

La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática

RUPERTO NUÑEZ BARBERO

Doctor en Derecho

Profesor numerario de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. *Desenvolvimiento actual de los delitos culposos.*—II. *La culpa: concepto y antecedentes. Conclusión.*—III. *Fundamento de la punición de la culpa. Consideraciones finales.*—IV. *Clases: culpa consciente y culpa inconsciente. Culpa consciente y dolo eventual. Otros criterios de clasificación.*—V. *Elementos; la concepción tradicional; crítica: riesgo y resultado en el delito culposo. Peligro abstracto y peligro concreto. Problemática actual.*—VI. *La estructuración actual del delito culposo en la moderna doctrina penal (Alemania, Suiza, Austria). Consideraciones político-criminales.*—VII. *Injusto y culpabilidad. La antijuricidad; infracción del deber de cuidado y resultado lesivo; problemática de la conexión causal. La culpabilidad.*—VIII. *Culpa y finalidad. La tesis de Welzel.*—IX. *Crítica de la teoría finalista de la acción en relación a los delitos culposos. Consideraciones finales.*

I

Hasta una época relativamente reciente los delitos culposos eran tan insignificantes en relación a los dolosos que el legislador podía permitirse tratarlos de forma un tanto superficial y fragmentaria. En el Derecho penal moderno los delitos culposos han venido desenvolviéndose junto a los dolosos en un segundo plano (1). En 1930. Engisch, en su famosa monografía sobre la intención y la prudencia, podía hablar todavía de la relativa rareza de los delitos de imprudencia (2). Desde entonces la situación se ha transformado radicalmente. El progreso científico y el desenvolvimiento técnico han puesto a disposición del hombre complejos mecanismos cuyo manejo es fuente de peligro, tanto para quien los utiliza, como para los demás. Esta

(1) JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, Freiburg im Breisgau, 1965, pág. 5. Análogamente WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Allg. Teil, 11 Aufl., Berlín, 1969, pág. 127.

(2) ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht*, Berlín, 1930, pág. 476. reeditado en 1964, «Scientia Verlag Aaler».

transformación de las condiciones de vida, han provocado la multiplicación de los delitos cometidos por imprudencia a un ritmo que crece sin cesar (3). En el curso de los últimos años el crecimiento de la circulación automovilística ha transformado considerablemente las perspectivas. La imprudencia y la negligencia circulatorias, generadoras cada año de miles de víctimas, han alcanzado rápidamente proporciones de catástrofe social, junto a lo cual, los homicidios, asesinatos, violencias y delitos intencionales de todo tipo, no podrían siquiera compararse en un plano estadístico (4). Paralelamente los accidentes ocasionados por la fabricación, manipulación o utilización de ingenios o productos peligrosos, se multiplican de manera alarmante. En el Discurso de apertura, pronunciado en la Universidad de Friburgo, en 1965, Jeschek, con referencia a las estadísticas de 1962 en la República Federal de Alemania, ponía ya de manifiesto, cómo el conjunto de los delitos de circulación (la mayoría de ellos cometidos culposamente) constituían el 46 por 100 de las condenas por delitos en general (*Verbrechens und Vergehens*). Por lo que a nuestro país se refiere, y según se desprende de las cifras consignadas en la Memoria elevada al Gobierno por el Fiscal del Tribunal Supremo, más de la tercera parte de las infracciones penales constatadas judicialmente en 1971, concretamente el 34,2 por 100, corresponde a los denominados genéricamente delitos de tráfico y en los que las conductas realizadas por imprudencia con vehículos de motor, constituyen más del 90 por 100 del total (5). Pero, además, no es sólo la realización de hechos delictivos, lo que en materia de delitos de imprudencia ha aumentado considerablemente sino que la punición de los comportamientos imprudentes ha manifestado también una particular tendencia a la elevación (6). Ahora bien, no es menos cierto

(3) ROKOFYLLOS, *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence*, París, 1967, pág. 1.

(4) Según datos constatados por la Jefatura Central de Tráfico el número de accidentes de tráfico ocurridos durante el año 1971 en nuestro país asciende a 84.581, con un total de 4.247 muertos (Vid. *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la Apertura de los Tribunales por el Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, Reus, 1972, págs. 44-45). Datos estadísticos facilitados igualmente por la Jefatura de Tráfico señalan, para los meses de febrero a septiembre de 1971, las siguientes cifras de accidentes y víctimas: Accidentes, 39.779; muertos, 2.788; heridos, 57.999 (Vid. RDCir, núm. 6, noviembre-diciembre 1971, pág. 632).

(5) *Memoria*, cit., págs. 42-43. En 1970 constituía ya este tipo de infracciones el segundo en importancia cuantitativa con un total de 66.050 actuaciones judiciales por hechos de esta naturaleza, lo que significaba un 32,8 % del total de las infracciones penales, correspondiendo a las conductas calificadas como imprudencia el 88,6 % de las cometidas con vehículos de motor. Téngase en cuenta, además, que los delitos culposos clasificados como de «imprudencia punible» no cometidos como consecuencia del tráfico rodado arrojan la cifra de 2.638 (Cf. J. CALVILLO, *El «Dedecho de la circulación» en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, Memoria de 1971*, en RDCirc., núm. 1, enero-febrero, 1972, páginas 98-99).

(6) Cf. WEZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961, página 2. La versión francesa con el título de *L'imprudence et les délits de*

que el dispositivo penal tradicional debe ser revisado, y por ello, en los últimos años, criminólogos y juristas, han acordado conceder una mayor atención al problema de la prevención y represión de las infracciones cometidas por imprudencia. Numerosos congresos internacionales han elegido este tema como base de estudio. Particularmente importantes fueron los de 1961, en Lisboa y 1966, en Lille (7). Todos los trabajos se han dirigido a considerar, en relación a la evolución de los hechos, dos cuestiones esenciales: el problema de la definición de la culpa generadora de responsabilidad penal, y el problema de la punición de los delitos culposos (8).

La conducta imprudente venía siendo únicamente penada, en la gran mayoría de los casos, cuando el comportamiento del autor había originado, por su falta de diligencia, una consecuencia lesiva no deseada por el mismo. Ello explica que para la dogmática que pudiéramos llamar clásica, el elemento más importante del hecho culposo era el resultado lesivo (9). Pero en la hora actual ciertos delitos, hasta hace poco tiempo, prácticamente casi desconocidos, reclaman cada día más la atención del legislador. Son los delitos culposos de peligro. La llamada «puesta en peligro» basta en la actualidad, y cada vez más frecuentemente, para la punición. En la vida social estos nuevos elementos materiales han extendido considerablemente la punición uniéndose a los comportamientos imprudentes (10).

Cada vez que la delincuencia aumenta, la Criminología se manifiesta habitualmente con sus diferentes ramas. Pero por muy importantes que sea estas investigaciones no podrán nunca reemplazar el estudio dogmático de los elementos del delito y de sus relaciones internas. Esta labor dogmática no puede ciertamente, al menos de una manera directa, frenar el recrudecimiento de los delitos de imprudencia, pero sí puede —como indica Welzel— poner de relieve las bases para una mejor apreciación de la estructura de los delitos culposos, tan uniforme y equitativa como sea posible, y que suministre a un tiempo al legislador los medios para establecer normas jurídicas adecuadas. Tal contribución, siquiera sea indirecta, no puede ser reemplazada por ninguna otra (11).

la circulation se publicó en «Rev. inter. de droit pén.», 1961, 2 págs. 985 y siguientes. El citado trabajo de WELZEL figuró como *rapport* presentado al VIII^o Congrès de l'Association internationale de droit pénal, celebrado en Lisboa del 21 al 27 de septiembre de 1961.

(7) Además de los citados, VIII^o Congrès de l'Association internationale de droit pénal de Lisboa, y VII^o Congrès français de criminologie de Lille, fueron también especialmente importantes el *Colloque du XXV^e anniversaire de la «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé»* (París, 1961) y las VII^{es} Journées juridiques franco-yugoslavas (Toulouse-Bordeaux-Paris, 1963). Vid., además, recientemente, Congreso de Criminología, celebrado en Bruselas (1972), en «Rev. de droit pénal et de Crim.», 1972-73 (núms. 2-3), por lo que a los delitos de imprudencia se refiere.

(8) Cf. MERLE-VITU, *Traité de droit criminel*, París, 1967, pág. 449.

(9) MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, Allg. Teil, 14 Aufl., München, 1970, página 223.

(10) WELZEL, *ob. y rev. cits.*, págs. 985-86.

(11) Cf. WELZEL, *ob. y rev. cits.*, pág. 987.

La particular dificultad de la problemática de la culpa fue puesta ya de relieve a partir de Feuerbach (12). Y clásicas son las palabras de Binding: «La teoría del dolo es una tarea relativamente fácil frente a la teoría de la culpa (13). Ya en 1927, manifestaba Roux: «Il n'est peut être, en droit pénal de théorie encore plus remplie d'obscurités que celle du délit par imprudence» (14). Con razón llega Eberhard Schmidt, en su magistral exposición histórica, a la conclusión de que el problema de la culpa es uno de los particulares cometidos del derecho penal del presente (15).

Pero también el tratamiento del delincuente por imprudencia es un cometido de política criminal de los más complicados, porque el hecho punible culposo puede reflejar todos los matices de la vida psíquica, desde la pura actitud criminal a la simple falta de concentración y al más leve error, pasando por todas las variedades posibles de la psicopatías, como indica Göppinger (16).

Si como problema teórico la estructura jurídica de la culpa ha hecho progresos considerables en el plano científico, por el contrario, el tratamiento de los delincuentes por imprudencia, como problema de política criminal, está todavía en los albores (17).

II

Cuando se examina la voz «culpa» desde un punto de vista etimológico no se encuentra unidad de pareceres. De estas incertidumbres etimológicas surgen las vacilaciones al emplear el término latino *culpa*, que, tras la evolución que tuvo en el derecho civil de Roma y en los glosadores, adquirió un contenido terminante de imprudencia, negligencia, cuasi-delito, etc. (18). Ferri llamó a estos delitos *invo-*

(12) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13 Aufl., Giessen, 1840, págs. 92 y ss.

(13) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band IV, reedición de 1965, Scientia Verlag Aalen, págs. 336-37, «Die Vorsatzlehre ist relativ leichte Arbeit gegenüber der Lehre von der Fahrlässigkeit».

(14) ROUX, *Note Sirey*, 1927, I, pág. 33.

(15) Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3 Aufl. Göttingen, 1965, pág. 455.

(16) Cf. GÖPPINGER, *Der Verkehrssünder als krimineller Typus*, «Kriminal biologische Gegenwartsfragen», Heft 4, Stuttgart, 1960, págs. 78 y ss.; MEYER-JACOBI-STIEFEL, *Typische Unfallsachen im deutschen Strassenverkehr*, III, Hamburg, 1961, págs. 36 y ss.

(17) JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit...*, cit., pág. 7.

(18) Históricamente la culpa surge con posterioridad al dolo. Representa, por tanto, un más alto grado de espiritualidad del derecho. Ello supone un paso más en la elevación del Derecho penal, puesto que la separación entre lo intencional y lo no intencional, aunque culpable, exige una mayor precisión de conceptos, lo que evidencia un gran progreso en la técnica jurídica (Vid. QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, pág. 289; EL MISMO, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958, páginas 75-76; idem. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band IV, reedic. 1965, Scientia Verlag Aalen, pág. 61). Es al Derecho romano («Culpan esse quod cum a diligenti providere potuerit non esset provisum»,

Iuntarios (19), y así se denominan en el artículo 319, del *Código penal*. Tal denominación no es exacta, en absoluto, puesto que, aunque las consecuencias dañosas puedan considerarse involuntarias, se ol-

Fig. 9, 2. 31; vid. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, reed. 1965, pág. 89), posteriormente al Derecho canónico (Vid. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, Enc. *Diritto penale*, Pessina, I, Roma, Milano, Napoli, 1905, págs. 681 y ss.) y, sobre todo, a los juristas italianos de la edad media (Vid. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, Leipzig, 1895), a quienes corresponde, en alto porcentaje, los méritos en orden a la elaboración de su concepto. En el ámbito penal, sin embargo, no parece que el Derecho romano, al menos en la época clásica, suministre otra noción de la culpabilidad que la del dolo (Vid. MOMMSEN, *ob. cit.*, pág. 89. Cf., además, MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, 4.^a ed., Torino, 1961, vol. I, puesto al día por G. D. Pisapia, pág. 749, n. 1). De otro lado la culpa es limitada por un lado al *casus*, por otro al dolo (MOMMSEN, *ob. cit.*, páginas 89-90, n. 1), concepto este último que viene a asumir las funciones de la culpa, dado que en los *crimina* y en los *delicta*, en los cuales concurre el dolo, la culpa —usada no ya en un sentido, pudiéramos decir, de «imputabilidad», sino más técnico, de defecto o falta de prudencia, cuidado, pericia, etc.—, es llamada *casus* (Cf. Giuliano GRIFFO, *Illicito (Diritto romano)*, en *Novissimo Digesto italiano* UTET, VII, 1957, pág. 172). La expresión «culpa lata» es equiparada en las fuentes al dolo: «culpa dolo proxima dolum repraesentat (Dig. 47, 41, 2); «magna culpa dolus est» (Dig 50, 16, 226). Vid.; además MOMMSEN, *ob. cit.*, pág. 89; ídem. BINDING: *Die Normen*, cit., Band IV, pág. 57 n. 18. Contrariamente FERRINI: *Esposizione storica e doctrinale del Diritto penale romano*, Enc. *del Diritto penale ital.* Pessina, I, Milano, 1905, pág. 55, estima que si bien «en materia de Derecho privado la culpa lata se reprime cuando se reprime el dolo en el cumplimiento de una obligación preexistente, es notorio que esto nada tiene que ver con el Derecho penal».

Se ha dicho que el «acta de nacimiento» del delito culposo se encuentra en la *lex Aquilia de damno* (CELLHI: *Il delitto colporo*, Sta. María Capua-Vetere, Schiano ed., 1950, pág. 122) a través de la interpretación del término *iniuria*, pues la acción que surge de esta ley, a diferencia de otras acciones penales, no presupone el dolo en el demandado, sino la necesidad de responder de ciertos actos de negligencia que causaban daños a otra persona. Para designar este tipo de conducta negligente se acudió al término «culpa», que posteriormente habría de utilizarse en la problemática de la responsabilidad contractual. Así pues, el *damnum iniuria datum*, tal y como aparece en la *Lex Aquilia* —donde se encuentra la distinción entre culpa *lata*, *levis* y *levissima*— vendría a ser el origen y prototipo del delito culposo, esto es, no doloso, en el Derecho romano. Mas también podría decirse que de la distinción citada no se deduce que la *Lex Aquilia* se refiera al Derecho penal, sino al civil, pues el propio Cecchi reconoce que para los romanos la culpa no generaba *delictum*, sino *quasi-delictum*, que daba derecho a la acción civil de resarcimiento (Vid. CECCHI, *ob.* y páginas cit., pág. 123, n. 180). Cf., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, V, 1956, pág. 686. Sin embargo, y aun cuando —como corrobora MANZINI, *Trattato*, cit., pág. y nota cits.— en el Derecho romano no pareció existir una noción propiamente penal de la culpa, que no representó una forma particular de culpabilidad, el delito culposo, aun no siendo equiparado al doloso, se castigaba en algunos casos admitidos por la ley (homicidio e incendio) con penas especiales más leves que las ordinarias (HEUSLER, *De ratione in puniendis delictis culpa commissis apud Romanos servata*, Tubinga, 1829, pág. 68).

La distinción entre «culpa» y «casus» comienza ya a delimitarse en las fuentes eclesiásticas (Vid. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, cit., pág. 695; ídem. MANZINI, *Trattato*, pág. cit. Vid., además, ALIMENA, *Principii di diritto*

vida que la voluntad del agente es, por el contrario, manifiesta en la realización del acto generador del daño (20).

El término «faute», usado en las legislaciones de lengua francesa, unas veces con referencia a la culpabilidad y otras con relación a la culpa *strictu sensu*, es equívoco (21). Para describir la «faute» el legislador francés utiliza las expresiones *maladresse, imprudence, negligence, inattention*. En realidad lo que se incrimina en la infracciones de este tipo es la imprudencia o la negligencia. Considerada bajo este punto de vista, la «faute» consiste —como afirma Roger Merle— en no prever las consecuencias dañosas del acto relizado—o en no creer que pudieran producirse— por no tomar las precauciones necesarias para impedir su producción (22).

La doctrina dominante en Alemania deriva la palabra culpa de *Fahren lassen*. De acuerdo con esta raíz podrían darse a la culpa varios significados: dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin

penale, I, Napoli, 1910, pág. 333). Los postglosadores primero y los prácticos después, adaptaron hábilmente las construcciones de los privatistas romanos en orden a la culpa (Vid. ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, cit., páginas 188 y 197), que es concebida como una conducta voluntaria en desacuerdo con el deber de prevenir las consecuencias previsibles del propio acto, pero sin que pueda encontrarse todavía una noción única de la culpa, y menos aún que ésta pueda representar ya una especial forma de culpabilidad. Es preciso llegar al siglo XVII para encontrar una mejor sistematización de la doctrina de la culpa y en la que los prácticos intentan superar el casuismo para elevarse a principios más generales. Así, v. g., en PRIORI, *Practica criminale secondo il rito delle legi de la S.R. di Venetia*, Venetia, 1678, pág. 137, para quien se llama homicidio culposo «aquel que se comete sin dolo e inadvertidamente, en ningún caso por delito doloso, y donde no hay dolo se pune con pena corporal solamente en cuanto hubiese culpa lata, que está próxima al dolo, la cual existe cuando uno no entienda o no haga aquello que todos entienden, o bien hacen. Esta se denomina culpa lata; culpa leve, por consiguiente, es una negligencia, un descuido que se da en las cosas dudosas, y en aquellas en que no se pueda discernir si hay peligro o no, y en las que es lícito dudar...»

Ciertamente que las enseñanzas de la historia en materia de culpa ponen de manifiesto como se trata aquí de uno de los más visibles progresos de la cultura, pero el Derecho comparado y la dogmática evidencian, sin embargo, como queda todavía un largo camino por recorrer (Vid. QUINTANO, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958, pág. 76) e incluso en el momento actual el delito culposo se encuentra, en cierto modo, como a la sombra de los hechos punibles dolosos (Cf. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, II, Trad. de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, pág. 216).

(19) FERRI, *Principios de Derecho criminal*, trad. R. Muñoz, Madrid, Reus, 1953, pág. 588.

(20) Cf. MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, París, Cujas, 1967, pág. 450. J. B. HERZOG, *La prévention des infractions involontaires*, en «*La prévention des infractions contre la vie humaines et l'intégrité de la personne*», París, Cujas, 1956, I, pág. 217, va aún más allá, llegando a afirmar que «si el agente podía y debía prever las consecuencias de su acto y no lo ha hecho, es porque no lo ha querido».

(21) Esto lo hemos puesto de manifiesto detalladamente en nuestras anotaciones al trabajo de J. GRAVEN, *La punición de la negligencia en el Derecho suizo*, ADPCP, 1968, págs. 246 a 249, en Nota del Trad.

(22) MERLE et VITU, *Traité, cit.*, pág. cit.

atención (23), actuar sin dolo (24) o dejar las cosas al azar (25). Una segunda raíz sería *warlose*, en cuyo caso, la expresión «Ware», tendría la acepción de observación, atención, cuidado o vigilancia (25).

Cualquiera que sea la raíz que, desde un punto de vista etimológico, quiera darse a la culpa, siempre habrá omisión de algo, atención, cuidado, vigilancia, etc. (26). Mezger-Blei pone de relieve, en su definición de la culpa, la desatención del deber de precaución (27). Por consiguiente, desde este punto de vista podría decirse que el significado de la «Fahrlässigkeit», y que podría traducirse por «imprudencia» (28), consiste en no hacer algo de lo debido, a saber, no cumplir con el deber de precaución mediante cuya observancia se habría evitado el hecho y las consecuencias del mismo. Máxime teniendo en cuenta el párrafo 276 del BGB (ya que el StGB no define la culpa), y que especifica que «obra imprudentemente quien deja de observar el cuidado exigible en el tráfico» (29).

Una definición legal de la imprudencia es la dada por el Código penal suizo, en su artículo 18, párrafo 3.º, según el cual, «comete crimen o delito por negligencia quien por una imprevisión culpable obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha em-

(23) Cf. KLUGE, *Etymologische Wörterbuch der deutschen Sprachen*, 16. Aufl., pág. 180. Vid., además, Rudolf GROSSMANN, *Wörterbuch der Spanischen und deutschen Sprache*, 4.ª Aufl., 1953, págs. 328-29; ídem. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes modernes de la culpa (fautes)*, en «Rev. intern. de droit pénal», 1961, II, pág. 856, n. 1.

(24) Vid. BINDING, *Die Normen*, cit., IV, pág. 27.

(25) Cf. Ferdinand KADECKA, *Zur Etymologie des Wortes Fahrlässigkeit*, ZStW, LIII, 1933, págs. 135 y ss.

(26) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes*, cit., loc. cit.; ídem. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, Ed. jur. de Chile, 1967, pág. 12.

(27) «Obra culposamente —dide MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, cit., I, 11. Aufl., 1965, pág. 198— aquel a quien se reprocha haber desatendido el deber de cuidado que le correspondía personalmente y, por tanto, no ha evitado el hecho y sus consecuencias» (*Fahrlässig handelt derjenige, den der Vorwurf trifft, dass er eine ihm persönlich obliegende Sorgfaltspflicht missachtet und deshalb die Tat und ihre Folgen nicht vermieden hat*).

(28) Vid. QUINTANO-HEIPERN, *Diccionario de Derecho comparado*, Madrid, 1951, pág. 11. Vid., también, aunque en sentido amplio, incluyendo la negligencia, BECH, *Wörterbuch der Rechts und Wirtschaftssprache*, Teil I, C. Beck, München, 1971, págs. 511 y 611; C. ANTOLÍNEZ, *Juristisches Wörterbuch*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlín, Bonn, München, 1970, pág. 119; GROSSMANN, *Wörterbuch*, cit., pág. 329; DAUM, HAENSCH y MORAL, *Rechtssprache (Spanisch und deutsch)*, M. H. Verlag, München, 1970, pág. 181. Traduce la voz *Fahrlässigkeit* por *negligencia*, de modo exclusivo JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 676. Aun cuando parece aportar argumentos de cierto peso, la cuestión es discutida y discutible, dependiendo, además, del punto de vista que se adopte en torno a los conceptos de imprudencia y negligencia, y si bien se distinguen doctrinalmente, por lo que se refiere a nuestro derecho, el TS emplea ambos términos de manera sinónima (Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 222). Vid., sin embargo, QUINTANO, *Derecho penal de la culpa*, cit., pág. 748, n. 2.

(29) «*Fahrlässigkeit handelt wer die Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt*».

pleado las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal» (30). Hay que observar que si bien el Código suizo habla de «negligencia» se trata en este caso de una noción general que comporta todas las formas, es decir, tanto la negligencia en su sentido propio, como la imprudencia o la imprevisión, la ligereza, la falta de atención y demás matices, procedentes de las fórmulas cantonales, con la condición de que alcancen el grado en que se les pueda reconocer el carácter de culpabilidad, en el sentido de la definición del Código (31).

En el derecho italiano la «culpa», es definida —como dice Pannain— a través de la indicación de la noción del delito culposo en el artículo 43 CP (32), considerándose que existe éste, llamado también «contra intención, cuando el evento, aún habiendo sido previsto, no es requerido por el agente y se realiza a causa de negligencia, imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas». En esta definición —precisa Antolisei— se requiere la existencia de una acción atribuible al querer del sujeto y la falta de aquella condición del resultado que caracteriza al dolo (34). La doctrina dominante en Italia, considera que también en el delito culposo es necesario que la conducta criminal sea consciente y voluntaria (35). La acción —aduce Pisapia— es siempre voluntaria. Involuntario es, por el contrario, el resultado, ya se entienda éste como resultado material de la conducta (resultado en sentido «natural»), ya se entienda como ofensa, esto es, como lesión o puesta en peligro del bien tutelado (resultado en sentido jurídico) (36). En relación a los términos *imprudencia*, *negligenza* e *imperizia*, aludidos

(30) Los dos problemas a resolver, en torno a la citada noción, son, a juicio de J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 254, fundamentalmente, los siguientes: averiguar las condiciones de la negligencia y esclarecer cuándo se debe considerar al sujeto culpable de aquella y, en consecuencia, punible en los casos que el legislador ha previsto expresamente en razón a la importancia social del bien a proteger, ya que la sola imprudencia o negligencia no son, en sí, suficientes, aunque se prueben.

(31) Cf. J. GRAVEN, *ob.*, rev. y págs. cits.

(32) PANNAIN, *Manuale di Diritto penale*, I, UTET, Torino, 1967, página 446.

(33) Más que *contra l'intenzione* —como hace observar PISAPIA, *Istituzioni di Diritto penale*, Padova, CEDAM, 1970, pág. 82—, podría decirse mejor *senza l'intenzione* del agente, sin que esto signifique, por supuesto, que el delito culposo pueda considerarse como involuntario.

(34) «En el delito culposo —estima ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, 6.ª ed., a cargo de L. Conti, Milano, 1969, pág. 283— el agente, si bien ha realizado el hecho previsto en la ley como delito con una conducta que procede de su voluntad ('propia' de él), no lo ha querido ni directa ni indirectamente y, aunque se ha propuesto un objetivo (que no se verifica siempre), no ha tenido como fin, y ni siquiera lo ha aceptado, el hecho realizado».

(35) Cf. PANNAIN, *Manuale*, cit., págs. 295 y 446; ídem. PIOLETTI, *Manuale di Diritto penale*, P. G., 2.ª ed., Napoli, 1969, pág. 164.

(36) Cf. PISAPIA, *ob.* y págs. cits. Entiende el resultado en este último sentido, es decir, como ofensa a los intereses tutelados por la norma, GALLO: *Colpa penale*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, pág. 626; ídem. BETTIOL, *Diritto penale*, 7.ª ed., Padova, 1969, pág. 417.

en el citado artículo 43 CPI es opinión común en la doctrina que la primera expresa la ligereza del sujeto, la segunda el descuido o la falta de atención, refiriéndose la última, más bien, a la falta de preparación o a la ineptitud del sujeto (37). En realidad, en el derecho italiano, el concepto de culpa, ya se trate de negligencia, imprudencia o impericia, se traduce siempre, como afirma Gallo, en la inobservancia de una regla de conducta tendente a prevenir la verificación de un daño del tipo de aquél que la regla misma tiende a prevenir (38).

En la doctrina española suele aunarse la previsibilidad con el deber de diligencia, de matiz normativista. Así, v. g., Cuello estima que existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida, se causa un resultado dañoso previsible y penado por la ley (39); y Antón Oneca define la culpa como «voluntaria omisión de la diligencia debida para evitar un resultado antijurídico previsible» (40). También Del Rosal aúna ambos aspectos al matizar la culpa, como la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió evitarse si se hubiera prestado la diligencia debida. Se trata, pues, más que de una definición, como él mismo dice, de una descripción de la esencia (41).

Un criterio normativista se aprecia claramente, en la noción de culpa dada por Asúa (42). Quintano (43) y, sobre todo, por Rodríguez

(37) Cf. PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 84. Para PANNAIN, *Manuale*, cit., página 460, la imprudencia es una forma de *culpa in agendo*, puesto que atañe a la acción; la negligencia y la inobservancia de leyes, etc., atañen prevalentemente a la forma omisiva, refiriéndose la impericia a ambas formas, ya que se puede manifestar igualmente *in omittendo* o *in agendo*. El citado autor distingue, aunque no muy claramente, la negligencia de la imprudencia. La primera comprende en sí la falta de cuidado, la desatención: es la falta de uso de aquellos poderes activos por los cuales un individuo, aun pudiendo desarrollar una actividad, por pereza psíquica, la omite. La segunda implicaría una actividad positiva: el obrar sin aquella cautela que la común experiencia de la vida enseña ha de adoptarse en el cumplimiento de algunos actos y en el uso de ciertas cosas, la irreflexión, el obrar en contradicción con las normas de prudencia. Tal distinción, aparte de prestarse al equívoco, nos parece discutible. Más precisa parece la noción que el citado autor ofrece de la impericia. Consiste ésta «en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un arte o profesión, en el defecto de aquella habilidad que determinadas funciones requieren». La relatividad de tales conceptos es puesta de manifiesto por GALLO, *ob. y rev. cits.*, pág. 641. Vid., además, *infra*, pág. 18.

(38) Cf. GALLO, *ob. y rev. cits.*, pág. cit.

(39) CUELLO, *Derecho penal*, T. I, P. G., 16ª ed., rev. por Camargo Hernández, Barcelona, 1971, pág. 444.

(40) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 217.

(41) DEL ROSAL, *Derecho penal español, Lecciones*, 3.ª ed., 1960, página 418.

(42) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 4.ª ed., 1963, pág. 371, considera que «existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo». Vid., además, EL MISMO, *Problèmes modernes*, cit., pág. 857.

(43) QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, Madrid, 1963, I, pág. 291.

Devesa, quién, sintéticamente, afirma que actúa culposamente el que omite la diligencia debida (44).

Después de este somero análisis comparativo, de las distintas nociones de la culpa, y tratando de precisar, siquiera sea en forma provisional, una noción de la misma, podría afirmarse, en consecuencia, que actúa culposamente quien causa un resultado típicamente antijurídico, por no haber tomado las precauciones debidas y previsibles como consecuencia de un descuido por él evitable (45).

Realmente el problema esencial, en la culpa, deberá plantearse sobre la base de la determinación del deber de cuidado infringido por el autor, en tanto en cuanto éste, de comportarse en la forma debida, habría evitado la realización del tipo de injusto, habida cuenta, además, y a los efectos de su culpabilidad, de la posibilidad por parte del mismo de haber obrado de manera distinta a como lo hizo (46). Por consiguiente, tanto la posibilidad por parte del autor, de conocer el injusto de su obrar, como la posibilidad de evitar el resultado producido a consecuencia de la infracción del deber de cuidado, de acuerdo con sus propias cualidades personales, son los dos factores que deberán ser especialmente considerados a la hora de la calificación del delito imprudente (47).

Por último, en el concepto de culpa ha de entrar el resultado producido. He aquí otra diferencia con los delitos dolosos, pues, mientras en éstos basta con la voluntad dirigida al resultado y cuando este no se logra se castigan como tentativa, el delito culposo no es, en la actual dogmática, posible sin la realización del resultado (48).

III

Si se reconoce en el delito culposo un elemento voluntario, podría ser éste castigado dentro de la dogmática clásica que fundamenta el derecho penal en la retribución y en la voluntad, pero, al considerarse que en este caso lo voluntario es más lejano y borroso se ha

(44) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, P. G., 2.^a ed., Madrid, 1971, pág. 386.

(45) Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, II, trad. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 215.

(46) Sobre la cuestión Cf. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., páginas 389-91.

(47) Cf. JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit*, cit., página 9, Vid., además, CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Derecho penal*, de MAURACH, II, pág. 257, n. 10.

(48) Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 219. «La exigencia de que la lesión del bien jurídico —dice CEREZO, *Notas al «Nuevo sistema de Derecho penal»*, de WELZEL, Barcelona, 1964, pág. 18, n. 4— sea consecuencia de la inobservancia de la norma, no sólo justifica la inclusión del resultado en el tipo de lo injusto, sino que es... una prueba de que sólo cuando se añade el desvalor de la acción el desvalor del resultado queda plenamente *constituido* lo injusto de los delitos culposos». Vid., además, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, 1963, pág. 75.

credo aquí encontrar uno de los más importantes fallos de aquella teoría (49). El resultado en estos delitos no sería entonces imputable a la voluntad del agente, sino, más bien, a un defecto de la inteligencia o a una inercia de la voluntad, razón, por la cual, se ha llamado también a estos delitos «delitos involuntarios». Si bien tal expresión es hoy vivamente criticada, porque —como afirma Roger Merle— deja a la sombra todo lo que puede haber de voluntario en estos delitos, si no en la producción de los efectos del acto, en el acto mismo. Cuando un automovilista ocasiona la muerte de otro, como consecuencia de un adelantamiento indebido no ha querido ciertamente producirla, pero ha querido el adelantamiento. No se puede hacer un total abstracción de esa manifestación positiva de voluntad (50).

Para la antigua teoría de la voluntad la culpabilidad se explica a través de una determinada conexión psicológica del autor con el resultado típico (51). Más sobre la base de este criterio, tal relación podría apreciarse en el dolo y, si acaso, aún cuando sólo a través de manifiestas dificultades, en la culpa consciente —en cuanto la representación implica una cierta relación psicológica con el resultado—, pero ahora evidentemente con la dificultad insalvable de la culpa inconsciente, caracterizada por la ausencia de toda relación psíquica actual entre el autor y resultado (52). Fue precisamente en ésta donde se estrellaron todos los argumentos que trataron de fundamentar la culpa sobre la base de la teoría de la voluntad. En efecto si toda culpabilidad era «culpabilidad de voluntad» y el autor culposo actúa sin querer no podía encuadrarse dentro de la culpabilidad (53).

Varias tentativas se realizaron para llegar a una solución armónica, a mi juicio, sin éxito. De un lado y sobre la base de las premisas anteriores, se llega a considerar la culpa como una especie de dolo de peligro. Así, v. g., en Stübel (54). Y Feuerbach (55) e incluso Binding (56) trataron de encontrar en el delito culposo un momento del dolo. Tal tentativa no deja de encontrarse también en Radbruch, pero este mismo autor reconoce que en la culpa inconsciente, para

(49) Sobre este punto, en sentido crítico, vid. DORADO, *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915, pág. 430.

(50) MERLE et VITU, *Traité*, cit., pág. 450.

(51) Cf. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlín, 1904, pág. 130.

(52) Vid. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito (La doctrina finalista)*, Ariel, Barcelona, 1963, pág. 28.

(53) Vid. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig und Wien, 1910, pág. 45; ídem. ENGISCH, *Untersuchungen...*, cit., pág. 41.

(54) STÜBEL, *System des allgemeinen Peinlichen Rechts*, II, pág. 63.

(55) FEUERBACH, *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2.^a pr., Chemnit, 1800, pf. 50 y ss.

(56) BINDING, *Die Normen*, cit., IV, parece creer encontrarlo en un momento precedente, en una falta de atención querida por el sujeto antes del momento de la realización de la acción; la «voluntad antijurídica inconsciente» (pág. 366). Vd., además, EL MISMO, *Die Schuld in deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1919, pág. 127.

que el resultado pueda ser atribuido al sujeto, ha de constatar que éste debería haber podido actuar de modo distinto (57). Con ello, sin embargo, parece abandonada prácticamente la relación psíquica con el resultado como única y decisiva característica de la culpabilidad (58).

De otro lado, y procediendo de manera inversa, se llega a excluir la culpa del derecho penal. Así, v. g., Köhlerausch, en su afán de mantener la idea de la culpabilidad como proceso psicológico, niega plenamente a la culpa inconsciente el carácter de culpabilidad, con la cual deberá permanecer fuera de tal carácter del delito (59). De modo análogo procedieron, entre otros, Germann (60), Busch (61) y, más recientemente, Arthur Kaufmann, para quien la culpa inconsciente no tiene, desde un punto de vista material, el carácter de culpabilidad. Una verdadera «culpabilidad de voluntad» podría hallarse tan sólo en la culpa consciente, la cual, vendría a ser una forma de dolo, una especie de dolo de peligro (62). En estas erróneas conclusiones se puso de manifiesto que la concepción psicológica de la culpabilidad era insostenible (63). La ciencia jurídica no podía menos de rechazar tales propuestas que, de otro modo, habrían puesto en duda la indispensable punición de los delitos culposos (64).

Desde Frank, se impone la opinión de que la culpabilidad es un juicio de reproche. No se agota ya en el simple nexo psicológico entre autor y resultado. Culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico. Con ello, sin embargo, no puede decirse que se diera un giro copernicano en orden a la sistemática del delito, ni concretamente, en cuanto a la esencia de la culpa; dolo y culpa continúan adscribiéndose dentro del heterogéneo contenido de la culpabilidad, tal y como ésta se configura en la llamada concepción causal de la acción (65).

(57) RADBRUCH, *Über den Schuldbegriffe*, ZStW, 24, pág. 348.

(58) Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, Karlsruhe, 3.^a Aufl., pág. 302. Vid., además, CÓRDOBA RODA, *ob. y págs. cit.*

(59) KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts*, I, Berlín, 1910, págs. 194.

(60) GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942, páginas 88 y ss.

(61) BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, Tübingen, 1949, pág. 34, n. 56.

(62) Cf. Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, páginas 153 y 156 y ss. También BOCKELMANN, *Verkehrsrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1967, págs. 213 y 221, n. 14.

(63) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11, Aufl., 1969, págs. 139 y 140.

(64) Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg., Teil, 3.^a Aufl., Karlsruhe, 1965.

(65) Las ideas de FRANK, expuestas principalmente en su *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, de 1907, fueron desarrolladas posteriormente por GOLDSCHMIDT (*Der Notstand, ein Schuldproblem*, en «Osterreichische Zeitschrift für Strafrecht», IV, Viena, 1913, págs. 129 y ss.), quien creyó encontrar la esencia del reproche en la infracción de la *norma del deber* a la cual el autor debe ajustar su conducta interna, y por FREUDENTHAL (*Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922, págs. 8 y ss.), quien trata de fundamentarla en la «exigibilidad». Pero solamente hasta que DOHNA (*Aufbau der Verbrechenlehre*, Bonn, 1936) distinguió nítidamente entre

El propio Mezger afirmaba que «para que el delito culposo sea también culpabilidad, necesita llevar en sí un momento del *querer consciente contrario al deber*» (66). La teoría de la voluntad retrotrae, en definitiva, la culpa inconsciente a un acto concreto de lesión consciente del deber, esto es, generalmente a un instante anterior a la acción que provoca la lesión (67). Lo que realmente se reprocha al autor es el causar el efecto lesivo «por no haber prestado antes, cuando aún estaba presente en él el deber de cuidado, la atención suficiente para no «olvidar» las atenciones» que debía tener con la víctima (68). Objeta, sin embargo, Welzel, con razón, cómo este punto de vista no resuelve el problema para el caso de que el autor sea tan temerariamente imprudente que no piense siquiera en las posibles consecuencias posteriores (69). Exner pretendió, no obstante, dar una solución para aquellos casos de imprudencia, en los que no siendo posible comprobar la existencia de un acto de lesión consciente del deber, antes o durante la realización productora de la lesión, hay algo más que un defecto de voluntad, y acude a la orientación defectuosa del carácter. Exner, ofreció una nueva base de sustentación de la culpabilidad a través de lo que denomina culpabilidad del sentimiento (*Gefüldschuld*). Para la teoría de la voluntad, la acción culpable surge en razón de un defecto de voluntad, pero Exner pone de relieve que si bien la atención depende de la voluntad no ocurre lo mismo con los sentimientos y asociaciones. Un defecto de voluntad no supone, sin más, ausencia de representación. «Se puede naturalmente, querer ser atento —aduce Exner— pero no porque falte este querer se es necesariamente desatento» (70). Consecuentemente lo decisivo no es la falta de voluntad, sino de sentimiento. El autor de un delito imprudente, pone de manifiesto que no valora el interés jurídico protegido como era su deber (71). Tal posición se presta, sin embargo, a diversas objeciones. Welzel, v. g., ha señalado cómo la «orientación defectuosa del carácter» a que se refiere Exner no es una simple falta de sentimiento, pues, una falta

reprochabilidad como «valoración» y «dolo» como «objeto de la valoración», y limitó el reproche de culpabilidad a la valoración del objeto.

(66) MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, II, Madrid, 1957, trad. R. Muñoz, pág. 192.

(67) Cf., por todos, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Allg. Teil, Ein Stud., 14 Aufl., pág. 222.

(69) WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho penal*, trad. J. Cerezo, Barcelona, 1964, pág. 98, pone el ejemplo de la mujer que se olvida de guardar un recipiente con líquido corrosivo después de haberlo utilizado y, como consecuencia de ello, su hijo se causa unas heridas. La teoría de la voluntad le reprocha «que antes, cuando tenía todavía presente el deber asistencia, no hubiera hecho un esfuerzo de atención suficiente para no olvidar la protección debida». La culpabilidad —dice WELZEL— puede consistir, en efecto, en eso. Pero se pregunta: «¿Qué sucede, sin embargo, si la mujer era tan imprudente, que incluso al colocar el recipiente no pensó en las posibles consecuencias ulteriores?»

(70) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig und Wien, 1910. página 159.

(71) EXNER, *ob. cit.*, pág. 170.

de sentimiento, en cuanto tal, no es todavía culpabilidad (72). Y Engich, aunque en análoga línea de pensamiento que Exner, pone en duda que los sentimientos puedan ser objeto de valoración jurídica, y los refiere a la falta de interés para evitar la lesión de un bien jurídico, interés que supone un «estar en tensión consciente o inconsciente del peligro de lesiones jurídicas» (73). Tal posición, al igual que la de Exner, evidencia, en todo caso, que el simple defecto de voluntad no puede, sin más, servir de fundamento a la culpa, pero, aunque aclare, en cierto modo, el problema del descuido, no resuelve el relativo al reproche de culpabilidad en razón de una falta de sentimiento o interés, que, en ningún caso, puede considerarse suficiente (74).

Se ha tratado de fundamentar la culpa en un defecto de inteligencia, en un llamamiento al recuerdo, en un «haz memoria». El autor y los restantes ciudadanos comprenderán así que no deben comportarse de ese modo en el fuero (75). Afirma, sin embargo, Manzini que esta posición (76) contrasta con la realidad de los hechos, puesto que si bien en ciertos casos el defecto de la facultad intelectual puede admitirse, en muchos otros queda excluido, en cuanto que la conducta culposa puede ser determinada de manera distinta, v. g., en el descuido o abandono de un deber específico con vistas a un mayor lucro, a una mayor comodidad, etc. (77). Manzini se pregunta «¿Con qué sentido jurídico se puede reprochar a una persona aquello que no depende de su voluntad, como el defecto de la facultad intelectual?». El hombre no puede hacerse más inteligente de lo que es». Tal vez no deba negarse, que, en ciertos casos, el delito culposo proviene de la esfera intelectual, pero, incluso en esta hipótesis, opera la voluntad (78). De todos modos la doctrina del vicio de la inteligencia conduce también a la impunidad de los delitos culposos, como sostuvo, entre otros, Kohlrausch (79).

La teoría de la previsibilidad podría encuadrarse, quizá, dentro de las muchas de la voluntad, puesto que en ésta se basa para la mayoría de los autores (80). En Carrara aparece patente que la razón de la criminalidad de la culpa tiene su raíz en un vicio de la voluntad, puesto que se ha omitido voluntariamente la diligencia que debía pre-

(72) WELZEL, *Das Strafrecht*, cit., pág. 151; ídem. en «*El nuevo sistema*», cit., pág. 98.

(73) ENGICH, *ob. cit.*, págs. 462-475.

(74) Cf. WELZEL, *ob. y pág. cit.*

(75) LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, 1895, pág. 9.

(76) Mantenido en Italia por TOSTI, *La colpa penale: studio sociologico-giuridico*, Torino, 1908, pág. 95.

(77) MANZINI, *Trattato*, cit., pág. 753, estima, además, que si el «defecto de inteligencia se refiere no a la conducta causal, sino al evento consiguiente, se recae en la falaz teoría de la previsibilidad».

(78) MANZINI, *ob. cit.*, pág. 754.

(79) KOHLRAUSCH, *ob. cit.*, págs. 194 y ss. Cf., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 4.^a ed., Buenos Aires, 1963, pág. 372.

(80) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 752.

ver lo previsible (81). En el sentido de que la esencia de la culpa radica en la previsibilidad se pronunciaron en Alemania, entre otros, Berner (82), Frank (83), Hippel (84), Dohna (85), y en cierto modo Exner (86), Engisch (87) y Mezger (88). Mas la previsibilidad es también el elemento intelectual de la culpa, pues, como explica Pannain, para esta teoría «si el agente, que se encontraba en las condiciones morales y físicas necesarias para un normal uso de la facultad de atención hubiese, como era su deber, reflexionado sobre las posibles consecuencias de la acción misma, habría previsto —por ser previsible— lo que no previó». Es decir, la culpa sería a un mismo tiempo vicio del intelecto y de la voluntad (89).

Se ha objetado, por una parte, que si la culpabilidad descansa en lo voluntario, la previsibilidad, siendo un fenómeno intelectual y no volitivo, no puede considerarse como base de la culpa (90). De otro lado hay una forma de culpa caracterizada porque el agente ha previsto el resultado, aunque no lo ha querido (91). Una distinta concepción, dentro de la teoría de la previsibilidad, fue formulada por Rocco, quien trata de encontrar la esencia de la culpa en la existencia de un «juicio social de peligro», esto es, sobre la posibilidad de un daño, contenida en la acción; en definitiva, de la capacidad para producir un resultado (92). Sin embargo, el ordenamiento jurídico autoriza, como es lógico, en un gran número de casos, actividades arriesgadas (93).

La teoría de la previsibilidad fue integrada por Brusa, son el cri-

(81) «La volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto» (*Programma*, 7.^a ed., 80, pág. 123).

(82) BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 17 Aufl., Leipzig, 1895, págs. 119 y ss.

(83) FRANK, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 1931, pág. 196.

(84) HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., II, pág. 361.

(85) DOHNA, *Aufbau*, cit., pág. 54.

(86) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, cit., pág. 165, aunque con criterio más confuso y complicado.

(87) ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., págs. 373 y ss.

(88) MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Ein Stud.*, I, 11 Aufl., 1965, págs. 199 y 200, considera que la previsibilidad, cuestión muy importante en el caso particular, debe referirse al resultado, a la relación causal y a la antijuricidad de la conducta.

(89) PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 456.

(90) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., pág. 393, quien, al parecer, se hace eco de las consideraciones hechas por MEZGER, *Tratado*, cit., págs. 187-88, respecto de la teoría de Löffler, a que hemos hecho alusión *ut supra*.

(91) Si se considera que la culpa «consciente» se caracteriza por el hecho de que el autor ha previsto el resultado, aunque no lo haya querido, resulta difícil —como indica ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pág. 286, explicar que el criterio de la «previsibilidad» sea, precisamente, el más idóneo para fundamentar la punición. Análogamente, PANNAIN, *ob.*, cit., pág. 453.

(92) ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, pág. 330, n. 114.

(93) Vid. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pág. cit.; vid., además, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 132; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 16 Aufl., München, 1972, 59, pág. 532.

terio de la «prevenibilidad», que coincide con el de la «evitabilidad», de particular interés en el derecho privado (94). No obstante, parece que la «prevención» debería exigirse de aquello que se prevé, y no ya de lo que pueda ser previsto (95).

Al parificarse la previsibilidad a la «cognoscibilidad» se plantea el problema de cual será el criterio adecuado a seguir en relación al sujeto al que aquella habrá de referirse necesariamente (96). La doctrina dominante parece pronunciarse en favor del criterio del hombre medio (97), considerando que el juicio valorativo que conduce a la afirmación de la responsabilidad culposa, exige una comparación entre la conducta del autor y la que habría observado, según enseña la experiencia, el hombre cooperador normal a los fines de la vida colectiva (98). Observa, sin embargo, Pannain cómo el criterio del hombre medio objetiviza el concepto de previsibilidad y le da un carácter, en cierto modo, independiente, en contraste con las posibilidades del sujeto (99). La verdad es que tal base objetiva, particularmente si se plantea el problema exclusivamente en el ámbito de la culpabilidad, no parece suficiente (100). Es más, dentro de la propia dogmática alemana, donde comunmente se suele distinguir en el juicio de imprudencia un aspecto objetivo (lesión del objetivo deber de cuidado) y otro que, aunque impropia, podríamos denominar

(94) BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, 1884, págs. 93 y siguientes. Tal opinión está, sin embargo, influida por la doctrina civilista de su tiempo, la cual, al atribuir al caso fortuito los requisitos de la imprevisibilidad e inevitabilidad, debía, lógicamente, atribuir a la culpa los de «previsibilidad» e «inevitabilidad». En relación al vigente Código italiano considera, sin embargo, RANIERI, *Manuale*, cit., pág. 339, n. 1, que es superfluo añadir el requisito de la «evitabilidad». También HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz in Färlässigkeit*, 1943, pág. 143, habla de «resultado consecuencia de la acción, previsible y evitable», lo que vendría a significar *prevenible*. Vid., además, GALLO, *Colpa penale*, rev. cit., pág. 638: «Ciò che conta, dunque, in ogni caso, è la rappresentabilità dell'evento».

(95) MANZINI, *Trattato*, cit., I, pág. 752.

(96) GALLO, *Colpa penale*, rev. y pág. cit., n. 38, prefiere hablar antes que de previsibilidad, de «representabilità», porque tal término posee una mayor comprensión del primero, pudiéndose referir no solamente a los acaecimientos futuros, sino también a los concomitantes o directamente antecedentes a la acción del sujeto.

(97) Afirma BATTAGLINI, *Dirito penale*, Padova, 1949, P. G., pág. 242, que «la previsibilidad que ha de considerarse en el delito culposo común... es aquella de la cual es capaz l'uomo medio... Basta la previsibilidad genérica del decurso causal, resultando irrelevantes las concreciones particulares». Y la sentencia de la Casación italiana de 27 de febrero de 1935, establece que la previsibilidad consiste «en la posibilidad genérica que un hombre de inteligencia y cultura medias, en un determinado país y en un determinado momento histórico, tiene de prever el resultado o las consecuencias de la propia conducta».

(98) Sobre la cuestión, vid., ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., página 219, siguiendo a BINDING, *Die Normen*, cit., IV.

(99) Cf. PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 452.

(100) Vid. ANTÓN ONECA, *ob.* y pág. cit. Análogamente GALLO, *obra* y rev. cit., pág. 639, si bien, aduce este último autor, ello no implica que pueda adoptarse una medida exclusivamente subjetiva.

subjetivo (101) (falta de atención en relación al deber de cuidado referido al autor concreto) (102), se llega incluso a restringir en el primer aspecto, en el sentido de que la previsibilidad objetiva —en contraste con la previsibilidad individual (ejecución subjetiva del juicio de adecuación), siguiendo la terminología de Welzel— (103) debe ser referida al momento de la acción para aquellos miembros del círculo de relaciones sociales del autor; es decir, se tratará aquí de un particular tipo de hombre medio, el del ambiente intelectual y social del autor (104). De otro lado, y ya en el ámbito de la culpabilidad —como segundo presupuesto de la imprudencia—, debe requerirse, según Jescheck, la prueba de que el objetivo mandato de diligencia sea establecido, para el particular autor, según su inteligencia y formación, y según su habilidad, capacidad, experiencia y posición social (105).

(101) Vid. JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit*, citada, págs. 9 y 21.

(102) La dogmática del delito culposo en Alemania se centra hoy, según el criterio dominante, en la distinción dentro de la imprudencia de la lesión del deber objetivo de cuidado en el tráfico (o en el ámbito de la relación) y la desatención del cuidado individual referido al autor concreto. Sólo la primera (lesión del objetivo deber cuidado necesario en el tráfico) va referida al cuidado exigible al término medio y se incluye, generalmente, en el injusto (así, también en nuestro derecho, CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español*, ADPCP, 1961, págs. 64-65; CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, págs. 76 y 77; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, págs. 151-52; BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, RGLJ, 1962, págs. 22, 24, 25, 27 y 32, y CONDE PUMPIDO, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, ADPCP, pág. 277. Tal tesis parece dominar también últimamente en la jurisprudencia del TS, vid. *infra*, pág. 60, n. 302, mientras que la segunda se encuadra en la culpabilidad, en cuanto que el sujeto estaba en condiciones, gracias a sus sobresalientes facultades de hacer más de lo que podía ser exigible al término medio (Cf. JESCHECK, *Aufbau...*, cit., pág. 9; WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechts systems*, 1961, pág. 32; MAURACH, *Deutsches Strafrechts*, cit., 3.^a Aufl., págs. 463, 473 y 474).

(103) Para WELZEL, *Das neue Bild...*, cit., pág. 60, mientras que la previsibilidad objetiva del resultado por un hombre inteligente es un elemento del injusto de la conducta que no responde al cuidado debido, la previsibilidad individual es el elemento que fundamenta la reprochabilidad (culpabilidad) de la falta de observancia del cuidado debido.

(104) JESCHECK, *Aufbau...*, cit., pág. 16. «Hay que tener presente —dice WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 132, pue en el juicio adecuación— es necesario considerar también el conocimiento especial del autor...» Vid., además, MAIHOFFER, *Zur Systematic der Fahrlässig.* ZStW, 70, págs. 173 y ss.

(105) JESCHECK *Aufbau...* cit. pág. 21; ídem, WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 175: «...es decisivo el estado de formación intelectual que posee el autor individualmente o que debía poseer según su posición social». Para MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., 3.^a Aufl., pág. 488, supuesta la previsibilidad, debe tenerse en cuenta la capacidad personal del autor en general, su formación, instrucción, inteligencia y memoria, así como su constitución psíquica, agotamiento, ánimo, etc., en el momento decisivo. Contrariamente, GALLO, *ob. y rev. cit.*, pág. 639, quien considera que este concepto de posibilidad de un evento pasado es grotesco. Sin embargo, reconoce que han de tenerse en cuenta los conocimientos poseídos por el

Al criterio de la previsibilidad se ha objetado, también, su incompatibilidad, v. g., con la impericia —en cuanto se afirma que ésta impide la previsión del resultado—(106). Tal afirmación me parece, al menos, discutible, pues, aparte de que la impericia es una forma cualificada de culpa (107), en ella el autor no deja de tener una cierta conciencia de la insuficiencia de su propia preparación, cuyos límites debía y podía controlar antes de haber obrado (108).

Finalmente, el problema de la previsibilidad no debería plantearse exclusivamente sobre la base de si aquella es no la esencia o fundamento de la culpa, o de si es tan sólo un criterio para calificar de imprudente o negligente el comportamiento del autor, como afirmaba Vannini (109), sino también, y ante todo, sobre la base de la suficiencia de este criterio en orden a la fundamentación de la culpa (110).

Otra posición fue la formulada por Stoppato, que Antolisei denomina de la causa eficiente, Pannain del uso de medios anormales a la idea del derecho y que Asúa incluye dentro de las objetivas (111). Según Stoppato, teniendo el hombre el deber de adoptar medios que se correspondan con los fines sociales, son punibles a título de culpa aquellos eventos dañosos o contrarios al derecho que sean producto mediato o inmediato de un acto voluntario del hombre, y que, aunque no se ha realizado con fines antijurídicos, lo ha sido, sin embargo, con medios que se revelan como anormales a la idea del derecho (112). Concepto un tanto vago, que en ningún caso puede adaptarse a la mayoría de las omisiones que se realizan a título de culpa (113). Exigir el uso de medios antijurídicos —dice De Marsi-

sujeto, así como aquellos otros conocimientos que era legítimo presumir en él, dada su posición social y actividad desenvuelta (pág. 640), distinguiendo, además, entre previsión (o previsibilidad genérica) y previsión (o previsibilidad) en relación a las características concretas del caso (pág. 628).

(106) Vid. CECEHI, *Il delitto colposo*, cit., pág. 29; PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 454.

(107) Cf. CARACCIOLI, *Colpa per imperizia, per inosservanza di leggi e caso fortuito*, «Rev. it. dir. proc. pen.», 1959, pág. 338; GALLO, *ob. y rev. cits.*, pág. 641; BETTIOL, *Diritto penale*, 7.ª ed., 1969, pág. 419.

(108) Vid. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1940, págs. 73 y ss.; análogamente ALTAVILLA, *La culpa*, trad. J. Ortega Torres, Bogotá, 1956, pág. 68. De otro lado, puesto que la previsibilidad es el límite, más allá del cual la culpa no existe, tanto en la hipótesis de falta de previsión como de previsión existente, el sujeto responde siempre de aquello que estaba dentro de sus posibilidades el prever, hubiese o no previsto (Vid. RANIERI, *ob. cit.*, pág. 337).

(109) VANNINI, *Istituzioni*, Firenze, 1939, pág. 126.

(110) Vid. RANIERI, *ob. cit.*, pág. 331; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 6ª edición, pág. 286.

(111) Cf. ANTOLISEI, *Manuale*, 6.ª ed. cit., pág. 287; PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 457; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 769.

(112) STOPPATO, *L'evento punibile*, Padova, 1898, pág. 211.

(113) Cf. ANTOLISEI, *ob. y pág. cit.* MANZINI, *Trattato*, cit., pág. 753, dice: «Il dormire, ad esempio, mentre si doveva vegliare, può aver i in conto d'un mezzo, quando non sia preordinato ad un fine illegittimo.» Para una crítica de la t. de Stoppato en relación a la causalidad eficiente, vid RICCI, *Il reato colposo*, Milano, 1925, págs. 96 a 99.

co— para la realización del resultado, como condición para la existencia del delito culposo, significa sustraer el juicio a todo criterio de certidumbre, porque: o la no conformidad al derecho se juzga *a posteriori*, y se cae en el vicio de juzgar antijurídico el medio porque ha producido el resultado, o se juzga *ex ante*, y entonces hay que acudir al criterio de la previsibilidad (114).

La teoría de Manzini, aunque con base en la tesis de Stoppato (particularmente en orden a la «causalidad eficiente») (115), se distancia, sin embargo, en gran parte de ella (116). Para Manzini la culpa consiste en una «conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, de la cual deriva como de causa a efecto un resultado dañoso o peligroso, previsto en la ley como delito, producido involuntariamente, o bien por efecto de la errónea creencia inexcusable de cometerlo en circunstancias que excluyan la responsabilidad penal» (117). Su criterio se revela, no obstante, insuficiente, pues aparte de plantear el problema del fundamento de la punición exclusivamente sobre el plano objetivo de la ley penal (118), no resuelve el problema de la específica culpabilidad del delito culposo (119).

Otros autores acuden a la falta de atención (120), si bien el de-

(114) DE MARSICO, *Diritto penale*, P. G., Napoli, 1969, reimpr. y puesto al día por Manlio Mazanti, pág. 202; ídem. en *Il pensiero di A. Stoppato*, Bologna, 1933; análog. PETTOELO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato, Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954, pág. 157.

(115) «En la imputabilidad a título de culpa —afirma MANZINI, *Trattato*, cit., págs. 744-45, han de distinguirse dos elementos. El primero, *subjetivo*, consiste en la *causalidad eficiente voluntaria* de la conducta contraria a la policía o a la disciplina (esto es, esta conducta debe ser voluntaria). El segundo, *objetivo*, e igualmente indispensable, está constituido por el nexo de *causalidad eficiente meramente material* entre la susodicha conducta y el resultado involuntario que de él se deriva. En tal sentido se dice que la causa debe ser en sí misma voluntaria y el efecto involuntario.»

(116) Cf. RICCIO, *ob. cit.*, pág. 104, n. 20. De la diversidad de pensamiento de Manzini en relación a la teoría de Stoppato no se hace eco ALTAVILLA, *La colpa*, Torino, 1957, pág. 344-45, que considera la teoría de Manzini como una variante de la Stoppato. Debe considerarse, sin embargo, que Manzini, aun reconociendo que en la teoría de Stoppato se encuentra el germen de su propia teoría, de un lado pone de relieve la insuficiencia de aquella en relación a los delitos de omisión (vid. *supra*, n. 113) y de otro, la insuficiencia del medio antijurídico (vid. MANZINI, *Trattato*, cit., páginas 752-53), al que, por cierto, reemplaza por la condición más general de «conducta contraria a la policía o a la disciplina».

(117) Su punto de vista se concreta en esta definición, que construye con arreglo al Código italiano (art. 43), colocando varias veces entre paréntesis citas de artículos, que, como dice ASÚA, *Tratado*, cit., pág. 776, n. 109, complican todavía una definición, de suyo nada clara.

(118) Como reconoce el mismo PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 458, aun cuando anteriormente haya dicho —no muy congruentemente, por cierto— que esta doctrina contiene la verdad.

(119) Vid. RICCIO, *ob. cit.*, pág. 104.

(120) BETTIOL, *Diritto penale*, 7.^a ed., cit., págs. 413 y 417; análog. MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Ein Studienbuch*, 11 Aufl., 1965, pág. 198. No se distancia de esta posición PETTOELLO-MANTOVANI, *ob. cit.*, pág. 167, el cual al intentar dar un concepto unitario, bajo un perfil psicológico, de la culpa,

fecto de atención puede no encontrarse en el delito culposo, como en el caso del médico inexperto que, sin poseer las condiciones técnicas indispensables, emprende una grave operación quirúrgica. Este respondería de las consecuencias de su acto, aunque hubiese operado con la mayor atención (121). Como ha sido señalado por Frank, quien es prudente es también atento, mientras quien es atento no es necesariamente prudente (122):

Se ha sostenido también que el fundamento de la culpa radica en el error, que puede recaer sobre las condiciones o sobre las consecuencias del propio acto. Para Alimena la culpa es un *atteggiamento* (123) *involuntario* que se da cuando el agente dirige su acción a un resultado lícito, mientras que, por error, se produce uno prohibido, o cuando, dirigiendo su acción hacia un resultado prohibido, creía, por error, poderlo realizar porque ignoraba realmente las condiciones en las cuales obraba (v. g., legítima defensa putativa culposa). En uno y otro caso el error debe ser vencible; si así no fuese, habría caso fortuito, pero no culpa. Por consiguiente, desde el momento en que hay un error que podía ser evitado se «establece aquella especie de culpabilidad, esto es, aquella relación psíquica que se llama culpa» (124). Más recientemente, Nuvolone considera que, en todo caso, la razón de la responsabilidad culposa está en el reproche por un error de representación o de ejecución, error que el agente tenía la posibilidad de evitar y que, en razón de ello, es inexcusable (125). Cabe, sin embargo, preguntarse: ¿es el error el que determina la culpa, o es la culpa la que determina el error? (126). Debe reconocerse, además, que hay multitud de hipótesis en que no es posible encontrar un error, como en el caso del automovilista que provoca

considera que el obrar culposo constituye una *inercia mental*, y que se inserta en la base de la acción impidiendo al individuo adquirir determinados conocimientos.

(121) Vid. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., págs. 287-88.

(122) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1931, págs. 194-95.

(123) Este *atteggiamento* —o comportamiento— (*contegno*) estaría en orden a la acción (o conducta) como lo está el todo en relación a la parte (vid. PETTOELLO MANTOVANI, *ob. cit.*, pág. 121).

(124) F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, pág. 16. Sobre este autor, vid., especialmente GRISPIGNI, *La colpa nella ricostruzione del Prof. Francesco Alimena*, SP, 1947, págs. 556 y siguientes. Vid., además, F. LEONE, *Colpa e attività pericolose*, «Archivo Penale», 1958, I, págs. 43 y ss.

(125) NUVOLONE, *La répression et la prévention en matière d'infractions involontaires*, en *Trent, anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, pág. 466.

(126) RICCIO, *ob. cit.*, pág. 63. Análogo., GALLO, *ob. y rev. cits.*, pág. 631. Afirma ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pág. 288, «...si la culpa consiste en un error, ¿cómo se distinguirá el error que deriva de culpa del error que de culpa no deriva?». Para RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., pág. 392: «siempre que hay culpa media un error, pero no siempre que hay un error la conducta es culposa». Si bien parece referirse, en este último caso, al «invencible», lo cual no supone novedad, respecto de lo ya manifestado por Alimena.

una colisión por haberse dormido y, en general, en todos los casos en que haya un descuido (127). De otro lado, si se parte del punto de vista de que la culpa supone una desatención del deber de cuidado, el defecto de atención no es error, sino, en todo caso, causa eventual del error (128). Pero, además, en la teoría del error se manifiesta, por otra parte, la necesidad de la previsibilidad, dándose, por consiguiente una especie de combinación entre ambas teorías (129). No parece, por tanto, haya ventaja alguna en la sustitución, por esta teoría, de la de la previsibilidad (130).

Finalmente el positivismo acudió al cómodo criterio de la peligrosidad para establecer determinadas categorías de delinquentes culposos. Recuérdese la famosa clasificación de Angiolini, y la no menos conocida de Altavilla (131), si bien éstas interesan, más que

(127). Vid. ANTOLOSEI, *Manuale*, cit., pág. 288. Así, por ejemplo, un automovilista olvida revisar los frenos de su automóvil y circulando a velocidad que, en condiciones normales, sería plenamente consentida atropella a un peatón, porque le falta el indispensable control del medio, es evidente que la imprudencia habida, aun cuando ha omitido el cerciorarse del funcionamiento de los frenos, no puede considerarse causa de la falta de representación en orden a la realización del hecho delictivo (Cf. GALLO, *ob. y rev. cit.*, pág. 632).

(128) «Si el error caracteriza la culpa y es su nota común —estima BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 7.ª ed., pág. 413—, esto no quiere significar que sea el error el que la determine, porque es un defecto evitable de atención el que genera el error mismo.» Análog., GALLO, *Colpa penale*, cit., pág. 632, quien afirma textualmente: «Así, unas veces será el error el que derive de la falta de observancia de las cautelas prescritas, otras veces habrá un cierto comportamiento imprudente en tanto en cuanto nos representemos, en esas circunstancias, la imposibilidad de la realización de un resultado prohibido por la ley». Vd., además, en este sentido y en relación al «riesgo cometido», REHBERG, *Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko»*, Zürich, 1962.

(129) El mismo ALIMENA, *ob. cit.*, pág. 33, se remite, de una parte al error vencible como causa de culpa y de otra considera la previsibilidad como un carácter de la culpa, de donde se deduce que realmente existe una combinación entre la teoría de la previsibilidad y la del error (Cf., además, RICCIO, *ob. cit.*, págs. 62-63, n. 88; ídem., PANNAIN, *Manuale*, cit., pág. 450).

(130) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 796.

(131) ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, Torino, 1901, V, dándose cuenta de la imposibilidad de reagrupar todos los delinquentes culposos en una sola categoría, los clasifica así: A) delinquentes culposos por defecto de sentido moral y de altruismo; B) por impericia o ineptitud; C) por defecto del mecanismo de la atención y de la facultad asociativa; D) por la fuerza del ambiente y «surmenage» físico e intelectual. Para ALTAVILLA, *La colpa*, citada, II, pág. 480, la mejor clasificación sería la siguiente: 1) delinquentes culposos por falta de sentido altruista, en cuya conciencia aparece la posibilidad o también la probabilidad del evento dañoso o peligroso; 2) delinquentes culposos cuya conducta imprudente deriva de una agresividad desviada; 3) delinquentes culposos que por causa psicofisiológica no han podido prever o evitar el evento dañoso; 4) delinquentes por impericia. Vid., además, EL MISMO, *Rapport présenté dans le VIII Congrès internationale de Droit pénal*, Lisboa, 1961, en «Rev. intern. de droit pén.», II, 1961, páginas 786-89. Tales clasificaciones, cuyo éxito ha sido muy dudoso, han sido rechazadas por algunos autores. Así, v. g., FRANQUINI, *Medicina legale in materia penale*, 5.ª ed., Padova, 1966, pág. 125, para el cual estas distinciones, privadas de una sustancial relación médico-científica, entremezclan situaciones confusas y no características de los delitos cometidos por

en el plano estrictamente dogmático, en el aspecto causal criminológico, desde el punto de vista de la dinámica del delito, al objeto de establecer y precisar las causas de una delincuencia tan difundida y tan necesitada hoy de un tratamiento adecuado, preventivo y represivo (132).

En la mayor parte de las teorías enunciadas hay, sin duda, un fondo de verdad. La previsibilidad es, por supuesto, uno de los elementos de la culpa y condición para que la imprudencia sea punible. Es, por un lado, empresa intelectual, puesto que depende de la atención. Pero como consiste —como indica Asúa— en fijar ésta, no cabe tampoco desprenderse del aspecto volitivo, y menospreciar la debida fijación de la atención es esencial en la culpa (133).

Ahora bien, supuesto que la culpa pueda fundamentarse, por un lado, en la previsibilidad, por otro consiste en una falta de precaución y psicológicamente supone una falta de atención (134). El sujeto tenía el deber de ser cauto y atento en tanto que ha obrado con ligereza. La experiencia común o técnica —afirma Antolisei— ense-

culpa, habida cuenta, además, de que la misma noción del delito culposo está muy lejos de ser establecida.

(132) Vid. MESSINA, *Considerazioni in torno alla delinquenza colposa*, SP, 1963, págs. 213 y ss., para el cual la ligazón entre el delito culposo y personalidad, o entre culpa y personalidad del reo, es un reflejo, una aplicación del más amplio principio dirigido a reafirmar la íntima relación entre delito y personalidad del reo, entre elemento psíquico del delito y personalidad. Vid., también en este sentido, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 55. Vid., además, SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad y pena*, en *Estudios penales*, III, Salamanca, 1972, pág. 80, quien apoya sus afirmaciones «en orden a una concepción totalitaria le la culpa, en la total personalidad del sujeto, aun cuando la matización de un más o menos se pueda dar con preferencia en alguna cualidad por separado, dentro de un sentido de imperfección global, pero vencible...». Y más adelante (pág. 88) añade: «La culpa es soberbio egoísmo... en referencia a esta satisfacción de nuestras propias pasiones, como expresión de nuestra propia personalidad normal, en cuanto ésta es defectuosa, sin crear involuntario y por eso se exige responsabilidad, porque, en resumen, hay voluntad.» Vid., también, ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, París, 1966, págs. 291-92.

En relación al examen de la personalidad del delincuente culposo, vid. FRANQUINI, *ob. cit.*, págs. 119 y ss. Por lo que se refiere, especialmente, a los delitos de circulación, vid., sobre todo, CANESTRANI, *L'autore dei reati stradali e la sua rieducazione*, SP, 1968, págs. 2y7 y ss. El citado autor señala cómo la posibilidad de efectuar estudios psicodiagnósticos sistemáticos sobre los autores de delitos de circulación conduciría a un buen conocimiento de las inconscientes motivaciones que son la base de la dinámica del incidente, y este conocimiento podría ser el criterio para la programación de una educación en orden a la circulación, verdaderamente válida y eficaz (pág. 230). En orden al problema de la educación y represión de los *negligent drivers*, vid. las ponencias y conclusiones del *Congrès international de criminologie organisé du 15 au 18 mars 1972*, en «Revue de droit pén. et de crim.», 1973, núms. 2-3, págs. 251 y ss., y espec. 275-81. Por lo demás, dado el carácter estrictamente dogmático de este trabajo, hemos de renunciar a tratar adecuadamente la cuestión bajo el plano de la delincuencia culposa, y en el ámbito de la dinámica del delito.

(133) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., págs. 828-29.

(134) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes modernes de la culpa (faute)*, *Rapport*, cit., rev. cit., págs. 866-67.

ña que es preciso guardar determinadas precauciones para evitar que los intereses de los demás sean perjudicados. Surgen así una serie de reglas de conducta. Y el delito culposo nace siempre y necesariamente de la inobservancia de algunas de estas reglas. De aquí que la esencia de la culpa deba centrarse en la inobservancia de las precauciones debidas (135). Para Schönke-Schröder el reproche por culpa sólo puede ser formulado sobre la base de que el autor haya violado un deber impuesto por el ordenamiento jurídico (136); en definitiva, el deber de cuidado necesario en el tráfico. No deben, sin embargo, menospreciarse los demás componentes esenciales a la culpa (137), la cual supone, fundamentalmente, una desatención hacia un deber de precaución, que comprende la consideración de todas las repercusiones de una acción que son previsibles (objetivamente) mediante un juicio de reproche (138). El sujeto debe haber tenido la posibilidad de conocer el injusto de su hacer (139). Se reprocha al autor la falta de cuidado debido o la desatención del deber de precaución porque, de acuerdo con sus condiciones personales, podía prever el resultado (140).

(135) ANTOLISEI, *Manuale*, cit., págs. 288-89.

(136) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 16 Aufl., página 525. La infracción del deber de cuidado es puesta de manifiesto por MEZGER-BLEI, incluso dentro del concepto de culpa (*Studienbuch*, I, 11, Aufl., cit., 198), «*Fahrlässig handelt derjenige, den Worwurf trifft dass er eine ihn persönlich obliegende Sorgfaltspflicht missachtet und deshalb die Tat und ihre Folgen nicht vermieden hat.*» Más allá llega el profesor Jean GRAVEN, *ob. y rev. cit.*, pág. 286, cuando estima que en los delitos de circulación «la componente intencional» se encuentra regularmente en la inobservancia o en el desprecio doloso de una regla de circulación.

En nuestra doctrina, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., págs. 218-19, pone de relieve cómo «en la culpa, la referencia de la conducta a las exigencias de la convivencia social, la integración del concepto por el *quebrantamiento de un deber* que el sujeto tenía ante la colectividad, aparece con mayor relieve que en el dolo».

(137) Vid., en orden a la compleja estructura de la culpa, JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado*, cit., pág. 836. La influencia de la vida efectiva en relación a la fundamentación de la culpa es puesta de relieve por SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad y pena*, cit., pág. 95 y ss., el cual se pregunta: ¿Pero es que no vemos también que un afecto puede cambiar la inteligencia y ésta transformar la voluntad? Vid., también, EL MISMO, *Culpabilidad en Derecho penal: especial referencia a la culpa*, en *Estudios penales*, I, Salamanca, 1967, páginas 14-15. La culpa —afirma Serrano Rodríguez— «puede depender de la inteligencia, puede depender de la voluntad, puede depender de la vida afectiva, puede depender de lo constitucional, etc., pero armanizándolo, estudiándolo en conjunto, extrayendo de ese modo la verdadera residencia de la causa de esa situación de culpabilidad». Vid., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., pág. 838: «Ese menosprecio del deber exigible, que le ordena obrar de otra manera..., es más que intelectual: *puede comprender*, en verdad, que no le respeta; pero lo *afectivo* entra en esa falta de aprecio.»

(138) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 132. Por tal razón todos los procesos causales no adecuados quedan excluidos del tipo de los delitos culposos (Cf. BOCKELMANN, *Kraftfahrt und Verkehrsrecht*, 1965, págs. 11 y ss.).

(139) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 176.

(140) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., 3.^a Aufl., pág. 486.

Finalmente no hay dificultad en afirmar que en la culpa pueden reconocerse un perfil objetivo y otro subjetivo. El primero —como afirma Jescheck, y es doctrina dominante en Alemania— viene referido a la antijuricidad y representado por una cualidad de la acción u omisión que se manifiesta contraria a las exigencias establecidas objetivamente por el ordenamiento jurídico; el segundo, relativo a la culpabilidad, requiere la prueba de que el autor, de acuerdo con su inteligencia, está individualmente en condiciones de cumplir el deber de cuidado que le había sido objetivamente prescrito (141).

Pero el problema del fundamento de la punibilidad de los delitos culposos no se resuelve con poner en claro que también en la culpa hay la realización culpable de un tipo de injusto. Rodríguez Devesa ha puesto de relieve cómo esto no basta para explicar por qué en derecho positivo los delitos culposos constituyen una excepción, castigándose sólo cuando expresamente lo determina la ley. Y es que interfieren aquí consideraciones de política criminal. De aquí que «los delitos culposos —añade el citado autor— no deben castigarse, sino cuando así lo aconseje la gravedad del resultado o su frecuencia estadística» (142).

De otra parte las conductas peligrosas no pueden constituir sin más que el peligro la sola base de la responsabilidad por culpa. Ya Frank (143) e Hippel (144) observaron que el deber de evitar el peligro, sin más, de una manera genérica no existe. Ya Hälschner señaló que «un deber ilimitado de omitir toda acción de la que pueden producirse consecuencias perjudiciales previstas como posibles condenaría a los hombres a una inactividad absoluta» (145). Y en forma similar se expresa, más modernamente, Niese (146). Determinados detrimentos son inevitables para las personas o para la pro-

(141) Vid. JESCHECK, *Aufbau und Behandlung...*, cit., págs. 8 y 21. Por eso es decisivo el estado de formación intelectual que posee el autor individualmente o el que debía poseer de acuerdo con su situación social (Confróntese WELZEL, *Das Deutsche Strf.*, cit., pág. cit.; ídem. en *Das neue Bild...*, cit., pág. 60). El *Entwurf* de 1962, en su parágr. 28, 2, exige que «el autor deje de observar las circunstancias y su situación personal». Y en el mismo sentido se pronuncian el parágr. 335 del StGB austríaco y el artículo 18, 3.º del CP suizo.

(142) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., I, pág. 394.

(143) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Herausgegeben und erläutert*, 18 Aufl., Tübingen, 1931, 59, VIII, 4.

(144) HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, Berlín, 1930, págs. 361-62.

(145) HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, I, 1881, 317.

(146) NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951, página 60. El automobilista que circula observando las reglas del tráfico y, de forma imprevista atropella a un peatón, no realiza una conducta típicamente antijurídica, pues si se la considerase como tal, ello significaría que toda lesión de un bien jurídico, comprendida la que tuviera carácter de inevitable que se produjera con motivo del tráfico motorizado, debería ser considerada «reprobable». Con lo cual, la única manera de evitar el reproche por haber realizado una conducta antijurídica, en el caso de accidentes inevitables, sería abstenerse totalmente de tomar parte en el tráfico con tales vehículos. Pero está fuera de duda que el orden jurídico no exige ni puede exigir esto.

piedad. Son, como diría Welzel, «socialmente adecuados», y, por ello no son, ni pueden ser antijurídicos (147). Cuando a consecuencia de la realización de acciones de esta índole, no obstante la observancia del cuidado debido, se produzcan lesiones de bienes jurídicos, ello significará una «desgracia, pero no un injusto» (148).

IV

La culpa puede revestir dos formas. En determinadas hipótesis, el autor ha previsto la posibilidad de un resultado lesivo, pero «como consecuencia —como afirma Maurach— de sobreestimar su capacidad final de dirección e infravalorar el deber de cuidado, que le ha sido impuesto y debe cumplir, cree posible evitar el resultado» (149). Por el contrario, puede ocurrir que el autor de un acto susceptible de causar un resultado perjudicial, típicamente previsto, no se haya dado cuenta de esta eventualidad, aunque considerando las circunstancias del caso y su situación personal hubiera debido y podido hacerlo (150). En otros términos, el autor, por no observar el debido cuidado, que le correspondía y podía cumplir, no ha previsto la posibilidad de producción del resultado típico. Se reconoce en estas dos hipótesis las formas habituales en Derecho penal de «culpa consciente» y «culpa inconsciente» (151). La culpa consciente representa un

(147) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 55.

Sobre el problema de la «acción socialmente adecuada», vid., especialmente WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW, Bd. 58, 51 (donde en principio viene enunciado por vez primera); HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW, Bd. 74, pág. 78; KLUG, *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, en *Festgabe für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, págs. 249 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandstheorie*, ZStW, Bd. 72, págs. 369 y ss.; FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.

(148) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 135. La frase es de NIESE (*Streik und Strafrecht*, 1954, pág. 30).

(149) MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, II, trad. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 221.

(150) Vid. art. 18, 3, CP Suizo.

(151) Vid. GRAVEN, *¿Cómo reprime el Derecho suizo las infracciones por negligencia?*, trad. R. Núñez Barbero, ADPCP, 1967, pág. 251, para el cual la negligencia se distingue, por encima de la intención, «en que el resultado no es querido». Para WELZEL, *Das neue Bild...*, cit., pág. 60, en la culpa consciente el reproche de culpabilidad tiene como base el que el autor confiaba en que no se produciría el resultado que estimaba como posible no debiendo haber confiado en ello, dadas las circunstancias del caso que le eran conocidas. En la culpa inconsciente el reproche de culpabilidad tiene como base el que el autor, al realizar su acción, no ha previsto la posibilidad de producción del resultado típico, habiendo podido preverla. Dado que la contravención del cuidado hay que ponerla en relación con la lesión posible del bien jurídico, la culpa consciente supondrá la lesión consciente del cuidado objetivo en la confianza de que el posible resultado no se ha de producir, mientras que en la culpa inconsciente la lesión del cuidado objetivo no es prevista, pero es previsible por el autor en relación al posible resultado (*Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 175). Sobre

puro vicio de voluntad. El autor realiza la acción, no obstante prever la posibilidad de producción del resultado. La culpa inconsciente representa, por el contrario, un vicio de representación y de voluntad. El autor realiza la acción, porque como consecuencia de no esforzarse suficientemente su entendimiento y voluntad no ha previsto el resultado (152).

Lo esencial de la distinción, señala Graven, con referencia al artículo 18, 3 del Código penal suizo, que aprecia perfectamente las dos formas, se limita a un defecto o a una ausencia de representación o de previsión de las circunstancias, o a una falsa previsión o representación (153).

La clasificación de ambas formas de imprudencia no tiene, en principio, importancia para la culpabilidad. Sería totalmente desacertado considerar la culpa consciente, por su naturaleza próxima al dolo, como la más grave de las formas de imprudencia, siendo frecuentemente mayor la culpabilidad de la culpa inconsciente, que desatiende las potencias de entendimiento y voluntad (154).

En las especies de culpa anteriormente descritas no hay, por tanto, una diferencia de naturaleza o de intensidad, sino una diferencia de forma, que la falta de diligencia reviste a propósito de una u otra. Estimamos, por ello, injustificable el establecimiento de una gradación *a priori* de las dos formas de culpabilidad culposa. Esta es la opinión dominante en Alemania a partir de Liszt y de Eberhard Schmidt (155). La gravedad de la culpa debe ser estimada a propósito de cada especie en particular (155 bis). Considerando la culpa consciente como la forma más grave, se llegaría, como dice Graven, a tratar al inconsciente, al aturdido peligroso que obra completamente a la ligera y no prevé jamás las consecuencias que puedan tener sus actos, con más indulgencia que al individuo que reflexiona o es incluso escrupuloso, que ha previsto las consecuencias posibles, pero que por un error de apreciación ha estimado en definitiva, en

la distinción, vid., además, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, 14 Aufl., München, 1970, pág. 222.

(152) MAURACH, *Tratado*, cit., pág. cit.

(153) J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 255

(154) Cf. MAURACH, *Tratado*, cit., pág. 222. En el mismo sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., pág. 1011; ídem. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., págs. 394-95: «El arquitecto que no ejerce ninguna clase de vigilancia sobre la obra que le ha sido encargada, obra sin duda más culpablemente que el que piensa que acaso se derrumbe por la mala calidad de los materiales, pero confía en que no ocurra en atención a su experiencia anterior en este tipo de construcciones.» «Acaso sea más peligroso —afirma JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1963— el sujeto que no prevé que el que se ha representado el efecto y espera que no se produzca.»

(155) Vid. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1916, trad. Jiménez de Asúa, pág. 418, n. 2; ídem. LISZT-SCHMITZ, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26 ed., Berlín y Leipzig, 1932, pág. 274, n. 3.

(155 bis) ROKOFYLLOS, *ob. cit.*, pág. 9.

lo cual se equivocó, que el fatídico resultado no se produciría (156).

Estas dos formas pueden tener un interés teórico y práctico en cuanto pueden determinar mejor el límite con el dolo eventual (157) (en el cual el resultado previsto ha sido aceptado en la mente del autor para el caso de que se produzca) y, por otra parte, con el caso fortuito (en el cual el resultado es absolutamente imprevisible). Una tal determinación debe ser hecha por el juez en virtud de la observación razonada de las circunstancias y el carácter del inculpaado. Se vuelve, entonces, a la fórmula de Frank: «¿el autor hubiera obrado también si hubiera sabido con certeza que se produciría el resultado?» (158). En caso afirmativo habrá que admitir el dolo eventual; en caso contrario, la culpa. La fórmula es, sin embargo, equívoca y debe ser manejada con prudencia, ya que el autor debe ser juzgado «con arreglo a lo que él ha querido en realidad y no con arreglo a lo que hubiera querido si hubiera pensado de otra manera» (159).

Es preciso reconocer, sin embargo, que la diferencia entre la culpa consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) y el dolo «eventual» (*bedingter Vorsatz*) o «dolus eventualis») es, frecuentemente, muy difícil de establecer, siendo, precisamente, la existencia de un gran número de casos límite la que plantea serias dudas sobre el valor de la clasificación de las infracciones según el género de culpa. Tal diferenciación depende, a menudo, de elementos fugaces, de cambios difíciles de captar y, en definitiva, prácticamente, de la apreciación por parte del juez de rasgos y matizaciones casi imperceptibles en relación al estado psicológico del autor en el momento de la realización de la acción constitutiva de la infracción (160).

(156) J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 256. Análogamente MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, 14 Aufl., cit., pág. 223: «Die "bewusste" Fahrlässigkeit ist als solche keineswegs immer ein Fall erschwerter Fahrlässigkeit.»

(157) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes modernes de la culpa (faute)*, *Rapport*, cit., pág. 869; ídem. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 3.^a Aufl. cit., pág. 456, quien pone de relieve cómo la separación entre ambas formas de culpa tiene importancia práctica para la delimitación entre dolo e imprudencia.

(158) Vid. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18 Aufl., Tübingen, 1931, pág. 190.

(159) J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 256. «Todo depende, en definitiva —estima Graven—, de la última apreciación que ha hecho en la práctica el autor, en el momento de obrar, en cuanto a la mayor o menor probabilidad del resultado y de su logro»; ídem. SCHWANDER, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, págs. 80 y ss.; ídem. HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, Allg. Teil, Berna, 1946, pág. 217.

(160) J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 257. La dificultad se ha puesto de manifiesto también en la doctrina alemana. Vid. JESCHECK, *Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechenbegriff*, *Festschrift für Erick Wolf*, 1962, pág. 473. Una desmedida ampliación del concepto del dolo se pone de manifiesto en SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, *Festschrift für W. Sauer*, 1949, págs. 207 y ss., en SCHMIDTHÄUSER, *Zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit*, GA, 1957, (Festschrift für E. Kern), pág. 305. El primero incluye en el dolo toda la «representación de una lesión posible del derecho» y el segundo de «la puesta en peligro concreta». De acuerdo con las conclusiones de la Gran Comisión de Derecho penal, en

Los criterios en orden a la determinación de la gravedad de la culpa habrán de tomarse, desde el plano objetivo, del carácter de las precauciones omitidas, ya que la gravedad del riesgo es uno de los elementos de la medida de la culpa, y, desde el plano subjetivo, de acuerdo con el nivel intelectual del autor (161). Cuanto mayores sean su inteligencia, experiencia y facultades de reflexión, mayores es el deber de diligencia y atención exigibles al mismo (162). De acuerdo con este punto de vista se clasifica también la culpa en *lata* o grave, menos grave o *leve* y *levísima* (163). La culpa lata y la leve son imputables, pero no la levísima, porque el derecho no puede llevar sus consecuencias hasta imponer a los ciudadanos cosas insólitas o extraordinarias (164). Por otra parte, una tal clasificación carece hoy de la significación y trascendencia que le dio el Derecho romano, al menos en el campo del Derecho punitivo (165).

su segunda lectura, el «dolo eventual» debía definirse como el «satisfacerse con la realización del tipo considerado como posible», y la culpa consciente como el «confiar en la ausencia de la realización del tipo». Por consiguiente, quien no confía en la ausencia del resultado, sino que cuenta con su realización habrá de estar (necesariamente) de acuerdo con él (Vid., sobre la cuestión, WELZEL. *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 71). La 2.^a Ley para la reforma del StGB ha renunciado, sin embargo, a definir los conceptos de dolo e imprudencia, dejándolos al posterior desenvolvimiento de los criterios científicos doctrinales y jurisprudenciales. En relación con este problema, vid., en nuestro derecho, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La faute consciente et le «dolo eventualis»*, «Rev. de droit pén. et de crim.», 1959-60, págs. 603 y ss., el cual aplica la fórmula de Frank al siguiente ejemplo: un automovilista circulando en lugar frecuentado, y en el que debía, por precaución, circular más lentamente, al pasar por un lugar en el que se sabe existe una escuela, ve a un niño atravesando la calle. Si el conductor espera evitar el accidente y, en la certeza de que no lo conseguirá, disminuye la velocidad, hay culpa consciente; si, por el contrario, el conductor, después de haber visto al niño atravesando la calle, en su deseo de llegar pronto, acepta la posibilidad de matar al niño antes que reducir su velocidad, hay dolo eventual. Por consiguiente, el dolo eventual se fundamenta en el hecho de que el autor acepte la posibilidad de que el resultado previsto se produzca (páginas 612-13). Recientemente, GIMBERNAT ORDEIG: *Acerca del dolo eventual*, «Nuevo pens. penal», B. Aires, 1972, págs. 356 y ss., comentando la S. TS de 2 de diciembre de 1967, se ocupa ampliamente del tema, pronunciándose, después de un análisis de las principales posiciones doctrinales, en favor de la teoría de la «probabilidad» (o representación) frente a la dominante del «consentimiento» (pág. 380).

(161) Cf. J. GRAVEN, *ob.* y rev. cit., págs. 258 y 260. Análog., en nuestro derecho, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., pág. 395.

(162) J. GRAVEN, *ob.* y rev. cit., págs. 260-61. En el mismo sentido, F. MEYER, *Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles*, «Rev. intern. de droit pén.», 1961, tomo II, págs. 1115-16.

(163) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob.* y pág. cit.

(164) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 220.

(165) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes*, cit., pág. 869. En el derecho anglo-sajón los términos *recklessness* y *negligence* se corresponden con los de culpa consciente e inconsciente, respectivamente, y no con los de culpa lata y leve, como pretende Kenny (KENNY'S, *Outlines of Criminal Law*, 19th. ed., by C. Hurner, Cambridge, 1966, pág. 35, n. 3) (Cf. WILLIAMS, *Criminal Law*, 2.^a ed., General Part., London, 1961, pág. 58).

V

Si siguiendo la teoría clásica, en la que se inspiran aún, esencialmente, la mayor parte de las legislaciones contemporáneas, el delito culposo comporta entre sus elementos constitutivos un resultado dañoso, un ataque efectivo y concreto a un bien jurídicamente protegido. Es considerado, fundamentalmente, como una infracción de lesión, lo que supone necesariamente la realización del efecto perjudicial previsto y penado por la ley (166). Sin duda el resultado lesivo no es suficiente, en sí mismo, para la constitución de la infracción culposa, sino que es precisa una actividad material, esto es, un comportamiento humano, positivo o negativo, si bien éste sólo puede ser considerado como delictivo si produce el resultado previsto y penado por la ley. La constatación de esta relación causal es lo que une realmente el comportamiento delictivo al efecto criminal (167). Por consiguiente la acción humana y el resultado lesivo se presentan aquí como los dos grandes componentes en la estructuración de la infracción culposa (168). Ahora bien, es un juicio *a posteriori* lo que permite atribuir un tal resultado lesivo a la correspondiente acción humana productora del mismo (169). Pero es preciso que aquella pueda ser imputada a su autor, y la base de este juicio se encuentra en la actitud psicológica del autor en relación al elemento material de la infracción. A tal relación psicológica se liga la culpa. Por consiguiente, ya se trate de culpa consciente o inconsciente, ya se aprecie en abstracto o concreto, en todo caso deberá estar referida no sólo al comportamiento del autor, sino

(166) Vid., en sentido crítico, ROKOFYLLOS, *ob. cit.*, pág. 5. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3 Aufl., cit., pág. 460, distingue en los delitos culposos entre tipos de lesión y de peligro, mas debe tenerse en cuenta —aparte los delitos de puesta en peligro típica— que la mayoría están aún hoy configurados como delitos de resultado lesivo. Vid., además, BAUMANN, *Strafrecht*, 5 Aufl., pág. 438. Vid., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado, cit.*, pág. 875.

(167) Sobre la cuestión, vid. MÜHLHAUS, *Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre*, Berlín, 1967, págs. 26-28. Vid., además, en relación a los delitos de circulación, BALSANO, *Colpa stradale*, Milano, 1959, páginas 139-40.

La imprudencia punible, tanto temeraria como simple con infracción de reglamentos que sanciona el art. 565 CP —ha dicho nuestro TS, siguiendo la doctrina tradicional—, se tipifica por una acción u omisión voluntaria, no maliciosa, generadora de un efectivo y concreto daño y por una relación de causalidad que ligue de modo evidente ambos extremos... S. 28-2-55 R. 446. Análog., S. 22-12-59 R. 4654; 28-3-64 R. 1675 y 16-4-70 R. 1840, entre otras..

(168) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado, cit.*, págs. 871-74.

(169) En los delitos culposos la sanción penal se aplica teniendo en cuenta los elementos objetivos de la infracción y los subjetivos y personales. El juez, una vez se ha asegurado de que una acción u omisión ha sido realizada por el autor y de que es causa del evento, debe establecer que tal acción ha sido realizada con conciencia y voluntad, pero sin voluntad de producir el resultado; y formula después el juicio de exigibilidad, declarando que podía exigirse al autor un comportamiento diferente, puesto que éste podía darse cuenta de las consecuencias de su conducta, aplicando la pena de acuerdo con la gravedad de la infracción y la personalidad del autor (C. NUVOLONE, *La répression et la prévention...*, cit., pág. 468).

también al resultado que aquel es susceptible de entrañar o, más exactamente, a la capacidad del primero para devenir causa productora del último (170).

El punto de vista expuesto se corresponde en lo esencial con el criterio mantenido por la doctrina tradicional (171). Cabe preguntarse entonces si una tal relación psicológica entre el autor y el elemento material de la infracción —aparte las dificultades, ya señaladas, que este planteamiento encierra en orden al fundamento de la culpa, particularmente de la *unbewusste Fahrlässigkeit*— (172) no debería ya existir en el momento en que el autor se decide a obrar. Sin embargo, en tal momento, como quiera que el resultado lesivo no ha acontecido aún, es solamente posible, eventual, se ha pretendido deducir de ello que la desatención del deber de cuidado que se reprocha al agente, ya sea debido a su imprevisión (culpa inconsciente) o a su esperanza temeraria (culpa consciente) no podrá referirse al resultado. Por consiguiente, la culpa habría de referirse no ya al resultado, sino, en todo caso, a la capacidad que la acción culposa lleva en sí (173). Razón por la cual autores como Herzog sostienen que la base de la infracción «involuntaria» es un delito de riesgo (174). Es cierto que en los delitos de resultado cometidos

(170) Vid. la exposición crítica de la doctrina tradicional en ROKOFYLLOS, *ob. cit.*, págs. 6 y ss., y espec. pág. 11. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, 14 Aufl., 1970, pág. 223, considera el delito culposo como un «delito de resultado», cuya producción fundamenta la punición, si bien no deja de señalar que el resultado puede consistir también en una simple puesta en peligro. MAURACH, *Deutsches Straf.*, cit., 3 Aufl., pág. 460, aun cuando distingue entre delitos de resultado y de simple actividad, reconoce que los primeros son, sin duda, los predominantes, interesando el resultado antijurídico, como tal, independientemente de la forma en que se produjo. Vid., también, BOLDT, *Zur Struktur der Fahrlässigkeits Tat*, en ZStW, 68 (1959), pág. 354.

(171) Ya se trate de un criterio voluntarista o causalista.

(172) Vid. *supra*, págs. 11 y 12. Cf., además, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., págs. 150-51; ídem. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, página 17.

(173) En este sentido, ROKOFYLLOS, *ob. cit.*, págs. 11 y 12, si bien entiende por peligro la probabilidad de producción de un resultado dañoso concreto, y no ya el riesgo general y abstracto de provocar cualquier lesión que determinados comportamientos, v. g., el hecho de conducir un automóvil o de proceder a una operación quirúrgica, engendran por sí mismos (Confr. n. 19, pág. 11).

(174) HERZOG, *La répression des infractions involontaires*, «Rev. de droit pén. et de crim.», 1958-59, para el cual la delincuencia imprudente se caracteriza por la aceptación voluntaria del riesgo en la esperanza pasiva de evitarlo. La fundamentación de tal criterio, que se hace, además, con base en planteamientos tradicionales, es muy discutible, pues, en determinados casos, el autor puede también «no ser consciente» del riesgo, del peligro —aunque «debiera» serlo— que su comportamiento entraña en orden a la producción del resultado. Por otra parte, no se puede afirmar que en este caso el autor acepte el peligro que su comportamiento pueda implicar si no es «consciente» siquiera del mismo. Vid. CORNIL, *La répression des infractions dites involontaires*, «Rev. de droit pén. et de crim.», 1957-58, págs. 695 y ss. De otro lado, el derecho, en interés del progreso no prohíbe todas las acciones peligrosas, sino que impone a todo partícipe en el trá-

culposamente aparece siempre como estadio previo a la realización del mismo la creación de una situación de peligro o riesgo —la acción arriesgada, de que habla Maurach— (175), lo cual no debe, sin embargo, conducir a suponer que la creación de una situación de peligro y conducta culposa son términos equivalentes (176). También es cierto que la culpa se puede concebir independientemente de la realización del resultado dañoso, hasta tal punto que un examen estructural del delito culposo lleva hoy a la conclusión de que ya no es decisivo el mero acto de voluntad que ocasiona el resultado, sino la ejecución concreta de la acción en cuanto que ésta ha de compararse con una conducta social tipo orientada a evitar resultados intolerables socialmente (177). Mas aun cuando una gran parte de la más autorizada doctrina científica haya profundizado actualmente en la estructura del delito culposo y puesto de relieve la importancia del comportamiento imprudente-objetivamente peligroso y «subjetivamente» culpable (178), haciendo de él el elemento decisivo de la infracción culposa, hacia el que habrá de desplazarse, sin duda, el centro de la represión (179), es lo cierto que hoy

fico un deber objetivo de dirección final, para evitar en lo posible lesiones del bien jurídico (Cf. WELZEL, *Das Neue Bild*, cit., pág. 33). Vid., también, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, StGB, 15 Aufl., págs. 524-25. Aparte de que toda acción contraria al cuidado debido ha de ser una acción que según un juicio razonable promueve un peligro para los bienes jurídicos, no toda acción que según un tal juicio provoca un peligro para bienes jurídicos es contraria al cuidado debido (Cf. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., págs. 132 y 137).

(175) Vid. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3 Aufl., cit., pág. 455; ídem. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 137; EL MISMO, *Das Neue Bild*, cit., pág. 37.

(176) Además de la n. 174 *supra*, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., pág. 392. «La situación de peligro, afirma el citado autor, puede crearse tanto dolosa como culposamente.» Vid., además, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., págs. 875 y 1061, quien, en general, se manifiesta, por otra parte, contrario a consideración de los delitos «culposos de peligro». Ídem., QUINTANO, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, IV, Madrid, 1967, pág. 492.

(177) Cf. WELZEL, *Das Neue Bild*, cit., XII; EL MISMO, *Rapport*, citado, rev. cit., pág. 1013; EL MISMO, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., páginas 129-30. Vid., además, BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 48.

(178) Sobre la cuestión, vid. JESCHECK *Aufbau...*, cit., espec., págs. 10 y 21, si bien pone de relieve que la antijuricidad del acto imprudente no depende solamente de la violación del deber de cuidado, sino también de que sobrevenga el resultado típico (pág. 16).

(179) Vid. J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 280: «Convendría... concentrar la represión 'directamente' sobre la acción o la omisión intencional que crea el riesgo prohibido, sin consideración al hecho de que se haya producido el resultado.» Ídem., MERLE et VITU, *Traité*, cit., pág. 458; ídem. DÜNNEBIER, *ob. y rev. cits.*, pág. 920; PISAPIA, *Prevention dans le crimes involontaires, relativement aux divers formes de la faute*, Actes du IV^e Congrès international de Défense sociale, Milán, 1957, H, págs. 533 y ss. Para DELITALA, *La prévention des infractions involontaires contre la vie humaine et l'intégrité corporelle*, en Actes du IV^e Congrès international de Défense sociale, I, Milán, 1957, págs. 549 y ss. «El valor sintomático no está, por tanto, en la infracción cometida, sino en la conducta del individuo que la comete; la infracción puede no producirse, sin que ello disminuya una

todavía, en el plano dogmático —y dejando aparte los delitos de puesta en peligro típica, cuya importancia actual y en un futuro próximo es obvia, particularmente en materia circulatoria (180)—, la

milésima la significación antirracional de la conducta realizada por el sujeto.» En análogo sentido, en nuestra doctrina, y con especial referencia a los delitos de circulación, vid. CONDE PUMPIDO, *Las modificaciones introducidas en el tratamiento de los delitos de tráfico por la ley 3-1967 de 8 de abril*, RDCr., 1967, pág. 228. Vid., además, BUCHIN, *L'imprudence dans la circulation routière*, «Rev. de droit pén. et de crim.», núm. consagr. al *Congrès intern. de criminologie organisé du 15 au 18 mars 1972*, Bruxelles, 1972, página 268; DUPREEL, *Rapport général présenté à l'issue du Congrès*, revista citada, pág. 290, pone de relieve cómo a través de las deliberaciones del Congreso se ha llegado a la conclusión de que para determinar la naturaleza de las sanciones a establecer en materia de delitos de imprudencia, particularmente en relación a la circulación por carretera, «conviene considerar el hecho en sí mismo, es decir, la importancia del riesgo aceptado por el autor de un accidente, más bien que las consecuencias de este hecho».

(180) Las leyes más modernas se conforman, cada vez más, con un peligro en lugar de una lesión como resultado de los tipos culposos (Vid. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, trad. J. Cerezo, Barcelona, 1964, pág. 77). Vid., v. g., parágr. 315, a) y 316 StGB, y art. 21 StVG, después de la modificación de 1968; art. 432 del Código penal italiano, artículo 320 del Código penal francés; Road Traffic Act, 1967, sec. 2, artículo 340 bis a) b) y c) CP. El problema se ha planteado, en general, sobre los delitos de peligro especialmente con ocasión del X Congreso internacional de Derecho penal celebrado en Roma. Vid. los distintos *Rapports* presentados en «Rev. intern. de droit pén.», 1969 (1-2). En general la «puesta en peligro», por lo que a su incriminación se refiere, es considerada como una *protección avanzada* de determinados intereses fundamentales, tan necesaria en una época en que el progreso técnico y las exigencias de la vida moderna han multiplicado y extendido los factores de peligro. Los *rappports*, griego, belga búlgaro, israelí, húngaro, finlandés y checoslovaco, v. g., se pronuncian en este sentido. Numerosos *rappports* tienen, sin embargo, buen cuidado de fijar y precisar límites a la incriminación de las conductas peligrosas, a fin de evitar las restricciones vejatorias de la libertad individual, y una proliferación injustificada de normas punitivas. Prevalció la tesis de que es preciso determinar con precisión la intensidad del peligro mismo, que debe ser *concreto y actual* (v. g., *rapport* checoslovaco). Es más, si la norma penal debe limitarse a prever un comportamiento peligroso en abstracto (si bien minuciosamente precisado), su aplicación debe quedar subordinada a la condición de que haya engendrado un peligro concreto (v. g., *rapport* alemán). El *rapport* italiano deja bien sentado que la conducta reprochable debe ser definida cuidadosamente. En orden a la culpabilidad, la tesis generalmente admitida fue la de que el dolo es una condición del delito, no en el sentido de voluntad de ocasionar un resultado dañoso, sino en el sentido de «consciencia de exponer bienes determinados a un peligro», considerado, en general, como «situación en que aparece como posible la realización de un daño a intereses jurídicamente protegidos (Schröder). Vid. *Rapport général, presentado por DELITALA*, rev. cit., págs. 287 y ss. Ahora bien, aun cuando sea deseable que aquellas conductas particularmente peligrosas abocadas a un resultado lesivo sean incriminadas especialmente como delitos de peligro (Vid. JESCHEK, *Lehrbuch*, cit., pág. 148) no deben confundirse los delitos de peligro con las figuras de simple actividad, puesto que los de peligro son siempre delitos de resultado, exigen una situación de peligro real y efectivo. Por ello me parece oportuno rechazar en general la idea de peligro abstracto, que se basa únicamente sobre la desvaloración de la acción, dado que la acción en relación a la culpa es siempre peligrosa

culpa no es punible, en general, si no se ha ocasionado el efecto perjudicial, que se convierte, de este modo, en un elemento indispensable en la constitución de la infracción culposa (181). El propio Welzel afirma que al desvalor de la acción debe unirse el desvalor del resultado, por el cual la acción adquiere, al menos según el Derecho positivo, carácter penal (182).

(Cf. J. BUSTOS y S. POLITOFF, *Rapport* chileno al Congreso cit., rev. cit., página 356). De otra parte las conductas peligrosas deben ser determinadas, a estos efectos no ya en consideración al riesgo que, en general, pueden llevar en sí, sino a la real puesta en peligro del bien jurídico en el concreto caso (Vid. CÓRDOBA RODA, *Rapport* español al Congreso cit., rev. cit., páginas 373-74). La jurisprudencia española ha venido dando una interpretación restrictiva a los preceptos con un contenido de peligro abstracto. Vid., v. g., en relación al art. 340 bis c) S. 6-5-66 y S. 13-5-66, entre otras. En relación a la distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto, vid., con respecto al art. 340 bis a) 2 S. 16-4-63 y S. 14-12-67, estudiadas por BERISTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria, Notas al artículo 340 bis a), núm. 2, RDCr.*, 1970, págs. 535-37. SCHWANDER, *Rapport* suizo al Congreso cit., rev. cit., pág. 418, pone de relieve cómo ha de haber una cierta moderación al reprimir las conductas de peligro, cuya incriminación debe quedar limitada al mínimo indispensable exigido por la seguridad de la vida moderna. En la legislación alemana, si bien se requiere un cierto comportamiento peligroso, en abstracto, se exige, además, en general, que este comportamiento haya creado un peligro concreto. Solución que según SCHÖDER, *Rapport* alemán al Congreso cit., rev. cit., pág. 31, representa, en cierta medida, una combinación de delitos de peligro abstracto y concreto. Tal combinación, según Schröder, no tiene, sin embargo, valor en los casos de homicidio o lesiones corporales por imprudencia, respectivamente, que no son ligadas a comportamientos precisos, por lo cual se manifiesta contra la introducción de aquellos delitos de peligro que se limiten a reprimir la creación de una amenaza para los bienes de otro sin que vayan unidas a actividades descritas con precisión.

(181) Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 219; CUELLO, *Derecho penal*, T. I, V. I, 16.^a ed., Barcelona, 1971, págs. 444-45; BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 7.^a ed., pág. 412; BAUMANN, *Starecht*, cit., 5.^a Aufl., págs. 438 y 441. Vid., además, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 15 Aufl., cit., páginas 520-21. «Dado que los delitos culposos —dice WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 135— están todavía hoy contruidos, generalmente, como delitos de lesión, se requiere para la realización del tipo, que la acción contraria al cuidado debido se haya concretado en la lesión de un bien jurídico.» Sobre el problema, vid., también ROKOFYLOS, *ob. cit.*, página 15.

(182) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* cit., pág. 136. Admite, sin embargo, que el resultado no es la parte esencial del delito culposo, sino que sólo lleva a cabo una «selección» dentro de él en relación a su punibilidad (Vid. Prólogo a «*El nuevo sistema de Derecho penal*», cit., trad. por Cerezo, pág. 18). Pero la lesión del bien jurídico es precisamente consecuencia de la falta de observancia del cuidado debido, como pone de relieve CEREZO, *Notas a «El nuevo sistema»*, cit., pág. 18, n. 4. Vid., además, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la antijuricidad en el finalismo*, Madrid, 1963, pág. 81. Es más, si el resultado no fuera más que un elemento selectivo de las acciones negligentes se habría podido sostener que el legislador no incriminaría los resultados perjudiciales más que si ellos son culposos, pero el legislador en muchos casos va más lejos y gradúa rigurosamente la punición en consideración a la gravedad objetiva del resultado ocasionado, lo cual rompe el equilibrio necesario entre culpa y resultado, haciendo a éste preponderante en toda la gama de los delitos imprudentes (Vid., en relación al derecho francés ROKOFYLOS, *ob. cit.*, pág. 19). Vid.,

VI

La responsabilidad en Derecho penal supone, en primer lugar, que el autor viole el ordenamiento jurídico, a lo cual se denomina antijuricidad, y en segundo lugar, que la violación del ordenamiento jurídico pueda ser reprochada al autor, a lo que se denomina culpabilidad. La culpa ha sido teóricamente considerada en el pasado como especie de la culpabilidad, es decir, como un reproche que se hace al autor por no haber usado toda la prudencia que le hubiera sido posible para evitar la lesión de un bien jurídico (183). La nueva teoría dominante en Alemania, Suiza y Austria, despejada ya incluso de sus premisas finalistas, consiste en que la imprudencia (*Fahrlässigkeit*) es entendida en la actualidad como un elemento de la antijuricidad, esto es, como una cualidad de la acción de ser inferior a aquella exigencia de diligencia que el ordenamiento jurídico debe establecer de un modo general, sin consideración a la capacidad personal de un hombre cuidadoso o concienzudo en la situación del autor (184). La jurisprudencia del BGH se ha adherido a esta posición (185). Las consecuencias de tal punto de vista han tenido honda repercusión en la doctrina y en la jurisprudencia alemana, suiza y austríaca, en cuanto que habían mantenido hasta hace poco tiempo el criterio de considerar la medida objetiva de diligencia dentro del marco de la culpabilidad (186).

además, en relación a nuestro derecho, art. 565, 5 «... Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad», aunque paliado, en parte, por el último pfo. del mismo artículo.

(183) Vid. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit., pág. 272; recientemente, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, cit., Std., 14 Aufl., pág. 214; BAUMANN, *Strafrecht*, 5 Aufl., cit., pág. 438.

(184) Vid., v. g., en Alemania, Armin KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, ZfRV, 1964, pág. 45; MAIHOFER, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, cit., páginas 184 y ss.; NIESE, *Finalität Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951; STRATENWERTH, *Die Bedeutung der finalen Handlungslehre*, SWZSt, 1967, págs. 205 y ss.; JESCHECK, *Aufbau*, cit., págs. 9 y ss.; EL MISMO, *Lehrbuch*, cit., págs. 375-76; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 127, en Austria, NOWAKOWSKY, *Zur Theorie der Fahrlässigkeit*. «Jur. Blätter», Wien, 1953, pág. 506-11; RITTLER, *Lehrbuch des Osterreichischen Strafrechts*, Allg. teil, 2 Aufl., Wien, 1954, pág. 217. En Suiza, Jean GRAVEN, ob. citada, rev. cit., págs. 254-55-58-64-65; idem. en *Colloque du XXV^e anniversaire de la «Rev. de sc. criminelle»*, rev. cit., pág. 253. Vd., también, SCHWANDER, *Das Schweizerische StGB*, 2 Aufl., Zürich, 1964, pág. 94. Contrariamente, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, cit., 15 Aufl., pág. 527, quien considera la culpa solamente desde el aspecto subjetivo. Distinta posición de la dominante es la de MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., 3 Aufl., pág. 468, quien aplica el primer grado de la «atribuibilidad» o responsabilidad por el hecho.

En la dogmática civilista se admite ya que para la antijuricidad de un comportamiento peligroso es preciso que se haya transgredido el deber objetivo de cuidado, vid., v. g., CAEMERER, *Wandlungen des Deliktrechts*, II, Karlsruhe, 1960, pág. 132.

(185) BGH VRS 14, 30.

(186) Vid. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., II, pág. 364; OEHLER, *Das*

Para comprender la significación de la imprudencia, desde el plano de la antijuricidad, hay que partir de la base de que la norma jurídica es un imperativo que incide sobre el comportamiento humano, obligando a los miembros de la comunidad a emplear la diligencia objetivamente ordenada en el tráfico, al objeto de evitar la realización de un resultado desaprobado por la ley (187). El contenido del cuidado debido, o de la diligencia debida (*Sorgfaltsgebot*) está en reconocer la peligrosidad de una determinada situación para el bien jurídico protegido y obrar en consecuencia, esto es, o bien absteniéndose totalmente de realizar una tal acción o emprenderla sólo con la debida cautela (188).

El reconocimiento de que el injusto del hecho culposo radica en la forma de realización de la acción (189) hace posible tener en cuenta para la determinación de la pena tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado (190). Al hecho culposo, aunque el autor no sea culpable, pueden serle aplicables medidas de seguridad (191). En el marco objetivo de la culpa no puede exigirse al autor más allá de la diligencia que se requiere, en sentido general, en el ámbito penal, aun cuando aquel, por sus particulares circunstancias pudiera poner una mayor diligencia (192).

La antijuricidad del hecho culposo dependerá, sin embargo, no sólo del deber de diligencia en la realización de la acción, sino que habrá de ser determinada también por la producción del resultado típico (193). Ciertamente se ha dicho, y es notorio, que a menudo

objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, págs. 74 y siguientes; Eb. SCHMIDT, *Der Artz in Strafrecht*, Leipzig, 1939, pág. 173.

(187) Vid. ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand in Strafrecht*, en DJT-Festschrift, I, Karlsruhe, 1960, pág. 413 y ss.

(188) JESCHECK, *Aufbau...*, cit., pág. 10.

(189) Lo que no significa, como afirma WELZEL, *Prólogo a «El nuevo sistema de Derecho penal*, cit., pág. 18, que con el desvalor de la acción queda ya completamente fundamentado lo injusto material de los delitos culposos, menoscabando la importancia del resultado (vid., *infra*, n. 194).

(190) JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 11. BOCKELMANN, *ob. cit.*, pág. 7.

(191) JESCHECK, *ob.* y pág. cit. Debe tenerse en cuenta que para la imposición de medidas de seguridad y corrección debe requerirse la previa realización de un hecho que, al menos, tenga los caracteres externos de delito, como pone de relieve ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., págs. 583 y 584, o, por mejor decir, cuando se habla de medidas de seguridad post-delictivas debe emplearse la palabra «delito» en el sentido de acción penalmente antijurídica, sin base en la culpabilidad (Cf. ANTÓN ONECA, *ob. citada*, pág. 584). Vid., además, parágr. 42 m StGB. A diferencia del parágr. 37 StGB, que emplea la expresión «acción punible» (*strafbare Handlung*), en el parágrafo 43 emplea el término «acción sancionada con pena» (*eine mit Strafe bedrohte Handlung*), lo cual explica el que puede ser impuesta al autor la retirada del permiso de conducción también en el caso de que aquel no sea culpable.

(192) Cf. JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 12; ídem. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., pág. 74; EL MISMO, *Das Deutsches Strafrecht*, cit., págs. 134-35; ídem. MAIHOFER, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, ZStW, 70, págs. 163 y siguientes.

(193) Vid. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 376; ídem. Arthur KAUFMANN, *Schuldprincip*, cit., pág. 372; GRAVEN, *ob. cit.*, pág. 264; BETTIOL, *Diritto*

es una cuestión de azar el que una persona sea muerta o herida por una acción culposa (194), pero sería erróneo pretender, por ello, que el resultado es una mera condición objetiva de punibilidad (195). Los motivos que ligan el resultado con la acción culposa son —como indica Jescheck—, en primer término, que el peligro para el objeto de la acción determina la clase y la medida del deber de cuidado en cada caso; en segundo lugar, la violación del deber de cuidado debe reflejarse en el resultado, y en último término, éste debe ser previsible en el momento de la realización de la acción para toda persona situada en el mismo medio de actividad en que se encontraba el autor (196).

penale, 7.^a ed., cit., pág. 415; CIGOLINI, *La responsabilità della circolazione secondo la nuova legislazione*, Milano, 1963, pág. 654; CEREZO MIR, *Notas a «El nuevo sistema de Derecho penal»*, de WELZEL, cit., pág. 18, n. 4.

(194) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, cit., pág. 83; Vid, además, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 136; CEREZO, *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, ADPCP, 1970, pág. 599; CONDE PUMPIDO, *Modificaciones*, cit., RGLJ, 1968, pág. 4. Sobre la cuestión, vid., espec., HERZOG, *ob.* y rev. cit., pág. 98.

(195) Como afirman en la doctrina italiana MANZINI, *Trattato*, cit., I, págs. 606 y 745, y VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, «Studi senesi», v. 43, págs. 45 y ss. Observa, sin embargo, BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 7.^a ed., pág. 415, con razón, que en el resultado ocasionado culposamente «no puede hablarse de la presencia de una condición de punibilidad porque el resultado está en relación causal directa con el comportamiento del sujeto, mientras la condición de punibilidad supone, lógicamente, la presencia de un hecho típico, siendo el resultado, en el cual la condición de sustancia, totalmente extrínseco tanto en relación a la causalidad material como a la psicológica». Análogo reproche, en relación a la fundación otorgada por WELZEL al resultado y sus consecuencias, hace CEREZO, *Notas a El nuevo sistema de WELZEL*, cit., n. 4, pág. 18. Vid., también, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones*, cit., pág. 82, n. 38; ídem. CÓRDOBA RODA, *Fahrlässigkeitsregelung im Spanischen Strafrecht*, ZStW, 81, 1969, pág. 431.

(196) Cf. JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 16; *Lehrbuch*, cit., pág. 386. Vid., además, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 21; MÜLHAUS, *Die Fahrlässigkeit...*, cit., págs. 45 y ss.

La primera condición para la imputación del resultado es la relación causal, la cual, según la reiterada jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, es constatada cuando la acción no puede ser mentalmente eliminada sin que el resultado venga a faltar (BGH, I, 332). Pero el resultado debe ser la consecuencia de la violación del deber objetivo de cuidado. Mas ¿qué ocurre si un niño salta repentinamente la calzada frente a un conductor que conduce descuidadamente, que éste, aun cuando hubiera conducido cuidadosamente, lo habría lesionado? En una operación quirúrgica, un médico emplea, para la anestesia, cocaína, en vez de novocaína, al ser aquella inadecuada, el paciente muere; pero al practicar la autopsia se demuestra que el paciente hubiera muerto igual con la inyección de novocaína, como consecuencia de su estado de debilidad física, que no era cognoscible objetivamente por el médico (ejs. cit. por EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken, Festage für R. Frank*, I, Tübingen, 1930, de la jur. del RG). En estos ejemplos, más que la relación causal, falta la relación entre la lesión del cuidado objetivo con la producción del resultado (Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 136). Afirma la responsabilidad, sin embargo, JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 17. El problema, muy debatido hoy en la doctrina alemana, ha sido tratado, con exhaustivo examen de la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, por RU-

En resumen, la antijuricidad del hecho culposo estará determinada por tres elementos: 1) conocimiento o cognoscibilidad del peligro de realización del resultado típico; 2) un obrar que cara a este peligro implique la falta del cuidado objetivamente ordenado en el tráfico, y 3) en relación a los delitos culposos de resultado material, para que se dé un injusto típico es preciso que el resultado se produzca, pues éste no está situado fuera de la norma violada. Para la punición es preciso, sin embargo, como segundo presupuesto (y aquí radica esencialmente el problema de la separación con la culpa civil), la culpabilidad, la cual requiere, además, la prueba, para el autor, de que por su inteligencia y su cultura, su experiencia de la vida y situación esté individualmente en condiciones de cumplir

DOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schuttsweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, JuS, Dez., 1969, págs. 549 y ss., quien pone de relieve cómo toda producción del resultado, como consecuencia de una conducta contraria al deber de cuidado, no supone la existencia del injusto de la acción culposa. Refiriéndose a la sentencia del BGH (12, 79) — en la que el conductor de un turismo, contra la prohibición del StVO, es decir, con infracción de las precauciones legalmente ordenadas, adelanta a otro vehículo y se produce el accidente, aunque motivado sólo porque se sale una rueda del coche a causa de un defecto técnico desconocido— pone de manifiesto cómo el que este accidente sea la consecuencia causal de la lesión del cuidado debido no supone la existencia del injusto del delito imprudente. Según Rudolphi una mejor precisión del delito de imprudencia requiere una determinación más próxima de la relación, necesaria para la constatación de la antijuricidad, entre la lesión del deber de cuidado y la producción del resultado. Es decir, se trata de dar solución al problema de cómo y en qué condiciones la lesión del deber de cuidado cometida por el autor constituye un motivo de imputación suficiente del resultado causado por aquél. En definitiva, la cuestión consiste en saber si pueden ser objetivamente imputadas al autor, como injusto, todas las consecuencias, sólo las previsibles o, quizá, aquellas que han constituido el verdadero sentido y finalidad del deber de cuidado. El BGH ha reconocido que la punibilidad de la imprudencia podía ser ampliada indefinidamente y que podían ser imputadas al autor las consecuencias más abstrusas de su conducta infractora de un deber. El BGH ha intentado, por ello, limitar la previsibilidad subjetivamente no reprochando como culpable la conducta que motivó el suceso a pesar de la previsibilidad del resultado, considerando que éste es una consecuencia que resta fuera de la experiencia de la vida (Cf. RUDOLPHI, *ob.*, y *rev. cit.*, pág. 350). En la doctrina civilista en Alemania federal se afianza, cada vez más, la idea del carácter protector de la norma, según la cual, y a efectos de la indemnización correspondiente, los daños causados por medio de una conducta imprudente, sólo pueden ser imputados al causante si el deber de diligencia lesionado por él iba dirigido a proteger a la persona dañada por la lesión concreta del bien jurídico. A esta doctrina parece adherirse el BGH. Este criterio de carácter protector de la norma, en la imprudencia, ha sido puesto de manifiesto «*expressi verbis*» en la doctrina penal, sólo aisladamente para la resolución del problema de la imputación. Sobre esta cuestión, que afecta esencialmente a la relación entre el deber de cuidado y el resultado. *vid.*, espec., GIMBERNAT, *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, ZStW, 80 (1968), págs. 922-23, n. 20; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 387; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965, págs. 143 y ss.; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW, 74 (1962), págs. 411 y ss.

el deber de cuidado que le había sido objetivamente prescrito (197).. Este criterio «subjetivo» de la culpa es común a todas las legislaciones de lengua alemana (198).

En segundo análogo se manifiesta, en la doctrina suiza, Graven, cuando, al tratar de determinar las condiciones en que la negligencia ha de ser considerada «culpable», precisa que tal determinación se hará, en primer lugar, desde el punto de vista objetivo, teniendo en cuenta las precauciones que estaban «determinadas por las circunstancias y, en segundo término, desde el lado subjetivo, el juez deberá considerar, además, aquellas precauciones impuestas «por la situación personal del autor» (199). Es precisamente aquí donde reside el núcleo de la culpa *Der Kern der Schuld* a que se refieren Schwander y Schönke-Schröder (200).

La distinción en el delito culposo de factores objetivos y subjetivos, constitutivos en parte de la antijuricidad y en parte de la culpabilidad hace posible, como ha dicho Jescheck, una construcción jurídica sistemática y convincente que tiene también sus ventajas prácticas. La era de la técnica no puede ser entendida ni como un mundo de museo de absoluta seguridad, ni como invitación a la vida peligrosa. Así como el injusto del acto delictivo viene determinado también por el resultado, para la determinación de la pena, la acción y la culpabilidad deben ser consideradas en igual medida que la gravedad del daño (201).

Problema distinto es el que, desde un plano político-criminal, y señaladamente en materia de tráfico circulatorio, las infracciones sin consecuencias lesivas, pero particularmente peligrosas, deben ser consideradas de modo especial, castigándose los actos generadores del riesgo prohibido como merecen e introduciendo al lado de las clásicas infracciones de lesión un sistema ordenado y coherente de incriminación de la «puesta en peligro» que permita la organización de una auténtica y profunda defensa, de carácter esencialmente preventivo (202). Pero debe rechazarse absolutamente un abandono, sa-

(197) Cf. JESCHECK, *Aufbau*, cit., págs. 20-21; *Lehrbuch*, cit., págs. 394 y 395; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 176: «es decisivo el grado de formación intelectual que posee el autor o el que debía poseer dada su posición social». MUHLHAUS, *Die Fahrlässigkeit*, cit., pág. 34.

(198) Vid. parágr. 18, 2 *Entwurf StGB*, 1962; art. 18, 3, CP suizo; parágr. 325 StGB austríaco. Cf. *supra*, n. 141.

(199) J. GRAVEN, *ob. y rev. cit.*, págs. 258 a 261.

(200) Vid. SCHWANDER, *Das Schweizerische StGB*, cit., págs. 75 y siguientes (aunque se refiere concretamente a la «culpa» a partir de la página 80), con cita de SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, que emplea este término en la 4.ª ed. (pág. 172), y sucesivas hasta la 7.ª (pág. 217).

(201) JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 29.

(202) Vid. J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 286; ídem. ROKOFYLLOS, *obra citada*, pág. 119.

En nuestro derecho, QUINTANO, *Derecho penal común y especial de la circulación*, V *Curso intern. de derecho de la circ.*, Madrid, 1963, pág. 73, niega, sin embargo, el carácter criminal de los delitos de peligro (abstracto y concreto) de la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962, criterio que mantiene en lo esencial en el *Tratado de la:*

crificio o atenuación del principio de culpabilidad en relación a los hechos culposos, aunque se trate de delitos de circulación (203). El legislador deberá optar por el mantenimiento y desarrollo de un sistema «subjetivo», matizado con un amplio régimen de educación y prevención especial, esencialmente individualizador en orden a las sanciones, con preferencia a la ya vieja doctrina de la represión objetiva, aunque modernamente se la pretenda hacer resurgir, disfranzándola con aires vanguardistas (204).

VII

El hecho de que el autor haya ocasionado causalmente el resultado típico no supone ya, sin más, que haya actuado en forma imprudente, pues no toda lesión causal de un bien jurídico representa

Parte especial del Derecho penal, IV, Madrid, 1967, págs. 481-82. Pero, como pone de relieve CEREZO, *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, ADPCP, 1970, pág. 595; la exclusión de los delitos de peligro concreto del ámbito del Derecho penal y su transformación en simples infracciones administrativas sería contraproducente para el cumplimiento de la función ético-social del Derecho penal. Máxime cuando el que de una conducta peligrosa se derive o no un resultado lesivo depende casi siempre del azar. La pena no sería ya expresión de un reproche ético-social, sino confirmación de la mala suerte del conductor (Vid., además, CONDE PUMPIDO, *Modificaciones...*, cit., pág. 38). En el sentido expuesto, vid., especialmente BOCKELMANN, *Der Schuldgehalt des menschlichen Versagens im Strassenverkehr*, en «Verkehrstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge», Hamburg, 1967, págs. 82 y ss. Conforme, sin embargo, con QUINTANO, *Tratado, citado*, IV, pág. 463, en que la delincuencia de tráfico no merece plena sustantividad penal, justificativa de una legislación especial al margen de la común, como pretende DEL ROSAL, *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación*, *V Concurso Intern.*, cit., págs. 285 y ss., y BERISTAIN, *Especialidad del Derecho penal de tráfico*, RDCr, 1964, pág. 743. Tal especialidad, construida teniendo en cuenta el medio ejecutivo, sería tan inconsistente —afirma QUINTANO, *Tratado*, cit., pág. 480— como construir un Derecho penal de las sustancias venenosas o de las armas de fuego. No se olvide tampoco que también pueden cometerse delitos dolosos tales como el homicidio o el asesinato y las lesiones corporales por medio de vehículos de motor y a nadie se le ocurre pensar que por ello habrían de ser segregados del Código penal (Cf. CEREZO, *Problemas fundamentales*, cit., página 583).

(203) Como pretenden WIMMER, *Über unzulässige Vertiefung der Schulfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahren*, NJW, 1959, págs. 1757 y ss.; FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter des Technik*, Zurich, 1961, páginas 36 y ss., 45 a 47, 57, 59 y ss., y 68 y ss., y, aunque, desde otro plano, BOOSS, *Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht*, NJW, 1960, página 373. En el sentido expuesto en el texto, vid., JESCHECH, *Aufbau*, cit., página 29.

(204) Cf. GRAVEN, *ob. cit.*, pág. 287; ídem. SCHULTZ, *Die Strafbestimmung des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr*, Berna, 1964, pág. 34. Confrontese NUVOLONE, *La répression et la prévention*, cit., págs. 470-74. Vid., además, en orden a la determinación de la naturaleza de la sanción, por lo que se refiere a las infracciones culposas en materia de circulación, DUPREEL, *Rapport general al Congreso internacional de Criminología de Bruselas de 1972*, en «Rev. de droit pén. et de crim.», cit., págs. 290-91.

un injusto típico (205). El hecho culposo, al igual que el doloso, requiere siempre de aquellos elementos básicos para la configuración del mismo: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (206). De acuerdo con su contenido conceptual, la acción contraria al cuidado ordenado en el tráfico debe, según un juicio razonable, crear un peligro para los bienes jurídicos (207). Pero esto no basta para formular el reproche de culpabilidad. Es preciso, para ello, constatar que el autor, con su comportamiento arriesgado, peligroso, además, de haber infringido el deber de cuidado requerido, en general, en el tráfico para evitar la producción del resultado típicamente previsto, no haya observado aquellas previsiones que le eran exigibles de acuerdo con sus personales aptitudes (208).

Por consiguiente, el juicio de imprudencia supone la existencia de dos componentes configuradas tradicionalmente como lesión del deber objetivo de cuidado, en general, e inobservancia del cuidado individualmente posible al autor, esto es, de acuerdo con sus concretas posibilidades personales (209). Una vez constatado que el autor no ha aportado la capacidad exigible a la generalidad, así como el no haber respondido a sus condiciones y aptitudes individuales puede ser emitido el juicio de culpabilidad en relación al delito imprudente (210).

La doctrina hasta hace poco dominante había situado ambas valoraciones de la culpa, «objetiva» y «subjetiva», en el ámbito de la culpabilidad. El injusto de la acción culposa radicaba, según este criterio, en la causación del resultado típico (211). La responsabilidad del autor de un delito culposo se afirmaba en cuanto que el resultado lesivo era consecuencia de la infracción del deber de cuidado, tanto del ordenado con carácter general, como del individualmente posible al autor. Ambas situaciones quedaban comprendidas dentro del ámbito de la culpabilidad en los delitos culposos (212).

(205) Vid. JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 16; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1969, págs. 119 y ss. Confr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3.^a Aufl., cit., pág. 462.

(206) MAURACH, *ob. cit.*, pág. cit.

(207) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* 11 Aufl., cit., pág. 132.

(208) Vid. JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 21. Confr. MAURACH, *ob. cit.*, página 484.

(209) Vid. MAURACH, *ob. cit.*, pág. 462; ídem. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., pág. 50; EL MISMO, *Notas a MAURACH*, páginas 257-58, n. 10.

(210) Cf. MAURACH, *ob. cit.* y pág. cit.

(211) Cf. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Std, 14 Aufl., cit., págs. 218-20 y 223.

(212) Si el autor, no obstante haber causado el resultado típico, ha observado el cuidado generalmente debido en el tráfico, quedará absuelto por falta de culpabilidad, sin tomar en cuenta sus aptitudes personales. Si el autor no ha observado el deber objetivo de cuidado en el tráfico, procede entonces llevar a efecto el juicio de culpabilidad, habida cuenta de sus aptitudes personales. Vid. este doble examen en LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit., pág. 261; HIPPEL, *ob. cit.*, pág. 361; MEZGER, *Strafrecht*, *Lehrbuch*, 1949, pág. 358; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*. Std., cit., pág. 221; SCHWARTZ-

La doctrina actualmente dominante en Centro-europa estima que no es suficiente la causación pura y simple del resultado culposo para la existencia de la acción imprudente, como ha demostrado Welzel (213), sino que la producción del resultado ha de ser causada por una acción contraria al cuidado debido, con una «probabilidad rayana en la certeza» (214). Sin embargo, el problema de la exclusión del injusto en aquellos casos en los que, si bien no se ha observado el cuidado debido, el resultado se habría producido igualmente, aun cuando el autor hubiera obrado prudentemente, ha sido uno de los más debatidos en la doctrina alemana más reciente: Ejemplo: un automovilista cruza descuidadamente un paso de peatones; un suicida le sale al paso de repente y se lanza bajo las ruedas muriendo atropellado. De acuerdo con las circunstancias concretas la víctima habría sido atropellada en todo caso, aun cuando el conductor del automóvil hubiera obrado con toda prudencia (215). Las soluciones, en relación a los casos concretos planteados a la jurisprudencia del RG y del BGHSt han partido de premisas diversas. De una parte, con base en la doctrina de la «conditio sine qua non», se niega la relación causal material, lo cual en general debe rechazarse, pues, aparte de que no es acertado —como alguna vez ha hecho el RG— afirmar que «el resultado no ha sido causado por la violación del deber de cuidado» —lo que produce el resultado no es la violación del deber de cuidado, sino la acción transgresora de ésta—, en casos como el aludido anteriormente la conexión causal no puede negarse, pues lo cierto que la acción del automovilista ha «causado» el resultado muerte (216). De otro lado, y aunque con diversidad de mati-

DREHER, *Kurtzkommentar StGB*, 29 Aufl., 1967, 222, 4 A a). Confr. BAUMANN, *Strafrecht*, cit., 5 Aufl., pág. 441.

(213) WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., págs. 8 y ss.

(214) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 136; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit.; ídem. EL MISMO, *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, JZ, 1969, págs. 364 y ss.

(215) Vid., además, en relación con el problema, *ut supra*, n. 196, donde se pone de relieve también la problemática que plantean en la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* otros casos análogos y que ha sido estudiada perfectamente por RUDOLPHI, *ob. cit.*, págs. 549 y ss.

En el caso aludido en el texto la tesis dominante considera que no puede determinarse con una probabilidad cercana a la certeza el que el resultado se haya producido como consecuencia de la lesión objetiva de cuidado. Confr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 136. En el caso expuesto se afirma, siguiendo este criterio, que aun cuando haya ciertamente una acción descuidada, ello sólo podría constituir el injusto de un delito culposo de peligro abstracto, pero, en ningún caso, podría ser castigada como constitutiva de homicidio culposo (Cf. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 75).

Sobre esta cuestión, vid., además de las obras citadas, *ut supra*, nota 196, KAUFMANN (Arthur), *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, págs. 226-31; SPENDEL Günter, *Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeit-BGHSt*, 11, 1, JuS, 1964, págs. 14 y ss.; BINAVINCE, *Die vie Momente der Fahrlässigkeitsdelikte*, Bielefeld, 1969, págs. 208 y ss.

(216) En relación con este punto de vista, vid., LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit., págs. 161 y ss., vid. BGHSt, 1, 332.

ces, la teoría dominante mantiene, generalmente, el criterio de que entre la lesión del deber de cuidado y el resultado ha de existir una determinada relación. Si el resultado se hubiera producido igualmente en el caso de que el autor se hubiera comportado de acuerdo con el deber de cuidado falta la relación que fundamenta la responsabilidad y hay que absolver (217). Pero la dificultad radica en constatar qué

Una crítica de esta posición causalista, puede verse, sobre todo, en ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., ZStW, págs. 419-25; ídem. SPENDEL, *ob. y rev. citadas*, páginas 14 y ss.; EL MISMO, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, en *Festg. für Eb. Schmidt*, 1961, pág. 212; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, págs. 119-23.

También WELZEL estima que en estos casos no hay tal relación causal, sino la relación radicante en el tipo entre la producción del resultado y la lesión del cuidado debido (*Deutsches Strafrecht*, cit., pág. 136).

El parágr. 222 StGB (*Fahrlässige Tötung*) sanciona con pena privativa de libertad de hasta cinco años a «quien cause por culpa la muerte de un hombre». Tal disposición, al igual que otras como las de los parágrs. 230, 309, 314, etc., del StGB, no son correctas, pues la muerte de un hombre no se causa por culpa, sino por una acción culposa (Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strf.*, cit., pág. 131). Vid., sin embargo, 276 BGB: «actúa culposamente quien no observa el cuidado debido en el tráfico».

(217) Vid. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 16 Aufl., 1972, páginas 528-31; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 136; EL MISMO, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 21; BAUMANN, *Kausalzusammenhang bei Fahrlässigkeitsdelikten*, DAR, 1955, pág. 210. Confr. EL MISMO, *Strafrecht*, 5 Aufl., cit., págs. 441 y ss.; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, citada, St., 14 Aufl., págs. 219-20; MULHAUS, *Die Fahrlässigkeit*, cit., págs. 28-29; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., pág. 149; OEHLER, *Die erlaubte Gefährsetzung und die Fahrlässigkeit*, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pág. 239. Vid., además, en nuestro derecho, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a Mezger*, II, págs. 199-200, n. 32, el cual niega la ausencia de relación causal. De lo que se trata —dice— es de una «ruptura de la conexión o relación de culpabilidad» que impide la imputación a título de culpa, pero que presupone la causalidad entre la acción y el resultado.

El TS español, aun cuando en algún caso alude a la causalidad jurídica (S. 24-4-1958, A. 2433; S. 12-12-1964 A. 5292) y en otros origina confusión entre causalidad «material», «jurídica» o «moral» (S. 19-10-1964 A. 4342; S. 14-11-1970 RDCr, 1971), se ha mantenido, en relación a la mayoría de los casos que nos ocupan y otros análogos, en general, en el terreno de la causalidad material, absolviendo tan sólo en aquellos casos en que se estima roto el nexo causal (S. 25-10-1969-cooperación de la víctima; S. 15-2-69; S. 22-12-1972). Vid., también, LUZÓN DOMINGO, *Jurisprudencia penal*, en RDCr. 1973, núm. 1, págs. 64-65 «una conducta peligrosa en abstracto puede haber tenido una aportación causal pequeña en concreto». Sin embargo, la S. 13-6-1967 condena en un súbito cruce de la calzada por una niña, porque el conductor había descuidado algo su atención yéndose al lado derecho de la vía.

En general, la concurrencia de una conducta imprudente de la víctima a la producción del resultado incide en la valoración de la imprudencia del autor degradándola (S. 3-5-1973), salvo en el caso de que se estime roto el nexo causal. Así, la S. 14-11-1970 (RDCr, 1971, pág. 90): no puede estimarse que la conducta del sujeto constituya causa material y moral del atropello, aunque marchase a velocidad excesiva, del ciclista que de un camino vecinal irrumpe en una carretera nacional, por la que circulaba el primero, sin detenerse en un reglamentario «stop», porque con arreglo al principio de la confianza basado en la normalidad del tráfico, racionalmente tenía derecho a confiar en que el ciclista respetaría dicho «stop», por no tratarse aparen-

es lo que hubiera ocurrido si el autor se hubiera comportado prudentemente. Es decir, es preciso fundamentar la necesidad de esa misteriosa conexión o relación entre la violación objetiva de cuidado y el resultado. Por consiguiente: ¿cuándo y por qué es necesaria? (218). Una solución es la propuesta por Kaufmann, la cual se

temente de ningún niño, anciano o minusválido, de quien pudiera temerse cualquier reacción anormal. Parece, sin embargo, que aquí la rotura de la relación causal se considera con base en la teoría de la «causalidad adecuada». La S. 3-3-1972 (RDCr, 1972, pág. 145), en un caso en el que existe «cierta falta de diligencia» en el autor del hecho (caso del ciclista embriagado) estima la falta de conexión entre el deber de cuidado y la producción del resultado. «Falta el nexo de relación de causa a efecto —dice la citada Sentencia— entre la actuación del inculpaado y el fallecimiento. El TS niega la relación causal entre la conducta del conductor de un camión, que marchaba ocupando materialmente el centro de la calzada en una curva cerrada, y el resultado producido, si éste obedeció al hecho de que la víctima, que conducía un motociclo en estado de embriaguez, fue a estrellarse de contrario contra el camión cuando el mismo ya se encontraba a su lado derecho por haber rectificado el conductor al apercebirse de que el vehículo de dos ruedas se aproximaba dando bandazos (S. 28-1-1972). Si bien en este caso el conductor del camión se hallaba ya a la derecha de la calzada en el momento de la colisión, pero también podría decirse que su situación anterior en el centro de la calzada, en una curva, pudo influir, en cierto modo, en el comportamiento del motociclista. Vid., además, en relación a la rotura del nexo causal, S. 19-6-1972 (con nota de LUZÓN DOMINGO, en *Jurisprudencia penal*, RDCr, 1972, pág. 380) y S. 18-10-1972. En realidad la más reciente jurisprudencia del TS viene a valorar la llamada «conurrencia de culpas» en la contribución causal. La S. 14-2-1972 precisa que solamente destruyen la relación de causalidad las interferencias de superior entidad cualitativa. La mayor infracción del deber de cuidado absorbe la menor. Se rompe la relación causal cuando se interpone otra causa debida exclusiva o muy principalmente a la víctima o a un tercero, según la S. 22-5-1972, en la cual se establece que no se puede estimar culpable, por haber traspasado algo la velocidad máxima autorizada, al conductor de un automotor férreo que ve caminar por la calzada, paralela a su vía de rieles. a un ciclista, y estimando que éste pretendía cruzarse más adelante por un paso a nivel, le hace repetidas y sonoras señales de aviso, si el tal ciclista, por su falta de atención, se cruza y es alcanzado, porque no consta que fuese la ligera velocidad superior causalmente determinante del resultado. La S. 18-19-1972 precisa que en el caso de concurrir la culpa del sujeto con la de la víctima hay que valorar la contribución causal de cada una a fin de determinar si la de ésta fue preponderante y excluye a aquélla... Aunque en este caso se habla también de «causalidad psíquica y espiritual» (Vd. *Jurisprud. penal*, en RDCr, 1972, pág. 559). En esta línea se encuentran las S. 28-12-1972 (RDCr, 1973, pág. 64, con nota de LUZÓN), S. 22-12-1972 (ésta alude a la «causalidad moral y material», RDCr, 1973, pág. 146, con nota de LUZÓN) y S. 5-1-1973.

(218) ROXIN, *ob. cit.*, en ZStW, 1962, espec. págs. 419 y ss., se ha ocupado a fondo de esta importante cuestión y plantea el problema sobre la base de algunos casos de la jurisprudencia del RG y BGHSt (págs. 411-12), algunos de los cuales ya fueron expuestos y analizados por EXNER, en el *Festgabe für Frank*, I, cit., págs. 587-88. (Vid., además, *supra*, n. 196, donde aludíamos a alguno de ellos). También se ocupa a fondo del problema RUDOLPHI, *ob. y rev. cits.*, págs. 549 y ss. Veamos algunos de los cuatro casos expuestos por Roxin: «Un ciclista embriagado gira indebidamente a la izquierda y es atropellado por un camión, cuando el conductor de éste pretendía adelantar al ciclista guardando una distancia menor (0,75 m.) que la que prescribe la Ley de tráfico (1 a 1,50 m.). Se comprueba, no

reduce sintéticamente, a lo siguiente: dado que en estos casos existirá el desvalor de la acción pero no el desvalor del resultado y, con ello, una parte del tipo de injusto, la semejanza respecto de la tentativa es evidente y como ésta no es punible en los delitos culposos, tampoco lo serán las conductas a que en estos casos se alude (219). La tesis de Kaufmann está expuesta a las objeciones que Roxin hace a la teoría dominante de la «misteriosa conexión entre la violación del deber de cuidado y el resultado», y que el propio Kaufmann critica («mysteriöse Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und kann») (220); porque, además de que existen casos en los que no se Erfolg, über dessen Natur man nirgendwo etwas Genaueres erfahren dá un desvalor del resultado y debe punirse, o se infringe el principio «in dubio pro reo» o hay que absolver en casi todos los casos de delitos culposos (221). Roxin, que rechaza la solución de Kaufmann (222), propone, en consecuencia, otra, sin duda más precisa y acertada, pero que no deja de ofrecer también sus inconvenientes. Roxin parte del hecho concreto que se ha de juzgar. El problema radica en si la acción peligrosa ha traspasado el riesgo permitido por el legislador. Es decir, para Roxin es fundamental el aumento del riesgo permitido. Se debe examinar cuál sería la conducta que de acuerdo con las normas del riesgo permitido se hubiera podido imputar al autor como lesión del deber de cuidado. Con esta conducta se compara la acción del imputado y habrá de determinarse, entonces, si la conducta incorrecta del autor ha aumentado, en el caso concreto, la posibilidad de que el resultado típico se produzca. En este caso hay que condenar, en otro caso, absolver (223). Pero también cabe objetar a Roxin que hay casos en que se debe absolver, a pesar de que la acción imprudente no supone un riesgo mayor para el resultado que la acción prudente, como acertadamente pone de relieve Gimbernat Ordeig (224). De otra parte se ha criticado también

obstante, que la acción del ciclista estaba determinada por su embriaguez y hubiera sido atropellado por el camión y muerto, aunque el conductor hubiera observado la distancia lateral adecuada. Un médico, con el fin de anestesiar al paciente le inyecta cocaína en vez de novocaína, como era lo adecuado; el enfermo muere, pero debido a su debilidad orgánica constitucional hubiera muerto probablemente, aunque se le hubiese aplicado la novocaína como era lo correcto.» Roxin niega que en estos casos no exista relación causal. Rechaza igualmente que pueda hablarse de omisión, como afirma MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Studienbuch*, 11 Aufl., págs. 80-81, pues en estos casos no se trata de delitos de omisión, sino de acción.

(219) Arthur KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., en *Festgabe für Eb. Schmidt*, págs. 229-31.

(220) Arthur KAUFMAN, *ob. cit.*, pág. 223.

(221) *Vid.* ROXIN, *ob. y rev. cits.*, págs. 423-24; *idem.* GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., págs. 130-31.

(222) ROXIN, *ob. y rev. cits.*, págs. 426 y ss.

(223) ROXIN, *ob. y rev. cits.*, págs. 431-32. A este punto de vista se adhiere JESCHECK, *Aufbau*, cit., pág. 17; *Lehrbuch*, cit., pág. 388.

(224) GIMBERNAT ORDEIG, *ob. cit.*, pág. 134, precisando, además, que son imaginables otros casos en los que aun cuando el riesgo de los comportamientos imprudentes es el mismo, no existe ninguna motivación para excluir la responsabilidad del autor. Una crítica a la postura de ROXIN puede verse

a Roxin que el aumento del riesgo no dice nada aún sobre la infracción del cuidado debido y, además, la acción descuidada no se configura por la simple contravención a las reglas del tráfico, y en estos casos se está siempre en presencia de una acción descuidada (225). Quizás sea Gimbernat Ordeig uno de los autores que más ha profundizado en estos problemas. Si bien, en un principio se había adherido a la tesis de Roxin (226), posteriormente, y después de poner de relieve los aspectos positivos y negativos de la misma, propone la solución siguiente: Hay que partir de que los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que la norma quería evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad. Si el resultado es uno de los que la norma quería evitar, el autor responderá por delito culposo consumado (227). Tal solución, aunque parece, en principio atinada y correcta, no creo resuelva plenamente los diversos problemas que los supuestos señalados plantean y, por otra parte, suscita serias dudas en orden a cuáles son los resultados que la norma quiere evitar (228).

Finalmente, si para la existencia del injusto del delito culposo el resultado típico ha de haber sido causado mediante la acción infractora del deber objetivo de cuidado requerido en general por la norma, sólo en tanto haya sido constatado éste habrá de examinarse después, en el ámbito de la culpabilidad, si el autor ha aplicado la medida de su capacidad personal de conocimiento con el fin de evitar el resultado típico (229) o, si se quiere —como afirma Welzel—, la medida de dirección final posible a su persona (230).

en SPENDEL, *ob. cit.*, en JuS, 1964, págs. 17 y ss., el cual se pronuncia, sin embargo, en pro de la condena soslayando el problema fundamental (páginas 19-20). Vid., también, LAMPE, *Das personale Urecht*, 1967, pág. 136.

(225) Cf. SPENDEL, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, en *Festgabe für Eb. Schmidt*, cit., pág. 195. Vid., también, KAUFMANN, *obra citada*, pág. 230. Idem. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 134. «Que una acción no sea adecuada a los reglamentos —observa BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 74— no significa todavía que sea una acción descuidada. Decisivo será siempre determinar las medidas concretas de precaución requeridas que el hechor debía haber adoptado de acuerdo a las circunstancias presentadas.» Vid. TS S. 25-2-1969 (RDCr, 1969, pág. 163).

(226) GIMBERNAT ORDEIT, *Recensión a la ob. cit. de ROXIN*, en ADPCP, 1963, pág. 436.

(227) GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado*, cit., páginas 142-43.

(228) ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., págs. 117-18. Vid., también, QUINTANO, *Tratado*, cit., IV, pág. 512. Sobre la problemática general, que debido a los límites que nos hemos trazado en este trabajo no podemos abordar debidamente. Cf. ULSENHEIMER, *Erfolgsrelevante*, cit. en JZ, 1969, páginas 364 y ss.

(229) Vid. BOLDT, *Zur Struktur der Fahrlässigkeit*, ZstW, 68, págs. 335 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 394; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, citada, pág. 175; CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung und die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ZStW, 1972, 84, 1972, páginas 1060 y ss.

(230) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 165-66.

Por consiguiente, la observancia, por el autor, del deber objetivo de cuidado excluye el injusto, la observancia de aquella diligencia que habría sido ordenada al autor en razón de sus posibilidades personales excluye la culpabilidad (231).

VIII

La teoría finalista de la acción considera a ésta como base común a todas las formas del delito. La acción es conducta humana dominada por la voluntad rectora, consciente del fin. Es un obrar orientado desde el fin (232) y cabe tanto en relación a los hechos punibles dolosos como culposos. Pero mientras en los hechos punibles dolosos el resultado típico es objetivo de la manifestación de voluntad, en los culposos, tal objetivo es, en general, irrelevante para el tipo, caracterizándose los resultados legalmente desaprobados por ser causalmente producidos (233). También la finalidad supone un concepto

(231) Para WELZEL, *ob. cit.*, pág. 137, no es típica la acción que está de acuerdo con el cuidado requerido en el tráfico, y la lesión del cuidado objetivo sólo puede ser reprochable a título de culpabilidad cuando el autor podía, individualmente, prever el resultado de acuerdo con su capacidad de conocimiento (pág. 176). Para GALLAS, *La teoría del delito*, cit., trad. Córdoba, pág. 37, la lesión del deber objetivo de cuidado forma parte del contenido específico de injusto y, por ello, del tipo de los delitos culposos. H. MAYER, *Strafrecht, Stuttgart*, 1953, pág. 187, considera el riesgo permitido como causa de justificación. No puede, en general, hablarse de un injusto típico si el resultado se hubiera producido y el autor hubiera observado el cuidado debido. En estos casos existe caso fortuito, que excluye el injusto de la acción peligrosa, pasando a segundo plano la constatación de si debe considerarse realizado o no el tipo o si es el injusto lo que se excluye (Vid., con referencia a la teoría dominante, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3 Aufl., cit., pág. 463), para el cual la absolución por observancia del cuidado debido en el tráfico, aun cuando al autor le hubiera sido posible aportar una más elevada medida de cuidado que al término medio (*Durchschnitt*), no motiva una absolución por falta de culpabilidad, sino una limitación de la responsabilidad (*Haftungsbeschränkung*). Si el autor al ejecutar una acción peligrosa ha observado el deber de cuidado exigible de modo general—su acción, si bien es antijurídica, no es atribuible—faltarán la responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*) (págs. 464 y 472-73).

Según se considere el caso fortuito como causa de justificación o no, estaremos en posición de incluir, o no, el deber objetivo de cuidado en el injusto (Cf. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado*, citada, página 87). Ya hemos señalado anteriormente, *supra*, n. 102, cómo un sector importante, aunque minoritario de nuestra doctrina, particularmente entre los jóvenes penalistas, incluyen el deber de cuidado en el injusto. También entre los viejos maestros, algunos de los más autorizados y prestigiosos, como, v. g., ANTON ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 138, n. 1, quien considera que «hay causas de inculpabilidad—por su raíz subjetiva—cuyos efectos llegan a suprimir la antijuricidad, como el caso fortuito». Y QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, pág. 127, afirma la naturaleza de causa de justificación—y de «archijustificación»—del caso fortuito en nuestro derecho positivo.

(232) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., págs. 30, 33 y siguientes.

(233) Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3 Aufl., cit., págs. 452 y ss. Tampoco aquí el sujeto deja de actuar finalmente, v. g., el que limpia

superior para las dos categorías de delitos, dolosos y culposos. El hecho culposo está también «supradeterminado» finalmente. La acción culposa se caracteriza por una deficiencia en la forma de ejecución de la acción, que no corresponde a la dirección final exigida por el derecho para evitar la lesión de bienes jurídicos (234). Para la teoría causal de la acción una tal problemática se presenta tan sólo al llegar a la culpabilidad, ya que pone el acento sobre lo objetivamente producido, esto es, sobre el proceso causal (235) y éste es idéntico tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Para la teoría finalista el problema se presenta ya en el concepto de acción, pues la voluntad final, como factor configurador y determinante del acontecer real objetivo, pertenece, por ello, a la acción (236). En los delitos culposos la ley describe sólo el resultado de la lesión o peligro del bien jurídico, mientras que la acción prohibida ha de ser constatada por el juez mediante el criterio de la falta de observancia del cuidado debido (237).

Según las últimas formulaciones de Welzel (238), el ordenamiento

una escopeta lleva a cabo una acción final, irrelevante, si se quiere para el tipo, pero que por un descuido causa el resultado típico (Cf. MAURACH, *obra citada*, pág. 153).

Debe tenerse en cuenta que la doctrina finalista, al menos en el momento presente, no niega que el resultado se produzca de un modo «causal-ciego» —WELZEL había dicho primeramente (*Studium zum System des Strafrecht*, ZStW, 58 (1938), pág. 559): «el resultado no deseado, decisivo, se produce de un modo ciego-causal»—, sino que sea él el elemento decisivo de la culpa (Cf. WELZEL, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, trad. Cerezo, ADPCP, 1968, pág. 226).

(234) Cf. WELZEL, *Nuevo sistema*, cit., pág. 18; EL MISMO, *La doctrina de la acción finalista*, cit., pág. 227; EL MISMO, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., págs. 37-38 y 130.

(235) Dado que la teoría causal de la acción ve en el resultado y no en la acción el elemento decisivo del injusto, tuvo que relegar la falta de observancia del cuidado objetivo al ámbito de la culpabilidad (Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., pág. 453; ídem. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, citada, pág. 41). Vid., sobre esta cuestión, BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, páginas 18 a 22.

(236) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 34.

(237) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 50.

(238) Prescindimos aquí de las diferentes etapas por las que atraviesa la doctrina finalista en la elaboración de la teoría del delito culposo, y que suponen una serie de elaboraciones y reelaboraciones, particularmente en su principal formulador, el profesor de Bonn, Hans WELZEL, lo que ha dado lugar a numerosas críticas y explica, en cierto modo, la afirmación de Wurtemberger, que habla de «una vida breve de las ideas sistemáticas» (Confr. WURTEMBERGER, *La situazione spirituales della scienza penalistica in Germania*, traducción italiana de Losano y Giuffrida, Milano, 1965, pág. 8). En el estado actual de la dogmática del delito culposo en la teoría finalista, la acción es siempre la misma, indiferentemente de que se trate de un delito doloso o culposo. Esta acción tiene una estructura final (real y realizada) que siempre es relevante. La única diferencia entre el delito doloso y culposo reside en que en éste lo que importa en primer lugar no se el fin en cuanto tal, sino la ejecución final concreta (Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., citada, pág. 137; EL MISMO, *Zur Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., cit., pág. 137; EL MISMO, *Zur Dogmatik im Strafrecht*, en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, 1972, págs. 7 y 8). Debe, sin embargo, señalarse —y sin perjuicio

jurídico se ocupa también de aquellas acciones finales en las cuales el autor, o bien confía en la no producción de determinados resultados socialmente indeseables, o no se los representa. El orden jurídico espera que el autor, en la selección y aplicación de los medios, observe una medida mínima de dirección final, esto es, el cuidado necesario en el tráfico. Por consiguiente, prohíbe la ejecución de aquellas acciones en cuya realización se prescindiera del cuidado requerido en el tráfico para evitar las consecuencias sociales indeseables y las conmina, generalmente, con una pena cuando el resultado no deseado se ha producido (239).

El contenido decisivo del injusto de los delitos culposos consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente emprendida (final) y la que debería haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico. Consiste, sobre todo, en el desvalor de la acción, mientras que el desvalor del resultado prohibido tiene sólo una función restrictiva y delimitadora, al destacar entre las conductas que no correspondan al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el Derecho penal (239). Obsérvese que Wezel destaca últimamente la insuficiencia del resultado causado y la importancia decisiva de la forma de ejecución de la acción en la estructuración del delito culposo (240). Es evidente el esfuerzo del fundador del

de lo dicho anteriormente, en lo relativo a un estudio de las diferentes elaboraciones de la teoría final en torno al delito culposo— para una mejor comprensión de lo expuesto en el texto, que, en la primera época, WELZEL parte de la distinción entre dos clases de acción, dolosa y culposa. La primera tiene carácter final, la segunda es puramente causal. Pero en ambas hay un concepto superior: la finalidad. En los delitos dolosos se trata de una finalidad real y en los delitos culposos de la causación de un resultado «evitable finalmente». Es, por tanto, una finalidad «potencial». El resultado podría haber sido evitado con una acción final (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1.ª ed., pág. 23). Posteriormente WELZEL (3.ª ed. del *Das Deutsche Strafrecht*, pág. 29) recalca el aspecto omisivo del delito culposo al considerar que éste consiste en la omisión de una mejor dirección final exigida por el derecho para evitar la lesión de bienes jurídicos. Una crítica de la finalidad «potencial» puede verse en NIESE, *Finalität*, cit., espec., págs. 43 y siguientes, quien pone de relieve que la finalidad existe también en el delito culposo, lo que ocurre es que estaba dirigida a un resultado distinto del típico (pág. 53). Es una finalidad «jurídicamente irrelevante», pero que ocasiona un resultado reprochable y, por ello, tipificado por la ley (págs. 58 y ss.). Pero tanto en los delitos dolosos como en los culposos aparece no sólo un desvalor del resultado, sino un desvalor de la acción, que en los segundos reside en la *transgresión del deber objetivo de cuidado* (pág. 64). Vid., sin embargo, MAURACH, *ob. cit.*, pág. 154; WELZEL, *La doctrina*, cit., ADPCP, cit., página 228, se esfuerza últimamente en recalcar que la estructura final de la acción en los delitos culposos es relevante, pues la inobservancia del cuidado debido sólo puede ser comprendida, como elemento del injusto, con el modelo de la acción finalista.

(239) WELZEL, *Das Neue Bild*, cit., 4 Aufl., pág. 31.

(240) Es típico el siguiente ejemplo de Wezel: dos vehículos, A y B, que circulan en dirección contraria, chocan en una curva cerrada, quedando lesionados los dos conductores. La acción de cada uno de ellos ha causado la lesión del otro. Sin embargo, con esto no se ha determinado aún la antijuricidad de su conducta, pues ello depende de la forma de ejecución de sus acciones. A circulaba por su derecha y así se mantuvo al entrar en la

finalismo por poner de manifiesto que lo decisivo en el delito culposo no es solamente la acción voluntaria, causal de un determinado resultado, sino la ejecución concreta o, si se quiere, la dirección concreta de la acción final, en cuanto debe considerarse como una conducta modelo, destinada a evitar resultados socialmente indeseables (241). En los delitos culposos la acción típica no está determinada en la ley. Sus tipos son, por ello, tipos abiertos, que necesitan ser completados por el juez (242), el cual ha de investigar, en primer término, cuál es el cuidado necesario en el tráfico en la situación concreta del autor, y después, mediante una comparación de la conducta debida con la acción real de aquél, constatar si ésta era adecuada al cuidado debido o no (243).

El concepto del cuidado debido es un concepto objetivo y normativo, comprende la consideración de todas las consecuencias de una acción que son previsibles «objetivamente» mediante un juicio razonable (244).

Dado que los delitos culposos están todavía hoy constituidos en su mayor parte como delitos de lesión, se requiere para la realización del tipo que la acción contraria el cuidado debido se haya concretado (materializado) en la lesión de un bien jurídico. Al desvalor de la acción se añade aquí el desvalor del resultado. La importancia del resultado en relación al tipo consiste en que realiza una selección dentro de las acciones contrarias al cuidado debido, pues, si bien toda acción contraria al cuidado debido es, por ello, antijurídica, sólo en cuanto se concreta en un resultado adquiere, según el Derecho positivo, reelevancia jurídico penal (245).

La producción del resultado tiene que ser consecuencia de la falta de observancia del cuidado objetivo (246) y se excluyen del tipo de los delitos culposos los resultados que quedan fuera de la previsión de un hombre razonable (247). La acción que infringe el

curva. B, por el contrario, por su izquierda, entrando en el carril de A. Por consiguiente, la acción de A era correcta, a pesar de la lesión de B; la de éste, por el contrario, incorrecta, esto es, antijurídica, porque no correspondía al cuidado necesario en el tráfico. Esto demuestra que no es la mera producción del resultado (como afirma tajantemente MEZGER, 4.^a ed. del *Studiebuch*, pág. 45), sino la forma de realización o de ejecución de la acción, lo que proporciona el fundamento objetivo para el juicio de antijuricidad (Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 128-29; EL MISMO, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 8; EL MISMO, *La doctrina de la acción finalista*, cit., pág. 227).

(241) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 130.

(242) Vid. 276 BGB: «actúa culposamente quien no observa el cuidado requerido en el tráfico».

(243) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* cit., pág. 131.

(244) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 131-32.

(245) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 135-36; EL MISMO, *Nuevo sistema*, cit., pág. 76.

(246) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strf.*, cit., pág. 136. Confr., además, n. 196 y 216-17.

(247) Cf. WELZEL, *ob.* y pág. cit. Se realiza el tipo, v. g., de las lesiones culposas si sólo era previsible una lesión corporal, pero no la muerte. Vid. RG 28, 272. Las últimas leyes se conforman, cada vez más, en relación

cuidado debido ha de ser una acción que según un juicio razonable provoca ya un peligro para los bienes jurídicos.

Por consiguiente la teoría finalista de la acción incluye el dolo y la culpa en el injusto. La culpa ya no se considera como especie o forma de la culpabilidad, sino como elemento del injusto (248). Las acciones dolosas o culposas son presupuesto necesario de la culpabilidad, pero no componentes de la misma. El resultado pierde su importancia preponderante (249). La teoría finalista construye el injusto no sobre el resultado, elemento adicional y restrictivo del injusto, sino que aquél, aunque dentro del injusto, tiene una función reductora y delimitadora (250).

Pero si para la teoría final de la acción el derecho ordena de un modo general que en determinadas acciones se observe el cuidado requerido en el tráfico y declara antijurídica la lesión de este cuidado —posible a la generalidad—, tal lesión objetiva de cuidado sólo puede ser reprochable a título de culpabilidad cuando el autor individual podía prever el resultado con su personal capacidad de conocimiento (251). Por consiguiente la culpabilidad del hecho imprudente se dá, para la teoría finalista, si el autor ha previsto o ha podido prever la infracción del cuidado objetivamente debido (252).

IX

Frecuentemente se ha reprochado a la teoría finalista de la acción —hasta constituir un tópico— que no puede explicar correctamente la estructura del delito culposo, porque, en estos casos, la finalidad

al resultado, con una puesta en peligro en vez de una lesión de bienes (Confróntese §§ 315, IV; 315 a), III; 315 b), IV, y 315 c), III, StGB alemán.

(248) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 64 y ss., y 131; ídem. GALLAS, *ob. cit.*, pág. 37. Vid., además, BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, páginas 48-49, en exhaustiva exposición de la doctrina de WELZEL; ídem. en nuestro derecho, sobre todo, CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ADPCP, 1961, págs. 64 y ss.; EL MISMO, *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre*, ZStW, 84 (1972), página 1060. Cf., entre los no finalistas, JESCHECK, *Aufbau*, cit., págs. 7 y 8; ídem. Armin KAUFMANN, *Das Fahrlässigkeit Delikt*, cit., pág. 45.

(249) Vid. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., págs. 1060-61; ídem. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 54.

(250) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 136. El problema del resultado ha sido, en relación a la teoría final de Welzel, muy debatido, e incluso criticado hasta por algunos partidarios de la teoría finalista, y se ha relacionado el punto de vista de WELZEL con aquellas posiciones que consideran el resultado como una condición objetiva de punibilidad, o como anexo simplemente (Cf. CEREZO, *Notas al «Nuevo Sistema»*, cit. de WELZEL, pág. 18). Vid., además, Armin KAUFMANN, *Die Fahrlässige Delikt*, cit., págs. 42 y siguientes. Sobre la cuestión, vid., espec., SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, páginas 75 y ss.

(251) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 175-76.

(252) WELZEL, *La teoría de la acción finalista hoy*, cit., pág. 229; vid., también, EL MISMO, *Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für Maurach*, citada, págs. 7 y 8.

no juega papel alguno (253), habida cuenta de que si bien la acción ontológicamente considerada es final (254), en los hechos culposos la voluntad sólo puede ser considerada en su función casual (255). Tales críticas han perdido, sin embargo, en el momento actual, gran parte de la efectividad y trascendencia que tuvieron en las primeras etapas de la elaboración estructural del delito culposo en la teoría final (256).

En realidad ya no se puede afirmar la plena irrelevancia de la finalidad en los delitos culposos (257). Teniendo en cuenta las actuales formulaciones del fundador del finalismo, en el ámbito de la finalidad han de considerarse, no ya solamente el fin último —el fin anticipado de la acción—, sino todo el proceso de realización de ésta, y sin el cual no parece pueda llegarse a un esclarecimiento del concepto del cuidado debido (258). Un acción con relevancia para.

(253) NOWAKOWSKI, *Zur Welzels Lehre von Fahrlässigkeit*, JZ, 1958, páginas 337 y ss., y 388-94; MEZGER, *Strafrecht*, Std., 9.^a Aufl., pág. 194; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, Lecc. inaugural del curso 1953-54, Univers. de Valencia, pág. 131.

(254) NOWAKOWSKI, *ob. cit.*, pág. 391; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, 14 Aufl. del Std., pág. 56; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 16 Aufl., 1972, página 14. Vid., también, JESCHECK, *Der Strafrechtliche Handlungsbegriff*, en *Fests. für Eb. Schmidt*, cit., pág. 148.

(255) NOWAKOWSKI, *Zur Welzels*, cit., pág. 391; JESECHECK, *ob. cit.*, página 149; EL MISMO, *Lehrbuch*, cit., pág. 151, quien considera que en los hechos culposos la voluntad sólo puede ser estimada en su función causal. Obsérvese, sin embargo, que Jescheck adopta el sistema elaborado por Welzel en orden a la teoría final de la acción en los delitos culposos, lo que también es tenido en cuenta por Blei en MEZGER-BLEI, *Strafrech*, Std., 14 Aufl. (ya desde la 12), págs. 224 y ss.

(256) Particularmente en razón a que en la actualidad ha sido ya abandonada por Welzel la «finalidad potencial», a la que se había referido en sus primeras monografías y ediciones del Manual. Vid., *supra*, n. 238. Confróntese BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, págs. 36 y 63; ídem. SUÁREZ MONTES, *obra citada*, pág. 68. Recientemente, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., pág. 115, llega, sin embargo, a la discutible conclusión de que, al abandonar Welzel la «finalidad potencial», vuelve, con ello, al concepto tradicional de acción, no sólo en relación a la imprudencia, sino incluso en relación a los delitos dolosos, puesto que éstos son acciones no porque el autor haya querido realizar un resultado típico, sino porque ha querido realizar un resultado cualquiera. Mas, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, aparte de que una acción se determina no sólo según el resultado, sino también según la dirección de la voluntad, la forma de realización de la acción es determinante a efectos de precisar si se ha observado el cuidado debido o no. Cuestión distinta es la de si el resultado queda o no fuera del nexo final al no estar incluido en la voluntad de realización del autor (Cf. CEREZO, *Nota 8 al «Nuevo sistema»* de WELZEL, citada, págs. 38-39).

(257) Tal aseveración fue fundamentada en una afirmación equívoca de NIESE, *ob. cit.*, pág. 56, lo cual dio origen a que las críticas a la teoría final de la acción proliferaran en este punto, en la creencia de que, aun existente, la finalidad no jugaba ningún papel en la imprudencia, ya que, dada su irrelevancia, en nada podría diferenciarse de la teoría causal de la acción (Cf. BOLDT, *Zur Struckturder Fahrlässigkeit*, ZStW, 68, pág. 339).

(258) Así, v. g., A viaja a Madrid para visitar a su novia; en vista de que por el camino se le hace tarde, y pretende llegar a determinada hora, acelera la marcha excesivamente, y como quiera que, además, conduce dis-

el Derecho penal —afirma Córdoba Roda— se da también cuando la finalidad apunta a determinados medios de ejecución: «...el sujeto no quería producir la muerte, pero quería conducir velozmente» (259). De otra parte y aun suponiendo, incluso, que la tendencia final fuera indiferente en el hecho culposo, importa, sobre todo, saber si la observancia del cuidado debido puede ser entendida con el modelo de la acción finalista o no, y es evidente que no sólo la causalidad del resultado tiene relevancia jurídica, pues éste es solamente relevante en tanto pueda ser estimado consecuencia de una determinada acción cuya dirección real no responde al cuidado objetivamente debido en el tráfico (260).

Una de las objeciones que más a menudo se han venido haciendo a la teoría finalista de la acción en relación a la estructura del delito culposo es que considera el problema desde el plano normativo y no ontológico, con base a criterios formulados por Wezel sobre la falta de dirección ordenada para evitar el resultado (261). Wezel había dicho: «las acciones que contempladas en sus consecuencias causales no observan el mínimo jurídicamente ordenado de dirección finalista son comprendidas por los tipos de los delitos culposos como lesiones imprudentes de bienes jurídicos». Por consiguiente, los tipos de los delitos culposos vendrían a comprender aquellas acciones que respecto de sus consecuencias causales no aportan la medida de dirección finalista exigida jurídicamente (262). Pero el nexo finalista real en los delitos culposos sería entonces irrelevante, sólo sería relevante el proceso causal, con lo cual la parte esencial no podía ser final en el hecho culposo, restaría fuerza de la acción. La incapacidad del finalismo en sus primeras formulaciones para resolver el problema, hace que la acción sea desplazada por Wezel a la esfera valorativa del injusto. Más con tal desplazamiento del problema de la acción de la esfera ontológica a la esfera normativa, el finalismo, diría Rodríguez Muñoz, «se niega a sí mismo», pues el que el sujeto hubiese podido y debido evitar el resultado no sería

traidamente porque se encuentra un tanto abstraído con la idea de llegar a tiempo, al no poner la debida atención atropella a B. El fin último, visitar a la novia, aun cuando pueda estimarse que no tiene relevancia jurídica, si la tiene la realización de la acción final, la forma de conducir. Por ello, A podrá o no realizar el fin último, visitar a su novia, pero la ejecución de tal acción —final— es, sin duda, relevante. Lo relevante jurídicamente es no ya el llegar a Madrid, sino la forma —descuidada— de realización de la acción de viajar a Madrid para visitar a la novia. Sobre la cuestión, Confr. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, págs. 43, n. 114, y 47 y 51.

259) CORDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., pág. 83.

(260) Cf. WELZEL, *La teoría*, cit., en ADPCP, 1968, págs. 228-29. «El elemento intencional —afirma ZAMPETTI, *Il finalismo nel diritto*, Giuffré, Milano, 1969—, pág. 59, termina, por consiguiente, aunque indirectamente, siendo relevante también en las acciones culposas, en el sentido de que es propiamente con referencia a él como viene constatada la falta del elemento accidental, es decir, la falta de diligencia objetiva.»

(261) WELZEL, *Die finale Handlungslehre*, cit., pág. 317.

(262) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 4 Aufl., pág. 33. Cf. EL MISMO, *ob. ultim. cit.*, 5.^a ed., págs. 31 y 36

una realidad fáctica, sino una exigencia normativa (263). El reproche de que falta una mejor dirección final sería, según Mezger, un auténtico reproche de culpabilidad y no un elemento ontológico de la acción (264). Ciertamente que Welzel trató de contrarrestar la fuerza de tales argumentos aduciendo que al formularlos se desconoce el contenido del injusto al confundir los conceptos «ontológico» y «real» (265). Pero, aun en el discutible supuesto de que esto fuera cierto, no por ello disminuye esencialmente el valor de las aseveraciones contrarias, precedentemente expuestas. Por consiguiente, la teoría final de la acción jugaría con dos tipos de finalidad, una real para los delitos dolosos y otra irrelevante, para los culposos, y aplicaría conceptos distintos para una u otra clase de delitos: ontológico para los dolosos y normativo para los culposos (266).

De otro lado, Welzel había considerado, también en un principio, que el desvalor de la acción en los tipos culposos consistía en la omisión de una mejor dirección finalista exigida por el derecho con la finalidad de evitar lesiones jurídicas (267). Pero lo que importa, aun cuando en el delito culposo exista una omisión de diligencia, es la realización de la acción, pues sólo con ella se omite la diligencia debida. No se puede hacer radicar la esencia del delito culposo en la omisión puesto que en estos delitos hay también una acción real, realizada. Precisamente, por ello, el desvalor de la acción habrá de radicar en la acción misma, en su forma de ejecución y en la selección y utilización de los medios, como el propio Welzel manifiesta actualmente (268).

Desde la 3.^a edición del *Das Neue Bild in Strafrecht* y 6.^a de su *Das Deutsche Strafrecht*, Welzel reelabora su teoría sobre la estructura de los delitos culposos. A partir de entonces se produce un singular cambio de actitud en el fundador del finalismo. Welzel

(263) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La teoría*, cit., pág. 132.

(264) MEZGER, *Strafrecht*, Std., 9 Aufl., München und Berlin, 1960, página 194.

(265) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 4 Aufl., cit., pág. 35. La legalidad ontológica —dice Welzel— puede pertenecer tanto al ser real como al irreal. Por ello la dirección hacia una meta puede ser real o solamente debida. Las normas del Derecho penal prohíben una dirección finalista determinada hacia un resultado no deseado, o imponen una dirección finalista determinada (la aplicación de una medida media de dirección finalista para evitar resultados no deseados). Sobre el problema, en general, vid., especialmente, ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, págs. 16 y ss.

(266) Confr. NOWAKOWSKI, *Zur Welzels*, cit., pág. 337.

(267) WELZEL, *Das neue Bild*, cit., 2 Aufl., pág. 24.

(268) Vid. WELZEL, *La doctrina*, cit., en ADPCP, pág. 228. Confr. BUSTOS RAMIREZ, *ob. cit.*, págs. 45-46, 51 y 67.

Tanto en los delitos culposos como en los de omisión existe —dice ZAMPETTI, *ob. cit.*, pág. 61, n. 9— una acción principal a la que falta algo accidental, esto es, una modalidad del ser que, aun faltando, es, sin embargo, requerida por ciertas normas del ordenamiento jurídico. Existe, no obstante, una diferencia entre los delitos culposos y los de omisión respecto de la modalidad que falta y es requerida por la norma. En los delitos culposos la modalidad que falta atañe al plano cognoscitivo (no se ha usado en el

añirma ahora que aun cuando el fin último sea irrelevante no lo es todo el curso de la acción. La voluntad ha de considerarse también en la elección y aplicación de los medios las consecuencias que estos puedan ocasionar, junto al fin o en su lugar (269). Para el juicio de antijuricidad de la acción culpable lo decisivo no es la posición del fin, ni siquiera el resultado realizado, sino la forma o modo con que viene realizada la acción, esto es, el cuidado debido en el tráfico (270). No puede decirse, por tanto, que sólo el elemento causal tenga relevancia jurídica, pues éste tiene significación jurídica solamente si es consecuencia de la realización de una acción contraria: al cuidado debido, es decir, de una acción finalista, dirigida (271).

El problema se plantea ahora en relación al contenido del injusto. Según Welzel hay un grupo de normas que exigen en la elección y utilización de los medios de aplicación de una medida mínima de dirección final, el cuidado requerido en el tráfico con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados (273). En realidad existe una acción con una determinada modalidad, y es esta acción la que se prohíbe (norma prohibitiva). El mismo Welzel dice ya actualmente: «El ordenamiento jurídico...

comportamiento inculpa la debida diligencia, porque no se ha conocido la obligatoriedad de ésta y, por consiguiente, no se ha previsto en la culpa inconsciente —como hubiera ocurrido en el caso de culpa consciente— el resultado). En los delitos de omisión, por el contrario, la modalidad que falta atañe al plano volitivo. Con una ulterior precisión a considerar, sin embargo, que no es la voluntad como «decisión» lo que falta, sino la voluntad como «exteriorización» de un comportamiento debido. En el delito de omisión el *Unterlassender* «sabe» que debe hacer algo, que debe obrar de cierta manera, pero decide abstenerse de realizar el comportamiento requerido. Vid., además, HARDWIG, *Vorsatz bei Unterlassungsdelikten*, ZStW, 74, 1964, págs. 28 y ss.; Armin KAUFMANN, *Unterlassung und Vorsatz, Festschrift für H. v. Weber*, 1963, págs. 219 y ss. Confr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., cit., págs. 200 y ss.

(269) WELZEL, *Das Neue Bild*, cit., 4 Aufl., pág. 31; EL MISMO, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 7 Aufl., pág. 113.

(270) WELZEL, *Die deutsche Strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, JuS, 1966, XI, pág. 424. «En tanto que la acción es jurídica o antijurídica —dice WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 26—, porque está «permitida» o «prohibida», el resultado no podrá ser jurídico o antijurídico, sino sólo si se considera como 'jurídicamente deseable' o 'jurídicamente no deseable'. El derecho puede ligar consecuencias jurídicas a resultados no deseables, v. g., para el autor de un tal resultado; pero entonces estas consecuencias no se producen porque el autor haya efectuado una *acción prohibida*, sino porque ha sido el autor de un resultado no deseable.»

(271) Vid. WELZEL, *Ein unausrottbares Misseverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre*, NJW, XI, 1968, pág. 428. Para Armin KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, cit., 1964, págs. 54-55, estructura del delito culpable implica, sin embargo, una culpabilidad (Schuld) que no se funda de manera principal sobre la efectiva verificación del resultado, y la antijuricidad de tal forma delictiva en la falta de observancia del deber objetivo de cuidado en el comportamiento. Existiría, según él, una conexión entre el cuidado debido y el resultado previsto en el tipo.

(272) WELZEL, *Nuevo sistema*, cit., pág. 30.

(273) Cf. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 67.

prohíbe la ejecución de acciones cuya realización prescinda del cuidado requerido en el tráfico...» (274), y aún más claramente pone de relieve la contradicción entre la acción real, realizada, y aquella que debería haberse observado de acuerdo con el cuidado debido. Luego la finalidad «exigida» —«esperada», dice actualmente Welzel (275)— lo es en tanto en cuanto está en conexión con la lesión del deber cuidado (276). Sin duda, el orden jurídico espera que el autor observe un determinado cuidado en la acción que realiza, lo cual implica que el cuidado debido es un componente de la acción. Lo que se determina por el ordenamiento jurídico es la *medida del cuidado*, y ésta sí que es de carácter normativo (277).

Ahora bien, como quiera que Welzel considera que aunque el fin último sea irrelevante no lo es todo el curso de la acción, a ello se ha objetado que si bien los medios son ciertamente portados por la finalidad, lo son solamente en cuanto medios utilizados para la consecución de resultados incluidos igualmente en la finalidad. Es decir, si el resultado no está incluido en la finalidad tampoco lo estará la cualidad de medio a fin, en relación con aquél. Por consiguiendo la finalidad real de la elección del medio continuaría siendo irrelevante. Con lo cual se volvería nuevamente a la pura y simple «voluntariedad» (*Willkürlichkeit*) (278). También Jescheck, partien-

(274) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 10 Aufl., pág. 38.

(275) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafr.*, cit., pág. 134. Dice WELZEL, *Mit dem ermittelten Inhalt der in Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist die wirkliche Handlung des Täters zu vergleichen*.

(276) «El ordenamiento jurídico —dice WELZEL, *Das Deutsche Strafr.*, cit., pág. 37— *espera* que el autor aplique en la elección y utilización de los medios un mínimo de dirección final, esto es, 'el cuidado requerido en el tráfico...»

(277) Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 131. En el sentido expuesto BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 48.

(278) Vid. NOWAKOWSKI, *Zur Welzels*, cit., pág. 391.

Una acerba crítica de la teoría final de la acción se encuentra, especialmente, en ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStrW, 74 (1962), páginas 515-61. En sentido análogo a Roxin, vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado*, cit., págs. 105 a 114. Dada la índole de este trabajo, referido concretamente al delito imprudente, es imposible hacer un análisis crítico de la importante posición de Roxin en relación a la teoría final de la acción. Conviene, sin embargo, hacer algunas breves puntualizaciones. Para Roxin existe una ley de la causalidad a la que ningún legislador puede añadir o restar algo, pero no existe una estructuración final, preexistente, previamente dada, puesto que lo que es final depende exclusivamente de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de un problema normativo (págs. 524-25). Roxin, refiriéndose a la crítica que Welzel hace de la doctrina causal de la acción, que lleva al absurdo de considerar, v. g., la injuria (Von Liszt) como la provocación de vibraciones de aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del ofendido (*«Erregung von Luftschwingungen und von physiologischen Prozessen in Nervensystem des Angegriffenen»*) (Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., cit., pág. 41), responde: «Esto es ciertamente grotesco. Pero si yo quisiera caracterizar la acción injuriosa como una sobredeterminación final destinada a provocar vibraciones en el tímpano, ¿sería esto menos grotesco?» (pág. 525). Creo, sin embargo, con BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, página 62, n. 179, y 68, que la finalidad no es tan sólo la mera dirección del

do de la referencia de Welzel a los fines intermedios de la acción. pretende, por ello, que la dirección de la ejecución de aquella sólo con respecto del fin pueda ser llamada final, y la nueva posición de Welzel supondría la «atomización» de la acción en una serie de acciones intermedias (*Zwischenziele*) (279). Pero lo que pretende, sin embargo, Welzel es constatar que la acción final es real, esto es, relevante para el derecho penal, si no por el fin por los medios empleados y por la forma de su utilización. El sujeto que conduce un automóvil y causa la muerte de un peatón realiza una acción final: conducir el automóvil; el medio elegido, el automóvil puede ser irrelevante, pero no lo es la forma de su utilización: velocidad excesiva (280). La forma de utilización, es decir, la realización de la acción de una forma determinada, querida por el conductor, supone la inobservancia del cuidado debido exigido por el ordenamiento jurídico (281). Tal inobservancia no se determina en función del

proceso causal, y hay que valorar, como Welzel pone de manifiesto, la «dimensión de sentido.» «Es esta dimensión de sentido —dice BUSTOS RAMÍREZ— lo que diferencia a una acción que es un simple experimento acústico de la injuria, en que la acción está dirigida y determinada desde lo que se ha anticipado, en este caso 'manifestación del menosprecio'.» Con razón, aduce este último autor que «también sería grotesco creer que cuando alguien habla con otra persona sólo tiene como fin provocar vibraciones en el tímpano, aun cuando a menudo sea éste el exclusivo efecto de nuestras palabras».

Para Roxin, si el legislador no puede modificar ni restringir una ley de la naturaleza, no ocurre lo mismo cuando se trata de la estructura de la acción. Por consiguiente, para él, lo que es final sólo depende de los fines impuestos por el ordenamiento jurídico. El sujeto que, v. g., obra ignorando el carácter ofensivo de las palabras que pronuncia o la ajenidad de la cosa sustraída, o sin saber que su comportamiento es obsceno, no obra finalmente (pág. 526). Pero Roxin parece olvidar, sin embargo, la distinción entre acción principal y la falta de un elemento accidental. El sujeto es consciente de lo que hace, hablar, sustraer o comportarse de una cierta manera. Lo que falta no es la acción, sino la debida diligencia. La acción debería haber sido realizada de manera distinta (diligentemente, observando el cuidado debido). Por consiguiente, la esencia de la acción permanece inalterada (Cf. ZAMPETTI, *obra citada*, págs. 56-57). Sobre el equívoco que ocasiona la indiscriminación entre *Finalität* y *Vorsatz*, vid. WELZEL, *La teoría*, cit., en ADPCP, págs. 224 y 225. La cuestión adquiere tono polémico en relación a los puntos de vista de H. MAYER, *Strafrecht*, Stuttgart, 1967, págs. 49 y 60, y GIMBERNAT ORDEIG, *Finalität und Vorsatz*, NJW, 1966, págs. 533 y ss. La afirmación de Gimbernat de que Welzel, hasta el abandono de la finalidad potencial, identificaba finalidad y dolo, aparte de la respuesta bastante convincente —a mi juicio— de Welzel, me parece discutible, pues entonces sólo hubiera podido ser considerada como acción la dolosa, con lo cual no cabría hablar de un concepto ontológico y genérico de acción, sin que, como afirma CEREZO, *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre*, ZStrW, 84 (1972), páginas 1049-50 hubiera podido utilizarse siquiera el criterio de la finalidad (279) JESCHECK, *Der Strafrechtliche Handlungsbegriff*, en Festsch. für Eb. Schmidt, cit., pág. 149; vid., también, EL MISMO, *Lehrbuch*, pág. 151. La voluntad sólo puede admitirse, según Jescheck, en su función causal.

(280) Vid. CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1043; ídem. EL MISMO, *Notas al «Nuevo sistema»*, de WELZEL, cit., pág. 37, n. 7.

(281) Cf. CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos*, cit., pág. 64. Cf. además, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., cit., pág. 130.

resultado causado, como afirma Jescheck (282), sino que es la resultante de la comparación entre la dirección final real y la dirección final ordenada para evitar la lesión de bienes jurídicos, lo cual juega aquí un papel decisivo (283). Por consiguiente, el contenido de la voluntad del autor es jurídico-penalmente relevante, y fundamental, por tanto, para la antijuricidad de la acción (284). El resultado es típico tan sólo si se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el tráfico (284 bis). No veo, en consecuencia, claramente esa supuesta coincidencia en los delitos culposos de los conceptos final y causal de que hablan Gimbernat y Arthur Kaufmann (285).

En realidad la acción realizada es final, aunque sólo lo sea respecto del fin y demás consecuencias incluidas en la finalidad, y esto es lo que importa. Por consiguiente tales críticas son inoperantes (268). La solución, sin embargo, no es satisfactoria y «tiene que ser pagada a buen precio por el finalismo» —como señala Suárez Montes—, ya que ha de quedar fuera de la acción el resultado, esto es, la lesión del bien jurídico (287). El obstáculo ante el que se encuentra, por tanto, la teoría finalista es, sin duda, difícilmente superable. Si el resultado queda fuera del nexo final, ya no puede pertenecer a la acción, pues no está incluido en la voluntad de realización (288). Tal vez por ello, Welzel da ahora un excesivo realce a la acción en menoscabo del resultado (289). Mas, como pone de relieve Cerezo: «si lo injusto material de los delitos culposos quedara ya plenamente constituido con el desvalor de la acción no

(282) JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 154. Pues en determinados casos no sólo es relevante la forma de utilización de los medios (manera de poner la inyección), sino el medio elegido (inyección adecuada o no necesaria).

(283) CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1044; ídem. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 67. «Pero el núcleo —afirma este último— permanece siempre el mismo: la acción final real (realizada) que en su curso concreto señala una falta real (realizada) de dirección que el orden jurídico no permite.» Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 134: «*Mit dem so ermittelten Inhalt der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist die wirkliche Handlung des Täters zu vergleichen.*»

(284) Vid. CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos*, cit., pág. 65.

(284 bis) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 134.

(285) Para GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, Sep. del ACJ., n.º 1, Madrid, 1972, págs. 274-75, no existe diferencia entre el concepto de acción mantenido ahora por Welzel y el causal. Vid., también, Arthur KAUFMANN, *Die finale Handlungslehre*, cit., Jus, páginas 149 y ss.

(286) Como reconoce incluso SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, págs. 68-69, aunque no respecto de las consecuencias no comprendidas en la finalidad, cuya relevancia habrá que conseguir, según él, en el plano normativo (páginas 69-70).

(287) SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 69.

(288) CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1045.

(289) WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., pág. 18: «Con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una 'selección' dentro de él en relación a su punibilidad». Idem. EL MISMO, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 10 Aufl., pág. 136.

se explicaría por qué se exige que la lesión del bien jurídico sea, precisamente, consecuencia de la falta de observancia del cuidado debido» (290). Ciertamente que Welzel no niega que el resultado sea un elemento del tipo de injusto de los delitos culposos. La acción típica ha de provocar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (291). Pero es evidente que aquél queda fuera de la acción final y es producido, pura y simplemente, en forma causal en virtud del medio utilizado o de la forma de su realización (292). Sin duda, el proceso causal ha sido provocado por la defectuosa realización de la acción —final— (velocidad excesiva en relación a las circunstancias) que infringe, por ello, el cuidado debido, posibilitando, en consecuencia, la producción del resultado (muerte, lesiones, daños) (293). Mas aun cuando esto sea cierto, ya no se puede establecer claramente la relación entre la acción y el resultado en la esfera ontológica. Una tal relación es establecida por Welzel en el plano del injusto, y aquí sí que el problema es desplazado al ámbito de lo normativo (294).

(290) CEREZO, *Notas al «Nuevo sistema»*, de WELZEL, cit., pág. 18, n. 4; EL MISMO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1061. Sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado —aduce Cerezo— queda plenamente constituido el injusto de los delitos culposos. En este sentido STRATENWERTH, *Handlungs- und Erfolgsumwert im Strafrecht*, SwZStr, 79, 1963, págs. 250 y ss. EL MISMO, *Strafrecht*, Allg. Teil, Köln..., 1971, pág. 301. Vid., también, BERISTAIN, *Objetivación y finalismo*, cit., págs. 24 y 35.

(291) Por ello, si bien no puede decirse que el resultado sea para Welzel un elemento propiamente constitutivo del injusto de los delitos culposos, pues, según él «con el desvalor de la acción queda ya fundamentado completamente lo injusto material de los delitos culposos» (*Nuevo sistema*, citada, pág. 18), no por ello puede afirmarse que prescinda del resultado, como pretende SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 68. «Al tipo de los delitos culposos —dice WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., pág. 135—, fuera de la acción típica —eso sí—, pertenece, como elemento integrante del tipo, el resultado; la acción típica debe provocar (no dolosamente) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.»

(292) Vid. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1045; ídem. EL MISMO, *Der finale Handlungsbegriff*, cit., pág. 49. Vers. española en ADPCP, *El concepto de la acción finalista*, cit., pág. 566. Es evidente que el resultado no queda comprendido en la voluntad de realización del autor.

(293) Cf. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 68.

(294) Vid. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, cit., pág. 1046. Vid., también EL MISMO, *El concepto*, cit., págs. 566 y 568. La relevancia de la acción final no queda, sin embargo, afectada por ello. Cf. CEREZO, *Lo injusto de los delitos culposos*, cit., pág. 64.

Señala también las deficiencias de la teoría final en este punto MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 4 Aufl., 1971, págs. 182-83. Ello da pábulo también a la exagerada expresión de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., III, 3.ª ed., página 380: «Da la impresión de que la culpa salió disparada de una honda y cayó donde Dios quiso.» CEREZO, *Der finale Handlungsbegriff*, cit., páginas 144-45, pretende dar una solución al difícil problema de la relación entre la acción y el resultado, como elemento constitutivo del injusto, en la teoría final, y sugiere la posibilidad de eliminar la equiparación entre tipo (*Tatbestand*) y objeto de la prohibición (*Verbotsmaterie*). Tal solución, que el propio Cerezo considera discutible (vid. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, citada, páginas 1046 y 1063), no me parece viable, puesto que vendría a contradecir, en cierto modo, las propias bases de la teoría final en este punto (vid., en este sentido, SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 76).

Ciertamente la doctrina finalista de la acción ha encontrado en estos delitos sus mayores dificultades; pero no puede desconocerse, sin embargo, que ha permitido un mejor esclarecimiento de la acción descuidada, infractora de una norma de cuidado y constitutiva, por tanto, del tipo de injusto, y en él ha de incluirse, también, la causación del resultado (295).

La realización de una acción final a la que falta una determinada modalidad o ejecutada en forma diversa o contraria a la esperada por el ordenamiento jurídico —y que infringe, en consecuencia, el deber de cuidado objetivamente ordenado—, posibilita, además, que el proceso causal lo sea, precisamente, del resultado (296). Por otra parte, la dificultad señalada a la teoría final en relación al resultado no es menor para la construcción causal de la acción, pues en ella, a parte de otros defectos estructurales —y el desconocimiento de la importancia del desvalor de la acción (297)—, la causación del resultado no encuentra siquiera reflejo alguno en la mente del autor, (piénsese, particularmente en el problema, ya aludido, de la *Unbewusste Fahrlässigkeit*) (298).

La idea aportada por la teoría finalista de que el elemento decisivo del injusto de los delitos culposos no radica en la causación de un resultado en virtud del «mero acto de voluntariedad» (299), sino en la infracción —en la acción— del cuidado objetivamente requerido en el tráfico es, sin duda, un factor positivo y ha supuesto un evidente progreso sobre la teoría causal en orden a una me-

(295) Vid. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., páginas 82-83; ídem. CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, 1972, pág. 5. Cf. CEREZO, *Die Auseinandersetzung*, citada, págs. 1046-47. En el sentido indicado en el texto, vid., también, BERISTAIN, *ob. cit.*, págs. 14 y ss.; CONDE PUMPIDO, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, ADPCP 1962, págs. 277, 286, 299-300. Para J. GRAVEN, *ob. y rev. cits.*, pág. 286, la componente «intencional» se encuentra en el desprecio doloso de una regla de circulación.

(296) Vid. WELZEL, *La doctrina*, cit., pág. 228; vid., también, EL MISMO, *Zur Dogmatik*, cit., en *Festsch. für Maurach*, págs. 7-8.

(297) La importancia del desvalor de la acción, como aportación a la moderna dogmática jurídico-penal por la teoría de Welzel es puesta de relieve, no obstante sus críticas a esta teoría, por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, citado, III, 3.^a ed., pág. 383, que puede servir —dice— para resolver arduos problemas en materia de delitos de pura actividad, del delito imposible, de la participación, etc., señalando, además, cómo «somos deudores de muchos nuevos rumbos a la 'teoría finalista de la acción'». Pero la relevancia atribuida por Welzel al desvalor de la acción no debe oscurecer en ningún caso el ataque al bien jurídico, *ratio essendi*, propia de todo delito, como dice MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, I, 4 Aufl., cit., pág. 192.

(298) Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 4 Aufl., cit., pág. 535. Vid., además, CEREZO, *Der finale Handlungsbegriff*, cit., pág. 145.

(299) Vid. WELZEL, *Nuevo sistema*, cit., pág. 34; ídem., EL MISMO, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., pág. 21; EL MISMO, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 Aufl., cit., pág. 130. Lo decisivo no es el mero «acto de voluntad que ocasiona el resultado» (*erfolgsverursachende Willkürakt*), sino la concreta ejecución, la concreta dirección de la acción, en tanto que esta concreta dirección ha de compararse con una conducta social modelo, orientada a evitar resultados intolerables desde el punto de vista social.

jor y más adecuada estructuración jurídica de estos delitos (300).

Finalmente en la distinción por una parte de las más moderna doctrina científica española —finalista y no finalista— (301), y por la reciente jurisprudencia del TS, entre un elemento que concierne a la acción típicamente antijurídica (infracción del deber objetivo de cuidado) y otro a la culpabilidad (reproche individual y circunstancias subjetivas del caso concreto) (302), queda patente, sin duda, la apreciable contribución de la doctrina finalista de Welzel en orden a una nueva estructuración del delito culposo, en el ámbito del Derecho positivo español (303).

(300) Tampoco la teoría social de la acción ofrece una alternativa adecuada, por la imprecisión y vaguedad de aquellos conceptos que habrían de servir de base para estructurar adecuadamente los distintos atributos de la acción culposa (Vid., sobre el problema STRATENWERTH, *Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht*, SwZStr, 1965, página 205. Cf., además, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., 1973, página 306).

(301) Vid., *supra*, n. 102.

(302) La más reciente jurisprudencia del TS ha destacado, por un lado, la componente *objetiva* referida al deber objetivo de cuidado que la vida social impone para evitar daño en las personas y en las cosas, y la *subjetiva*, al referirse al subjetivamente exigible al inculpaado, en atención a sus condiciones individuales y a las circunstancias del caso concreto (Vid. Sentencias 1-1-1964 y 16-1-64). Para la realización del delito culposo, ha dicho el TS, no basta el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado plasmado o no en un precepto reglamentario, que se halle en conexión causal con resultado típico, sino que es menester que la infracción sea reprochable al agente por serle exigible individualmente el cumplimiento de dicho deber en atención a sus condiciones personales y a las circunstancias históricas que configuran concretamente el hecho enjuiciado (Vid. S. 23-9-65, R. 3842). La S. 9-5-1966, R. 2338, precisa que «si bien es cierto que este Tribunal ha declarado repetidamente que la mera y simple infracción reglamentaria es insuficiente para fundar la responsabilidad penal por imprudencia, también es doctrina de esta sala que cuando aquella infracción entraña el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado ligado por la conexión causal con un resultado que de haberse producido maliciosamente constituiría uno de los delitos catalogados en el Libro II del CP, del hecho será criminalmente responsable el autor a título de imprudencia, si su conducta merece serle reprochada individualmente, en atención a sus condiciones personales y a las circunstancias de todo orden que la configuraron en el caso concreto». La de 9-4-1970 alude a «la omisión espiritual del agente, productora de un evento perjudicial, que a medio de relación causal material y moral están unidos como causa y efecto, y que se deba a la infracción del deber de cuidado, que le resultaba impuesto guardar, determina el delito de imprudencia, cuando a los elementos indispensables de tipificación y antijuricidad, se une la apreciación y valoración culpabilística de la conducta a medio de juicio de reproche judicial, que abarque la dimisión circunstancial subjetiva del autor y del hecho, para lo que resulta esencial, en la valoración penal de los delitos culposos, conocer con la mayor precisión, la causa creadora de la situación de peligro, su previsibilidad y probabilidad, y la atribución personal...» (JCr, 1970, marzo-abril, pág. 552). Análogamente la S. 16-10-1970, R. 4159, y la S. 15-10-1971 (RDCr, 1971 pág. 556 con nota de Luzón).

Un análisis más completo de la jurisprudencia del TS corresponde a la última parte de este artículo, relativa al estudio concreto del Derecho positivo español, que se publicará en breve.

(303) Lo que reconoce, incluso GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* cit. pág. 88, aludiendo, además, a la importante S. 16-6-1964.