

«El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos»

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal en la Universidad
de La Laguna (Tenerife)

I

El pensamiento de que la infracción de un deber objetivo de cuidado es parte integrante de los elementos constitutivos del delito culposo en el Código penal ha pasado a ser una declaración esencial en la literatura y la jurisprudencia penal recientes. La punición del autor por culpa no depende sólo, según este criterio, de que la acción haya determinado la aparición del resultado típico (a) previsible y evitable para el sujeto (b), sino de una característica adicional, consistente en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos (c). Mientras que los elementos aludidos sub (a) y sub (b) han sido reclamados ordinariamente por la doctrina tradicional, el requisito de la infracción de un deber objetivo de cuidado muestra lo peculiar de la nueva concepción, que siendo la tesis dominante sobre la materia en la literatura penal alemana, suiza o austríaca, ha conseguido abrirse camino también en la ciencia española, mediante el peso, siempre creciente, ejercido por los autores partidarios del denominado «nuevo sistema del Derecho penal».

El criterio indicado no supone sólo una comprensión teórica especial de los delitos de imprudencia. Predetermina, además, alguna consecuencia práctica significativa, que por incidir en un campo donde se debaten problemas de acusado relieve jurídico y político criminal lo hacen más digno de atención. En tanto que para la literatura penal tradicional, la presencia del elemento objetivo del delito culposo, consistente en la producción del resultado típico, y del elemento subjetivo, equivalente a su previsibilidad y evitabilidad individual, agotaban los presupuestos de punibilidad de esta clase de infracciones, la nueva concepción introduce en el delito de imprudencia una nota restrictiva de la responsabilidad. Sin su concurrencia, la acción causal del resultado queda al margen de la valoración negativa penal. Previa-

mente a la averiguación de que en la ejecución de la acción no aportó el sujeto la diligencia individualmente posible, es preciso acreditar, se afirma, que la acción misma vulneró el cuidado necesario en el tráfico, con la consecuencia de que si esta violación no está presente deba ser dictada sentencia absolutoria. Si el sujeto no infringió el deber objetivo de cuidado, advierte CÓRDOBA RODA, faltarán la imprudencia de los artículos 565 y 586, núm. 3.º, no pudiendo, por tanto, ser incriminada la conducta causante del resultado por ninguno de estos dos artículos del Código penal: al faltar la posibilidad de subsumir la acción en una figura penal, carecerá de sentido preguntarse si el sujeto, por sus sobresalientes facultades, hubiera podido evitar el resultado criminal (1). Estas premisas llevan a que el automovilista que, por ejemplo, produce la muerte de un transeúnte dando cumplimiento exacto al deber objetivo (general) de cuidado regulativo de la acción peligrosa en la situación concreta haya de ser absuelto, incluso si en virtud de su perspicacia personal extraordinaria, hubiera podido efectuar un esfuerzo superior de conciencia para percatarse de la posibilidad de que sobreviniese el resultado desgraciado. La falta de infracción de la diligencia objetivamente debida predeterminaría, en el ejemplo propuesto, la decisión del juez, mientras que conforme a las pautas proporcionadas por la dirección tradicional, habría que admitir la existencia de delito, pues en la hipótesis estarían presentes todos los requisitos de la culpa.

La contraposición entre deberes objetivos y subjetivos de diligencia dentro del delito culposo obtuvo consolidación en la moderna doctrina del Derecho penal desde la publicación de la célebre monografía de ENGISCH sobre el dolo y la culpa en el año 1930 (2). En ella se destaca que la doctrina clásica del Derecho penal ha venido concibiendo la culpa de forma subjetiva, situándola al lado del dolo como modalidad alternativa de la culpabilidad. ENGISCH pone de relieve que en la dogmática de finales del siglo pasado y principios del actual no faltaban referencias a la violación del cuidado externo, pero que este elemento solía ser objeto de escasa atención y estimado accesorio por los escritores, obteniéndose la impresión de estar ante una nota obvia de la culpa, extraña, sin embargo, a su esencia. Para la dogmática del período mencionado, representada ante todo por el sistema de LISZT, sólo era posible hablar de la culpa en sentido subjetivo (3).

Desde la publicación de la monografía de ENGISCH y del Tratado de HIPPEL, obras aparecidas el mismo año, pero que tenían en contribuciones previas del propio HIPPEL y de FRANK precedentes importantes, la afirmación de que el delito culposo requiere una doble infracción —la del cuidado objetivamente debido y la del subjetivamente posible— ha ido afirmándose progresivamente en la ciencia penal

(1) V. *Notas* al Tratado de MAURACH, R., t. II, Barcelona, 1962, pág. 259.

(2) V. ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, reimpresión de la edición de 1930, 1964, págs. 266 y sigs.

(3) V. ENGISCH, K., *cit.*, pág. 275.

alemana, hasta encontrar consolidación definitiva en las aportaciones de la doctrina finalista. Desde ella, la nueva concepción ha discurrido a sectores adversos al finalismo, pudiéndose decir que constituye actualmente en el área germánica la teoría predominante sobre el delito culposo.

El mérito de ENGISCH es, ante todo, sistemático. En su monografía se produce la transformación sistemática del cuadro material de la infracción culposa, al declarar por primera vez que la lesión de la diligencia objetiva no pertenece a la culpabilidad, sino a la antijuricidad. ENGISCH abre camino, pues, a la concepción moderna de la imprudencia, no por concebir la infracción del deber objetivo de cuidado como elemento material y consiguiente presupuesto de punibilidad de las acciones culposas, opinión que antes habían puesto de relieve otros autores, entre los que el mismo ENGISCH menciona a HIPPEL y FRANK, sino por la atribución de un nuevo puesto a este elemento en el sistema, sustrayéndolo a la culpabilidad culposa, para proclamar su pertenencia a la antijuricidad típica. Con el fin de disponer de datos para el estudio de la cuestión en el Código penal, es oportuno recordar algunos momentos del proceso que lleva desde las formulaciones iniciales de la teoría hasta la actualidad.

Para HIPPEL y FRANK, el concepto de cuidado, que ambos entienden de forma subjetiva, no es suficiente para lograr una determinación satisfactoria de la esencia de la culpa, debiendo sustituirse por el concepto de prudencia. Existen casos, indica el primer autor, en que el sujeto obra de forma imprudente, pese al despliegue de una escrupulosa atención. El cazador imprudente que emplea sin éxito el mayor esmero para que el disparo no alcance de forma simultánea a la pieza cinegética y al compañero de montería, no obra desde luego sin atención, aunque puede censurársele no haber omitido el disparo. FRANK destaca, a su vez, que quien acepta un cometido peligroso, como el médico que sin preparación quirúrgica suficiente practica una difícil intervención, obra culposamente respecto al resultado mortal, incluso si desplegó todo el cuidado posible, pues dada su falta de competencia, no debió admitir el encargo. Lo que HIPPEL y FRANK pretenden sugerir, a juicio de ENGISCH, no es que el médico y el cazador hayan atendido de forma insuficiente a la fuente del peligro, sino que ambos, pese al reconocimiento del peligro, han hecho algo que debieron omitir, emprendiendo la ejecución de un acto en sí mismo peligroso. El cuidado experimenta así un desplazamiento desde el lado subjetivo al objetivo: la acción del sujeto no era cuidadosa porque desde la perspectiva externa no estaba orientada a evitar la realización del tipo del homicidio (4).

Según ENGISCH, las consideraciones sobre el cuidado exterior despliegan un papel no menor que las relativas a la omisión de la aten-

(4) V. ENGISCH, K., *cit.*, págs. 273 y sigs., que tiene aquí en cuenta las precedentes aportaciones de HIPPEL en la *Vergleichende Darstellung* y de FRANK en la 17.^a edición del *Kommentar*.

ción psíquica en la práctica de los delitos de imprudencia. Este hecho se manifiesta con claridad en la jurisprudencia sobre delitos de tráfico. Si se interroga sobre la causa del accidente, suele reconducirse a la velocidad excesiva; a no detenerse en el momento oportuno; a la desviación excesiva; a no mantenerse en el lado derecho de la calzada, etcétera, etc. En todos estos casos se hace mención del comportamiento en sí mismo, viéndose en él la causa del accidente como inobservancia del cuidado necesario. La distinción entre cuidado objetivo, que ENGISCH atribuye a la antijuricidad, y cuidado subjetivo, perteneciente a la culpabilidad, quedaba asegurada en la dogmática moderna de forma definitiva: el cuidado en sentido subjetivo se refiere a la actitud interna del autor y coincide con la aportación de concentración, el esfuerzo de los cinco sentidos, la tensión de las fuerzas espirituales o el empleo total del aparato psicofísico; en sentido objetivo, el cuidado se refiere a la conformación externa de la acción y equivale a la aplicación de determinados medios, es decir, de modalidades concretas de comportamiento para evitar la realización del tipo del injusto (5).

Desde un punto de vista material, la distinción entre aspecto objetivo y subjetivo dentro de la culpa, encontraba expresión en el Tratado de HIPPEL. La imprudencia contraria al deber depende, según este autor, de una doble medida. Objetivamente, es preciso determinar si se ha aplicado para la evitación del resultado la medida de cuidado, que, según un juicio prudente, correspondía a la situación concreta. A este respecto, ha de tenerse presente la pauta del artículo 276 del Código civil, del que se deduce que lo decisivo es si ha sido observado *el cuidado necesario en el tráfico*. Una pauta tan genérica adquiere perfil concreto cuando se le contrapone el caso particular, revelándose entonces como cuidado correspondiente a las reglas del pertinente ámbito del tráfico, es decir, del servicio ferroviario, de la empresa de la construcción, del tráfico automovilístico, de la práctica cinegética, de la actividad médica, etc., etc.

Respecto a la medida del cuidado objetivamente necesario, HIPPEL advierte que habrá de tenerse en cuenta que hay situaciones de peligro en las que se requiere un cuidado particular, como en la navegación durante la tormenta o cuando se trata de practicar una complicada intervención quirúrgica; sin embargo, esto es excepcional, pues en general y fundamentalmente es suficiente la aportación ordinaria o media de cuidado, es decir, aquella medida cuya inobservancia puede ser reprochada individualmente en la correspondiente situación a un hombre consciente como imprudencia contraria al tráfico, siendo preciso precaverse frente a posibles exageraciones de la exigencia en el ámbito penal, pues el juez civil estará todavía en situación de decidir en beneficio al perjudicado. Consecuencia de lo expuesto es, a juicio de HIPPEL, que cuando está ausente la imprudencia objetiva-

(5) V. ENGISCH, K., cit., pág. 271.

mente contraria al deber, es preceptiva la absolución, mientras que en la situación inversa es necesario atender todavía limitativamente a una pauta subjetiva, es decir, a si el autor por razón de sus facultades personales pudo evitar realmente el resultado, pues el reproche de culpabilidad se formula, en todo caso, frente al autor concreto (6).

En sentido semejante se pronunciaba seguidamente el Tratado de MEZGER, con conocimiento, a diferencia de HIPPEL, de las investigaciones de ENGISCH. En el juicio sobre la culpa, según MEZGER, se espera fundamentalmente del sujeto, como dice el artículo 276 del BGB, el cuidado necesario en el tráfico, pues lo determinante no son las costumbres y hábitos unilaterales de un círculo más o menos amplio de especiales interesados y participantes, sino las pretensiones que con arreglo a las exigencias del tráfico generalmente observadas cabe establecer en una conducta adecuada a la índole de la cosa; cuando existan especiales preceptos jurídicos, ordenanzas de policía, reglamentos, instrucciones, etc., etc., serán, por regla general, determinantes de la medida de cuidado exigido, regla que, sin embargo, no excluye... la licitud de una desviación en el caso concreto cuando así lo demanden las circunstancias, ni conduce tampoco... a negar en todo caso la culpa, sean cualesquiera las circunstancias, cuando se han seguido de modo formal los preceptos existentes... aunque si se ha satisfecho el deber de cuidado objetivamente exigido, habrá que negar el carácter culposo de la conducta. Mas, por encima de esto —advierte MEZGER— el deber de cuidado en la esfera del Derecho punitivo experimenta una restricción impuesta por la necesaria consideración de las circunstancias individuales subjetivas del agente, llegándose a un doble módulo de la culpa... de manera que la exigencia, que en primer término es determinada según las concepciones generales del tráfico y vida de relación y con arreglo a las circunstancias objetivas del acto, requiere, además, de modo necesario, el ulterior examen respecto a si el agente, con arreglo a sus capacidades personales y a su comprensión personal estaba obligado a seguir esta exigencia y hasta qué punto lo estaba (7).

La distinción entre diligencia objetivamente debida y personalmente posible ha logrado depuración particular mediante el debate que sobre el contenido del delito culposo ha determinado la doctrina finalista en las últimas décadas. WELZEL estima que el cuidado necesario en el tráfico es un concepto objetivo y normativo. «Para la determinación de su contenido no tiene importancia cuál sea el cuidado que haya observado o haya podido observar el autor, sino sólo cuál sea el cuidado necesario en el tráfico», no sirviendo tampoco de

(6) V. HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, 1930, págs. 361 y sigs.

(7) V. MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, traducción de J. A. Rodríguez Muñoz, sobre la 2.^a edición alemana de 1933, t. II, Madrid, 1935, páginas 163 y sigs., que estima todo el razonamiento “perfectamente aplicable a nuestro concepto legal de la culpa”.

pauta «el cuidado que se observe, de hecho, en el tráfico, sino el que sea necesario». Indica WELZEL que una conducta responde al cuidado objetivo, si considera prudentemente los efectos de la acción planeada que sean cognoscibles en un juicio inteligente, es decir, si coincide con la conducta que seguiría un hombre inteligente y prudente en la situación del autor (8). La regla constituye el criterio decisivo para establecer si se ha cumplido, o por el contrario, se ha vulnerado el cuidado objetivamente debido, pues la verdad es que la conducta correcta, es decir, conforme con dicha pauta normativa no puede determinarse nunca en el caso concreto por medio de los principios de experiencia ni de la ordenación reglamentaria eventualmente existente sino sólo a través del principio metodológico de la acción que realizaría un hombre inteligente y prudente en dicha situación (9).

Lo expuesto revela, en líneas generales, el sentido material de la exigencia de este elemento en la responsabilidad por culpa. Un aspecto distinto del problema es la determinación del puesto sistemático de la diligencia generalmente debida en el delito culposo. Procede referirse a las diversas posiciones existentes en la dogmática como trámite previo al estudio del problema en nuestro Derecho (10).

En este sentido cabe decir, siguiendo a MAURACH, que mientras la doble medida del juicio imprudencia es admitida ordinariamente en la actualidad como requisito del delito culposo, no está aclarado suficientemente, por el contrario, el problema del lugar sistemático de esta doble infracción del deber, habiéndose producido en este

(8) WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*. traducción y notas de Cerezo Mir, J., Barcelona, 1964, pág. 71.

(9) WELZEL, H., *cit.*, pág. 73.

(10) Sobre este problema, V. MAURACH, t. II, *cit.*, pág. 228, con exposición detallada de los distintos puntos de vista dogmáticos y fundamentación de que el riesgo permitido excluye la responsabilidad por el hecho, criterio que sigue en Suiza REHBERG, J., *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, Zürich, 1962, pero que no es tenido en cuenta en este trabajo; SUÁREZ MONTES, R. F., *Consideraciones críticas a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, Madrid, 1963, págs. 57 y sigs.; BERISTAIN, A., S. J., *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1963; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (prólogo de Quintano Ripollés, A.). Madrid, 1966, páginas 46 y sigs. y 99 y sigs., que prefiere para su posición la denominación de *reprochabilidad objetiva*, consistente en "un juicio de desvalor que recae porque se ejecuta una acción que el hombre prudente (ideal) no habría cometido" (pág. 102), estimando que... "la diligencia debida es un elemento del injusto", siendo ello así "no porque las acciones diligentes que condicionen el resultado no lo causen, sino porque carecen de los presupuestos necesarios para ser calificadas de típicamente antijurídicas" (pág. 104). Para GIMBERNAT ORDEIG la tipicidad del delito culposo está, por lo tanto, en función de la violación de la diligencia objetivamente debida. Y como, por otra parte, este autor ha declarado recientemente que el dolo es elemento constitutivo de la tipicidad de los delitos dolosos—véase al respecto *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1-1-971-2, parece haber llegado, sin reconocer el concepto final de acción, que ha merecido su repulsa en diversos trabajos, a conclusiones en la doctrina de la tipicidad que coinciden con las de la dogmática finalista.

campo un notable cambio de opiniones. El curso del problema conduce desde la inserción de la lesión de cuidado objetivo y subjetivo en la culpabilidad a formulaciones que desplazan el primero a la antijuricidad, con la subdistinción posterior de considerar como elemento de tipo de lo injusto la infracción del deber, o como causa de justificación su observancia o cumplimiento.

La solución monista de que tanto la infracción de la diligencia objetiva como de la subjetiva forma parte de la culpabilidad, defendida en su día por HIPPEL y MEZGER y confirmada en la doctrina española por RODRÍGUEZ MUÑOZ (11), presupone que la acción es típica y antijurídica por el hecho de ser causa del resultado desfavorable para el bien jurídico, sin que la observancia del deber objetivo de cuidado despliegue más efecto que el de negar la culpabilidad. Consecuencia implícita de esta decisión sistemática es que la acción típica y antijurídica, no culpable, podrá ser enjuiciada según las normas de otras ramas del Derecho, principalmente del Derecho civil. Que el conductor del automóvil haya producido la muerte del peatón mediante una acción que, desde la perspectiva del cuidado necesario en el tráfico, es inobjetable, suprimirá únicamente la culpabilidad jurídico penal. La antijuricidad del comportamiento estará presente en virtud de la causación del resultado típico desfavorable para el bien jurídico. Lo ventajoso de la tesis radica en que la valoración penal no prejuzga, interceptándola u ocluyéndola, la posible acción de otras ramas del Derecho, lo que con relación al ámbito del Derecho civil del tráfico automovilístico se ha de estimar como consecuencia ventajosa.

La teoría finalista del delito culposo, desarrollada principalmente por WELZEL, facilita también desde este punto de vista, el mismo resultado práctico. Para dicho autor, los delitos culposos son tipos abiertos: la acción típica no está definida en la ley y el juez ha de proceder a complementar el tipo en el caso concreto conforme a un criterio general que se halla descrito en el parágrafo 276 del Código civil, cuando declara que «actúa culposamente el que no observa el cuidado necesario en el tráfico». La infracción de este cuidado no es, como sostiene la dirección anterior, elemento de la culpabilidad culposa, sino nota de la tipicidad de la acción. El que con violación del riesgo permitido causa la aparición del resultado actúa típicamente: crea u origina un indicio de la antijuricidad, que sólo puede desvirtuar la mediación de una causa de justificación (estado de necesidad, consentimiento, etc.). La violación de la diligencia o cuidado subjetivamente posible da lugar, por su parte, a la reprochabilidad personal o culpabilidad. El examen de las consecuencias a que lleva esta construcción muestra que si falta la infracción del cuidado objetivamente debido sólo está ausente la tipicidad del comportamiento, pese a que la acción haya condicionado la aparición del resultado. No es típica, advierte WELZEL, la acción que corresponde al cuidado ne-

(11) V. *Tratado, cit.*, II, pág. 163.

cesario en el tráfico...; con la observancia del cuidado necesario en el tráfico desaparece el desvalor de la acción..., si se produce la lesión de un bien jurídico como consecuencia de una acción de este tipo, se tratará de una desgracia, no de un injusto (12). Lo que fracasa cuando la acción no desborda el riesgo permitido no es, por tanto, la antijuricidad, sino la relevancia penal o tipicidad de una acción posiblemente antijurídica con arreglo al ordenamiento jurídico general. De conformidad con esto, el automovilista del ejemplo no actúa típicamente. Que haya actuado o no antijurídicamente es algo que se ha de decidir conforme a la totalidad del orden jurídico. A la vista del ejemplo, queda imprejuizado si la acción del sujeto y su resultado, es presupuesto bastante para las reacciones patrimoniales propias del Derecho civil, permaneciendo abierta la posibilidad de una declaración del derecho a la indemnización en favor de los perjudicados por el hecho. La diferencia en los presupuestos que media entre la doctrina que adscribe la violación del deber general de cuidado a la culpabilidad y el finalismo, atribuyéndolo a la tipicidad, no conduce, por tanto, a consecuencias prácticas divergentes. En virtud de diverso fundamento, ambas direcciones llevan a sostener la falta de responsabilidad penal del sujeto que, pese a cumplir el deber objetivo de cuidado, determinó la aparición del resultado, siendo coincidentes también, por otra parte, en no prejuzgar las decisiones de otras ramas jurídicas inspiradas en principios y necesidades diversos de los del Derecho penal.

Tales ventajas no pueden ser atribuidas, por el contrario, a la concepción del deber objetivo de cuidado como causa de justificación. Para este punto de vista el tipo debe ser entendido de forma fundamentalmente causal: es típica la acción si lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido, sin necesidad de que posea propiedades determinadas. El indicio de antijuricidad originado por la causación del resultado puede quedar, sin embargo, neutralizado por la observancia del cuidado necesario en el tráfico. Es evidente entonces que, al no existir una antijuricidad penal específica —el concepto de antijuricidad es común para la totalidad del ordenamiento jurídico—, la tesis de quienes, como BAUMANN conciben el riesgo permitido como causa de justificación, obliga a entender que la causación del resultado es un acontecimiento conforme a Derecho (13). La posibilidad de un enjuiciamiento posterior del suceso de acuerdo con el ordenamiento jurídico civil está interceptada o excluida por este criterio, que sin diferir en los presupuestos del que adscribe el cuidado necesario a la culpabilidad, lleva a conclusiones jurídicas diametralmente opuestas.

La exposición precedente permite ver que la problemática del deber objetivo de cuidado posee mayor significado que el que le atribuyen algunos autores y puede deducirse de ciertas sentencias recientes. No se está

(12) V. *Loc. cit.*, pág. 74.

(13) V. BAUMANN, J., *Strafrecht*, Allg. Teil, 5.^a ed., 1968, pág. 441.

aquí ante una de aquellas cuestiones carentes de significado para la práctica del Derecho, sino ante un problema jurídico material que posee elevada importancia en el actual momento histórico, donde la lucha contra la criminalidad culposa y la protección de las víctimas que desencadena, se encuentran en el primer plano de las preocupaciones de los juristas. Su significado real radica en que circunscribe, con independencia de la cuestión de su destino sistemático, el ámbito de la responsabilidad penal, mientras que su atribución sistemática a uno u otro elemento de la teoría del delito no deja de expresar también, de forma implícita, una actitud sobre el tratamiento jurídico de las acciones simplemente causales portadoras de ataques para los bienes jurídicos protegidos. La sola utilización de los conceptos propios del Derecho penal no debe llevar, en todo caso, a la liquidación del problema de si a pesar de no estar presente una acción humana digna de castigo por haber sido observada la diligencia objetivamente procedente, el ordenamiento jurídico reacciona, sin embargo, frente al autor de esa acción mediante sanciones diversas de la pena, entre las cuales la indemnización del daño padecido por el perjudicado ocupa un puesto principal. La concepción que atribuye carácter de causa de justificación a la diligencia objetiva tropieza ya, previamente a la demostración de su incompatibilidad con el Código penal, con el inconveniente de prejuzgar la solución de esta cuestión. Las indicaciones anteriores permiten pasar seguidamente al estudio del Derecho positivo.

II

La teoría finalista y la dogmática tradicional se distinguen esencialmente en la concepción del Derecho y, correlativamente, de la antijuricidad (14). Esta es entendida por la dogmática clásica como valoración negativa de determinados acontecimientos y estados, reconducibles a una acción humana concebida de forma causal. El Derecho estatuye un deber ser impersonal que pretende validez con independencia del contenido de voluntad y de las propiedades personales del sujeto. La cualidad de antijurídica de una acción se decide sin atender a que sea dolosa, culposa o fortuita y de que su autor posea madurez mental y salud psíquica, o sea, contrariamente, menor de edad o enajenado, es decir, inimputable (15).

La teoría finalista parte, por el contrario, de diversos puntos de vista. Entiende que el Derecho, de conformidad con la célebre expresión de MERKEL (16), es un poder espiritual configurador de la vida del pueblo, que reclama de los destinatarios aportaciones específicas,

(14) V. SUÁREZ MONTES, *Loc. cit.*, págs. 59 y sigs.

(15) V. MEZGER, E., *Tratado, cit.*, t. I, págs. 281 y sigs.

(16) V. OEHLER, D., *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959, págs. 16 y sigs.

es decir, la inejecución o realización de determinadas acciones. Las normas jurídicas están dirigidas al hombre como ser capaz de dominar la causalidad mediante la finalidad, y sólo pueden ser infringidas mediante acciones determinadas, es decir, mediante una acción dirigida a la infracción de la norma prohibitiva de causar un resultado desfavorable para el bien jurídico, o mediante una acción que no observa la diligencia preceptuada con carácter objetivo-general para evitarlo. La constitución de lo injusto, a diferencia de lo que sucede con la doctrina tradicional, tiene lugar únicamente cuando la lesión o peligro para el bien jurídico (desvalor del resultado) procede de una conducta humana dolosa o que vulnera el cuidado necesario en el tráfico (desvalor de acción). Frente al criterio tradicional, no es posible entonces hablar de un injusto fortuito, que debe estimarse como azar o desgracia, situado fuera del ámbito del Derecho.

Conforme a este punto de partida, la concepción finalista verá facilitada su viabilidad en los ordenamientos que contienen una distinción clara entre delitos dolosos y culposos, susceptible de ser interpretada como expresión del distinto contenido de injusto existente entre ellos. Por el contrario, tropezará con dificultades cuando el sistema o código de que se trate dé base para apreciar que la forma y especie del comportamiento, tanto en lo relativo a su contenido interno como a su conformación externa—dolo e infracción del cuidado necesario en el tráfico— resultan indiferentes, por principio, para los fines propios del juicio sobre lo injusto, es decir, para decidir qué fundamento lleva a establecer que una conducta humana es objeto de desaprobación por la comunidad, con independencia de aquellas características (imputabilidad, potencial conocimiento de lo injusto), adscribibles según doctrina constante a la reprochabilidad personal o culpabilidad. En consecuencia, cuando el postulado finalista más esencial de que la distinción entre delito doloso y culposo se cumple ya en el ámbito del tipo, no sea coherente con el derecho positivo, habrá que llegar a la conclusión de que esta dirección jurídico-penal carece de viabilidad, por mucha que sea la exactitud y precisión que en la interpretación de otros ordenamientos jurídicos y en la solución de determinados problemas penales haya podido lograr mediante sus declaraciones. La apreciación del valor del finalismo depende así, primariamente, de su compatibilidad con cada sistema penal concreto.

Procede, pues, hacer abstracción de los supuestos filosóficos e histórico-culturales que han llevado crecientemente en Alemania desde la concepción objetivo valorativa, a la concepción de lo injusto propia de la doctrina finalista (17), para poner ante todo de relieve que sobre

(17) Entre la doctrina de los imperativos, según sus formulaciones originarias—vid., al respecto, en lengua española, MEZGER, E., *Tratado*, cit. I, páginas 284 y sigs.— y la concepción de lo injusto del finalismo no existe, como los autores finalistas han puesto frecuentemente de manifiesto, una relación efectiva o necesaria. El finalismo logra distinguir entre injusto y culpabilidad, superando así una de las carencias más significativas de la doctrina imperativista del Derecho en su proyección penal. Debe de verse sobre estos problemas:

los problemas de que tratamos es decisivo, por su carácter dogmático, cada derecho positivo. En efecto, nada obliga a decidir *a priori* si un sistema jurídico enlaza el juicio valorativo negativo de la antijuricidad a la lesión o el peligro del bien jurídico que provenga de cualquier conducta humana, sin atender a su contenido de voluntad—por ejemplo, tanto al homicidio doloso o culposo como al fortuito—, o si, inversamente, tal ordenamiento hace preciso considerar el dolo o la culpa en un estadio previo de la teoría del delito, es decir, en la doctrina del tipo. El objeto de la dogmática es cada ordenamiento jurídico con sus peculiaridades positivas, culturales e históricas, y su actividad cognoscitiva, algo que difiere de la simple deducción lógico formal de proposiciones jurídicas sucesivas a partir de una premisa fundamental. La determinación del contenido de los tipos, en lo que se refiere a la exigencia, dentro de ellos, de un particular desvalor de acción, no puede efectuarse de forma deductiva sobre la base de la concepción ontológico final de la acción, pues aun reconociéndose la estructura finalista de la conducta humana, no hay inconveniente teórico para entender el tipo de forma causal, reservando para el dolo el puesto que tradicionalmente ha ocupado en la teoría de la culpabilidad. Hay autores, en efecto, que pese a haber contribuido en gran medida a la difusión del finalismo en nuestro país, han reconocido que de la circunstancia de que las normas sólo pueden tener por objeto la conducta finalista... no se desprende la *necesidad* de que el dolo haya de ser elemento de lo injusto de los delitos dolosos..., pues el juicio desvalorativo de la antijuricidad *puede* recaer exclusivamente, en principio, sobre el lado objetivo (18). Una relación lógica y materialmente necesaria entre estructura final de la acción y estructura final del tipo sólo se reconoce aisladamente en la doctrina española. En ella es posible observar una gama amplia de posiciones sobre el problema examinado. Para CEREZO MIR la pertenencia del dolo al tipo es una cuestión que hay que resolver en sentido afirmativo porque a ello conducen varios argumentos dogmáticos, es decir, la interpretación del contenido del derecho positivo, no la concepción prejurídica del acto (19). GIMBERNAT ORDEIG ha manifestado recientemente que en

el estudio de CEREZO MIR, J., *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho penal española*, separata de Nuevo Pensamiento Penal, año 1, núm. 2, págs. 217 y sigs. La discrepancia en las conclusiones a que se llega aquí sobre los problemas concernientes al contenido del tipo, obligan más especialmente a poner de manifiesto este trabajo, donde el autor realiza también una síntesis de sus diversos escritos sobre los problemas fundamentales de la dogmática finalista. Dado el influjo que adquiere el pensamiento de JESCHECK, no es inoportuno poner de manifiesto que las indicaciones existentes en *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 1969, pág. 162, en las que se acepta la doctrina de los imperativos, no son todo lo claras que sería de desear en lo concerniente a la vinculación de los inimputables por las normas.

(18) V. CEREZO MIR, J., *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista...*, cit., pág. 233.

(19) V. *Loc. cit.*, págs. 235 y sigs.

el tipo ha de estimarse comprendido el dolo del hecho, a pesar de no profesar un concepto final de acción, es decir, con base en la concepción general-preventiva de la pena, que hace obligatorio, a su juicio, dicho punto de vista (20). RODRÍGUEZ MOURULLO se pronuncia también, por otra parte, en favor de la compatibilidad de la noción de acción propuesta por WELZEL con la atribución del dolo a la culpabilidad, pues a lo que obliga únicamente dicha noción es a no prescindir de la voluntad final en la construcción del delito (21).

La consideración de que aquí nos hallamos ante un problema dogmático ha de extenderse también al problema paralelo de si el delito culposo reclama ya en el ámbito del tipo un desvalor de acción específico, constituido por la infracción del deber objetivo de cuidado. Es el derecho positivo el que, en última instancia, decide sobre ello, tanto en lo relativo a su necesidad como presupuesto material de la punibilidad, como a su destino sistemático dentro de la infracción por imprudencia.

Previas estas apreciaciones, cabe decir que las bases que proporciona el Código penal para una decisión correcta del problema no son coincidentes con las de otros ordenamientos. Es un saber común que el sistema de tipificación de los delitos culposos del Código penal alemán de 1871 y del proyecto oficial de 1962, correlativo al de otros códigos europeos, carece de disposición semejante a la del artículo 565. Como indicaban en su día ALVAREZ y VIZMANOS, la legislación española ha seguido en la configuración de los delitos culposos un criterio en todo peculiar (22), que le distingue netamente de los demás ordenamientos penales, donde el legislador suele proceder a determinar individualizadamente cada figura de delito culposo, como el homicidio, las lesiones y las figuras culposas específicas contenidas en abundancia en la legislación penal especial.

Las diferencias entre ambos sistemas se evidencian también, por otro lado, en el extremo de que el ordenamiento español no posee una norma como la del parágrafo 276 del Código civil alemán, firme punto de apoyo, según enseñan las obras mencionadas de HIPPEL, FRANK, MEZGER o WELZEL, para la inclusión de la infracción del deber objetivo de cuidado en el delito de imprudencia con base en la doctrina de la unidad del orden jurídico. Una norma paralela no existe en nuestro Derecho, pues el artículo 1.104 del Código civil se refiere, en principio, a la responsabilidad contractual, y su mención de la diligencia correspondiente a las «circunstancias de las personas» parece ha de entenderse en sentido personal o subjetivo, lo que le priva de cumplir función correlativa a la que atribuye la dogmática

(20) V. *El Sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1-1-971-2, págs. 276 y sigs.

(21) V. *El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel*, en "Boletín de la Universidad Compostelana", Santiago de Compostela, 1965, páginas 207 y sigs.

(22) V. ALVAREZ, C. y VIZMANOS, T. M., *Comentarios al Código Penal*, v. II, 1848, págs. 525 y sigs.

alemana el parágrafo 276 del BGB, en el que se entiende la culpa, en sentido objetivo-general, como violación del cuidado necesario en el tráfico. En la doctrina del Derecho privado faltan, por último, investigaciones concluyentes sobre si nuestro Derecho positivo puede proporcionar alguna base que favorezca la transposición a un ordenamiento jurídico que difiere en numerosos extremos del alemán, del sistema finalista sobre la culpa, que ha contado en favor suyo con la disposición citada del BGB, siempre invocada cuando se trata de poner de relieve la escala general-impersonal, reconocida en tal disposición, y subjetivo-personal del juicio sobre la culpa.

La regulación de la responsabilidad extracontractual en el Código civil—artículos 1.902 y siguientes— tampoco proporciona base para estimar la infracción del deber objetivo de cuidado como presupuesto de la indemnización del daño causado. La orientación originaria del Código es subjetiva, como revela la correlación entre «culpa» y «negligencia»: ésta ha de entenderse como desatención individual, como una situación interna valorizada normativamente, no como propiedad externa de la acción. Las fluctuaciones interpretativas de la doctrina y la jurisprudencia sobre el artículo 1.902 del C. c. discurren históricamente desde la confirmación del sentido subjetivo originario del Código, al reclamar un coeficiente psíquico subjetivo como presupuesto del deber de indemnizar, hasta la concepción que estima bastante, a este fin, el nexo causal, pero sin que se exija en ningún caso expresamente que la acción determinante del daño necesite poseer propiedades concretas o conformación defectuosa, distanciándose con ello de la acción ideal coincidente con el cuidado necesario (23).

La posibilidad de disponer de un punto de apoyo semejante al del parágrafo 276 del BGB en el Código civil español está, pues, desprovista de fundamento. El Derecho civil de tráfico parece caminar también en sentido contrario a tal posibilidad. La responsabilidad civil patrimonial, en materia de accidentes automovilísticos—según muestran los artículos 1 y concordantes del Decreto de 21 de marzo de 1968, aprobatorio del texto refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962— no está subordinada a que el resultado perjudicial para la vida o la integridad corporal sea efecto de una acción que quede por debajo del deber objetivo de cuidado; por el contrario, es suficiente la acción misma de conducir sin necesidad de que sobrepase el riesgo ordinario inmanente en ella, ni de que posea propiedades particulares. La exoneración del causante del daño puede sobrevenir sólo cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. La responsabilidad surge, pues, en este sector en virtud de la causalidad entre acción, incluso coincidente con el riesgo permitido, y daño indemnizable. El hecho de que el ocupante del vehículo esté protegido frente a los daños y perjuicios di-

(23) V. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, Madrid, 1972.

manantes de la circulación, aunque el accidente sobrevenga sin que medie ninguna acción objetivamente reprochable del conductor confirma este punto de vista.

La observación unitaria del ordenamiento jurídico no favorece, pues, la construcción del injusto en sentido diverso del tradicional. Ocurre más bien lo contrario. El sector del Derecho de tráfico automovilístico, en el que se desenvuelven en la actualidad problemas prácticos y teóricos esenciales del delito culposo (24) obliga a entender que el juicio general negativo de la antijuricidad alcanza ya a la simple causación de un menoscabo para los intereses protegidos por el Derecho. El ordenamiento jurídico privado no obliga al intérprete a conceder relevancia a la infracción del cuidado objetivo como elemento permanente del juicio sobre la ilicitud. Esto determina que los problemas atinentes al deber objetivo de cuidado sean privativos de la dogmática penal. En ella aparecen controvertidos tanto la necesidad como la inserción de la diligencia debida en la teoría del delito. Una parte de los variados puntos de vista que presenta la doctrina extranjera ha encontrado en la nuestra repercusión (25). Existen sugerencias sobre la procedencia de atribuir al deber objetivo naturaleza de causa de justificación. En general suele estimarse, sin embargo, que su infracción es elemento del tipo de lo injusto de la culpa. La tesis defendida en el Tratado de MEZGER, que RODRÍGUEZ MUÑOZ declaró en todo aplicable al Código penal y que, como se verá, comparte sustancialmente ANTÓN ONECA, no ha encontrado posteriormente seguidores. Finalmente, entiende otra dirección que tal característica no es compatible con el Código. En lo que sigue, se examinan estos variados criterios y se toma posición, finalmente, sobre el problema.

III

La estimación de la diligencia objetiva como causa de justificación presupone una visión causal del tipo, cuya realización tiene lugar mediante la lesión del bien jurídico protegido. La tipicidad origina un indicio de la antijuricidad, que, sin embargo, puede ser desvirtuado por la mediación de una causa de justificación. El cumplimiento del deber objetivo de diligencia tendría, según algunos, esta naturaleza.

La viabilidad de la construcción está subordinada, dado el sistema

(24) La atención dispensada en la doctrina actual a los delitos de tráfico tiene su antecedente más importante en el estudio de WELZEL, H., *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961. Véase en francés, *L'imprudence et les délits de la circulation*, en "Revue Internationale de Droit Pénal", 1961, págs. 985 y siguientes. El ejemplo de los dos automovilistas que chocan en curva cerrada se halla también en *El nuevo sistema...*, cit., págs. 34 y sigs.

(25) V. MAURACH, R., *Tratado*, cit., t. II, págs. 215 y sigs., cuya posición expuesta en págs. 237 y sigs., no seguida en este trabajo, de que la observancia del riesgo permitido no es elemento del tipo ni excluye la antijuricidad, sino que forma parte de los problemas de la responsabilidad por el hecho dentro de la doctrina de la atribuibilidad, no ha hallado seguidores en la dogmática española.

de concreción de las causas de justificación en el Código, a una de estas tres posibilidades. En primer lugar, a que haya coincidencia entre alguna causa de justificación expresamente reconocida y el deber objetivo de cuidado. En caso negativo, a que éste pueda ser reconducido a una causa de justificación de mayor amplitud. De fracasar estos expedientes, queda todavía la posibilidad de una comprensión del cumplimiento del cuidado necesario como causa de justificación por analogía, supuesto que su *ratio legis* y estructura posean la relación de semejanza requerida con una de las reconocidas por el Derecho positivo.

En lo que se refiere a la primera alternativa, existen en la literatura indicaciones sobre la posible identificación entre caso fortuito y deber objetivo de diligencia (26). La disposición del núm. 8. del artículo 8 alude, según la autorizada opinión de RODRÍGUEZ MUÑOZ, al riesgo lícito, es decir, al riesgo permitido como motivo de justificación de acciones peligrosas, permitidas por el ordenamiento, de las que dimana por azar una lesión para los bienes jurídicos (27). En general, no ha encontrado este criterio seguidores en la doctrina. Esta se limita a reconocer que la idea pone las bases para una exégesis correcta, llamando la atención sobre la importancia del riesgo permitido, aunque no autoriza la conclusión de entender el caso fortuito como causa de justificación (28). Se ha dicho también que el Código cierra las puertas de esta visión del *casus* desde el momento en que obliga al intérprete a valorar como antijurídico el resultado que sobreviene por mero accidente, cuya causación se estima solamente como inculpable (29). De conformidad, pues, con el criterio dominante y la situación positiva básica, la problemática del caso fortuito ha de ser examinada en la culpabilidad. Es en este área de la teoría del delito donde se han desplegado, por lo demás, los diversos esfuerzos interpretativos de la doctrina reciente para reducir la expansión del principio *versanti in re illicita tenetur etiam pro casu*, que, estimado incompatible con la aspiración a la vigencia creciente del postulado «no hay pena sin culpabilidad», hallaría en el artículo 8, eximente 8, la puerta de penetración en el sistema (30).

Desechada, pues, esta posibilidad, la segunda hipótesis es que la acción que corresponde con el cuidado necesario en el tráfico esté amparada por una causa de justificación de mayor amplitud de las reco-

(26) V. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., pág. 87.

(27) V. *Notas al Tratado de MEZGER*, cit., t. II, de la 3.^a ed. española adicionada por Quintano Ripollés, A., 1957, pág. 39.

(28) V. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, parte general, 1973, pág. 539.

(29) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *Comentarios al Código penal*, de CORDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Barcelona, 1972, pág. 319.

(30) RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, pág. 539; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, cit., pág. 318 y sigs.; CEREZO MIR, J., *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código penal español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1970, págs. 287 y sigs.

nocidas en el artículo 8. En este sentido, es el ejercicio legítimo de un derecho el que puede venir en consideración, por contemplar situaciones aparentemente correlativas a las que cubre la doctrina de la diligencia debida. En uno y otra parece tratarse de acciones cuya ejecución está autorizada por el ordenamiento jurídico, determinantes del resultado típico sobrevenido. La construcción del riesgo permitido como causa de justificación, advierte REHBERG, se basa en la unidad del ordenamiento jurídico y, paralelamente, de la antijuricidad. En un sector del ordenamiento no se puede valorar como injusta la acción que otro estima como Derecho. La conducta no puede ser antijurídica si en su conformación concreta se halla permitida por el ordenamiento jurídico extrapenal (31). El argumento es paralelo a los utilizados en la doctrina italiana para comprender la eximente del ejercicio del Derecho que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, se halla expresamente tipificada en el Código penal (32).

La solución del problema reclama algunas aclaraciones previas. El ejercicio legítimo de un derecho sólo justifica a quien está facultado para realizar los elementos del tipo, o sea, la totalidad de características positivas que lo constituyen. La determinación de qué elementos son éstos es, sin embargo, un tema polémico en la dogmática de los años últimos. Se estima aquí, como se ha indicado en anteriores pasajes, que para actuar típicamente es bastante cualquier conducta humana que haya sido causa de la lesión o el peligro del bien jurídico protegido. La naturaleza de la acción es metodológicamente indiferente para la constitución de lo injusto. Toda conducta humana que haya objetivamente determinado la muerte de una persona es, por ejemplo, típica en el sentido del artículo 407. Es verdad que «estadísticamente» la gran mayoría de los tipos de la parte especial del Código y de la legislación penal especial sólo pueden cumplirse mediante acciones determinadas, por ejemplo, mediante engaño, violencia o intimidación, tal como pone de relieve el ejemplo de los delitos patrimoniales. La originación de un menoscabo patrimonial, por grande que sea su magnitud, sin que medie un desvalor específico de acción, como puede suceder en el simple incumplimiento de un contrato, carece de relevancia penal, mientras que la lesión patrimonial insignificante que procede de una sustracción, de una conducta engañosa, de una acción violenta, etc., está comprendida en los tipos del hurto, la estafa, el robo, etc., etc. Esa visión cuantitativa o estadística del problema nada dice, sin embargo, contra la solución axiológica y dogmática de que la lesión o peligro para el bien protegido es bastante para la fundamentación de la antijuricidad (típica) del comporta-

(31) V. REHBERG, J., *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, cit., pág. 150.

(32) V. CARACCIOLI, I., *L'esercizio del diritto*, 1965, pág. 197, quien entiende que el ejercicio de un derecho es una aplicación específica del principio de no contradicción.

miento, que sólo puede ser eliminada por la mediación excepcional de una causa de justificación.

Desde esta perspectiva, hay que tener además en cuenta que la diligencia objetivamente debida se reclama ordinariamente en atención a bienes que, como la vida humana, integridad y salud o patrimonio, son afectados por las numerosas fuentes de peligro que la técnica ha puesto modernamente al servicio del hombre. La exigencia de la acción objetivamente diligente está orientada primordialmente, por lo tanto, a la indemnidad de tales bienes, sin que a pesar de ello pueda decirse que quien en la ejecución de la acción peligrosa observa las reglas generales de diligencia, está autorizado simultáneamente para causar una lesión de la vida, la integridad o salud, etc., etc. Si el sujeto mata o lesiona a la víctima, el indicio de antijuricidad originado por el resultado, no puede eliminarse más que mediante una norma jurídica permisiva, cuyo sentido específico sea, precisamente, el de autorizar a matar, lesionar, etc. Prescindiendo de los matices jurídico positivos que suscita la ejecución de la pena capital, la muerte del enemigo en la guerra, etc., el principio de la intangibilidad de la vida humana no sufre excepción ninguna por medio de las eximentes alternativamente reconocidas —en especial mediante el uso de armas por la autoridad— en el artículo 8, regla 11, del Código. De acuerdo con esto, la reconducción hipotética de la acción coincidente con el cuidado necesario en el tráfico al ejercicio de un derecho, no podría llevar nunca a declarar justificados o autorizados los resultados que, principalmente en las esferas ordinariamente afectadas por los riesgos de la técnica, pudieran producirse en la ejecución de acciones objetivamente no censurables.

Rehusados, pues, ambos expedientes, quedaría únicamente la posibilidad de estimar que las acciones que satisfacen el deber objetivo de cuidado están incluidas en una causa de justificación por analogía. El problema de si la *analogía in bonam partem* debe resolverse en sentido positivo en el Código, ha encontrado en la doctrina penal actual, frente a la jurisprudencia, solución afirmativa (33). Admitido que el contenido del artículo 2 del Código no excluye la *analogía en favor del autor*, pues el cuadro legal de disposiciones que concretan el principio de legalidad de los delitos y de las penas, pretende establecer únicamente una garantía de la persona humana frente al empleo arbitrario del *ius puniendi*, sin impedir el recurso al método analógico cuando tal garantía resulta salvaguardada, procede indicar, sin embargo, que no existe en el artículo 8 causa de justificación alguna, cuya *ratio legis* sea homogénea con el contenido de la diligencia objetivamente debida, autorizando la causación del resultado con tal de que la acción conducente a su producción esté permitida por el Derecho. Ni el caso fortuito, ni el ejercicio de un derecho, poseen, según ha sido dicho, este fundamento. Las demás causas de justificación no pueden entrar siquiera en consideración a estos fines, pues carecen

(33) V. RODRÍGUEZ DEVESA, cit., pág. 202.

de la relación de semejanza necesaria, siendo imposible, por ello, hacer aplicación de la regla, básica en el procedimiento analógico, *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*.

Lo anterior conduce a rehusar aquellas posiciones que consideran la observancia del deber de cuidado como causa de justificación. En virtud del criterio de la unidad del ordenamiento jurídico, BAUMANN ha sostenido en Alemania que la acción en correspondencia con las disposiciones del Derecho de tráfico no puede ser antijurídica en Derecho penal, pues lo decisivo para su valoración es cómo hubiera debido proceder el conductor en el momento del hecho. Si ha conducido el vehículo como debía, no puede haber obrado antijurídicamente, pues el cuidado objetivo es, en realidad, la concreción del orden jurídico en la situación particular, o sea, el precepto concreto o específico del comportamiento (34). La objeción posible de que en el conflicto entre prohibición de matar y autorización de la acción por una norma del reglamento de tráfico, tiene que predominar siempre la primera por ser más importante, de manera que el resultado penalmente desaprobado imprime carácter antijurídico al comportamiento del autor aunque haya dado cumplimiento a las disposiciones del ordenamiento jurídico de tráfico, es contestada por BAUMANN, advirtiendo que tal objeción pasa por alto que las disposiciones reglamentarias son concreción de las prohibiciones de matar o lesionar en el ámbito de la circulación. En ella peligran los bienes jurídicos de tal forma, que una prohibición general de matar no daría, en realidad, ninguna indicación practicable para la conducta de cada participante. El que sigue la indicación reglamentaria cumple también, por lo tanto, la prohibición de matar. Únicamente en situaciones especiales cabrá decir que la prohibición, valorativamente más elevada, de matar, puede ser cumplida mediante la infracción del precepto reglamentario; en ellas, la función de la norma reglamentaria queda en suspenso. A juicio de BAUMANN, por último, la conducta conforme con el deber objetivo de diligencia no sólo excusa o disculpa al autor, sino que justifica la realización de la conducta típica (35).

En contra de esta tesis no hablan sólo en el Código los argumentos antes expuestos. Mediante ellos se evidencia sólo que es imposible admitir que la acción reglamentariamente correcta, o más ampliamente, coincidente con el riesgo permitido, esté amparada por causas de justificación reconocidas expresamente o deducidas analógicamente a través del Derecho positivo. Lo que verdaderamente hace inviable la tesis es que la prohibición de matar, cuyo mejor rango valorativo BAUMAN reconoce, no puede ceder ante el hecho de que el autor se haya mantenido, por ejemplo, dentro de los límites jurídicamente impuestos a la acción de conducir un vehículo de motor de forma prudente y diligente. Lo contrario supondría, como indica ROEDER, una verdadera equiparación entre acción conforme con las reglas del tráfi-

(34) V. *Strafrecht*, cit., 249 y sigs.

(35) V. *loc. cit.*, pág. 250.

co y acción conforme a Derecho, calificada de «simplicación terrible», que perjudicaría gravemente a la víctima desde la perspectiva de la responsabilidad civil (36). En el ordenamiento jurídico español no es éste, sin duda, el punto de vista del Derecho civil de tráfico, reflejado en la esencial disposición del artículo 1 del texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre de 1962, mediante Decreto de 21 de marzo de 1968. ROEDER añade argumentalmente también que si la acción coincidente con el deber objetivo de cuidado es conforme a Derecho, ha de ser tolerada por el titular del bien jurídico, puesto por ella en peligro inminente, con la consecuencia de impedírsele la legítima defensa. En tal caso la reacción defensiva sería, por el contrario, antijurídica (37).

IV

En la moderna doctrina española de inspiración finalista se ha entendido ordinariamente que la infracción del cuidado necesario es elemento no escrito, tácito, de los delitos culposos. CÓRDOBA RODA estima, por el contrario, que el Código penal contiene en el artículo 565 referencias expresas —imprudencia, impericia— a esta característica, que deben ser entendidas, no como menciones propias de la culpabilidad, según viene aceptando tradicionalmente la doctrina, sino de la tipicidad de esta clase de delitos.

La teoría tradicional, afirma este autor, ha visto en la culpa una forma de culpabilidad al lado del dolo. De acuerdo con el sentido de la ley española, la culpa no posee, sin embargo, dicha naturaleza, pues los conceptos «imprudencia» o «negligencia» son puros juicios de antijuricidad. La culpa se halla en función, en primer término, de la lesión del cuidado necesario en el tráfico; en segundo, del poder individual del autor para observar el cuidado debido. Se distinguen en el Código, además, la imprudencia temeraria de la imprudencia simple, siendo el criterio para delimitar ambas modalidades de carácter normativo. Lo que confiere a la imprudencia carácter de temeraria o simple es la especie de la norma de cuidado vulnerada. La imprudencia será temeraria si se han infringido deberes de cuidado muy elementales; simple, por el contrario, cuando se han violado deberes de rango menor. Junto a estas variedades de la culpa, conoce el Código penal una modalidad agravada, la imprudencia o negligencia profesional, equivalente a la lesión de la norma de cuidado que la persona competente debe observar en el ejercicio de la actividad profesional (38).

La valoración crítica de esta importante contribución, en la que se revela un esfuerzo considerable para modernizar el tratamiento del deli-

(36) V. ROEDER, H., *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, 1969, págs. 82 y sigs.

(37) V. *loc. cit.*, pág. 85.

(38) CÓRDOBA RODA, J., *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, en "Z. St. W.", 1969, págs. 432 y sigs.

to culposo en el código, enlazando el contenido del art. 565 con la dogmática extranjera, debe comenzar poniendo de relieve que la concepción clásica hace descansar los predicados «imprudencia temeraria» y «simple» en la actitud espiritual del autor frente al resultado típico sobreenvenido, de acuerdo con perspectivas valorativas coincidentes, en lo esencial, con el contenido de la teoría normativa de la culpabilidad. Lo que decide la valoración negativa correspondiente no es, según este criterio, la índole externa de la acción, sino el contenido personal subjetivo reprochable al autor. Esto tiene importancia especial en el tratamiento de las situaciones en que la acción externa, reveladora de una infracción grave del cuidado objetivo, no sea, sin embargo, expresión de una culpabilidad igualmente grave, susceptible de caracterizarse como «imprudencia temeraria». En los supuestos donde aparezca esta discordancia axiológica entre acción objetiva y actitud personal subjetiva, la teoría tradicional permite hacer recaer el acento sobre ésta, es decir, sobre la culpabilidad, posibilitando la apreciación de que pese a las graves propiedades de la acción externa, por razones de culpabilidad la condena procedente ha de ser por simple imprudencia o negligencia. Al permitir llegar a este resultado, la teoría tradicional pone de relieve una concepción de la culpa que no es discordante con la de la dogmática neoclásica del delito, expresiva de la penetración del pensamiento valorativo en la culpabilidad penal.

La teoría objeto de examen, con su atribución de las nociones «temeridad» e «imprudencia simple» a la antijuricidad (típica) del delito culposo, no está en condiciones, por el contrario, de llegar a resultados semejantes. De acuerdo con ella, la temeridad está presente si la acción externa viola una norma de cuidado de elevado rango; la simple imprudencia, cuando vulnera una norma de rango menor. La presencia del predicado negativo correspondiente depende sólo de las propiedades exteriores de la acción, sin que momentos valorativos posteriores puedan ejercer ninguna función correctiva de dicho predicado. La consecuencia de ello es que el juicio «temeridad», determinante de un marco penal que indica una alta reprobación legislativa en el párrafo primero del art. 565, continúa desplegando sus efectos de forma definitiva, pues al haber sido desalojados de la culpabilidad los momentos temeridad, negligencia, etc., la corrección pertinente no puede conseguirse más que mediante los elementos propios del juicio de culpabilidad, especialmente mediante la conciencia de la antijuricidad.

Los problemas concernientes a la conciencia de la antijuricidad no han logrado en el delito culposo tratamiento y elucidación correlativa a los que se han conseguido en el delito doloso. Prescindiendo de que aquí no es posible estudiar la cuestión de forma detallada, cabe decir que también la culpa presupone, de la misma forma que el dolo, la conciencia de la antijuricidad, o en su caso, la evitabilidad del error de

prohibición (39). La doctrina de que nos ocupamos cuenta con el expediente complementario, para satisfacer esta exigencia, de la noción de «voluntad contraria a la norma». El código penal, a juicio del profesor CÓRDOBA RODA, no apunta con el concepto «voluntarias» del art. 1 a ninguno de los sentidos a que ha solido referirse la doctrina desde GROIZARD y PACHECO, es decir, a la espontaneidad de la acción u omisión, o al dolo como elemento del delito, sino al problema del conocimiento de la prohibición. La voluntariedad tiene, de esta forma, sentido distinto del que suele atribuirle la doctrina. Es un género en el que se comprenden dos especies de referencias a la exigencia de la conciencia de la prohibición como elemento del delito. En los delitos dolosos, la de que la voluntad ha de estar dirigida a la infracción de la norma prohibitiva de la causación del resultado antijurídico. En los delitos culposos, la referencia de que la voluntad ha de estar orientada a la infracción de la norma de cuidado predispuesta para la evitación del resultado que venga en consideración (40).

El concepto *voluntad contraria a la norma*, en relación con el delito culposo, posee importancia considerable, pues ha constituido la primera llamada de atención sobre un problema que, a salvo error nuestro, no era conocido en la doctrina penal española, abriendo camino para

(39) V. RUDOLPHI, H. H., *Unrechtsbewusstseins, Verbotsirrtum un Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, págs. 173 y sigs.; JESCHECK, H. H., *Lehrbuch*, cit., págs. 393 y sigs.

(40) V. CÓRDOBA RODA, J., en *Comentarios*, cit., pág. 25; el mismo, *Zum Verbrchhensbegriff im spanischem Strafrecht*, en *Festschrift für Reinhardt Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, págs. 637 y sigs.

Esta construcción ha sido sostenida también por CÓRDOBA RODA, J., en *Notas al Tratado de MAURACH*, cit., II, págs. 146 y sigs., en *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, 1962, págs. 64 y sigs. y en *Una nueva concepción del delito (la teoría finalista)*, págs. 87 y sigs. El autor declara en *Notas*, pág. 146, que en el conocimiento potencial de la antijuricidad del resultado delictivo está implicado un conocimiento actual de la norma de cuidado, y “puesto que no existe voluntad sin conocimiento será necesario... para el querer contrario al ordenamiento jurídico que el sujeto se haya representado la norma infringida, ya la prohibitiva del resultado o hecho típico en las conductas dolosas... ya la del deber de cuidado en las culposas” (*Comentarios*, pág. 25). “El acto es voluntariamente contrario a la norma, tanto en el comportamiento doloso (A mata a B sabiendo que su conducta viola la norma ¡no matarás!) como en el culposo (A, conduciendo peligrosamente su automóvil, produce la muerte a B; A se ha representado la contrariedad en que encuentra su conducta con la norma de cuidado)”. (*El conocimiento de la antijuricidad*, pág. 69).

De acuerdo con esto, el problema de la conciencia de la antijuricidad se plantea en el delito culposo en doble dirección: a) necesidad de representación actual y voluntad contraria a la norma de cuidado; b) potencial conocimiento de la contradicción del comportamiento con la norma prohibitiva del resultado delictivo. Si la anterior hipótesis se modifica en el sentido de que el sujeto conduce sin obtener por descuido representación actual de la norma de cuidado —por ejemplo, no se percató de una señal de detención en un cruce muy peligroso— habrá de ser absuelto, al no existir voluntad contraria a la norma, pues sólo puede ser querido lo que previamente ha sido objeto de representación. La teoría de la “voluntad contraria a la norma” es incompatible con la punición de los delitos de olvido.

una comprensión más perfecta y progresiva de la doctrina de la culpa. Pese a esto, entendemos que la aspiración sustancial a que responde ha pretendido encauzarse dentro del código por una vía que no es precisamente la adecuada, al menos mientras no se proporcionen otros argumentos para que pueda encontrar acogida. Por de pronto, debe destacarse que el concepto «voluntad contraria a la norma» no podría ser entendido en sentido rígido o estricto, es decir, como voluntad antinormativa en que el sujeto obtiene representación actual de la existencia de la norma, admitiendo volitivamente su violación. La atribución al concepto de este contenido lo privaría casi totalmente de función práctica, pues terminaría por conducir a la absolucón en todos los casos en que el resultado se produce mediante culpa inconsciente. Como estos supuestos se definen por no obtener el agente representación adicional ninguna sobre el incremento del peligro, norma de cuidado correspondiente y potencial producción del resultado típico, habría que llegar a la conclusión de que en ellos está ausente un elemento de la definición de delito proporcionada por el art. 1 del código, con el efecto de que la acción no se halle «penada por la ley». Los inconvenientes de esta interpretación, a la vista de los cometidos del derecho penal en el campo de la culpa sin representación, y su contraste con la teoría y la práctica de los delitos culposos, no necesitan ser puestos, en mayor medida, de relieve.

De conformidad con ello, la teoría de la voluntad de la norma estaría necesitada, por de pronto, de ensanchar su campo de aplicación. Para ello serían posibles, sin duda, diversos expedientes. La atención que merece esta construcción del sistema de los delitos culposos, permite intuir una solución relativa y provisional entendiendo la voluntariedad como *referibilidad volitiva*, es decir, en el sentido de que «voluntad contraria a la norma» equivale solamente a posibilidad de que la infracción de la norma de cuidado pueda haber sido querida por el sujeto. No una volición concreta, por tanto, como contenido psicológico antinormativo actual, sino la posibilidad de que el autor hubiera podido representarse el deber de cuidado y querer su infracción, o sea, no la voluntad antinormativa en el plano real o del ser (psíquico), sino en el plano del poder (normativo) permitiría corregir lo que, en principio, parece una carencia originaria de tal punto de vista.

Sin embargo, existen razones diversas que impiden que la doctrina de la «voluntad contraria a la norma», con uno u otro matiz, pueda desenvolverse sobre las bases en que ha pretendido encontrar apoyo jurídico positivo. Son distintos la aspiración de que la conciencia de la antijuricidad informe permanentemente la imposición de la pena criminal y el hecho de que el código penal proporcione puntos de apoyo precisos para dicho desenvolvimiento. Dejando aparte, dado el objeto de este estudio, que el reconocimiento ineludible de la conciencia de la antijuricidad no tiene por qué depender de la interpretación de pasajes concretos, características lingüísticas, etc., etc, del código penal, sino que es bastante a este fin una jurisprudencia espiritual y progresiva que se

haga cargo del problema como exigencia ético jurídica indeclinable—no se puede castigar a quien ni siquiera pudo representarse que realizaba algo prohibido—, hay que decir que su reconducción al concepto «voluntarias» del artículo primero del código obligaría a entender, en virtud de lo dispuesto en su párrafo segundo, que tal exigencia del delito es objeto de presunción por el ordenamiento. En la práctica, una presunción de este carácter llevaría a que el requisito del conocimiento de la prohibición se convirtiera en una declaración retórica que carecería ordinariamente de mayor virtualidad. Frente a la indicación de que esta interpretación permite hacer más tolerable la presunción de voluntariedad del artículo primero, párrafo segundo, del Código (41), cabe decir, por el contrario, que la situación del autor resulta más empeorada si la presunción incide sobre el último momento del delito —la culpabilidad y, dentro de ella, la conciencia de la antijuricidad—, que si se proyecta sobre características lógicas y materialmente precedentes, es decir, sobre la voluntariedad o la espontaneidad de la acción o el dolo del hecho. La razón es que, dada la articulación y la jerarquía entre los diversos elementos del delito, cada uno de ellos presupone los precedentes. La presunción de que el autor quiso la infracción de la norma prohibitiva de la causación del resultado—en los delitos dolosos— o la infracción de la norma de cuidado—en los delitos culposos— aporta, en consecuencia, un perjuicio menos provisional para él que si el objeto de la presunción afecta únicamente a la voluntariedad entendida como «suitas» o espontaneidad, al dolo natural o del hecho o a la previsibilidad de la producción del resultado. Por lo demás, la presunción de voluntariedad ha de coincidir, dados los supuestos técnicos de que se nutre, con lo que acontece normalmente—*id quod plerumque accidit*— y ser interpretada a la vista de su correspondencia con la realidad. Esta conexión con la realidad, social e individual, no la logra evidentemente su proyección sobre el conocimiento de la antijuricidad. En especial, dentro del Derecho penal administrativo (o político), es decir, en las zonas extrañas al propio Derecho penal criminal, lo que la realidad hace patente no es el conocimiento individual de la prohibición, sino su desconocimiento, de conformidad con el carácter artificial que confiere peculiaridad a este sector. Mientras que en él se tiende a reclamar la aplicación de la teoría del dolo—el autor debe tener conocimiento actual de que infringe el Derecho para merecer la pena del dolo— (42), la presunción de tal conocimiento implicaría un sacrificio sensible del postulado «no hay pena sin culpabilidad», que presupone que el juicio de reproche no sea portador de presunciones contra el sujeto. Aunque la interpretación de la voluntariedad como atribuibilidad, espontaneidad o «suidad» no deja de prestarse a reparos lógicos, es la única que muestra

(41) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *Comentarios*, cit., pág. 35.

(42) V. KAUFMANN, A., *Das Schuldprinzip (Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung)*, 1961, pág. 130. y sigs.; LANGE, R., *Das Rätsel Kriminalität*, 1970, pág. 50 y sigs.

un contenido en coincidencia con el dato de que la conducta humana es, generalmente, espontánea, y sólo excepcionalmente está mediada por movimientos reflejos, fuerza irresistible, etc., etc. (43)

Lo que pueda dicho no constituye solamente una digresión del tema principal de nuestro estudio, sino un análisis de una cuestión que forma parte del tratamiento sistemático de la culpa por parte de la dirección de que nos ocupamos. Desplazadas a la antijuricidad las notas «temeridad», «imprudencia simple», etc., la culpabilidad del delito culposo gravitaría sustancialmente sobre la noción de «voluntad contraria a la norma» en el sentido mencionado. Ha quedado dicho que, aunque la teoría ha abierto camino a la conciencia de la antijuricidad como nota del delito culposo, al pretender basarse sobre el citado pasaje del Código, no deja de originar perplexidades e inconvenientes. Todo lo indicado permite concluir que el entendimiento de los conceptos «imprudencia temeraria», «simple imprudencia», como notas de la antijuricidad típica, produce un vaciamiento de la culpabilidad culposa, apoyada esencialmente en un elemento —la voluntad contraria a la norma—, que aun entendido de forma valorativa, como poder del sujeto para querer la violación de la norma de cuidado, no logra mitigar las consecuencias dimanantes del juicio de antijuricidad. Especialmente cuando las propiedades externas de la acción no coinciden con la actitud espiritual del sujeto, es decir, cuando la acción haya de recibir la valoración negativa «temeridad», la doctrina de referencia no puede rectificar ulteriormente esa valoración, en razón a una posible disposición espiritual del autor merecedora de más tenue juicio de reproche. El sujeto que con culpabilidad mitigada realiza una acción externa grave deberá ser castigado siempre por el párrafo primero del artículo 565. Al menos hasta ahora, la doctrina de la voluntad contraria a la norma no proporciona contestación sobre el papel que puede cumplir ante hipótesis de tal naturaleza. De esta forma, la consideración de esta brillante contribución pone de relieve que, en el fondo, acaba por cooperar a la objetivación del tratamiento de la culpa, pues la infracción formal de la norma de cuidado decide la subsunción de la conducta en uno de los párrafos del artículo 565, prefijando de manera definitiva el marco penal correspondiente. Ni con una culpabilidad leve puede hacerse desaparecer el juicio objetivo general «imprudencia temeraria», ni con una culpabilidad grave puede ser eliminado el juicio típico «simple imprudencia o negligencia». El nivel de reprochabilidad del acto antijurídico frente al autor concreto, determinable por la previsibilidad, previsión y evitabilidad del resultado y cognoscibilidad o conocimiento de lo injusto, no juega ningún papel en la aplicación del párrafo primero o segundo del artículo 565. La penetración de estos momentos de culpabilidad en la valoración definitiva de la culpa sólo cuenta con

(43) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el código penal*, 1966, págs. 45 y sigs.; TORIO, A., *Breve schema del Diritto penale spagnolo*, en *Bolletino Informativo del Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 14-15, página 6.

el apoyo del concepto de voluntariedad del artículo primero del Código, pues lo que constituían notas por las que el juicio de valor «temeridad» o «simple imprudencia» había de canalizarse, han pasado a desempeñar un papel en la antijuricidad típica (44). La doctrina de la voluntad contraria a la norma puede llevar a la absolución por falta de esta característica del delito, pero no puede influir en la previamente decidida aplicación del párrafo primero o segundo del artículo 565.

V

Para otro sector doctrinal, la infracción del cuidado necesario es elemento tácito, no escrito, del delito culposo. Los argumentos en que se basa esta dirección coinciden en esencia con los propuestos en Alemania por el finalismo, que —se dice— habría pasado a inspirar la jurisprudencia desde las decisiones del Tribunal Supremo de 11 y 16 de junio de 1964. La doctrina de lo injusto desarrollada por la teoría finalista se ha convertido en la opinión dominante en nuestro país, afirma CEREZO MIR, siendo varios los autores que distinguen entre desvalor de acción —inobservancia del cuidado necesario en el tráfico— y desvalor del resultado —lesión o peligro del bien jurídico protegido— dentro del delito culposo (45). GIMBERNAT ORDEIG manifiesta que las acciones peligrosas realizadas observando las normas de diligencia no pueden ser antijurídicas aunque condicionen un resultado típico, pues la antijuricidad de una acción se decide tomando como criterio el hombre prudente, y lo que precisamente hace este hombre cuando ejecuta una acción peligrosa es seguir las normas de diligencia (46). Según SUÁREZ MONTES, el finalismo ofrece ventajas no permitidas a la concepción causal de la acción, especialmente en la apertura de una perspectiva que permite concebir la antijuricidad de forma acorde con la sensibilidad jurídica de nuestra época (47).

En las bases de la dirección examinada se encuentra la concepción del Derecho como poder espiritual conformador de la vida colectiva,

(44) Fuera del presente estudio queda el problema de si la noción de imprudencia, en sus diversas variantes permite alguna renovación superadora de la situación teórica existente. En este sentido habría que atender a las investigaciones que sobre la noción de *Leichtfertigkeit* se cumplen en la literatura alemana. El proyecto de 1962 se refería a este concepto. En él suele verse una particular ligereza o irreflexión, coincidente, según JESCHEK, H. H., *Lehrbuch*, cit., pág. 378, con la *culpa lata (grobe Fahrlässigkeit)* del Derecho civil. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal, (La culpabilidad)* T. V., 2.^a ed., 1963, págs. 1118 y sigs., afirma que la traducción correcta de *Leichtfertigkeit* no es "ligereza", sino "imprudencia temeraria". La determinación de si se está ante igual concepto o ante nociones que sólo se aproximan reclamaría un estudio particular.

(45) V. *La polémica en torno a la acción finalista*, cit., págs. 239 y sigs.

(46) V. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., págs. 99 y sigs.

(47) V. *Consideraciones críticas a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, cit., pág. 76 (en nota).

que aspira a lograr de los destinatarios la ejecución u omisión de determinadas acciones. La acción real coincidente con la hipotética o ideal permitida no puede estimarse contraria a Derecho, cualesquiera que sean los desgraciados resultados a que de lugar su ejecución. El desvalor del acto es, según esto, elemento permanente de lo injusto. Los tipos penales no se cumplen con la lesión o el peligro del bien jurídico. Estos efectos han de ser consecuencias de acciones dolosas o que infrinjan el cuidado objetivamente debido para que la tipicidad esté fundamentada.

Esta concepción apriorista del ordenamiento y, correlativamente, de la antijuricidad ha sido objeto, ciertamente, de comprobación frente al Derecho positivo penal. El quehacer dogmático se ha dirigido esencialmente, sin embargo, a verificar la procedencia de la inclusión del dolo en el tipo, mientras que la atención dispensada al problema de la compatibilidad de la doctrina finalista con el sistema de la culpa acogido en el artículo 565 no ha sido, sin duda, correlativa. En lo concerniente al delito culposo, se ha tratado, en general, de una transposición, salvo declaraciones particulares, de tesis elaboradas para explicar un ordenamiento jurídico diferente.

En un trabajo anterior he procurado razonar que la concepción de lo injusto del finalismo es incompatible con el Código penal, donde la distinción entre delitos dolosos y culposos dentro del tipo daría lugar a problemas irresolubles en la interpretación del contenido del artículo 565. Para no reproducir argumentos ya desarrollados, bastarán aquí pocas indicaciones.

La compatibilidad del sistema finalista con el Código sólo puede fundarse en que el desvalor de acción sea en éste elemento constante del concepto del delito. La célebre declaración de NIESE de que para ser finalista ha de incluirse el dolo en el tipo es complementaria con la de que el tipo de los delitos culposos lo cumple únicamente quien infringe el cuidado necesario en el tráfico, ya que dentro de un sistema jurídico no puede decirse, por ejemplo, que la muerte de un hombre sólo es típica si es efecto de una acción determinada y, simultáneamente, que es ya típica, aunque sea consecuencia de cualquier acción. Ahora bien, la decisión de estos problemas exige comprobar qué efectos despliega la declaración de que en el dolo está presente un elemento subjetivo de los tipos, revelador del desvalor de acción propio de los delitos dolosos, no una de las dos formas de culpabilidad reconocidas por el Código penal. Para solucionar estas cuestiones, no es suficiente acudir a puntos de apoyo fragmentarios, examinando el sentido de ciertas características entendidas lingüísticamente —por ejemplo, «voluntarias», «intención», «malicia», etc.—, sino que es preciso atender a la repercusión que la solución admitida produce en el sistema de la teoría del delito y al beneficio, o al perjuicio, que origina en la práctica del Derecho. Esta actitud ante el problema está, además, aconsejada a la vista de un Código penal, que no procede a la precisión formal y agotadora de las figuras delictivas susceptibles de

ejecución culposa, sino que remite a la interpretación jurídica el asunto de los delitos que admiten esta ejecución.

Y en este sentido, hay que decir que quien entiende que el dolo es elemento permanente del tipo, no podrá nunca dejar de reconocer que la culpa no puede ser conectada a un tipo así concebido. Si la determinación dolosa de la muerte es lo que comprende en realidad el tipo del artículo 407 del Código, la producción imprudente del homicidio no estará incluida, de ningún modo, en dicha disposición. Y como, naturalmente el homicidio culposo ha de ser comportamiento delictivo, la sola posibilidad reservada al finalismo para evitar que la provisional atipicidad se transforme en impunidad definitiva, sería entender que en el artículo 565 están contenidos todos sus elementos de injusto y de culpabilidad y que la ejecución por culpa del resto de delitos del Libro II del Código, salvo las figuras culposas especiales, revela la misma situación. El artículo 565 queda así referido, en principio, a todos los «hechos», es decir, al tipo objetivo de todos los delitos de la parte especial. La selección de los delitos que no pueden cometerse culposamente—selección que los autores finalistas no dejan de practicar con arreglo a las indicaciones de la dogmática española neoclásica existentes en las contribuciones de JIMÉNEZ DE ASÚA, RODRÍGUEZ MUÑOZ, ANTÓN ONECA, etc., etc.—no se sabe con arreglo a qué criterios podría ser practicada, en términos acordes con la seguridad jurídica, por esta dirección. El criterio de verificar si la figura delictiva contiene referencias expresas—de propósito, a sabiendas, etc.—o implícitas al dolo—como los especiales elementos subjetivos de lo injusto—, está inevitablemente prohibido al finalismo por la razón de que para él es el dolo el elemento típico subjetivo por excelencia.

De conformidad con esta construcción el artículo 565 queda transformado en un verdadero *crimen culpae*, en un *delictum sui generis*, autónomo o independiente. La aclaración de cómo podrían evitarse las negativas implicaciones de esta situación—indeterminación cuantitativa de los delitos culposos; expansión de la ejecución por culpa en el sistema; imprecisión de los presupuestos de punición en el sector; desvirtuación de la repulsa, acreditada por la evolución histórico-dogmática, del *crimen culpae*: contradicción con el criterio dominante, no impugnado por el finalismo, de que el Código adopta un sistema de *crimina culposa*, etc., etc.—tendrían que ser corregidas o eliminadas mediante las aclaraciones oportunas antes de que la tesis finalista primordial de la pertenencia del dolo al tipo encontrara viabilidad científica. Paralelamente, el argumento posible de que la pertenencia del dolo al «tipo del sistema» exigiría atribuir igual posición a la infracción del cuidado necesario en el tráfico en el delito culposo, a fin de respetar el desvalor de acción como nota constitutiva permanente del delito, no pasaría de ser un reflejo de la proclividad hacia la corrección lógico-formal de las proposiciones jurídicas, en no peque-

ño contraste con las exigencias sustanciales a que ha de entender la ciencia del Derecho (48).

VI

Contra la admisión de la violación del deber objetivo de cuidado se ha pronunciado RODRÍGUEZ DEVESA, para quien ni la inobservancia de la diligencia generalmente exigida ni su cumplimiento despliegan función alguna en los delitos imprudentes. En estas infracciones, la punibilidad depende de la causación del resultado y de que el autor pudiera prever y evitar el suceso antijurídico. El criterio del profesor de Madrid coincide así con la doctrina clásica española, discrepando de las tesis finalistas en sus diversas formulaciones (49).

Esta posición negativa tiene como base la observación de los inconvenientes que, a su juicio, dimanarían de la inclusión del cuidado necesario en el delito culposo. En primer lugar, éste se vería transformado en un tipo abierto, es decir, en un tipo que hallándose destinado, por definición, a circunscribir y delimitar con exactitud el comportamiento prohibido, no lo lograría plenamente al requerir ser integrado por el Juez mediante el examen del cuidado necesario u objetivamente debido en el intercambio social. En segundo término, la apreciación de que quien cumple los Reglamentos expresivos del deber objetivo de diligencia, realiza algo permitido, equivaldría, según dicho autor, a otorgar al sujeto un derecho a matar, lesionar, etc., etc.

La realidad es que la primera observación sólo puede alcanzar en principio a la inclusión de la infracción del deber objetivo en el tipo, no a quienes, por ejemplo, en línea semejante a la de la dogmática neoclásica, confirmada en España por la autoridad científica de RODRÍGUEZ MUÑOZ y ANTÓN ONECA, atendido lo sustancial de su pensamiento, estimen que dicho elemento no pertenece a la tipicidad ni a la antijuricidad, sino que presuponiendo la acción típica y antijurídica, ha de ser atribuido al juicio de culpabilidad, de forma que si el sujeto cumplió con el cuidado generalmente debido, se traza un límite al examen de si, en virtud de sus cualidades excepcionales, pudo prever y evitar personalmente el resultado. En todo caso, es posible decir también que en la doctrina alemana se ha estimado ordinariamente que la atribución de la violación del cuidado debido al tipo, no constituye una lesión sustancial del principio «nullum crimen sine lege» reconocido por el artículo 103 de la Constitución. Mientras que en la punición de la comisión por omisión, se estimó en los trabajos de reforma que existía una mácula para su vigencia, los autores que han mostrado mayor sensibilidad para el postulado de la definición y precisión legal del comportamiento punible, no han encontrado repa-

(48) V. TORIO, A., *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. 1972. págs. 53 y sigs.

(49) V. *Derecho penal español*, cit., págs. 400 y sigs.

ros semejantes para admitir la moderna doctrina sobre la culpa (50).

En cuanto a la segunda observación, puede ser dirigida solamente a quienes aprecien en el cumplimiento del deber objetivo una causa de justificación. La reserva no alcanza, pues, a la inclusión de la inobservancia del deber en la culpabilidad. Finalmente, cabe añadir también que la simple, formal, observancia del Reglamento regulativo de la acción, no tiene por qué llevar aparejada la absolucón, siendo las exposiciones de MEZGER, HIPPEL o WELZEL indicativas de la improcedencia de esta posibilidad. El cumplimiento del Reglamento y del deber objetivo de cuidado no tienen, en principio, idéntico alcance o dimensión. El último sólo se colma por la acción que, en la situación concreta, hubiese emprendido un hombre prudente y diligente.

VII

La aporía del deber objetivo de cuidado pone de manifiesto que se está aquí ante una de aquellas cuestiones jurídicas en que el aspecto sistemático, con lo que ha podido designarse como peregrinación del concepto a través de la teoría jurídica del delito, ha de ceder paso a un planteamiento metodológico que podría comenzar por el aprovechamiento, pero no por la simple transposición, de los niveles científicos conseguidos en la dogmática extranjera. En segundo lugar, por tener en cuenta que la aspiración a la coherencia sistemática entre los distintos estadios o momentos de la doctrina del delito es, en buena medida, una utopía, pues el Derecho sirve a necesidades prácticas que imponen con frecuencia desviaciones a la lógica de los principios. Todo esto indica ya la improcedencia de una consideración lógico formal o axiomática, pues la fecundidad de toda declaración jurídica tiene como punto de referencia la realidad unitaria del Derecho, en que la dogmática traza límites conceptuales, que, sin embargo, no pueden llevar a una visión compartimentada o aislada de cada disciplina. En cada problema jurídico hay una convergencia de perspectivas, reveladoras de la tensión entre las distintas instancias y valores de que se nutre. Esto indica que el razonamiento jurídico no se despliega de manera lógico-formal desde un principio elegido como premisa —por ejemplo, el concepto final u ontológico de acción— hasta sus últimas ramificaciones. La expansión incesante del sistema favorece la visión mecánica de las cuestiones jurídicas y debe concluir donde la decisión sistemática se halle en contradicción con el Derecho positivo o lesione los valores jurídicos, bien por perturbar la seguridad jurídica —haciendo perder a los tipos penales en una u otra medida la función de de-

(50) V. MAYER, H., *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, en *Materialien für Strafrechtsreform*, Bd. 1, 1954, pág. 239; el mismo, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1967, pág. 129; JESCHECK, H. H., *Lehrbuch*, cit., pág. 375, afirma que el tipo de los delitos culposos ha de ser completado, más allá de su tenor, mediante la correspondiente valoración judicial..., pero que esto no supone ninguna violación del principio de precisión de los tipos.

limitar la conducta prohibida—; bien por desconocer necesidades sociales evidentes—por ejemplo, llevando indirectamente a la impunidad dentro de un sector dotado de efectiva protección jurídico-penal—; bien porque la solución acogida suponga una violación de la justicia material, haciendo, por ejemplo, una realidad secundaria del principio de culpabilidad. Un método que atienda conscientemente a esta variedad de perspectivas, sin desconocer el valor científico del sistema, tendrá, más que carácter axiomático, naturaleza argumentativa. En lo que se refiere a las cuestiones de que se trata aquí llevará a aconsejar la solución que, atendiendo en alta medida a las exigencias existentes, no prejuzgue las tareas del ordenamiento jurídico-civil y facilite un tratamiento de la culpa científicamente sostenible.

Estas finalidades las cumple, mejor que otras doctrinas, la que adscribe la infracción del cuidado necesario a la culpabilidad. En la actualidad no es ya posible prescindir de este concepto en la teoría del delito, no sólo porque su reconocimiento en la dogmática y jurisprudencia alemana y española corresponde a un progreso jurídico indudable, sino porque en la valoración judicial de comportamientos culposos, la observación de las propiedades objetivas de la acción, como puso ENGISCH de manifiesto, resulta imprescindible. Abstracción hecha del problema sistemático, el valor práctico de la inclusión de este momento objetivo en la culpa radica, entre otras razones, a juicio de JESCHECK, en que produce un contrapeso a la precivilidad de la jurisprudencia hacia la simple responsabilidad por el resultado, al requerirse determinadas propiedades de la acción como presupuesto de la punibilidad y en el establecimiento de un límite máximo a la responsabilidad penal, que acaba por contribuir al juego del principio de igualdad (51). La consecuencia esencial—y ésta es la coincidencia de fondo entre esta posición y la de los autores examinados—es que la pena criminal no puede alcanzar a la acción que muestra una aportación de la prudencia generalmente debida.

Procediendo así no queda decidido, sin embargo, si la infracción del deber objetivo de cuidado es característica fundadora o simplemente limitativa de la culpabilidad culposa. Dado el carácter individualizador del juicio de culpabilidad, la preferencia la merece *ab initio* la comprensión del cumplimiento del deber objetivo de cuidado como *límite* de la culpabilidad penal. El cumplimiento del deber general de diligencia expresa que el autor elevó la norma de cuidado a motivo del comportamiento. La acción exterior no revela entonces una actitud personal jurídicamente censurable. De esta forma queda trazado el límite de la culpabilidad personal, aunque de ninguna manera se la fundamenta.

La fundamentación de la culpabilidad depende, por el contrario,

(51) V. JESCHECK, H. H., *Lehrbuch*, cit., págs. 375 y sigs. El argumento de las medidas de seguridad está a favor del finalismo y del sistema de MAURACH o REHBERG. Sin embargo, es más penoso aceptar la conversión del artículo 565 en un *crimen culpaee*.

de que el sujeto no haya observado la prudencia, diligencia o pericia que le era personalmente posible. Es decir, de un juicio valorativo sobre la actitud espiritual del autor y el poder personal para evitar la producción del resultado. Se trata, pues, de una concepción que coincide, en la esencial, con el punto de vista de la teoría normativa de la culpabilidad propia de la doctrina neoclásica del delito. La atribución de la doble medida del deber a un momento del delito que no es ni la tipicidad ni la antijuricidad se acepta actualmente por algunos escritores. Según MAURACH, la infracción del riesgo permitido afecta a la atribuibilidad del acto (52). ROEDER declara que el autor que mediante una acción correcta causa el resultado típico yerra en la admisión de una situación no peligrosa, análogamente a quien en el caso de la legítima defensa putativa admite erróneamente la existencia de la situación de peligro (53). En cualquier caso, no parece que esté justificada frente a la posición acogida, la censura de que la introducción en el juicio de culpabilidad de la infracción del cuidado necesario en el tráfico, a decidir con arreglo a pautas objetivo-generales, contradiría su verdadera esencia, pues esta infracción establece únicamente el marco en que ha de desenvolverse el juicio individualizador sobre la reprochabilidad. La inobservancia del deber objetivo de cuidado abre sólo la posibilidad de un pronunciamiento acerca de la culpabilidad personal que, sin embargo, puede faltar realmente en la situación concreta, ya que no siempre coinciden las censurables propiedades exteriores de la acción con una actitud personal del autor también defectuosa. Al contrario, puede ocurrir que la acción objetivamente correcta tenga lugar pese a que la prestación subjetiva sea incorrecta e, inversamente, que el comportamiento externamente reprochable no guarde relación con una actitud interna merecedora de reproche, al haberse realizado por el autor la prestación de prudencia, diligencia o pericia que estaba personalmente a su alcance. Que en uno y otro caso proceda la absolució, obedece, sin embargo, a distinto fundamento. En el primer caso, el Derecho reconoce la existencia de un límite a la investigación de la culpabilidad. En el segundo, la culpabilidad no puede fundamentarse (54).

(52) V. *Tratado*, cit., II, págs. 273 y sigs.

(53) V. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, cit., pág. 93.

(54) Expresiones como "la culpabilidad no puede fundamentarse" y otras correlativas utilizadas en el texto no deberían contribuir al equívoco que aparece a veces en la doctrina y la práctica española de que la culpabilidad se fundamenta por el Juez y que hasta que la culpabilidad "no se le reprocha al autor en la sentencia" no adquiere dimensión jurídica verdadera, un equívoco que no debe ser pasado por alto puesto que impide la comprensión exacta de la teoría normativa y, con ello, de los esfuerzos efectuados a lo largo del presente siglo para ofrecer una construcción de la culpabilidad como juicio de valor. El célebre argumento de la "cabeza ajena" ignora al juez como personificación del ordenamiento jurídico, como advierte WELZEL. La utilización de expresiones como las mencionadas al comienzo de la nota —muy frecuentes, por otra parte, en los escritores—, no tiene entonces por qué producir confusión. Sobre todo esto, pueden consultarse los *Tratados* de JIMÉNEZ DE ASÚA, MEZGER, MAURACH, ANTÓN ONECA, RODRÍGUEZ DEvesa y

Si la conformación exterior de la acción cumple la función de establecer un límite al juicio de culpabilidad, al proporcionar información de qué el sujeto se motivó de acuerdo con la norma, habrá de renunciarse a investigar, una vez establecida la falta de violación del cuidado necesario, si en la situación concreta pudo, en virtud de sus sobresalientes cualidades, efectuar una prestación personal de prudencia, diligencia o pericia por encima de lo exigido al hombre prudente y diligente. Respecto a esto sería oportuno recordar que la espada afilada en demasía se mella con facilidad (55). El argumento de que el sujeto —por ej., el cirujano— puede entonces conformarse con aportar el nivel de pericia que corresponde a la *lex artis* —lo que llevaría a su absolución— sin que se le pueda imputar aquella acción de qué es capaz por sus excepcionales cualidades, aparte de presentar el carácter de una hipótesis jurídica de laboratorio, ha de ser contemplado en su verdadera peculiaridad. La cuestión de la responsabilidad por el fallecimiento del enfermo, pese a la aportación objetivamente irreprochable de la técnica quirúrgica científicamente aprobada que hubiese empleado «el médico prudente y diligente», dependería de diversas apreciaciones (por ej., de si el autor fue elegido por sus cualidades excepcionales o sobresalientes y en atención a sus capacidades específicas; de si se conformó con la prestación de lo técnicamente preceptuado, omitiendo voluntariamente la prestación de que sólo él era capaz, supuesto en que el problema se complica con el posible concurso entre las regulaciones del homicidio culposo y la omisión del deber de socorrer; dependerá también, en fin, de si la omisión de «la» acción hipotética que hubiese salvado la vida del enfermo con la probabilidad rayana en la certidumbre reclamada por los delitos de comisión por omisión, fue efectuada de forma simplemente culposa).

En la literatura penal, el tratamiento de este supuesto se orienta con pautas variadas. WELZEL entiende que el concepto del cuidado necesario obliga a considerar las capacidades del sujeto (56). Otros autores exigen también que la capacidad personal sea valorada en el juicio sobre la antijuricidad típica (57). El problema merece un estudio independiente. En todo caso, cabe decir que la hipótesis del autor que

DEL ROSAL y la monografía de WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit.; CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 1963; SAINZ CANTERO, J. A., *El desenvolvimiento histórico dogmático del principio de no exigibilidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1960; el mismo, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Granada, 1965 (donde está recogida la bibliografía española hasta la fecha de su publicación); DÍAZ PALOS, F., *Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, 1954; NAVARRETE URIETA, J. M.^a, *El encubrimiento entre parientes*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1960, págs. 229 y sigs. y la traducción de la conferencia de su maestro MEZGER, E., *La culpabilidad en el moderno Derecho penal*, Valladolid, 1956.

(55) Como dice MEZGER, E., *Tratado*, cit., I, pá. 229, con referencia al problema diverso de los elementos subjetivos de lo injusto.

(56) V. *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., pág. 73.

(57) V. STRATENWERTH, G., *Strafrecht, Allg. Teil (Die Straftat)*, 1971, número 1.167; JAKOBS, G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pág. 50 y siguientes.

realiza la acción que observa mediocrementemente el cuidado necesario o generalmente debido, pero omitiendo aquélla de que era capaz en virtud de su prudencia, atención, perspicacia, o pericia sobresalientes, es un caso irregular en la teoría del delito culposo, que no debe justificar la transformación de su estructura general. La opinión contraria invierte, a nuestro juicio, el método propio de la ciencia del Derecho: deja de considerar la realidad jurídica según sus manifestaciones típicas, a las que debe atender con prioridad, y a fin de que la regla jurídica general pueda abarcar una hipótesis excepcional, termina por originar una transformación de su contenido. Dado que la hipótesis es excepcional, su tratamiento dependerá de su conformación concreta, que ordinariamente no diferirá de las variantes indicadas o presentará una combinación de ellas.

Establecido, pues, que la observancia del deber objetivo de cuidado es *elemento limitativo* del juicio sobre la culpabilidad individual, no cabe aceptar las objeciones de REHBERG a esta forma de resolver el problema. Este autor afirma que la introducción de la infracción del cuidado necesario en el tráfico en el juicio de culpabilidad olvida que esta infracción se define conforme a módulos generales, mientras que dicho juicio ha de ser eminentemente individualizador (58). Prescindiendo de que no puede negarse la posibilidad de que en el juicio de culpabilidad encuentren lugar momentos objetivos cuyo sentido es, sin embargo, subjetivo-personal, la objeción sería exacta si con la inobservancia del cuidado necesario, la culpabilidad resultase fundamentada. Sin embargo, esto no es realmente así. Establecido que el cuidado objetivo ha sido infringido, ha de ponderarse si las defectuosas propiedades del comportamiento externo están correspondidas por la defectuosa actitud interna del sujeto. La infracción del deber objetivo de cuidado no produce, todavía, ningún perjuicio para el autor. El juicio de culpabilidad exige, previa la comprobación de que quedó lesionado el cuidado necesario en el tráfico, establecer valorativamente dentro del marco trazado por éste, que la actitud del autor es reprochable como imprudencia, negligencia o impericia.

La necesidad de esta doble medida de la culpa está en consonancia con su naturaleza normativa. La delimitación entre imprudencia temeraria y simple no es mero reflejo de la *comprobación* de la situación externa, sino consecuencia de la ponderación valorativa del poder personal del autor para prever y evitar el resultado y conocer lo injusto de su obrar. Sólo mediante este juicio individualizador quedan atendidas en el delito culposo las exigencias propias del principio «no hay pena sin culpabilidad».

Es justo, de acuerdo con esto, poner de relieve, antes de finalizar el presente estudio, el acierto de ANTÓN ONECA al afirmar, en la línea de la dogmática neoclásica, que «el juicio valorativo que nos conduce a la afirmación de la responsabilidad culposa exige una comparación entre la conducta del reo y la que hubiera observado, según nos:

(58) V. Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", cit., págs. 167 y sigs.

enseña la experiencia, el hombre cooperador a los fines de la vida colectiva». Es ésta una condición necesaria, pero no suficiente, para la estimación del delito culposo, pues «la conocida y apaciguadora fórmula de la diligencia media..., pretende medir "un hombre de carne y hueso con un fantasma", olvidando que "la vida sólo con la vida puede medirse"», por lo que «será preciso tener en cuenta la capacidad del sujeto, sus defectos corporales y mentales, su cultura, la situación anímica en el momento de obrar, tanto la motivada internamente como la que es producto de estados externos de coacción y urgencia» (59).

La concepción expuesta, abierta a inevitables precisiones y aclaraciones, no da lugar a reparos comparables a lo que presentan otras direcciones. La inclusión del cuidado debido en la culpabilidad, impide que el tipo sea recargado con elementos no conciliables con el derecho positivo, sin que el cumplimiento del deber objetivo de diligencia haga surgir recelos sobre la concesión de un derecho a la realización del resultado. La posición acogida logra también distinguir, como ha sido reiterado, entre «cuidado formal reglamentario» y «cuidado materialmente debido».

En lo que concierne a la situación de la jurisprudencia respecto a los problemas de este estudio, hay que decir, que tras declaraciones como las de 11 y 16 de junio de 1964, que pueden ser invocadas, sin duda, en favor de las tesis finalistas, las decisiones de los años recientes no implican una confirmación de este punto de partida. En la actualidad, la infracción del deber objetivo de cuidado es reclamada frecuentemente como nota del delito culposo en la jurisprudencia, lo que tiene que estimarse como un mérito en el enjuiciamiento de esta clase de infracciones (60). Sin embargo, la Sala Segunda no prejuzga con ello el

(59) V. ANTON ONECA, J., *Derecho penal*, parte general, 1949, pág. 219.

(60) En la abundante jurisprudencia reciente sobre la culpa existen declaraciones muy variadas. La atención que se dispensa a los problemas del delito culposo permite observar una depuración progresiva en este área. Referencias al deber objetivo de cuidado las presentan sentencias como las de 4-XI-1971 (es indispensable que exista la oportuna relación causal entre conducta infractora del deber objetivo de cuidado y el resultado acaecido); 20-XII-1971 (imprudencia temeraria por omisión de las cautelas más elementales del deber objetivo de cuidado); 4-II-1972 (siendo el concepto de la imprudencia temeraria... esencialmente cualitativo porque se da en el agente una radical ausencia del deber objetivo de cuidado); 22-V-1972 (imprudencia leve—art. 586-3.º—, ... infringiendo un deber de cuidado no esencial); 16-V-1972 (el delito de imprudencia simple antirreglamentaria precisa... la omisión de un deber objetivo de cuidado); 7-IV-1973 (resultado reprochable que se eludiría de utilizar el cuidado objetivo impuesto por las normas de cultura...); 16-V-1973 (imprudencia temeraria por dejar de prever lo que era notoriamente previsible y de omitir elementales deberes objetivos de cuidado impuestos por tales normas varias). Dentro de la unidad de la jurisprudencia, se percibe que el acento recae a veces en otro sentido. Así, en las referencias a la distinción entre módulos psicológicos y normativos. Sentencias de 3-XI-1971 (imprudencia temeraria tanto desde el ángulo psicológico del poder o saber, como del normativo del deber); 10-IV-1973 (el caso fortuito ... niega la culpa en su elemento psicológico, dando lugar a la imprevisibilidad... y en su elemento normativo por haber obrado el agente conforme al deber de cuidado, factores ambos que se encuentran recogidos en el párrafo 8 del artículo 8 del Código penal...). El contenido de las decisiones

problema, preponderantemente teórico, de su inserción sistemática en la doctrina de los elementos del delito. Al proceder así, contribuye al perfeccionamiento de la aplicación del Derecho, y no participa en polémicas que, aun siendo fuente para el conocimiento jurídico, son competencia de la literatura penal. Es de esperar que la acogida dispensada a las aportaciones de la moderna doctrina española sobre el «cuidado necesario en el tráfico» lleve correlativamente a una realización creciente del principio «no hay pena sin culpabilidad» en los delitos culposos (61).

debe entenderse con flexibilidad, sin pretender encontrar en pasajes aislados o momentos lingüísticos particulares un punto de apoyo para la propia concepción de los problemas.

(61) En las páginas precedentes ha sido mantenida una terminología que, siendo usual sobre estas cuestiones, está necesitada de depuración. Las expresiones “cuidado necesario en el tráfico” o “deber objetivo de cuidado” se prestan a reparos, pues puede procederse con sumo cuidado y la acción ser muy imprudente, como ponen de relieve las indicaciones de HIPPEL y de FRANK. El término “tráfico” es poco correcto; además, la carta de naturaleza adquirida por la locución “tráfico automovilístico” da base para tomar la parte por el todo. En la traducción de WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, parte general, 11.^a ed., Editorial Jurídica de Chile, 1970, BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ hablan de “cuidado requerido en la vida de relación”, págs. 187 y sigs. La rectificación del lenguaje debe estar precedida por un examen de la conexión posible entre los conceptos del Código penal relativos a la culpa (imprudencia, negligencia, abandono, ignorancia, etc.), con las actuales concepciones del delito culposo. No se ha utilizado la expresión *reprochabilidad objetiva*, propuesta por GIMBERNAT ORDEIG, porque al igual que la complementaria—reprochabilidad subjetiva o culpabilidad—, excede a las cuestiones específicas del delito culposo.

