

# ESTUDIOS JURÍDICOS

# IMPRUDENCIA, RIESGO E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL

*Simón P. Herrera Bazán\**

**Sumario:** I. *Introducción.* II. *Imputación de causalidad al imprudente.* III. *La exclusión de la responsabilidad penal en un hecho imprudente, en virtud de la valoración de la naturaleza del riesgo, como objeto del elemento cognitivo del dolo:* A. *El peligro concreto;* B. *El peligro abstracto;* C. *El riesgo normativamente relevante;* D. *El conocimiento del peligro desprotegido, La tesis de Herzberg;* E. *El riesgo habitual. La tesis de Jakobs.*

## INTRODUCCIÓN

La doctrina indica que obra culposamente el que actuando sin la diligencia debida y, con ello, infringiendo un deber de cuidado, lesiona un bien jurídico, destacando dos componentes del injusto imprudente: uno que se refiere a la esfera del derecho formal y otro que va explicado en el derecho material, lo que corresponde, respectivamente, al contenido de la norma y al resultado producido.

La imprudencia o culpa, vista desde un aspecto formal, es un fenómeno que reside en el tipo, y que se comprende a partir del juicio de

\* Catedrático y doctor en Ciencias Penales y Política Criminal del Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe); doctor en Administración Pública por la Universidad Anáhuac; doctor *honoris causa* por el Instituto Manuel José de Rojas, San Cristóbal de las Casas, Chiapas; posgraduado, en diez ocasiones, por la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España.

tipicidad, al alcanzar la descripción objetiva de la acción típica y al establecerse la ausencia de aspectos cognoscitivos del resultado; así, una conducta imprudente puede sujetarse a un proceso de exculpación, pero es imposible plantearle un proceso de justificación, de ahí que una primera afirmación sea en el sentido de establecer un marco que delimite el ilícito imprudente culpable o no culpable, sin necesidad alguna de detenerse a establecer la estructura de injusto, que sólo obedece a los planteamientos del desvalor.

Si la acción imprudente o culposa se describe en el contenido del tipo objetivo, procede su razonamiento sobre la teoría del riesgo; si el tipo no contiene descripción alguna, entonces se deberá establecer el marco general de conocimiento de la acción típica, para que una vez que se determine la previsibilidad del agente y previsibilidad del resultado, se traslade a comprobar la descripción del conocimiento en la parte general del derecho penal, especialmente en el señalamiento que conceda la posibilidad de una sanción menor a la que corresponde al delito doloso, lo que se traduce en la negación de que se trate de un injusto de menor culpabilidad, sino de una determinación típica que obedece a razones de política criminal.

La construcción de la responsabilidad penal para justificar una sanción correspondiente a un hecho imprudente, no es un problema que deba ser resuelto en la estructura del injusto, ello obedece a que la acción típica imprudente o culposa carece de un contenido de desvalor, y el resultado aparecido, descrito en el tipo, viene a darse como una causa fortuita, que surge a partir de la fractura de las barreras de contención o de control de riesgo, que impide justificar la acción imprudente, si bien sólo será posible advertir la infracción del deber de cuidado, la que posibilitará una mayor o menor imputación, en la medida en que el agente cuente con las capacidades físicas e intelectuales que le diferencien de la generalidad de los ciudadanos, lo que permite señalar un distinto

grado de control del evento, en función de un principio de confianza basado en el conocimiento empírico de las actuaciones anteriores emprendidas por él mismo, y de las actuaciones esperadas por los agentes que circunstancialmente rodean el suceso.

Por ello, considero necesario empezar el tratamiento de la presente investigación, delimitando la relevancia jurídico-penal del hecho imprudente afuera de los espacios reservados para el estudio general del delito; se trata, en todo caso, de un marco que de manera especial, se dirija al conocimiento de una infracción de deberes.

El estado de riesgo, al que se expone un bien jurídico tutelado, es inherente a partir de la conducta aprobada y así establecida por el límite de la norma, es pues, el contenido de la norma penal la que influye decisivamente en el comportamiento humano, a partir del efecto motivacional que positivamente cumple la amenaza punitiva; el individuo, al hacer una selección de conductas socialmente aceptadas, escoge cuidadosamente cuáles deberán ser contempladas como no peligrosas para la convivencia social, y de ahí que cuando se conduce, lo hace bajo los esquemas del llamado *riesgo permitido*.

Debo añadir que el sujeto intelectualmente apto puede establecer una conducta alejada o fuera del contenido normativo del riesgo permitido, invadiendo así, la esfera del llamado *riesgo no permitido* o *riesgo desaprobado*, que podemos denominar como un primer paso en el incremento de riesgo, o en la creación de un riesgo superior al permitido, pero cuando el sujeto asume esta conducta es posible que también advierta el peligro al que está exponiendo un bien jurídico protegido y ajeno con su actuar decidido, ante ello, el tercer observador representado por el Estado le exigirá la colocación de una o algunas barreras de contención o de control del riesgo personalmente asumido, lo que resulta necesario para determinar la previsibilidad exigible al sujeto cualificado, y es que el agente que contempla la posibilidad de un resultado, lo primero

que debe establecer es la no aceptación del mismo, el principio que ha definido históricamente la determinación de “no desear” el resultado, ya resulta insuficiente, pues esto sólo serviría para separar el conocimiento de hechos distintos a los producidos con un dolo directo, y la imprudencia ha evolucionado de forma tal que ya merece un campo de estudio aparte, y no diferencial o de exclusión a lo que corresponde al estudio del dolo.

Esta afirmación me permite señalar que la barrera de contención o control de riesgo presenta dos caras: una interior que corresponde a la experiencia y diligencia del agente, que reviste una previsibilidad descriptible en la naturaleza de la culpabilidad, al obrar en apego a lo exigible, así que si la fractura de esa barrera de control que produce que el resultado se presenta por esa cara, estaremos frente a un resultado que le será imputable al agente, ante la indebida colocación del mecanismo de control de riesgo, obligándole a responder tanto y cuanto por su producción, por la inadecuada función del control de riesgo asumido por el agente, pero resultará impropio que se le pretenda responsabilizar por la falta de diligencia en la actuación, pues diligentemente ha actuado, lo que sucede es que no funcionó el control que impedía el resultado propuesto, lo adecuado será entonces exigirle una respuesta que repare el daño causado por el uso no funcional de su establecimiento controlador, y que en una máxima expresión puede representar una prevención positiva personal consistente en la medida de seguridad que le obligue a preparar mejor ese control de riesgo, y que en tanto lo inhabilite, pero resultará excesiva cualquier pena privativa de libertad que se pretenda imponer.

Para los casos de que la fractura que asome el resultado típico se establezca por la cara exterior de la barrera de contención o control de riesgo, el resultado no le puede ser atribuido, toda vez que la fractura es producto de una causa fortuita y no de un acto que corresponda al

actuar carente de diligencia o que hubiera infringido tal cuidado en su colocación.

En la evolución sistemática de la imprudencia, el resultado causalmente obtenido, aun y cuando hubiera aparición de causas fortuitas o fractura exterior de la barrera de contención, se ha responsabilizado a quien ocasionó el estado riesgoso para la víctima, con independencia de su voluntad, basta entonces la apreciación de conductas objetivas en el tipo para declarar al sujeto como imprudente.

Los distintos procesos de evolución, al decir de Schünemann, convirtieron a los delitos imprudentes de hijastros en hijos predilectos de la dogmática penal. Señala que la violación del deber de cuidado, propio de los delitos imprudentes, ha de ser un elemento del tipo, si los tipos se basan en una norma que no pueda prohibir la mera causación, sino sólo una conducta contraria al cuidado debido. Esta tendencia se vio reforzada por la teoría final de la acción, al trasladar el desvalor de la conducta a la naturaleza descriptiva del tipo, si se parte de un fundamento que establezca que toda conducta se basa en una acción final, por lo que entonces resultaría imposible reducir al resultado típico el conocimiento de la imprudencia para convertirla en un delito; la necesidad de tratar la conducta imprudente como un problema del tipo resulta de las transformaciones de la teoría del injusto, pero hay también argumentos propios de la imprudencia para justificar esta ubicación.

En este sentido, entiende Roxin, que el riesgo permitido marca el límite a partir de cuya superación comienza la imprudencia, como consecuencia, lo que está amparado por el riesgo permitido no es imprudente, lógicamente la asunción de un riesgo permitido, no puede estar sólo disculpado, sino que hará desaparecer el carácter del injusto, dije que existe acuerdo de la inclusión del desvalor de acción imprudente en el tipo, lo que se discute actualmente y sólo lo esbozamos, es la posibilidad de que un resultado pudiera pertenecer al tipo para establecer

el conocimiento de la imprudencia en el ámbito penal, o será entonces que se trata de una condición objetiva de punibilidad, situada fuera del injusto. Los esfuerzos realizados por la doctrina a fin de superar la problemática central de este tipo de ilícito residen en la determinación de la conducta prohibida y la dificultad de fundar el reproche, en especial en los supuestos de la imprudencia sin representación o culpa inconsciente.

Zaffaroni considera que el tipo culposo, como tipo abierto, se encuentra cerrado por una norma que debe individualizarse en cada caso, es precisamente aquella norma que establece el deber de cuidado, por lo que la indeterminación de la conducta prohibida está lejos de ser considerada una indeterminación legal en el más puro sentido que, por otra parte, sería incompatible con cualquier sistema descriptivo de tipos legales; se trata entonces, de una indeterminación en dos etapas, cumpliéndose ambas en el plano de la tipicidad, así la norma general cierra el tipo y con ello permite la averiguación de la tipicidad, pero aun no cierra el juicio de antijuridicidad.

En el tipo culposo, la violación del deber de cuidado en el terreno finalista perteneció en un momento al ámbito de la antijuridicidad, ya que esto fue sostenido por Welzel, quien no distinguió la antijuridicidad de la tipicidad, pero ésta no es la posición actual de Zaffaroni, quien en su concepción más depurada sobre la cuestión sostiene que una vez afirmada la tipicidad resta por ver si la acción culposa es antijurídica, cuestión casi imposible de resolver, quedando condicionada la negación en función de la presencia de una causa de justificación, lo que parece absurdo si consideramos que en la justificación hay un juicio valorativo individual que excluye cualquier posibilidad de realizar lo imprevisto, por lo que si se toma una posición cercana a la tomada por Welzel, en relación con la relevancia relativa del fin de la acción, la imprudencia carece de sentido en su conocimiento bajo los esquemas

dogmáticos del finalismo; para la tipicidad del delito imprudente, afirma que la individualización de la acción prohibida no se realiza por el fin, sino por la forma de dirigir la causalidad a ese fin, que es lo que hace que la conducta final resulte violatoria del deber de cuidado y, por ende, típica. Estamos en presencia de una falla en la programación de la causalidad, no de la atribuibilidad que es el efecto que pretende superar la teoría de la imputación objetiva.

Invariablemente los críticos del sistema finalista reprochan a los favorecedores que elaboran una justificación a partir de dos conceptos de conducta; sostienen que los injustos imprudentes no podrían ser absolutamente capturados por el concepto de acción final y luego que no existe una causalidad adecuada a la finalidad propuesta, por ello, Roxin entiende que en los delitos con culpa inconsciente, definitivamente no existe finalidad delictiva alguna, por lo que, si en la estructura finalista lo que interesa es la voluntad final de la acción, la propuesta causal es irrelevante. Zielinski<sup>15</sup> enfoca su investigación a la sistemática de la culpa consciente e inconsciente, en vista de una relación de finalidad con el resultado que lesiona el bien jurídico.

El resultado imprudente y consciente, en contraposición al inconsciente, muestra una proximidad con el delito doloso. Quien actúa conscientemente, prevé la posibilidad de la producción del resultado, por lo que crea conscientemente un riesgo de producción del resultado, que

15 ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia*, traducción de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 57. "Para poder comportarse con pleno sentido, es decir, de modo adecuado a su meta, un actuante tiene que tener conocimiento de la situación de hecho, es decir, conocer aquellas propiedades de una situación de acción cuya existencia y posibilidad de influencia son condición para alcanzar la meta; en cambio no es necesario el conocimiento del concepto mismo bajo el cual son resumidas, como definición, tales situaciones de hecho, o, siquiera de su denominación lingüística. Si el autor comprende su situación de acción como una situación de hecho mencionada por el tipo respectivo, entonces, realiza la acción definida en la norma, es decir, actúa dolosamente. Si el, entiende la descripción legal de otro modo, si por tanto, asocia al texto de la ley un concepto distinto, se haya en un error de subsunción irrelevante para el dolo: la subsunción de situaciones de hecho bajo los conceptos legales es asunto de los juristas; asunto del autor es reconocer acertadamente la situación de hecho de la acción, pero la clasificación conceptual equivocada de la situación de hecho, comprendida acertadamente puede tener por consecuencia un error de valoración, relevante según el §17".

sugiere una actuación con dolo de puesta en peligro, esto es, una acción sin finalidad directa de resultado, pero con finalidad de puesta en peligro, previsión de la posibilidad o probabilidad de la producción del resultado. La conclusión es que el delito de puesta en peligro y el de imprudencia consciente son idénticos; más aún, desde el punto de vista de la estructura de la teoría de la acción, el dolo eventual y la imprudencia pertenecen a la misma categoría, pues si alguien actúa frente a consecuencias que conoce como necesarias, o como posibles, estas consecuencias no se causan ciegamente, sino que existe una evidencia del resultado.

En la imprudencia inconsciente las cosas cambian radicalmente; aquí, desde el comienzo, falta una finalidad que pueda ser objeto de valoración, por lo que para guardar coherencia con la teoría final de la acción, deberíamos decir que el ilícito no puede residir en la lesión del objeto del bien jurídico, sino en la acción final que la origina.

Esta acción es imprudente objetivamente, o contraria al cuidado debido. La primera versión dolosa del delito imprudente, como producto de la evolución del finalismo, se halla en la obra de Zielinski, quien refiere que el resultado no puede cumplir ninguna función en el ilícito del delito doloso, así también es preciso buscar la estructura dolosa de la imprudencia, esta tarea, sólo está limitada a la llamada *imprudencia inconsciente*, dado que aquella en que el autor se representa el resultado es idéntica al dolo eventual.

En los delitos inconscientemente imprudentes, el ilícito consiste en una acción finalmente contraria a la norma, acción que resulta contraria al deber, el resultado producido tiene sobre el ilícito tan poca influencia como la que tiene en los delitos dolosos, entre los cuales también deben ser incluidos los delitos conscientemente imprudentes. El problema de los delitos cometidos inconscientemente de modo imprudente reside exclusivamente en la formación de la norma, en hallar y describir las ac-

ciones prohibidas típicamente peligrosas que sólo no están prohibidas si se ejecutan precauciones de seguridad alejadoras del peligro. Para la individualización de la culpa o imprudencia, la doctrina ha establecido mayoritariamente como elemento esencial la falta de cuidado exterior, aunque no haya unanimidad en la exigencia de este componente normativo, si existe un principio de observación general en función del orden social. Para los seguidores del causalismo, fue entendido que en un principio bastaba una simple voluntad humana sin finalidad, esto es, que se actualizara la relación de causalidad y el resultado lesivo para que quedase configurada la imprudencia y desde luego el ejercicio de imputación.

Tal posición fue severamente criticada, y esto es aceptable si tomamos en consideración que el finalismo pretende justificar el conocimiento de la responsabilidad penal por imprudencia ajustando su tradicional concepto de acción, renunciando a los esquemas más puros de finalidad y al apoyarse en una valoración de conducta infractora del cuidado exteriorizado, así encontramos que para los finalistas la violación del deber de cuidado no pertenece a la culpabilidad sino a la tipicidad.

Welzel se inclina por afirmar la insuficiencia de la previsibilidad y la causalidad para configurar la culpa, refiere que quien actúa imprudentemente, puede prever el actuar imprudente de otro, entonces mediante esta posibilidad de previsión, si se produce un resultado derivado de su imprudencia, esta responsabilidad puede atomizarse entre los participantes imprudentes. Aquí es momento para establecer una cuestión adicional al modelo de Welzel, y corresponde al límite de la participación imprudente, hasta donde es posible atender la responsabilidad de los intervinientes sin antes realizar un ejercicio equivalente de las condiciones aportadas por cada agente. Como ejemplo sigamos la siguiente cuestión: ¿puede responsabilizarse a un agente cuando produce un resultado en virtud de la falta de cuidado de otro agente? Y

una más, cercana al modelo de la imputación objetiva, que reza en el siguiente sentido: ¿es posible responsabilizar a un sujeto por la violación del deber cuidadoso de la víctima?

La vida social implica un riesgo, pero éste puede incrementarse en la medida de un concurso de imprudencias, por ello debe asentarse la imprudencia penalmente relevante sobre el desvalor de la acción violatoria del deber de cuidado, y no sólo en el desvalor que corresponde al resultado, esto sería insuficiente. Ciertamente es también que la responsabilidad exige individualizarse el límite de la intervención, y para ello hay que complementar la violación del deber de cuidado y sobre todo, la particular relación que haya tenido el sujeto concurrente en dicha violación generadora del resultado. Así, en la individualización de los límites del deber de cuidado y de su violación, cumple un importante papel la adecuación social de la conducta; para afirmar que una conducta es socialmente adecuada puede resultar útil referirse a la acción de un hombre prudente, no obstante lo cual, estas referencias no resultan en general deseables y en casos particulares carecen de utilidad, estos deberes de cuidado se determinarían conforme a la situación jurídica y social de cada individuo.

Uno de los criterios para determinar la medida del deber de cuidado en el caso de actividades compartidas que se han abierto paso en la doctrina es el llamado *principio de confianza*, según el cual es adecuado al deber de cuidado, la conducta del que confía en que el otro se comportará prudentemente hasta que no haya razón suficiente para dudar o creer lo contrario. El principio de confianza, desarrollado en el campo del derecho, se ha extendido por la doctrina a otras actividades que dependan de una participación conjunta de dos o más personas: quien confía en la capacidad de otro debe responder por el error que el confiado cometa, pero en materia penal no debe reprocharse la exigencia de no cometer errores, propios o por quienes son depositarios de la confianza de los demás.

Roxin refiere en su forma más general, que quien se comporta debidamente en la observación de los deberes de cuidado, puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos que supongan lo contrario, en todo caso, responderá de imprudencia quien viole el deber de cuidado, y no el que confía en el deber de cuidado de los demás. Necesariamente al hablar de imprudencia debe hablarse del concepto de deber de cuidado; actúa imprudentemente y con riesgo de cometer un delito culposo, quien desatiende el cuidado al que está obligado según las circunstancias, según su conocimiento y capacidades personales y que, consecuentemente, no prevé el resultado que podría prever con la aplicación del cuidado debido, actuando bajo una imprudencia inconsciente, o que pese a considerar como posible la producción del resultado, confía en que éste no se produzca.

La experiencia natural hace que casi todas las acciones en el ámbito social entrañen peligros para los bienes jurídicos. Para impedir las consecuencias colaterales deseadas, lesivas de bienes jurídicos de tales acciones, parece adecuado imponer a cada uno especiales deberes de cuidado, obligarlo a evitar los riesgos de sus acciones socialmente inadecuadas. El ilícito no es la acción que causa el resultado, sino la violación del deber de cuidado a la que el autor estaba obligado a observar en sus actuaciones; no puede exigirse cuidado a quien está ausente, el resultado objeto de valoración negativa no es sino la falta de efectividad de la capacidad.

El deber jurídico de cuidado es una cualidad valorativa de la acción, idéntica al juicio de valor “contrario al derecho”, el mandato de ser cuidadosos no tiene ningún contenido, sino que es idéntico a la prohibición de realizar acciones imprudentes, lo cual igualmente no tiene ningún contenido concreto que pueda ser descrito. Pero supuesto que el mandato de cuidado pudiera resolverse en la descripción concreta de la acción, entonces el delito imprudente consistiría en un mandato

de acción al cual le serían aplicables las reglas del delito de omisión. El mandato general de cuidado se dirige a todos, pero sólo obliga a unos cuantos, en situaciones concretas de acción, la norma general necesita de la concreción.

Los presupuestos de esa concreción han sido analizados por Kaufmann, quien requiere, en primer lugar, la decisión de la ejecución de una acción de la cual resulten posiblemente consecuencias colaterales no queridas; sin embargo, dado que no se trata de la prohibición de esa acción eventualmente peligrosa sino del mandato de la ejecución de una acción conducida cuidadosamente, se requiere además de ello también de la capacidad de acción del obligado, y sólo quien está psicológica y físicamente apto, o en la situación de hacer efectiva una capacidad, puede ser jurídicamente obligado a ella; en las prohibiciones, este presupuesto del deber ya no es problemático omitir, pues no actuar, puede hacerlo cualquiera, si domina su motivación de omitir la acción posible.

Los mandatos específicos sólo pueden ser cumplidos por quienes sean capaces de cumplirlos, frente a quienes no son capaces de acción, fracasa también cualquier coacción. El tipo imprudente se sustenta en el desvalor de acción, entendida como la infracción a un deber objetivo de cuidado, como en el del resultado, si bien resulta prudente destacar de manera especial la acción jurídicamente desvalorada, esto es, la imprudencia, sin ella y a pesar de la causación del resultado no habrá tipicidad culposa, pues en caso contrario, se violentaría el principio de culpabilidad y se destruiría el sistema del tipo garantía. Ante lo anterior, debe existir un nexo de determinación entre la acción violatoria del deber de cuidado, y el resultado material. Se prevé en la legislación mexicana que obra conscientemente con culpa quien produce el resultado típico, previéndolo como posible, y confiando en que no se produciría, en virtud de haber actuado cuidadosamente, luego de observar las circunstancias y de acuerdo a sus condiciones personales, no hay mayor

referencia normativa, por lo que establecemos un meridiano juicio de valoración de los elementos que la componen.

En primer término, se exige la existencia de un resultado, por lo que la culpa consciente carece de valor para los delitos en grado de tentativa, así como aquellos en los que la naturaleza típica les ubique como de “resultado peligroso”, sólo por resultados materiales puede actualizarse dicha postura. Luego, la acción imprudente debe contener voluntad de conducta, y una manifiesta observación de los deberes de cuidado. Como hemos indicado, la intención consciente está dirigida a hechos que en la vida común no deberían producir cambios. La observación de los deberes de cuidado no basta con su existencia y la notoria obligatoriedad para que los destinatarios de las normas penales los cumplan, sino que requieren de una potencialidad de cumplimiento, sobre la base del conocimiento de los mismos, y por supuesto a la factibilidad de ejercicio. Los deberes de cuidado deben ser valorativamente posibles a quien conscientemente desea cumplirlos, si el autor de la acción prevé el resultado, abrigando la esperanza de que no se produjese el daño o peligro, su comportamiento establece la causa del daño habido y éste le es atribuible objetivamente como imprudencia consciente.

La legislación mexicana contempla que obra inconscientemente de forma imprudente, quien habiendo producido un resultado típico, no lo previó siéndole previsible, y no se puede hablar de un exceso de confianza en que no se produciría, ello porque en su mente ni siquiera se representó la posibilidad de la causación recriminable. La posibilidad de haber actuado cuidadosamente, así como de observar las circunstancias de evitabilidad, no le son exigibles, luego que su actuar precedente guiaba al desarrollo de una vida armónica y nunca provocadora de un ilícito.

Las condiciones personales del sujeto adquieren relevancia exclusivamente para contemplar su actuar precedente que dé lugar a la no-representación de un resultado reprochable. Al igual que en la culpa

consciente, no hay mayor referencia normativa, por lo que se debe establecer un juicio de valoración de los elementos que la componen. Se exige la existencia de un resultado, por lo que la culpa inconsciente es igualmente carente de valor para los delitos tentados, sólo por resultados materiales puede actualizarse dicha postura. Luego, la acción imprudente sin representación debe contener voluntad de conducta y una manifiesta observación de los deberes de cuidado. La resultante por inconsciencia del autor está dirigida a hechos que en la vida común no debería producir cambios.

La observación de los deberes de cuidado no basta con su existencia y la notoria obligatoriedad para que los destinatarios de las normas penales los cumplan, sino que requieren de una potencialidad de cumplimiento, sobre la base del conocimiento de los mismos, y por supuesto a la factibilidad de ejercicio. Los deberes de cuidado deben ser valorativamente posibles a quien conscientemente desea cumplirlos.

## I. IMPUTACIÓN DE LA CAUSALIDAD AL IMPRUDENTE

Mucho se ha expresado y poco se ha entendido sobre la existencia de las conductas riesgosas de los agentes productores del resultado penalmente relevante; poco, y además criticado, se ha dicho sobre las acciones arriesgadas de la víctima, la cuestión es desentrañar cuál es el estado del derecho penal actual. Pretendemos averiguar conductas habidas en el pasado, cuando éstas ya carecen de interés social y más aún, cuando la llama de la vigencia ha sido apagada por las aguas de la prescripción, y esto obedece a una forma de impotencia de ver hacia el objetivo principal del derecho penal, la prevención de la conducta delictiva, la sanción como fundamento de la prevención.

El interés penal se ubica en un estadio vacío, incapaz de frenar a la delincuencia de resultados como pretender combatir a la delincuencia creadora de peligros. He sostenido que el riesgo penal no se crea, los

límites de la conducta debida están establecidos en la norma, y así el riesgo se asume por los individuos, navegando conscientemente en ese límite de riesgo establecido, en tanto más cerca del límite, más cerca de la permisión, una vez rebasada tal frontera, el riesgo se incrementa acercando la conducta al correspondiente resultado. El acto fuera de los límites establecidos por la norma nos permite advertir conductas peligrosas, y dicho peligro puede establecerse concreto o abstracto.

La diferencia entre los delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, se ubica en la producción de un peligro para el bien jurídico tutelado, que tal peligro sea real conforme a la previsión legislativa formulada en abstracto y anterior al hecho, pero dictada conforme a los datos de experiencia: “En los delitos de peligro concreto el peligro es un elemento del tipo, se exige, en consecuencia, para que pueda hablarse de realización típica, la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro”.<sup>16</sup>

Deducimos que, por el contrario, en los delitos de peligro cuyo peligro se presenta abstracto, esto obedece a que “la producción del peligro no pertenece en sí misma al tipo, pues ya el comportamiento correspondiente implica típicamente un peligro concreto. Según esto, los indicios de la peligrosidad se hallan fijados de forma vinculante en la propia ley, mientras que en los delitos de peligro concreto la causación del resultado ha de constatarse por el juez como elemento del tipo”.<sup>17</sup>

El concepto de riesgo en las modernas explicaciones sobre la imputación en materia penal, constituye el presupuesto objetivo del deber de cuidado en la justificación de los delitos imprudentes,<sup>18</sup> lo que no sucedió con las fórmulas del finalismo, además de que dogmáticamente se ha propuesto referir la diferencia entre los delitos de resultado peli-

16 BARBERO, Santos, *Contribución...* p. 489.

17 JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, traducción Mir y Muñoz Conde, Barcelona, 1982, pp. 358 y 359.

18 CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, Barcelona, 1989, pp. 192 y ss.

grosso y delitos de resultado lesivo; así, el concepto de riesgo o de acción peligrosa, ha sido el objeto de análisis de la teoría subjetiva del peligro, la teoría general u objetiva del riesgo, la teoría abstracta o subjetiva del riesgo y la teoría objetivo-subjetiva.<sup>19</sup>

En la explicación de la teoría subjetiva del peligro, el riesgo se define como la acusación o la no acusación de la lesión de un bien jurídico. Esto es, que la lesión causada a un bien jurídico sea producto de un peligro creado por un sujeto, al que le es imputable el resultado en virtud de coincidir su acción, con la idea de riesgo que se imaginó, o que le era fácilmente imaginable, antes de emprender la conducta. La teoría general u objetiva del riesgo, la peligrosidad de la acción frente a la naturaleza del bien jurídico, no viene referida a una acción individualizada, sino que es resultado de la comparación y el análisis de muchas acciones que, de forma general, resultan peligrosas para un bien jurídico. Si coincidimos con Binding en que el peligro se entiende como “la posibilidad objetiva de un resultado lesivo, es decir, la probabilidad generalmente válida de su producción”, vamos a la cuenta de que es posible caer en el resultado por inequívoca relación experimental; el resultado lesión es posible advertirle cuando se ha emprendido una acción agresiva a otra persona.

La teoría abstracta o subjetiva del riesgo parte del contenido de la norma, y corresponde al legislador apreciar dicha consistencia peligrosa, según la exigencia social, encontramos al medio ambiente y a las formas de regulación de las fuentes de contaminación, etcétera, se trata así de declaraciones legislativas formuladas en abstracto, y abstractamente peligrosas, presunciones legales, *iuris et de iure*.<sup>20</sup>

Finalmente, la teoría objetivo-subjetiva, que pretende armonizar las anteriores considerando que el peligro es una antelación cognoscitiva del suceso, en la que el agente realizador observa *ex ante* el resultado,

19 *Ibidem*, p. 193.

20 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, pp. 379 y ss.

sólo pueden emplearse circunstancias y conocimientos de experiencias previas, y exactamente al momento de iniciar el llamado acto de potencial peligro; de ello me surge la idea de pretender explicar la actuación del imprudente, a quien desde luego, bajo esta tesitura, es imposible adjudicarle la autoría de un riesgo, cuando no ha sido capaz de advertir el resultado, o confía en que éste ni siquiera aparezca, de ahí que, el imprudente no es capaz de generar el riesgo, vive constantemente en él.

Los modernos estudios de la imputación personal de la causalidad en un hecho imprudente se han estructurado en el riesgo creado o incrementado a partir del peligro a que se expone el bien jurídicamente tutelado, determinando a tal peligro como un presupuesto objetivo del deber de cuidado, aquel deber que determinado sujeto debe observar, y no el hombre medio, la experiencia es personal y no general, de ahí que se distingue la imputación, siguiendo las estructuras subjetivas y objetivas del riesgo, la abstracta del peligro y desde luego las objetivo-subjetivas antes enunciadas. Aquí, el peligro es juicio, o situación. El peligro como situación, se caracteriza por la determinación de la voluntad *ex ante* a que un sujeto se propone cuando conoce o supone la probabilidad de lesión de un bien jurídico.

El concepto de peligro no puede generalizarse en los ámbitos de imputación, de ahí entonces que debe hacerse exclusiva conforme a las probabilidades de lesión de un bien jurídico. Vemos que, por un lado, las conductas pueden ser idénticas, generando distinto riesgo al bien jurídico, no puede resultar igual la conducta emprendida por un experto en conducción de vehículos que la emprendida por un sujeto que desconoce las reglas básicas del manejo; por otro lado, no puede ser igual la misma conducta en el experto que carece de licencia de conducción, que la de aquél sujeto que cuenta con ella, pero carece de experiencia en la conducción, empezamos a tomar un rumbo de la determinación material del riesgo y la determinación formal del peligro.

La probabilidad objetiva de lesión de un bien jurídico debe plantearse a partir de la idea de probabilidad de lesión, es decir, la coincidencia de lo objetivo con lo subjetivo. El que un sujeto se explique las probabilidades, no tiene el mismo significado penal, que el de aquel que pudo haberlo tenido por conocido o cognoscible, vuelve el sistema de la experiencia como fuente de protección al bien jurídico protegido, no es igualmente imputable un hecho a un autor cualificado que a un *extraneus*, la infracción al cuidado es la misma, el deber es lo que cambia, refiere Corcoy Bidasolo en su obra, página 197, sobre la imputación al imprudente que: “al Derecho penal lo que le interesa es el peligro en cuanto conocido o cognoscible por el autor”.

Más abundante resulta el tema cuando debemos analizar las equivalencias causales de los actos cognoscibles o conocidos por el autor, pues esta cadena de experiencia se resuelve a partir de la selección de autores, del carácter intelectual del imputable, de los deberes a que estaba obligado a observar, o bien, cuanto más o menos le era advertible o coincidente el resultado con su finalidad. Entonces el concepto de probabilidad de resultado que da origen al riesgo creado por la norma, o al asumido por el agente, e incluso al incrementado, serán simplemente un ejercicio selectivo cuantitativo y cualitativo de relevancias, y la más condicional aparecerá como la idónea en el ejercicio de imputación.

Formulando una justificación de la imputación de la causalidad de los delitos de peligro al imprudente, el peligro asumido e incrementado para un bien jurídico, como presupuesto típico objetivo del deber de cuidado, debe configurarse como un peligro penalmente relevante, concepto éste que “se obtendrá a través de un juicio cuya base será el peligro objetivo —probabilidad objetiva— limitado por la probabilidad subjetiva —cognoscibilidad— y el criterio del riesgo permitido”.<sup>21</sup>

21 CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...* p. 200.

El concepto de peligro a partir de la acción imprudente y la correspondiente infracción presupuestal de deberes objetivos y subjetivos de cuidado en la acción emprendida han buscado llevarla al conocimiento del dolo eventual, en función a la previsibilidad de resultado, que al ser conocida o cognoscible por el autor, entonces no se puede hablar puramente de un resultado no previsto, sino de un resultado no deseado. Admitir que con mi conducta riesgosa puedo generar una lesión a un bien jurídico, me permite seleccionar entre el llevar adelante mi acción o simplemente abortar la idea; en cambio, prever y seguir adelante, me hará responsable del resultado que aparezca, aunque éste no sea deseado o el deseado. ¿Intención eventual o inconsciente previsibilidad?

## II. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN UN HECHO IMPRUDENTE, EN VIRTUD DE LA VALORACIÓN DE LA NATURALEZA DEL RIESGO, COMO OBJETO DEL ELEMENTO COGNITIVO DEL DOLO

Las teorías cognitivas del dolo se ven robustecidas por los partidarios del reconocimiento del riesgo como fundamento de un hecho doloso, y esto obedece a que nadie puede asumir un riesgo si no lo conoce y, por ende, acepta las consecuencias, dicha concepción parece que no tiene naturaleza fuera de la voluntad de enfrentar el peligro o la lesión, pero dentro de las explicaciones causales y hasta objetivo causales, carecen de fundamento.

El riesgo como objeto del conocimiento en la estructura de un hecho doloso debe entenderse como un riesgo concreto y normativamente relevante; el que un sujeto conozca la naturaleza riesgosa de su acción, y observe o se imagine el resultado potencial, justifica que se le impute la acción emprendida a título de dolo eventual, ello obedece a que me resulta imposible advertir el reconocimiento del riesgo estructurado en

el hecho imprudente, en tal caso, la imprudencia reside en la observación del riesgo, en los límites de la actuación *ex ante* al inicio de la acción causal del resultado imprudente, supongamos que lo imprevisible es circundante a la calificación de riesgo, no a la obtención del resultado. En tal virtud, hay que explicar los siguientes conceptos.

*a. El peligro concreto*

La acción dolosa, bajo la estructura del riesgo, reside en el peligro, en aquel peligro conformado para el bien jurídico protegido; cuando el sujeto reconoce el peligro que representa su acción para un bien jurídico determinado hace que lo abstracto se vuelva concreto, por la denominada identificación de la lesión y del objeto material que contiene la protección jurídica.

El peligro concreto supone la probabilidad implícita en una acción individual productora de una posible lesión determinada y de un bien jurídico identificado. La probabilidad estadística de producción no es suficiente para la configuración del peligro concreto. Los comportamientos que fundan un peligro concreto son aquellos que, tras haberse agotado todas las circunstancias del caso concreto, aún se muestran como peligrosos, entendiendo por peligroso, un comportamiento cuya ejecución contiene la posibilidad de producción de unas consecuencias determinadas o un estado de afectación a un objeto material.

La peligrosidad concreta de un comportamiento radica en el grado de posibilidad de que un resultado lesivo para un bien jurídico se materialice, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto que afectan al objeto protegido. La peligrosidad concreta de una acción es reconocida como tal por el sujeto que la domina, la calificación de un comportamiento como concretamente peligroso, debe llevarse a cabo partiendo de las circunstancias que rodean el caso, circunstancias éstas

que han de ser potencialmente cognoscibles *ex ante*, y calificadas como peligrosas por el mismo sujeto que las emprende.

### *b. El peligro abstracto*

El peligro abstracto es entendido por la doctrina como la amenaza material de lesión general o remota, que una acción supone para la integridad de un bien jurídico protegido, generalmente colectivo o supra-individual. También, esta fórmula de delincuencia peligrosa abstracta formal, puede derivarse de la declaración que el legislador hace sobre la peligrosidad de un grupo determinado de acciones, cuya frecuencia lleva a la presunción de tales acciones como peligrosas para la integridad de un bien jurídico colectivo, o la anticipada observación de una lesión indubitable.

Definir la relevancia penal de un comportamiento peligroso abstracto es bien difícil a través de la observación de riesgos, y en una sociedad como la nuestra resulta poco útil. En México, vemos como la mayoría de las acciones emprendidas por la ciudadanía resultan más o menos peligrosas, conducción peligrosa de vehículos y maquinaria, infracciones administrativas, empleo indebido de materiales peligrosos, tratamiento a basura y desechos, etc., lo que implica un riesgo mayor o menor para la integridad de bienes jurídicos penalmente protegidos.

### *c. El riesgo normativamente relevante*

La norma, como máxima de regulación de comportamientos y límite del llamado riesgo permitido, establece el inicio del riesgo relevante, no cabe duda que todos emprendemos acciones arriesgadas todos los días, pero tampoco cabe duda que dichas acciones se contienen debidamente por los límites de la norma que señalan hasta donde es posible llegar sin causar afectación a bienes jurídicos ajenos. Empezar acciones fue-

ra del límite establecido por la norma, queda a la responsabilidad del agente conforme a la colocación de la barrera de contención del riesgo, barrera con dos caras: una interior, cuya debida instauración corresponde al agente que las construye; y, una exterior, cuya fractura indicaría la aparición de un resultado no imputable al colocador de la barrera interior, dando lugar al caso fortuito.

La naturaleza de la amenaza al bien jurídico corresponde a la tolerancia o no del comportamiento previsto en la norma, que el peligro no sea tolerado no supone siempre la relevancia de la conducta que origina para el derecho penal; puede actuarse riesgosamente con una debida colocación de barreras de contención, sin que el resultado asome y por tanto sin interés penal. La sola conducta riesgosa carece de interés, salvo que la norma se encargue de prohibir el comportamiento.

La sociedad mexicana está plagada de acciones riesgosas, y algunas pueden aparecer como toleradas, algunas bajo el principio de intervención mínima del derecho penal; otras bajo la selección de los resultados de bagatela, y así, las fuentes de peligro para determinados bienes jurídicos son aceptadas a pesar de su estado en el tipo. El riesgo no tolerado y el riesgo previsto en el tipo objetivo de una norma penal no coinciden necesariamente.

Enumeremos algunos casos en que los riesgos típicos no constituyen supuestos de riesgo normativamente relevantes:

1. Las acciones que por sí mismas imponen un comportamiento arriesgado pero suponen una reducción de riesgo para otro bien jurídico protegido.
2. El error sobre la objetividad del riesgo asumido.
3. La asunción de un riesgo al amparo de una causa de justificación.
4. El incremento de un riesgo a sabiendas que dicho riesgo no influirá en la producción de ningún resultado.

5. El error sobre los límites observados en la norma para definir la contención del riesgo.

6. El riesgo consentido por el titular del bien jurídico tutelado.

El conocimiento *ex ante* del riesgo para un bien jurídico por parte del sujeto, siendo este riesgo concreto y penalmente relevante, justifican ya la imputación a título de dolo. El concepto de riesgo normativo, para imputar responsabilidad en los delitos imprudentes: será un concepto normativo de peligro, obtenido a través de un juicio cuya base será: el peligro objetivo, la probabilidad subjetiva y el criterio del riesgo permitido.

El estado del conocimiento y la potencial identificación del resultado, como límite de la probabilidad objetiva para los delitos imprudentes, es a los ojos de los defensores del sistema de fuentes de creación del peligro, el punto de partida para establecer la barrera delimitadora entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. El peligro aparece como único objeto susceptible de ser abarcado por el sujeto, como consecuencia del mantenimiento de una tesis que propugnaba un punto de partida desde una perspectiva *ex ante*, punto de partida defendido por Frisch en Alemania y Mir Puig en España, va de acuerdo con el concepto de injusto, que viene a cumplir una función preventiva de la pena y del concepto de norma penal, como norma de determinación.

Así encontramos un dolo esencial, como conocimiento de los elementos que componen el injusto típico, conocimiento que desde luego no corresponde ni al curso causal ni al resultado, y que, por ende, justifica la desviación del llamado *dolus generallis*, para quedar perfectamente establecido de una forma natural en la llamada acción humana voluntaria. Si es necesario definir una posición cognoscible *ex ante*, esta posición residirá en el riesgo o peligro creado para el bien jurídico, presente desde el momento en que *ab initio* de la acción.

El carácter peligroso del comportamiento, o el peligro concreto implícito en una determinada acción, pasan a ser objeto del conocimiento en el dolo, y en algunos casos selectos de imprudencia. Por lo anterior, es que resulta imprescindible aportar criterios cualitativos para calificar el riesgo propuesto en una acción, que sea llevado a una justa pena, como debe corresponder a los delitos dolosos. Comprendemos que dolo e imprudencia tienen una naturaleza distinta, pero el riesgo es natural, luego del acceso permitido de la norma y la elevación o incremento del peligro a través de la conducta, y fuera del espacio establecido para la frontera delimitadora entre lo permitido y lo no permitido, que también exige calidad en el que asume el exceso de riesgo y determinación de confianza-experiencia en la no obtención del resultado. Esta postura, prácticamente desvanece el hilo diferenciador entre el dolo eventual y la culpa o imprudencia consciente, lo que según ha sido materia de estudio y hasta significación de tesis a favor y en contra de las distinciones de pena en los resultados dolosos e imprudentes. Si nos ocupamos de riesgo permitido y riesgo no permitido, podemos observar campos de estudio interminable, que finalmente quedan a criterio del legislador en el impulso de tratamientos diferenciadores de la pena en el caso de hechos dolosos e imprudentes, y dependerá del estado de la política criminal la determinación de tal riesgo permitido o habitual y el riesgo no permitido, que fundamenta el hecho doloso y el hecho imprudente a partir de la voluntad de asunción de tal riesgo o peligro a bienes jurídicos dotados de protección.

*d. El conocimiento del peligro desprotegido. La tesis de Herzberg*

Para Herzberg, el criterio delimitador del dolo y de la imprudencia se establece a partir del inicio de la acción, es decir, la asunción del riesgo tolerado y la correspondiente al riesgo no tolerado por la norma, o

sea, la identificación del agente de peligros concretos para un bien jurídico y que se encuentre tipificado como relevante.

La calificación de una acción peligrosa, merecedora de la pena prevista para los comportamientos dolosos, y la asignada a los imprudentes, nos impide arribar a la naturaleza cuantitativa punible de un peligro próximo y un peligro lejano, y así, sólo nos queda tomar el camino de lo previsto en la norma de carácter general; ello igualmente nos conduce a la observación de inicio de conductas riesgosas, no deseadas en lo que hace al resultado, y basadas en la estructura de la actuación confiada del que actúa, llámese experiencia, estadística de resultado o probabilidad del mismo, no es más que previsibilidad y previsibilidad de resultados, la expectativa es diferente en la determinación del dolo y de la imprudencia.

En los casos de ejecuciones imprudentes sin resultados, vemos que ha aparecido la protección de las barreras de contención del riesgo, aunque el riesgo se haya asumido de igual manera que en el hecho doloso. De aquí nuestro autor expone la existencia del llamado riesgo o peligro protegido, lo que es decididamente inobservable en el caso de la expectativa del resultado en el hecho doloso en donde la protección causal no es vista por ningún lado.

Para que el riesgo emprendido por la acción del imprudente pueda ser calificado como protegido debe necesariamente partir de la esencia del riesgo permitido, y elevarse a la no permisión, con los efectos de la atención y la diligencia. Para Herzberg, cuando el sujeto ha identificado el riesgo, su confianza en la no producción del resultado depende del empleo racional y fundado de la experiencia, el acontecimiento penalmente relevante es luego, un derivado de la desgracia y del caso fortuito, y se debe imputar al sujeto elevador del riesgo, cuando quede demostrada la impericia o la falta de atención a los medios empleados y no a la acción inicial cuando el resultado

no aparece, entonces se deberá agradecer la superación del peligro al esfuerzo humano.

Ejemplifiquemos en los hechos en que se apunta la petición del copiloto de un vehículo para que el piloto incremente la velocidad del automóvil, con el propósito de arribar más pronto al lugar deseado, tal petición es basada en la pericia del conductor, pero el origen del riesgo, es de aquél que invita a la aceleración, y una segunda etapa, es la asumida por el conductor que imprime la velocidad confiando en la pericia de los otros conductores y del automóvil que conduce, si el resultado lesivo no aparece, esto no es obstáculo para observar que hubo una asunción de riesgo, que se navegó en un riesgo no tolerado y que el riesgo permitido estaba establecido por las normas de carácter administrativo, de conducción prudente y reglamentaria. Si el resultado aparece, la atención penal corresponderá a quien ha propuesto causalmente las condiciones eficaces para su obtención, es decir, la libre determinación de quien asumió la responsabilidad de la conducción arriesgada, y no precisamente a quién invitó a esa conducta riesgosa, el tema da pie a un ejercicio de prohibición de regreso o de participación imprudente, lo que es superado por la teoría del dominio del hecho y explicado por el dominio de la voluntad cuando se trata de un hecho doloso. No es distinta la imputación de un hecho imprudente a quien confunde los elementos normativos de un tipo penal, a quien distingue el peligro desprotegido, pero lejano al peligro protegido. La conciencia de un peligro desprotegido, pero próximo fundamentará, por el contrario, la imputación del resultado lesivo al sujeto a título de dolo.

#### *e. El riesgo habitual. La tesis de Jakobs*

Para Jakobs, la ubicación del problema parte del rechazo de todo elemento volitivo que defina la esencia del dolo; en cambio, propone que los elementos cognitivos sean plataforma de suficiencia. El elemento cogniti-

vo no consiste en la percepción intelectual del riesgo depende de la asunción que el sujeto haga de la actuación peligrosa sobre la circunstancia real. Se trata de un juicio de valoración sobre la peligrosidad de la acción, al que se debe agregar la necesidad de la misma: normativismo basado en el contenido legal, para diferenciar la necesidad de imputación por un hecho doloso o por un hecho imprudente, a partir de la observación cuantitativa de la pena por un hecho doloso que por uno imprudente. Si partimos de la necesidad de la pena más grave en el acontecer doloso, se deberá establecer un marco de estudio correspondiente al aspecto subjetivo de los elementos del delito, y desde luego a la explicación del fin de la pena en derecho penal, prevención general positiva.

La pena es el empleo de la experiencia favorable al ciudadano debidamente motivado por el ordenamiento jurídico, que aplicada al desviado social, cumple su función preventiva. La catástrofe viene cuando el sujeto no ha observado los límites de permisión de la norma, y al abordar los ámbitos de lo no tolerado, infringe el ordenamiento, hay algo entonces que indica que el ordenamiento penal no ha funcionado, entonces la pena sobreviene para garantizar que no será aplicada a quien observe la convivencia social ordenada, se aplicará como *ultima ratio* a quien la ha infringido; los casos de excepción se refugian en los justificantes y exculpantes. Jakobs incluye, y nos comprometemos en su postura, en los casos de comportamientos imprudentes y de error de prohibición.

En estos dos últimos supuestos se produce el impuesto de la pena, atenuada comparativamente a la prevista para los delitos dolosos. Según Jakobs, el funcionamiento de la norma explica la gravedad de la pena prevista para las acciones dolosas y las imprudentes. Para que la norma funcione deben existir condiciones de carácter cognitivo y volitivo en el imputable, deben darse presupuestos de conocimiento del mandamiento y voluntad de cumplirlo; si el individuo desconoce la

norma o la conoce incorrectamente, dichas alteraciones producen una atenuación de la pena, cuando decide voluntariamente no cumplirla, la pena subsiste, no se excluye, ni siquiera la vuelve tenue. En palabras de Jakobs, la naturaleza de imputación por un hecho doloso eventual, se asienta en cuatro pilares fundamentales:

1. *El elemento cognitivo del sujeto, sobre la posibilidad de producción del resultado.* Una acción finalmente querida sin condiciones por el sujeto surge a la par de una serie de efectos concomitantes cuya materialización sí es eventual, de ahí que no se trata de determinar si el sujeto quería o no quería el resultado, sino lo que exactamente aspiraba, observando prudente y objetivamente el control de la situación, la dirección de su acción, y desde luego aparece que cualquier especulación sobre la actitud interna del mismo es superflua e innecesaria. Igualmente resulta inválido cualquier estudio sobre la alta y hasta altísima probabilidad del resultado, lo determinante es enjuiciar la acción sobre la probabilidad de producción del resultado en el momento mismo de actuar, hay dolo eventual cuando el sujeto juzga, en el momento de la acción, que la producción del resultado lesivo como consecuencia de su acción es probable.
2. *La mayor o menor dificultad objetiva de impedir el resultado lesivo.* Cuestión establecida en determinar la mayor o menor dificultad de evitación del resultado, como elemento de motivación para el sujeto, lo que dependerá del juicio que el sujeto realice sobre la probabilidad de resultado, si alguien conoce la relación existente entre acción y resultado y la identifica como probable, deberá omitirla necesariamente, debido a la motivación para evitar dicho resultado, quien desconoce esa relación causal entre acción y resultado, podrá incluso abstenerse de realizar la acción.

3. *La importancia y amplitud que al bien jurídico amenazado otorga el ordenamiento penal.* Partimos de la probabilidad de producción del resultado, como estructura para establecer la objetiva imputación a título de dolo una acción; reconociendo que el límite que nos permite establecer esta probabilidad reside en la relevancia del riesgo reconocido por el sujeto, relevancia que nos da la medida, la importancia y amplitud que el ordenamiento jurídico penal atribuye al bien jurídico arriesgado, es entonces, la valoración legal y no la valoración individual del sujeto, la que decide la importancia del bien jurídico amenazado. Un riesgo relevante debe provenir por juicios legales y no por juicios subjetivos; el riesgo que no es tolerado por el ordenamiento jurídico será relevante y no incidental.
4. *Las características del riesgo habitual.* Las acciones que llevamos a cabo a diario entrañan un riesgo para la integridad de determinados bienes jurídicos, ello lo identificamos como *riesgo cotidiano*. Jakobs se plantea la necesidad de diferenciar los riesgos habituales y los que no lo son. Los primeros son aquellos que, a pesar de construir un grupo de peligros estadísticos, no se muestran como realmente peligrosos desde el punto de vista individual de cada sujeto; la habitualidad de un riesgo para un sujeto determinado, sólo puede esgrimirse cuando se trata de una situación personal. Para Jakobs un riesgo será relevante y suficiente para una imputación a título de dolo, no sólo cuando su gravedad lo indique, sino también cuando traspase la medida según la cual un riesgo debe ser de forma general interpretado como no tolerado, en tanto determinados ámbitos de la vida no deben ser protegidos de forma absoluta.

Por último, la selección de conductas para establecer un carácter diferenciador de acciones relevantes dolosas e imprudentes, se ha opacado ante la estrategia cuantificable de la pena, atentos al grado de culpabilidad, de ahí que no se alcance a convencer un estadio independiente que reciba las acciones dolosas o las imprudentes para señalar que la culpabilidad está vacía de dolo e imprudencia, sino que la verdadera naturaleza de la pena está dirigida al delincuente doloso y no a aquel que ha asumido un riesgo, con la aparición de un resultado que ni siquiera estaba en el ámbito de lo “no querido”, sino en el lugar de no advertido.

La solución *de lege lata* es inviable, considerando que en nuestro querido México, el ancestro ordenamiento penal federal contempla que los delitos se cometen dolosa o culposamente, y la pregunta se actualiza ante la sociedad de riesgo habitual ¿el imprudente es un delincuente?