrumentalidad que se traba entre ellas. Por otro lado, según se señalará, tampoco hay una relación necesariamente jerárquica entre los casos de imprudencia “consciente” al uso, y los que por la vía que aquí se ensaya intentan ser reconducidos a ella.

de la infracción consciente de otra medida de cuidado, auxiliar de cara al cumplimiento de aquélla.

Ahora bien, estos casos pueden complicarse todavía más si el agente ignora, a su vez, que infringe la medida de cuidado auxiliar, como en la siguiente variante:

[Caso 8]: La enfermera *E* no lee un correo electrónico en el que aparece citada a una reunión en la clínica en que trabaja. A causa de no asistir a ella, *E* no toma conocimiento de la existencia de un dossier instructivo que, al igual que el resto de sus compañeros, ha de revisar periódicamente. Todo lo demás sigue siendo igual al [Caso 6].

En el [Caso 8] se agregan dos elementos: la infracción inconsciente de una medida de cuidado materializada en el hecho de no concurrir a una reunión en la que se proporciona al personal sanitario información relevante para el correcto desempeño de sus funciones, y, además, la infracción consciente de otra regla radicada en la necesidad de haber leído el correo electrónico en el que se la emplazaba a ello. Esta variante degrada a la evidencia el reparo al cual el recurso aquí empleado presumiblemente podría exponerse: un *regressus ad infinitum*⁸⁶. Ciertamente, no existe ni puede haber una regla que determine cuántos son los momentos previos a los que podría rastrearse la imputabilidad del agente, y frente a esto solamente cabría afirmar: todos los que sean necesarios siempre que se cumplan dos condiciones. Primero, que el riesgo materializado en el resultado típico siga siendo previsible, esto es, que, en su saber actual, el autor disponga de la competencia de incluir aquél dentro de las consecuencias de largo alcance de su obrar⁸⁷; dicha previsibilidad, desde luego, gradualmente irá perdiendo consistencia mientras más retrospectivo se torne el análisis. En el juicio que se cierne sobre ella, por lo demás, necesariamente habrán de incidir elementos fácticos. En el [Caso 8], si era o no previsible que, producto de la infracción de la medida de cuidado originaria, *E* se encontrara en *el* estado de incapacidad que le impide evitar la realización del tipo, dependerá, por ejemplo, del tipo de información que suele proporcionarse al personal sanitario en las reuniones a las que se les convoca, así como del motivo y contenido de los correos electrónicos que estos trabajadores suelen recibir. Si en tales reuniones se proporciona dicho género de información y los correos electrónicos frecuentemente contienen dicho aviso, en el [Caso 8] el riesgo aún se exhibiría como previsible. La segunda condición es que en el camino no se fracture el nexo de infracción de deber⁸⁸. Esto significa que, aunque sea remoto, el incumplimiento de la medida de cuidado en cuestión debe seguir siendo idóneo de cara a la explicación del *específico* estado de incapacidad

⁸⁶ Críticamente en tal sentido STOPPENBRINK, *Verantwortung für unabsichtliches Handeln*, 2016, pp. 245 ss.; en dirección similar, pero a propósito del *tracing*, GUANAIS DE AGUIAR FILHO, *Imprudencia inconsciente y derecho penal de la culpabilidad* (tesis doctoral inédita), 2015, pp. 143 ss. En realidad, dado los límites que impone la prescripción, la necesidad de conservar un nexo de antijuridicidad, y de que, en definitiva, se trata siempre de comportamientos ceñidos a la biografía de un mismo sujeto, la gravedad de la regresión no viene aquí dada por el carácter infinito de las magnitudes a examinar, sino por el de su indeterminación, por la incerteza sobre la existencia de aquella parte pesquisada: un *regressus ad indefinitum*. Sobre esta distinción, KANT, *Crítica de la razón pura* (trad. Caimi), 2009, A518/B546.

⁸⁷ QUANTE, *El concepto de acción en Hegel* (trad. Barreto González), 2010, p. 187.

⁸⁸ En sentido similar véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 730, quien sostiene que la imputación ha de cesar cuando la acción se torne nada más que difusamente peligrosa.

física y/o cognitiva en que, inmediatamente antes de la realización del tipo delictivo, yacía el agente. Esto también podría formularse diciendo: el descuido desencadenante es un instrumento idóneo en la medida en que continúe explicando el hecho típico sin transformarse en un discurso en torno del sujeto⁸⁹. En el [Caso 8] la llamada relación de riesgo no se ha visto interrumpida, como lo habría estado, sin embargo, si, por ejemplo, en la reunión a la que no asiste *E* se discuten asuntos de otra laya o el alimento que provee a *P* deviene nocivo para su salud, pero en virtud de alguna circunstancia no detallada en el instructivo.

Como habrá podido advertirse, el análisis aplicado a todos los casos anteriores patrocina la aplicación de la estructura de la *actio libera in causa*; aunque, bien es cierto, ella gobierna toda articulación de la imprudencia como criterio de imputación extraordinaria⁹⁰. En tanto que específica vía de solución para casos de imprudencia “inconsciente”, esta tesis fue expresamente acogida por Arthur Kaufmann, quien criticara a la doctrina dominante a la sazón, partidaria de sustentar la culpabilidad en la infracción de un deber general abstracto, incurrir en una suerte de *crimen culpae*⁹¹.

El trasfondo del diagnóstico de Kaufmann es fundamentalmente correcto, sin embargo, han de considerarse dos cuestiones. Por un lado, que aquello que compromete la compatibilidad de la imprudencia inconsciente con el principio de culpabilidad (*lato sensu*) no es el carácter objetivo de la regla de cuidado incumplida, sino el que se prescindiera de las capacidades del agente en el juicio relativo a su infracción. Pues, visto desde una perspectiva pragmática, *es el poder el que se referencia al deber*, no a la inversa. Por otro, la razón por la cual la doctrina dominante podría incurrir en una infracción del régimen punitivo de la imprudencia pareciera ser diversa a la aludida por Kaufmann. La diferencia entre *crimen culpae* y *crimina culposa* puede reconstruirse en consideración de la función que un sistema legal asigna a la infracción de una regla de cuidado; en el primer modelo, la lesión de un deber general de cuidado, o de ser diligente, funge como objeto de imputación, pues la culpa en sí misma constituye el crimen; en el segundo, dicha lesión opera como criterio de imputación respecto de una pluralidad de objetos (comparativamente más acotada con respecto al dolo). Con ello, si se da el caso de que el incumplimiento de una regla de cuidado –verbigracia, no advertir cierto peligro– no puede operar como fundamento, visto que el agente ha estado impedido de adoptarla, y únicamente se procede con el dato de su infracción, en tanto que objeto de imputación, es del todo razonable denunciar un retorno a la (censurable) lógica del *crimen culpae*.

La solución que se comenta ha recibido una limitada recepción en la dogmática⁹². Por supuesto, contemplada desde la teoría de la tipicidad, la aplicación de la *actio libera in causa* al injusto

⁸⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 731; VOGEL, *LK*, 12ª ed., 2007, § 15, nm. 306. Una cortapisa ligada a la anotada es la de no perder la identidad del sujeto mientras se rastrea un momento de imputabilidad previo, esto es, que el ejercicio de rastreo, si lo hace, dé con un comportamiento cuya realización exprese la personalidad del mismo individuo que luego ejecuta el tipo delictivo. Para una visión general del argumento, véase QUANTE, en KÜHLER/JELINEK (eds.), *Autonomy and the Self*, 2013, pp. 256 ss.

⁹⁰ Por ejemplo, HRUSCHKA, «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JZ*, (1), 1997, pp. 22 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 79.

⁹¹ KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, p. 156. El argumento consistente en una infracción del régimen de *crimina culposa* fue anticipado ya por Mezger, *GS*, 1924, p. 256.

⁹² Con restricciones, pues la acoge sólo para la imprudencia por asunción, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, § 24/11; ALCÁ CER GUIRAO, “Actio libera in causa” dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal, 2005, pp. 173 s., reconoce la identidad en la estructura de la *actio libera in causa* y la

imprudente pareciese innecesaria, toda vez que, a partir de sus coordenadas, el momento de la antinormatividad habría de anticiparse a la infracción del deber de cuidado, con lo cual, en principio, coincidiría plenamente con el de su imputabilidad⁹³. Desde luego, no es éste un contexto oportuno para descender a la crítica de dicha tesis —aunque la diferencia entre norma de comportamiento y exigencia de cuidado, como arista normológica capital de este asunto, fuese ya brevemente examinada⁹⁴—, lo que tampoco resulta estrictamente indispensable, por lo demás, en la medida en que aquí se está recurriendo a la *actio libera in causa* como estructura de imputación. Por ello, al margen de que, con mayor o menor fortuna, la doctrina (quizá dominante) pueda insistir en que en los casos estándar de imprudencia consciente coinciden el objeto y fundamento de imputación, y de que, incluso para las constelaciones rotuladas como “imprudencia por asunción”⁹⁵, seguiría revelándose como innecesario el recurso a momentos

imprudencia inconsciente, sin embargo, sostiene que ello es contingente, pues habría casos en que la infracción del deber de advertir el peligro no necesita fundamentarse en un momento anterior al que se realiza la acción, pudiendo ser simultáneo. De otra opinión, con razón, VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), 2018, pp. 319 s., quien muestra que la presunta coincidencia de ambos momentos en el caso ejemplificado por Alcácer Guirao —el agente no advierte que da de beber un vaso con lejía a un niño— es en realidad aparente, pues entre ambos todavía podrían mediar una plétora de sucesos.

⁹³ Así, por ejemplo, DEMETRIO CRESPO, «La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?», en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (eds.), *LH-Barbero Santos*, t. I, 2001, p. 1003, para quien los “*supuestos de alic imprudente*, configuran un primer grupo que carece de sentido dogmático alguno independiente de la propia estructura de la imprudencia” (cursivas del original); PAEFFGEN, *NK-StGB*, 4ª ed., 2013, Nota preliminar al § 323a, nm. 50, aduce que basta establecer la relación entre la infracción del deber de cuidado y el resultado lesivo. Suele pasarse por alto, sin embargo, que dicha relación no es necesariamente causal. Sobre esto último, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, 1993, pp. 52 s., p. 75 nota 98; y KINDHÄUSER, *GA*, 1994, p. 219: “no se trata de la ausencia del resultado, sino de la capacidad para evitarlo”. Por su lado, los reparos de JOSHI JUBERT, *La doctrina de la actio libera in causa*, 1992, p. 105 s., a la aplicación de la estructura de la *actio libera in causa* a la imprudencia inconsciente han de ser comprendidos desde una visión para la cual la pregunta por la *actio libera in causa* concierne a si ha existido o no “una acción u omisión precedente que reúna todos los elementos del delito”, lo que, desde el modelo de la excepción, por supuesto, no es posible responder afirmativamente. Lo importante al respecto es registrar que dicha simultaneidad tampoco puede obtenerse desde el modelo de la anticipación sin disolver el contenido de la norma de comportamiento (esto es, dando por antinormativa una conducta que, al momento de la infracción de la exigencia de cuidado, todavía no lo es).

⁹⁴ Véase *supra*, apartado “3. El ultra posse nemo obligatur como piedra de toque en la adscripción de imprudencia”.

⁹⁵ Estos casos, caracterizados por que el agente realiza una actividad riesgosa sin cumplir con las exigencias requeridas para participar en algún sector específico del tráfico, también permiten distinguir, además del momento en que se ejecuta el comportamiento antinormativo, otros dos: uno, en que el agente pudo haberse hecho de la información o preparación necesaria para realizar cierta actividad (que, en estricto rigor, corresponde a un período), y otro, en el que emprende ésta. Desde luego, el primero de ellos es relevante sólo en la medida en que pone de manifiesto que el agente pudo prepararse para la actividad riesgosa que luego ejecuta, pero no para fundamentar la adscripción de imprudencia, pues el comportamiento que supera el riesgo permitido no es la infracción de semejante deber de información previa (acción, por lo pronto, inocua), sino el no abstenerse de emprender la actividad peligrosa sin la preparación que aconseja el caso. Supuesto que el agente reconozca que está acometiendo temerariamente una actividad de dicha naturaleza, se trata de un caso de imprudencia consciente cuya única singularidad residiría, como se ha dicho, en que el agente habría tenido la opción, bien de prepararse (previamente), bien de contener su ejecución. Compárese CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., 2005, pp. 135 ss., 226 ss., quien, a pesar de posicionarse contra la estructuración de la imprudencia como *actio libera in causa*, distingue igualmente entre “la conducta realizada sin cumplir el deber de cuidado” y otra que

previos⁹⁶, lo que interesa patentizar es que la adscripción de imprudencia a supuestos de olvido o de “infracción escalonada” de medidas de cuidado –[Caso 5] y [Caso 6], respectivamente– es compatible con el principio de culpabilidad (en sentido laxo) únicamente porque se puede rastrear alguna *actio praecedens* imputable⁹⁷. Con otras palabras, aun cuando para estos casos la solución analíticamente correcta –porque se hace eco de la distinción entre objeto y fundamento de imputación– discorra por el reconocimiento de tres momentos lógicos diversos – T_2 , el comportamiento antinormativo; T_1 , la infracción no imputable de una medida de cuidado; y T_0 , como infracción imputable de otra medida de cuidado–, en términos materiales, la diferenciación de los dos últimos (T_1 y T_0) se nos ofrece como estrictamente indisponible, en tanto en cuanto la responsabilidad fundada subjetivamente en la sola infracción de la primera medida aparece todavía en profunda tensión con el *ultra posse nemo obligatur*, mientras que la infracción de la segunda, ya no.

Reviste importancia notar que, en estricto rigor, ni T_1 , pero tampoco T_0 , pueden autónomamente explicar la adscripción de imprudencia, sino sólo una vez que se ponen en relación. Volviendo al [Caso 5], a pesar de que, en el momento T_0 , *A* ha infringido conscientemente una medida de cuidado, esto es, suspender la acción de planchar para atender el teléfono sin tomar la precaución de desenchufar el aparato o, en su defecto, alguna otra que le impida incurrir en un ulterior olvido, dicha circunstancia, por sí sola, es insuficiente, pues aún debe explicarse por qué, en el momento T_2 , cuando se genera el incendio, *A* no se encuentra en condiciones de evitarlo. Por su lado, la infracción de la medida de cuidado que tiene lugar en T_1 , esto es, cuando *A* realiza un comportamiento que es (una acción) intencional bajo la descripción “abandono casa”, pero no bajo la descripción alternativa, aunque igualmente verdadera, “abandono casa, dejando la plancha enchufada”, se muestra asimismo insuficiente, en tanto en cuanto, según fue dicho, por entonces *A* ya estaba inhabilitado para resguardar su futuro poder de evitación⁹⁸.

7. Dos consideraciones finales

A la luz de las observaciones revisadas y planteadas en este trabajo resulta natural preguntarse si guarda algún sentido conservar la distinción ortodoxa entre imprudencia consciente e inconsciente. Si dicho interrogante fuese abordado desde del aparato conceptual con el que la doctrina dominante tiende a tematizar los casos de imprudencia “inconsciente” –esto es, al socaire de una noción de consciencia injustificadamente restrictiva, que la reduce a la idea de representación, con lo cual ignora que ésta es sólo una posible manifestación de aquélla–, desde

suministra “la razón de la no permisión del riesgo”, que eventualmente habría de ser buscada en un momento previo a la creación de éste.

⁹⁶ A lo que no se podrá arribar a acuerdo desde perspectivas tan inconciliables como son la teoría de la anticipación y la de la excepción.

⁹⁷ Esto significa que, independientemente de la vía de solución teórica que se acoja a propósito de la *actio libera in causa*, es necesario recurrir a ella como estructura de razonamiento.

⁹⁸ A pesar de rechazar luego la estructura del *tracing*, esto es certeramente advertido por STOPPENBRINK, *Verantwortung für unabsichtliches Handeln*, 2016, p. 241, quien, al exponer esquemáticamente dicho recurso, deja constancia de que ambas, las acciones ejecutadas en T_0 y T_1 , son condiciones necesarias, pero no suficientes para la imputación *qua* imprudente del evento que tiene lugar en T_2 .

luego, no podría renunciarse a la taxonomía en palabra, por cuanto la imprudencia consciente, entendida bajo tales estrechos términos, deja de incluir un amplio haz de constelaciones cuyas condiciones de punibilidad no están en entredicho. Según ha intentado mostrarse, de la mano de un instrumental teórico compuesto tanto por antiguos como recientes aportes, un concepto estipulativo de imprudencia consciente que reconsidere el carácter disposicional que pueden exhibir algunos estados mentales conscientes, suplementado por el recurso a la estructura de la *actio libera in causa*, está en condiciones de explicar la adscripción de imprudencia en semejantes casos sin comprometer la vigencia del principio de culpabilidad. En cambio, los casos no susceptibles de subsumir en aquel concepto estipulativo —es decir, auténticos episodios de inconsciencia—, tampoco podrán ajustarse a semejante principio, ni constituir, por ende, un *locus* legítimo para el surgimiento de responsabilidad. Este arreglo conceptual no persigue iniciar lo que acaso podría etiquetarse críticamente como una “caza de la imprudencia inconsciente en la imprudencia consciente” —parafraseando la célebre sentencia que en un contexto similar vertiera Binding⁹⁹—, sino justamente a la inversa: manifestar que no toda infracción de una exigencia de cuidado dará lugar a una adscripción de imprudencia, ya que, si dicha infracción fuese auténticamente inconsciente, su seguimiento habría escapado del control del agente. Así pues, que no toda imprudencia “inconsciente” sea reconducible a una infracción consciente no representa una limitación, sino un límite de la tesis que aquí se ha intentado defender.

Otro interrogante que podría venir en consideración es si, así fundamentada la imprudencia, resultaría acaso más grave la que se articula sobre una infracción fenoméricamente consciente de la respectiva exigencia de cuidado, y que, por ende, permite al agente representarse la posibilidad del resultado, aunque éste suponga erróneamente que no se verificará, frente aquella otra que debe construirse sobre la base de una consciencia disposicional respecto de tales elementos. Una tal conjetura no sería de recibo. Cual se señaló, tanto la consciencia fenomérica como la disposicional tienen la propiedad de comportarse como guía de comportamiento¹⁰⁰, y, por ende, suministrar poder de control sobre él, que es lo que en primera línea interesa calibrar cuando se inquiere, como en este nivel sistemático, en torno de la capacidad de evitación por parte de un agente. Si bien es cierto, dado el carácter representacional de la primera de ellas, podría existir una diferencia (sólo psicológica) en cuanto a que el sujeto en un caso padecería un error explícito, mientras en el otro, no. Pero semejante dato no habría de distraer con respecto a la gravedad de la imprudencia, pues el error y la ignorancia son formas de desconocimiento pragmáticamente equivalentes¹⁰¹. Sería apresurado asumir que quien padece un error se

⁹⁹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1919, p. 328, quien abominara de una insistencia por explicar la imprudencia a partir del dolo (de peligro), como si éste fuese la única forma imaginable de culpabilidad, desatándose así una “caza del dolo en la imprudencia”.

¹⁰⁰ Por lo demás, no puede presumirse que las creencias explícitas revistan a este respecto mayor credibilidad que las implícitas o latentes. Para mostrar ello, MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, 2008, p. 168, utiliza como ejemplo el de un profesor que abriga prejuicios con respecto al rendimiento intelectual de sus alumnas, confiriéndoles peor nota. Preguntado sobre ello, afirma (genuinamente) el profesor que tal prejuicio no existe. Una vez confrontado con los resultados, “empieza a darse cuenta de que, en efecto, creía tal cosa”.

¹⁰¹ Así STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 319-321, quien señala que, error e ignorancia, caracterizados, respectivamente, como la falsa representación sobre un objeto relevante y la falta de dicha representación, a menudo están vinculados con representaciones positivas falsas, confusiones o

encuentra más cerca del conocimiento que aquel que ignora por completo algo. En efecto, supuesto que se trate de un error genuino (y no de una confianza irracional), no podría dejar de considerarse la notable tendencia de los sujetos a persistir en sus creencias. Si alguna de éstas fuese objetivamente errónea, poco importaría, pues, dado que no se trata de un autoengaño, es probable que el sujeto siga atado a ella como si tuviese valor de verdad. Por tal razón, si salir de un error exige nuevos esfuerzos y dar los antiguos por perdidos¹⁰², a contrapelo de lo que comúnmente se opina, quien lo padece no se encuentra en una situación particularmente cómoda con respecto al conocimiento al que se espera que acceda. Con ello, la diferencia queda reducida a una cuestión estrictamente panorámica: mientras en el primer caso el agente está más lejos dialécticamente de creer como probable la realización del tipo, ya que antes ha de *vencer* un error; en el segundo lo está más lejos teóricamente, pues la ignorancia misma presupone desconocer el objeto sobre el cual recae¹⁰³.

8. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO (2005), *“Actio libera in causa” dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona.

ALEXANDER/KESSLER (2009), *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, Nueva York.

BINDING (1919), *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, Felix Meiner, Leipzig.

BLOCK (2007), *Consciousness, Function, and Representation*, vol.1º, Mit Press, Cambridge y Londres.

BLÖSER (2014), *Zurechnung bei Kant. Zum Zusammenhang von Person und Handlung in Kants praktischer Philosophie*, Walter de Gruyter, Berlín.

BURKHARDT (2004), «Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo objetivo y lo subjetivo» (trad. Pastor Muñoz), en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, pp. 153 ss.

categorizaciones erróneas, de manera que su diferencia –y aquí reside lo importante– únicamente se dejaría constatar a partir de la forma que adoptan: el primero, como una negación interna de la representación que es requerida (su opuesto contrario); la segunda, como una negación externa de dicha representación (su opuesto contradictorio). De esta manera, “[a]mbas negaciones son lógicamente inconciliables con la afirmación de la representación requerida”. Ahora bien, frente a un asiduo lugar común, sólo cabría precisar que, tratándose del error, lo falso no es la representación en sí, sino el juicio que sobre la base de dicha representación levanta el agente.

¹⁰² SCHOPENHAUER, *Parerga y paralipómena* (trad. López Santa María), t. II, 2009, § 43/64.

¹⁰³ Como razonara KIERKEGAARD, *La enfermedad mortal* (trad. Gutiérrez Rivero), 2008, pp. 65 ss., tras cotejar la situación del sujeto “desesperado” que conoce la razón por la cual lo está y, sin embargo, persiste sumido en ella, frente aquel otro, igualmente “desesperado”, que lo ignora y, por ende, tampoco tiene cómo escapar del mal que le afecta.

CANEPA (2011), *L'imputazione soggettiva della colpa*, Giappichelli, Turín.

CARRUTHERS (2016), «Higher-Order Theories of Consciousness», en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/consciousness-higher/> (última visita: 16 de septiembre de 2018).

— — — — — (2005), *Consciousness. Essays from a Higher-Order Perspective*, Clarendon Press, Oxford.

— — — — — (2000), *Phenomenal consciousness. A naturalistic theory*, Cambridge University Press, Cambridge.

CASTRONUOVO (2009), *La colpa penale*, Giuffrè, Milán.

CLARKE (2015), «Negligent Action and Unwitting Omission», en MELE (ed.), *Surrounding Free Will*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 298 ss.

CORCOY BIDASOLO (2005), *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., BdeF, Montevideo y Buenos Aires.

DEHNE-NIEMANN (2012), «Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung. Zur normtheoretischen Reformulierung der „Risikoerhöhungstheorie“», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 89 ss.

DEMETRIO CRESPO (2001), «La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?», en ARROYO ZAPATERO *et al.* (eds.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, t. I, Ediciones de la Universidad de Castilla, Cuenca, pp. 993 ss.

DENNETT (1986), *Content and Consciousness*, 2ª ed., Routledge & Kegan Paul, Londres y Nueva York.

DÍAZ PITA (2004), *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DUTTGE (2017), «§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich.

ENGISCH (1930), *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Scientia Verlag, Aalen, reimp. 1964.

EXNER (1910), *Das Wesen der Fahrlässigkeit: eine strafrechtliche Untersuchung*, F. Deuticke, Leipzig.

FISCHER (1934), *Das Vergessen als Fahrlässigkeit*, Alfred Kurtze, Breslau.

FISCHER/TOGNAZZINI (2009), «The Truth about Tracing», *Noûs*, (3), pp. 531 ss.

FREUND (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2ª ed., Springer, Berlín y Heidelberg.

GROPP (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Springer, Berlín y Heidelberg.

GUANAIS DE AGUIAR FILHO (2015), *Imprudencia inconsciente y derecho penal de la culpabilidad* (tesis doctoral inédita), disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/374243/togaf.pdf?sequence=1> (última visita: 22 de septiembre de 2018).

GUZMÁN DALBORA (2015), *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Editoriale Scientifica, Nápoles.

HAAS (2016), «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental» (trad. García de la Torre), *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

— — — — — (2015), «Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 86 ss.

— — — — — (2002), *Kausalität und Rechtsverletzung*, Duncker & Humblot, Berlín.

HARE (1963), *Freedom and Reason*, Clarendon Press, Oxford.

HAVA GARCÍA (2002), *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada.

HEGEL (2005), *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio* (ed. por Valls Planas), Alianza, Madrid.

HERSTEIN (2010), «Responsibility in Negligence: Why the Duty of Care is *not* a Duty "To Try"», *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (23), pp. 403 ss.

HOBBS (1651), *Leviathan*, Clarendon Press, Oxford, reimp. 1965.

HONORÉ (1964), «Can and Can't», *Mind*, (292), pp. 463 ss.

HRUSCHKA (1997), «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JuristenZeitung*, (1), pp. 22 ss.

— — — — — (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

JESCHECK/WEIGEND (2002), *Tratado de Derecho penal* (trad. Olmedo Cardenete), 5ª ed., Comares, Granada.

JOERDEN (1988), *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, Duncker & Humblot, Berlín.

JOSHI JUBERT (1992), *La doctrina de la actio libera in causa*, Bosch, Barcelona.

KAHNEMAN (2013), *Pensar rápido, pensar despacio* (trad. Chamorro), Debolsillo, Barcelona.

KANT (2009), *Crítica de la razón pura* (trad. Caimi), Fondo de Cultura Económica, México, D. F.

KAUFMANN (1976), Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., Winter, Heidelberg.

KIERKEGAARD (2008), *La enfermedad mortal* (trad. Gutiérrez Rivero), Trotta, Madrid.

KINDHÄUSER (2015), «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado» (trad. Mañalich), *Revista de Estudios de la Justicia*, (22), pp. 15 ss.

— — — — — (2015), *Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar*, 6ª ed., Nomos, Baden-Baden.

— — — — — (2008), «El tipo subjetivo en la construcción del delito» (trad. Mañalich), *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

— — — — — (1994), «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 197 ss.

— — — — — (1994a), «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, pp. 339 ss.

— — — — — (1989), *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

— — — — — (1984), «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (96), pp. 1 ss.

KOCH (2010), «Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (3), pp. 175 ss.

KÖHLER (2000), «La imputación subjetiva: estado de la cuestión» (trad. Sánchez-Ostiz), en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid.

— — — — — (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, Springer, Berlín.

KORIATH (2007), «Fahrlässigkeit und Schuld», en MÜLLER-DIETZ *et. al* (coords.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 65 ss.

KÜHL (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Franz Vahlen, Múnich.

KÜHLER (2012), «Resultant Moral Luck, „Sollen impliziert Können“ und eine komplexe normative Analyse moralischer Verantwortlichkeit», *Grazer Philosophische Studien*, (86), pp. 181 ss.

LENK (1979), «Handlung als Interpretationskonstrukt», en EL MISMO (coord.), *Handlungstheorien interdisziplinär*, t. II, Wilhelm Fink Verlag, Múnich, pp. 279 ss.

LEVY (2017), «Methodological Conservatism and the Epistemic Condition», en ROBICHAU/WIELAND (eds.), *Responsibility: The Epistemic Condition*, Oxford University Press, Oxford, pp. 252 ss.

- — — — — (2014), *Consciousness and Moral Responsibility*, Oxford University Press, Oxford.
- LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MAÑALICH (2017), «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista chilena de Derecho*, (44), pp. 461 ss.
- — — — — (2015), «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, (3), pp. 13 ss.
- — — — — (2014), *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid y otras.
- — — — — (2013), «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (1).
- — — — — (2009), *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden.
- MARTIN (2009), «Ought but Cannot», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (109), pp. 103 ss.
- MAYER, Max Ernst (2007), *Derecho penal. Parte general* (trad. Politoff Lifschitz), BdeF, Montevideo y Buenos Aires.
- MEZGER (1924), «Die Subjektiven Unrechtselemente», *Gerichtssaal*, (89), pp. 207 ss.
- MIR PUIG (2015), *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.
- MIRÓ LLINARES (2010), *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Atelier, Barcelona.
- MOLINA FERNÁNDEZ (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona.
- MOORE (1997), *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.
- MOORE/HURD (2011), «Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak, and the Selfish: The Culpability of Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, (2), pp. 147 ss.
- MOSTERÍN (2008), *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*, Alianza, Madrid.
- NAGEL (1979), *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- NEUMANN (1985), *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlín.
- PARFIT (2011), *On What Matters*, t. I, Oxford University Press, Oxford y Nueva York.
- — — — — (2004), *Razones y personas* (trad. Rodríguez González), A. Machado, Madrid.

PEELS (2017), *Responsible Belief: A Theory in Ethics and Epistemology*, Oxford University Press, Nueva York.

PÉREZ DEL VALLE (2012), *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona.

PLATZGUMMER (1964), *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Springer, Viena.

PUPPE (2013), «§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden.

QUANTE (2013), «Being Identical by Being (Treated as) Responsible», en KÜHLER/JELINEK (eds.), *Autonomy and the Self*, Springer, Heidelberg, Nueva York y Londres, pp. 253 ss.

— — — — — (2010), *El concepto de acción en Hegel* (trad. Barreto González), Anthropos, Iztapalapa.

RADBRUCH (2011), *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal* (trad. Guzmán Dalbora), BdeF, Montevideo y Buenos Aires.

RAGUÉS I VALLÈS (1999), *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona.

RAZ (2011), *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, Oxford.

RENZIKOWSKI (1997), *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübinga.

RESCHER (2007), *Error (on Our Predicament when Things Go Wrong)*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh.

— — — — — (2005), *Epistemic Logic*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh.

REYES ROMERO (2015), «Sobre la construcción de la exigencia de cuidado», *Política criminal*, (19), pp. 56 ss.

— — — — — (2015a), «Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva», *Ius et Praxis*, (1), pp. 137 ss.

ROSEN (2004), «Skepticism about Moral Responsibility», *Philosophical Perspectives*, (1), pp. 205 ss.

ROXIN (1997), *Derecho penal. Parte general* (trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal), t. I, 2ª ed., Civitas, Madrid.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2008), *Imputación y teoría del delito*, BdeF, Montevideo y Buenos Aires.

SANCINETTI (2005), *Casos de Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires.

SAUER (2003), *Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung*, Verlag Dr. Kovac, Hamburgo.

SCHOPENHAUER (2009), *Parerga y paralipómena* (trad. López Santa María), t. II, Trotta, Madrid.

— — — — — (2005), *El mundo como voluntad y representación* (trad. López Santa María), t. II, Trotta, Madrid.

SCHUHR (2006), *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlín.

SEARLE (2017), *Creando el mundo social* (trad. Bostelmann), Paidós, Barcelona.

SPILGIES (2010), «Über die Aporie der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7-8), pp. 490 ss.

STARK (2016), *Culpable Carelessness*, Cambridge University Press, Cambridge.

STOPPENBRINK (2016), *Verantwortung für unabsichtliches Handeln. Rechtsphilosophische und handlungstheoretische Grundlagen der Fahrlässigkeit*, Nomos, Baden-Baden.

STUCKENBERG (2007), *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Walter de Gruyter, Berlín.

TOEPEL (1992), *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlín.

VALIENTE IVAÑEZ (2018), *Imputación extraordinaria. Elementos conceptuales y normativos para un modelo de responsabilidad jurídico-penal* (tesis doctoral inédita).

VAN GULICK (2018), «Consciousness», en ZALTA (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/consciousness/> (última visita: 22 de septiembre de 2018).

VARELA (2016), *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Bosch, Barcelona.

VOGEL (2007), «§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», en TIEDEMANN *et. al* (coords.) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 12ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

— — — — — (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlín.

ZIMMERMAN (2008), *Living with Uncertainty. The Moral Significance of Ignorance*, Cambridge University Press, Nueva York.