

# **El concepto de incumbencia en la imputación jurídico-penal a título de imprudencia**

*The Concept of Concern in the Criminal imputation for Negligence*

**Italo Reyes Romero**

*Universidad Anáhuac México*

*italo.reyes@anahuac.mx*

**Resumen:** De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la responsabilidad penal por imprudencia se basa en la infracción de un deber de cuidado. Sin embargo, la imprudencia y el deber de cuidado presentan una serie de particularidades que es necesario analizar. Este artículo pretende, por un lado, examinar la imprudencia como una forma de imputación extraordinaria y, por otro lado, defender la utilización del concepto de incumbencia (Obliegenheit) como necesario para explicar esta forma de responsabilidad.

**Palabras clave:** imprudencia, deber de cuidado, imputación, imputación extraordinaria, incumbencia.

**Abstract:** According to the doctrine and jurisprudence, criminal responsibility for negligence is based on the infringement of a duty of care. However, negligence and the duty of care present a series of particularities that need to be analyzed. This article aims, on the one hand, to examine negligence as an extraordinary form of imputation and, on the other hand, to defend the use of the concept of concern (Obliegenheit) as necessary to explain this form of responsibility.

**Keywords:** negligence, duty of care, imputation, extraordinary imputation, concern.

## I. Introducción

En el último tiempo, se ha dado una interesante discusión en el contexto de habla española y alemana sobre el concepto de incumbencia y su aplicación en el ámbito jurídico-penal. Algunos autores defienden su utilización para explicar de mejor manera diferentes problemáticas que van desde la imprudencia, la *actio libera in causa*, la intervención delictiva o la competencia de la víctima. En cambio, otros autores plantean que el concepto de incumbencia es propio del derecho civil, donde su aplicación ya sería discutida, y que su traslado al derecho penal no se justifica, ni se logran obtener las supuestas ventajas que se pretenden conseguir.

Considerando tal discusión, este artículo tiene por objetivo fundamentar una defensa del concepto de incumbencia dentro del ámbito (restringido) de la imputación a título de imprudencia.<sup>1</sup> Esta defensa se realizará sobre la base de la así llamada “teoría de las normas”, en la cual se utilizan los conceptos y metodología derivados de la filosofía del lenguaje y de la acción para (intentar) explicar la responsabilidad jurídico-penal. En específico, se seguirán los postulados y principios establecidos por los juristas alemanes Joachim Hruschka y Urs Kindhäuser para dilucidar la imputación jurídico-penal (aunque se realizarán varias salvedades sobre las consecuencias a las que llega el modelo de ambos). En ese sentido, se sostendrá que el concepto de incumbencia es necesario para explicar adecuadamente la forma en que procede la “imputación extraordinaria”, la que alcanza una de sus principales concreciones en la responsabilidad a título de imprudencia.

En cuanto a estructura del artículo, la argumentación se distribuirá en dos partes, cada una dividida en varios capítulos. La primera parte se enfocará, primero, en el proceso de imputación jurídico-penal en general y, luego, en la imputación a título de imprudencia, con el propósito de exponer la función que le correspondería desempeñar a una noción de incumbencia dentro de ese proceso. En la segunda parte, se analizará en detalle el concepto de incumbencia, desarrollando sus principales características con el objetivo de exponer su necesidad para explicar la responsabilidad por delitos imprudentes. Aquí se revisarán algunos problemas de conceptualización que han sido planteados por otros autores y la manera en que pueden ser respondidos bajo el presente modelo. Finalmente, el último capítulo realizará una breve recapitulación de la discusión.

## **II. La imputación jurídico-penal**

### **A. Norma y deber**

Un modelo normativo dualista del derecho penal está comprometido con una diferenciación entre normas de sanción y normas de comportamiento. Mientras las *normas de sanción* determinan los presupuestos por los cuales una persona es responsable por una conducta y debe ser sometida a un castigo específico, las *normas de comportamiento* definen qué comportamiento está prohibido, ordenado, permitido o eximido (Vogel, 1993, pp. 27 y s.; Toepel, 1992, pp. 16 y s.). Por esta razón, el término “tipo delictivo” corresponde al ámbito de las normas de sanción, pues la realización del tipo implica la satisfacción de los elementos que son necesarios para reconocer un delito y castigar al responsable. Por el contrario, las normas de comportamiento resultan infringidas mediante la ejecución de la acción prohibida o la omisión de la acción ordenada. Dicha acción, desde un punto de vista axiológico, debe ser entendida como jurídicamente incorrecta.

Si una persona infringe de manera imputable una norma de comportamiento, pone de manifiesto que tal norma –y por lo tanto el específico interés que la norma protege– no vale para él (Rostalski, 2016, pp. 16 y s.; Kindhäuser, 1994a, p. 201). De ahí que el restablecimiento del derecho mediante la imposición de una pena presupone que el agente sea responsable por la infracción de la norma de comportamiento. Es decir, que su acción exprese un desconocimiento voluntario de las máximas del derecho en favor de las propias.

Por lo tanto, los tipos de la parte especial del código penal se entienden como normas de sanción, las cuales pueden formularse negativamente como normas de comportamiento. “A quien prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión” (art. 123 del Código Penal de Ciudad de México – CPCM, en adelante) es una norma de sanción, la cual describe los elementos típicos del delito de homicidio (resultado, acción, causalidad, etc.) y establece el castigo asociado. Esto resulta decisivo para un juez en orden a valorar un comportamiento como merecedor de sanción. Pero, al mismo tiempo, el delito de homicidio implica una prohibición general-abstracta: “Está prohibido matar a otra persona”. Quien mata a otro, infringe esta prohibición, lo que legitima la aplicación del art. 123 CPCM.

Sin embargo, lo que significa “infringir la prohibición” es todavía poco claro en este contexto, porque la prohibición del homicidio, en principio, vale en general y para to-

das las personas. Aún falta una conexión entre la norma de comportamiento y el comportamiento concreto de un sujeto. De ahí que surja la pregunta de cómo se establece que una determinada persona en un determinado momento ha infringido una determinada prohibición. En otras palabras, ¿cómo se convierte la prohibición general en un deber concreto-individual?

La respuesta apunta al proceso de *imputación*. Mediante la imputación jurídico-penal, se configura un deber individual a partir de una prohibición o mandato general y, en definitiva, se concluye que el sujeto ha infringido ese deber.<sup>2</sup> La imputación se basa en las capacidades del destinatario para establecer su vinculación con el contenido de la norma de comportamiento (Kindhäuser, 1994a, p. 198; Toepel, 1992, pp. 19 y s.).<sup>3</sup>

El objetivo de la imputación recae en el examen de si una determinada persona no actuó mediante su conducta como un destinatario fiel a derecho, porque habría debido omitir (o ejecutar) la acción típica en atención a su conocimiento y habilidad. Por lo tanto, si su comportamiento infringe el deber correspondiente, entonces ello expresa que la persona tuvo una voluntad contraria al ordenamiento jurídico, la cual no es aceptable jurídicamente y, por ende, debe ser castigada. Por consiguiente, la imputación muestra que el agente podría haberse comportado de otra manera en virtud de sus capacidades, por lo que el significado normativo de su acción es incompatible con el seguimiento del ordenamiento jurídico.

La imputación solo puede mostrar la contradicción entre el sujeto y el ordenamiento jurídico de manera negativa.<sup>4</sup> En relación con sus capacidades, se puede concluir que el destinatario pudo evitar la infracción de la norma. Bajo la premisa de la validez general del ordenamiento jurídico, este era su deber, el cual ha sido infringido por su comportamiento. La imputación muestra entonces la configuración de ese deber que se deriva del seguimiento de la norma relacionada con el contexto de actuación, pero que es incompatible con la verdadera acción del sujeto. Mediante la imputación se comprueba que la persona tuvo la capacidad de cumplir con la norma correspondiente, de modo que su deber personal estaba fundamentado en esa situación. Si la persona infringe ese deber con su comportamiento, entonces expresa su no-reconocimiento del ordenamiento jurídico.<sup>5</sup> La persona pudo evitar intencionalmente la infracción de la norma; como no lo hizo, entonces eso debe entenderse como un ataque intencional contra el ordenamiento jurídico.

Dado que la imputación depende de las capacidades del destinatario de la norma, una acción más allá de sus capacidades no puede entenderse como una infracción culpa-

ble de deber (Kindhäuser, 1989, p. 53; Vogel, 1993, p. 58). Los límites de la imputación están en que la persona tuviese una real alternativa de comportamiento; es decir, si hubiese querido seguir la norma, entonces podría haber evitado infringirla. Por esta razón, el principio *ultra posse nemo obligatur* es un presupuesto de la imputación (Mañalich, 2009, p. 49; Rostalski, 2016, p. 76; Hruschka, 1991, p. 453): si la evitación de la acción fue imposible, entonces la persona no ha infringido un deber personal y, por ende, no puede ser hecha responsable por ello.

## **B. Imputación y capacidades**

La imputación implica la aplicación de determinadas reglas que fundamentan los deberes del sujeto en atención a la norma de comportamiento (Hruschka, 1976, p. 15; Mañalich, 2019, pp. 417 y ss.; Valiente, 2020, pp. 6 y ss.). Sin embargo, la norma de comportamiento no puede indicar por sí misma bajo qué condiciones el autor queda obligado por ella (Vogel, 1993, p. 42; Kindhäuser, 1994b, p. 341; Mañalich, 2019, pp. 420 y ss.), pues una norma de comportamiento solo describe qué conducta está prohibida (u ordenada). La medida en que una persona queda vinculada por una norma de comportamiento no puede derivarse de la misma norma, sino que depende más bien de la finalidad de la imputación y de las capacidades del sujeto. Norma de comportamiento y reglas (o criterios) de imputación deben ser diferenciados con claridad.<sup>6</sup> Mientras la norma de comportamiento señala qué está prohibido u ordenado, las reglas de imputación explican por qué una persona es jurídicamente responsable por la realización del tipo delictivo.

Por lo tanto, no debe confundirse el objeto de la imputación con el criterio de la imputación.<sup>7</sup> El objeto de la imputación alude al llamado “tipo objetivo” (Kindhäuser, 2007, pp. 449 y ss.), es decir, a la concreta acción que debe ser evitada, pues ella está prohibida por la norma de comportamiento. La imputación jurídico-penal se refiere a las normas de comportamiento, pero la infracción de deber correspondiente solo se justifica mediante los criterios de imputación. Estos criterios plantean los presupuestos bajo los cuales el autor debe responder por su comportamiento mediante una pena (Vogel, 1993, p. 61; Kindhäuser, 2014, p. 144). En otras palabras, son razones para que la acción sea entendida como una infracción culpable de deber.

Dado que la formación del deber presupone que la persona pueda evitar el hecho típico, las reglas de imputación se orientan por sus capacidades. En el contexto jurídico-penal, es posible diferenciar entre la capacidad de acción y la capacidad de motiva-

ción (Kindhäuser, 1994a, pp. 201 y s.; Kindhäuser, 1994b, pp. 341 y s.).<sup>8</sup> Por un lado, la persona debe ser capaz física e intelectualmente de realizar el contenido de la norma. Esto se denomina *capacidad de acción*. Pero si el objetivo de la imputación es la comprobación de la fidelidad a derecho de una persona en atención a su conducta, entonces el mero examen de sus capacidades físicas y cognitivas no resulta suficiente. Por tanto, es necesario también que la persona reconozca la realización de la norma como un motivo eficiente de su comportamiento, es decir, que la acción haya sido realizada de manera culpable. Esto se denomina *capacidad de motivación*. En atención a la capacidad de acción y de motivación se puede imputar la responsabilidad jurídico-penal.

Cada capacidad se corresponde con un nivel de imputación. En el primer nivel de imputación, se trata de la pregunta de si y cómo una persona ha actuado, es decir, si el autor habría debido comportarse de otra manera si hubiese querido evitar la realización típica (Kindhäuser, 1994a, p. 202; Renzikowski, 1997, p. 72; Joerden, 1989, p. 32). Si la persona tuvo una alternativa de acción, el hecho no es meramente un suceso fáctico, sino que es *su acción*.<sup>9</sup> En principio, toda persona puede ejecutar acciones de manera voluntaria, pues solo se requiere una capacidad básica de índole física y cognitiva. Por esta razón, también niños y personas con discapacidades mentales pueden actuar y sus acciones pueden ser entendidas como infracciones de deber (Vogel, 1993, p. 69).

Pero esta capacidad de acción no muestra todavía una actitud del destinatario contraria al ordenamiento jurídico. En el segundo nivel de imputación, se trata de la pregunta de si se le puede reprochar al autor que no haya realizado en el hecho una intención conforme al ordenamiento jurídico, es decir, si pudo valorar su acción de acuerdo a una medida jurídicamente adecuada y si pudo orientar su conducta según tal valoración (Renzikowski, 1997, p. 72; Kindhäuser, 1989, p. 35; Hruschka, 1988, pp. 338 y ss.). Aquí se revisa la capacidad de motivación del autor: ¿por qué el motivo de evitar la realización del tipo (o sea, su deber jurídico) no fue la razón prioritaria de su comportamiento? Por lo tanto, este segundo nivel de imputación muestra que el autor tuvo un motivo para omitir la acción prohibida y no tuvo motivo contrario suficiente para la satisfacción de su deber (Hruschka, 1991, p. 455; Mañalich, 2018, p. 24). Según la teoría actualmente dominante, la existencia de este motivo se relaciona con la conciencia de la antijuridicidad (y con el error de prohibición) y la ausencia de un motivo contrario con la exculpación (y con las causas de exculpación).

### C. El dolo y la configuración de la infracción a deber

La estructura de la imputación puede aclararse recurriendo a la herramienta del silogismo práctico, el cual relaciona el objetivo de una persona con los conocimientos correspondientes y establece la acción (prácticamente) necesaria para alcanzar tal objetivo (Kindhäuser, 2007, pp. 451 y ss.; Kindhäuser, 2014, p. 145).<sup>10</sup> Si el silogismo asume la perspectiva del sujeto –o sea, un silogismo en primera persona<sup>11</sup>– entonces la conclusión es un deber para él. En virtud de su objetivo y sus conocimientos, el sujeto *debe* ejecutar una determinada acción. Si esa acción no es ejecutada, entonces alguna de las premisas debe ser falsa.

Por ejemplo, si A quiere llegar puntual a su cita de las 9 am y sabe que se tarda una hora desde su casa al lugar de la cita, entonces A *debe* salir de su casa máximo a las 8 am. Si, el día en cuestión, A sale de su casa a las 8:50 am, entonces o bien A desconoce el tiempo que le toma llegar al lugar de la cita, o bien realmente no quiere llegar puntual a las 9 am.

Esto mismo puede aplicarse al ámbito jurídico-penal. Por ejemplo, si A quiere respetar la prohibición del homicidio y sabe que dispararle a su amigo B en la cabeza con un arma de fuego producirá su muerte, entonces A debe evitar dispararle a B en la cabeza con un arma de fuego.

Por lo tanto, el silogismo práctico pone de manifiesto la contradicción con el ordenamiento jurídico. Pues, si el autor tuvo la intención de seguir el ordenamiento jurídico, esto es, evitar la infracción de deber, y si él sabía en el momento relevante que su actuar realizaría el tipo delictivo respectivo, entonces es (prácticamente) necesario para el autor evitar tal conducta (Vogel, 1993, p. 71; Kindhäuser, 2007, p. 451).<sup>12</sup> Si el agente realmente pretendía actuar conforme a derecho y tenía la correspondiente capacidad de acción, entonces él debía evitar tal acción; no tenía alternativa. Pues la ejecución de tal acción muestra que el autor tuvo una voluntad que está en contradicción con el ordenamiento jurídico.

En el silogismo práctico, la premisa mayor abarca la intención de seguimiento de la norma por parte del autor (en nuestro ejemplo: que A quiere respetar la prohibición del homicidio) y la premisa menor alude a los conocimientos del autor (en nuestro ejemplo: que A sabe que dispararle a B en la cabeza producirá su muerte). Mediante estas dos premisas se observa una clara diferenciación entre el objeto de la imputación y el criterio de la imputación (Vogel, 1993, p. 71; Mañalich, 2009, pp. 54 y ss.; Kindhäuser, 1989, p. 54). Mientras la premisa de intención se refiere a la norma que el autor pre-

tende seguir, o sea, al tipo objetivo, la premisa de conocimiento pone de manifiesto el conocimiento necesario para fundamentar el deber específico del autor. El conocimiento que le entrega la capacidad al autor para evitar la realización típica tradicionalmente se denomina *dolo* y opera como el principal criterio de imputación en el primer nivel (Toepel, 1992, pp. 24 y s.; Kindhäuser, 2014, p. 146; Joerden, 1989, p. 32).

El dolo se vincula con la capacidad actual de acción, porque la pregunta es si el autor podría haberse comportado de una manera diferente en el momento relevante en atención a sus conocimientos. Es decir, si él era capaz de omitir la acción prohibida (o ejecutar la acción requerida) (Kindhäuser, 1994a, p. 203; Vogel, 1993, p. 70; Hruschka, 1988, p. 337). La comprobación de una alternativa de conducta mediante la cual el autor habría podido seguir la norma fundamenta la infracción de deber, porque él sabía que su conducta realizaba los elementos típicos. Por ende, el dolo es el conocimiento de la evitabilidad de la realización típica en el momento relevante (Kindhäuser, 1994a, p. 203; Kindhäuser, 1994b, p. 343).

En nuestro mismo ejemplo, si A le dispara a B y le produce la muerte, entonces lo que interesa es si A sabía que disparaba contra otra persona y que tal disparo produciría la muerte con suficiente seguridad. Si A conocía estas circunstancias y aún ejecuta la conducta, entonces se le puede imputar el resultado de muerte a título de dolo, pues se pudo comportar de otra forma. En otras palabras, si A tuvo una alternativa de conducta que habría podido realizar en atención a sus capacidades, a saber, evitar presionar el gatillo del arma apuntando a la cabeza de B, y aun así decidió ejecutar la acción, entonces A ha infringido el deber correspondiente.

#### D. La imputación extraordinaria y la imputación a título de imprudencia

a) La imputación que hemos analizado hasta aquí presupone que el sujeto tiene las capacidades relevantes a cada nivel. Por esa razón, se le ha denominado *imputación ordinaria*. Sin embargo, bajo determinadas condiciones, resulta posible imputar la realización de un hecho típico a un sujeto, aun cuando este carezca de tales capacidades. Ello se ha denominado *imputación extraordinaria*.

Cada una de las capacidades que se han señalado como relevantes para configurar la responsabilidad jurídico-penal –a saber, la capacidad de acción y la capacidad de motivación– pueden resultar excluidas por diferentes circunstancias.<sup>13</sup> Si, remitiéndonos al ejemplo clásico, un sujeto le dispara a otro produciéndole la muerte, pero cree que

está disparando a un espantapájaros, entonces el sujeto no tenía la capacidad para evitar intencionalmente su conducta. En terminología tradicional, el sujeto carece de dolo, porque desconoce que en su comportamiento se configura un elemento típico del delito del homicidio, este es, que el objeto del comportamiento letal sea otra persona. En razón de su estado de conocimiento, el disparo no fue una acción típica que pudo evitar para seguir la prohibición del homicidio. Por lo tanto, la ejecución de tal conducta no configura una infracción de deber, ya que se reconoce un error de tipo (art. 29.A.III CPCM).

Ahora bien, a partir del 2020, el Código Penal de la Ciudad de México tipifica como delito la realización de terapias para que una persona modifique su orientación sexual, comúnmente conocidas como “terapias de conversión”.<sup>14</sup> Este es un delito que protege el libre desarrollo de la personalidad, pero que evidentemente es un delito novedoso, que no está tipificado en todos los ordenamientos jurídicos (ni siquiera en todos los códigos penales dentro de México).<sup>15</sup> En tal sentido, puede ser razonable sostener que una persona que se dedica a impartir esas terapias de conversión y que realiza una de ellas en Ciudad de México, desconozca que está cometiendo un delito. Aquí no está en juego la capacidad de acción, pues el sujeto sabe que está realizado una terapia de conversión, sino que ignora que lo que hace está prohibido por el ordenamiento jurídico. Es decir, le falta la capacidad de motivación. Si el conocimiento de lo antijurídico de su propio comportamiento era invencible,<sup>16</sup> entonces se debe descartar la culpabilidad del sujeto por el delito cometido, pues no se le puede reprochar la realización de la conducta antijurídica. En este caso, el sujeto carece de un fundamento normativo para preferir el seguimiento del ordenamiento jurídico y omitir su comportamiento. Mediante su acción no se ven defraudadas expectativas legítimas del ordenamiento jurídico (Kindhäuser, 1989, p. 35), porque no ha actuado como un ciudadano desleal con el derecho. En otras palabras, no ha infringido su deber de modo culpable.

Sin embargo, ante la conclusión de que el sujeto no tuvo la capacidad necesaria, es posible levantar la siguiente pregunta: ¿pudo el sujeto evitar esta situación de incapacidad? En determinadas circunstancias, no solo se espera de una persona que evite una realización típica cuando tiene las capacidades relevantes, sino que también se preocupe por poseer dichas capacidades en un momento determinado. Porque resulta contradictorio querer seguir una norma sin querer estar en posición de poder hacerlo (Kindhäuser, 2013, p. 221). Si la respuesta es afirmativa, la situación de incapacidad era evitable para el sujeto siguiendo medidas básicas de seguridad, las que le resultaban exigibles en las circunstancias concretas. De tal manera, esta “incapacidad evitable”

también expresa un déficit de reconocimiento de la norma y que justifica afirmar la imputación del resultado típico al sujeto. Como no se trata de una imputación bajo condiciones ordinarias, a saber, con las capacidades relevantes en el momento relevante, se habla de una *imputación extraordinaria*.<sup>17</sup>

b) Es en este contexto en donde aparece la problemática de la imprudencia. Antes de entrar en ella, vale la pena mencionar que el error de prohibición vencible presenta la misma estructura de imputación extraordinaria. El sujeto que desconoce que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico carece de la capacidad actual de motivarse a seguir la norma. Por eso, en principio, un reproche en su contra estaría vedado por el principio de culpabilidad. Sin embargo, resulta posible preguntarse si tal situación de incapacidad hubiese sido evitable si el sujeto se hubiese preocupado de asegurar su capacidad de motivación futura. Pues de quien pudo evitar quedar en tal situación sí podría configurarse un reproche en su contra, ya que no se ha preocupado de tener las capacidades necesarias para seguir fielmente el derecho.

Volviendo al ejemplo de las terapias de conversión, efectivamente el sujeto puede desconocer que su realización está prohibida de acuerdo con el Código Penal de Ciudad de México. Sin embargo, ante la persistente y publicitada tipificación de esta clase de delitos dentro de México y que el sujeto se dedica profesionalmente a impartir dichas terapias, parece razonable pensar que debería preocuparse de averiguar si tal conducta está prohibida en donde se va a presentar. En ese sentido, podría afirmarse que el error de prohibición –desconocer el carácter prohibido del comportamiento– es vencible, es decir, podría haberlo evitado si se hubiese preocupado suficientemente al respecto. En otras palabras, si tomando en cuenta sus capacidades y conocimientos, la conducta en cuestión le debería haber dado motivos para dudar de su posible antijuridicidad o, al menos, para hacer averiguaciones al respecto (Kindhäuser y Zimmermann, 2024, pp. 410 y s.).

En estos casos de error de prohibición vencible, cada ordenamiento jurídico determina una consecuencia jurídica específica. Por ejemplo, mientras el Código Penal de Ciudad de México establece una rebaja obligatoria de la pena (art. 83 CPCM), el Código Penal de Alemania establece una rebaja facultativa de la pena (§ 17 CPA). Es decir, se reconoce la ausencia de conocimiento de antijuridicidad, pero se afirma la responsabilidad jurídico-penal del sujeto al identificar su evitabilidad, por lo que se configura un reproche suficiente por la realización de su comportamiento. Puesto en la terminología aquí utilizada: estas normas reconocen la imputación extraordinaria, lo que repercute

(o puede repercutir) en la cuantía de la pena.

c) Si nos enfocamos ahora en la capacidad de acción, la imputación extraordinaria nos conduce a la idea de *imprudencia*. Mientras el dolo apunta a la evitación intencional de un hecho típicamente relevante, la imprudencia implica que el sujeto carecía del conocimiento necesario, pero podría haberlo tenido si hubiese tomado ciertas precauciones. Cumpliendo con la medida de cuidado correspondiente, el sujeto hubiese sido capaz para decidir evitar la comisión del hecho típico en el momento relevante. A diferencia del dolo, que apunta a la capacidad actual, la imprudencia se refiere al aseguramiento de la capacidad futura de seguimiento de la norma. Tomando las precauciones necesarias, el sujeto hubiese contado con la capacidad necesaria para decidir evitar la realización típica en el momento relevante. Es decir, el cuidado no apunta a una evitación directa del comportamiento típico, sino a un aseguramiento de capacidades futuras en orden a evitar dicho comportamiento.

Al incumplir con esa medida de cuidado, el autor también está expresando una voluntad de negación al derecho, aunque en un sentido diferente que el dolo. De tal forma, la conducta imprudente manifiesta la aceptación del riesgo de contradicción del derecho por incapacidad de controlar la propia acción futura. Ahí yace la conexión motivacional entre la imprudencia y la norma jurídico-penal.

Por tal razón, la imputación a título de imprudencia apunta al reconocimiento de una “capacidad secundaria”, pues no se hace referencia a la capacidad actual de evitación del comportamiento típico, ya que no existe el conocimiento necesario para ello (Valiente, 2020, pp. 17 y ss.). Sino que se refiere a la capacidad de evitar quedar en la situación de desconocimiento que conduce a la satisfacción de un tipo penal. Usualmente ello es interpretado por el ordenamiento jurídico en la forma de una responsabilidad menos grave que la dolosa. Por ejemplo, el Código Penal de Ciudad de México establece que, respecto de los delitos imprudentes, por regla general se impondrá la cuarta parte de la pena que la ley asigna al delito doloso correspondiente (art. 76 CPCM).<sup>18</sup>

A diferencia de la imputación ordinaria, en que se configura una infracción del deber del sujeto en atención a su capacidad de acción, la doctrina y la jurisprudencia han planteado que la imprudencia descansa en el concepto de *deber de cuidado* (Jescheck y Weigend, 1996, pp. 563 y s., 577 y ss.; Gaede, 2012, nm. 38; Kühl, 2017, pp. 586 y s., 593 y ss.; Vogel, 2006, nm. 164 y ss). Quien se comporta imprudentemente, no ejerce el cuidado que se espera de su comportamiento, es decir, ha infringido su deber de cuidado. Existe gran debate sobre cómo se debe determinar el deber de cuidado (véase por

ejemplo Reyes-Romero, 2024, pp. 145 y ss., con ulteriores referencias), pero lo que nos interesa aquí es el carácter de tal “deber” de cuidado. En el ámbito de la imprudencia, ¿estamos hablando de un deber (de cuidado) de la misma manera en que hablamos de un deber que se ve infringido al reconocer dolo en el agente? La pregunta es si acaso podemos establecer una identidad entre la estructura del deber personal que funge como el fundamento de la responsabilidad a título de dolo y la estructura de la medida de cuidado que justifica una responsabilidad a título de imprudencia. Y, en este punto, han surgido voces que sostienen que lo que está en juego en la imputación a título de imprudencia –como forma de imputación extraordinaria– es cualitativamente distinto a lo que está en juego en la imputación a título de dolo –como forma de imputación ordinaria. Y ello apunta a que en la imprudencia estaríamos refiriéndonos más bien a la infracción de una *incumbencia* [*Obliegenheit*]<sup>19</sup>.

### III. Sobre el concepto de incumbencia

#### A. La idea de incumbencia en la imputación a título de imprudencia

En el contexto de la responsabilidad jurídico-penal, el concepto de deber hace referencia a una obligación personal del autor para omitir una acción (en los delitos comisivos) o ejecutar una acción (en los delitos omisivos), acción que satisface los elementos de una norma de comportamiento. Como ya se ha planteado, este deber depende de los conocimientos del sujeto, pues solo se puede configurar dicho deber si el autor sabe lo que está haciendo. De ahí que la configuración del deber esté vinculada al reconocimiento de dolo en el agente.

Ahora bien, el deber de ejecutar u omitir una acción para seguir la norma de comportamiento es, de acuerdo con el nivel de conocimiento del autor, incondicional (Hruschka, 1976, pp. 49 y s.). Por ejemplo, disparar intencionalmente con un arma de fuego a otra persona está siempre prohibido, sin necesidad de considerar alguna circunstancia adicional. En atención a la prohibición de las lesiones corporales, una acción como esa simplemente nunca debe ser ejecutada. Es decir, está prohibida “en sí misma”. Dado que ella puede subsumirse bajo el tipo delictivo correspondiente y, por lo tanto, entenderse como antijurídica, el deber derivado del proceso de imputación consistente en no ejecutar tal acción ostenta una relación directa con el seguimiento de la norma. En este caso, el seguimiento del deber es el seguimiento del ordenamiento jurídico.

Por el contrario, el “deber” de cuidado, que es el criterio básico de la imprudencia, tiene una estructura distinta. Para analizar este problema quedémonos con el ejemplo de quien le dispara a otra persona produciéndole lesiones corporales, pero asumamos ahora que el sujeto no tenía intención ni conocimiento de producir las lesiones. Sin embargo, en la creencia de que el arma no estaba cargada, apunta a otra persona como broma y se le escapa un disparo, pues el arma efectivamente estaba cargada y no estaba asegurada. Fácilmente se puede descartar el dolo, pues el agente carece del conocimiento necesario para evitar intencionalmente las lesiones corporales producidas. Es decir, dada su creencia errónea de que el arma no estaba cargada, el sujeto desconocía que su comportamiento pudiera conducir a la producción de lesiones en otro. Pero obviamente se puede afirmar que su comportamiento fue descuidado, porque un arma de fuego es un objeto sumamente peligroso y, antes de apuntar a otra persona –aunque fuese en broma–, es necesario asegurarse que el arma no esté cargada o mínimamente que esté asegurada. Por lo tanto, la medida de cuidado que el sujeto tenía que cumplir consistía en revisar si el arma estaba cargada antes de apuntar a otra persona. Ese sería el “deber” de cuidado que se ha infringido y que justificaría la imputación a título de imprudencia.<sup>20</sup>

No obstante, la acción de revisar si un arma está cargada antes de apuntar a otra persona no está prohibida “en sí misma”. No existe una norma de comportamiento que mande a las personas a revisar que las armas de fuego no estén cargadas antes de manipularlas; lo único que está prohibido es lesionar a otro. Pues las medidas de cuidado solo aseguran que el autor tenga la correspondiente capacidad de acción en un momento futuro en el cual pueda decidir sobre el seguimiento (o no-seguimiento) de la norma de comportamiento. En virtud de su estructura interna, el cumplimiento de una medida de seguridad contextualmente requerida apunta a una finalidad muy específica, cual es, posibilitar al agente tomar una decisión intencional en un momento (futuro) típicamente relevante. De tal modo, existe una diferencia muy importante entre el deber personal que se sigue incondicionalmente de la norma de comportamiento y la medida de cuidado que fundamenta la responsabilidad jurídico-penal a título de imprudencia.

En atención a esta diferencia, se ha planteado que la imprudencia no se basa en una infracción de un deber, sino en la infracción de una *incumbencia* (Vogel, 1993, pp. 77 y s.; Renzikowski, 1997, pp. 220, 226 y s.; Kindhäuser, 1989, pp. 76 y ss.; Hruschka, 1988, p. 337).<sup>21</sup> Para observar esta diferencia estructural de manera lingüística, en lo que sigue, se preferirá hablar de *exigencia de cuidado* (en vez de deber de cuidado) (Kindhäuser, 1994b, pp. 344 y ss.; Kindhäuser, 2014, pp. 147 y ss.). Por lo tanto, las exi-

gencias de cuidado son medidas que aseguran la capacidad de seguimiento de la norma mediante el empleo del cuidado contextualmente necesario.

De tal manera, debe enfatizarse que la acción cuidadosa no implica automáticamente el seguimiento de la norma de comportamiento en cuestión. Más bien, ella únicamente asegura que el autor tendrá la capacidad necesaria para evitar la infracción de deber. En otras palabras, es completamente posible que el autor actúe cuidadosamente respecto de una determinada norma y que, posteriormente, decida dolosamente infringir tal norma. En consecuencia, el seguimiento de la exigencia de cuidado no significa necesariamente el seguimiento de la norma de comportamiento. La estructura de la incumbencia muestra que ambas situaciones deben ser diferenciadas. Por supuesto, la función de la imprudencia es asegurar la capacidad de evitar la infracción de la norma de comportamiento, pero su infracción no implica automáticamente un desconocimiento voluntario del ordenamiento jurídico. De tal modo, la relación entre la exigencia de cuidado y la correspondiente prohibición o mandato es solo *indirecta*, porque está mediada por la voluntad de estar en una situación que posibilite la evitación de la realización típica.

El deber que se deriva de la norma de comportamiento debe satisfacerse incondicional o necesariamente, es decir, sin referirse a otra finalidad. A diferencia de ello, una exigencia de cuidado solo debe ser seguida bajo la condición de que la persona quiera estar en posición de seguir tal deber incondicional (Mañalich, 2009, p. 71; Kindhäuser, 2014, p. 153; Valiente, 2020, pp. 24 y ss.). Según la formulación de Kant, esto significa que la incumbencia tiene un carácter *hipotético*, porque ella se entiende como un medio para alcanzar un determinado fin.<sup>22</sup> Por el contrario, el cumplimiento del deber en relación con la norma de comportamiento es “bueno en sí mismo” sin necesidad de referirse a otra finalidad. Es decir, el deber tiene un carácter *categórico*.<sup>23</sup> Dado que esta finalidad expresa una voluntad de fidelidad al derecho, el seguimiento de la incumbencia contextualmente pertinente excluye la imputación: al sujeto al que le falta la capacidad actual para la realización del tipo, pero que actúa con el cuidado necesario para obtener tal capacidad de evitación, no puede serle imputado el comportamiento antijurídico.

Lo decisivo es no confundir el concepto de incumbencia y el de exigencia de cuidado. En base al modelo aquí expuesto, la incumbencia es el concepto general: toda exigencia de cuidado es una incumbencia, pero no toda incumbencia es una exigencia de cuidado.<sup>24</sup> En general, el concepto de exigencia de cuidado se utiliza en el contexto de la imputación extraordinaria de primer nivel, es decir, en el nivel de la imprudencia. Pero el concepto de incumbencia también juega un papel en otras áreas de la responsabilidad

jurídica-penal, en especial en el marco de la autoexclusión de capacidad de culpabilidad o “*actio libera in causa*” (en sentido estricto).<sup>25</sup>

## **B. Objeciones a la noción de incumbencia**

Por lo tanto, la imprudencia se caracteriza por la infracción de una incumbencia. Sin embargo, el concepto de incumbencia puede ser problemático en el ámbito jurídico-penal. Según Montiel, se puede observar un uso inflacionario de esta categoría que puede aplicarse sin límites casi en cualquier área dogmática.<sup>26</sup> Más allá del origen jurídico-civil del concepto de incumbencia como una carga para obtener una ganancia para el obligado (Montiel, 2014, pp. 595 y s., 599),<sup>27</sup> Montiel plantea cuatro objeciones de fondo contra el empleo del concepto de incumbencia en el derecho penal, las cuales deben ser discutidas.

En primer lugar, la incumbencia es definida a menudo como una “carga contra sí mismo”. A diferencia del deber, la infracción de una incumbencia no lesionaría el interés de un tercero, sino el propio interés del destinatario (Vogel, 1993, p. 77; Renzikowski, 1997, p. 230; Kindhäuser, 1989, p. 67; Hruschka, 1988, pp. 415 y s.; Neumann, 2019, pp. 455 y s.), porque él no se podrá defender utilizando el argumento de su incapacidad en contra del reproche por la comisión del delito. El cumplimiento de la incumbencia respectiva protege al sujeto de la responsabilidad por situaciones futuras inevitables y, por lo tanto, él sería el principal interesado en su seguimiento.

Sin embargo, Montiel plantea que la supuesta diferencia entre deber e incumbencia solo estaría en la formulación. En relación con la pena a imponer, el sentido del deber también puede estar en interés del destinatario, pues la infracción de tal deber conduce a la imposición de una pena que va en su directo perjuicio (Montiel, 2014, p. 606 y s.; Montiel, 2019, p. 330). Si se considera una incumbencia concreta como una regla de tráfico vehicular, además la conducta infractora de tal incumbencia se muestra claramente como una puesta en peligro para intereses ajenos, por lo cual su seguimiento también protegería a la potencial víctima o la comunidad en general (Montiel, 2014, p. 607). Según este autor, la caracterización de una incumbencia como una “carga contra sí mismo” no lograría convencer.

En segundo lugar, de acuerdo con Montiel, el carácter hipotético de la incumbencia también recaería en una formulación confusa. El propósito adicional que caracteriza a la incumbencia también podría formularse respecto de un deber. Por lo tanto, el seguimiento del deber también podría entenderse como un medio para la obtención de un

propósito adicional (Montiel, 2014, pp. 607 y s.). Por ejemplo, la referencia a la pena en relación con la prohibición del homicidio también implica una relación de medio a fin: “Si túquieres evitar una pena, entonces no debes matar a otro”. Y a la inversa, una medida de seguridad podría también ser formulada como un imperativo categórico, pues la evitación de una acción peligrosa sería objetivamente necesaria en relación con la norma en cuestión. Bajo este argumento, la incumbencia no presentaría una estructura condicional, sino que se derivaría directamente de la norma de comportamiento.<sup>28</sup>

En tercer lugar, mientras la infracción de un imperativo categórico implica una conducta antijurídica, Montiel se pregunta si la infracción de una incumbencia –que solo constituye una puesta en peligro de realización típica– podría fundamentar por sí misma un injusto reprochable (Montiel, 2014, pp. 608 y s.). Asumiendo que la incumbencia solo iría en beneficio propio del destinatario, se obtendría un carácter “neutral” o, al menos, “no-antijurídico” de la infracción de una incumbencia. Por lo tanto, según Montiel, habría una contradicción, ya que la infracción de la incumbencia como núcleo de la imprudencia no podría ser antijurídica en sí misma: ¿Cómo podría entonces fundarse el castigo a la imprudencia?

Y, en cuarto lugar, la incorrecta aplicación de la incumbencia en el ámbito jurídico-penal se muestra en la consideración de las consecuencias jurídicas. Como imperativo hipotético, el no-seguimiento de una incumbencia solo podría repercutir en el bloqueo de la exclusión de la imputación por la ausencia de capacidad de evitación. Pero la consecuencia principal de tal infracción es, en cualquier caso, la imposición de una pena por un delito imprudente: “La infracción de una incumbencia y la infracción de un deber tienen la misma consecuencia jurídica” (Montiel, 2014, p. 610). De tal modo, no se podría distinguir entre incumbencia y deber, lo que mostraría que la supuesta diferencia estructural no tendría aplicación práctica, de modo que el uso del concepto de incumbencia en el derecho penal no estaría justificado.

### C. Defendiendo el concepto de incumbencia

Este capítulo tendrá como finalidad defender la utilización del concepto de incumbencia para la explicación de la imputación a título de imprudencia, dando respuesta a las objeciones recién expuestas, las cuales plantean algunos malentendidos o confusiones que necesitan aclaración.

Respecto de la caracterización tradicional de la incumbencia como una “carga contra sí mismo” [“Verschulden gegen sich selbst”] (Kindhäuser, 1989, p. 67; Mañalich,

2009, p. 70 y s.), lo decisivo es centrarse en su carácter hipotético: para explicar su significado jurídico-penal es imprescindible recurrir a un propósito adicional.

Si el no-cumplimiento de la incumbencia lesioná el interés del mismo destinatario o de un tercero, no pertenece a la definición de la categoría. Esta “carga contra sí mismo” puede ser un argumento gráfico para explicar la posición de la incumbencia dentro del proceso de imputación, porque enfatiza la voluntad del sujeto de evitar una situación inevitable. Sin embargo, el enfoque en el interés del destinatario siempre supone la imputación de un comportamiento típico, es decir, un comportamiento que lesioná *objetivamente* el bien jurídico protegido por la norma de comportamiento respectiva. Dado que la referencia a la autolesión del sujeto mediante el no-seguimiento de una determinada medida de precaución solo tiene sentido en un ámbito limitado, la caracterización de la incumbencia como “carga contra sí mismo” muestra una simplificación innecesaria que puede ser evitada.<sup>29</sup>

Como forma de imputación extraordinaria, la infracción de una incumbencia constituye un menoscabo de la posición del destinatario, porque él contradice su propia voluntad de evitar una situación inevitable. Por esta razón, es responsable por su propia incapacidad, ya que su conducta igualmente expresa una contradicción con el seguimiento del ordenamiento jurídico. Si uno se concentra en el proceso de imputación, se disuelve la relación entre la incumbencia y el propio interés del sujeto, pues la norma de comportamiento lesionada por su conducta se refiere a un determinado bien jurídico que normalmente no considera el propio interés del destinatario.

Ahora bien, la objeción de que la diferencia entre deber e incumbencia reside solamente en una reformulación lingüística es inadecuada. Que la infracción del deber también pueda entenderse como una acción contra el interés del sujeto tomando en cuenta la imposición de la pena, confunde el contexto de discusión entre normas de comportamiento y normas de sanción. La discusión sobre la imputación de una conducta típica solo se relaciona con el ámbito de las normas de comportamiento, de modo que la pena solo aparece como una consecuencia (indirecta) de una imputación exitosa. En otras palabras, si la infracción de la norma de comportamiento puede ser imputada a una persona, entonces la imposición de la pena resulta (en principio) legítima, pero la pena en sí misma no juega ningún rol en el proceso de imputación. Por esta razón, el carácter categórico del deber implica que la infracción del deber es al mismo tiempo, en atención a la imputabilidad completa, la infracción de la norma de comportamiento. Por lo tanto, la infracción de deber lesioná directamente el bien jurídico protegido, lo

cual refleja el interés de terceros o de la sociedad. Esto no puede afirmarse respecto de las incumbencias.

En lo que sigue, la defensa del concepto de incumbencia apuntará a dos argumentos. En primer lugar, la imprudencia tiene un carácter adscriptivo, en oposición a un carácter prescriptivo. En segundo lugar, la exigencia de cuidado es obligatoria, pero solo condicionalmente.

### *1. Carácter adscriptivo y prescriptivo de la imprudencia*

a) Bajo la construcción aquí planteada, la imprudencia tiene un carácter *adscriptivo*, pues opera como una forma de imputar un comportamiento a un sujeto. Por lo tanto, la imprudencia tiene la misma función que el dolo, a saber: criterios por los cuales se hace responsable a un sujeto por la realización de una conducta típica.

Sin embargo, todavía se sostiene la concepción contraria que asume un carácter *prescriptivo* de la imprudencia. Esta concepción implica defender que la acción imprudente está prohibida directamente por el ordenamiento jurídico.<sup>30</sup> La contrariedad a cuidado del sujeto no sería la razón para imputarle un comportamiento típico, sino que es ya lo que está prohibido.<sup>31</sup> Volviendo al ejemplo, se puede asumir directamente que la exigencia de cuidado consistente en “comprobar que el arma de fuego no esté cargada antes de manipularla” está prohibida, pues ello representa una “derivación de la norma de comportamiento general para el caso concreto” (Renzikowski, 1997, p. 225)<sup>32</sup>, de modo que la imprudencia es el objeto de esa prohibición. La acción cuidadosa sería entonces una concretización de la norma de comportamiento y, por lo tanto, la contrariedad a cuidado configuraría una infracción directa del ordenamiento jurídico, ya que ella –al igual que con el deber– constituiría una derivación lógica de la prohibición o mandato.

Esta comprensión presupone que la incumbencia no opera como un criterio de imputación, sino como (parte de) una norma de comportamiento (Hruschka, 1991, pp. 450 y ss.), porque ella serviría como orientación del sujeto para el seguimiento del derecho.<sup>33</sup> Sin embargo, si revisamos la norma de comportamiento que está (implícitamente) reconocida en el ordenamiento jurídico, no podemos establecer que la exigencia de cuidado forma parte de esa norma. A lo más, la infracción de la incumbencia configura un peligro para la norma de comportamiento. Una incumbencia como regla de comportamiento no se deriva simplemente de la norma de comportamiento respectiva. Esto obliga a que, bajo esta comprensión, resulte necesario plantear una “metanorma”

que prohíba también todo peligro o falta de cuidado contra una norma de comportamiento.<sup>34</sup>

Por ejemplo, la prohibición de lesiones corporales prohíbe acciones que implican un ataque contra la integridad corporal o salud de otra persona. En sí misma considerada, la medida de precaución consistente en “comprobar si el arma de fuego está cargada antes de manejarla” no resulta ordenada por esa norma, porque ella no produce una afectación a la integridad o salud de otro. Incumplir dicha medida de precaución solo podría *eventualmente* poner en peligro la vida de otra persona, pero no infringe directamente la norma. Por lo tanto, es necesario acudir a la “metanorma” que prohíbe cualquier contrariedad a cuidado en relación con la prohibición de lesiones corporales. De esta manera, la infracción de tal medida de precaución estaría prohibida en relación con la prohibición de lesiones corporales. Por tal razón, la imprudencia pierde su función adscriptiva como razón para conectar la norma y la acción típica del sujeto, porque ella se transforma en el objeto de la prohibición. Es decir, ella podría subsumirse bajo la norma correspondiente como un elemento típico, de modo que la conducta sea objetivamente contraria a la norma.

Incluso el mismo Hruschka entra en esta discusión asumiendo una posición que puede ser interpretada como una defensa del carácter prescriptivo de la imprudencia (Hruschka, 1979, p. 426).<sup>35</sup> Según Hruschka, cada norma de comportamiento apuntaría no solo a la concretización lógica de su contenido en una circunstancia específica, sino también a cualquier suceso considerado indeseable por ella, de modo que la norma alcanzaría una amplitud máxima (Hruschka, 1979, pp. 426 y s.).<sup>36</sup>

b) Lo que superficialmente pudiera tener sentido –es decir, afirmar que la imprudencia está efectivamente prohibida– resulta sumamente extraño cuando se analiza con mayor profundidad. Si somos respetuosos con el ordenamiento jurídico, es evidente que las prohibiciones y mandatos no abarcan un comportamiento descuidado que solamente podría –énfasis en *podría*– implicar una afectación al bien jurídico con comportamientos futuros. Para lograr que la norma de comportamiento pueda abarcar tales conductas directamente, es necesario formular una “metanorma” –que no está reconocida legalmente– con la finalidad de incluir como prohibidos a los comportamientos imprudentes. Esta sería una manera muy peculiar de entender la labor legislativa, pues, cuando el legislador lo entiende justificado, se tipifican específicamente delitos de peligro, los cuales abarcan explícitamente aquellas conductas que no lesionan, sino que solo ponen en peligro a los bienes jurídicos en cuestión. Afirmar la necesidad de esta “metanorma” parece ir en contra de una interpretación razonable de las normas jurídico-penales.

De la misma forma, asumir simplemente que las medidas de precaución derivan directamente de las prohibiciones o mandatos, tampoco parece seguir una interpretación razonable.<sup>37</sup> Evidentemente, existe una relación entre la norma y la incumbencia, pero no se puede entender a la incumbencia como una derivación (directa) del contenido de la norma, pues falta todavía la explicación de un paso intermedio. En consecuencia, el cumplimiento de la medida de precaución no está ordenado en sí mismo a partir de la norma de comportamiento. En el ejemplo, si una persona maneja un arma de fuego sin comprobar previamente si está cargada, esta conducta no es relevante para el tipo penal correspondiente (por ejemplo, el tipo del homicidio), pues la no comprobación de un arma de fuego no está en sí misma prohibida por tal norma.<sup>38</sup> El no-cumplimiento de la medida de seguridad contextualmente relevante *solo* adquiere relevancia cuando tiene lugar un resultado típico.

Ahora bien, la comprensión de la incumbencia como una razón de imputación coincide con el aquí asumido carácter adscriptivo de la imprudencia. Una imputación a título de dolo resulta excluida, pero la persona expresa igualmente una voluntad contra el ordenamiento jurídico mediante el no-aseguramiento de sus capacidades para evitar la acción típica. Por esta razón, la pregunta por la imprudencia solo tiene sentido en el marco de la imputación. La incumbencia pone de manifiesto la función hipotética de la imprudencia dentro del proceso de imputación, porque ella no puede ser entendida correctamente sin considerar la finalidad (adicional) de querer evitar una situación de inevitabilidad. En relación con la imputación, el cumplimiento de las medidas de precaución contextualmente necesarias constituye un medio para la construcción del deber específico. O más específicamente, un medio para alcanzar los presupuestos necesarios para que ese deber se origine, es decir, para alcanzar la posición en la que la persona pueda decidir a favor o en contra de la norma de comportamiento.

Esto implica rechazar la caracterización de las incumbencias como reglas de conducta (Sánchez-Ostiz, 2015, p. 19). Esto implicaría simplemente regresar a su carácter prescriptivo, cuando la conceptualización como incumbencias presupone que su relevancia solo se da en términos de imputación. Que pueda tener efectos prospectivos no conduce automáticamente a rechazar su carácter adscriptivo. No es que primero hay imprudencia y luego dolo (Sánchez-Ostiz, 2015, p. 20; Sánchez-Ostiz, 2017, p. 1215), sino que la imputación extraordinaria presupone que la imputación ordinaria no es exitosa para poder preguntarnos por la eventual evitación de tal incapacidad. Adoptar una aproximación cronológica –o sea, preguntarnos “qué pasó primero”– no es la aproximación adecuada cuando nos preguntamos por la posibilidad de imputar un determinado resultado típico. El punto de partida siempre debe ser la norma de comportamiento.

to y cuál es la conducta que la ha infringido, con el objetivo de asignar esa conducta a alguien mediante criterios específicos.

## *2. La obligatoriedad del incumplimiento de la exigencia de cuidado*

a) Entender la exigencia de cuidado como incumbencia implica asumir su carácter hipotético, es decir, que no es una obligación incondicionada, sino que depende de que se cumplan condiciones para que tenga efecto en la imputación. Ya hemos discutido sobre la primera condición, cual es, que el autor quiera estar en posición de seguir la norma, de manera que el seguimiento de la exigencia de cuidado asegura su capacidad para posteriormente decidir intencionalmente cumplir con la norma de comportamiento específica. Pero también se puede observar otra condición: la exigencia de cuidado solo tendrá relevancia para la imputación a un sujeto cuando se produce el resultado típico.

Esto es esencial para la adecuada comprensión de la imprudencia, pero a veces queda oculto por discusiones más complejas a su respecto.

Volviendo a nuestro ejemplo del manejo de armas de fuego, hemos planteado que se puede establecer la exigencia de cuidado de “comprobar que el arma no esté cargada antes de manipularla”. Que una persona infrinja esta medida de precaución y no verifique un arma de fuego antes de manipularla solo adquirirá relevancia para el derecho penal si se escapa un disparo y efectivamente se lesionan a otra persona. El sujeto puede manipular un arma de manera completamente descuidada, pero si no se lesionan a otra persona, ello será irrelevante para el derecho penal.<sup>39</sup>

Esta condicionalidad de las incumbencias es sumamente particular, porque usualmente las obligaciones a las que nos vemos sometidos aplican “inmediatamente”. Si estamos obligados a no disparar a otra persona, ello no depende de que acontezca algún hecho futuro, sino que *siempre* estamos obligados a evitar tal conducta. Eso es lo que expresa un imperativo categórico. Por tal razón, las incumbencias levantan la pregunta de si efectivamente son obligatorias. ¿Está realmente obligado el sujeto a revisar si el arma está cargada al manipularla? Pues en el momento en que el sujeto manipula el arma aún no se ha cumplido la condición –lesionar a otra persona con un disparo– que hace relevante el comportamiento para el derecho penal.

b) Para poder responder esa pregunta, es necesario considerar con atención la perspectiva del análisis. De acuerdo con Hruschka, las reglas cumplen funciones diferentes según la perspectiva que se asuma respecto del comportamiento abarcado por ella. En primer lugar, se puede reconocer una *función de configuración* si nos ponemos en la perspectiva del autor que decide si ejecutar (o no) un comportamiento (Hruschka,

1991, p. 450.). En esta perspectiva *ex ante*, la norma le indica al destinatario cómo debe configurar su conducta. Por ejemplo, la prohibición del hurto le indica al sujeto que no puede apoderarse (con ánimo de dominio) de cosas muebles ajena<sup>s</sup>.<sup>40</sup> Por lo tanto, cuando un sujeto está frente a una cosa ajena, en atención a la norma, él configura su comportamiento para no infringirla evitando tomar algo que no le pertenece. Aquí se observa un *carácter prospectivo* de la regla, pues la norma apunta al futuro (Hruschka, 1991, p. 450).

En segundo lugar, también se puede identificar que las reglas tienen una *función de estándar* o de evaluación. Aquí nos ponemos en la perspectiva de quien debe analizar el comportamiento ya realizado en atención a la regla, por ejemplo, un juez (Hruschka, 1991, pp. 450 y s.). En este caso, se asume una perspectiva *ex post*, pues este evaluador debe examinar la conducta ya ejecutada para determinar si se infringió o no la norma. En el mismo ejemplo, la prohibición del hurto será utilizada por un agente del Ministerio Público para valorar si un determinado comportamiento cumple con los requisitos que establece la norma: comportamiento de sustracción o apoderamiento, cosa mueble ajena, ánimo de apropiación. Aquí la norma asume un *carácter retrospectivo*, ya que su función está enfocada en el pasado.

Este reconocimiento de diferentes funciones resulta fundamental, pues la misma regla puede entenderse de maneras distintas en atención a la perspectiva que se asuma para analizarla.

c) En la imputación jurídico-penal se asume preponderantemente una función evaluativa, o sea, retrospectiva, porque lo que interesa es examinar si es posible atribuir un comportamiento –ya realizado– a un sujeto determinado. Esto quiere decir que toda la construcción expuesta en la primera parte de este artículo asume esta perspectiva *ex post*. En otras palabras, la imprudencia se caracteriza por esta perspectiva retrospectiva.<sup>41</sup> Al igual que con el dolo, el significado de la imprudencia para la responsabilidad jurídico-penal yace en la negatividad de la imputación. La acción contraria a cuidado muestra que el agente tiene una voluntad incompatible con el ordenamiento jurídico, porque él podía y debía evitar una situación en la que la infracción de la norma –esto es, la ejecución de la conducta típica– era inevitable, pero no lo ha hecho.

En ese sentido, como se está examinando algo que ya aconteció –en nuestro ejemplo: las lesiones que sufre una persona porque a otra se le ha escapado un disparo al no manipular adecuadamente un arma de fuego– la condición implícita a cualquier exigencia de cuidado ya se ha cumplido, pues la víctima ya ha sido lesionada. El cum-

plimiento de esta condición se da por supuesto, porque se está realizado el proceso de imputación por unas lesiones que ya se han producido. En otras palabras, la condición está implícitamente cumplida cada vez que nos estamos preguntando por una eventual imputación a título de imprudencia.

En ese contexto entonces no aparece ningún problema: la exigencia de cuidado opera como razón para imputar un resultado típico a un sujeto que la ha infringido. La particularidad de las incumbencias de ser condicionales solo se presenta cuando se asume un carácter prospectivo, es decir, cuando nos ponemos en la posición del agente que tiene que decidir cómo comportarse. Dado que la condición aún no se satisface, podemos preguntarnos si acaso resulta obligatorio para el sujeto cumplir con la medida de precaución específica. En el ejemplo, en el momento en que el sujeto va a manipular el arma, ¿es obligatorio para él revisar que no esté cargada?

La respuesta a esta pregunta tiene que considerar que la determinación de la exigencia de cuidado requiere siempre tomar en cuenta la manera en que se produjo el resultado típico. La concretización de la exigencia de cuidado depende específicamente del resultado típico producido. No es posible establecer la medida de precaución que el agente tenía que cumplir sin tener presente el resultado específico que su conducta provocó. De tal forma, solo tiene sentido establecer la exigencia de cuidado consistente en “revisar que el arma de fuego no esté cargada antes de manipularla” al sujeto que efectivamente manipuló el arma de fuego, se le escapó un disparo y lesionó a otra persona. Para establecer la medida de cuidado es necesario tomar en cuenta la manera en que se produjeron los hechos, pues ellos van a determinar cuál era la exigencia de cuidado que hubiese podido evitar su acaecimiento.

En los delitos imprudentes, la contrariedad a cuidado que fundamenta el injusto (subjetivo) de la conducta requiere ser determinada considerando todas las circunstancias, porque solo de esta manera la medida de seguridad específica puede formularse para el aseguramiento de la capacidad futura de evitación del sujeto.

Por tal razón, asumir la posición del autor y preguntarse por si era obligatorio para él cumplir con una determinada exigencia de cuidado es necesariamente una pregunta artificial. Porque implícitamente se está asumiendo que efectivamente se produjo el resultado típico y que revisar si el arma estaba cargada antes de manipularla era la exigencia de cuidado adecuada al caso. La mera determinación de una medida de precaución relevante para el caso está asumiendo implícitamente que el resultado se ha producido, pues de lo contrario no sería posible identificar la exigencia de cuidado concreta para poder evitar ese resultado. En otras palabras, es falso que se está asumiendo verdadera-

mente una perspectiva *ex ante*, porque estamos incorporando en la discusión elementos futuros que son completamente desconocidos para el autor.

Entonces, si tenemos que responder la pregunta sobre la obligatoriedad de la exigencia de cuidado, la respuesta tendrá que ser positiva, pero de manera condicional. La obligación para el sujeto solo surge si se produce la condición, es decir, si se produce el resultado típico. Esto no quiere decir que el cumplimiento de la medida de precaución no sea obligatorio, sino que es obligatorio en caso de que ocurra el resultado típico.

d) ¿Y qué significa esto para el sujeto? Si efectivamente nos ponemos en la posición del autor que es completamente ignorante de si el resultado típico se producirá o no, entonces la exigencia de cuidado aparecerá para él como una *recomendación* del ordenamiento jurídico. En otras palabras, para el sujeto que desconoce la producción del resultado típico es siempre aconsejable –o sea, le incumbe– cumplir con todas las medidas de seguridad que usualmente se reconocen en un contexto determinado, porque en caso de ocurrir el resultado típico su incumplimiento será el motivo de su imputación y, por tanto, de su responsabilidad jurídico-penal. Y al revés: cumpliendo las medidas de seguridad el sujeto no será responsable si de manera fortuita su comportamiento termina produciendo un resultado típico. Pues la imputación sigue considerando las capacidades del sujeto, de manera que, si fue completamente incapaz de evitar la realización típica al cumplir con el cuidado debido, entonces debe concluirse que la producción del resultado típico fue meramente accidental.

El empleo prospectivo de las exigencias de cuidado como una pauta de conducta apunta a medidas que regularmente son aplicadas. Pues ellas han demostrado a lo largo del tiempo que son aptas para evitar daños, ya que mediante su empleo se habrían podido evitar situaciones perjudiciales. De ahí que, según la opinión dominante, las reglas de cuidado tengan solo una función indicaria para la falta de cuidado de una acción (Vogel, 2006, nm. 219; Sternberg-Lieben y Schuster, 2019, Nm. 135). De tal manera, la incumbencia como regla de imputación conduce a una determinada configuración de comportamientos, pero solo como una recomendación basada en su función central en la imputación.

Según Montiel, la comprensión de la incumbencia como “mero consejo” no estaría justificada, porque el seguimiento de la medida de comportamiento determinada (por ejemplo, el límite de velocidad al conducir) no está solo aconsejado (Montiel, 2014, p. 607 nota al pie 100; Montiel, 2019, p. 331). Pero es fundamental evitar dos confusiones. Primero, no debe confundirse el derecho penal con el derecho contravencional.

Por supuesto, el exceso de velocidad es una infracción clara de una regla de conducción establecida en el reglamento correspondiente. Pero de ello no se deriva un significado automático para el derecho penal.

Segundo, la infracción formal de una regla de cuidado solo *puede* configurar una exigencia de cuidado y *puede* tener relevancia en el ámbito jurídico-penal, pues ello va a depender de que se cumplan las demás condiciones propias de una incumbencia. Asumiendo la perspectiva prospectiva, la exigencia de cuidado solo es una recomendación para el aseguramiento de propias capacidades, pero su cumplimiento no está ordenado directamente por la norma de comportamiento.<sup>42</sup> Que desde esta perspectiva el cumplimiento de la incumbencia solo pueda ser entendido como una recomendación no significa que su incumplimiento no tenga relevancia para el proceso de imputación. Lo que muestra su conceptualización como incumbencia es que la relación entre la exigencia de cuidado y el ordenamiento jurídico es más compleja, pues depende del acaecimiento de hechos futuros y de los conocimientos específicos del sujeto al respecto.

Esta particularidad de la imprudencia se muestra adecuadamente con su caracterización como infracción de una incumbencia, pues ello enfatiza lo extraordinario de tal forma de imputación. En otras palabras, muestra la necesidad de acudir a criterios subsidiarios para establecer la responsabilidad jurídico-penal del agente por un determinado comportamiento.

#### **D. Excuso: supererogación e incumbencias**

El particular carácter deóntico de las incumbencias ha llevado a algunos autores a establecer una relación con la idea de la supererogación (Mañalich, 2009, p. 71, nota al pie 211; Vogel, 1993, p. 77). El estudio de la supererogación es un ámbito interesante de la filosofía, pues pretende analizar moralmente aquellos comportamientos que no son exigibles, pero que a pesar de ello son considerados buenos o correctos. En este punto, se observa una tensión entre la obligatoriedad de un comportamiento y su caracterización como correcto: la supererogación muestra que lo correcto no siempre puede ser exigible.

Vale la pena aclarar de inmediato que, en mi opinión, la supererogación y la infracción de incumbencias con relevancia jurídico-penal son temáticas diferentes, de manera que no se puede establecer una relación directa entre ambos. El propósito del estudio de la supererogación es diferente al establecimiento de una responsabilidad jurídico-penal

y, por lo tanto, no es posible obtener conclusiones inmediatas. Sin embargo, es cierto que existe cierta vinculación que puede ser interesante considerar, especialmente en torno a la pregunta por la obligatoriedad.

Una mirada a la experiencia cotidiana muestra que los conceptos básicos deontológicos de “ordenado” y “prohibido” no bastan para explicar todas las acciones. Muchas acciones están “eximidas” o “permitidas” y, por lo tanto, pueden entenderse como “indiferentes”.<sup>43</sup> Si una acción está prohibida, ella debe ser omitida; si una acción está ordenada, ella debe ser ejecutada; si una acción es indiferente, ella no debe ser ni omitida ni ejecutada. La mayoría de las acciones que realizamos en nuestra vida cotidiana son indiferentes desde un punto de vista moral (Moore, 1998, pp. 120 y ss.).

Sin embargo, existen acciones que, a pesar de no estar prohibidas u ordenadas, no son indiferentes, pues su ejecución es deseada y/o su omisión es indeseada. Esta clase de acciones puede denominarse como supererogatorias o suberogatorias. Una acción supererogatoria se caracteriza por tres elementos:

- (1) Su ejecución no está ordenada y su no-ejecución no está prohibida;
- (2) Su ejecución es valorada (por la sociedad), pero
- (3) Su no-ejecución no es desvalorada (por la sociedad) (Moore, 1998, pp. 121 y ss.).<sup>44</sup>

El clásico ejemplo de una acción supererogatoria es el rescate de otra persona en una situación de grave peligro para el mismo rescatador. En atención a ese peligro, no se puede considerar que el rescate sea una conducta exigible. Sin embargo, si el rescate se realiza, será valorado por la sociedad.

Por su parte, una acción suberogatoria se caracteriza también por tres elementos:

- (1) Su ejecución no está ordenada y su no-ejecución no está prohibida;
- (2) Su ejecución es reprochada (por la sociedad), pero
- (3) Su no ejecución no es apreciada (por la sociedad) (Moore, 1998, pp. 122 y ss.).

En comparación con la supererogación, aquí los ejemplos son menos frecuentes. Un caso puede ser “abusar de un derecho”: si alguien participa de un seminario que ofrece un almuerzo buffet (pero con platillos limitados), servirse excesivamente es considerado como indeseable (al considerar el resto de los colegas), pero la omisión de esta acción no será apreciada.

Al combinar las categorías de supererogación y suberogación, surge un tercer concepto, el de cuasierogación. Las acciones cuasierogatorias se caracterizan por:

- (1) Su ejecución no está ordenada y su no-ejecución no está prohibida, pero
- (2) Su ejecución es apreciada (por la sociedad) y
- (3) Su no-ejecución es reprochada (por la sociedad) (Moore, 1998, pp. 124 y s.).

Un ejemplo al respecto es la donación de órganos para un familiar, porque no es ordenada o requerida moralmente, pero su ejecución es apreciada y su no-ejecución es reprochada.

La consideración de acciones supererogatorias, suberogatorias y cuasierogatorias complica el análisis deontico de acciones, pues ya no solo se observan tres conceptos básicos –prohibido, ordenado e indiferente– sino que se reconocen cinco conceptos básicos.<sup>45</sup> Sin embargo, esto refleja de mejor manera las posibles constelaciones de acciones que nos enfrentamos en la experiencia cotidiana.

La pregunta interesante, y que se relaciona con la discusión sobre el impacto de las incumbencias en la responsabilidad jurídico-penal, es si la conducta supererogatoria puede considerarse obligatoria. Es decir, asumiendo que no está requerida moralmente, pero sí es valorada su ejecución, es necesario precisar si ejecutar esa conducta es obligatoria o no. Esto parece paradójico: ¿cómo una misma acción puede estar valorada positivamente y no ser requerida?

Moore indica que, en orden a explicar adecuadamente la supererogación hay que distinguir dos formas de juicios de responsabilidad. Por un lado, se reconoce una responsabilidad por las decisiones que tomamos, lo que se expresa en una ética de las acciones. Por otro lado, también se puede reconocer una responsabilidad por nuestro carácter, es decir, por las actitudes, emociones y razones al actuar. Esto se expresa en una ética de la virtud (Moore, 1998, pp. 129 y s.). En ese sentido, la supererogación presenta esta aparente paradoja, porque opera bajo estos dos juicios de responsabilidad. Es correcto que la acción supererogatoria no está requerida bajo la ética de la acción, pero ejecutar dicha acción nos dice algo sobre la persona, sobre su virtud.

En atención a ello, Moore nos plantea que se pueden observar dos estrategias “simplistas” al respecto. La primera es decir que ambos juicios de responsabilidad son completamente independientes, de modo que lo supererogatorio solo nos podría decir algo de la virtud del sujeto, pero carecería de cualquier relevancia respecto de las acciones de este (Moore, 1998, pp. 131 y s.). La segunda estrategia es afirmar que las acciones

supererogatorias son obligatorias, pero están exculpadas por la situación excepcional en que el sujeto actúa (Moore, 1998, pp. 132 y ss.). De acuerdo con Moore, ambas estrategias son insatisfactorias: la primera transforma las acciones supererogatorias en meramente indiferentes, la segunda las transforma en requeridas (pero reconociendo exculpación). De ahí que vale la pena afirmar el carácter deóntico independiente de la supererogación.

Pero el problema subsiste: si la acción supererogatoria es buena y ello nos da una razón para realizar la acción, entonces cómo podemos explicar que no sea exigible. Aquí Moore plantea que la acción supererogatoria carece de la fuerza de las obligaciones “puras”. (Moore, 1998, pp. 136 y s.) En ese sentido, la acción supererogatoria es obligatoria, pero se puede reconocer una razón de mayor nivel que implica su no-exigencia. Es decir, tenemos permitido no realizar la acción supererogatoria, a pesar de ser obligatoria, pues existen otras razones prudenciales que son igualmente atendibles.

Esto se explica acudiendo a la idea de razones para la acción ordenadas en niveles y, especialmente, a la idea de permiso exclusionario. Se puede reconocer que existe una obligación de realizar una acción, pero también que existe un permiso de nivel superior que autoriza su no ejecución (Raz, 1975, pp. 164 y ss.). Por lo tanto, la fuerza obligatoria de las acciones supererogatorias depende de otras razones que también pueden ser relevantes en el caso específico.<sup>46</sup>

Obviamente no resolveremos aquí el difícil problema de la supererogación. Sin embargo, en mi opinión, la breve exposición previa muestra dos elementos para la discusión sobre la imprudencia. En primer lugar, los esfuerzos de Moore al explicar la supererogación hacen que sea posible hablar de una acción que es correcta, que no está requerida y que, al mismo tiempo, es obligatoria. Pues se pueden observar otras razones que pueden entrar en consideración para establecer su exigibilidad. Lo mismo sucede en el caso de la imprudencia: una incumbencia es obligatoria y, al mismo tiempo, está sometida a condiciones específicas que hacen operativa su ejecución.

En segundo lugar, y aún más importante, la argumentación de Moore implica que la idea de supererogación está vinculada con la virtud del sujeto. Que una acción no esté requerida, pero que sea buena, tiene relevancia porque apunta al carácter del sujeto. Y, en el fondo, creo que la imprudencia establece una relación similar. Porque, respecto de la imputación a título de imprudencia, estamos hablando de una situación en la que el sujeto quiere mantener capacidades futuras para cumplir con la norma de comportamiento específica. Es decir, el sujeto tiene el propósito de mantenerse en posición de

tomar una decisión frente al ordenamiento jurídico. Y ello no es más que la intención de un sujeto virtuoso, que quiere mantener una actitud de respeto frente al derecho. En este punto, es donde se puede observar una conexión entre la responsabilidad jurídico-penal y la idea de virtud.

#### **IV. Recapitulación**

La imprudencia implica una forma de responsabilidad en que falta la capacidad actual de evitación, pero se puede reconocer una capacidad de evitar dicha situación de incapacidad. Esto es excepcional, extraordinario, es decir, escapa a la forma ordinaria en que se atribuye responsabilidad jurídico-penal (y de ahí que tiene sentido que se denomine imputación extraordinaria). Por lo tanto, los criterios que usamos para atribuir responsabilidad en el contexto de la imprudencia son diferentes a los normales, porque tienen que hacer frente a esta excepcionalidad.

De tal manera, los esfuerzos que tratan de reducir la imprudencia a formas normales de responsabilidad –por ejemplo, entendiéndola como el objeto de la prohibición o asumiendo simplemente que existe un deber idéntico que en casos dolosos– no son satisfactorios. Ellos no logran reflejar la complejidad de una imputación extraordinaria. De ahí que la comprensión de la exigencia de cuidado como incumbencia parece tener sentido: ella muestra que nos enfrentamos a una manera distinta de conceptualizar la responsabilidad jurídico-penal. Y el reconocimiento de clases diferentes de responsabilidad no debiera ser entendido como un problema, sino, por el contrario, un aliciente para continuar la investigación de una situación particular, pero sumamente interesante.

#### **Referencias bibliográficas**

- Ast, Stephan, 2019: “Über Versuch und Vorsatz und über Fahrlässigkeit”. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 27, pp. 299-323.
- Binding, Karl, 1965: *Die Normen und ihre Übertretung*. Utrecht, Scientia Verlag.
- Brennenstuhl, Waltraud, 1980: “Ziele der Handlungslogik”, en Lenk (ed.), *Handlungstheorien interdisziplinär*, Tomo 1. München, W. Fink.
- Engisch, Karl, 1964: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen, Scientia Verlag.

- Exner, Franz, 1910: *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung.* Leipzig, Deuticke.
- Gaede, Karsten, 2012: “§ 15”, en Matt y Renzikowski (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*. München, Vahlen.
- Hruschka, Joachim y Joerden, Jan, 1987: “Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck, Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Grundlagenforschung”. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 73, num. 1, pp. 93-123.
- Hruschka, Joachim, 1998: “Supererogation and Meritorious Duties”. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 6, pp. 93-108.
- \_\_\_\_\_, 1991: “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”. *Rechtstheorie*, vol. 22, pp. 449-460.
- \_\_\_\_\_, 1988: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2<sup>a</sup> edición. Berlin, De Gruyter.
- \_\_\_\_\_, 1985: “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en Gössel, Kauffmann (eds.), *Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, Strafverfahren im Rechtsstaat*. München, Beck, pp. 191-202.
- \_\_\_\_\_, 1979: “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”, en Kaufmann (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. München, Beck, pp. 421-436.
- \_\_\_\_\_, 1976: *Strukturen der Zurechnung*. Berlin, New York, De Gruyter.
- Jakobs, Günther, 1991: *Strafrecht, allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2<sup>a</sup> edición. Berlin, New York, De Gruyter.
- Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, 1996: *Lehrbuch des Strafrechts*, 5<sup>a</sup> edición. Berlin, Duncker & Humblot.
- Joerden, Jan, 1989: *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, Relationen und ihre Verkettungen*. Berlin, Duncker & Humblot.
- Kant, Immanuel, 1996: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona, Ariel.
- \_\_\_\_\_, 2022: *Metafísica de las costumbres*. Barcelona, Tirant lo Blanch.

- Kindhäuser, Urs y Zimmermann, Till, 2024: *Derecho penal, parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Kindhäuser, Urs, 2014: “Zur Funktion von Sorgfaltsnormen”, en Hefendehl (ed.), *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*. Berlin, De Gruyter, pp. 143-156.
- \_\_\_\_\_, 2013: “¿Qué es la imprudencia?”, en Mañalich (ed.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile*. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 217-228.
- \_\_\_\_\_, 2007: “Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau, Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung”. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 154, num. 8, pp. 446-468.
- \_\_\_\_\_, 1994a: “Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, Zur Struktur strafrechtlichen Fahrlässigkeitshaftung”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1994, pp. 197-223.
- \_\_\_\_\_, 1994b: “Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzung im Strafrecht”. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 2, pp. 339-351.
- \_\_\_\_\_, 1989: *Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main, V. Klostermann.
- Kühl, Kristian, 2017: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8<sup>a</sup> edición. München, Vahlen.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo, 2019: “The grammar of imputation”. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 27, pp. 411-428.
- \_\_\_\_\_, 2018: “Setzt die aplicatio legis ad factum eine imputatio facti voraus?”. *Crimint* 2018, pp. 22-26.
- \_\_\_\_\_, 2015: “La imprudencia como estructura de imputación”. *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII, pp. 13-36.
- \_\_\_\_\_, 2014: *Norma, causalidad y acción, Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Madrid, Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_, 2009: *Nötigung und Verantwortung, Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*. Baden-Baden, Nomos.

- Montiel, Juan Pablo, 2019: "Drei Thesen zum Fahrlässigkeitsdelikten", en Böse, Schumann, Toepel (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, Nomos Verlagsgesellschaft*. Baden-Baden, Nomos, pp. 323-334.
- \_\_\_\_\_, 2014: "Obliegenheit im Strafrecht?". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-wissenschaft*, vol. 126, num. 3, pp. 592-614.
- Moore, Michael, 1998: "Liberty and Supererogation", *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 6, pp. 118-151.
- Neumann, Ulfrid, 2019: "Obliegenheiten und strafrechtliche Zurechnung". *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 27, pp. 455-472.
- \_\_\_\_\_, 1985: "Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung". *Golddammer's Archiv für Strafrecht* 1985, pp. 389-401.
- Oehler, Dietrich, 1949: "Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen", en Sauer (ed.), *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*. Berlin, De Gruyter, pp. 262-278.
- Raz, Joseph, 1975: "Permissions and supererogation". *American Philosophical Quarterly*, vol. 12, num. 2, April 1975, pp. 161-168.
- Renzikowski, Joachim, 1997: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Reyes-Romero, Italo, 2024: "Sobre el principio de confianza en la responsabilidad jurídico-penal a título de imprudencia y la relevancia de los deberes de selección, de instrucción, de vigilancia y de organización". *Revista Ius et Praxis*, Año 30, num. 3, pp. 141-163.
- Rostalski, Frauke, 2016: "Normentheorie und Fahrlässigkeit, Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes", *Golddammer's Archiv für Strafrecht* 2016, pp. 73-89.
- Roxin, Claus, 2006: *Strafrecht, Allgemeiner Teil II*, 4<sup>a</sup> edición. München, C.H. Beck.
- Sánchez-Ostiz, Pablo, 2015: "¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende". *InDret* 1/2015, pp. 1-24.
- \_\_\_\_\_, 2014: "Imputación e incumbencias en Derecho Penal". *Política Criminal*, vol. 12, pp. 1211-1227.
- Seebaß, Gottfried, 1994: "Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit". *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 2, pp. 375-411.

- Sternberg-Lieben, Detlev y Frank Schuster, 2019: “§ 15”, en Schönke y Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30<sup>a</sup> edición. München, C.H. Beck.
- Toepel, Friedrich, 1992: *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Berlin, Duncker & Humblot.
- Valiente, Vicente, 2020. “La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 22-22, pp. 1-32.
- Vogel, Joachim, 2006: “§ 15”, en Laufhütte et al (eds.), *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch*, 12<sup>a</sup> edición. Berlin, De Gruyter.
- \_\_\_\_\_, 1993: *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlin, Duncker & Humblot.
- Wright, G. H. von, 1983: “Practical Inference”, en del mismo *Practical reason: Philosophical Papers*, vol. 1, Cornell University Press.

#### Notas

- 1 Esto no quiere decir que el concepto de incumbencia no pueda tener rendimiento práctico en otras áreas de la responsabilidad jurídico-penal, sino que simplemente ello quedará fuera de la discusión de este artículo.
- 2 En cualquier caso, la imputación no cumple un rol solamente en el ámbito jurídico-penal. Una forma simplificada de la imputación es usada cotidianamente para reconocer acciones de otros. De esta manera, se adscribe un suceso a una persona. Mediante la consideración de las capacidades y conocimientos del sujeto un acontecimiento externo puede ser entendido como la acción de alguien, por la cual será responsable social y/o moralmente. Véase Hruschka, 1976, pp. 12 y ss.; Hruschka, 1985, p. 201.
- 3 Oehler (1949, pp. 265 y ss.) reconoce una diferencia entre las normas jurídicas y los deberes jurídicos que coincide parcialmente con la posición aquí asumida. Sin embargo, Oehler entiende ambos conceptos como independientes, por lo cual se ignora la necesaria relación entre norma y deber mediante la imputación.
- 4 Mañalich denomina esta característica como “contrafacticidad de la imputación”. Al respecto, Mañalich, 2014, pp. 23 y ss., 27; Mañalich, 2009, pp. 47 y s.
- 5 Mañalich, 2014, pp. 24 y s.: Esto se explica mediante la figura lógica del *modus tollendo tollens*, cuya estructura es la siguiente: (a) si p, entonces q; (b) no q; (c) entonces no p.
- 6 Fundamental Hruschka, 1991, pp. 449 y ss. También Kindhäuser, 1989, p. 30; Mañalich, 2018, pp. 22 y s.; Neumann, 1985, p. 391; Mañalich, 2019, pp. 412 y ss.
- 7 Una clara explicación sobre la distinción entre objeto y criterio de imputación se observa en Valiente, 2020, pp. 9 y ss.

- 8 En vez de capacidades, Toepel (1992, pp. 21 y s.) habla de libertad de acción y libertad de voluntad, pero con el mismo significado.
- 9 Hruschka, 1991, p. 452. En palabras de Kant: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el *juicio* mediante el que alguien es visto autor (*causa libera*) de una acción que entonces se llama hecho (*factum, Tat*) y que cae bajo leyes” (Kant, 2022, p. 92). También Mañalich, 2018, pp. 23 y s.
- 10 La estructura general del silogismo práctico es la siguiente. Premisa superior: una persona P quiere lograr x; premisa inferior: P entiende que solo puede lograr x si hace y; conclusión: entonces P debe hacer y.
- 11 Von Wright, 1983, pp. 5 y ss. La diferencia entre un silogismo de primera persona y un silogismo de tercera persona recae en la conclusión. Solo en el primer caso, la conclusión muestra sin lugar a dudas una necesidad práctica.
- 12 Sobre el silogismo práctico en el ámbito filosófico, véase Brennenstuhl, 1980, pp. 53 y ss.
- 13 Además, ambos niveles de imputación abarcan dos conceptos diferentes de libertad: en el primer nivel, libertad en relación al hecho; en el segundo nivel, libertad en relación a la valoración del hecho. Al respecto, Joerden, 1989, p. 33.
- 14 “Artículo 190 Quater CPCM: A quien imparta u obligue a otro a recibir una terapia de conversión se le impondrán de dos a cinco años de prisión y de cincuenta a cien horas de trabajo en favor de la comunidad. Este delito se perseguirá por querella.
- Se entiende por terapias de conversión, aquellas prácticas consistentes en sesiones psicológicas, psiquiátricas, métodos o tratamientos que tenga por objeto anular, obstaculizar, modificar o menoscabar la expresión o identidad de género, así como la orientación sexual de la persona, en las que se emplea violencia física, moral o psicoemocional, mediante tratos crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la dignidad humana”.
- 15 El Código Penal Federal de México solamente incluyó un delito equivalente en el año 2024 en su artículo 209 quintus.
- 16 Es decir, se le reconoce un error de prohibición invencible de acuerdo con el art. 29.C.III CPCM.
- 17 Sobre las críticas a la imputación extraordinaria por una aparente vulneración del principio de culpabilidad, véase Valiente, 2020, pp. 13 y ss.
- 18 “Artículo 76 CPCM (Punibilidad del delito culposo). En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código”.
- 19 La traducción del alemán *Obliegenheit* por *incumbencia* no es enteramente satisfactoria. Sin embargo, es el término que se utiliza mayoritariamente en la discusión en español y, por lo tanto, también se utilizará en este artículo.

- 20 Esta diferencia entre la acción típica y la exigencia de cuidado es explicada por Valiente (2020, pp. 20 y s.) bajo la distinción entre acción principal y acción auxiliar.
- 21 En contra Jakobs, 1991, p. 319, quien plantea que en la imprudencia no existe otro deber que el que se deriva de la norma.
- 22 Contra el carácter hipotético de la exigencia de cuidado, véase Seebaß, 1994, p. 384, porque plantea una “metanorma” que prohibiría toda contrariedad a cuidado. También Ast, 2019, p. 319, nota al pie 69.
- 23 Kant diferencia entre imperativos categóricos e hipotéticos: “Ahora bien, si la acción fuese buena meramente como medio para otra cosa, el imperativo es *hipotético*; si es representada como buena en sí, y por tanto como necesaria en una voluntad conforme en sí a la razón, como principio de esa voluntad, entonces es *categórico*”. [“Wenn nun die Handlung bloß *wozu anderes*, als Mittel, gut sein würde, so ist der Imperativ *hypothetisch*; wird sie als *an sich* gut vorgestellt, mithin als notwendig in einem *an sich* der Vernunft gemäß den Willen, als Prinzip desselben, so ist er *kategorisch*”]. (Kant, 1996, pp. 158 y s.). En el mismo sentido, véase Hruschka, 1988, p. 413; Neumann, 1985, p. 392; Sánchez-Ostiz, 2014, p. 1215; Neumann, 2019, p. 460.
- 24 En contra Sanchez-Ostiz, 2015, pp. 20 y s., quien señala que incumbencia y deberes de cuidado son conceptos diferentes y (estructuralmente) no relacionados.
- 25 Es cierto que el término exigencia (o deber) de cuidado está tradicionalmente vinculado a la discusión de la imprudencia. Pero es posible acudir a la misma idea –es decir, evitación de una situación de inevitabilidad– para explicar otros ámbitos de la imputación de responsabilidad, como por ejemplo, la vencibilidad del error de prohibición o a la autoprovocación de un estado de incapacidad de culpabilidad. Aquí no se suele hablar de exigencia (o deber) de cuidado, pero es el mismo trasfondo.
- 26 Montiel, 2014, p. 595 y s. señala que se recurre al concepto de incumbencia en los siguientes temas: imprudencia, actio libera in causa, causas de exculpación, medidas de seguridad y corrección, intervención delictiva, tentativa, competencia de la víctima y proceso penal. También Montiel, 2019, pp. 326 y s.
- 27 Cfr. Sanchez-Ostiz, 2015, pp. 4 y ss., quien defiende recurrir a conceptos jurídico-civiles en el ámbito jurídico-penal si ellos se adaptan adecuadamente. Por ejemplo, el dolo tiene un origen en el derecho civil como razón para la nulidad de una declaración de voluntad, pero actualmente la doctrina mayoritaria lo entiende como una categoría irrenunciable de la responsabilidad jurídico-penal.
- 28 Montiel, 2014, p. 608: “No pongas en peligro bienes jurídicos de otros participantes del tráfico vehicular” (en caso de imprudencia) o “No apoyes la comisión de un delito de terceros” (en caso de participación) configuran derivaciones directas de la norma de comportamiento en cuestión.
- 29 Por ejemplo, Mañalich, 2009, p. 71 y Sanchez-Ostiz, 2015, pp. 11 y ss. se concentran

principalmente en el carácter hipotético de la incumbencia, por lo cual la referencia de “actuación en propio interés del destinatario” pasa a segundo plano.

- 30 Esto conduce a la idea extendida en la doctrina de que el tipo doloso y el tipo imprudente infringen normas de comportamiento diferentes. Se aduce que las normas del código penal que hacen referencia a imprudencia establecen un tipo diferenciado del doloso. Esto es un error: más bien hay que entender que, en los sistemas de *numerus clausus*, la norma habilitante –por ejemplo, el art. 76 del Código Penal de Ciudad de México– abre la punibilidad de la imprudencia, pero no dice nada sobre la configuración del tipo de delito. Al respecto, véase Valiente, 2020, pp. 25 y s.
- 31 La prohibición de la imprudencia como tal conduce a la fundamentación de la figura del *crimen culpeae*, es decir, teóricamente solo existe un delito imprudente que repercute en cada delito imprudente en la infracción de un deber general de diligencia (*obligatio ad diligentiam*). Esto significa que cada delito imprudente se trasforma en un mismo delito de incumplimiento de este deber de diligencia. El homicidio imprudente sería por lo tanto una agresión contra este deber de diligencia. Al respecto Exner, 1910, pp. 77 y ss.; Binding, 1965, pp. 321 y ss. Por el contrario, la figura de *crimina culposa* es actualmente aceptada en la discusión, es decir, hay diversos delitos imprudentes que lesionan distintos bienes jurídicos dependiendo del tipo delictivo concreto. Véase Engisch, 1964, p. 241.
- 32 En sentido similar, Ast, 2019, p. 319, quien asume en el caso de homicidio imprudente “una prohibición de la causación de una muerte imprudentemente” [,ein Verbot der fahrlässigen Todesverursachung“].
- 33 Sanchez-Ostiz, 2015, pp. 19, quien señala que la incumbencia es una regla de comportamiento, pero la relaciona como una regla de imputación. En el mismo sentido Renzikowski, 1997, pp. 224 y ss.
- 34 En este sentido Seebaß, 1994, p. 397: “Cada requerimiento de forma inespecífica ‘G[p]’ abarca por lo tanto la exigencia categórica a todo destinatario: ‘Preocúpate de que p es real’. [“Jedes Gebot der unspezifizierten Form ‘G[p]’ enthält deshalb die kategorische Forderung an jeden Adressaten: Sorge dafür, dass p real ist!”]. En sentido similar, Sanchez-Ostiz, 2015, pp. 20; Engisch, 1964, p. 336 y ss.; Montiel, 2019, p. 327.
- 35 “Estas incumbencias pueden entenderse como implicaciones de las correspondientes exigencias de comportamiento a las que se refieren, ya sea que la exigencia de comportamiento sea una prohibición, ya sea un mandato”. Contra la relativización de la distinción entre deber e incumbencia, véase Neumann, 2019, pp. 460 y ss.
- 36 De manera similar, Sanchez-Ostiz, 2015, pp. 19 y ss.; Renzikowski, 1997, p. 225.
- 37 De manera similar, Neumann, 1985, p. 395, quien plantea que Hruschka defiende una relación sintética entre norma e incumbencia, pero luego fundamenta la inadmisibilidad de tal relación. También Neumann, 2019, p. 460 y ss. Además Kindhäuser, 1989, pp. 125 y s.; Kindhäuser, 1994b, p. 345; Kindhäuser, 1994a, p. 211. Sorprendentemente en un lugar posterior (Hruschka, 1988, p. 416), Hruschka defiende la impunidad de la infrac-

ción de incumbencias “en sí misma”. En contra Engisch, 1964, p. 337, quien identifica la norma de evitar matar con la norma de ejecutar cuidado para evitar matar.

- 38 Esto no quiere decir que sea imposible que una medida de precaución sea contingente-mente relevante para el derecho penal, pues el legislador puede decidir transformarla en un delito autónomo. Por ejemplo, el delito de conducción en estado de ebriedad.
- 39 Vale la pena reiterar que con “irrelevante para el derecho penal” se hace referencia a las prohibiciones de homicidio o de lesiones que se están examinando para la determinación de la eventual imprudencia. Obviamente la conducta podría tener relevancia respecto de algún otro delito específico, por ejemplo, para el delito de portación de arma de fuego sin licencia (art. 81 Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos).
- 40 “Artículo 220 CPCM. Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impone: [...]”
- 41 Hruschka, 1991, p. 451: “Pues al igual que con las normas de comportamiento con su función de estándar, [las reglas de imputación] se dirigen en primera línea al juzgador quien evalúa un hecho con posterioridad” [„Denn genauso wie die Verhaltensregeln in ihrer Maßstabsfunktion richten sie [die Zurechnungsregel] sich in erster Linie an den Urteiler, der eine Tat nachträglich beurteilt“].
- 42 Aquí se puede observar una relación entre supererogación y recomendación que se revisará en el siguiente capítulo. Tal relación se remonta al primer análisis de la biblia por Agustino, Ambrosio y Tomás. Al respecto Hruschka, 1998, pp. 94 y s.
- 43 Hruschka y Joerden, 1987, pp. 107 y s. En un sistema conceptual deóntico de dos niveles, en que cada acción está “prohibida” u “ordenada”, sus negaciones son entendidas como “permitida” (=no prohibida) y “eximida” (=no ordenada). Lo decisivo es que las expresiones “permitida” y “eximida” no tienen un significado autónomo dentro del sistema conceptual.
- 44 Sobre el desarrollo histórico de la supererogación, véase Hruschka, 1998, *passim*.
- 45 La consideración de la super- y suberogación conduce a un sistema conceptual deóntico de cinco niveles, el cual se transforma –al considerar las negaciones correspondientes– en un decágono deontológico. Cfr. Hruschka y Joerden, 1987, pp. 112 y ss.
- 46 Moore, 1998, p. 139 duda sobre la explicación de Raz para solventar el problema de la supererogación, pues considera que los permisos no otorgan razones para actuar. Sin embargo, sí acepta que es necesario diferenciar niveles de razones para explicar la superero-gación.

**Recepción: 5 mayo 2025  
Aceptación: 10 julio 2025**